

Ke
4577

19 xnl.

in Ton QK.

II'K 990.



dupl. H

44
UNIVERSITÄT
EX
BIBL. REG.
UNIVERSIT.
GRYPHIS-
WALD.

JOANNIS FRIDERICI

Höpners,

OSSITIENSIS, J. V. CAND.

SCHEDIASMATA DVO JVRIDICA

DE

TVTELA

PACTITIA

ET DE

75c 4577

TVTELA NATVRALI.

EX OFFICINA GABR. TROGII,

Anno 1731.

1907 P 1090

x



SS

SCHEDIASMA
DE
TVTELA PACTITIA.



VIRO ILLVSTRI
ATQVE
EXCELLENTISSIMO DOMINO,
DOMINO
MATTH. HENRICO
ALLIO,

JCTO FAMIGERATISSIMO SACRAE
REG. MAIESTATI POLONIAE ET PRINCIPI
ELECTORI SAXONIAE IN SENATV
AVLICO CONSILIARIO SPLEN-
DIDISSIMO

DOMINO, PATRONO ET
COGNATO MEO OBSEQVIOSE
VENERANDO

HASCE STVDII IVRIDICI PRIMITIAS
EX SINCERO OBSERVANTIAE
AFFECTV
ET SPE
PROPENSIONIS BENIGNISSIMAE
CONSEQVENDAE
SACRAS ESSE VOLO
ET
VELLE DEBEO

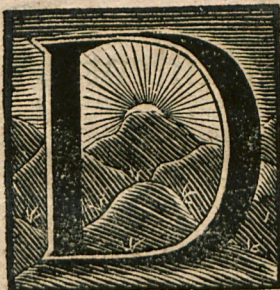
JOANNES FRIDERICVS Höpner.



CAP. PROEMIALE.

SUMMARIA.

Communis divisio tutela in Test. Leg. & Dat. ex definitione illius desumpta impugnatur, 1 --- 4 & quarta sc. pactitia adjicitur, 5. 6. Votum, 7. Capt. benev. 8.



Definitionem tutelæ, quam PAULUS *l. i. ff. de Tutel.* nobis suppeditat, & ipse sacratissimus JUSTINIANUS in suis *Institutis §. i. cit. Tit.* adoptavit, mira quadam gravitate & fere theatralibus verbis esse conscriptam, quis est, qui negare velit. Nihilominus tamen ²

multi DD. in hac d. finitione resolvenda & explicanda sva-
viter somniarunt, & se, quod pueri in faba, reperisse pu-
tarunt, cum ex ultimis verbis: *Jure civili data atque* ³
permissa, triplicem tutelæ divisionem, ab omnibus prodi-
tam, exsculperint. Nam per vocem: *Data*, legitimam, 4
& per vocem: *Permissa*, testamentariam atque dativam

A 3

indi-

indigitari, unus & alter tradit, quasi unus in alterius verba jurasset. vid. GOTOFRED. ad c. §. POMMERESCH
 5 ad. Inst. cit. tit. & §. Quod me attinet, exercitii causa, non quidem animo novaturiendi, sed potius veritatis amore ductus, his tribus enumeratis tutelæ speciebus ad
 6 huc quartam, nempe Pactitiam adjicio, de qua ejusque existentia & affectionibus in duobus Capp. paucissima pro
 7 ingenii modulo sum enarraturus. Tu autem, Jehovah, tutelam, quam in verbo Tuo omnibus pactus es, mihi
 8 etiam præsta: Tuque, Lector, quisquis demum fueris, honorandissime,

*Qui legis ista, Tuam reprehendo, si mea laudas
 Omnia, stultitiam, si nihil, invidiam.*

CAPUT. I. De Tutelæ Pactitiæ Existentia.

SUMMARIA.

Ratio instituti, 1. Scripta huic doctrinæ contraria, & in hoc Cap. refutanda recensentur, 2 -- 8. Thesis vera proponitur, 9. 10. & probatur 1) ex jure Rom. & quidem α) ex illius analogia, 11 -- 14. ubi datur exemplum. 15 -- 20. Removetur l. obst. 52. C. de Cler. & Episcop. 21. -- 23. β) ex §. 9. J. de excus. qui adducitur, 25. recte inter se connectitur, 27 -- 33. & per casum formatum illustratur, 34 --- 39. γ) ex l. 29. ff. de Leg. Com. de fals. quæ adducitur, 40. sq. explicatur, 43 --- 46. & casu formato ad probandum

dum adhibetur. 47 --- 55. *Quid per pactum hic intelligatur?* 56 --- 59. *δ) ex l. 15. §. 1. ff. de excus. quæ adducitur,* 60. *ab interpolatione adversariorum vindicatur,* 62 --- 68 *Et per DD. verba explicatur.* 69 --- 75. *An plures leges ex Jure Rom. supeditari possint?* 76 --- 79. *ι.) ex Jure hodierno, Et quidem α) ex receptione Juris Rom. ubi late cum dissentiente Hillero disceptatur.* 80 ----- 100. *ε) ex praxi, quæ apud Rom. fuit infrequens,* 101 --- 110. *apud Germ. priscos usitator,* 111. *Et quandoque apud nos utilis,* 113 -- 15. *id quod per casum practicum illustratur,* 116 ----- 124. *γ) ex autoritate Stryckii,* 126 --- 133. *Glafey,* 134. *Kemmerichii,* 135. *Leyseri,* 137. *Conclusio.* 138. --- 141.

NE quis forsan tutelam pactitiam ceu chimæram atque non entem consideret, adeoque illius affectiones non dari opinetur; existentia illius ante omnia crit evincenda. Priusquam vero id, quod res est, aggregari, non possum non duo schediasmata, quæ contrariam sententiam fovent, allegare. Prius est *Dissertatio Epistolica de Tutela Pactitia, oder Vormundschaft, so aus Zusagen entstehet, ad Wolff. Ad. Schæff. exarata ab AD. FRID. GLAFEY, hodie Aulæ Saxonica Consiliario Et Archivario gravissimo, viro per sua scripta undiquaque celeberrimo: Iste illustris Auctor tantum quoad Jus Romanum in contrariam inclinât sententiam. Alterum insignitur titulo; 5 Figmentum tutelæ speciei quartæ, Pactitiæ sive Conventionalis, discussum a CHRIST. HERNR. HILLERO, hodie Württemberg. Consiliar. Procurat. Trib. Tubing. Assessor.*

6 *seffore & Professore Tubingensi.* Hic scriptor plane in ca-
 7 fra dissentientium abit, atque sententiam meæ e diame-
 8 tro oppositam mirifice sustinet. Sicuti autem hæc eru-
 9 ditorum lumina scripta citata in flore juvenili elaborave-
 10 runt; ita, ut spero, neque isti Viri, neque alii vitio
 11 vertent, si ipse in tali ætate constitutus, non habito illu-
 12 stris; in qua nunc positi sunt, dignitatis respectu, hæc
 13 scripta refutare aggrediar. Levato igitur velo, & sine ulterio-
 14 ri verborum ambage hanc Thesin *Tutela pactitia da-
 15 tur jure Romano & hodierno*, verisimam judico,
 16 & legibus confirmatam sisto. Cum autem in thesi pro-
 17 posita asseruerim tutelam conventionalem non minus jure
 18 Rom. quam hodierno esse fundatam, unumquodque ho-
 19 rum diversorum jurium separatim erit evolvendum.
 20 Quod igitur jus Romanum attinet, Dn. HILLER, quidem
 21 *l. c. membr. 1. §. 8.* hanc tutelam non solum *præter*, sed
 22 quoque *contra* jus nostrum civile statui affirmat; Sed
 23 bene sciendum venit, quod definitiones juridicæ non tam
 24 ex ipsis *legum* verbis, quam earum rationibus elici debe-
 25 ant; quapropter, quamvis non ipsum T. P. nomen in le-
 26 gibus occurrat, tamen ejusmodi divisio analogiæ juris ma-
 27 xime convenit, id quod ipse Dn. GLAFEY *l. c. p. 5.* con-
 28 fitetur. Alias enim quoque in nostro jure haud inusita-
 29 tum est, ut *τὸ* pactitium cum testamentario legitimo &
 30 dativo jungatur. Exemplum ab executionibus testamen-
 31 torum desumptum in mentem venit. Tales enim testamento
 32 constitui posse nemo unquam dubitabit; *v. c. 3. x de*
 33 *testam. legitimi* occurrunt certe quoad *pias causas in nov.*
 34 *131. c. 11. dativi in materia alimentorum obveniunt, l. 3.*
 35 *ff. de*

- bula textus: *Sicut per contrarium*, oppositionem quandam involventia, non de unius ejusdemque generis tutore hic tractari probabiliter evincunt. v. DIETHER. *Thef. pract. Besold. contin. voc. hinwiederum*. STRAUCH.
- 33 *lex. part. jur. voc. E contra*. Sed cum hæc controversia intricatior esse videatur, ambabus, quod ajunt, ulnis largior, quod non de duobus, sed uno tantum tutore agatur; videamus interim, quid exinde fluat. Casus se-
- 34 concessam hypothesin necessario sic formari debet: Aliquis promittit, se tutorem fore; pater pupilli fiducia plenus de hac tutoris electione in ultima voluntate sua mentionem injicit; deinde vero acres lites inter testatorem &
- 35 promittentem seruntur; tutor igitur conventionalis nunc querit, an inimicitæ post conventionem ortæ, ipsi legitimam præbeant excusationem? Respondet Imp. *in cit. §.*
- 37 Est quidem certi juris, te, qui cum defuncto rixas fovisti, a tutela liberorum ipsius immunem futurum fuisse,
- 38 si pater te tantummodo in testamento designasset; sed cum in illo nuda repetitio tui pacti de suscipienda tutela fuerit facta, tu non pro testamentario, cui sc. regressus patet, tutore es censendus, sed pro conventionali, adeo-
- 39 que te oportet promissis stare. En tibi, B. L. insignem T. P. effectum, cum sc. illa adhuc majorem producat obligationem, quam testamentaria, quæ quidem ipsa cæ-
- 40 teras tutelæ species præcellit. Sed hunc textum missum facio, & adduco *l. 29. ff. de testam. tut.* cujus locum parallelum quidam faciunt *l. 18. §. 1. ff. de leg. Corn. de fals.*
- 41 *§. de SCto Libon.* Sed cum utraque lex in causa principali satis probet, priorem tantum appono. Sic autem
- 42 Papinianus: „Ex sententia SCti Liboniani, ait, tutor non erit,

erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit. Cum⁶⁶
autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis⁶⁷
ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, cu-⁶⁸
ratorem dandum respondi, nec admittendam excusatio-⁶⁹
nem, quam jure publico habebat, quoniam NB. promi-⁷⁰
sisse videbatur, nec ut suspectum removeri.⁷¹ Quod 43
Dnos adversarios concernit, illi, & quidem Dn. GLAFBY
p. 4. Dn. HILLER membr. I. §. 10. circa hunc textum eun-
dem movent scrupulum, quem circa priorem: vocabulum
enim: *testamento*: suæ opinionis patrocinari opinantur. 44
Sed cum supra ostensum fuerit, ejusmodi tutorem, qui in 45
testamento nominatur, non præcise pro testamentario ha-
beri, alias excusationes tutori testamentario competentes
eidem non forent præclusæ, atque denegatæ; ulteriori 46
refutatione hic volens supersedeo, & hoc vocabulum
potius enunciative s. narrative, quam dispositive s. con- 47
stituendi gratia, positum esse annoto. Ceterum ut
ἐπέχεια argumentandi, in vocibus: *promisisse vide-*
batur, clarior eluceat, sequens casus erit fingend- 48
us: Aliquis, cui copia testamenti scribendi data fue- 49
rat, se ipsum tutorem pupillorum scripserat: Quare-
batur: an ille tutor tutelam retinere debeat? Pro ne- 50
gativa militabat SCtum Libonianum ex hac ratione,
quia ille suspectus esse præsumitur, qui ultro tutelam
affectasse videbatur, l. 18. §. 1. ff. de Leg. Corn. de fals.
Affirmativam autem sententiam amplectitur JCTus, ad 51
jecta ratione: quia promisisse videbatur. Quod si
igitur hæc vitiosa tutoris constitutio, quam si ju- 52
ris rigorem attendas, lex Cornelia acriter vindicandam

sibi sumferat, per fictionem pacti præcedentis sanari po-
 53 tuit; alveo pleno fluit, quod ipsum verum pactum hac
 54 de re initum Jure Civ. minime sit improbatum. Absur-
 dum enim esset, aliquid inutile per aliud inutile sanare
 55 velle; ratio potius dicitur, quod semper plus fit in veri-
 tate, quam in fictione, *arg. t. t. C. Plus valere, quod*
 56 *ag. & c.* Hoc autem adhuc maxime notandum habeo,
 quod vox: promississe: Semper cum effectu sit accipien-
 57 da. Haud enim ignoro, id quod etiam Dn. HILLER
l. c. §. 8. circa fm. vehementer urget, simplicem sc. pro-
 missionem apud Romanos carimoniarum fautores nullam
 58 habuisse efficaciam, *l. 15. ff. de V. P.* quia autem hæc no-
 stra promissio suam vim exerit, subintelligitur, solennem
 stipulationem aut potius pactum legitimum præcessisse;
 59 pactum autem tutelæ suscipiendæ inter legitima pacta ef-
 se numerandum, optime docet Ill. Dn. LEYSER in sæpius
 60 abs me citanda *Disp. de Tut. Pact. §. 15.* Hæc itaque de
 ista lege altera dicta sunt, cui supperaddo *l. 15. §. 1. ff. de*
excusat. verba illius legis, prout JCtus MODESTINUS
 61 illa prodidit, sic se habent: „ Qui patri promissit, se fore
 „ tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non potest, etsi
 „ aliter habet jus exculationis. His verbis quid clarius, quid
 62 apertius, quid denique meæ opinioni conformius excogi-
 63 tari possit aut reperiri, dispicere nequeo. Illa enim sua luce
 coruscant, & Ben. Lectorem sciendi cupidum fore credo,
 quidnam solidi Dnn. Dissidentes contra hunc textum
 64 sint prolaturi. Sed haud negare possum, illos hic cum
 65 tutela nostra iniquius agere; Ad firmandam enim suam
 hypothesin asserere haud dubitant, quod post vocabulum:
liberorum, hæc verba: *Et a patre testamento con-*
stitu-

stitutus est: interpolari debeant, ut adeo tutor, de
 quo sermo est, qualitatem testamentarii induat. Ast hoc 66
 modo Palladium mihi meum non eripient cum textui ali-
 quid insuant, de quo compilatores Pandectarum ne *ιστρα*
 quidem tradiderunt. Anxius equidem & meticulosus 67
 unum alterumque commentatorum evolvi, dispiciens,
 quisnam pro illorum sententia staret, & tam duram ellipsin
 statueret. Sed neminem inveni, neminemque hujus 68
 assertionis defensorem fore facile crediderim. Econ- 69
 trario pro me tuendo allegare possum acerrimum istum
 juris textuum indagatorem, GOTHOFREDUM, qui
ad cit. leg. in not. sequentia nectit axiomata: Promissio 70
 tutelæ gerendæ retractari non potest: Post eam promif-
 sionem non est excusatio a tutela. Sic porro felicissimus 71
 Pandectarum commentator, BRUNNEMANNUS, *ad*
eandem leg. 15. hunc textum sic *παραφράζει*: Licet quis 72
 habeat justam excusationis causam, si tamen patri pupilli
 promiserit, se velle tutelam gerere, tenetur; non enim
 decipiendus est pater, qui fidem tutoris secutus, alioquin
 pupillo aliter provisurus: & videtur hic juri suo renun-
 ciasse. Hæc cum ita sint, alacri animo ad hunc textum 73
 provoco, explicationemque contrariam ceu inadæqua-
 tam, si non plane viciosam, prædico. De cætero quod 74
 ipsa legis contenta concernit, quemadmodum Albi aquam
 aspergere supervacaneum est; sic, si claritati hujus textus 75
 lumen affundere vellem, actum agerem. Hæc suffi- 76
 ant de Jure Rom. quamvis enim plures adhuc leges ac-
 cumulari possent, v. g. *l. 1. §. 1. ff. de conf. tut. l. 3. §. 7. l. 5.*
§. 3. l. 55. pr. & §. 2. de administ. tut. aliaque, quas vide apud
 Dn. LEYSER *cit. Disp. §. 15.* tamen illas de industria 77
 B 3 omitto,

