





770  
15 8  
DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA,

DE

MVNERE TVTELARI  
HAVD GRATVITO, 1738, 2.

EX IURE STATVTARIO HAMBVRGENSI,

P. III. Tit. VI. Art. XX.

QVAM

ANNVENTE DIVINA GRATIA,  
AVCTORITATE ET CONSENSV

INCLYTI IVRIS CONSVLTORVM ORDINIS  
INCELEBERRIMA ROSTOCHIENSI  
ACADEMIA, (8)

SVB PRÆSIDIO

MATTH. BENONI HERING,

J. V. D. ET PROF. COD. DVCAL. PVBL. ORD. AC FA-  
CVLTATIS IVRIDICÆ h. t. DECANI,

PATRONI AC SVVDIORVM SVORVM PROMOTORIS  
HONORATISSIMI,

PRO SVMMIS IN VTROQVE IURE CONSEQUEN-  
DIS HONORIBVS AC PRIVILEGIIS.

D. 6. MAJ. ANNO 1738.

H. L. Q. C.

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SISTIT

HIERONYMVS HARTWIG  
MOELLER,

Hamburgensis.

ROSTOCHII.

Typis IOH. IACOBI ADLERI, SEREN. PRINC. & ACAD. Typogr.

DISSERTATIO IN AGRICULTURA

AVGUSTI

HABD GRATIO

BY THE STATE OF NEW YORK

IN SENATE

APPROVED FOR THE SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE

BY THE SENATE

IN SENATE



INCLYTÆ AC SACRI ROMANI  
IMPERII,

LIBERÆ REIPUBLICÆ  
HAMBURGENSIS,

SENATVI SPLENDIDISSIMO  
ILLVSTRIBVS, MAGNIFICIS CONSVLTI-  
SIMIS AMPLISSIMIS

CONSVLIBVS,  
SYNDICIS,  
SENATORIBVS,  
PROTONOTARIO,  
SECRETARIIS,

A 2

PA-

HIERONYMVS HARTWIG MÖLLER

PATRIAE PATRIBVS  
VIGILANTISSIMIS  
AC PRVDENTISSIMIS,

HASCE STVDIORVM SVORVM PRIMITIAS  
IVRIS PATRII PARTICVLAM ILLVSTRANTES  
CVM VOTO PERPETVÆ AC OMNIGENÆ FELISITATIS  
EX DEVINCTISSIMI ANIMI LEGE

CONSULIBVS  
SYNDICIS  
SENATORIBVS  
PROTONOTARIO  
SACRAS ESSE CVPIT

HIERONYMVS HARTWIG MOELLER.



## PRÆFATIUNCULA.

**C**Um Prænobilissimus Dn. Candidatus de quodam ad disputationem inauguralem ex jure patrio de prompto, digno circumspiceret themate, & me tanquam Præsidem, hujus electionis vellet participem, ipsi deesse nefas duxi. Varia in Jure Statutario se offerebant argumenta, a Jure communi divortium facientia, adeo, ut eligendi oppido se proderet difficultas, donec tandem in præsentem art. XX. Juris Statutarii incideremus, super quo, quantum quidem novimus, nemo speciatim commentatus est. Ast alia ob stare videbatur ratio, quo minus materia electa retineretur, quoniam MOLLENBECIUS & MENCKENIUS *de Salario tutorum & curatorum* jam scripserant, & ita fortean quis nimis præcipitanter in eam ruere posset opinionem, quasi hæc folia de charta in papyrum translata continerent, crambemque bis coctam apponerent. Verum quod attinet ad MENCKENIVM, ille ne mentionem quidem nostri statuti fecit, imo ubi occasio tulerit, fideliter tam in consensu, quam dissensu a Dn. Candidato est allegatus. Prioris copia non fuit data; interim non credendum, hanc tractationem cum ipsius coincidere, dum in explicando & illustrando Statuto Prænobilissimus Dn. Candidatus suas ingenii excercuit vires. Legantur ergo illorum disputationes, legatur quoque hæc, & statim in oculos incurret differentia. Vale! B. L. & auctori hujus dissertationis pariter ac mihi fave.

A 3

Q. D.

Q. D. B. V.  
SECTIO PRIOR.

De  
Munere tutelari ingenere.

*Summaria hujus Sectionis.*

- I. Facit ingressum, & de habendi libidine pauca adfert.
- II. Hec ad munus tutelare applicat & de ejus utilitate differit.
- III. Obligationem hujus muneris, de qua inter summos imperantes vix questio movenda, innuit.
- IV. Obligationem hanc ex Jure naturali derivat.
- V. Quid Jure civili obtineat? ostendit.
- VI. De tutela pactitia & ejus obligatione agit.
- VII. Definitionem tutelæ exhibet.
- VIII. Species tutelæ indicat.
- IX. Quid de his secundum hodiernam praxin statuendum? habet.
- X. Hanc materiam continuat, & exemplis illustrat.
- XI. Questionem movet: utrum Notariis Jus confirmandi tutores competat? ubi simul affirmantium potiora adducuntur argumenta.
- XII. Nostram sistit mentem cum rationibus stipatam.
- XIII. Contraria argumenta refutat.
- XIV. Ad quidnam magistratus in dandis & confirmandis tutoribus respicere debeat? observat.
- XV. Ad quasnam personas hoc munus primario pertineat, evoluit.
- XVI. Quid de Judeis statuendum?
- XVII. Quid de pontificiæ religioni addictis?
- XVIII. Finem huic sectioni imponit.

Sectio





## SECTIO PRIOR.

### De Munere tutelari in genere.

#### §. I.

**T**Am altas in hominum animis, vocabulum utilitatis, egisse radices, ut haud raro conscientiae recti incuriosi, actionum suarum bonitatem ex quaestu inde proveniente, metiri non vereantur, licet hoc nomine omnem exuisse aequitatem, & induisse iniquitatem videantur, ecquis est, quem fugiat? Quare etiam, munere quodam vacante, cui sat ampla destinata sunt salaria, & cujus administratio exigui est laboris, minimique periculi, statim competitors adsunt multi, nullum non moventes lapidem, ut huic praeficiantur, saepe imo sapissime nulla habita qualitaturn ratione, quae oppido in hoc desiderantur, modo magna bonorum speranda inde sit accessio: contra vero si officium in Republica subeundum venit, cujus quidem utilitas pariter in aprico est, sed quae non in administrantem redundat, verum ex quo commune commodum magna capit incrementa, & quodammodo sustentatur, conservaturque; tunc vix unus aut alter, quid? quod fere nemo invenitur, qui illud lubenti animo sibi imponi patiatur, publicam salutem antelaturus privatae,  
Qualia

## §. II.

Qualia ergo fata tutelare habeat speranda munus? facile est conjectu, cum regulariter hoc administranti, non utilitatem solum adferat nullam; verum fere semper cum molestiarum mole conjunctum sit. Interim Reipublica intuitu, pariter ac impuberum, hoc officium evadere utilissimum necessariumque, multis probatum dare argumentis, non opus remur. Nam splendorem ac felicitatem Rerum publicarum tam a prudentia ad gubernacula sedentium, quam a civibus subditisque bene educatis, atque opibus pollentibus esse derivandam, omnes inter constat. Si itaque parentes prematura eriperentur morte, relinquentes orphanos ac pupillos, piis fidissimisque eorum monitis, nam paternum affectum vincit nullus *L. pen. pr. C. de cur. fur.* prius formandos, imbuendosque, nemo reperiretur, hanc in se suscepturus curam, eorumque vice functurus, tandem civitates inidoneis implerentur civibus, quibus nec tuto regimen quoddam concedi posset, nec qui rerum suarum dispensatores audirent frugales. Prudentiam vero nulli mortalium adnasci, sed docentium dexteritate per varias regulas, se sua utilitate commendantes, & a longo rerum usu desumptas, implantandam esse, dubio caret omni. Eleganter *SENECA*. *Educatio maximam diligentiam, plurimamque profuturam desiderat.* Facile est enim teneros adhibere animos componere, difficulter reciduntur vitia, qua nobiscum creverunt. Hinc cum Reipublicæ expediat maxime, bonos habere cives, recteque formatos, & pupillorum pariter non minus interfit, bona illorum conservari, ac quantum fieri potest, augeri; justissime quoque inferitur: munus tutelare propter utilitatem & necessitatem esse introductum. Ita enim, ut scribit *HAHN ad WESENB. tit. de tur. n. 3.* *pueri, in quibus est seminarium civitatis, recte educantur, quique parentibus orbi sunt, ab aliis tanquam parentibus* *justa*

*juxta naturalia principia reguntur & defenduntur, suo & Reipublicae emolumento.*

§. III.

