

Heineccius

De
tutela
prostituta

1765









M. 33. Num. 31

24

IO. GOTTL. HEINECCI, ICT.

POTENTISS. PRYSSOR. REG. A CONSIL. SECRET.

AVR. AC PHILOS. IN ILL. FRIDERIC.

PROFESS. PVBL. ORDIN.

DISSERTATIO

DE

TVTELA PACTITIA

SEV

CONVENTIONALI.

P. 246

He

4587



L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.

c1o1occlxv.

24. 2. 06.



1847
GOTTFRIED HEINRICH
DIPLOM
TABELLARIAT
CONVENTIONAL
DIPLOM
TABELLARIAT
CONVENTIONAL





§. I.

Quum tot viri iuris peritissimi nostra hac *Instituti-
 ratione de tutela pactitia seu conventiona-
 li* non modo dixerint sententiam, sed
 et argumenta omnia, quibus illa vel
 probari et defendi, vel oppugnari so-
 let, adcuratius expenderint, oportebat profecto causam
 hanc iam pridem esse peroratum et vindicatum. Sed ea
 est nonnullorum et doctissimorum ingenii conditio, ut
 praeiudicatis, quae semel animo infederunt, opinionibus,
 tamquam naufragi nantibus in gurgite vasto tabulis
 inhaereant, et cum sexcentis argumentorum gyris lu-
 stentur, ut, si non salva sententia sua, saltem cum ali-
 qua ingenii laude ex illis doctrinarum suarum fluctibus
 euadant. Hoc sane quibusdam, qui nuper admodum
tutelam pactitiam in iure Romano non minus, quam Ger-
 manico praesidium reperire, ex instituto, et singulari-
 bus dissertationibus non modo statuere, sed et demon-
 strare

strare conati sunt, contigisse videtur. Ne quis ergo incautior paralogismis illis deceptus a iuris analogia, quae in arte nostra primum, secundum, ultimum est, aberret, *de tutela* hac *pactitia* vel *conventionali* binis dissertationibus agere constitui, ordinis et perspicuitatis causa ita partiturus hanc materiam, ut priore iuris Romani, posteriori Germanici principia paullo diligentius excutiam, expensisque, quae huc facere videntur, omnibus, rationibusque subductis, id genus tutelae Romanis ignotum, Germanis notissimum, ac paene quotidianum fuisse, ostendam.

§. II.

Quid sit tutela pactitia?

Quod ad ius Romanum attinet, in illo praesidium non reperire tutelam illam pactitiam, tot potest argumentis demonstrari, ut, si omnia hic adferre, et pro eo, ac decet, exornare coner, vix finem repertura videatur oratio. Ut ergo selectu utar, praecipua tantum confectabor. At statim in ipso dissertationis limine paucis praemittam, per *tutelam pactitiam* intelligi illud tutelae genus, quam quis ex promissione vel pacto ita suscipit; ut nullam aliam causam, cur tutelam administret, allegare teneatur, nullaque alia ratione indigeat. Id ideo monendum duxi, quod in ipsa definitione plerosque a scopo aberrare animaduerti. Neque enim quaeritur, an non aliquando patri vel magistratui quis promiserit, se tutelam suscepturum, isque ex promisso suo ad illam suscipiendam obstrictus sit: sed an ille ex solo isto titulo tutelae administrandae ius sit consequutus? Prius sane
nec

nec illi inficiantur, qui ipsam negant tutelam pactitiam; posterius vero est, quod iuris Romani principiis et analogiae omnino refragari, contendunt. Neque enim, qui se tutorem futurum promisit, statim ex pacto tutor est, sed qui ex pacto illo iustam causam, iustumque titulum habet suscipiendae administrandaeque tutelae. Quemadmodum ideo nemo statuit tutelam *petitiam*, quia quidam tutores petebantur, siue ex voluntate, siue ex necessitate ^{a)}, nec *nominatitiam*, ut ita loqui liceat, quia solebant quidam vel vltro, vel a magistratibus interrogati tutores per se aliosue nominare ^{b)}, quia vtrique non a postulatione et nominatione, sed a datione magistratus ius tutelae consequentur: ita recte existimant viri docti, eam, quae ex promissione vel pacto oritur, tutelam non esse pactitiam, sed ad quam suscipiendam administrandamque initum cum patre pactum solum sufficiat, sicuti solum testamentum testamentario, sola agnatio legitimo, sola denique magistratus auctoritas datiuo sufficit ad munus illud recte et ordine obeundum.

a) L. 2. §. 1. et 3. D. qui pet. tutor. vel curat.
b) L. 2. D. de fideiussor. et nominat.

§. III.

Talem vero tutelam pactitiam numquam innotuisse Romanis, vel ex eo intelligitur, quod veteres iuris auctores, etiam ubi ex instituto et *δογματικῶς* tutelae species enumerant, nusquam *pactitiae* vel verbo meminerunt. In *Institutionibus* Iustinianus de *tutelis* ait ^{a)}: *permissum est* Eam ius Romanum ignorare, probatur primo argumento, quod nusquam plures, quam tres, tutelae

A 3

paren-

*Species recen-
sentur.*

parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent,
 TESTAMENTO tutores dare. Hinc porro ^{b)}): *qui-*
bus autem testamento tutor datus non est, his ex lege duo-
decim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legiti-
mi. Denique subiicit imperator ^{c)}): *si cui nullus omnino*
tutor fuerat, ei DABATUR, in urbe quidem a praetore
urbano et maiore parte tribunorum plebis, tutor ex lege Atilia,
in provinciis vero a praesidibus ex lege Iulia et Titia.
 Et de his tribus tutelae generibus etiam singulares titulos cum in Institutionibus, tum in Pandectis et Codice reperimus: de *pactitia* tantum abest, ut ex instituto actum esse videamus, ut eius ne verbo quidem in tutelarum recensione mentionem fieri animaduertamus. Similiter omnes tutelae species coniungit Ulpianus ^{d)}), dum disquirens, cui recte solvatur? *sive autem, inquit, LEGITIMI sint, sive TESTAMENTARIII, sive ex inquisitione DATI, recte vel vni solvitur: non omissurus profecto pactitios, si quos eius generis existere ex iuris analogia posse credidisset.* In Caii, quae adhuc exstant, fragmentis, pessime quidem sive ab Aniano, sive ab alio exceptis, initio parum adcurate dicitur ^{e)}): *tutores aut LEGITIMI sunt, aut TESTAMENTARIII: attamen quibusdam interiectis suppletur, quod in illa enumeratione omissum est, additurque ^{f)}): quodsi nec TESTAMENTARIIVS tutor fuerit, nec LEGITIMVS: tunc inquisitione iudicis pupillis tutores DANTVR.* De *pactitia* nequid quidem. Idem et in Ulpiani fragmentis, ubi ex instituto de tutelis agitur, obseruamus. In eis enim primo differit

differit de tutelis *legitimis* ^g), deinde de *testamentariis* ^h), denique de tutoribus, qui ex lege Atilia, Iulia et Titia, Iunia Norbana, lege Iulia de maritandis ordinibus, itemque ex SCtis, et moribus a magistratibus *dabantur* ⁱ): *paſſitiae* vero toto eo capite nec volam, nec veſtigium exſtare voluit. Nec verofimile eſt, hanc tutelae ſpeciem ab Aniano in Caii et Vlpiani libris eſſe expunctam, quum illa vel maxime conſentanea eſſet moribus Gothorum, aliarumque originis Germanicae gentium, vt nulla illis ratio fuerit eam inuidendi Romanis, vel illorum auctores truncandi, expungendique id, a quo ipſi minime abhorrebant. Denique iterum Iuſtinianus, vbi episcopos et clericos ab omni tutelarum onere immunes eſſe iubet, non alia habet, quae recenſeat, tutelarum genera, quam illa tria, ac proinde ſancit ^k), *vt immunitatem ipſo iure omnes habeant tutelae, ſive TESTAMENTARIAE, ſive LEGITIMAE, ſive DATIVAE.* An non intererat, et *paſſitiae* mentionem fieri, quum de immunitate ab eius generis tutela vel maxime dubitari potuiſſet? Non dicam de aliis vetuſtis ſcriptoribus, e quorum numero Boëthius ^l) *tutelam aut CONSANGVINITATIS gradu, vel PATRONATVS iure deferri, aut TESTAMENTO patris eligi, aut PRAETORIS iuriſdictio- ne formari* ait, nullo alio praeter hos modos tutelam conſequendi admiſſo.

a) §. 3. *Inſt. de tutel.*

b) *Pr. Inſt. de legit. agnator. tutel.*

c) *Pr. Inſt. de Atil. tutor.*

d) *L. 14. §. 5. D. de ſolar.*

e) Caii *Inſtit. lib. 1. tit. 7.*

f) *Ibid. §. 2.*

g) Vl-

- g) Vlpian. *Fragm. tit. 11. §. 3. sqq.* k) *L. 52. pr. C. de epis. et cler.*
 h) *Ibid. §. 14. sqq.* l) *Commentar. ad Topic. Ciceron. lib. III.*
 i) *Ibid. §. 18. sqq. ad §. 24.*

§. III.

Vis huius argumenti.