omitto, partim quia aliqua earum de tutela ab ipso tuto-
 re jam firmiter constituto alii mandata aut commissa agunt,
 78 quem tamen significatum vox: Tutela Pactitia, respuit,
 partim quia alia tantum subobscure & ope prolixa argu-
 79 mentationis stabiliendæ meæ sententiæ conducunt, ut ad-
 eo verendum sit, ne quis illas destruendo totam doctri-
 80 nam fallacem & suspectam redderet. Progredior itaque
 ad Jus hodiernum, & mei asserti veritatem duplici via
 81 probabo, primo quidem Dn. HILLERUM resutaturus,
 (nam Dn. GLAFEY in fine suæ epistolæ rem ceu dubiam
 in medio relinquit, magis tamen in affirmantem senten-
 82 tiam inclinans, vid. *infr. n. 134.*) deinde vero quædam de
 83 praxi antiqua & recenti adjecturus. Dissentiens autem
 antagonista suæ opinionis præstantiam ostensurus loco
 prolixa deductionis, unum tantum, idque immobile, ut
 vocat, principium ponit, ex quo non-existentiam T. P.
 84 elicere studet. Sic enim ille *Membr. II. §. 2.* Tute-
 lam pactitiam, inquit, non hodie esse validam exinde
 probatur, quia Jus Rom. in Imperio nostro valet, ut jus
 Imperii scriptum, cui tandiu standum est, donec probe-
 tur vel observantia legum antiquarum Germanicarum aut
 85 statutum, aut consuetudo contraria posterior. Pro tu-
 tela pactitia nihil ejusmodi allegari potest. E. Distinguen-
 86 dum hic esse intelligo inter principium & illius applica-
 87 tionem. Principium enim allatum, cum omnibus nu-
 meris absolutum sit, lubentissime concedo, & hac in re
 88 duces comitesque habeo magnos JCTos. Conf. scripto-
 res de usu juris Justiniani in nostris terris, & præsertim
 SCHILTER. *Ex. ad ff. 1. §. 12.* & quem ille allegat,
 STRAUCHIUM in *disp. Irnerius non errans Cap. 2. §. 7.*
 Quem-

Quemadmodum vero maxime salutares herbae sanitati nostrae nihil emolumenti pariunt, nisi perita medici manus illarum applicationem calleat; sic quoque hoc principium, quamvis in se verissimum, adversario nihil praefidii tribuet, quia ille τὸ ἐν ἀρχῇ ἀρτῆς, atque aliquid ceu concessum praesupponit, quod tamen minime concedi potest. Pendet enim anima decisionis ex priori Dn. Auſt. sententia, qua T. P. Jure Rom. non dari affirmat, & cum suam doctrinam satis vindicatam & a dubiis liberatam existimet, sic quoque illam simul cum Jure Rom. ad nos propagatam esse dicit. Sed fundamento fallibro superstructum aedificium dilabitur. Mihi sane nil reliquum est, nisi ut telum immissum statim & forsan majori vi retorqueam, sic argumentando. Si verum est, quod Jus Roman. apud nos vim legis habeat, & omnes doctrinae in illo fundatae, quatenus non sunt expresse abrogatae, cum illo simul ad nos sint traductae; sequitur, quod tutela pacitiae in Jure Rom. fundata, & apud nos non abrogata, etiam hodie sit recepta. Atque. Ergo. De antecedente, ut Logici loqui amant, propositione non amplius dubitatur; consequentem vero tam apertis legibus in hoc Cap. probatam dedi, ut jam extra omnis controversiae aleam posita esse debeat. Licuit sic mihi adversarium proprio gladio jugulare, qui etiam deinde multa hac de materia, Pro & Contra, ut vulgus dicit, disputat. Sed quid juvat singula recensere & refutare, cum Dn. Diss. ipse tandem Membr. II. §. II. confiteatur, quod T. P. statuto & consuetudine possit introduci. Ne autem dente Theonino alterius scripta rosisse videar, filium refutationis abrumpo, & an illa doctrina etiam unquam

103 quam in praxin deducta sit, paucis disquiro. Quamvis
 autem hæc tutoris constitutio juri naturali, sanctitati pa-
 104 ctorum, & præsertim simplicitati atque integritati gentis
 Teutonicæ maxime conveniat; tamen ego haud affirma-
 verim, eam apud utrasque gentes multo frequentique
 105 usu esse receptam. Causam si quæras, apud utrumque
 106 populum haud difficili labore illam invenies. Quod
 enim Romanos concernit, illos ceremoniarum fautores
 107 fuisse, jam supra monitum est. Cum igitur per testa-
 108 menta, solennibus ritibus adhibitis cõdita, illi tutorem
 nominare possent; cum porro LL. XII. Tabb. sanctissime
 observandæ onus tutelæ, deficiente testamentaria dispo-
 109 sitione, ad proximos agnatos, imo & de Jure noviori,
 cognatos devolverent; cum denique, si hi non adessent,
 magistratus peculiaris pupillis tutores dare adigeretur,
 110 *t. t. Inst. de Attil. tut. Sc.* Romanis hos modos, qui
 solennitates sapiebant, maxime arrisisse, admodum proba-
 111 bile est. In Germanis distinguenda veniunt tempora;
 112 vetustioribus enim seculis hanc tutelam non inusitam
 fuisse ex raro testamentorum apud Teutones usu, de quo
 113 SCHILTER. *Ex. ad ff. 37. §. 34.* legatur, egregie evin-
 cit *Dn. LEYSER. c. Diss. §. 14.* de hodiernis autem mo-
 ribus si aliquid dicere fas est, homines, sicuti de facultatibus,
 ita etiam de vita optime sperant, *arg. §. 3. F.*
 114 *qui Sc. a quib. man. non poss.* atque eapropter rarius ut
 115 animadverti in ultimis suis voluntatibus & multo minus
 per actus inter vivos celebrandos de tutore liberis suis
 constituendo sunt solliciti; præsertim cum non nesciant,
 existente mortis casu per magistratus pupillis suis sat pro-
 116 spectum iri. Hæc dum scribuntur, cogitationibus obvol-
 vitur

vitur casus, ubi T. P. non solum utilem, sed quoque pla-
 ne necessariam deprehendere licet. Finge enim aliquem 117
 usuraria pravitatis contemnatum, & poenae loco testamenti
 factione privatum esse juxta juris Can. dispositionem in
c. 2. de usur. 610, quod Saxones etiam hoc in passu obser- 118
 vant, *Mand. El. Sax. de anno 1609. 1624. & 1645.* quae
 omnia novissime subjecta sunt, *Mandat. contra Banca-*
ruptores d. dato Dresden den 7. Jun 1724. Ejusmodi in- 119
 felix fenerator liberis suis bene prospectum esse cupit,
 sed testamenti factione activa destituitur; agnatos a tu- 120
 tela ob praegnantibus causas arcere intendit; infirmul timet, 121
 ne a magistratu forsitan vicinus aliorum bonis inhians tu-
 telam consequatur. Qua via tandem tali viro inter tan- 122
 tos metus anxiasque dubitationes erit incedendum? Nulla 123
 sane patet nisi ut ad promptissimum remedium se. hanc
 T. P. confugiat. Caveat igitur aliquis, ne ob rarum hu- 124
 jus doctrinae usum illam ad obsoletas releget; De hujus 125
 enim observantia quoque scriptores celebratissimos ad-
 ducere licet. Testem autem evoco STRYKIUM, quippe 126
 qui in suis scriptis v. g. *annot. ad Laut. Comp. Tit. de*
Execuf. verb. Promiserint, & in Us. Mod. Tit. de Tutel.
§. 14. quadam de illa T. P. annotavit. In loco quidem 127
 posteriori (id quod etiam *Dn. HILLER l. c. Membr. I.*
§. 9. notat) ab initio rem totam dubiam facit, & T. P.
 imperfectam appellat, atque ad testamentariam confir-
 matam refert. Sed cum hodie omnes tutores necessario 128
 sint confirmandi per *REC. IMP. de anno 1577. tit. 2. add.*
P. O. S. Vet. Tit. 45. §. ob auch wohl ic. de hoc non sum 129
 sollicitus, praesertim cum modo allegatus Auctor ipse de
 utilitate & receptione hujus tutelae egregium perhibet te-
 stimonio.

- 130 stimonium. De utilitate quidem, cum ei id efficaciae tri-
 131 buat, ut ceteros tutores legitimos illa excludat. De
 132 praxi vero, cum præjudicium hac de materia pronuncia-
 tum adducit. Præterea quoque illius mentionem facit
 STRYK. citatus in *Caut. Contr. Sect. 2. c. 20. §. 21.* ut vi-
 dere licet ex B. LUDOVICI *Doctr. ff. Tit. de Excusat. §. 11.*
- 133 Porro patris SAMUELIS vestigia premit filius JOH. SA-
 134 MUEL STRYK in *not. ad Inst. cit. Tit.* Apertius quo-
 que quam antea, (*v. supr. n. 81.*) hac in re conspirat. Ill.
 Dn. GLAFEY in *denen Grund Sätzen der Bürgerlichen*
Gelehrsamkeit. C. 6. §. 21. sq. ubi præsertim statutum Lu-
 135 satia hoc de re confectum adducit. His adjungo *Magn.*
 Dn. KEMMERICH. qui in *Access. ad Inst. Jur. Civ. L. I.*
S. 3. Tit. 27. §. 15. ait, hanc T. P. moribus Germanorum
 esse convenientem, quia etiam de successione pacisci licet.
- 136 Corroborat ille suam sententiam *Intr. ad Jus Publ. L. 8.*
 137 *C. 5. th. 5. sq.* Agmen claudat absolutissimus JCTus Dn.
 LEYSER in sapius abs me *cit. disp.* quippe qui *§. 16. sq.*
exempla & præjudicia nec non Ill. Dn. DE LUDEWIG
in Diff. Jur. Rom. & Germ. in tutel. diff. 4. consentien-
 138 tem adducit. Hæc itaque sufficiant delibasse de existen-
 tia T. P. quæ quidem non in omnibus foris, nec in omni-
 139 bus libris est obvia, ob suam tamen soliditatem & utili-
 tatem meruit, ut qualemqualem opellam & aliquot ho-
 140 ras subsceivas huic pervestigandæ impenderem. Si quis
 me temeritatis incusare velit, excusationis loco huic ca-
 piti colophonem impono cum verbis incomparabilis
 SCHILTERI *Ex. ad ff. 1. §. 12. in fin.* sic suaviter admo-
 141 nentis: Laudem peritiæ & eruditionis meretur ille advoca-
 tus, si ejusmodi legem (adde & doctrinam) etsi forte
 haste-

hactenus minus observatam, in forum usumve revocat,
quoties contraria observantia non obstat.

CAPUT II.

De Tutelæ Pactitiæ Essentia.

SUMMARIA.

Introitus. 1. 2. Tutela pactitia juxta methodum, quam vocant, Lauterbachianam enucleatur, & quidem I.) illius onomatologia 3 -- 9. II.) definitio. 10. 11. III.) causa efficiens, 12. 13. de matre 14 -- 21. & extraneo 22. IV.) Finis generalis 23 --- 27. specialis, 28. 29. & specialissimus, 30 -- 33. V.) Subjectum, 34. 35. ubi de muliere, 36 -- 39. minore, 39 -- 44. homine proprio, 45 -- 47. milite, 48. 49. judeo, 50 -- 55. creditore & debitore, 56 --- 58. infami, 59 -- 61. malo administratore 62 --- 65. incerto, 66 -- 69. VI.) Objectum 70. sc. persona 71 -- 76. & bona pupilli 77 -- 81. VII.) Forma, ubi tres questiones tractantur, 82 -- 96. VIII.) Effectus generalis, 97. 98. ac specialis & quidem prior, 99 -- 106. & posterior, 107 --- 111. IX.) Adjuncta quatuor. 112 --- 120. X.) Contraria, quorum septem recensentur. 121 --- 129. XI.) Affine, 130 --- 134. XII.) Actiones α) ex pacto, 135 -- 144. β) ex tutelæ gestione. 145 -- 47. Conclusio. 148.

- H**ic Schilterianæ admonitioni ut patulas aures præ-
 beam, gradum accelero, & existentia Tutelæ
 conventionalis in priori Cap. asserta; nunc quædam
 2 *μεθοδικώς*, quantum quidem præter exile ingenium fieri
 3 potest, de illius natura proferre constitui. Onomatolo-
 4 gia hujus tutelæ nihil difficultatis habet. Ad instar enim
 cæterarum tutelæ specierum a modo constituendi nomen
 5 suum accepit, & *Ill. Dn. GLAFFEY* in scripti supra alle-
 gati *titulo* optime in lingua vernacula illam nominat,
 6 *Eine Vormundschaft, so aus zusagen entsteht*. Assensam
 7 igitur non meretur *Dn. HILLER*, qui *l. c. Membr. 2. §. 6.*
 illum tutorum dativum appellat: quamvis enim certo
 8 modo omnis tutor hoc nomine insigniri possit, quia vel
 a lege, vel a magistratu, NB. datur, tamen κατ' ἐξοχήν
 9 ille tantum, qui a magistratu, sive Romano, sive hodi-
 erno constituitur jura Dativi tutoris habet; id quod non
 10 forsân *Ἐαττολογίαν* sapit, sed suum effectum in praxi T. P.
 11 nominaliter illam sic habeto; *quod sit talis tutela,*
que a patre liberis suis per pactum cum futuro
tutore initum constituitur, ut pupillis eo meli-
 12 *us prospiciatur*. Causa efficiens est pater. Hic enim
 est insignis patriæ potestatis effectus, quod ille liberis suis
 tutorem in testamento, *l. 1. ff. de testam. tut.* & per con-
 13 sequens etiam per pactum dare possit. Hoc enim præ-
 primis notabis, quod omnes tutelæ testamentaria præro-
 gativa etiam ad conventionalem utiliter applicari debeant,
 14 cum hæc illam multis antecellat parasangis. Sed hic vi-
 dendum

dendum, an etiam mater huncce tutorem constituere queat. Et respondetur regulariter negando, quia non solum illa 15 jure patriæ potestatis destituitur, sed quoque casus difficulter existere potest, quo tutore abs matre dato opus sit. Aut enim mater moritur vivente adhuc patre, & tunc 16 liberi manent sub patriâ potestate, adeoque non indigent tutore; cum nemo sub duplici potestate esse debeat; aut 17 mater moritur, patre jam prædefuncto, & tunc vel alius tutor jam tutelam gerit, vel ipsa est tutrix. Priori casu 18 tutorem jam habenti alius tutor non datur, §. 5. *J. de Curat.* nec est, quod tutor antea constitutus a suo munere dejiciatur; posteriori vero tandem fieri potest, ut ma- 19 ter liberis suis tutorem per pacta creet, modo non alii, v. g. agnati in feudalibus, jus quasitum habeant. Adest 20 & alius casus, quando sc. mater, liberis suis aliquid ultra legitimam relinquere, patri vero illius administrationem & usumfructum adimere vult; tunc enim curatorem per 21 modum pacti dare illi non denegatur, v. *l. 4. ff. de test. tut.* Idem quoque de extraneo, pupillum heredem in sti- 22 tuente, ea lege, ut patri ususfructus ne acquiratur, est tenendum. Causa finalis hujus tutelæ est vel generalis, 23 vel specialis, vel specialissima. Generalem finem, quem 24 tutela conventionalis cum cæteris communem habet, in definitione statim adjeci. Cum enim orphani, qui per 25 parentum mortem jam satis infortunio mactati erant, tamen sæpe tam miseram adipiscantur sortem, ut quasi ad rapinam expositi ex omni spoliantur parte; salus reipu- 26 blicæ bene compositæ requirit, ut his personis misericordia dignis aliquis adjungatur, qui officium suum in pupilli persona facultatibusque tuendis strenue observaret,