Demonstrata itaque utilitate & necessitate, nunc quoque dispendium erit de obligatione, qua quis obstringitur ad hoc suscipiendum munus. Verum quidem est, si nobis de summis imperantibus, in statu naturali viventibus, solummodo sermo esset, plane hanc curam posse haberi supervacaneam, quoniam quisque eorum hoc munus tantum abest, ut declinet, ut potius illud magna cum contentione ad se pertinere defendat. Ratio in proclivi, nempe proximum jus succedendi habentem, propter suum interesse non facile concessurum, ut alius territorii consequatur possessionem, fortasse minus recte suo fun&urum officio. vid. *Dn. a COCCEJI Disput. de Tutelis Illustrum.*

Sed quia circa obligationem hujus muneris suscipiendi in genere, nullo habito respectu ad certas personas, occupati sumus, operam nostram ceu vanam perdidisse haud arbitramur, si eam paulo altius rimemur, & ob oculos ponamus, ex quo jure illa fit derivanda, & ex quo complementum acceperit?

§. IV.

Et hic primo extra dubitationis aleam positum esse judicamus, hanc obligationem quoad principium juri naturali esse adscribendam, quia ex regulis beneficiorum hominibus impositum, ut alter in alterum egentem gratis quid conferat, & metam illam, quam ipsa natura nobis praefixit societatisque communis cultus, nihil ferit propius, quam si alios calamitate pressos, supprimi haud patiamur. Equis vero majoribus miseriarum fluctibus immergi posset, quam pupillus, si nemo auxiliatrices porrigere manus, & ejus commodum promotum ire vellet? Quamobrem in sacro codice etiam tam multa dicta rependantur, in quibus DEUS severissime & adjecta poena pra-

B

cepit,

cepit, ut pupillos & orphans modis defendamus omnibus, injuriamque ab iis arceamus. Conf. *Exod. XXII. 22. Psalm LXXXII, 3. Es. I. 17.* Rectissime ergo asseritur: Naturali juri esse conveniens, ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur. S. 6. f. *de Attil. Tut. add. Illustr. BOEHM: in Jur. Dig. Tit. de Tut. §. 2.* Unde quoque ex hac naturali hominum mutua conjunctione, nam natura cognitionem quandam inter homines constituit. L. 3. ff. *de Just. & Jur.*, fere omnes gentes tutelam approbarunt, adeo ut princeps gentilium HESIODVS, ut illum vocat SCHILT, ad ff. *Exercit. 37. §. 2.* juris tutelæ violationem atrocioribus comparet criminibus, quibus DEUS irascatur, & tandem gravem exhibeat rationem. Cui ad stipulatur PLATO *Lib. XI. de LL.* dicendo: *Pupillum esse pretiosissimum & sacratissimum depositum,*

### §. V.

Verum enim vero licet hæc in dictamine rectæ rationis sint fundata, & radicata, ac aptissimam materiam insignem parandi laudem, si magnitudo animi & prudentia eadem rite temperaverit, præbere possint PUF. *FEND, de O. H. & C. Lib. I. c. 8. §. 5.* Non tamen obligatio, quæ inde evolvitur, hujus est indolis, ut coactionem quandam secum ferat, sed implementum ejus cuiusvis pudori relinquatur. Interim quia mortalium conditio per lapsum protoplastorum magnum decrementum sensit, & voluntas eorum adeo depravata, ut non semper ea, quæ juris naturalis sunt observent, & ultro in se suscipiant, quamvis ad commune commodum promovendum admodum necessaria sint, quorsum etiam tutela referenda omnino est, ut §. 2. probavimus; hinc jus civile huic malo obviam iturum, obligationem in jure naturali jam fundatam & ex humanitate fluentem, ita munivit, & valentior reddidit, ut nolens volens quis, nisi iustas allegare posset causas, oneri tutelari se submittere teneatur.

tur. *Pr. I. de Excus. Tut. L. 2. §. I. de statu defuncti.* Quare *ULPIANUS L. 6. ff. de Just. & Jur. dicit: Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium, recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficitur.* Nec cives inde justam nacti sunt conquerendi causam, quasi per necessitatem hoc munus subeundi ipsis lætio esset illata, dum administrationi honorum pupilli, juxta ac educationi vacando, res proprias vel negligere deberent, vel ad minimum tanta industria gerere non possent, quam si ab hoc onere sæpe difficillimo immunes forent; nam omne id, quod in commodum impenditur, de eo aut singuli re vera participant, aut tamen participare possunt. Si itaque & tibi contingeret; omnium enim movetur urna, ut summi illius imperatoris DEi jussu, stationem tuam præter opinionem deferere, & vasa tua colligere deberes, relinquens orphans ac pupillos, nonne tunc etiam certa ac dulcis affulget spes, fore ut concives tui idem officium in gratiam tuorum accipere teneantur, quod tu tibi in gratiam aliorum libenter imponi passus fuisti.

§. VI.

Antequam autem obligationem ad tutelam suscipiendam missam faciamus, paucis adhuc inquirendum erit, quid de pactitia tutela statuendum, num et hæc perfectam suam obligationem a jure civili sortiatur, an ea ex ipso jure naturæ jam adsit? Est vero tutela pactitia, quam quis ex conventionione inita, gerere tenetur, dum se alteri obligavit, se velle post fata ipsius liberorum suorum curam habere. Et hæc solet quarta species tutelæ a nonnullis vocari, etsi quodammodo ad confirmatam testamentariam re erri posset, uti asserit *STRYCK U. M. Tit. de Tutel. §. 14.* Sed quamvis ibi dicatur: hanc speciem esse imperfectam, quia speciali confirmatione indiget, hoc tamen nihil ad ejus imperfectionem secundum hodiernam

B 2

praxin

praxin involvit, dum omnes tutores sunt confirmandi a magistratu per *Ord. pol. de anno 1577. tit. 32. §. 2.* cum qua etiam consentiunt *STAT. HAMB. P. III. Tit. VI. Art. 2.* Et sicuti pro tutore testamentario militat præsumptio testatoris, quod per illum omnium optime liberis suis prospererit; ita & eadem obtinet ratio in tutore ex pacto dato. Interim hanc tutelam juri naturæ prorsus esse convenientem & efficacem producere obligationem, etiam si jus civile deficeret, omnino affirmandum, quoniam ex æquitate naturali omnia pacta deliberato animo inita, sancte sunt servanda, & sufficiet in testimonium citasse verba egregia *PUFFEND. de J. N. & G. L. III. c. 4. §. 2.* Igitur religiosissimum juris naturalis præceptum & quod universe humane decum, modum, atque rationem temperat, habetur: ut quilibet fidem datam servet seu promissa atque pacta expleat. Exempla hujus tutelæ pactitiæ & quæ alias circa eam scitu sunt necessaria habet *III. Du. LEYSER in Med. ad Pand. Specim. 328. per tot.*