Desumptum hoc a veterum silentio argumentum non leuis omnino ponderis esse, facile mihi largientur illi, qui non fingendam esse nouam Romanorum iuris prudentiam, sed veterem ac genuinam ex iuris istius auctoribus, tamquam ex limpido fonte, hauriendam esse existimant. An enim verosimile est, veteres omnes, qui ius ex instituto in artis formam redegerunt, nobilissimam illam tutelae speciem, veluti ex compacto, fuisse omisso, eiusque ne obiter quidem fuisse facturos mentionem, si illam vel legibus, vel moribus atque usu probari sciuisent? Quemadmodum ergo recte veteribus credimus, homines esse vel *liberos*, vel *seruos*^{a)}, illos vel *ingenuos*, vel *libertinos*^{b)}, alios porro esse *sui iuris*, alios *alieno iuri subiectos*^{c)}, illos vel *in parentum*, vel *in dominorum potestate* esse^{d)}: hereditatum duplicem esse conditionem, easque vel *ex testamento*, vel *ab intestato* ad nos pertinere^{e)}, ac proinde non alia esse hominum, potestatum, successionisque hereditariae genera merito existimamus: ita non est, cur noua tutorum genera inferre velimus in veterem Romanorum iuris prudentiam, cum antiqui illi scriptores, a quibus ciuilem istam sapientiam, veluti per manus traditam, accepimus, plura, quam tria ista tutelarum genera numquam agnouerint. Non equidem

dem ignoro, partiri et diuidere non auctoritatis esse, sed merae artis, ac proinde diuisiones non esse legibus adstrictas, nec quemquam, qui rectius et magis *διαλεκτικώς* possit genus in suas species diducere, legum terriulamentis esse ab eo instituto dimouendum. *Corpus enim iuris*, inquit Thomasius ^f), *est systema, plurima alia, quae leges non sunt, continens. Definitiones enim, diuisiones, differentiae, et regulae doctrinales inde deductae, sunt doctrinae intellectum informantes.* At scio etiam, eum, qui diuisionem, tamquam minus adaequatam, impugnat, ostendere debere, esse secundum illius artis principia et alias species ea diuisione non comprehensas. Quum vero ostendi non possit, exstitisse umquam apud Romanos tutores, qui ex ea sola causa, quod se tutelam suscepturos promiserint, ad suscipiendam administrandamque tutelam fuerint admittendi: merito praesumendum est, veteres ius, in quo versati sunt, non ignorasse, nec plures ipsis notas fuisse tutelarum species, quam *testamentariam, legitimam, et datiuam*, maxime quum nulla idonea possit reddi ratio, cur dissimulare voluerint *pactitiam*, cum nec sub testamentaria, nec sub datiuam, possit comprehendi.

a) *Pr. Inst. de iur. person.*

b) *§. 5. Inst. eod.*

c) *Pr. Inst. de his, qui sunt sui vel al. iur.*

d) *Ibid.*

e) *§. ult. Inst. per quas person. cuique. acquir.*

f) *Diss. de rite formando statu controuersiae, an legum iuris Iustiniani sit frequens, an exiguus usus practicus in foris Germaniae, §. 5. pag. 10.*

§. V.

Itemque fecundo, quod de munere publico pacisci non licuerit.

Deinde satis inter omnes constat, tutelam ex ICtorum Romanorum sententia fuisse munus publicum. Et tutelam, inquit Iustinianus ^{a)}, placuit munus publicum esse, id est, ut apud Theophilum ibi *λειτέργημα* explicat scholiastes Graecus ^{b)}: *λειτέργημα γὰρ ἐστὶν δημοσίον πρᾶγμα, διδόμενόν τῳ, εἰδὼν σιτωνικόν, ἐφορμὸν: munus publicum est curatio alicui publice collata, qualis est eorum, quibus cura frumenti vel ephoria demandata est.* Hermogenianus ^{c)}: *atque personale M V N V S est tutela, cum aduli furiosive cet.* Idem porro et Arcadius Charisius ^{d)}, et Callistratus ^{e)}, et maxime Pomponius ^{f)}, a quo tutela aeque, ac magistratuum functio, P V B L I C I S C A V S S I S diserte adnumeratur, satis manifesto confirmant. Iam nemo sibi temere persuadebit, ideo id nomen tribui tutelae, quod eius finis vel obiectum, uti vocant philosophi, ad rem publicam pertineat. Id enim diserte negat Modestinus, dum scribit ^{g)}, *tutela non est rei publicae munus, nec quod ad imperisam pertinet, sed civile: nec provinciale videtur tutelam administrare.* Ac proinde superest, ut cum Ulpiano ^{h)}, aliisque viris doctis dicam, tutelam ideo censerem munus publicum, quod illud necessario obire teneamur lege, more, imperio eius, qui iubendi habeat potestatem ⁱ⁾; adeo, ut non videatur levis culpa, contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium deestare ^{k)}. Sed quum haec omnia talia sint, ut ne ab iis quidem ignorentur, qui aliud sciunt nihil: religioni mihi duco, rei vulgo notissimae diutius immorari.

a) Pr.

- a) *Pr. Inst. de excusat.* f) *L. 9. D. de his, qui sunt sui*
 b) *Apud Fabrott. in Nor. ad vel al. iur.*
 Theophil. pag. 133. g) *L. 6. §. 18. D. de excusat.*
 c) *L. 1. §. 4. D. de muner. et honor.* h) *Vinn. ad pr. Inst. cod.*
 d) *L. ult. §. 1. D. cod.* i) *L. 27. D. de verbor. signif.*
 e) *L. 17. §. 2. D. de excusat.* k) *L. 39. §. 6. D. de administr. et peric. tutor. vel curat.*

§. VI.

Iam vero inde merito firmissimum duxi argumen-^{Id quod probatur.}
 tum, non potuisse tutelam vlli ex pacto cum patre inito
 ex iuris Romani principiis deferri. *Ius publicum* enim,
 vti tradit Papinianus ^{a)}, *privatorum pactis mutari non*
potest. Et in summa id obseruandum esse monet Paul-
 lus ^{b)}, *si pactum conuentum a re priuata remotum sit, illud*
non esse seruandum. Si ergo circa ea, quae publicam
 causam habent, nullum priuatis paciscendi arbitrium,
 nullum statuendi ius, nulla facultas fuit, frustra etiam
 procul dubio fuit pactio de muneribus publicis, atque
 adeo et de tutela suscipienda administrandaque, quae ne-
 mini, nisi publica auctoritate, deferebatur. Et hoc
 ipsum est, quod definitione sua expressit Seruius, dum
 non quamuis *vim et potestatem in capite libero*, quam sibi
 quis fortassis suo arbitrio sumserit, vel a patre priuatim
 sibi decretam susceperit, sed *IURE* demum *CIVILI* *da-*
tam ac permissam, adeoque publica auctoritate susce-
 ptam, *TUTELAE* nomine venire docuit ^{c)}. Atqui
 tutori pactio non *iure civili data est illa vis ac potestas*,
 sed priuata auctoritate: nec illud ius vsquam priuatis *per-*
mittit, vt de tutela pactis statuere possint: immo, vt dixi,

racioni iuris ciuilibus refragantur pacta quaelibet, quae de publicis causis et muneribus ineuntur. Ergo ita tutela pactitia ex iuris Romani principiis non est tutela, ac proinde falsum est, vllum ex istius iuris principiis ideo tutorem fuisse, quod patri, sese tutorem liberorum eius fore, promississet.

a) *L. 88. D. de pact.*

Iac. Cuiac. *Observat. lib. I. cap.*

b) *L. 27. §. 4. D. cod. vbi sine ratione textum sollicitat, et pro re priuata, re publica legi iubet*

24.

c) *§. 1. Inst. de tutel. l. 1. pr. D. cod.*

§. VII.

Cui non obstat, quod pater testamento suo arbitrio de tutela statuere poterit.

Obuertere equidem hic mihi aliquis posset tutores testamentarios, quippe qui et ipsi priuato patris arbitrio fuerint tutelam consequuti, ac inde colligere, nullam fuisse causam idoneam, cur, cum licuerit patri testamentum condituro optimum consilium pro liberis capere, iisque tutorem supremo iudicio dare, non aequae licere debuerit cum viro bono pacisci, vt liberorum suorum tutelam, si quid sibi humani acciderit, susciperet, et cur illa conuentio huic ad consequendam tutoris potestatem non aequae suffecerit, ac ipsa vltima patris voluntas. Enimvero, qui paullo adcuratius posuerit calculum, illico animaduertet, inter vtramque illam speciem permultum interesse. Primo enim tutela testamentaria est iure ciuili permessa, lege nimirum illa vetustissima decemuirali, quae, tamquam carmen aliquod necessarium, ICTis toties in ore est: PATERFAMILIAS VTI

LEGAS-

LEGASSIT SVPER FAMILIA, PECVNIA, TV-
TELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO^{a)}): ac pro-
inde tantum abest, vt priuata auctoritate quis hanc tute-
lam adipiscatur, vt eam ipsi legi debeat, ac proinde VI-
pianus^{b)} et testamento datos tutores *legitimos* vocare
non dubitet, quod, vt ipse ait, *ex lege descendant*. Vbi
vero similis, quaeso, existit sanctio de pactis super tute-
la inmundis? Qua vnquam vel lege, vel plebis scito,
vel SCto, vel constitutione principum cautum est, vt,
quomocumque paterfamilias cum aliquo pactus esset
super tutela liberorum suorum, ita ius esset? Talis pro-
fecto lex neque vsquam, neque vnquam extare potuit,
quum, vt iam monui, omnis de causa publica priuato-
rum pactio potius a legibus infirmetur. Ergo nec argu-
mentum ab vltima patris voluntate recte duci potest ad
tutelam pactitiam. Deinde nec id praetermittendum est,
testamenta ipsa, quippe olim populi suffragiis in comi-
tiis calatis condita^{c)}, non fuisse priuatam testatorum, sed
publicam ipsius populi voluntatem, ac proinde tutorem,
supremo patris iudicio datum, non priuata, sed publi-
ca auctoritate, vera nimirum lege constitutum esse:
quod et de tutore pactitio adfirmare velle, absurdissimum
mehercule videretur. Denique quamuis existimare quis
posset, vetusta haec esse, et, quia iam pridem abolita
sint^{d)}, ad ius Iustinianum nihil facere, nam postea
saltem vnicuique facultatem datam esse de tutela non mi-
nus, quam de pecunia rebusque suis, quaecumque pla-
cuerit, supremo iudicio statuendi: illi tamen merito in

memoriam reuoco notissimum, quod Papinianus *) inculcat, principium, *testamentifactionem non priuati, sed publici iuris esse*. Testes enim quinque, quos interesset oportebat testamentifactioni per aes et libram, ipsum populum, cuius olim suffragiis suprema iudicia firmabantur, repraesentabant et sollempnitates omnes, quas et nouissima iura requirunt, veteres illos et hodie adumbrant, eoque fit, ut et mutato vetusto illo testamenta ordinandi ritu, saluum tamen sit vetus principium, *testamentifactionem esse iuris publici*. Hoc vero posito, quis, quae-
so, dixerit, tutelam testamentariam priuati fuisse arbitrii? quisue sine manifesto paralogismo colligat, licuisse priuatis testamento de tutela statuere, ac proinde nec pacta super illa esse potuisse illicita?