- 27 unde etiam tutor, i. e. tuitor est appellatus, *pr. J. de Tut.*
- 28 Specialem finem, quem etiam in tutela testamentaria invenies, hunc statuo, ut pater non tantum, si se vivente aliquem tutorem paciscendo nominet, illius fidem & diligentiam exacte explorare, sed etiam aliqua, quæ post mortem suam ratione pupillorum expedienda sunt, simul
- 29 disponere possit. Specialissimus denique finis, isque optimus, & quo etiam tutela testamentaria destituitur, ille est, ut dulcis spes quam pater semel de tutore conce-
- 30 pit, illum rarius fallat; ille enim tutor ad promissa ex-
- 31 plenda per pacti naturam adigitur; quod secus se habet in ista, ubi sæpenumero excusatio exsculpitur, & sic spes
- 32 testatoris in nihilum recidit. Adde & hoc, quod ille, qui non invitus, sed sciens & volens tutelam aggreditur, eo religiosius & accuratius hoc pietatis officium exequetur.
- 33
- 34 Materia subjectiva est ille, qui habilis est ad tutelam gerendam, adeoque generalia, & alias jam satis nota juris
- 35 præcepta etiam hic veniunt applicanda. Peculiaria tamen
- 36 & forsitan haud æque injucunda proferre lubet. Quæritur igitur I.) an mulier tutrix pacto possit dari? Et resp.
- 37 regulariter negando, *l. 16. pr. & l. 18. ff. de Tut.* nisi forsitan specialem principis concessionem aut pactum cum ma-
- 38 tre vel aviabus, quippe quæ ex singulari privilegio tutela capaces censentur, celebratum præsupponas. II.) An
- 39 minor? Lepida inanisque quæstio esse videtur, cum JUSTIN. §. 13. *J. de Excus. tut. vel cur.* incivile existimet eos, qui alieno consilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab illis reguntur, aliorum tutelam
- 40 vel curam subire; Sed tamen ego hic affirmative responde-
- 41 dere nequaquam dubito. Ratio: quia juxta §. 2. *J. qui test.*

test. tut. dar. poss. minor 25. annis testamento tutor datus
 tamen tutor erit, si major 25. annis fuerit factus; ad hujus 42
 enim textus similitudinem etiam minorem per pacta tu-
 torem designari posse quid prohibeat, non video, inter- 43
 cedente praesertim curatoris consensu, qui forsitan etiam
 casu existente, & tutore minore majorenitate non-
 dum adepto, simul cum cura minoris etiam tutelam al-
 terius tamdiu administrabit, usque dum ipse tutor pacti- 44
 tius major factus hoc onus in se suscipiat; idque argu-
 mento a cura absentium sumto egregie illustrari potest,
 v. CARPZOV. P. 2. *Const. 15. def. 48. Ill. LEYSER. Disp.*
de probat. mort. §. 9. III.) An homo proprius? Sunt 45
 quidem, qui illius notæ hominibus facultatem suscipi-
 endæ tutelæ, nisi apud suisimiles denegare gestiunt; ego 46
 tamen cum illos jure contractuum & pactorum, excepta
 sua gleba, nunquam destitutos deprehendi, etiam ab hac
 tutela non repellendos esse putaverim, si tandem praxis
 hunc casum suggerat. Non tamen inficias ibo, ob ea, 47
 quæ de hominibus propriis B. BEYER *Del. Jur. Germ.*
L. 1. C. 22. per tot. §. L. 3. C. 11. pos. 7. tradit, hanc doctri-
 nam minime dubio carere. IV.) An miles? Prohibetur 48
 jure Rom. §. 13. *J. de Excus. tut.* si modo actu milita- 49
 verit, *l. 4. C. qui dare tut.* quapropter hæc tutela ægre
 & non nisi apud alios milites locum invenire poterit. V.) 50
 An Judæus? Hanc vexatam quæstionem SCHILT. *Ex. 27.*
§. 15. -- 18. de jure Rom. ob *l. 15. §. 6. ff. de Excus.*
 affirmat, cui addere licebit *l. 10. l. ult. C. De Judæis;* de
 jure vero hodierno negat, cui adstipulatur LAUTERB. 51
Comp. Tit. de Tut. in fin. Simpliciter affirmant BRUNN. 52
ad l. 15. ff. de Excus. n. 2. §. 3. WEHNER Obs. Pract.
 voc.

voc. *Siden p. m. 302.* aliique. Conf. *SPECKHAHN* *dis-*
 53 *τάγματα Judaeorum* §. 15. hae tamen addita limitatione,
 ut administratio bonorum pupillarium quidem Judaeo re-
 54 linquatur, educatio vero pupilli ob seductionem metuen-
 55 dam ipsi adimatur. Rebus igitur sic stantibus etiam Judaeus
 tutor conventionalis existere potest, ita tamen, ut si forte
 pater animi malicia inductus, etiam pupilli educationem
 apellae commissam velit, provisio magistratus hunc erro-
 56 rem corrigat, *l. i. §. i. ff. Ubi pup. educ.* VI.) An debi-
 tor & creditor pupilli? Negativam quidem svadet *Nov.*
 57 *72. c. i.* sed affirmativam sequor, partim quia *Nov. cit.* in
 tutore testamentario locum non habet, *LUDOVICI*
 58 *Doctr. ff. Tit. de Tut. §. 4. in fin.* partim quia hodie ejus-
 modi tutoris datio quibusdam observatis omnino per-
 59 missa est, ut patet *ex Dec. Elect. Noviss. 34. & 35.* VII.)
 An infamis? Negant quidam, inter quos novissime *Excell.*
Dn. HANACCIUS Disp. ad Inst. 45. ib. 4. sed potius
 60 cum *LAUTERB c. l.* affirmo, quia infames civilium mu-
 nerum, quale est tutela susceptio, vacationem non ha-
 bent, *l. i. §. 6. & 8. ff. De postul. & l. un. C. De infam.*
 61 Consultius tamen erit, ut illi, qui ob furtum aut alias
 male gestam administrationem infamiae notam sibi attra-
 62 xerunt, a gestione tutela arceantur. VIII.) An ille, qui
 jam in tutela male versatus est? Regulariter negatur in
 63 *l. 3. §. 8. ff. de susp. tut.* sed hanc legem intelligo de illis
 casibus, ubi tutor talis furtivus vel legitimam tutelam ap-
 petit, vel a magistratu datur, vel a patre, tam perversos
 64 mores ignorante, in testamento denominatus est; quod
 si igitur parens eum ad meliorem frugem rediisse persua-
 sus, illum per pacta tutorem declaret, adhuc admitten-
 dus

dus erit, salvo tamen magistratus arbitrio, si adhuc indi-
 cia animi bonis pupilli inhiantis adsint. IX.) An deni- 65
 que incertus? Negatur tum ob §. 27. *J. De Leg. l. 20. §* 66
30. ff. de Test. tut. quia sc. certo iudicio quis debet pro
 tutela posteritatis suæ cavere, tum ob hujus tutelæ natu-
 ram; cum enim conventio semper inter certas personas 67
 celebretur, tutor denominandus sit certus oportet; nisi 68
 forsân conventio id intendat, ut quis demum post mor-
 tem patris aliquem sistat, qui idoneus huic muneri ge-
 rendo existimetur; illum enim intuitu patris paciscentis 69
 incertum appellare poteris. Sed satis de Subjecto. Ve- 70
 nio nunc ad Objectum, quod principaliter est persona,
 minus principaliter bona pupilli. De utroque aliquid 71
 notatu dignum afferre lubet. Pupillo itaque tutor præ- 72
 esse debet, sive ille adhuc sit infans, sive infantia sive
 pubertati proximus, sive præcoci polleat ingenio, sive
 sero, ut cæteri homines, sapiat, sive jam natus, sive ad-
 huc sit nasciturus; nam embryoni quoque tutor datur,
l. 153. ff. De V. S. Sed non immerito hic quæstiones sunt 73
 tractandæ 1.) an etiam curator minori per pactum a pa-
 tre dari possit? Resp. vid. *infra n. 108.* 2.) an ille, qui 74
 jam tutor fuit, etiam præcise curator esse debeat? Nega- 75
 tur quidem alias ob §. 8. *J. De Excus. tut.* quia abunde
 sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur; *l. 20.*
C. de Neg. gest. sed in hac tutela affirmative respondeam 76
 necesse est, & quidem ob naturam pactorum, præsup-
 ponendo, quod etiam pactum ad curam sit directum.
 Quod bona pupilli concernit, nihil refert, utrum intra 77
 provinciam, an extra illam sint sita, utrum sint a patre,
 an aliunde profecta, utrum sint feudalia (conf. STRYK.

D

Ex.

- 78 *Ex. F. F. C. 7. qu. II. sq.*) an allodialia. Hic sane iterum quid peculiare habetur, quod, quamvis aliis tutoribus ob diffusum patrimonium, quatenus est in diversis provinciis, excusatio pateat, *l. 21. §. 2. ff. De Excus.* tutori
- 79 tamen pactitio hac excusatione succurri non possit, quoniam hac omnia prævidere potuit, & sic tacite consensisse
- 80 præsumitur; cautela igitur pro tutore pactitio notetur, ut hac de re expressè caveat, pactum enim contra illum
- 81 interpretamur, qui clarius loqui debuisset, *l. 39. ff. de*
- 82 *pact.* Forma hujus tutelæ, qua a cæteris dignoscitur, est
- 83 illud pactum, quod super gerenda tutela initur. Generalia autem de pactis hac exscribere tædet, quapropter tres tantum quaestiones subnectam. 1.) Quale sit pactum?
- 84 Resp. conditionatum, quia celebratur sub incerto die, &
- 85 quidem An & Quando simul. Scientia enim paciscentium se usque adeo non extendit, ut scire valeant, an etiam liberi tutore unquam opus habeant, & an pater ante
- 86 eorum majorennitatem fato suo sit functurus; multo minus certum temporis punctum determinari possunt.
- 87 Quando vero dies tam incertus fuerit, ut non constet, an & quando sit existiturus, perinde se res habet, ac si sub conditione contractum foret, *l. 56. ff. de Cond. indeb.*
- 88 Hæc prolixius deducenda fuerunt, ut exinde elici possit decisio novi problematis: An sc. quis ob hanc tutelam
- 89 sperandam a cæteris actu delatis se excusare possit? Et responsio negativa eligitur, quia multa adhuc inter calicem supremaque labera cadunt, & plane dubium est, an unquam iste, qui se excusare gestit, hanc tutelam in se
- 90 sit recepturus. 2.) Quomodo hoc pactum celebrètur? Resp. Jure Rom. quidem solennis stipulatio interponi poterat,

terat, sed nudum pactum etiam tolerabatur, quia, cum legitimum esset, agendi efficacia non destituebatur, v. supra C. I. n. 43. Jure hodierno res confici potest per omnia pacta simplicia, sive oretenus prolata, sive in scriptis consignata, sive in judicio, sive extra illud celebrata; quamvis illi cautius mercentur, qui autoritatem judicis adhibent, ut omnia eo firmiori stent obligatione. Præcipuis vero pacta successoria, v. g. confraternitatis &c. optime hac de re disponere queunt, cum sc. hic pupilli æque ac tutorum commodum versetur. 3.) Quid nam in hoc pactum veniat? Rsp. Gestio totius tutelæ; nam si forsitan alicui educatio pupilli per pactum committatur, ea propter non tota tutela in paciscentem devolvitur, sed potius alia, v. g. legitima, locum habebit, vid. Dn. LEYSER *Disp. de T. P. §. 25.* Porro, si quis promiserit, se habiturum commendatos alicujus liberos, si illum mori contingat; per hoc non censetur promisisse, ut etiam tutor esse velit, sed quod alias paratus sit ipsis prodesse, ac eos defendere; sunt verba GILMANNI *Rer. Jud. Aug. Com. Imp. L. 2. Dec. 46. n. 7.* Effectus hujus tutelæ est vel generalis, vel specialis. Generalis est illa obligatio, qua etiam quilibet tutor obstringitur, ut sc. omnem operam in persona pupilli industrie defendenda, & bonis ejus accurate administrandis exercere debet, qua de re vero DD. in suis compendiis copiosius docent, v. STRUV. *J. R. G. F. L. I. T. 21.* Specialis effectus est duplex, quod 1.) illa cæteras tutelæ species præcedat. De dativa quidem & legitima, eaque tam ordinaria, quam extraordinaria, nullum extabit dubium; sed an ipsi testamentariæ tutelæ sit anteponenda, haud

D 2

aque

- 102 æque certum videtur. Ast res salva est; aut enim testa-
mentum conditur ante pactum; & tunc expediti juris est,
- 103 quod posterior voluntas priorem tollat; aut pactum præ-
cedit ultimam voluntatem; postea declaratam, & nihil-
ominus illa constitutio vitio nullitatis laborat, & pactitius
- 104 tutor testamentarium præcedit; Ratio: Hæc tutela con-
sistit in pacto, quod sicuti utriusque consensu initur, sic
quoque utriusque dissensu dissolvatur necesse est, *l. 35. ff.*
- 105 *De Reg. jur.* Et sic a Jctis Helmstadiensibus respon-
sum esse meminit *Dn. LEYSER l. c. §. 18. Diss. Dn. GLA-*
FEY in Grund-Sätzen der Bürgerlichen Gelehr. C. 6. §. 24.
- 106 Quod si igitur alter quoque suam voluntatem per renun-
tiationem juris quaesiti declaret, tutor testamentarius
- 107 omnino est admittendus. 2.) Quod nullam excusatio-
nem admittat: Nam ut multa prolixius deducenda bre-
vibus excusationibus, tutori alias competentibus, in tute-
108 la pacticia renunciatum esse videatur; id quod est licitum,
cum quilibet favori personæ pro se introducto, si sine
tertii præjudicio fiat, renunciare queat, *l. penult. C. De*
- 110 *pactis.* Quamvis autem hæc tutela nullam excusationem
patiat, tamen ipsa, si modo actu & revera geratur, ad
111 excusandum prodest. Illa enim, etsi scienter & volenter
suscipiatur, minime pro affectata censetur, sed si quis
v. g. tres hujusmodi tutelas habuerit, a cæteris plenif-
112 sine liberabitur, *§. 5. J. De Excusat. tut.* Sequuntur ad-
iuncta T. P. de quibus, cum penna volans ad finem in-
113 clinet, paucissimis ita tene. Illa sunt vel in constitutio-
ne, ut æ) confirmatio & b) satisfactio, quæ quidem jure
Civ. argumento a testamentariis tutoribus ducto, *l. 3. §.*
1. De