## §. VII.

Considerata quoque obligatione, qua quis obstringitur ad tutelam suscipiendam, nunc progrediendum nobis erit ad ejus descriptionem; Nolumus tamen in nova artificiose construenda laborare magnopere, sed illam retinere, quæ in *§. I. J. de Tut. & L. I. pr. & L. I. pr. ff. de tut.* invenitur, licet multos multa circa eandem monenda habere haud ignoremus, quibus etiam ab aliis satisfactum. Describitur autem ibi: quod sit vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa. Explicatione operosa hujus descriptionis merito superfedemus, utpote ubivis obvia, hoc duntaxat indicaturi, Romanos inde collegisse, tutelam esse munus publicum, quia describitur per vim ac potestatem jure civili datam ac permissam. Munus publicum enim dicitur, quod necessario obimus lege, more, imperiove ejus qui jubendi habet potestatem. *L. 214. pr. ff. de V. S. vid. Illustr. Heineccius in Element. I. §. 204.*

§. 204. Et hanc necessitatem in tutelis recipiendis leges intendisse maxime, vel inde quoque conjiciendum, quod, tamen si quis munerum publicorum immunitate gauderet, tamen sub generali immunitate non comprehendebatur exceptio a tutela & curis *L. 15. §. 12. ff. de Excus.* Deinde etiam ex illa descriptione fluit, pupillum sui debere esse juris, ergo qui adhuc est in patria potestate tutore non indiget, adeo ut neque pater ipse, tutoris naturalis nomine salutaris possit, quia hæc potestas, longe potentior, nuda illa vi ac potestate tutorum; imo nec patrem posse liberis suis, quos in sua potestate retinuit, tutorem dare, nisi eos emancipaverit, & e sacris paternis dimiserit, rectissime inde inferitur. Tandem & hæc descriptio insinuat, in quonam officium tutoris consistat, nempe, ut illum defendat, quæque defensio tam curam educationis bonorum subse comprehendit quam administrationis.

§. VIII.

Quandoquidem vero Reipublicæ salus postulat, cui etiam impuberes nati dicuntur *L. 1. §. 15 ff. de ventr. in poss. mitt.* & æquitas naturalis svadet, commodum illorum, qui ob defectum ætatis rebus suis prospicere nequeunt, modo promovere omni, & hoc munus magistratus ipse propter varias occupationes, ad utilitatem publicam spectantes, expedire non valet, quamvis semper maneat supremus tutor, der Ober-Vormund; hinc aliis personis hæc cura imponebatur; unde factum, ut tres tutelæ species constitutæ, scilicet: testamentaria, legitima, & dativa, cui ultimæ tamen locus non erat, nisi testamentaria & legitima deficeret, & inter has etiam prior posteriori præferbatur, dum pater omnium optime liberis suis providisse præsumebatur, adeo ut tutor testamentarius pariter ac legitimus, ille puta ex testamento, hic vi sanguinis a lege, sine confirmatione magistratus admitterentur, modo non

defectus quidam tam ratione dantis quam accipientis  
occurreret.

§. IX.

Ast cum hodie omnes tutores confirmandi secundum  
*Rec. Imp. de anno 1548. tit. 31. §. 2. & 1577. tit. 32. §. 2.* haud  
immerito quæritur: an hæc tutelæ divisio adhuc usum ha-  
beat, an potius hodierni tutores sive testamentarii sive le-  
gitimi, propter confirmationem pro dativis accipiendi?  
Nullum usum hujus distinctionis superesse, nisi quod  
magistratus eum, quem pater in testamento nominavit,  
nec non hoc deficiente, legitimum ante omnes alios extra-  
neos confirmare obstrictus sit, affirmat LUDOV. *Us. pract.*  
*dis. jur. Tit. de tut. dis. 1.* cui opinioni calculum adjicit HU-  
BER *in Præl. ad ff. de testam. tut. §. 3.* scribendo: *Moribus ho-*  
*diernis postquam jus illud excellens patria potestatis apud plerasque*  
*gentes ab usu recessit, tutores omnes videntur ut improprie dati, testa-*  
*mento confirmari, quia indistincte confirmantur a magistratu add.*  
*BEYER ad ff. de tut. contra usum hujus distinctionis, et*  
*iam post necessariam omnium tutorum confirmationem*  
*adhibendam remansisse, quia in d. Recess. ubi confirmatio*  
*præcepta, differentia tutorum non est sublata, quæ & fere*  
*in omnibus locorum statutis, uti & in Stat. Hamb. P. III.*  
*Tit. 6. artic. 1. factum, expressis verbis confirmata reperit,*  
*defendit STRYCK U. M. de tut. §. 13.* Distinctius ta-  
men hac in controversia procedit III, BERGER *in Oecon. Jur.*  
*L. 1. tit. 3. §. 2.* adserendo: differentiam adhuc hodie ad-  
esse quoad tutelæ constitutionem, non vero quoad consti-  
tutæ administrationem, quoniam per confirmationem de-  
mum tutori administratio confertur. Atque hoc *in Resol.*  
*Lautorb. tit. de conf. tut. probatur exinde, quod omnis tutela*  
*etsi non confirmatione tamen decreto opus habuerit, quo*  
*inventario prius publice facto res descriptæ tutori trade-*  
*bantur, L. ult. §. 2. C. arbit. tutel. uti vero hoc decretum*  
*non*



non sustulit differentiam tutelæ, ita nec jure Reccessuum imp. confirmatio, quæ in locum illius suffecta.

§. X.

Interim tamen, licet etiam concedamus, non omnem tutelæ differentiam per confirmationem sublatam; tamen hoc non ita intelligendum, ac si magistratus arbitrium hic esset exclusum, & ei necessitas imposta, tutorem in testamento datum, aut hoc non existente, legitimum confirmandi, quamvis etiam deprehenderet causas, ob quas pupillo prorsus non expediret, vel testamentarium vel legitimum habere tutorem, sed potius rebus sic se habentibus, plane non potest eum confirmare, nec debet. Nam sicuti jure Romano iis in casibus, quibus confirmatio necessitatis erat, tamen magistratus arbitrium non excludebatur, sed in primis requirebatur, ut pro sua prudentia deliberaret, an præstaret, datum eligere nec nec? prout expressis cautum legitur verbis in L. 10. ff. de confirm. tut. *Utilitatem pupillorum Prator sequitur non scripturam testamenti vel codicillorum: Nam patris voluntatem Prator ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, que ipse prator de tutore comperta habet.*

Eodem modo hodierna confirmatio in Recess. Imp. mandata, est accipienda, puta: ut magistratus ad quem confirmatio pertinet, prius inquirat, an idonei sint ad tutelam gerendam, an non? & sic hodie omnis confirmatio cum inquisitione fieri debet. Quare si quis in testamento tutor esset datus, qui a vivo testatore dignus & idoneus est habitus, cui tutelam liberorum suorum committeret, postea autem ubi confirmandus, Magistratus exploratum haberet, eum esse inidoneum, ac fidem bonæ decoxisse ac perdidisse, quis tunc absque ingenti pupilli damno auderet asserere, hunc nihilominus, quia in testamento constitutus, eligendum, confirmandumque? Id quod etiam ad eum, qui ob sanguinis vinculum ad tutelæ gestionem vocatur, applicatum volumus, nam ubi eadem

eadem est ratio, ibi eadem est juris dispositio. Hæc dicta approbata sunt in *Stat. Hamb. Part. III Tit. 6. art. 10.* ubi: Und wosern unter der Freundschaft darzu qualificirte Personen nicht wären, oder sonsten bewegliche und genugsame Ur sachen vorhanden, warum dieselben zu der Vormundschaft zu gebrauchen unrathsam, als den andern 2c.