- a) Auctor ad Herenn. lib. I. cap. 13. Cicer. de inuent. lib. II. cap. 50. l. 53. l. 120. D. de verb. signif.
- b) Fragment. tit. II. §. 3. et ibi Schulting. pag. 594.
- c) §. 1. Inst. de testam. ord. Theophil. Paraphras. ibid. Gell. Noct. Attic. lib. XV. cap. 27.
- d) Ulpian. Fragment. tit. 20. §. 2.
- e) L. 3. D. qui testament. fac. poss.

§. VIII.

Nec, quod fas fuerit, tutela in iure cedere.

Ne vero quidquam, quod lectorem morari possit, praetermittere videar, fateor, mihi, pacta omnia de suscipienda tutela, tamquam causa publica, inita profliganti non sine specie obuerti posse *tutelam cessitiam*, cuius meminit Ulpianus ^{a)}). Ait enim, legitimos tutores aliis tutela olim in iure cedere potuisse, eumque, cui illa cessa

cessa esset, *cessium* vel *cessium* tutorem adpellatum, quo siue mortuo, siue capite minuto, siue tutelam alii cedente, tutelam ad legitimum tutorem rediisse: sed et, si legitimus decesserit, aut capite minutus fuerit, *cessium* illam tutelam extinctam esse. Addit tamen, *cessionem* istam tutelae sua actate non amplius processisse, quum et *feminarum* tutelam legitimam, in qua aliquamdiu *cessio* illa in usu permanferit, *lex Claudia* sustineat. Iam, qui cedit, tutelam procul dubio mandat, et ius suum, intercedente conventionione, in alium transfert: ac proinde perperam negare videbor, licere priuato de tutela suscipienda cum alio convenire. Sed salua res est. Primo enim ea *cessio* non fiebat priuato arbitrio, sed in iure. *In iure cessio*, ut ait *Caius* noster apud *Boethium* ^{b)}, fit hoc modo: apud magistratum populi Romani, veluti apud praetorem, vel apud praesidem provinciae, is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita vindicat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO. Deinde, postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet? Quo negante, aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem ADDICIT, idque legis actio vocatur. De quo ritu plura moment viri docti, qui *Caii Institutiones* animadversionibus suis illustrarunt, *Alexander Oiselius* et *Schulkingius* ^{c)}. Quis vero priuato arbitrio in *cessionarium* translata esse dixerit tutelam, quae ei a magistratu, penes quem erat legis actio, addicebatur? Deinde ex *Ulpiano* constat, solam tutelam legitimam, et ne hanc quidem omnem, sed

sed feminarum, eo ritu cedi potuisse. Quod sane argumento est, singularem fuisse huius tutelae indolem, ex qua id sequeretur, ut alii cedi posset. Nimirum haec sola tutela, ut recte obseruat laudatus Schultingius ^d), semel delata erat ita in tutoris legitimi dominio Quiritario, ut quasi partem patrimonii constitueret, ac proinde non minus cessione in alterum transferri posset, quam legitima hereditas ^e). Quod vero ex singulari vnus alicuius tutelae natura ac indole fluit, id non potest ad tutelam in vniuersum proferri. Ut iam dixi, perperam illos composituros esse rationem, qui, quod in certa tutelae iam delatae specie leges permiserint, id ad tutelam etiam deferendam pertinere existiment, quum de ea, quam habemus, pacisci semper liceat, non semper de ea, quam non habemus, si vel maxime illam spe fati certa nobis desponderimus ^f). Maneat ergo fixum et firmum, tutelam, tamquam munus publicum, non fuisse obiectum pactiois, eatenus scilicet, ut quis ob eam solam, non intercedente vel testamento, vel cognationis necessitudine, vel auctoritate magistratus, eam vim et potestatem in capite libero consequeretur.

a) *Fragment. tit. 11. §. 6. sqq.*

b) *Commentar. in Topic. Ciceron. lib. III.*

c) *Iuris prud. vet. anteiust. pag. 84. sqq.*

d) *Ad Vlpiani Fragment. pag. 395.*

e) *Vlpian. Fragment. tit. 19.*

§. 11. sqq.

f) Exemplum est in hereditatis venditione: nam venire potest iam delata, non futura. *l. 1. l. 7. D. de hered. vel act. vend.*

§. VIII.

Progredior ad tertium, idque fere palmarium argu- Tertium ar-
 mentum, quod nisi solide stabiliretur, frustranea erit gumentum,
 omnis, quae de tutela patritia suscipitur, disputatio. Ni- quod iure Ro-
 titur hoc analogia, quae inter hereditatem ac tutelam mano eadem
 iuris nostri principiis obseruatur, et quae tanta est, vt fit hereditatis,
 utraque eodem iure censeatur, et fere ab vna ad alteram ac tutelae,
 ducatur argumentum. Vt rem ab ouo ordiar, primi, ratio.
 qui hanc analogiam stabiliuerunt, fuere decemviri, quos
 in legibus 12. tabularum hereditatem et tutelam vbique
 coniunxisse nouimus. Quemadmodum enim iam supra
 ostendi, eos permisisse cuius patrifamilias supremo iudi-
 cio disponere cum *de pecunia familiae*, tum *de tutela suae*
rei, id est, liberorum suorum, qui patris contemplatio-
 ne non personae, sed res in eius dominio Quiritario con-
 stitutae erant: ita et de eo casu, quo siue penitus, siue,
 quod ad tutelam attinet, pater intestatus decesserat, san-
 xerant, *vt si intestatus moreretur, eique impubes heres es-*
set, agnatus proximus tutelam nancisceretur ^a). Quem-
 admodum itaque heres testamento scriptus, ita et datus
 testamento tutor reliquis omnibus videbatur anteferendus.
 Et sicuti, non exstante testamento, sanguine proximi ad
 hereditatem, ita iidem ad tutelam vocabantur, et ita
 quidem, vt aequus, ac in hereditate, propior excluderet
 remotionem, plures vero eiusdem gradus simul admitte-
 rentur ^b). Quumque iure illo antiquo soli agnati et
 gentiles, non aequae cognati, hereditatis legitimae essent
 participes, ad eosdem etiam solos pertinebat tutela legi-

C

tima.

tima. Hinc perpetua ab hereditate ad tutelam, et ab hac ad illam consequutio. Quemadmodum enim qui proximus est ad successionem, is non minus ad tutelam proximus esse dicitur ^c): ita inuerso ordine Q. Mucius ^d): *quo, inquit, tutela redit, eo hereditas peruenit, nisi quin feminae heredes intercedunt*; et Caius ^e): *is, qui proximus fuerit ad tutelam, ipse proximus est ad hereditatem*. Quam regulam licet utroque loco sollicitent viri docti, veluti Franc. Balduinus ^f), Franc. Hotomanus ^g), et Iac. Oiselius ^h), qui exemplo Graecorum, nec non Accursii et Placentini, verba utrobique traicienda esse censent: ea tamen rectissime se habere argumentis tam solidis demonstrauit Iac. Gothofredus ⁱ), ut causam perorasse omnino videatur. Quin ideo pari passu ambulare visae veteribus sunt tutela et hereditas, ut Paullus ^k) tutelas legitimas eadem ratione, ac hereditatem, interuerti obseruet: et generatim ICti, sperata tutela testamentaria, locum non esse legitimae contentant ^l), non ex alia ratione, ut recte vidit Christ. Thomafius ^m), quam quod non magis, quod ad tutelam, quam quod ad hereditatem attinet, quisquam pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit. Hactenus ergo omnia eadem sunt in hereditate, ut tutela testamentaria et legitima. Accesserunt vero post 12. tabulas quaedam noua: *primum*, ut testamentarii tutores, non rite dati, ac veluti vitio creati, a magistratu confirmarentur: *alterum*, ut pupillis, nec testamentarium, nec legitimum habentibus, tutor in vrbe a praetore cum maiore parte tribu-

tribunorum plebis, in prouinciis a praesidibus daretur; quorum prius constitutionibus principumⁿ⁾, posterius legibus, tum Atilia, tum Iulia et Titia primum inuectum^{o)}, ac nouis constitutionibus subinde immutatum esse nouimus^{p)}. Enimuero ne in his quidem nouis iuribus a vetere illo principio, quod tutelae et hereditatis eandem esse indolem oporteat, discesserunt. Quemadmodum enim iam inde ab antiquissimis vsque temporibus eo iure gaudebat praetor, ut si minus iuste heres quis testamento scriptus esset, illi tamen posset, positis certis requisitis, possessionem secundum tabulas dare^{q)}: ita vere acie ipsa praetor dabat tutorem veluti secundum tabulas, quoties testamento non recte et ordine datum, vel cum inquisitione, vel sine eadem confirmabat. Quumque et in potestate praetoris esset, bonorum possessionem dare personis quibusdam, quas nec supremum defuncti iudicium, nec lex ad successionem vocabat^{r)}: non absurdum videbatur, eidem et ius esse dandi tutores non habentibus, quamuis nec ex testamento, nec ex lege ad tutelam vocatos. Adeo perpetua est hereditatis ac tutelae analogia, tantaque vtriusque similitudo, ut si ab vna ad alteram ducatur argumentum, nihil fiat, quod sit a veterum iuris auctorum more ac consuetudine alienum.

a) L. 5. pr. D. de legit. tutor. l. 1. l. 9. D. eod. Add. Iac. Gothofredus ad 12. tabb. pag. 95. sequ. tom. III. Thef. iur. ciuil.
 b) L. 8. D. de legit. tutor. l. 9. D. eod.
 c) §. ult. Inst. eod. l. 4. C. eod. l. 2. C. de curat. furios. Nouell. 118. cap. 4. 5.
 d) L. 73. pr. D. de reg. iur. C 2
 e) In-

- e) *Institut. lib. I. tit. 7. §. 1.*
 f) *Iuris prud. Mucian. pag. 506. tom. I. Iuris prud. Rom. et Attic.*
 g) *Observat. lib. VI. cap. 5.*
 h) *Ad Caii Inst. lib. I. tit. 7. §. 1.*
 i) *Commentar. ad tit. D. de reg. iur. pag. 921. sqq. edit. nouiss.*
 k) *L. 7. §. 2. D. de cap. min.*
- l) *L. 11. pr. et §. 1. D. de testam. tut.*
 m) *Schol. ad Huberi Praelect. Inst. lib. I. tit. 14. §. 3.*
 n) *L. 1. §. 1. in fin. D. de confirm. tut.*
 o) *Pr. Inst. de Atil. tutor. §. 3. Inst. eod.*
 p) *§. 3. Inst. eod.*
 q) *Vlpian. Fragment. tit. 28. §. 5. 6. pr. Inst. de honor. possess.*
 r) *§. 2. Inst. eod.*

§. X.