1. De administ. tut. l. 27. ff. de test. tut. etiam pactitiis
 remittuntur: non vero hodierno, v. Dn. LEYSER §. 24. 114
 qui exceptionem in principibus Sax. ponit. γ) excusatio, 115
 quæ, ut modo est monitum, hac in tutela plane cessat.
 Quod si vero aliquid supervenerit, ut ad tempus rebus 116
 superesse haud possit, v. g. si reipublicæ causa absens fue-
 rit, tunc curator temporarius illi adjungatur oportet, §.
 5. *F. de Curat.* δ) suspecti postulatio, si præter opinio- 117
 nem opus fuerit, etiam hic non denegatur: *vel occur-* 118
runt in administratione, v. c. confectio inventarii, quæ
aliquoties, & quidem præprimis in nostra tutela, a patre
prohibetur. LUDOVICI Doctr. ff. Tit. De rebus eorum
§. 5. it. alienatio immobilium, ubi tamen omnia, quæ 119
alias in jure præcipiuntur, strictissime sunt observanda, nisi 120
forte pater in pacto alienationem permiserit, tunc enim
tutorem solennitatibus hisce superfedere posse puto, quia
de expresso patris consensu constat, arg. l. 1. §. 3. C. Quan-
do decret. non opus est. Contrarium T. P. est dissolutio 121
 pacti de ineunda tutela, quæ fieri potest diversis modis.
 Potiores sunt sequentes: 1.) mors constituti tutoris, non
 vero constituentis; ibi enim incipit tutela. 2) casus plane 122
 non existens in quem tutor datus est, v. g. si liberi mo-
 riantur. 3.) utriusque voluntas, non vero unius tantum, 123
 etiam illius, qui tutorem dedit; alter enim nihil de suo
 jure remittere tenetur; quod si tamen unus alterve gra- 124
 ves dissentendi causas habeat, ad liberandum agi posse
 censeo. 4.) si prohibitiva causa superveniens tutorem im- 125
 pediat, quo minus fidem datam explere possit, v. g. si
 pro prodigo declaretur, 5.) si tutor ad tempus, sub con- 126
 ditione aut ad bene placitum datus sit; hoc enim sicuti 127
 D 3 in

in testamentaria; §. 3. *J. Qui test. tut. dar. poss.* ita & in
 128 pactitia tutela procedit. *Dn. LEYSER c. l. §. 28. 6.)* si
 mulier tutrix pactitia secundo nubat, ubi tamen pactum
 de non amittenda tutela ob iteratas nuptias sustinetur, *Dn.*
 129 *LEYSER §. 19, 7.)* si denique magistratus confirmans ex
 gravi pregnantique causa tutoris electionem improbet.
 130 Affine hujus tutelæ est cura pactitia, eaque tam ordinaria
 131 quam extraordinaria. Ordinariam quod concernit, nunc
 quaestio supra n. 57. attacta est absolvenda: an sc. curator mi-
 132 nori per pactum a patre vel, cæteris paribus, etiam ab extra-
 133 neo, dari possit? Negatur de jure Rom. §. 1. *J. De Cur.* ubi
 testamento curatorem dari non debere legitur; ratio erat,
 quia adolescentes non inviti, præterquam in litem, cura-
 torem accipiebant §. 2. *c. l.* Sed jus hodiernum contra-
 riam confirmavit in *R. J. de anno 1577. §. 1. § 2. ibi*
Vormunde und Vorsteher, adeoque quaestio affirmative
 134 est decidenda. Tango binis verbis extraordinariam s.
 muliebrem curam, de qua *Dn. LEYSER §. 26.* monet, &
 ipsa praxis est testis locuples, quod illa semper sit pacti-
 135 tia. Denique de actionibus si quaeratur, duplices sunt
 136 considerandæ. Una quidem est ex pacto, qua tutor pa-
 137 ctitius ad promissionem implendam adigitur. Jure Civ.
 erat vel condictio certi ex stipulatu, vel, si ex pacto legi-
 timo ageretur, condictio ex *l. 15. §. 1. ff. De Excusat.*
 138 hodie verò actio ex nudo pacto datur Cui? patri & cuilibet,
 qui aliquem tutorem constituit. Contra quem?
 Eum, qui promissit, se tutorem fore. Ad quid? Ut non
 solum tutelam in se præcisè recipiat, sed etiam id, quod
 ex natura contractus aut speciali conventionione adjuncta præ-
 139 stari debet, præstet. Ex parte igitur constituentis hæc actio
 est

est ad hæredes transitoria; & cum pupilli in iudicio standi 140
 personam non habeant, mater aut propinqui pupillo-
 rum hanc actionem in iudicium deducunt. Ex parte vero 141
 promittentis hæc actio ad hæredes non transit, quia industria
 personæ est electa. Porro agitur ad factum præcise imple- 142
 dum; quapropter tutor etiam id, quod interest, præstando
 non liberabitur, quoniam ad factum qualificatum *arg. l. 13.*

S. i. ff. De re iud. Quod si vero tutor promissis non 143
 steterit, actio ad Interesse a pupillo, si ad ætatem matu-
 ram pervenerit, institui potest. Poena etiam in casum 144
 contraventionis salutariter adjicitur & exigitur. Altera 145
 est actio ex quasi contractu gestæ tutelæ oriunda, quæ
 etiam cæteris tutelæ speciebus communis adeoque abs me
 non erit consideranda. Non tamen sicco prætereunda 146
 est actio contraria tutori competens ad salarium conse-
 quendum, quod satis commode in pacto determinari pot-
 est. *arg. l. 33. ff. De adm. tut.* quod etiam tutori pactitio, 147
 si forsitan minor veniam ætatis legitime impetret, ob jus
 suum quæsitum non auferendum esse existimo. Sed 148

— — — — — Sat prata biberunt; Claudantur ergo
 rivuli.

DEO

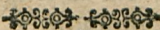
Uni, Trino,

Tutori meo

Optumo, Maxumo,

sit

laus, honor & gloria.



SCHEDI-

SCHEDIASMA DE TUTELA NATURALI.

JOVA, JUVA.

CAP. PROEMIALE.

SUMMARIA.

Proemium rationem & methodum dicendorum tractat.

1 **E**Ntia sine necessitate non esse multiplicanda, nobis
uti in ceteris disciplinis, ita quoque in jurispru-
2 dentia pro amissi præscribitur. Nihilominus tamen
aliquis, accurata doctrinæ cujusdam cognitione acquisita,
sæpe confiteri cogitur, aliquid superesse, quod hactenus
3 a paucissimis quibusque & tantum levi brachio sit atta-
4 ctum; ex cujus tamen scientia non minus utilitatis aut
certæ voluptatis, quam ex aliis in nos redundat. Forfan
mihi tale quid in materia de Tutelis, facili, pulcra & præ-
5 xin respiciente, contigit; Non solum enim peculiarem
hypothesin de quarta Tutelæ speciei, sc. Paçtitia, in jus
6 nostrum recipienda foveo; sed quoque aliud adhuc re-
stat, quod utrum approbandum sit, an repudiandum, diu
7 dubius hæsi. Scilicet statui potest quinta Tutelæ species,
8 sc. Tutela Naturalis die natürliche Vormundschaft. Vox
hæc quidem nonnunquam ab aliquibus in foro proponi-
9 tur, sed natura illius ignoratur. Et hanc ob causam eo
magis paratam veniam a B. L. me impetraturum esse con-
fido,

fido, cum, quicquid hac de re sentio, huic chartæ mandem. Si dicta placebunt, res se bene habet; sin minus 10 juvabit Zoilo materiam cavillandi præbuisse. Res interim II sic tractabitur, ut Cap. I. quæstio, an detur Tutela naturalis? disquiratur, & exempla illius spuria & genuina sup-
 peditentur. Cap. autem II. de tutore, cujus mentio fit 12
 §. N. Lib. I. art. II. ejusque indole agatur. DEUS autem 13
 tutor omnium naturalis nobis mihi tutelam gratiamque
 præbeat.

CAP. I.

De Tutela naturali.

SUMMARIA.

Tutela naturalis sumitur vel in sensu generalissimo pro legitima Rom. tutela, 1. cujus fons 2 -- 7. & natura paucis discutiuntur, 8 -- 17. v. l. in sensu specialiori, 18. 19. ubi definitur, 20. & ejus exempla adducuntur (A) ex jure veteri Rom. & quidem a) ex legitima emancipatione, & hanc subsequente legitima parentum tutela, 23 -- 41. b) ex fiduciaria tutela, quæ tres casus continet, 42 -- 49. & plane inadæquatum nomen accepit. 50 --- 60. Hæ duo exempla jure Civ. nov. cessant. 61 --- 66. Ostenditur praxis nostra leg. par. tut. 67 --- 70. Exempl. 1.) 71 -- 75. 2.) 76. 77. 3.) 78 --- 83. (B) ex jure hodierno Civili, 84 -- 89. ubi exempla spuria reprobantur, & quidem 1.) 90 -- 97. 2.) 98 - 100. 3) 101 -- 108. 4.) 109 -- 115. & genuina substituuntur,

E

untur, & quidem α) 116 - - 118. β) 119 - - 132. (C) ex iure hodierno feudali, 133 - - 137. ubi tria exempla dantur, & quidem 1.) 138. - - 145. id quod etiam ad alios casus in iure Civili adhuc extenditur, 146 - - 149. 2.) 150 - - 155. 3.) 156 - - 160. Conclusio simul quedam de natura hujus tutelæ affert. 161 - - 169.

1 **S**I vox: Tutela Naturalis, in generalissimo accipiatur
 2 sensu, pro tali tutela, quam natura nobis præcepit aut
 3 suaſit; tota Juris Rom. doctrina de legitima tutela haud
 4 inconcinne huc trahitur, si modo verum illius fundamen-
 5 tum investiges, quod quidem in legibus silentio premi-
 6 tur. Legitima enim tutela secundum juris istius sanctio-
 7 nes ex eo denominatur, quia ex LL. XII. Tabb. descen-
 8 dit, perinde ut emancipatio legitima, it. hæredes legiti-
 9 mi; Non injucundum videtur ipsum legum tenorem le-
 10 gere; Sic autem sonant verba de impubere pupillo: Ut
 si paterfam. intestato moreretur, agnatorum gentiliū-
 que in ipsius pupillis eorumque pecunia potestas esset;
 It. de prodigo: Ut qui prodigus existeret; ei Prætor cau-
 sa cognita bonis suis interdiceret, inque ipsius pecunia
 agnatorum gentiliūmque potestas esset. It. de furioso:
 Si furiosus existat, agnatorum gentiliūmque in eo pecu-
 niaque ejus potestas esto. Has leges, si quis centies per-
 legerit, quidem aliquid statui, sed constitutionis ratio-
 nem haud adjici deprehendet; Primo vero intuitu quis-
 quam facile putabit, & forsân recte putabit, agnatos co-
 gnatosque ad tutelam ideo vocari, quia pro iis gravis mi-
 litat præsumtio, quod talium personarum tutelam curamve
 optime

optime sint administraturi, quoniam natura peculiarem
inter eos constituit cognationem. Hæc sane probabili
ter asseruntur, &, ni fallor, tale quid suboluit B. TITRO,
qui Obs. ad Laut. Comp. Tit. de Leg. Tut. Edit. Mollenbec.
n. 1. hanc tutelam rationes omnibus gentibus fere com-
munes præsupponere asserit. Quid vero omnibus genti-
bus magis commune, quam naturalis affectio erga con-
sanguineos. Quicquid autem sit in plane alia ivit JUSTI-
NIANUS *§. un. §. de Leg. Patr. tut.* Ille enim perspicuus,
quod lex vetus tantum agnatos & non quoque cognatos
tutores esse voluisset, hoc ob sperandum successionis
commodum, non vero ob naturalem affectionem fieri
putavit, simul fanciens, quod ibi plerumque sit tutela
onus, ubi emolumentum successionis speratur, *cit. §. un.*
add. l. 73. de Reg. Fur. l. un. §. 4. C. De caduc. toll. Hæc
Justiniana legislatio in nostra Germania certissime est re-
cepta, adeoque etiam apud nos is audit tutor legitimus,
cui ob futurum succedendi commodum onus tutelæ in-
cumbit; & hac significationem in hoc scripto observa-
tam abs me esse attestor. Sed quid statuendum de casi-
bus, ubi spes successionis abest, & tamen lege permit-
tente præ aliis alicui consanguineorum tutela committi-
tur: Sane illum tutorem naturalem, in sensu sc. speciali
nuncupo, simulque eum definitio, aut, si mavis, describo,
quod sit *talis, qui mero ductu & svasu ipsius*
natura, qua illum aliis diligentiore præsumi
jubet, præ aliis ad gestionem tutelæ admittitur.
Exempla hujus rei autem omnium maxime rara sunt, nisi
spuria adducere velis, qualia vide infra n. 76. sqq. Non

tamen defunt genuina, quæ erueret lubet tam ex jure ve-
 23 tustiori, quam recentiori. Ipsam rem autem aggressuro
 nunc ante omnia recurrendum est, ad antiquas Romano-
 rum leges, quas illi in successione pariter ac tutela cole-
 24 bant. Totius vero rei cardo vertitur in emancipatione
 25 legitima, quæ sc. ex LL. XII. Tabb. ortum trahit. Illa
 variis tricis circumsepta & ceremoniis stipata erat, qua-
 26 rum non ultima in eo consistebat, quod actus emancipa-
 tionis contracta fiducia celebraretur, i. e. inter patrem
 naturalem & fiduciarium conveniebat, ut filius a patre
 naturali patri fiduciario tertio mancipatus ipsi a fiduciario
 27 patre remanipetur, quo illum manumittere posset; quo
 facto jura patronatus in patrem naturalem devolvebantur,
 simulque etiam tutela in liberos impuberes emancipatos.
 28 Plura qui scire cupit, adeat *Catum Instit. L. i. Tit. 6. §. 3.*
 29 *add. §. ult. F. de Leg. Agn. tut.* Subsequentis temporibus
 Justinianus *l. ult. C. de Emancip. liber.* has venditiones in
 liberas personas, & circumductiones inextricabiles & in-
 30 juriosa raphismata quiescere jussit; & multo faciliores
 31 emancipandi modos, sc. Anastasianam & Justinianeam
 emancipationem introduxit, *l. c. §. 6. F. Quib. mod.*
31 jus P. P. solv. Nihilominus autem hæ emancipationes
 perinde ut illa, quæ ex LL. XII. Tabb. descendebat, jus
 agnationis tollebant, *§. ult. F. de Leg. Agn. tut.* & patri
 32 spes succedendi intercipiebatur; Justinianus ergo etiam
 hac in parte patri succurrere voluit, statuendo sc. quod
 emancipationes liberorum semper quasi contracta fiducia
 facta fuisset existimentur, *§. ult. F. de leg. Agn. success.*
 33 Pater igitur exinde consequeretur hereditatem, & per
 34 consequens tutelam in liberos emancipatos. Sed, qua-
 so,

so, qualis fuit hæc tutela? Imp. illam *J. un. J. de Leg. parent. tut.* haud dubitavit appellare legitimam; sed valde inadæquate & improprie: Quia enim ex quasi contracta fiducia, quam Imp. semper præsumere voluit, oriebatur, quasi Fiduciaria debuisset appellari, sicuti ULPIANUS *Fragm. Tit. II. §. 4.* illam tutelam, quæ ob veram contractam fiduciam competebat, fiduciariam nominat. Cum igitur Justinianus solennitates, nempe venditiones, manumissionem, & has concomitantem fiduciam sustulerit; ast tamen effectum illarum, sc. jus patronatus in liberos competens, nec non tutelam successionemque exinde profluentem retinere voluerit; recte asseritur, hanc tutelam neque legitimam, (nam jus agnationis erat ruptum) neque fiduciariam (nam nulla fiducia in actu emancipationis obveniebat) sed naturalem debuisse appellari; nam affectioni parentali tribuendum erat, quod pater tutelam in liberos emancipatos impuberes nancisceretur, etsi intricata solennitas, quam verustas efflagitabat, non esset observata. Brevi: Nomen hujus tutelæ in legibus nostris deficit, sed res ipsa in iis satis probatur. Apertiora magis exempla hujus tutelæ sistit jus Rom. in sua tutela fiduciaria. Continebat illa tres casus juxta Tit. *Instit. de fiduc. tut.* quos paulo peritius examinasse non pigebit. Primus erat, si avus nepotem ex filio, quem in potestate habebat & retinebat, emancipasset, & deinde fato suoungeretur; post mortem avi pater naturalis accipiebat tutelam fiduciariam in suum filium impuberem: v. c. t. voc. *filiorum suorum.* Secundus casus ita avidebat; Ex *tot. Tit. J. de leg. parent. tut.* haurimus, patronorum exemplo receptum esse, quod pater in suos liberos im-