## §. XI.

Nunc quidem nos juberet ordo ostendere, ad quem nam judicem spectet hæc confirmatio? verum cum per se pateat, hanc hodie fieri debere a magistratu jurisdictionem habente competentem, tam in pupillum quam in tutorem, ac propterea in omnibus, commentariis hoc inveniatur, merito sicco pede illud transimus; loco ejus enucleaturi quæstionem, an etiam hæc confirmatio a Notario perfici queat? Et profecto non negandum, sat multa & speciosa ab affirmantibus in medium proferri argumenta, quibus suam stabilire volunt opinionem, quorum quædam duntaxat attigisse sufficiet: Primaria vero sunt, quod Notarii in instrumentis creationis suæ judices vocentur, sicuti verba diplomatis Imperatoris RUDOLPHI II. gloriosissimæ memoriæ, vi ejus in hac Academia Decano Facultatis Juridicæ, seu comiti palatino, facultas creandi Notarios clementissime concessa, sonant: Ihr Amt berührend, gebrauchen, treiben, üben und nützen sollen, und mögen als andere gemeine öffentliche Schreiber, Publici Notarii genant, und Richter. Unde jurisdictionem Notariis esse adscribendam inferunt, & hoc exinde eo magis corroborare annuntur, quod varii valide coram illis peragantur actus, alias ad jurisdictionem pertinentes, sc. examen testium, quo partes suam probare intendunt causam, interpositio appellationis, ordinatio testamentorum &c. Firmissimi autem suæ opinionis præsidium derivandum putant ex *L. 2. ff. de Jurisd.* ubi: cui jurisdictionis data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictionis exerci-

*cari non potuit* : Hinc ita ratiocinantur. Si actus quidam coram Notario celebrari potest, & contrahentes absque constitutione Tutoris & curatoris eum inire valide haud valent, sequitur, ut tunc & datio & confirmatio tutoris Notario debeat esse permessa; cui enim actus permittitur, illi etiam media ad eundem necessaria permittenda.

§. XII.

Non obstantibus autem rationibus adductis, nihilominus tamen contraria applausum meretur sententia, propter argumenta, quæ ad eam corroborandam allegari solent, magis stringentia. Nam sic certo certius est, legem inveniri nullam, qua Notariis, tanquam Notariis hæc confirmandi & dandi tutores concessa sit facultas, quin, si jus civile spectemus, ea solum principibus vindicatur *L. e. pr. ff. de Excus. aut magistratui*, cui id specialiter demandatum. Secundum jus imperii ac mores hæc potestas, ordinariæ cohæret jurisdictioni *Ordin. Pol. de anno 1577. tit. 32. §. 1.* id quod etiam in omnibus omnium locorum statutis repetitum invenitur, uti sat longum illorum contexit catalogum GIESEBERTVS *Periculo II. Stat. art. 20. n. 43.* Rationes cur huic adstipulemur sententiæ non sunt eminus, petendæ, quandoquidem jam *supr. §. 5.* evictum dedimus, munus tutelare esse publicum ad quod subeundum quis cogi potest, & sic tutoris intuitu esse actum contentiosæ jurisdictionis; quare etiam tantum magistratus ordinariam in pupillum & tutorem jurisdictionem habens, ad constituendum & confirmandum tutorem admittitur; extra territorium enim jus dicens impune non paretur. Hæc vero cogendi potestas in nullo modo Notariis adscribi potest. Deinde quoque in datione & confirmatione tutorum ante omnia ad id respiciendum, ut Pupillorum jura intacta serventur, puta, tam ratione educationis quam administrationis bonorum; hinc inquisitio in mores tutorum instituenda, & alicubi

C

loco

locorum vid. *Stat. Hamb. Part. III. Tit. 6. art. 13.* juramentum corporale exigendum, & si postea nihilominus eam fidem & diligentiam in rebus pupillaribus administrandis non adhibuerint, ad quam obligati erant, tunc probatione circumstantiarum, vel removendi sunt ab officio, vel etiam alia quapiam poena afficiendi. Quo modo vero hæc ad Notarios applicanda sint? qui jurisdictionem in tutores plane nullam habent, nobis cernere non datur. Et licet quis objicere vellet, hoc fieri posse, accusando tutorem in tutela male versantem, tunc respondendum: Si hæc ratio ad dationem & confirmationem tutoris sufficeret, exinde firmiter concludendum, quemvis etiam civium hunc actum valide celebrare posse, quod tamen minime admittendum, propter varias collusiones, quæ intervenire possent, & propter securitatem pupillorum, quæ hoc modo facile naufragium pateretur, & de qua tamen laborandum maxime. Hæc vero in magistratu non sunt admittenda, utpote præsumptione pro illis militante. Firmiter itaque statuo, Notariis non competere facultatem dandi & confirmandi tutores.

### §. XIII.

Ad argumenta contraria quod attinet, facilis est responsio. Nam licet Notarii iudices appellentur in instrumento creationis; tamen hoc non fit in sensu proprio ac vero, sed abusive & analogice, quatenus actibus quibusdam ipsisque permittis, qui etiam coram iudice alias infitui possent, suis instrumentis desuper confectis fidem conciliare valent. Nec a nudo nomine ad rem ipsam valet illatio *L. 12. ff. de Jur. Patron.* Ergo & hoc solo nomine sibi jurisdictionem arrogare nequeunt. Par ratio quoque est illius argumenti, quod ab actibus ad jurisdictionem spectantibus, & quos valide peragere valent, desumitur, quia hi actus a Notario vi officii extra iudicium & citra jurisdictionem peraguntur, quæ tamen ad dandos & confirman-

firmandos tutores omnino requiritur, a magistratu vero vi jurisdictionis & potestatis, quam eo ipso consequitur, dum huic muneri praefectus, peragitur. Ut taceamus distinctionem inter actus voluntariae & contentiosae jurisdictionis, causaeque cognitionem postulantes, ad quam posteriorem speciem tutorum datio sine dubio referenda, affirmatori tantum, magnum intercedere discrimen inter actum coram magistratu & coram Notario gestum; uti divisio testamentorum, in publica & privata sat luculenter probat. Tandem & dictam *L. 2. ff. de Jurisd.* non utramque facere paginam, & Notarios ordinaria investire jurisdictione, ex justa hujus legis interpretatione apparebit. Loquitur autem ista lex de jurisdictione data. Ergo ubi jurisdictione non est data, ibi quoque haec lex non applicanda venit. Porro minus recte exinde inferitur: cuicumque potestas concessa, actum quendam perficendi, ille etiam media ad validitatem hujus actus adhibere potest. Nam haec consequentia omnino limitanda, nempe si media sint licita, & alicujus officium non excedant. Tutoris autem datio cohaeret ordinariae jurisdictioni, qua Notarius destituitur, ergo & hoc medium ad actum inter contrahentes validum reddendum sibi vindicare non debet. Quid? quod si hanc legem tam laxè interpretari vellemus, infinita exinde sequerentur Notariis tribuenda, quae tamen a nemine ipsis unquam sunt tributa, nec tribui possunt. e. g. potestas veniam aetatis indulgendi, personae inhabili testamenti factionem concedendi, &c. Conf. de hac materia pluribus *Illustr. Dominus de Ludewig Diss. de Pseudo Tutore & Curatore Notarii. add. Brinckmanni Diss. de Notarii & eorum officio. Quest. 32. post. 23.*

§. XIV,

Postquam itaque a nobis extra dubium positum, jus dandi & confirmandi tutores ad magistratum ordinarium pertinere, non etiam silentio praetereundum, ad quid-

C 2

nam

nam primario respiciendum habeat? Et hic pupilli com-  
modum omne absolvit punctum, unde simul prono fluit  
alveo, eligendum esse habilem, tam ratione intellectus  
quam voluntatis. Intellectus, ut in genere officium  
morum rectoris ipsi demandari possit, ac insuper ista re-  
rum gerendarum sit imbutus cognitione, quæ oppido non  
ad conservandum tantum, sed etiam in quantum fieri  
potest, ad augendum pupilli patrimonium desideratur.  
L. 12. §. 3. ff. de administr. & per. tut. Voluntatis, ut ubi-  
que in administratione rerum pupillarum utilitatem ob-  
oculos habeat, & fidem de se conceptam omnibus in ne-  
gotiis ex asse implere maximopere intendat, quoniam  
a tutoribus & curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est  
circa administrationem rerum pupillarum quam paterfamilias re-  
bus suis ex bona fide præbere debet L. 33. pr. ff. eod.