Tutela ergo non magis potest esse pactitia, quam hereditas.

Quae quum ita sint, manifestum profecto est, nullam omnino iure Romano esse tutelam pactitiam, eamque potius iuris istius analogiae plane refragari. Nam quum ex eius iuris prudentiae principiis eodem ordine deferatur tutela, quo hereditas: consequens est, ut non deferatur pacto vel conuentione. De hereditate enim futura conuentionio omnis irrita habebatur apud Romanos, siue de sua^{a)}, siue de tertii non consentientis hereditate^{b)} quis cum altero pacisceretur: quin pacta haec turpia, bonisque moribus contraria, et plena tristissimi euentus veteribus videbantur^{c)}. Qui fieri ergo potuisset salua iuris analogia, ut, qui ab hereditate pactitia tantopere abhorrebant, ii tamen concederent tutelam pactitiam? Aut ergo analogia illa tutelae atque hereditatis destruenda, (quod ne fiat, plane non vereor), aut concedendum erit, non potuisse tutorem pacto ita constitui, ut solum illud pactum illi sufficeret ad tutelam rite capesendam administrandamque.

a) *L. 19.*

- a) *L. 19. C. de pass.*
 b) *L. ult. C. eod.*

c) *Dist. 1. ult. C. eod. l. d. D. de verbor. oblig. l. 29. §. ult. D. de donat.*

§. XI.

Accedit aliud, idque satis magni ponderis argumentum, ex quo non fuisse privati arbitrii tutoris dationem, liquido probatur: nimirum, quod nemini mortaliu licuerit alio modo, quam legitimo testamento liberis tutores constituere. Hinc, *quum dicitur, SE-*
PER PECVNIAE TUTELAEVE SVAE, tutor separ-
ratim sine pecunia dari non potest, ut ait Paullus noster ^{a)}. Quae verba dici non potest, quam torserint interpretes, inter quos Hotomanus ^{b)} illa ad pupillum referre non dubitat, quasi sensus sit, non posse patrem filio, nisi simul heredi scripto, tutorem dare: inuita profecto Themide, quae et exheredato tutorem a patre dari difertis verbis permittit ^{c)}. Potior ergo est Paulli sententia, quam recte iam vidit Gerardus Noodtius ^{d)}, non valere tutoris dationem, nisi testator simul de tutela, simul de pecunia, id est, hereditate sua disponat, ac proinde non aliter, quam si tutorem det iusto testamento, cuius caput et fundamentum sit heredis institutio ^{e)}. Idem enim et Modestinus ^{f)} monet, dum scribit: *pater filiis vel nepotibus, quos habet in potestate, recte dat tutorem, sed IN TESTAMENTO*. Idque adeo verum est, ut ne imperfecto quidem testamento tutor recte datus videretur ^{g)}, multoque minus codicillis ^{h)}: nisi quod eodem deuentum, ut dati in codicillis testamento con-

firmatis perinde, acsi testamento dati essent, acciperenturⁱ⁾). Denique et per epistolam dari tutorem non posse, indubitati iuris erat^{k)}). Quamobrem iure inde colligimus, non potuisse patrem vlllo alio legitimo modo tutorem liberis constituere, quam vel testamento, vel codicillis testamento confirmatis. Ex eo vero manifesto consequitur, vt pacto constitutus tutor non iure datus videri potuerit, adeoque Romanis ignota fuerit tutela pactitia. Si enim non alio modo, quam testamento perfecto, tutorem recte dabat: quomodo pacto dare potuit? Immo scire vellem, quid mouere potuerit veteres, vt pactis tutorem dari permitterent; epistolis, quibus aequae, ac viua voce inter se paciscuntur homines, non permitterent? Aut ergo reddenda erit ratio, cur tam male consulerint sibi Romani, aut verum erit, pactis tutores non magis, quam codicillis et epistolis, dari iure potuisse.

a) *L. 53. pr. D. de verbor. signif.*

b) *Obscruat. lib. VI. cap. 5.*

c) *L. 4. D. de testam. tutel.*

d) *Commentar. ad Pandect. eod. tit. tom. II. Oper. p. 542.*

e) *§. 34. Inst. de legat.*

f) *L. 1. §. 1. D. de confirm. tut.*

g) *L. 2. C. eod.*

h) *L. 3. D. de testam. tutel.*

i) *L. 1. §. 1. D. de confirm. tutor.*

k) *L. 2. C. eod.*

§. XII.

Sunt equidem, qui stricto iure nullius momenti fuisse tutelam pactitiam non inficiantur, eam tamen conualefcere

ualefcere potuiffè per confirmationem, ftatuunt ^a): Sed primo, dum id largiuntur, fimul fatendum illis eft, tutelam pactitiam iure non fubftitiffè, neque apud Romanos fpeciem tutelae fuiffè fingularem, quae ex conuentione defcenderit. Confirmatione enim non indigebat tutor recte, et ex legum praefcripto, fed vitio datus ^b). Ergo vitio datum effè agnofcere debebant tutorem pacto datum, adeoque illa tutela non erit fingularis et legitima tutelae fpecies, nifi etiam fingulares fpecies tutelae *maternae*, *extraneae*, et *codicillaris* fingere velis, quandoquidem et a matre, vel ab extraneo, vel a patre codicillis testamento non confirmatis datos confirmari, indubitati iuris eft ^c). Si ergo absurdum effet, hos tamquam fingulares et legitimas tutelae fpecies obrudere: qui minus absurdum erit, fingere tutelam pactitiam, quia tutor, ex pacto fufcepturus tutelam, poffit a magiftratu confirmari? Praeterea iuftiffima dubitandi cauffa eft, tutelam pactitiam vniquam fuiffe a praetore confirmatam. Confirmatio enim ad tutelam testamentariam tantum pertinebat. Quis vero pactitiam dicebit testamentariam? Deinde omnes cafus, quibus tutores confirmandi funt, adcurate recensentur in iure noftro ^d), puta, fi talis fit perfona, quae non poffit testamento tutorem dare, veluti mater, aut patronus, aut extraneus; aut fi fit perfona, cui dari non poffit, veluti fi pater filio filiaeque, non exiftenti in patria potestate, (ita enim legendum effe illum textum, luculenter oftendit Ant. Auguftinus) ^e), aut verbis indirectis, aut denique codicillis testamento

non

non confirmatis, tutores dederit. Atqui nullus horum casuum comprehendit tutelam pactitiam: ac proinde recte colligere nobis videtur, ne confirmatione quidem conualuisse tutelam istam, quippe analogiae iuris plane contrariam, et, si dicendum, quod res est, plane σιδηρόξυλον.

- | | |
|-------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| a) Stryek in <i>Vsu hod. Pand. lib. XXVI. tit. 1. §. 4.</i> | d) <i>L. 1. D. eod.</i> |
| b) <i>L. 1. pr. et §. 1. D. de confirm. tutor.</i> | e) <i>Commentar. ad Modestin. de excusat. tom. III. Thesaur. iur. ciuil. pag. 1560.</i> |
| c) <i>L. 4. D. eod.</i> | |

§. XIII.

*Argumentum
quintum.*

Porro si ipsam pactorum naturam consideramus paullo adcuratius, numquam Romani illis tantum tribuerunt virtutis, ut credibile sit, eos tutelam pactitiam admisisse. Simples promissiones non producebant obligationem perfectam et civilem, ac proinde nec tutor, qui se tutelam suscepturum promiserat, cogi poterat ad illam suscipiendam, nec praetor ad tutorem istum confirmandum: adeoque omnis illa tutela imperfecta fuisset, nulliusque effectus, nisi et ipse, qui promiserat, sponte subiret onus, et praetor eum sua sponte confirmaret. Quae omnia tutelae naturae ac indoli quam maxime repugnare tanto apertius est, quanto minus quisquam ignorat, eam esse munus publicum, ac proinde non nisi ratione, quam maxima et sufficiente, iuridice dicam, iustissima excusatione detrectari; quin ab eo tempore, quo datus est, quoque pupillus tutela indiget, ipso iure aliquem

quem tutorem esse a). Quae omnia, si quis pactis effici potuisse existimet: nae illum ego, quid pactum fuerit Romanis, vix fatis intelligere crediderim.

a) *L. 31. pr. D. de excusat. tutor. administrat. et peric. tutor. l. 1. C. de si tutor vel curat. l. 38. §. 6. D. de si tutor vel curat. fals. alleg.*

§. XIII.