- puberes, quos ipse emancipaverat, tutelam legitimam (quo jure, qua injuria illa sic vocetur, supra n. 29. sq. ventilatum est) habuerit; quod si igitur hic pater ad plures abiret, & hi liberi nondum per ætatem se defendere poterant, ceteri defuncti filii in fratres & sorores emancipatas fiduciarium exercebant tutelam, vid. *c. t. voc.*
- 47 *vel fratris vel sororis.* Tertius casus sequens erat: Si in modo allegato exemplo pater nullos alios liberos reliquisset, patris frater s. patruus in fratris sui prædefuncti liberos ejusmodi fiduciarium tutelam adipiscebatur,
- 48 *c. t. voc. vel cæterorum.* Conf. VINNIUS *Comment. ad Inst.* LUDWELL *Exercit. ad Inst.* PEREZ *Erotem. ad Inst.* B. MENCK *Tabb. ad Inst. omnes quidem ad Inst. Tit. de Tutel. fiduc.* Nunc ad rem: Videndum est, quales
- 49 fuerint isti tutores? Erant minime legitimi, nam per emancipationem omne agnationis jus perierat, *§. fin. J. de leg. agn. tut.* non erant quasi legitimi, sive ad exemplum LL. XII. *Tabb.* introducti, ibi enim requirebatur, quod tutores ad hæreditatem futuram vocarentur, ut de patrono
- 50 & liberto legimus. Nunc vero vetustioris juris Rom. gnaros haud fugiet, eo jure neque patrem, neque fratrem filiorum aut fratrum emancipatorum legitimos hæredes fuisse, v. *l. i. unde legit. l. 5. und. cognat. §. i. J. de leg. cogn. success.* ergo etiam non tutores legitimos. Cum
- 51 igitur hi homines ad nullam tutelæ speciem poterant referri, nomen aliquid subsidiarium est cogitatum, sc. fiduciarium; quod tamen originem plane non a fiducia, cujus supra mentio injecta est, trahit, sed potius respectum
- 52 ad plane singularem confidentiam, quam a natura conjun-

juncti inter se invicem fovere possunt, habet. Sed, quæso, 57
 quid hoc aliud est, quam mea tutela naturalis? Impera- 58
 tor enim hæc omnia sanciens, naturale amoris vinculum,
 quod inter patrem & filium, & inter duos fratres, quo-
 rum unus per emancipationem jus familiæ perdidit, nec
 non inter patrum & nepotem ex fratre erat constitutum,
 respiciebat; & quia jura sanguinis nullo jure dirimi pos- 59
 sunt, *f. ult. f. de leg. agn. tut. l. 8. de R. f.* tantum de pa-
 tre & fratre & patruo concipiebat spem, ut, etsi commo-
 do successionis non allicerentur, tamen in persona impu-
 beris defendenda & bonis suis administrandis illos diligen-
 tissimos & fidelissimos præsumeret. Et hæc est illa fidu- 60
 cia, a qua tutela fiduciaria nomen sumit, quæ ideo, si
 scapham scapham nominare velis, est tutela Naturalis.
 Hæc autem de jure Institutionum sum philosophatus, 61
 quorum utilitas in praxi hodierna utique cessat, cum ad
 Jurisprudentiam Rom. antiquam pertineant; hæc enim 62
 omnia ab ipso Justiniano sunt mutata; Cum nempe ab 63
 illo omnia jura agnationis & emancipationis in successio-
 ne sint antiquata, *Auth. in success. C. de suis & leg. hered.*
Auth. Cessante & Auth. post fratres C. de leg. hered. atque 64
 pater non minus ac fratres per *Nov. 118.* ad successionem
 semper vocentur, etiam hi omnes erunt tutores legitimi,
 i. e. ob rationem LL. XII. Tab. quæ est spes successionis,
 admissi; nec obstat, quod jure Saxon. in tutelæ doctrina 65
 agnatorum & cognatorum adhuc sit differentia *L. R. Lib.*
I. art. 23. Weichbild art. 49. nam cognati non plane ex- 66
 cluduntur, ut veteri jure Rom. sed tantum agnatis postpo-
 nuntur. Ut autem aliquid in praxi obveniens inseratur, 67
 hæc inconcinne subnectitur quæstio, quidnam mores hodi-
 dierni

- 68 dierni de casibus antea allatis statuant? Et sicuti de fratri-
 82 bus, patris & cœteris agnatis & cognatis sine hæsitatio-
 ne omnes affirmant, quod, quamvis multiplices emanci-
 pationes intervenerint, tamen hoc neque in hæreditate
 consequenda, neque tutela committenda attendatur, sed
 69 his personis semper tutela legitima competat; ita de le-
 gitima parentum tutela aliquando valde dubitatum esse
 70 memini, an sc. illa hodie statuenda sit? Ut affirmantibus
 71 accedam, tres præsertim casus urgent. Prior fundat se
 in expressa emancipatione, quæ hodie quidem fere rarior,
 72 sed tamen aliquando necessaria est. Nam si pater cum filio
 suo impubere contractum celebrare velit, illa minime
 negligenda erit, ne alias actus nullitate laboret. B. BEYER
pos. ad Inst. Tit. quib. mod. P. P. solv. in not. lit. a. add.
Dn. de BERGER œc. Fur. L. I. Tit. 3. §. 16. p. m. 155. §.
 73 Idem tenendum de casu, si consuetudine loci id postu-
 lante pater secundas nuptias celebraturus partem bono-
 rum illi addicat, qua de re vid. *Dn. de BERGER l. c. n.*
3. p. m. 157. STRYK. Us. Mod. Tit. de Adopt. §. 25.
 74 Quando igitur hæc emancipatio obvenit, filius e potesta-
 te patria dimittitur, alius autem tutor illi ad hunc actum
 constituitur; finito tali actu officium hujus tutoris tem-
 75 porarii cessabit; filius autem impuber, qui nunc homo sui
 juris est, in legitimam parentis sui tutelam cadit, prout
 simile quid aperte deciditur in *tot. tit. Inst. de Leg. par.*
 76 *tutel.* Posterior casus sic se habet: Si avus, qui filium
 & simul nepotem ex eo prodatum in potestate habet,
 nepotem impuberem emancipet, sed filium in potestate
 77 retineat, postea autem diem supremum obeat; emanci-
 patus nepos non quidem in naturalis sui patris potestatem
 recidet,

recidet, bene vero in tutelam legitimam veniet, quæ merito hoc nomine insignitur, quia pater per *Nov. 118. cap. 2.* commodò successione fruitur. Tertium exemplum obvenit in adoptione plena. Quod si enim avus paternus aut maternus nepotem ex filio filiave conceptum adoptaverit; vinculum P. P. in patre naturali definit, & in avo ob concurrens naturale & civile jus incipit, §. 3. *F. S. l. pen. C. de Adopt.* Avo igitur adoptante mortuo, adoptatus non quidem in patriam potestatem, sed tamen in tutelam legitimam parentis sui recidet. Hæc quidem omnia secundum juris normam exacte sunt ordinata, sed praxin hosce casus ob expressæ emancipationis & adoptionis infrequentiam progignere, & si forsan progignat, tamen hæc, quas insipide vocat, subtilitates negligere, nolens volens confiteor. Nunc e diverticulo in viam. Occupatus hæcenus sui in exemplis tutelæ naturalis e jure Rom. eruendis; reperi unum alterumve, sed novissima Justiniani legislatio voluit, ut omnes hæc species tutelæ sub legitimarum denominatione nobis innotescerent, idque fecit ob successionem his tutoribus omnibus largiter concessam. Progredior itaque, & ex hodierno jure exempla tutelæ naturalis colligere studeo. Aliud autem jus in Civilibus aliud in Feudalibus observatur, utrumque igitur est perlustrandum. Quod igitur jus hodiernum civile attinet, ex illo difficillime exemplum exculpi poterit, ubi alicui tutela non ob spem successionis sed ob merum præsumptum naturalem amorem confertur. Multa sane spuria exempla obveniunt, quæ vero, re accuratius pensitata, non admittenda sunt. Occurrit autem tutela materna, quæ vero huc perperam refertur. Nam

F

ctli

etfi cum multis, v. g. LUDWELL *Exercit. ad Inst. III.*
ib. 4. lit. d. clamitare velis, matrem & aviam ob singula-
 rem affectionem, quam erga liberos habere intelligun-
 tur, ad tutelam admitti ob *arg. l. 14. C. de his, qui accus.*
 93 *poss.* tamen huic argumento omnis probandi nervus de-
 est, nam refragatur *Nov. 118. c. 5.* quæ istis personis NB.
 juxta hæreditatis ordinem tutelam suscipere permittit, &
 94 talem tutelam ad legitimam refert, etfi cum munus tuto-
 rum alias sit virile, *l. i. C. Quand. mul. tut. off. fung. DD.*
 95 illam merito *extraordinariam* appellant. Non tamen
 inficias ivero, sæpius matrem tutricem naturalem, abusi-
 ve tamen appellari, ut ex RICHTER. *Vok. I. p. 4. cons. 12.*
 96 37. annotat SCHILTER. *Ex. ad ff. 37. §. 46.* imo, cum
 hæc tutela materna a ceteris legitimis in aliquibus differat,
 v. g. quod tantum a volente matre suscipiatur, *Nov. cit.*
 97 *Nov. 94. c. 2.* utique non temere aliquis putare posset, af-
 fectionem a matre expectandam fundamentum hujus tu-
 98 telæ existere. Sicuti autem in matre, ita quoque in alia
 muliere, si tutelam per dispensationem principis consequa-
 99 tur, (id quod fieri posse per *l. fin. ff. de tutel.* patet) hanc
 100 tutelæ naturalis speciem non inveniri existimo; etfi enim
 sine dubio amor erga pupillum exhibendus principem in-
 citare possit, quod petitis deferat, tamen cum id per mo-
 dum privilegii efficiatur, ad nullam tutelæ speciem referri
 101 debet. Porro causæ, ob quas alicui hereditas, ut indigno
 aufertur, nec non causæ exheredationum, prima facie opi-
 102 mam suppeditare videbantur segetem, quia ibi pater com-
 modo successione privatur, adeoque non ob spem illam
 103 tutelam gerit. Sed, ut taceam, semper hic expressam
 emancipationem, quæ, ut supra monui, rara avis est, præ-
 suppo-

supponendam esse, quia tacita in impuberes nunquam
 cadere potest; etiam exempla exinde desumpta suis men- 104
 dis non destituuntur. Quod igitur causas, ob quas ali- 105
 cui, ceu indigno, hereditas aufertur, concernit, præcipue
 huc spectant ea, quæ delictum, in defunctos commissum
 punire intendunt, v. g. si quis insidias vitæ struxerit. Sed 106
 hoc casu patri, qui patrium animum plane exuit, nullum
 prorsus tutelæ genus, & minime nostra tutela competit.
 Quod si forsan etiam aliud exemplum ad pupillum ejus- 107
 que patrem quadraret, tamen poena tandem, i. e. abla-
 tio hereditatis, post mortem pupilli demum, uti tutela 108
 ipso jure evanuit, dictatur; & pater sine dubio se spe
 dulci lactavit, filium aliquando delicta esse remissurum;
 Idem fere dices de causis exheredationum; Si enim illa 109
 sint tam acres, ut proter eas quoque hereditas ab intesta- 110
 to delata eripiatur, tunc decisio ex superioribus patebit;
 sin sit alia, res sua non caret difficultate. Nam illa causa 111
 in favorem filii sunt introducta, qui vero demum annos 112
 pupillares egressus testamenti condendi facultatem nanci-
 scitur; antea vero sciri non potest, annon filius patri omnia
 condonaverit; & sic interim successio ab intestato salva 113
 manebit, & ob spem succedendi adest tutela legitima.
 Quod si etiam hoc ad patrem curatorem applices, filius 114
 quidem minor testamentum faciet, sed ante mortem, per
 quam cura desinit, tenor testamenti nemini fuit cognitus; 115
 & pater interea semper spe hereditatis allectus legitimam
 exercuit tutelam, non naturalem. His igitur omnibus 116
 remotis tandem verum exemplum tutelæ naturalis pro-
 ponam, in usu rerum tamen non adeo frequens. Fac 117
 sc. Titium filium a patre Cajo in teneris annis esse expres-
 se

se emancipatum; fac, Cajum aliquid exheredatione di-
 401 gnum perpetrasse, fac, Titium in minorennitate sua te-
 402 stamentum condere, & patrem rite exheredare, fac præ-
 fertim, Cajum hæc omnia scire, fac denique, eundem Ca-
 jum nihilominus curam filii sui gerere, & omnibus aliis
 403 anteferri velle; & habebis genuinum tutelæ naturalis ex-
 118 emplum. Cum autem hoc exemplum forsitan Iustus in-
 genii reputari possit, illi sane mare arare videntur, qui
 409 emplum ex his materiis extorquere volunt. Fallor? an illi
 meliora fata patiuntur, qui in patre, filii sui spurii tutore,
 120 exemplum tutelæ naturalis agnoscunt. Equidem ME V.
 404 P. 3. Dec. 262. exemplum refert, quod pater ad filii natu-
 121 ralis tutelam recipiendam sit coactus, sed vocat eam le-
 405 gitimam, quia per Nov. 89. c. 3. & Auth. licet C. de natural.
 406 lib. pater commodo successionis, restrictæ tamen, frui-
 122 tur; Sed hæc ratio maxime displicet, suaque falsitate præ-
 123 mirur. Quamvis enim allegatis legibus ME V. sententiam
 407 suam suffulcire velit, tamen illæ semper loquuntur de li-
 beris ex concubina natis, qui κατ' ἐξοχήν naturalès vocan-
 124 tur, & a spuriiis differunt, §. 12. C. 13. J. de nupt. Cum
 408 autem hodie per totam Christiani orbis approbationem
 125 status concubinatus evanuerit; etiam liberi naturales ces-
 409 sant, & spurii modo hoc, modo isto nomine insigniun-
 126 tur. Etsi enim communis DD. schola doctrinam Nov.
 127 cit. 89. in compendiis suis tradat, insuper quoque B. BEYER
 410 ad Inst. Tit. de succ. ab intest. pos. 50. haud obscure diffe-
 rentiam horum nominum admittit, prouti sc. pater pro-
 128 babiliter certus sit, vel non sit; tamen potius cum STRYK.
 411 U. M. Tit. de his, qui sui vel alien. jur. §. 7. fatendum est,
 quod hodie per Ref. Pol. de an. 1548. Tit. von leichfertiger
 Bey:

Beywohnung, aliasque sanctiones publicas, simul cum
 concubinato etiam naturalium liberorum honestior con-
 ditio fuerit sublata. Hæc si ita sint, pater spuris non suc- 129
 cedit, ergo nec est illorum tutor legitimus, e contrario
 mater, quæ succedit, *l. 2. und. cognat.* tutrix vocabitur le-
 gitima. Sed pone casum, quod pater, deficiente tutela 130
 materna, filio suo spurio se tutorem constitui petat; po-
 teritne a tutela repelli? Minime, sed præ omnibus ad- 131
 mittendus est; & hæc erit species tutelæ naturalis, quia
 enim natura illum patrem fecit, æquitas, etiam erga de-
 linquentes paululum indulgentior, efflagitat, quod pri-
 mus omnium tutelam habeat. Sed an poterit cogi? Non 132
 putarem, tutela enim hæc nemini invito imponitur, sed,
 in affectione naturali se fundet, etiam ex spontaneo amo-
 ris motu suscipiatur necesse est. Linquo autem Jus Civ. 133
 hodiernum, quod mihi vix & ægre bina exemplâ præbe-
 re voluit. Vertor ad Jus Feudale, feliciori forsân fidere. 134
 In feudalibus enim iste quoque tutor legitimus vocatur, 135
 ad quem spes successionis pertinet, ut sunt agnati, simul-
 tanee investiti, & in subsidium dominus directus; illi sc. 136
 juxta ordinem successionis quoque ad tutelam perveni-
 unt. SCHNEIDEWIN. & B. MENCK. *ad Inst. Tit. de leg.*
patron. tut. SCHULTZ. *Syn. Inst. de leg. agn. tut. lit. b. in*
fin. Ubi igitur tutores necessario præ aliis admittuntur, 137
 non ob rationem succedendi, sed peculiarem sanguinis
 affectum, ibi semper tutelam naturalem adesse existimo.
 Primum autem hujus assertionis exemplum habebis in 138
 matre, quippe quæ, ceteris in jure Civ. hac de re sanc-
 tis etiam hic observandis, præ ceteris agnatis ad tutelam
 liberorum impuberum vasallorum, non solum quoad res

- 139 allodiales, sed quoque feudales, aspirare potest. Non quidem unam ob causam mater a successione feudali excluditur; sufficit, quod sit femina, quæ regulariter feudum non possidet. 2. Feud. 8. §. 2. Vis tamen & ratio sanguinis apud Jctos tantum valet, ut neque in feudis minoribus, neque in ducatibus & principatibus matri & aviabus tutelaribus potestas denegetur, prouti
- 141 ex probatissimæ auctoritatis scriptoribus ROSENTHAL *Cap. 12. concl. 10. n. 20.* SCHRADER *Part. 10. Sect. 19. n. 26.* PÜHEL *de Tutel. elect. & princip. c. 5. n. 22.*
- 142 hoc docet STRYK. *E. J. F. C. 7. qu. 16.* Consentit GEBAUER *ad Inst. Feud. SCHILT. c. 6. §. 3. lit. a.* B. HARTUNG *Jurispr. Feud. Sect. II. membr. 1. tit. 16. §. 7.* Dissentit STROV. *Jpr. R. G. F. L. I. T. 17. §. 5. in fin. add.*
- 143 STRYK. *U. M. Tit. de legit. tut. §. 20. sq.* Caveas tamen hoc extendas ad Electores impuberes; in illis enim juxta AUR. BULL. *C. 7. §. 4.* tantum patruus aut alii proximi
- 144 agnati tutores evadunt. Præterea quoque hoc loco non prætermittendum, quod in Sax. El. proximi successores feudales ejusmodi tutricibus adjungi soleant. SCHILTER. *Ex. ad. ff. 37. §. 57.* B. HORN. *Jurispr. Feud. C. 9. §. 16.*
- 145 HARTUNG *l. c. §. 10.* Aliquid forsân quoque ad rhombum faciunt consiliarii eum in finem in tutelis majoris
- 146 momenti constituti, Vormundschafft's-Räthe dicti. Quod autem hic de feudis attuli, eo magis notandum erit, cum etiam obtineat in rebus liberorum, a quarum successione mater per statuta localia excluditur. STRYK. *l. c. §. 30.*
- 147 Imo extra Sax. adhuc alius datur casus, si sc. mater per substitutionem pupillarem expressam a liberorum successione
- 148 excluditur; nam tunc nihilominus tutela matri in libe-

liberos competit, quia remanet naturalis matris erga li-
 beros charitas. MENOCH. *de arbitr. jud. qu. Lib. 2. cent.*
 2. *cas. 150. n. 37.* SURD. *Conf. 428. n. 3.* Hunc vero ca- 149
 sum in Sax. non obvenire ex P. III. C. El. 8. patet, nec
 quoque extra Sax. tale quid in substitutione pupillari ta-
 cita est statuendum, CARPZOV. *ad. cit. Const. def. 2.* Ha- 150
 etenus de primo exemplo. Secundum offenditur in
 ascendentibus masculis. Finge casum, quod pater habe- 151
 at filium, qui, cum principis gratia feudum illi contulif-
 set, præmaturo fato eripitur, sed filium relinquit, eum-
 que impuberem, simul quoque alios simultanee investi-
 tos. Nunc quæritur, quis hujus pupilli tutelam accipere 152
 debeat? Quamvis autem nullus casus adsit, ubi avus suc- 153
 cessionis jure gaudet, quales DD. Feudistæ, v. g. HAR-
 TUNG *l. c. sect. II. membr. 2. Tit. 13. §. 52.* recensent, sed 154
 potius juxta 2. F. 50. successionis feudalis sit natura quod
 ascendentes non succedant; tamen ob præsumtam pieta- 155
 tatem avus ceu naturalis tutor præ reliquis est anteferen-
 dus, uti hoc admittit HARTUNG. *S. II. membr. 1. Tit.*
16. §. 7. Tertium exemplum in patre occurrit. Finge ca- 156
 sum, quod pater vasallus delictum feudale non quidem
 in domini directi personam, sed alium commiserit, v. g.
 convasallum prodiderit, 2. F. 37. & propterea pœnæ loco
 feudo sit privandus. Quia igitur in Sax. nostra per P. III. 157
Const. Elect. 27. expresse fit cautum, quod tali casu feu-
 dum, non ut quorundam v. g. STRUV. *S. F. F. C. 15. 16.*
 14. & 15. opinio fert ad dominum directum, sed ad pro-
 ximum agnatum, qui est patris delinquentis filius, devolv-
 vatur; tunc fieri potest, ut ceteris paribus pater natura- 158
 lem tutelam adipiscatur. Dico: ceteris paribus: nam 159
 termi.

termini habiles sunt præsupponendi, ut vel pater ipse
 filium prius, vel post, quam delictum esset commissum,
 expresse emancipaverit, vel filius jam antea ab avo, in cu-
 jus potestate simul cum patre erat constitutus, ex illa sit
 160 dimissus; alias, enim patri jure patriæ potestatis, & non vi
 161 cujusdam tutelæ administratio feudi competeret. Et hæc
 pro asserenda tutela naturali conglomerare valui, tenuia
 quidem, exilia, & si tutelam muliebrem feudalem exci-
 162 pias, in praxi per seculum vix semel obvia; non tamen
 plane spernenda, si accuratam loquendi rationem adhi-
 163 bere velis; singulas autem res singulis appellationibus
 164 *firm.* allegata autem exempla neque ad testamentariam,
 neque ad aliam tutelarum speciem pertinere, certo cer-
 165 tius est; sane ad legitimam trahi non poterunt, quia ra-
 166 tio legis, i. e. successio semper deficit. Ceterum si de
 qualitatibus hujus tutelæ naturalis aliquid addendum sit,
 167 pauca notatu digna obvenient; nam plane eadem, qua
 tutela legitima natura gaudet, unde præ dativa sibi locum
 168 vindicabit; imo quoque talis tutor naturalis aliis legitimis,
 qui se. remotiores quidem, sed tamen successiois capaces
 169 sunt, merito est præferendus. E contrario hunc tuto-
 rem naturalem testamentario & pactitio postponendum
 esse omnino assero.

CAPUT II.

De tutore Saxonico ex L. R.

Lib I. Art. II.

SUMMARI A.

Connexio. 1. Textus L. R. L. I. art. II. allegatur. 2-6.

Quo

Quo jure pater bona liberorum suorum administret, late disquiritur, 7--26. Carpz. doctrina de tutore naturali recensetur, 27--33 & refutatur, 34--37 Formula practicatorum: in natürlicher Vormundschaft, adducitur, 38---40 excusatur, 41--43. & refutatur. 44---48. Ratio & methodus dicendorum. 49.--50. Pater itaque I.) incipit administrationem post mortem matris, 51--54 nisi sit adempta, 55---58 non conficit inventarium, 59---65 bene tamen designationem rerum. 66---68. Quid si pater secundas nuptias contrahat? 69---73. Securitatem liberis praestat, 74--77 jure civ. 78--85 & Sax. 86---88. Quid si pater sit pauper homo? 89--91. II.) Gerit ipsam administrationem, 93--96 tam in extrajud. 97---99 quam judicialibus, 100. 101 non autem alienat, 102--105 habet tamen usumfructum, 106---109 nisi sit ademptus. Cas. I. 112--117. 2.) 118. 119 3.) 120. 121. Quae sit natura ususfructus? 122 --- 127. non reddit rationes, 128 --- 130. III.) Amittit hanc administrationem. 131 --- 134 α) per mortem filii, 135 -- 137 an etiam hodie? 138--143 β) emancipationem expressam, 144 --- 150 & tacitam, 151 --- 158 quae non invito patre fieri debet. 159 --- 162. An adempta administratione ademptus sit ususfructus? 163. 164. Conclusio. 165. 166.

Tango materiam, quae totius speciminis exhibendi ansam praebuit. Legitur sc. in jure veteri Sax. Land R. L. i. art. II. textus, ubi pater, bona liberorum materna post obitum matris administrans *tutor*

G

nuncu-

3 nuncupatur. Verba legis apponere utile videtur: Holt-
 det of eyn Vader seine Kinder in Vormundschep ra-
 4 erer Moder Tode, wan se sich van eme scheidet, he sal
 5 en weder laten aler Moder Gut &c. i. e. Hält ein Va-
 6 ter seine Kinder in Vormundschaft nach ihrer Mutter
 7 Tode, wenn sie sich darnach von ihm scheidet, er soll ih-
 8 nen lassen, und geben alles ihrer Mutter Gut. Cum igitur
 9 non desunt, qui in hoc textu peculiare tutelæ natu-
 10 ralis exemplum latere credunt, in Cap. præc. monstravi,
 11 quisnam tutor hoc nomine sit appellandus, ut eo aper-
 12 tius videri possit, hunc textum plane aliud quid involve-
 re, quem in finem quoque indolem tutoris, quem cita-
 tus textus indigitat, pluribus persequutus sum. Antequam
 autem ulteriorem disquisitionem aggrediar, non extra
 oleas vagari mihi videor, si ad illustrandum hoc Cap. in
 Synopsi quadam tradatur, quo jure pater bona liberorum
 suorum moderari queat; non una enim species bonorum
 filiisfam. adscribitur, in quibus tamen recensendis & de-
 scribendis nemo meam oppellam exquiret; in hoc enim
 ad nauseam usque, non tamen sine multifaria dissensio-
 ne DD. in Commentarijs ad tit. J. Per quas pers. nob.
 10 acq. §. tit. ff. de pecul. desudaverunt. Meum tantum
 11 erit, patrem hæc talia bona ex diversis tamen juribus ad-
 ministrantem in scenam producere. Quod igitur bona
 castrensia (de bonis autem quasi castrensibus, nec
 non adventitiis irregularibus, quæ quidem hoc
 1 respectu eodem censentur jure, idem judicium esto)
 12 concernit, de iis talem casum fingam: Titius juvenis ca-
 stris sequitur, ibique tam arctam cum commilitone con-
 trahit amicitiam, ut, cum mors inopina suam familia-
 ritatis

ritatis nexum inexorabili falce dissecat, in ultimum amoris documentum omnes defuncti facultates per testamentum accipiat; desuper vero illi controversia in iudicio decidenda movetur; quamvis autem alias iste Titius intuitu horum bonorum pro patrefam. habeatur, l. 2. ff. ad SCtum Maced. tamen quia majorennitatis annos nondum superavit, in iudicio standi personam non habet, adeoque curatore indiget. Et tunc pater erit legitimus curator, & sub tali nomine comparebit. Merito patrem voco curatorem legitimum, quia ille in casum mortis filii hereditatem ab intestato nanciscitur. Non igitur placet sententia B. MENCKEN. Theor. & Prax. Pand. Tit. de pecul. §. 3. & Ill. de BERG. Oec. Jur. L. II. T. 2. §. 33. n. 10. qui asserunt, patrem hic proprie in natürlicher Vormundschaft agere, nisi forsitan hanc vocem generalissimo sensu & pro ipsa tutela legitima sumere velis, uti initio Cap. I. monui. Mitto bona castrensia, & quae illis sunt æqualia, atque pervenio ad bona *profectitia*. Sed hæc non cadunt in meditationes meas: dominium enim eorum semper apud patrem remanet; & ea propter, si forsitan pater illorum nomine in iudicio certer; neque ex patria potestate, neque ex tutela quadam, sed ex proprio jure, i. e. dominio se legitimabit. Superfunt bona *adventitia regularia*, in quibus administrandis, nec non utendis fruendis eximius P. P. effectus perspicitur. Habes hic B. L. doctrinam hanc sine furo quidem, sed distincte prolatam, quod sc. pater respectu liberorum suorum & illis competentium bonorum, modo dominum, modo tutorem curatoremve, modo patrem jure P. P. fulgentem se exhibeat. Utilitatem hujus distinctionis,