## §. XV.

Porro magistratui in imponendo munere tutelari in-  
cumbit personarum quoque habere rationem ita ut illud  
potius suscipere teneantur, qui quodammodo casu forte  
existente ex fideli rerum pupillarum administratione u-  
sum fructum capere possunt. Nam ut ut sit munus publi-  
cum, quod & invito imponitur, tamen prudentia legis-  
latoria hoc temperavit, ne promiscue cives hoc munere,  
onera haud levia secum ferente graventur, sed præpri-  
mis illi, quorum interest maxime pupillorum conserva-  
ri bona. Unde ULPIANUS dicit: *Legitimas tutelae delatas*  
*esse his, qui ad legitimam hereditatem admitti possunt. Hoc sum-*  
*ma providentia, ut qui sperarent hanc successionem idem tuerentur*  
*bona, ne dilapidarentur. L. 1. pr. ff. de leg. tut.* Et licet olim  
ex LL. XII. Tab. sub heredum nomine agnati duntaxat  
venerint, attamen hoc in Nov. 118 c. 4. & 5. correctum,  
ac differentia agnatos inter & cognatos ratione successio-  
nis & tutelæ sublata, puta quoad alodialia, non feuda-  
lia, in his enim soli agnati succedunt. Si ergo casus ob-  
vene-

venerit, ubi cognatus & agnatus sine sufficienti causa se huic oneri subtrahere vellet, nec alium æque habilem lubenti animo hoc onus in se suscepturum iudici offerret, tunc hic potius cogendus, ceu a lege jam vocatur, quam statim alius civis eligendus, ad quem conservatio bonorum pupilli nullo prorsus modo spectat. Conf. Stat. Hamb. P. III Tit. VI art. 2. ibi: die nächst gesixte Freunde zur Vormundschaft zu lassen, und NB. berufen. Posset fortasse hic objicere quispiam, quod hoc pacto rebus imo personæ pupilli haud consultum esset, cum reluctanti hocce imponeretur munus, a quo nihil sperandum boni, & ideo distinctionem urgere legis CHARONDÆ qui orphanorum bona agnatorum administrationi, pupillorum educationem cognatorum fidei & curæ subjecit, cujus rationem ex DIODORI SICVLI. L. XII. cap. 15. BARBEYRACK ad PVFFENDORFFIVM de J. N. & G. C. IV. §. 15. n. 2. his expressit verbis: la raison en étoit, qu'il y avoit lieu de presumer, que come d'un côté, les parens paternelles n'ayant rien a pretendre a la succession des pupilles ne penseroient pas a dresser des embuches a leur vie, de l'autre, les parens paternels n'étant pas chargez de la personne de pupilles, ne trouveroient pas l'occasion, s'il leur n prenoit envie. Cependant come, au cas que les pupilles vinsent a mourir de maladie ou de quelque autre accident, la succession echeoit aux derniers, il étoit a croire qu'ils prenderoient plus de soins de leurs biens, dans l'esperance, qu'ils pourroient leur revenir un jour. Imo apud Romanos quandoquidem audita fuisse istiusmodi vota:

-- Pupillumve utinam, quem proximus heres  
Impello, expungam!

testis est PERSIVS Satyr. 2. At nihilominus nos ab hac  
C 3 dimo-

dimoveri sententia non patimur, si enim semper a tutore coacto, nihil boni expectandum sit, fere nullus tutor inveniretur bonus aut ad minimum admodum raro, cum plerique hoc munus non solum non ambiant, sed omni declinare studeant studio, propter varia incommoda istud comitantia. Et deinde si hujuscemodi tutor etiam haberet propositum male in tutela versandi, tamen hoc suffraginari facili negotio potest, pœnis istiusmodi tollitoribus (sicuti a DD. vocari solent) statutis. Interim hoc ambabus largimur, volentem præ nolente eligendum esse semper. Ad legem Charonda vero respondemus, quod hæc sinistra de heredibus in genere opinio, valere non possit, cum regulam exinde legislator formare debet, quod plerumque fieri solet, nunc autem quilibet præsumitur bonus, donec probetur contrarium, ergo si in uno alterove herede ejusmodi excessus se proderet, aut causa esset eum metuedi, tunc huic per exceptionem a regula occurrendum fuisset. Nostram itaque sententiam in salvo esse, nobis persvasum habemus.

### §. XVI.

Afferuimus §. 14. judicem in eligendo tutore respicere debere ad commodum pupilli, & per consequens talem constituere, qui quoad intellectum & voluntatem habilis dici posset. Sed adhuc ulterius indagandum venit, an etiam religionis diversitas ab illo consideranda? Et hic primo nota est controversia de Judæis, quos quidam propter *L. 15. §. 6. ff. de Excus.* ubi affirmatur, Judæos esse posse tutores non Judæorum, admittunt; alii contrariam foventes opinionem, dicunt, hanc legem esse correctam per *L. fin. C. de Jud.* dum omnis ibi administratio interdicitur, aut *d. L. 15.* ita esse interpretandam, ut ea intelligenda sit de Christianis qui primis temporibus Judæorum nomine apud Gentiles veniebant, *ZIEGLER de Jurib. Majest. L. I. C. 41. §. 31.* Alii contra per distinctionem hanc controversiam



fiam dirimere fatagunt, admittendo Judæos ad tutelam quoad administrationem bonorum, minime vero quoad educationem pupilli conf. de hac materia SCHILTER Exercit. 36. §. 15. seqq. qui tamen §. 19. concludit verius videlicet ac Jure Germanorum Judæos tutelæ christianæ capaces haud esse, & huic sententiæ non possumus non albam adjicere calculum. Nam licet non negemus, quoad intellectum satis esse habiles minime gentium autem quoad voluntatem, si regula, uti omnino, ab eo quod ut plurimum fit, est desumenda, dum fere omnes vatiniano in christianos feruntur odio, & ad quavis perpetranda scelera præsumuntur proni paratissimique, cum in lege Talmudica judæi obligentur, ut gentiles in puteum delapsos neque extrahant neque in eos præcipites dent; hæreticos autem, quo nomine illis veniunt Christiani, ut ne extrahant, sed in eos præcipitent. *Tr. Avod. Sara fol. 26. Col. I. & II. GEORG. ELIEZER EDZARDI ad C. I. Tr. Talm. Avada Sara p. 276. add.*

§. XVII.