Hic varia illi, quibus huic tutelae ius ciuitatis Romanae adferere cura est, quaerunt effugia. Alius enim ^{Differentium effugia.} promissionem cum effectu, id est, stipulationem, procul dubio interpositam esse ponit. Alius subtilem illam inter pacta et stipulationes differentiam iam a Leone imp. sublatam esse a) vrget. Aliis id non nudum pactum fuisse videtur, quod auctor ille doctissimus suo more hoc argumento firmat, quod quae pacta sine plena obligatione ciuili intelligi nequeant, ad pacta nuda non sint referenda. Sed sunt haec omnia ita comparata, vt vel sola documento esse possint, pessimam causam defendere eos, quibus tot latibulis opus est. Stipulationem interpositam fuisse, nulla lex, cuius praesidio vtantur, dicit, et, si fuisset interposita, illi non plus momenti infuisset, quam pacto nudo, quia inutilis est de rebus, quae non arbitrii nostri, sed publici iuris sunt, interposita stipulatio b). Constitutione, quam laudant, Leonis imp. omne stipulationem ac pactorum discrimen sublatum esse, nemo facile crediderit: quum eum potius solam illam verborum in interrogatione et responsione congruentiam, salua ipsius interrogationis ac responsionis necessi-

D

tate,

tate, videamus fustulisse ^e). Sed si fingamus, Leonem imp. tantam mutationem inuexisse: consequens tamen erit, vt demum a Leonis istius temporibus inualuerit haec tutela, adeoque loci omnes, ex Pandectarum opere decerpti, quibus talem tutelam Romanis notam fuisse, probant, frustra ab iis ad partes vocentur. Denique non nudum esse pactum, quod plenam obligationem ciuilem producit, facile largimur. Sed dum clarissimi huius argumenti auctor, tale esse pactum de tutela, subsumit, manifesto petit id, quod est in principio, et quod ab ipso prius demonstratum esse nemo dixerit, etiam qui magna animi ingeniique contentione sectiones illas *ἐν πρᾶξι* citatas expendit. Quid multis? Qui ostendere conatur, pactum aliquod non nudum esse, ei probandum est, aut legem existare, quae tali pacto obligandi vim tribuit, vti donationi Constantini M. lex adhsistit ^d): aut praetorem, se illud seruaturum, speciali edicto promississe, quemadmodum Seruium hypothecam edicto suo iuuisse nouimus ^e): aut pactum tale in continenti accepisse bonae fidei contractui, ex eoque vim obligandi accepisse, quo sensu pacta adiecta non nuda vocantur ^f). Horum trium capitum si vnicum probauerit laudatus auctor, tum demum victas dabo manus, eumque magnum quid praestitisse fatebor, quin ei gratulabor, cuius iam tirocinia iuris inusitatum atque eximium quid rei publicae litterariae promittant.

a) *L. 10. C. de contrab. sti.* in *Dissert. de tutela pactitia pulat.* Ioach. Georg. Darielii §. 39.

b) §. 2.

b) §. 2. *Inst. de inutil. stipu-*
lat. l. 83. §. 5. D. de verbor. oblig.
l. 27. D. de reg. iur.

c) Eu. Otto ad §. 2. *Inst. de*
verbor. obligat.

d) *L. 4. l. 35. C. de donat.*

e) §. 7. *Inst. de act. Ger. Noode*
Commentar. ad Pandect. tom. II.
Oper. pag. 432.

f) *Idem de pact. et transact.*
cap. II. pag. 509. tom. I. Oper.

§. XV.

Quamvis vero in tot argumentis, ex legibus, ipsa-
 que tutelae ac pactorum indole depromptis, merito mihi
 videor fiduciam aliquam posse collocare: nihil tamen
 fortassis aliis egisse viderer, nisi et fulcra illa, quibus alii
 hic secessionem facientes nituntur, subruam. Nimirum
 in prima statim acie locant testimonium Modestini ^{a)}),
 cuius ex *sexto Excusationum libro* et hoc in Pandectis enun-
 ciatum occurrit: *qui patri promisit, se fore tutorem libe-*
rorum, excusari ab hac tutela non potest, etsi aliter habet
ius excusationis. Nihil eorum hic dicit Modestinus,
 quae iis, qui tutelae pactitiae patrocinium suscipiunt,
 erant probanda. Non docet, tutorem pacto non minus,
 quam testamento, posse dari: non tradit, illud promif-
 sum tutoris obligationem civilem perfectam produxisse,
 multo minus ex eo loco intelligimus id, quod praecipuum
 erat, pactum hoc illi promittenti suffecisse ad tutelam
 capeffendam administrandamque. Sed id vnum ibi agit
 Modestinus, vt doceat, excusationem eius, qui se tuto-
 rem liberorum fore promisit, ob pactum istud non ad-
 mitti, si vel maxime ei non desint causae excusandi iu-
 stissimae. Eius vero decisionis ratio non est, quod quis

Ex l. 15. §. 1.
 D. de excu-
 sat. frustra
 probatur tute-
 la pactitia.

per pactum tutor fiat, sed quod omne pactum, quantumvis nudum, et ad excipiendum, et, quum replicatio etiam exceptionis loco sit, ad replicandum proficit^{b)}. Fingamus ergo, tutorem siue testamento creatum, siue legitimum, siue a magistratu datum, sese professione, potestate, numero liberorum, vel alia quacumque iusta causa excusare velle: obstat illi replicatio pacti, quo minus illi hae profint exceptiones, quia his exceptionibus voluntarius valide renuntiavit. Paucis: non ibi Modestinus agit de modis, quibus quis tutelam adquirat, sed de excusationibus, quae admittendae vel repudiandae sint, ac ne verbo quidem indicat, pactum sufficere ad tutelam consequendam.

a) *L. 15. §. 1. D. de excusat.* Ger. Noodtius *de pact. et transf. act. cap. 6. pag. 498. tom. I.*

b) *L. 7. §. 5. D. de pact. Oper.*

§. XVI.

Viri docti argumentatio ex hac lege.

Sed quum nihil tale illi texui inesse fateri cogantur, illud omne inde argutissime eliciunt per iustam argumentorum seriem^{a)}, eamque catenam suam quamvis nimiae subtilitatis excessum ipsi fateantur, tanti faciunt, ut se eam ab omnibus, quas praevidere potuerint, dissentientium argutiis tutam praestari existiment^{b)}. Operae pretium ergo erit, auream illam catenam parumper excutere. *Qui se, inquit, non potest excusare, ad munus in se suscipiendum tenetur. Recte sane. Qui ergo patri promissit, se fore tutorem liberorum, ille tenetur ad tutelam in se susci-*

fufcipiendam, et fe non poteft excufare. Et hoc bene ac fapienter, nifi quod medius terminus, quem vocant, contra veteris logices praecepta ingreditur concludionem. Concedamus tamen, vt liberales fimus, vtrumque, et quod tutor ille, qui patri, fe tutorem fore, promifit, obftrictus fit ad tutelam fufcipiendam, et quod excufari non poffit, quia non poffit excufari. *Dum vero* (ita iam procedit ἀπὸδείξις, ad impoffibilia non datur obligatio, excufationes, de quibus hic dicitur, ex fauore a lege tutori conftituendo concessio deducendas effe, fequitur. *Qui ergo patri promifit, fe fore tutorem liberorum, ad hanc in fe fufcipiendam tutelam tenetur, nec poteft vt excufationibus, ex fauore a lege aliter tutoribus conftituendis concessio, dum promiffione hunc fauorem remisit.* Sunt haec quidem numeris Platonice obfcuriora: fed quia nihil aliud innuit auctor, quam per excufationes, quas per pactum illud amittat tutor, non necessarias, fed voluntarias tantum, intelligendas effe: nihil subeft periculi, vt non et id auctori cum plaufu largiri poffim. *Tutor ergo,* (ita pergit auctor,) *de quo lex dicit, non poteft effe ille, cui ius excufandi ex fauore legum tutori concessum competit.* Hic vero merito aures arriget lector. Non enim poteft, qui non excufatur, idem indiuiduum effe cum illo, qui excufatur: at poteft eiuſdem generis effe. Exempli cauffa: fi vnus tutor testamento datus patri promiferit, fe tutorem fore, alter non promiferit: prior oleum et operam perdet, fi hoc onus excufatione a fe amoliri conetur; posterioris excufationes admittentur.

Iam is, qui non excusatur, non est idem indiuiduum cum illo, qui excusatur: at eiusdem tamen generis sunt tutores, puta testamento dati. Quis vero hic manibus non palpat vel paralogismum, vel sophisma? Propositio haec tantum de idemitate indiuiduali vera est, et tamen auctor subsumit de idemitate generis, atque ita pergit: *competit vero ius (puta excusandi) tutori testamentario^c), legitimo^d), datiuo^e)*. Ergo tutor, cuius in hac lege fit mentio, non est tutor testamentarius, nec legitimus, nec datiuus. Ergo ab illo diuersus, puta pactitius. Quae si in fascem colligas, eo redeunt vniuersa; qui se excusare potest, non est idem indiuiduum cum eo, qui se excusare non potest, ergo eum nec eiusdem, sed diuersi generis esse oportet. Nam si praemissam se de indiuiduo accepisse negat auctor, falsa illa erit propositio, ceu iam ostendi, ac proinde et totum eius argumentum in fumum abibit. Quod ut eo clarius ostendam, age veluti *παρωδία* quadam composita, totam eius demonstrationis seriem, ipsaque verba retinebimus, eademque ratione ostendam, quod vnusquisque nouit falsissimum, dari et quintum genus tutelae, diuersum a testamentaria, legitima, et datiuia, puta quae liberto in patroni liberis competat. Quidni ergo et ego, faciam interpretandi periculum? Ait Alexander imp. ^f): *libertos a tutela vel cura liberorum patroni seu patronae nullam excusationem impetrare posse, amplissimus ordo, auctore diuo Marco, censuit*. Iam audi: *qui se non potest excusare, ad munus in se suscipiendum tenetur*. Libertus ergo ad tutelam liberorum patroni

tromi

troni patronaevae in se suscipiendam tenetur, et se non potest excusare. Dum vero ad impossibilia nulla datur obligatio, excusationes, de quibus hic dicitur, ex favore a lege tutori constituendo concessio deducendas esse, sequitur. Libertus ergo ad hanc suscipiendam tutelam tenetur, nec potest vi excusationibus, ex favore a lege aliter tutoribus constituendis concessio, dum SCto ab hoc favore excluditur. Tutor ergo ille libertus, de quo lex dicit, non potest esse ille, cuius excusandi, ex favore legum tutori concessum, competit. Competit vero hoc ius testamentario, legitimo, et dativo. Ergo tutor libertus, cuius in hac lege fit mentio, non est tutor testamentarius, nec legitimus, nec dativus. Quamobrem, quum vi SCti specialiter ad tutelam in se suscipiendam sit obligatus, non vero ex testamento testatoris, nec mandato magistratus, nec ex iure successionis, tutor ille erit tanquam libertus. Quemadmodum vero haec conclusio manifesto falsa et absurda est: ita auctoris erit cogitare, in qua parte demonstrationis meae latet vitium. Non vero vllum ostendet, vt non simul sua ipsius vincta caedat, quia eius est, quam dicis caussa meam feci, demonstratio.

a) Dariesius *ibid.* §. 39.b) Idem *ibid.* §. 46.

c) L. 32. l. 33. D. de excusat. tutor. l. 25. C. de legat.

d) L. 4. C. de legit. tut.

e) L. 2. §. 5. D. l. 9. C. de

iis, qui dant tutor. vel curat.

f) L. 5. C. de excusat. tutor.