nis, si quis inficiari velit, cogitet nominatis personis ju-
 ra inter se plane diversa competere, quæ minime con-
 27 fundi debent. Aliud tamen placuit principi Jctorum
 Sax. CARPZOVIO in *Proc. jur. Tit. 5. art. 3. n. 11-17.*
 Ille enim patrem, circa bona suorum liberorum, qua-
 28 liacunque sint, versantem, vocat *tutorem naturalem*,
 illique tribuit has prærogativas, quod 1.) is sine tutorio
 & confirmatione judicis possit nomine filii comparere,
 29 *l. c. n. 12. 2.) non cavere teneatur, n. 15. & 3.) a red-*
 30 *ditione rationum sit liber, ibid.* Ast hæc sine discrimi-
 ne haud admitti possunt, equidem quoad primum effe-
 31 ctum Papiniano Sax. lubens assentior, quia assertionem
 suam non solum auctoritate illustrium judiciorum Sax.
 32 roboravit, sed & ratio adjecta haud displicet, quod se-
 cum alias tutoria eum in finem exhibeantur, ut judici
 constet, hunc esse pro tutore declaratum, hic natura ipsa
 ostendat, patrem tutelam liberorum suorum habere
 33 debere; cui & accedit, quod pater pro liberis etiam
 majorennibus vi præsumti mandati, cæteris requisitis
 observatis, in judicio admittatur. add. *O. P. S. vet. T.*
 34 *17. §. 2. & Declar. ad c. t. §. 3.* Ast quoad secundum
 & tertium effectum divortium a CARPZOVIO facio, quia isti
 tantum ad bona adventitia, & quidem regularia, ubi sc.
 35 CZ. allegatas. *l. 6. pr. & §. 2. C. De bon. que lib.* sicuti
 etiam ipsi CZ. *n. 15.* tale quid in rationibus reddendis
 36 statuit. Cum autem haud obscure hos effectus quoque
 ad cætera peculia extendere velit, hoc ob *Auth. Excipi-*
 37 *tur. & Auth. Item. C. c. t.* negatur, & potius concluditur,
 quod pater, qui est tutor vel curator legitimus, præ cæ-
 teris

teris tutoribus nullo jure peculiari gaudeat, sed ad similia præstanda teneatur, excepta solum tutorii impetratio-
 ne. Nihilominus tamen, quicquid sit, doctrina Carp-
 zoviana dubio procul errorem caufidicorum peperit, qui
 plerumque, si patri liberorum nomine in judicio agenti
 vel excipienti patrocinentur, positionum judicialium ru-
 bricas sic formare solent. Es erscheinet N. N. in natür-
 licher Vormundschaft seiner Kinder, cum tamen genius
 indolesque tutelæ naturalis ignoretur, & potius patri vel ex
 jure P. P. vel tutelæ legitimæ facultas agendi concedatur.
 Solaminis & forsan excusationis loco isti causarum patro-
 ni allegare possunt; quod vocabula; *Tutor & cura-
 tor legitimus*, in vernaculo idiomate non satis concin-
 ne, aut saltem non juxta stylum fori consuetum per-
 Rechtunässig possint exprimi, sed potius per vocem:
 Natürlich, adeo ut iterum generalissimam hujus vocis
 significationem sibi vindicent. Multo melius ipsis con-
 sulitur, si dixerò, eos allusionem habere ad tutorem Sa-
 xonicum, cujus mentionem facit textus supra ex §. R.
 allegatus, & per quem nemo, nisi pater post mortem
 matris liberorum bona materna administrans intelligitur;
 Quo jure vero id defendi possit, vix dicere audeo; nam ta-
 lem administrationem potius patriæ potestati, si liberi ad-
 hue sub ea sunt constituti, ob l. 6. §. 7. §. l. fin. §. 3. C.
 De bon. que lib. & tunc demum tutelæ curæ legitimæ,
 si sint emancipati, ob l. 5. C. De dot. §. 6. §. quib. mod.
 jus patr. pot. §. t. t. §. De leg. par. tut. esse adscriben-
 dam; adeoque in priori casu voces: *tutelæ & tutor*
 abusive adhiberi jam aliquoties monui, & affirmat SCHILT.
 Ex. ad ff. 37. §. 46. Addeſis HOPP. ad Tit. J. de leg.
 par. tut. qui formulam quoque supra citatam hodiernis

- moribus invaluisse tradit, aut potius conqueritur. Conf.
 48 quoque III. Dn. LEYSER *Spec. ad ff. 164. Vol. 3. med. 1.*
 49 ubi sic; administratio, ait; peculii adventitii patri com-
 petens non est tutela, sed tamen hoc nomine recte ap-
 pellatur. Sed cum contra torrentem niti, i. e. practico-
 rum pennas, una crena gaudentes corrigere minime
 50 consultum sit, hac de re plura verba non faciam; sed
 potius occasionem quædam de patris, bona materna ad-
 ministrantis indole & officio, confarcinandi arripiam, ut
 51 sc. intellectus *cit. Art.* recte eruatur. Aggressurus au-
 tem ipsam tractationem, attendo hujus administrationis
 52 *initium, medium & finem*, si modo præmiserò,
 hanc doctrinam abs me quidem ad bona materna tantum
 restringi, quia textus juris Sax. illa potissimum in alle-
 53 gando tutore suo respexit; nil tamen obstat, quo mi-
 nus illa ad cætera bona adventitia, quæ forsan extraneus
 filio, alieni juris homini, reliquit; tutissime trahatur:
 54 Quod igitur *initium* concernit, administratio hæc sta-
 tim patri competit a morte matris, vel pro re nata, ascen-
 dentium maternorum, i. e. simulac bona ad liberos de-
 55 voluntur. Cum autem hic nihil difficultatis suboriatur,
 statim palmaria quæstio obvenit, an necessario patri illud
 56 jus relinquatur? Et resp. negando, quia matri intuitu
 bonorum suorum, etsi illa legitimæ loco relinquat, patri
 administrationem simpliciter interdicerè, & peculiarem
 curatorem a iudice confirmandum, constituere licet. v.
 57 *Nov. 118. c. 1.* Quod autem adempto ususuctu non præ-
 cise simul sit ablata administratio, nisi alio insuper curato-
 re dato, asserit STRYK. *U. M. Tit. de Usufr. §. 11 per*
 58 *l. fin. §. 1. C. de bon. quæ lib. l. fin. C. de cur. fur.* sed ali-

ter sentit PEREZ ad Cod. c. t. n. II. ob præsumtam testa- 58
 tricis mentem, quæ prohibito usufructu etiam admini-
 strationem paternam repudiasse censetur. v. Nov. II. c. II.
 Delatam administrationem alias sequitur confectio inven- 59
 tarii; sed hæc partim ob reverentiam patri debitam, par- 60
 tim ob patriam potestatem, partim ob evidentem erga
 liberos affectionis præsumtionem patri remittitur, l. fin.
 §. 4. C. De bon. quæ lib. & de usu Sax. in specie testatur 61
 MOLLER ad P. III. C. 25. n. 6. Diss. BRUN. ad l. I. ff.
 Usufruct. quemad. cav. n. 12. sq. Sed quid dicendum 62
 erit, si in casu supra allato juxta benigniorem STRYKII
 sententiam patri administratio sine usufructu committatur?
 Ille quidem a B. LUDOVICI ad ff. Tit. de pecul. §. 4. 63
 ad inventarium conscribendum condemnatur; sed, cum 64
 jus expressum desit, non est, quod in illius partes abe-
 am, nisi circumstantiæ peculiare contrarium omnino
 suadeant. Saltem lex all. fin. §. 4. hoc commodum 65
 non usufructus perceptioni, sed paternæ reverentiæ,
 quæ licet isto cessante, tamen cessare non debet, adscri-
 bere voluit. add. CARPZ. P. 2. C. 10. def. II. Quicquid 66
 autem sit, patri semper incumbit, nudam rerum ma-
 ternarum designationem conficere, ut aliquando illi fi-
 des habeatur; & ea quidem in Sax. juxta Dec. El. Nov. 67
 65. non debet esse jurata; ex consilio tamen STRUV. F. 78
 R. G. F. L. I. T. 18. §. 1. utiliter proximi consanguinei
 adhibentur, & ipsa descriptio apud magistratum deponi-
 tur. Non autem laudanda est sententia STRYKII U. M. 69
 Tit. de pecul. §. 7. qui patri ad secunda vota transe-
 unti inventarium aut tamen juratam specificationem

injun-

onf.
 d. r.
 om-
 ap-
 ico-
 ime
 sed
 ad-
 , ut
 au-
 onis
 ero,
 rum
 lle-
 mi-
 eus
 tur:
 sta-
 cen-
 de-
 tur,
 llud
 uitu
 patri
 rem
 . v.
 præ-
 ato-
 per
 ali-
 ter

70 injungit. (NB.) Nam non solum reverentia filialis, de
 qua supra, per iteratas & sæpius frequentatas nuptias
 71 nullo modo potest redimi, sed quoque obstat *l. 4. C. de
 bon. matern.* ubi exp. esse leges de bonis maternis lata,
 72 secundis nuptiis non obstantibus, suam retinere dicun-
 tur firmitatem; adde & hoc, quod secundæ nuptiæ,
 patris præsertim, nostris temporibus nullum mereantur
 73 odium. Hoc sane certum est, quod, si periculum
 dissipationis in patre sit metuumdum, inventarium recte
 74 exigatur. *l. 2. C. Qui & advers. quos.* Inventarium lin-
 quo, & converto me ad securitatem, quam pater admi-
 75 nistrans liberis suis præstare cogitur. Equidem dantur ali-
 qui, (inter quos etiam, quod miror, est STRUV. *l. 6.
 §. 2.*) qui a patre non prius, quam bona dissipare aut li-
 76 beris alimenta denegare pater incipiat, cautionem exi-
 gunt, suffulti forsân lege a Struv. non citata, *l. 6. §. 2.
 C. de don. quæ lib.* Simile quid sovent MOLLER *ad
 77 Const. P. III. C. 25. n. 6.* & BRUNN. *ad l. 1. ff. Usufr. qu.
 cav. n. 18. sq.* Sed cum hæc sit periculosa praxis, si
 78 post vulneratam causam remedium quæras, optimum cen-
 seo prævalere leges, ubi hypothecæ constitutio a patre
 79 exigitur, utpote *l. 8. §. 4. C. de sec. nupt. & l. 6. §.
 4. C. de bon. quæ lib.* Lex prior quidem in verbis ini-
 80 tialibus
 81

NB.) Si quis ipsum STRYRIUM evolvat, & editionem,
 qua usus sum, in manibus habeat; ille ob sphalma quod-
 dam typographicum suspicabitur, me Strykianis verbis alie-
 nam mentem affixisse. Ast res salva est. Eandem doctri-
 nam proponit Jctus celebris in *Annot. ad Comp. Laur.
 Tit. de pecul. voc. conficit.*

tialibus haud obscure arguit, tempus hypothecæ constituendæ non nisi ex secundis nuptiis a patre celebratis esse computandum; sed bene *vers: illud etiam Sc.* 80 notandus venit, ubi mentione secundarum nuptiarum detracta, absoluta securitas liberis facienda esse dicitur. Porro cum in lege posteriori dubitabatur, utrum ab 81 initio, an ex eo tempore, ex quo aliquid male gestum est, hypotheca competat? hoc autem ita deciditur, 82 quod initium gerendæ vel deferendæ administrationis vel observationis sit spectandum; quapropter evenit, ut 83 cum pater statim post mortem uxoris administrationem bonorum impetret, aut potius continuet, etiam statim hypotheca tacita in omnibus suis facultatibus liberis quæ- 84 ratur. Sed & aliud pingue privilegium superest, quod a multis altissimo sepelitur silentio, attamen aperte jacet in *l. 12. §. 1. vers. exceptis C. Qui pot. in pign.* quod sc. 85 præter tacitam pignoris obligationem etiam filii jus prælationis habeant, non solum contra creditores paternos, sed quoque contra ipsam novercam exercendum, quia duobus dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore prærogativa manet. Patrios mores si inquiras, etiam per *P. O.* 86 *S. vet. Tit. 45. §. 2.* hypotheca tacita, non tamen privilegio prælationis fulgens olim liberis concedebatur, quæ vero cum cæteris in expressam per *Decl. ad c. t. §. 1.* 87 *verb: ingleichen denen Kindern Sc.* murata legitur, infimul quoque ibidem magistratui injungitur, ut sollicitam 88 hujus rei gerant curam, & si opes augeantur, major fortiorque hypotheca procuretur. Sed quid si pater pauper existat? Rsp. Administratio illi minime est adimenda; *arg. §. fn. F. de susp. tut. vel cur.* quia non facultates, 89

H

tates,

90 tates, sed boni mores & bonum propositum ad fidem
 91 conciliandam faciunt, *l. 21 ff. De tut. & cur.* Accedit
 & hoc, quod *all. O. P. S.* monet, per fidejussores idoneos
 caveri posse, quos invenire patri, pauperi quidem, sed
 92 tamen honesto, haud adeo difficile erit. Sed satis de
 initio administrationis. In *medio* illius occurrunt *onus*
 93 & *commodum*. *Onus* consistit in labore ipsius ad-
 ministrationis, & præprimis in conservatione bonorum.
 94 Quamvis autem aliorum administratorum, v.g. tutorum,
 officium etiam in rebus augendis occupetur; pater tamen
 tantummodo illud notum: Non minor est virtus, quam
 quæ rere, parta tueri, sibi commendatum habeat, unde,
 95 quod *l. 24. C. de adm. tut.* aliæque leges, quæ de pecunia
 pupillari sub fœnore dando, vel alias utiliter adhibenda,
 disponunt, ad patrem administratorem haud pertinent.
 96 Rationem habes in eo, quia pater iisdem juribus, ac ali-
 97 us usufructuarius censetur. Ipsam autem conservationem
 occasione *l. 1. C. de bon. mar.* divido in extrajudicialem
 98 & judicialem. De extrajudiciali lex *all.* sic loquitur;
 omnem tuendæ rei diligentiam adhibere debent parentes;
 99 ita sc. ut non solum ipsa salva, facta tecta que maneat, sed
 & tributa solvantur, prouti ex *§. 38. F. De R. D. l. 7. §.*
2. & §. l. 27. §. 3. l. 64. ff. & l. 7. C. De usufr. aliisque
 luculenter patet, atque regulæ prudentiæ œconomicæ sva-
 100 dent. Magis mihi laborandum est de conservatione ju-
 diciali, vi cujus (liceat iterum verbis *l. 1. C. de bon. mar.*
 uti) pater tenetur, illud, quod jure filiis debetur, in
 examine, i. e. in judicio per se vel per procuratorem pos-
 cere, & sumtum ex fructibus impigre facere, & litem
 inferen-

inferentibus resistere. Confirmatur hoc in *l. fin. §. 3. C. 101*
de bon. quæ lib. & additur, quod, si filius sit iuxta ata-
tis, i. e. si non sit impubes, simul ejus consensus haud
negligi debeat, v. CARPZ. P. II. C. 10. d. 14. Hæc
omnia autem si ita se habeant, sequitur, quod alienatio,
nec non hypothecatio talium bonorum patribus sit inter-
dicta, excepta tamen causa urgente, v. g. inopia alimen-
torum, ubi ejus generis bona rite, i. e. solennitatibus
adhibitis, adeoque interveniente judicis decreto alienare
permittitur; l. fin. §. 5. C. c. l. ibiq. GOTHOFRED. quam
vis si BARTH. Hod. For. p. m. 110. n. c. fides habenda
fit, hodie patribus major potestas circa liberorum bona
fit tribuenda. Hoc onus administrationis vero comitan-
tur commoda, quibus cæteri, qui alienæ rei curam ge-
runt, careant necesse est. Duo præsertim pensitabo. Prius
& præcipuum est ususfructus, qui patri in maternis bo-
nis competit. Equidem jura Rom. vetustiora hanc acqui-
sitionem patri a liberis factam eo extendebant, ut eidem
proprietaem harum rerum adjudicarent, adeoque ple-
nariam de illis disponendi facultatem concederent, §. 1.
§. per quas pers. cuiq. acq. sed hoc deinde mutatum, ut
apud liberos quidem proprietas, sed apud patrem usus-
fructus maneret, §. c. l. 1. §. 2. C. de bon. mat. l. 6. pr.
C. de bon. quæ lib. ubi quoque ratio dispositionis manife-
statur, ut sc. parentibus nihil derogaretur, sed & filii non lu-
gerent, si sua bona ad alios, vel fratres, vel extraneos
transferri aspicerent. Iterum autem quæstio cardinalis
suggeritur, an sc. patri hic ususfructus demi possit? Rsp.
affirmando. Tres autem præcipue casus in legibus repe-