Verum quid statuendum de Pontificiis & Reformationibus? Profecto non deessent argumenta etiam satis stringentia, quæ inprimis pontificiæ religioni addictos a tutela pupilli Lutherani excludere suaderent. Monumenta enim historiæ, etiam recentium temporum, nobis talia subministrare possent exempla ac testimonia, ex quibus sat dilucide conjiciendum, quo nos prosequantur affectu. Sed manum de tabula. Interim cum ex legibus fundamentalibus imperii constet, has tres religiones esse receptas, ergo & simpliciter a tutela pupilli Lutherani non sunt arcendi, maxime quia in multis civitatibus non unus sed diversæ religionis viri ad gubernacula sedent, & publicis funguntur officiis. Hoc tamen intrepide asserere audeamus, consultius esse curam pupilli illis committere, unam cum eo religionem foventibus, nam primari

rio tutor datur personæ, secundario tantum rebus. Ad testimonium citare possumus *HUBERUM in Præl. ad ff. tit. de Excus. num. 3. in fine* ubi allegat Edictum *Ord. Generatum d. 30. Aug. 1641.* per quod Pontificii arcentur a tutela pupillorum, qui alterum parentem Reformatæ religionis habuerunt.

§. XVIII.

Tandem ut colophonem huic Sectioni imponamus, & non extra oleas vagari videamur, quærendum quod quæ esset, utrum tutores hocce officium publicum semper gratis subire teneantur, ex obligatione a legibus ipsis injecta; At quia hoc ipsum est thema quod provirium nostrarum tenuitate, occasione Statutorum Hamburgensium nobis excutiendum proposuimus, hinc Deo assistente nunc illud aggressuri sumus.

SECTIO POSTERIOR.

De

Munere tutelari haud gratuito  
SUMMARIA.

- I. *Articulum Juris Statutarii continet.*
- II. *Rationes Juris civilis, cur tutela sit gratuita? investigat.*
- III. *Exceptionem a regula proponit, & de vocabulo Salarii quædam innuit.*
- IV. *An hodie munus tutelare sit nunquam gratuitum?*
- V. *Rationes statuti addunt, cur tutela non sit gratuita.*
- VI. *Objectionem ex ipso statuto fluentem diluit.*
- VII. *Contradictionem quandam removet.*

VIII.

- VIII. De quantitate remunerationis agit.  
 IX. Quid in illius determinatione attendendum?  
 X. An etiam temporis gestæ administrationis ratio habenda?  
 XI. Ad quemnam spectet hæc determinatio? ostendit.  
 XII. De tempore exsolvendi honorarii agit.  
 XIII. An etiam per juramentum in litem honorarium determinari possit? paucis indicat.  
 XIV. Habet casum I. Utrum in omni tutela hoc statutum applicationem inveniat?  
 XV. Casum II. Utrum etiam in tutela pactitia?  
 XVI. Casum III. Utrum in tutore qui se ipsum filio impuberis testatoris, tutorem scripsit?  
 XVII. Casum IV. utrum in tutela furiosorum & prodigorum?  
 XVIII. Casum V. utrum tutor propter honorarium constitutum ad culpam levissimam præstandam sit obligatus?  
 XIX. Nostræ sententiæ argumenta exhibet.  
 XX. Ad contraria respondet.  
 XXI. Casum VI. Utrum tutori honorarium debeat qui eandem rebus pupillaribus, quam suis adhibuit diligentiam? in quo a Mevio dissentimus.  
 XXII. Casum VII. Utrum tutor propriam utilitatem utilitate pupilli præferens, honorario afficiendus?  
 XXIII. Casum VIII. utrum tutor, qui quidem bona pupilli secundum modum præscriptum administravit, sed educationem neglexit, honorario dignus sit?  
 XXIV Casum IX. utrum tutor, qui pupillæ non bene per matrimonium prospexit, honorario privandus?

D

XXV

- XXV. Casum X. Utrum tutor in testamento datus, cui legatum relictum, nihilominus honorarium petere possit?
- XXVI. Casum XI. Utrum tutor, cui legatum in testamento, in quo tutor non erat datus, relictum & qui postea a magistratu tutor datus, honorarium & legatum simul pretendere possit?
- XXVII. Casum XII. Utrum heredes tutoris, cui in testamento debitum, honorarii loco erat remissum, ut tutelam in se susciperet, sed qui post mortem testatoris etiam mox factis succumbit, propter conditionem non impletam, solvere teneantur?
- XXVIII. Casum XIII. Utrum heredes tutoris per aliquod temporis spatium tutelam jam administrantis postea morientis, debitum propter tutelam remissum nihilominus tunc exsolvendum habeat?
- XXIX. Casum XIV. Utrum tutor a magistratu rei sitæ per literas subsidiales a magistratu domicilii pupillo datus, si in loco rei sitæ, tutela esset gratuita, honorarium ex loco domicilii postulare queat?
- XXX. Casum XV. Utrum tutor alterius jurisdictionis sponte tamen tutelam, cum prorogatione fori in se recipiens, honorarium secundum pupilli domicilium recte petat?
- XXXI. Casum XVI. Utrum tutori honorarium dandum si pupillus ipsi operas præstiterit?
- XXXII. Casum XVII. Utrum tutor, pubertate pupilli adveniente, curatellam in se suscipere recusans, pro sola tutela honorarium recte exigat?
- XXXIII. Colophonem nostræ meditationi imponit.

SECTION

## SECTIO POSTERIOR.

### De Munere tutelari haud gra- duito.

§. I.

**E**quidem munus tutelare inter illa officia esse refe-  
rendum, quæ regulariter ex jure civili, nullo præ-  
mio interveniente, alter alteri exhibere obligatur,  
neque possumus, neque nolumus ire inficias. At PA-  
TRES PATRIÆ in Illustri Republica Hamburgensi olim  
& nunc viventes, quorum unica satis laudanda nunquam  
cura fuit & est, ut hujus felicitatem omnibus numeris  
absolutam immortalem redderent, justis moti causis, in  
alia omnia iverunt, pro regula constituentes: munus tu-  
telare haud debere esse mere gratuitum. En! igitur cau-  
sam nobis latus fodientem ad hocce thema eligendum, &  
quantum nobis datur, discutiendum. Reperitur autem  
hæc dispositio in *Statutis Hamburgensibus Part. III. Tit. VI.*  
*Art. 20.* his verbis concepta: Ob dann wol das Pfleg  
und Vormundschafts-Amte, von gemeines Tuzens  
wegen, auch um der armen Wayfen und Minderjäh-  
rigen Noth und Wolfart willen, nach den gemeinen  
beschriebenen Rechten, keinen Gewinn, oder bestimmte  
Belohnung, sondern vielmehr eine Bürde, Mühe und  
Arbeit auf sich hat, dennoch weil disfalls von unsern  
Vorfahren, aus vernünftigen Ursachen, und damit  
ein jeglicher hierzu, so viel desto williger erfunden  
werden möchre, ein anders verordnet, so lassen wir

D 2

es

es auch vortihan bey solcher Verordnung bleiben, daß nemlich bey Anhörung der Schluß-Rechnung, ihnen den Vormündern, nach Gelegenheit der Arbeit und gehabter Mühe, auch gestaltsame der Personen, und der Kinder Vermögen, eine ziemliche Belohnung wiederfahre und gefolget werde.