§. XVII.

Progreditur auctor ad aliud testimonium, quod ipse locum parallelum vocat, verba nimirum ista Iustinia-
Nec §. 9. Inst. eod. hanc tutelam confirmat.
 ni^a):

ni^a): *si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum praestat ei excusationem: sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserunt.* Hic primum, quid sit propter inimicitias tutorem dare, disquirat auctor: sed id ad nos non pertinet, quibus perinde est, quae illis verbis ab eo notio subiiciatur. Deinde vero suo more inde hoc ducit argumentum: *tutor propter inimicitias testamento datus, ob fauorem legis, inimicitiis hisce se excusare potest.* Ponamus vero, hunc, se tutelam administraturum, patri pupillorum promississe, hac promissione fauorem legis remisit: *consequenter etiam inimicitiis hisce se excusare non potest.* Ad tutelam ergo suscipiendam tenetur, non vi testamenti, sed promissionis. Ergo erit tutor pactitius. At ego scire velim, si haec non est, quid sit cauillatio. Complectuntur Iustiniani verba partim regulam, partim exceptionem. Regula est: *tutori propter inimicitias testamento dato, hoc ipsum praestat excusationem.* Exceptio: *per contrarium non excusatur, qui, se administraturum, patri pupilli promisit.* Si ergo hanc exceptionem ad regulam pertinere dixeris, non poteris non ponere casum, quod quis, inimicitiae causa tutor testamento datus patri, antequam id fieret, se tutelam administraturum, promiserit. Quo posito, habebimus tutorem testamentarium, non pactitium. Testamentarius enim, cuius ob pactum reiicitur excusatio, procul dubio manet testamentarius. Deinde ignoratione elenchi tota illa laborat demonstratio. Non enim probandum

dum erat, tutores aliquos ad suscipiendam tutelam vi promissionis teneri, (id enim non facit tutorem pactitium), sed esse, *qui ob solum pactum tutores fiant*. Vidimus, liberos ad suscipiendam tutelam vi conditionis suae, non testamenti, teneri: eos tamen non ideo esse tutores, quod liberti sint, sed quod vel a testore, vel a magistratu, ad tutelam sint vocati. Omnia ergo ad hanc speciem redeunt: qui inimicitiae causa tutor testamento datus est, permultas adducit excusationes, rationesque grauiissimas, quae alioquin ad amoliendum istud onus sufficiunt, maxime vero, se inimicitiae causa tutorem datum esse. Praetor, illis reiectis exceptionibus hominem ad suscipiendam administrandamque tutelam adigit, ex ea ratione, quod se ad tutelam suscipiendam promisso obstrinxerit: quaeritur, sitne postea hic tutor testamentarius, an pactitius? Credo, vel dupondium responsurum, eum nihilominus testamentarium esse, quia non quaeratur, *cur teneatur tutelam*, omni reiecta exceptione, *suscipere?* sed, *cur tutor sit?* Hoc enim illum testamento, illud pacto debere.

a) *§. 9. Inst. de excusat.*

§. XVIII.

Quam leuia, et paene ficulnea haec sint argumenta, iam vnusquisque, opinor, intelligit. Et tamen clarissimus auctor in illis tantam collocat fiduciam, vt pluribus ad sententiam suam in tuto collocandam ne quidem opus esse existimet. *Multis quidem aliis*, inquit,

E legibus

*Vana iactatio
demonstrationis.*

legibus idem hoc principium nostrum corroborari posset, v. g. ex l. 29. D. de testam. tut. l. 18. §. 1. D. ad leg. Cornel. de fals. etc. si veritatem rei a multitudine, et non a grauitate argumentorum, dependere nouissem^a). Itaque fretus hac argumentorum suorum grauitate demonstrationi suae hunc colophonem imponit: *quidquid ex legibus iuris ciuili Romani bona deduci potest consequentia, in iure ciuili Romano fundatum est. Tutela vero pactitia ex legibus iuris ciuili Romani deduci potest. Ergo et tutela pactitia in iure ciuili Romano suum agnoscit fundamentum.* Enimuero quum adsumtum manifesto falsum fit, et clarissimus auctor tutelam pactitiam ne per medioerem quidem, nedum bonam consequentiam, sed per mera sophismata ex legibus iuris Romani infelici conatu elicuerit: quam firmo talo stet conclusio, nemo non animaduertit.

a) Dariesius §. 43. in scholio.

§. XVIII.

*Sed et l. 29.
D. de testam.
tut. tutelae
pactitiae quam
maxime obstat.*

Sed iamiam prouehitur vir clarissimus ad ea, quae sibi ab aduersariis obuerti dicit, examinanda. Haec vero, quia me non feriunt, merito praetermitto, nec tanti videtur illud examen, vt aduersarii ob illud vadimonium deserturi videantur. Hinc potius, quid roboris insit argumentis, quae ille tantum obiter attingit, paucis expendere iuuabit. Elegans est locus hic Papiniani^a): *ex sententia S^Cti Liboniani tutor non erit, qui se*

se testamento pupillo tutorem scripsit. Quum autem patris voluntas, hoc ipsum manu sua declarantis, ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi: nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat: quoniam promississe videbatur: nec ut suspectum remoueri. Manifesta est species, ad quam hoc Papiniani responsum. Lucius Titius liberis suis plures dederat tutores, et in his Seium quoque, quem scribendis tabulis adhibuerat: incidebat quaestio, an huic pars aliqua administrationis committenda esset? et quum ipse Seius mallet ea tutela carere, an admitti eius excusationem, quantumvis iustam, oporteret? Iam, quod ad priorem quaestionem attinet, plures Seio ob stare videbantur rationes, cur esset ab omni administratione repellendus, et primum quidem, quod *ex sententia SCti Liboniani tutor non sit, qui se testamento pupillo tutorem scripserit.* Cautum enim erat SCto Liboniano, ut teneatur quasi falsarius, quamvis falsarius non sit, poena legis Corneliae is, qui alienum testamentum scripserit dictante testatore, si *hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum* sibi adscripserit, quamvis id iussu testatoris fecerit ^{b)}). Quamvis ergo id SCtum non meminisset, nisi hereditatis, legati, et fideicommissi: latius tamen patebat *eius sententia*, quippe quae ad omnia reliqua, quae sibi quis ipse adscripisset, porrigebatur, veluti si sibi quis liberorum testatoris adsignationem liberti ^{c)}, vel mortis causa capionem ^{d)}, vel aliud quid, adeoque et tutelam, quae hereditati in

iuri nostro equiparatur, adscripsisset ^e). Quum ergo in fraudem legis faciat, qui, saluis verbis legis, *sententiam eius circumuenit* ^f), dubitandum profecto non videbatur, quin Seius *ex sententia SCti Liboniani tutor esse non possët, quia se testamento tutorem pupillo scripsisset.* Deinde et id obstabat Seio, quod se ipse ingessisse videretur, ac proinde tamquam suspectus esset remouendus ^g), si vel maxime tutelam suscipere vellet. Sed vtramque rationem nullius ponderis esse, probe animaduvertebat Papinianus, qui priorem ita rescillit: *quum autem patris voluntas, hoc ipsum manu sua declarantis, ambigua non esset: eum, quamuis alii tutores essent, curatorem dandum respondi.* Neque enim locus est poenae legis Corneliae, si testator, testamentarium talia se volente ac iubente scripsisse, manu sua adnotasset ^h). Ad alteram rationem paucis respondet: *nec eum vt suspectum remoueri, non addita decisionis causa, quam tamen satis luculentam reperimus in iure nostro* ⁱ), *suspectum nimirum esse, qui operam suam ingerat inuito,* non ergo, qui eam *volenti* offerat: ceu recte obseruauit maior omni laude mea Cuiacius ^k). Denique alteram quaestionem, an Seius excusatione uti possit? ita decidit, vt id ab eo fieri posse neget, addita ratione, *quoniam promississe, adeoque excusationibus suis renuntiasse, videretur.* Haec est vera huius legis ἀνάλογισ. Iam vnumquemque iudicem fero, an ea vel in speciem fauceat iis, qui tutelae pactitiae patrocinium suscipiunt. Seius sane tutor non fuit ex pacto, sed ex testamento:
excusari

excusari autem, vt alii testamentarii, non poterat, quoniam promississe videbatur. An testamentarium id eo esse desiisse dicemus, quod eius excusationes replicatione pacti excludantur? Mira haec erit metamorphosis, quin ipsis Ouidianis mirabilior, saltim vniuersi iuris principii contraria, quae tutorem non ab ea causa, ob quam eius excusationes non admittuntur, sed propter quam tutor est, denominare solent.

a) L. 29. D. de testament. tutel.

b) Collat. legum Mosaic. et Roman. tit. 8. §. 7. Cuiac. Paratitl. Codit. tit. ad leg. Cornel. de fals. Petr. Faber Semestr. lib. 1. cap. 25. pag. 143. Salmas. ad Ius Attic. pag. 877.

c) L. 22. §. 8. D. ad leg. Cornel. de fals.

d) Dict. l. 22. §. penult. D. eod.

e) Cuiac. in Papin. Respons. pag. 566.

f) L. 29. l. 30. D. de legib.

g) L. 21. §. 6. D. de tutor. et curat. dat. l. 28. §. 1. D. ad leg. Cornel. de fals.

h) L. 1. §. 8. D. ad leg. Cornel. de fals. l. 15. §. 1. D. eod.

i) L. 25. D. de procurat.

k) Cuiac. in Papin. Respons. pag. 567.