- riuntur, & quidem in *Authenticis cit. leg. 6.* subjectis.
- 112 Primus, isque forsan plurimum obveniens casus est, si mater liberos heredes instituat, ea lege, ne ad patrem perveniat ususfructus. *Auth. Excipitur, C. c. t.* Hoc vero non solum verbis expressis, sed quoque æquipollentibus fieri posse vult BRUNN. *ad l. ult. ff. de her. pet. n. 4.* Sane quod tale quid, volente licet MEV. P. 7. Dec. 356. non in legitima liberis debita sit statuendum,
- 115 expediti juris est ob *Nov. 117. c. 1*; dispositio enim hominis ea, quæ lex sapienter sancivit, evertere non debet. Sed
- 116 quid? si mater quidem marito omnem substantiam reliquerit, ea tamen lege, ut liberis, si ad legitimam partem pervenerint; omnia restitueret; an tunc ususfructum legitimæ retinebit? Aff. PEREZ *ad Cod. Tit. de bon. quæ lib. n. 5.* quietiam *n. præc. 4.* salutariter monet, exacta alienationis prohibitione ususfructus ademptionem
- 117 non transferri. Secundus casus est, quando pater cum cæteris liberis ad hereditatem defuncti filii admittitur;
- 118 tunc enim non amplius in reliquorum liberorum portionibus jure ususfructus gaudet. *Auth. Item. c. t.* Sed de hoc paulo infra aptius docetur. Tertius denique casus est, si pater sine causa legitima matrimonium solvere cogitet, tunc enim liberis ususfructus tribuitur. *Auth. Idem.*
- 121 *c. t.* aff, cum hodie divortia non privata, sed semper publica auctoritate fieri soleant, de hoc casu non sum
- 122 anxius. Plura de usufructu non addo, cum sint fere proletaria. Uno verbo: Sicuti alias usufructuarius, §. 36.
- 123 *J. de R. D.* ita quoque pater omnes fructus percipiendo
- 124 suos facit, etiam civiles; sic v. g. pater, si successor emphitec-

phyteveos laudemium solvit, hoc non filio, sed sibi ac-
 quirat. FRANTZK. *de Laudem. C. 7. n. 63.* Hoc etiam 125
 praterire nequeo, quod in Sax. El. ob P. III. C. 25. fru-
 ctuum, qui ex partibus metallicis vulgo *Ructus* dictis,
 proveniunt, proprietas non ad patrem pertineat, sed
 hic tandem illo casu fructuum fructus lucretur; ipsa vero
 fors finito usufructu ad liberos perveniat. Non in- 126
 fuisse forsan hæc ad thesaurum inventum applicare pote-
 ris, *arg. l. 7. §. 12. ff. | Solut. | matr.* quamvis DD. in 127
 hac materia diverse sentiant, v. SCHNEIDEWIN. *ad §.*
39. n. 8. §. De R. D. MOLLER. ad Const. 53. P. II. n.
6. sq. Sed venio ad posterius commodum, quo pater 128
 administrans fruitur, quod sc. rationes reddere non tenea-
 tur; id quod, etsi in legibus sapius *cit. tit. C. De bon. 129*
quæ lib. hinc inde inculcetur, tamen inde optime pro-
 batur, quod nullus usufructuarius ad rationes faciendas
 obstringatur. Patet insimul, quod si scena inversa pater 130
 non sit usufructuarius, sed merus administrator, ille vix ac
 ne vix quidem ab hoc onere liberetur. Nunc tandem quoque 131
 ad *finem* administrationis, eamque concomitantis usus-
 fructus tendo, ubi, si rem salva sua substantia, vel pro
 re nata tantundem liberis a patre reddi præsupponas, fere
 nil memoratu dignum occurrit, nisi principalis quæstio; 132
 quando hoc fiat? Et cum nemo ignoret, hæc omnia in-
 ter effectus P. P. numerari, valide concluditur, quod, in 133
 quibus casibus ipsum hoc jus solvitur, quoque hæc ad-
 ministratio una cum usufructu desinat; quia cessante car-
 effectus cessent oportet. Cum autem prolixius de his 134
 causis differere abhorream, tantum quædam, quæ re-
 gula

- 135 gula deflectere videntur, annotabo. Certum itaque ha-
betur, mortem, sicut omnia, ita quoque P. P. dissolvere,
136 & de illius effectibus idem esse pronunciandum. Con-
firmat hoc supra cit. *Auth. Item. l. 6. C. De bon. quæ lib.*
quæ desumpta est ex *Nov. 118. c. 2.* vi quorum textuum pa-
ter quidem in sua portione, quæ ex defuncti filii bonis
137 illi obtingit, proprietatem plenam habet, sed in cæteris
portionibus, quas fratres adipiscuntur, usumfructum amit-
138 tit. Nihilominus tamen contrarium mihi aridet, tum,
139 quia non temere recedendum est a communi doctrina,
quod sc. ususfructus, qui est jus personale, *l. 3. §. ult. ff.*
De usufr. demum per personæ fruuentis mortem extingua-
140 tur, *§. 3. ff. De Usufr. l. 68. §. 196. De R. J.* tum præser-
tim *ob l. 1. §. 1. pen. C. De bon. mat. §. 1. fin. §. 5. C. De*
bon. quæ lib. vers. Filiosam. ubi patri, donec vivit, usus-
141 fructus conceditur. Dissidentem vero *Auth. de filio*
emancipato mortuo agere scite monet *STRYK. U. M. Tit.*
Quib. mod. usufr. am. add. Ill. de BERG. Occ. Jur. L.
142 *II. T. 4. §. 37. n. 6.* qui tamen hoc ad ususfructum ma-
rito Saxonico in bonis uxoris paraphernalibus competen-
tem minime trahi debere monet, cum ille morte uxoris
143 expiret. De cætero doctrina *Auth. cit.* in Sax. attendi
non debet, quia talis casus ibi contingere nequit, cum
ascendentes semper collaterales excludant, *R. L. I. art. 17.*
144 Succedit alius finiendæ potestatis modus, sc. Emancipa-
tio, per quam sine dubio etiam connexa cum P. P. eva-
145 scunt. Sed quid statuendum de præmio expressæ e-
mancipationis? Illud ab initio quasi pro præstata emanci-
pationis præmio consistebat in tertia parte bonorum filii,
quæ

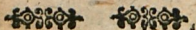
quæ pater sibi habebat; hoc tamen deinde ob graves cau-¹⁴⁶
 sas est mutatum, ut pater tantum usumfructum dimidiæ
 partis bonorum nanciscatur, §. 2. *J. per quas pers. nob.*
acq. l. 6. §. 3. C. De bon. quæ lib. Hæc ita sancita sunt¹⁴⁷
 in jure Rom. quæ hodie adhuc valere afferunt HOPP. *ad*
Inst. cit. tit. §. Ill. de BERG. O. J. L. I. Tit. 2. §. 33.
n. 9. ubi vide præjudicium; e contrario hoc negant STRUV.¹⁴⁸
S. J. C. Ex. 12. th. 5. n. 2. §. STRYK. U. M. Tit. de
Adopt. §. fin. Tuta, ut opinor, erit sententia B. BEYERI¹⁴⁹
ad Inst. c. 1. pos. 31. qui ad causam emancipationis &
 pacta eidem addita respicere svadet. Idem tamen Auctor¹⁵⁰
Del. Jur. Germ. Lib. I. Cap. 26. pos. 81. §. L. III. C. 10.
pos. 3. sq. magis in negativam flectitur sententiam, cujus
 rationes multum favoris mereri videntur. Sicuti autem¹⁵¹
 hæc doctrina multis premitur dubiis, ita magis claræ sunt
 leges de virtuali emancipatione. De jure enim Civ. si¹⁵²
 v. g. filius summam patriciatus dignitatem acciperet, §.
 4. *J. Quib. mod. jus P. P. solv.* certum est per leges su-
 pra citatas, v. g. *l. 1. C. De bon. mater.* quod pater usum-
 fructum usque ad dies vitæ retineat; has autem legum¹⁵³
 dispositiones in Sax. non observari docet SCHNEIDEWIN.
ad Inst. Tit. per quas pers. nob. acq. n. 22. Potius ille,¹⁵⁴
 cujus occasione hæc scribo, textus, *FR. L. I. art. 11.*
 disponit, quod in tacita emancipatione, si sc. liberi adulti
 propriam separatamque habeant œconomiam, pater ad-
 ministrationem una cum usufructu illis tradere teneatur.
Add. P. III. C. 25. in fin. ibique MOLLER n. 5. SCHULTZ
Syn. Inst. Tit. cit. lit. b. Limitatio tamen adest, si pa-¹⁵⁵
 ter adhuc onere alendi vexetur, tunc enim restitutio ad-
 ministrationis & usufructus postulari nequit. MOLLER
ad P. II. C. 10. n. fin. a quo tamen fere dissentit SCHULTZ
 l. c.

- 156 *l. c.* De cætero præmium emancipationis hic cessat, III.
 de BERG. *l. c.* *¶* Ill. tamen LEYSER *spec. ad ff. 164. Vol IV.*
 157 *med. 5.* dispositionem juris Rom. de dimidio usufructu
 relinquendo etiam intacita emancipatione valere, ex *l. 6.*
§. 3. C. De bon. quæ lib. ibi: etiam tacenter, evincit,
 158 nec hoc jure Sax. mutationem adesse existimat, quia de
 hoc puncto jus patrium nil disposuit. Præterea in quæ-
 159 stione, quæ quoque levi brachio tangenda est, deciden-
 da: An talis emancipatio virtualis invito patre procedat?
 non MOLLERI *l. c. n. 9.* simpliciter affirmantis, sed STRY-
 160 KII opinio, qui *U. M. Tit. de Adopt. §. 23.* consensum
 patris requirit, valde approbatur, modo gravitas eorum,
 quæ circumstant, aliud non svadeat, MOLLERO tamen con-
 161 sentit CARPZ. *P. I. C. 10. n. 4.* & B. BEYER. *Del. Jur. Germ.*
Lib. I. C. 26. pos. 80. Optimum sane habetur, judicis
 162 arbitrio hic aliquid tribuere, STRYK. *l. c. §. 20.* Deni-
 163 que, quod adempta licet administratione non præcise quo-
 que denegatus sit usufructus, ob favorem, quem omnis
 pater meretur, tamdiu credo, usque dum contraria ma-
 164 tris testatrix mens aperte probetur; alias enim præsumtio
 propter affectum naturalem facit, omnia aut tamen aliqua
 patri esse concessa, *l. 28. §. 3. de liber. leg. add. Dn. de BERG.*
 165 *O. J. L. II. T. 3. §. 19. n. 3.* Sed penna fatigata est in indole
 patris administrandis designanda; meum tantum fuit susus
 ostendere, hoc jus ex patriæ potestatis, non vero cujusdam
 tutelæ jure esse derivandum, adeoque in textu *§. L. I. art.*
 166 *II.* exemplum tutelæ naturalis minimè latere. Sic itaque

D E O

tutori omnium vere naturali.

laus honor & gloria.

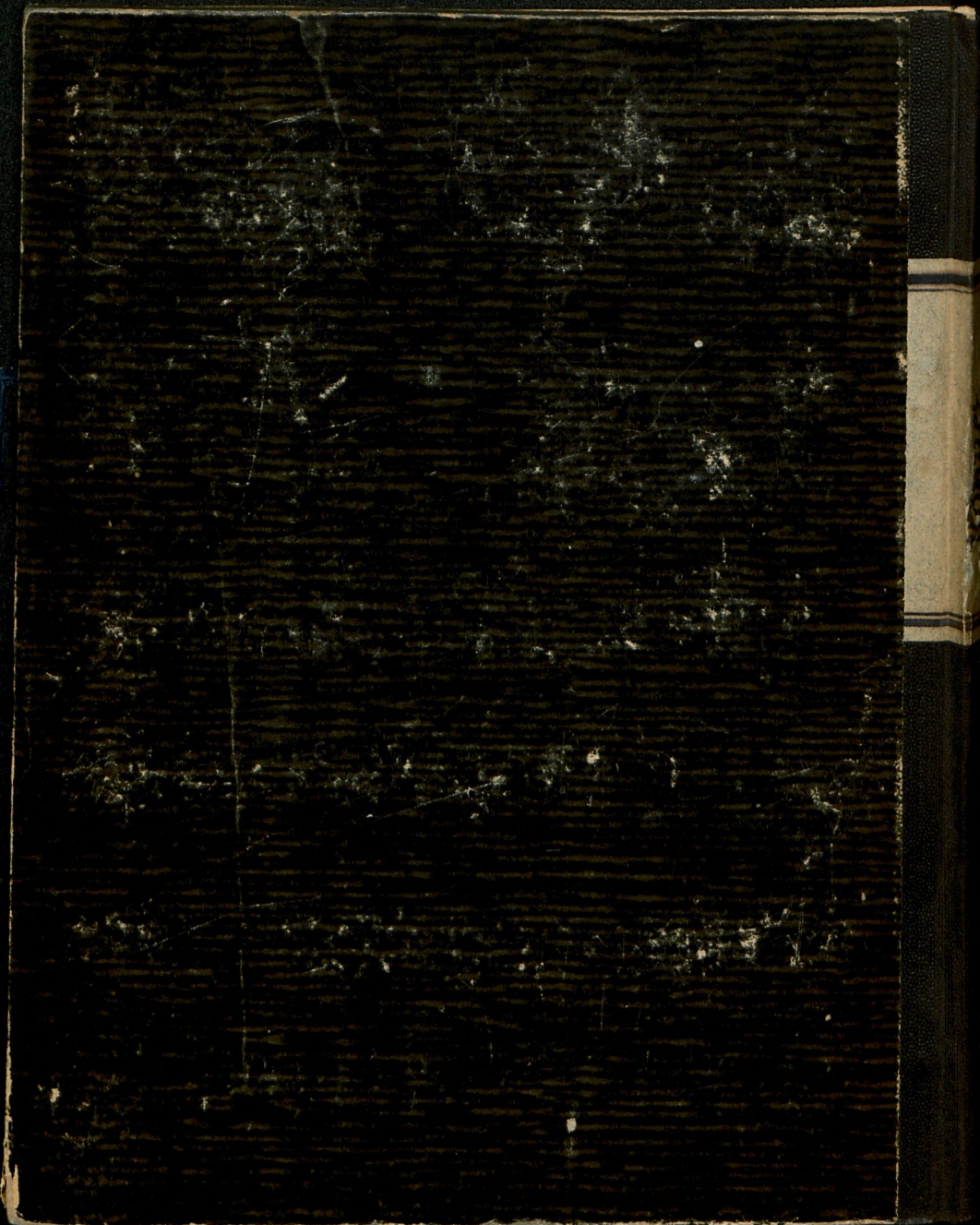


Ke 4577

X 2344 780

Vertrieb. u. Papierhdl.
von C. Gräß
Greifswald.





1 ex. pl.
in Don. G.K.
II. K. 990.

dupl. H.

448
BIBL. REG.
UNIVERSIT.
GRYPHIS-
WALD.

JOANNIS FRIDERICI
Höpners,
OSSITIENSIS, J. V. CAND.
SCHEDIASMATA DVO JURIDICA
DE

TVTELA
PACTITIA

ET DE *Ke 4577*

TVTELA NATVRALI.