## §. II.

Priusquam vero huncce penitus inspiciamus, casibusque illustremus articulum, dispiciendum primum est utrum de jure civili hoc munus gratuitum fuerit semper & quidem ita, ut prorsus remuneratio quædam intervenire nequiverit? Et hic secundum regulam respondendum videtur, quod sic; nam licet tutores intuitu expensarum, quas rerum pupillarum administratio postulavit, usquequaque indemnes sint servandi, adeo ut illas, modo iusta ex causa factæ, repetere possint, quamvis felici caruerint effectu *L. 3. §. 7. ff. de contr. Tutel. & util. act.*, attamen lucrum ex tutela quærere vetat *L. 38. de Neg. gest.* ubi tutoribus gratuitam certe integram & abstinentem omnino lucro fidem præstare injungitur add. *L. 58. pr. ff. de admistr. & pec. tut.* Hinc quoque Cicero *L. 1. Off. Ut tutela sic procuratio Respublica ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa, gerenda est.* Hujus prohibitionis derivare solent rationem exinde, quod negotia, ex amicitia & officio profluentia sint gratis exhibenda, quoniam his merces est contraria *L. 1. §. fin. ff. mandat.* Sed adhuc aliam annectere possumus rationem quæ legislatorem movit, cur tutelæ munus regulariter gratuitum voluerit? Scilicet eam, quod in pupillos nulla devolvi queat culpa, qua se ipsos misero huic statui ubi consilii & directione aliorum indigeat, reddiderunt obnoxios, dum de inscrutabili DEI supremi consilio hoc patiuntur infortunium. Ne itaque præter culpam incurrerent damnum & afflicto adderetur afflicto, non adeo ab æquitatis tramite



dit tutorem, aliquid in remunerationem posse constituere, unde porro sinit, iudici justis sventibus causis eandem non esse denegandam potestatem, cum illius sit, ubique & semper æquitatis se studiosissimum exhibere, & nisu allaborare omni, ut non metu tantum penarum, verum etiam præmiorum exhortatione cives suis in officiis reddat alacriores. Imo moribus Germanorum onus hoc tutelæ, nisi leve omnino sit, neminem gratis subire teneri, sed tutorem, cum rationes reddit, honorarium petere posse, asserit *WERNHER in Enunc. for hodie. Enunc. 4. 26* Id quod tamen merito experientia refragante temperandum, quoniam multis in locis adhuc hodie munus tutelare est gratuitum, adeo ut secundum Jus Lubecense nec honorarium a magistratu constitui possit, dum acceptio expectatio honorarii prohibetur tutoribus, uti vid. *MEV. ad J. L. Lib. I. tit. 7. art. 14. n. 10.* Statuta itaque cuiusvis loci circa hanc materiam esse inspicienda, certo certius est, & si hæc nihil disponunt, jus commune normam præscribere debet.

## §. V.

Quibus præmissis, nunc ad ipsum Statutum, quod investigandum nobis proposuimus, pressus ut accedamus iustus jubet ordo, ac imprimis primum statuti ratio explicanda venit, cur PATRES PATRIÆ munus tutelare haud gratuitum esse voluerint? Et hæc in dicto art. 10. his exprimitur verbis: Plus verünftigen Ursachen, und damit ein jeglicher hierzu so viel desto williger erfunden werden möchte. Quid sub prudentibus rationibus continuatur, ex sequenti ratione expressa, puta, ut eo lubentiori hoc munus in se suscipiant animo, facillime divinari potest. Nam prudens Legislator non finem solum quem intendit sibi ob oculos ponit, sed etiam media, quibus hic omnium optime obtingatur. Quandoquidem vero omnes



omnes homines natura ad pecuniæ custodiam adstrinxit,  
ac illorum animis verba Petronii infixæ sedent :

*Quisquis habet nummos securo navigat aura  
Fortunamque suo temperat arbitrio.*

Sic quemque manibus pedibusque tutelam a se esse amoturum sat luculenter inde constat, ne hac ratione rebus pupilli invigilando rerum propriarum jacturam faceret, hinc ut quodammodo huic exceptioni ac excusationi PATRES CONSCRIPTI medelam adhiberent, tutori remunerationem quandam finita administratione dandam esse sanciverunt, bene gnari. tunc cives longe faciliores in adeundo, imo & industriosiores in administrando munere tutelari futuros, cum spem haberent sibi aliquid pro damno in rebus suis passo in solatium decretum iri. Nec est quod excipias hanc dispositionem ideo pro supervacanea esse habendam, quia tutela est munus publicum, ad quod suscipiendum etiam quis invitus cogi potest, & in quo ad modum patris familias diligentis, quamvis nullo honorario promisso, versari debet, nisi poenam incurere velit: Nam hæc quidem recte se habent, interim tamen observandum, re cuique suum officium sit damnosum *L. 7. ff. testam. Quemadm. oper. L. 18. §. 1. ff. de Mun. & honor.* Quare etiam hæc remuneratio tam pro opere & labore præstito, quam in compensationem damni, quod tutori ex administratione gesta contigit, constituta videtur. Tandem nec hæc ratio silentio prætereunda, quæ tutor remissius ac non debita diligentia res pupillares administrans, quando postea actione tutelæ directæ pulsatur, nihil exceptionis loco obmovere valeat, sicuti ad minimum ex æquitate naturali valeret. quæ nemini injungit prohibito proprio commodo & cum suo damno alterius utilitatem promoveri. Explorata itaque rationis est non sine fundamento a regula Juris civilis divortium esse factum.

§. VII.

## §. VI.

Sed adhuc objectio, quæ ex ipsis verbis statuti fluere videtur est diluenda. Nam asseritur statim ab initio huius *art. 20.* daß das Pflieg- und Vormundschafft- Amt von gemeines Nutzens wegen, auch um der armen Waisen und Minderjährigen Noth und Wolfart willen, nach den gemeinen beschriebenen Rechten keinen Gewinn, oder bestimmte Belohnung auf sich hat. Unde inferri posset; hunc articulum iniquitate quadam laborare, quoniam omnes Legislatores in legibus ferendis ad id primario respicere debent, quod salutis publicæ inservit, utpote quæ suprema lex est. *L. 5. ff. de Decret. ab ord. sac.* Deinde & hæc constitutio contra pupilli commodum esse videtur, quod tamen pariter magistratus in constituenda tutela ante omnia observare tenetur. Verum respondemus ad prius concedendo, munus tutelare propter publicam salutem debuisse esse gratuitum, sed negamus per hanc dispositionem in hoc articulo factam aliquid publicæ salutis esse detractum. Nam sæpe Legislator potest ea esse in opinione, per legem summa cum circumspectione a se latam publicam salutem promotum iri; interim nihilominus effectus contrarium testatur. An ergo tunc hanc iterum mutare legem ipsi integrum haud esset, propterea quia semel ob salutem publicam est lata? Profecto hoc nemo unquam asseruit, nec asseri potest, conf. *LIEBENTH. Coll. pol. Exerc. 12. Qu. 2.* quare etiam in allegata *L. 5.* expresse disponitur: posse prius decretum rescindi, si publica utilitas id suadeat, exigatque. Et hanc adfuisse in *S. preced.* jam evictum dedimus. Ad posterius sc. pupilli commodum autem reponimus notissimam istam regulam: Neminem cum alterius damno fieri debere locupletiosem. Hoc vero non posset non contingere, si tutor proprias negligere res opus haberet, ut modo rebus pupillaribus ex sua administratione aliquid accederet augmenti, Et certe eadem est ratio in tutore, quæ alias

alias pro pupilli solet in medium proferri. puta, interesse Republicæ res pupillorum conservari, nam pari quoque modo refert res tutoris per hoc officium minui haud debere, ne publicum in uno vel altero damnum sentiat. Ex hæcenus dictis ergo intrepide affirmare audemus, conveniens æquitati naturali esse magis si tutori remuneratio quædam concedatur, & hoc pacto æquilibrium attendatur, quam si unius partis solum habeatur ratio.

§. VII.

Facile quidem hic subolere possumus, nos contradictionis cujusdam accusatum iri, cum in *Sec. 1. §. 5.* diximus: tutorem non habere justam conquerendi causam, si propter tutelam susceptam res suas non eadem procurare valeret diligentia, ac si hoc vacaret munere, quoniam post sua fata, intuitu liberorum idem sibi a concivibus promittere posset officium. At hæc contradictio apparens facili potest conciliari negotio, modo quis attendentis, ibi nos principaliter egisse de necessitate, in jure civili statuta, munus tutelare subeundi, quæ & ubique salva manet. Porro cum hoc munus ex jure civili regulariter sit gratuitum, ergo quoque ratio erat alleganda, & quam adhuc ulterius in *§. 2. hujus Sect.* explicuimus. Verum in *præc. §.* nos explicatio Juris patrum occupatos tenuit, & secundum illud tutela non est regulariter gratuita, unde & alia danda erat ratio. Nam legislatores circa unam eandemque rem, non semper unam eandemque habere rationem ipsæ diversæ diversarum provinciarum leges & statuta loquuntur. Posset itaque tutela secundum Jus Hamburgense describi. Quod sit *munus publicum*, quo quis pupilli educationem ejusque bonorum administrationem, sub remuneratione quadam in se suscipere tenetur.