§. XX.

At vir clarissimus hoc Papiniani responsum adeo non obstare sibi existimat, vt illo suam corroborari sententiam existimet. Audianus ipsa viri docti verba: casus, inquit, ex hac lege na formari debet. Aliquis se testamento pupilli tutorem scripsit: nunc quaeritur, an ille etiam ad promissum seruandum obligatus sit, et an se possit excusare? Respondet lex, ex sententia S^Cti Liboniani non tenetur, sed ex lege tenetur, et se non potest excusare, quia promississe videtur. Vbi vero, obsecro, haec

Viri docti ex hoc ductum argumentum.

omnia lex dicit? Non sane ait Papinianus, eum ex SCti sententia non teneri, sed refellit potius eos, qui eum ex sententia SCti tutorem esse posse negant. Et ex qua, quaeso, lege teneri potuit, si eum repulit SCtum? An non animaduertit auctor tam sagax, illud SCtum Libonianum ad quaestionem, an excusari possit talis tutor, nihil facere, sed ad aliam plane quaestionem, an nempe tutor esse possit, pertinere? An non ei suboluit, esse hanc rationem dubitandi, ex qua iura probari non oporteat, sed ex decidendi rationibus? Et tamen ille subiicit: *dicis, tutorem esse testamentarium.* Ego vero et dico, et adfero, et contendo. Ex qua ratione? inquit, *quia se scripsisset tutorem testamento?* *Minime.* *Ad tutorem enim testamentarium requiritur, ut a testatore in testamento sit denominatus tutor^a): non vero qui testamento se tutorem scripserit: hoc enim tantum ad promissionis probationem fieri primo intuitu intelligitur.* At ego Daeus sum, non Oedipus, qui id, non dicam primo intuitu, sed ne lege quidem iterum iterumque perlecta expensaque intellexi. Aio ergo, tutorem hunc fuisse testamentarium. Ex qua ratione? an, quia se scripsit tutorem testamento? Absit, vel me, vel quemquam alium tam stolidum esse. Immo, ob eam causam tutorem aliquem esse, negauerim. Ideo enim ille, qui se tutorem testamento scripsit, tutor est testamentarius, *quia patris voluntas, hoc ipsum manu sua declarantis, ambigua non erat,* eaque adnotatione omnis euanescebat falsi suspicio. Quum ergo ob hoc ipsum tutelae pro
falsis

falsis non amplius haberentur: quidni et tutoris dationem valuisse dicamus? Reliqua, quae subiicit auctor clarissimus, mihi offerunt telum, quod in eius iugulo, si tam truculentus essem, iure defigere possem. En enim argumentum: ad tutorem testamentarium requiritur, vt a testatore in testamento denominatus sit tutor, non vero, vt se testamento tutorem scripserit. Seius vero ille, cuius causam Papinianus responso defendit, fuit a testatore in testamento denominatus, non se testamento scripserat, *quia patris voluntas, hoc ipsum manu sua declarantis, non erat ambigua.* Seius ergo ille fuit tutor testamentarius. Falsum ergo etiam est, quod primo intuitu intelligi putat vir oculatissimus, hanc patris annotationem tantum ad probationem promissi pertinere: non enim pater adscripserat margini, Seium se ad tutelam suscipiendam obstrinxisse, sed *voluntatem suam, quod Seium tutelam suscipere velit, manu sua declarauerat.* Ac proinde nihil in hac lege est, quod non viri doctissimi causam aperte et manifesto iugulet.

(a) L. 3. pr. D. de testam. tutel.

§. XXI.

Est et altera lex, ex qua se suum principium corroborare potuisse, scribit auctor clarissimus, *si veritatem rei a multitudine, et non a gravitate argumentorum dependere statuisset, quam praeterire religioni mihi duco.* Ait nimirum Paullus ^{a)}: *qui se filio testatoris*

Argumentum eiusdem ex l. 1. §. 1. D. de leg. Cornel. de fals.

statoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse praesumitur, quod ultro tutelam videbitur adfectasse, tamen, si idoneus esse adprobatur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est. Nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris. Decerpta est haec lex ex Paulli *Sententiis* ^{b)}, in quibus illa et hodie, sed alio plane sensu, ita legitur, *qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, ut suspectus a tutela remouendus est, ad quam ultro videtur adfectasse.* Sed ego non ideo dicam scripserim vel Aniano, quod Paulli sententiam corruperit, quod eruditissimus Schultingius suspicatus est ^{c)}, vel Triboniano, quod haec, quae in Pandectis occurrunt, de suo adiecerit. Vtrumque enim et genuinum esse posse, facile vnusquisque intelligit. Anianus regulam tantum retinuit, puta, suspectum esse tutorem, qui se ipse tutorem pupillo adscripsit, quia tutelam ultro adfectasse videatur. Tribonianus vero simul exceptionem subiunxit, eum nimirum admittendum, si idoneus adprobetur. Ex quo vero titulo tutor erit? An *ex testamento*? Negat Paullus. Nam illud vitio laborat. Ergo procul dubio ex pacto. Ita collegisset laudatus tutelae pactitiae patronus, si hanc legem examine dignam statuisset: maxime si verba postrema expendisset: *nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris.* Procul dubio ergo ei sub manu natum esset argumentum: qui tutelam suscipere tenetur non ex testamento, sed quia consensisse patris

patris

patris voluntati videtur, is tutor non testamentarius, sed pactitius est: is, cuius Paullus meminit, tutor non ex testamento, sed, quia patri consensisse videtur, tutelam tenetur suscipere: est ergo tutor non testamentarius, sed pactitius.

a) *L. 28. §. 1. ad leg. Cornel. de fals.*

c) *Iuris prudent. vet. anteu-
stin. pag. 358. sequ.*

b) *Lib. III. tit. 6. §. 15.*

§. XXII.

Sed id quoque argumentum primo est ἀποσδιόνυ- *Eius examen.*
σov. Neque enim tutor denominatur ab eo, quod efficit, ut cogatur tutelam suscipere, e. g. quia promissit, se tutorem fore, vel quia libertus est: sed a titulo, quo tutela illi delata est. Deinde nemo non videt, duas et hic quaestiones tractare Paullum, alteram, an admittendus sit, qui se ipse tutorem adscripsit? alteram, an excusari possit? Priorem adfirmat, si idoneus adprobetur: posteriorem negat ex ea ratione, quod consensisse patris voluntati videatur. Priori decisioni obstare videbatur, tutoris dationem ob praesumptam testamenti falsitatem nullam esse, adeoque hunc tutorem nullum titulum, ex quo tutelam suscipiat, pro se allegare posse. Quid ad haec Paullus? An ex pacto tutorem esse tradit? Minime vero. *Non ex testamento, inquit, sed ex decreto tutor dandus est.* Non ergo ex pacto, sed ex decreto, puta magistratus, siue hic illum, tamquam mi-

nus recte testamento datum confirmet, siue tanquam idoneum sibi nominatum tutorem suo arbitrio constituat. Priore ergo casu erit tutor *testamentarius*, a praetore confirmatus, posteriore *datiuus*, neutro *pactitiuus*, quamuis pactum, quod ex adscriptione praesumitur, efficiat, vt excusatio illi nulla profit, tutelam detrectare postea volenti.

§. XXIII.

*Reliqui textus,
qui pro tutela
pactitia adfer-
runtur.*

Sunt hae illae leges, quarum clarissimus, cuius haec-
tenus doctrinam expendi, auctor facit mentionem. Sed
cum alii iustum earum agmen veluti cum subsidiis collo-
cent: non committendum putauit, vt, dum res ad tria-
rios redit, acie excessisse videar. Attamen quum iam
alii viri doctissimi et Icti omni exceptione maiores, prae-
cipue autem meritissimus illustris Fridericianae Professor,
Christian. Gottl. Knorrius ^{a)}, in hac arena ita versati
sint, vt fere nihil mihi reliquiarum voluerint superesse:
tanto sane mihi licet in posterum esse breuiori. Sunt
vero omnes illae leges, ad quas me remittunt, vnus
generis, ac proinde eas vno veluti fasciculo compre-
hendere licet. Prima ^{b)} ita se habet: *si non erit a te-
statore electus tutor, aut gerere volet: tum is gerat, cui
maior pars tutorum tutelam decreuerit.* Altera ^{c)} talis
est: *quodsi quis tutelam mandauerit gerendam, gestaue
fuerit ab eo, cui mandatum est: locus erit tutelae actioni,
videtur enim gessisse, qui per alium gessit.* In tertia ^{d)}
sunt

Try-

Tryphonius ita differit: tres tutores pupillo dati sunt: vnus tutelam gessit, et soluendo non est; secundus Titio gerendam mandauit, et Titius quaedam administrauit; tertius nihil omnino gessit. Quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur? Et quibusdam interiectis ^o): non solum gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandauit, sed et qui satis a contutore accepit, rem saluam pupillo futuram, eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent conueniri eum, qui gessit. Addunt testimonium Vlpiani ^f), qui, quum monuisset, esse quosdam tutores honorarios, esse, qui notitiae causa dati sint, esse denique, qui ad hoc dentur, vt gerant, de his porro ait: *et hoc vel pater adiicit, vt vnus gerat, vel voluntate tutorum vni committitur gestus, vel praetor ita decernit.* Videntur et imperatores, Carinus et Numerianus ^g), succinere, quippè quorum haec verba sunt: *sm ipsi tutores inter se res administrationis diuiserunt, non prohibetur adolescens vnum ex his in solidum conuenire, ita, vt actiones, quas aduersus alios habet, ad electum transferat.* His per omnia similes sunt et reliqui, quos ad partes vocant, textus ^h), vt iis similiter adscriptis diutius morari lectorem paene pudeat. Ex his vero omnibus duo, quae sententiam meam subuerrere possint, enunciata elicere videntur: primum, licere priuatis super tutela pacisci, eamque non modo vni ex contutoribus decernere, vel eam inter se diuidere, verum etiam tertio, qui tutor

non sit, mandare, eique gestum committere. Alterum, quod is, qui ex mandatu ac voluntate alterius tutelam administret, per conventionem consequatur tutelam, adeoque vere sit tutor pactitius. Nisi enim ita argumenta sua instruant, ego quidem, quid illi sibi hac legum turba velint, non intelligere me fateor.

a) Singulari *Programmate de tutela pactitia.*

b) *L. 3. §. 7. D. de ministr. et peric. tutor. et curat.*

c) *L. 5. §. 3. D. eod.*

d) *L. 55. pr. D. eod.*

e) *Dict. l. 55. §. 2. D. eod.*

f) *L. 14. §. 1. D. de solut.*

g) *L. 2. C. de diuid. tutel.*

h) *L. 5. D. de magistrat. conven. §. 1. Inst. de satisfact. tutor. vel curat.*

§. XXIII.

His non probatur, licita fuisse pacta de tutela suscipienda.

Sed neutrum profecto confectarium in tot legibus praesidium reperit. Nulla enim earum speciem vel exemplum profert pactionis super tutela interpositae. Aliud enim est, de tutela alicui deferenda pacisci, aliud administrationem vel gestionem eiusdem alteri mandare, committere, res administrationis cum contutore petere partiri. Qui prius pactum init, paciscitur de re non sui arbitrii, sed quae publicam causam habet, eaque pactio iure non potest subsistere. Qui posterius: de eo paciscitur, quod iam habet, et quod adeo omnino tali conventionem in alium transferre potest. Quis, quacso, ignorat, magistratus iurisdictionem suam non modo collegis^{a)}, verum etiam priuatis^{b)} mandare potuisse? An vero vlli mortalium in mentem veniat, magistra-

gistratibus de honoribus suis pacisci, vel transferre illos potuisse? Priuatus sane manebat ille praetoris mandatarius, tantumque abest, vt ideo praetor factus sit, vt, si vel maxime antea esset praetor, qui alienam iurisdictionem exsequeretur, non tamen pro suo imperio ageret, sed pro eo, cuius mandatu ius dicebat ^c). Idem de tutela obseruandum. De illa pacisci nemo poterat: eius vero gestionem vel administrationem ei licebat alii, siue contutori, siue extraneo mandare, sed ita, vt hic ideo non fieret tutor, sed omnia nomine eius, cuius mandatu gerebat, gereret. Vnde nec mandatarius, qui tutor non erat, sed mandans tutelae actione erat conueniendus, ceu omnes, quas pro sua sententia viri docti adducunt, leges perspicue probant.

a) L. 3. D. de offic. eius, cui mandat. est iurisdict.

b) L. ult. §. 1. D. eod.

c) Dist. 1. §. D. eod.

§. XXV.

Sed tamen fingerem, fas fuisse tutoribus de ipsa iam suscepta tutela pacisci, inde tamen non consequeretur, vt quemquam ex his omnibus tutorem pactitium dici posse fateamur. Prima, quam adduxi, lex differte ponit, plures a testatore datos esse tutores, et non electum ex iis vnum, qui gereret. Fuere ergo omnes illi tutores testamentarii, et ne ii quidem, quibus reliqui tutelam, puta eius administrationem, decreuerant, id munus ob pactum cum contutoribus primum consequerentur,

Multo minus Romanis fuisse tutores pactitios.

sed administrationem tantum. De contutore enim non extraneo, loqui Ictum, ex reliquis testimoniis satis apparet. In altera lege extraneo mandatur gestio, sed tantum abest, ut is tutor fiat pactitius, ut ne tutor quidem sit, sed tutoris procurator, quia *ipse* non tamquam tutor *gessisse videtur, qui per alium gessit*. Id quod et de tertio loco dicendum, nec non de quarto, ubi diserte negatur, eum tutorem fieri, cui gestio mandatur, *sed eum gessisse credi tutelam adseueratur, qui alii gerendam mandauit*. Ulpianus in quarto textu aperte loquitur de tutoribus, quos pater testamento dederat. Monet enim, si is *non adiecerit, ut vnus gerat*, tunc vel voluntate contutorum, vel praetore ita decernente, vni gestum committi. Num vero, qui iam ex testamento tutor est, id eo pactitius sit, si illi gestus committitur? Postrema constitutio, *ipsos tutores res administrationis diuisisse*, refert. Tutores ergo fuerunt, antequam res illas administrationis, interueniente pacto, diuiderent. Qui iam antea tutores fuerunt, tales non demum fiunt per pactum: ac proinde non sunt tutores pactitii.

§. XXVI.

Conclusio dissertationis.

Et haec sunt, quae *de tutela pactitia* differenda putauit: quae ex humaniore iuris prudentia, ipsisque veterum scriptorum monumentis passim illustrare licuisset, nisi argumentorum et syllogismorum argutiae, quibus mihi noua iuris prudentia obtruditur, logicam exigere visae

visae essent analysin. Ne ergo mirare syllogismos passim inperfos, quibus ornamentis alias in hoc scribendi genere doctores uti vix solent. Iuuenalis ^{a)} olim eo se saeculo natum esse credebat, quo *difficile* esset *satyrā non scribere*: alioque loco ^{b)} lepide canit:

*Si natura negat, facit indignatio versum,
Qualemcumque potest, quales ego, vel Cluuienus.*

Sed mihi certe, eo saeculo nato, quo omnia demonstrationibus, syllogismis, ac soritibus perstrepunt, difficile etiam fuit, non scribere syllogismos. Quos vero natura, ingenium, pristinaque scribendi ratio mihi negant, facit indignatio syllogismos,

Qualescumque potest, quales ego, vel Duarenus.

a) *Satyr. i. v. 30.*

b) *Satyr. i. v. 79.*

F I N I S.







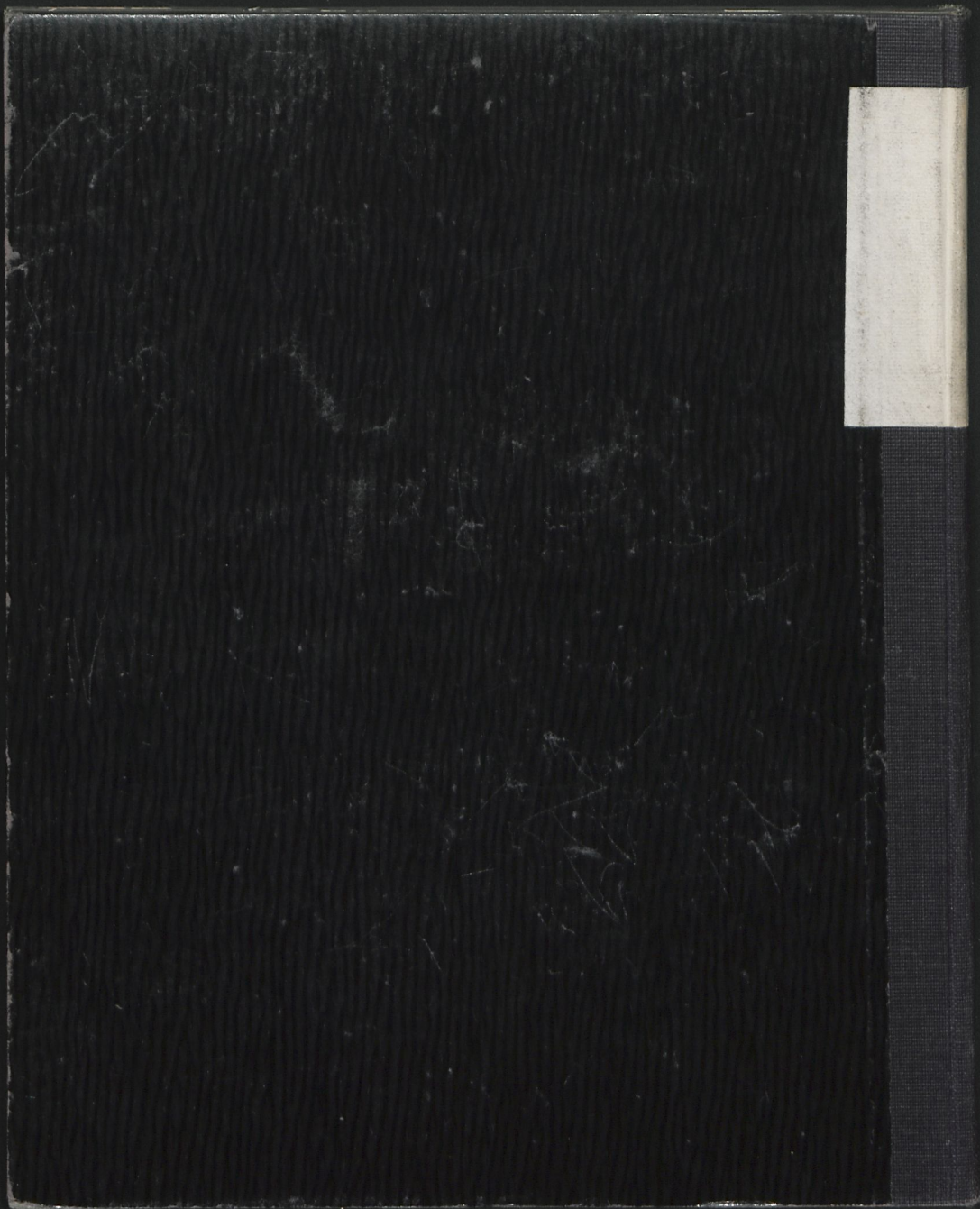
Ke 4587

VD 18

ULB Halle
007 679 149

3





M. J. J. M. M. 31

24

IO. GOTTL. HEINECCI, Ict.
POTENTISS. PRYSSOR. REG. A CONSIL. SECRET.
IVR. AC PHILOS. IN ILL. FRIDERIC.
PROFESS. PVBL. ORDIN.

DISSERTATIO
DE
TVTELA PACTITIA
SEV
CONVENTIONALII.

P. 246

*He
4587*



L I P S I A E
EX OFFICINA LANGENHEMIA.
c1c1ccclxv.

24. 2. 06.