§. VIII.

Cum ergo diximus de remuneratione, tunc quoque indagandum, quanta illa esse debeat? in d. Statuto in-

E

veni-

venitur: eine ziemliche Belohnung. Ex quo vocabulo colligere licet, qualem proportionem inter tutorem & pupillum esse tenendam, quod etiam verba proxime antecedentia clarius illustrant, nempe: Ihnen, denen Vormündern, nach Gelegenheit der Arbeit und gehabter Mühe, auch gestaltsame der Personen und Kinder vermögen. Hinc in determinanda remuneratione ad tutelam delatam respectus ut habeatur, ipsa Statuti efflagitant verba, scilicet: utrum illa magna ac diffusa fuerit, & quidem ita, ut propriis rebus debitam subtrahere diligentiam & administrandis rebus pupillaribus impendere debuerit? Sicuti enim una istiusmodi tutela pro pluribus credit. L. 31. §. 4. ff. de Excus. difficultatem rationum reddendarum inducit, & alias immunitatem ab alia tutela suscipienda præstat, ita quoque æquitas postulat quam maxime, lautiori tutorem tali onere pressum, & a proprio avocatum commodo, honorario afficere, laboremque illius in gerendo munere tutelari impensum quodammodo compensare, quam si tenuis pupilli fortuna, hanc administrationem tutori reddiderit facillimam, *conf. Menoch. de A. I. Q. cent. 3. cas. 223.* Deinde etiam circa honorarii determinationem facultates pupilli in censum venire debent. Nam si pupillus maximarum omnium rerum egestate premitur, contra tutor datus omnium rerum affluentia instructus reperitur, tunc profecto admodum esset inhumanum, ei aliquid remunerationis loco adscribere velle, quia ipsa naturæ lex necessitatem nobis imponit, alios inopia laborantes, nostra sublevandi copia. Si vero uterque tutor pariter ac pupillus, mediocrem duntaxat, nacti essent fortunam, tunc & honorarii constitutio exinde modum accipiat oportet.

## §. IX.

Hactenus de modo honorarii determinandi deducta, ipsa statuti verba insinuarunt, ex quibus nunc & por-

ro derivari haud obscure potest, conditionem tutoris & pupilli non insuper plane esse habendam. Nam quando in statuto dicitur: auch gestaltsame der Personen, und Kinder Vermöggen, tunc particula copulativa &, innuere videtur non facultates solum & operas praestitas esse respiciendas; sed etiam ad conditionem tutoris ac pupilli. Id quod etiam in constituendo honorario non adeo infrequens in jure reperitur, dum in *L. 1 §. 10. de extraord. cognit.* praescribitur, in honorario avvocato exsolvendo illius facultatem attendendam, & secundum eam, quantitatem determinandam esse. *Et cap. de multa 28. in fin de Prob.* disertis verbis affirmatur: quod sublimes & literatae personae, cum ratio postulaverit, majoribus beneficiis sint honorandae. Quorsum etiam collineat, quod tutoribus injungatur praecceptoribus pupilli mercedes, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii & pro dignitate natalium constituere *L. 12. §. 3. de administ. tut.* Inprimis autem huc spectat *L. 1. §. 6. ff. de tutel. & rat. distrah.* ubi: *Si pupillis tutores pater dedit, inter quos & libertum suum, perque eum voluerit tutelam administrari & tutores certam summam ei statuerunt, quia aliter se exhibere non poterat, ejus ratio est habenda.* Ex quibus legibus sat elucescit, pro conditione honorarium accipere determinationem. Ergo eo minus credimus, nos hujus statuti genuinum migrasse sensum, aut illi aliquid affinxisse, quod in eo non continetur, quoniam omnia statuta ex analogia juris communis sunt interpretanda.

§. X.

Tandem quoque temporis diuturnitatem circa honorarium constituendum, observandam esse per se patet, & ex verbis statuti: nach Gelegenheit der Arbeit, und gezeigter Mühe adhuc dilucidius probatur. Sicuti enim quis eo majori afficitur molestia, quo longiori eam debuit sustinere tempore, ita quoque honorarium secundum illud

Iud temperandum, non tamen penitus consideratione laboris & studii exclusa. v. g. Si quis per unum alterumve annum tutelam administrationem habuisset, & hoc exiguo temporis spatio, omnia quæ in ea confusa & diffusa erant, per ingentem laborem & indefessam curam, in justum redegit ordinem, ita ut sequens, quamvis multo longiore tempore tutelam administraverit, tamen illam, absque omni fere labore ac sine ullo rerum suarum detrimento continuare potuerit; nam tunc quisque etiam nobis tacentibus, videt, solo tempore honorarium metiri velle, a justitia remotum, imo penitus remotissimum esse; ergo hæc duo conjunctim attentionem merentur,

§. XI.

Circumstantiis secundum quas determinatio honorarii facienda, evolutis, nunc ulterius nobis progrediendum est, ad personam, penes quam hæc determinandi facultas invenitur; sed hic ad minimum magistratum concurrere, quo omnis evitetur controversia, tutissimum esse, nobis omnino persuasum habemus. Et licet nostrum Statutum tantum generaliter loquatur: *Dasz eine ziemliche Belohnung widerfahren und gefolget werde, & sic exinde inferendum esse videatur, Magistratum quidem honorarium constituisse, aut determinationem pupilli nunc majorennis facti, aut ipsius hereditum arbitrio reliquisse, tamen hoc non aliter accipi potest, quam si pupillus majorennis jam factus, cum tutore de certo honorario convenit, quod nempe magistratus, coram quo rationes gestæ administrationis sunt reddendæ, illud approbet. De cetero si pupillus vel plane nullum vel admodum exiguum suisque facultatibus & laboribus impensis nimium quantum inæquale tutori destinasset, sicque optimo jure in illum quadraret: antiqua dormit gratia, immemoresque sunt mortales, omnino magistratus erit, secundum antea adducta requisita determinare honorarium & majorenem*

nem ex pupillo jam factum cogere, ut illud tutori præstet, aut permittere, ut a rationibus distrahatur. Contra quod si tutor adhibitis fraudulentis & callidis persuasionibus pupillum induxisset, ad sibi nimis amplum & facultatibus suis minime gentium conveniens promittendum honorarium, itidem magistratui competit, hocce iniquum ad æquum redigere promissum. Ex quibus itaque manifestum est, magistratus vel ratione approbationis vel determinationis vel correctionis semper in hoc negotio requiri auctoritatem.

§. XII.

De tempore autem quando hocce honorarium exsolvendum satis clare disponitur in his verbis: Dasz nemlich bey Anführung der Schluß-Rechnung eine ziemliche Besolohnung wiederfahre und gefolget werde. Verum an tunc etiam primum honorarium ad certam redigendum quantitatem, vel, annon potius tutor statim initio tutelæ susceptæ hoc prætereundum possit? exinde dubium reddi posset, quia magis pupillo conducere videtur, si mox initio administrationis certum quid tutori promitteretur. Quemadmodum enim omnes homines natura ita comparati sunt, ut certi quid incerto longe præferant, & de proverbii veritate, quo Galli utuntur: un tiens veaut mieux que dix tu l'auras, nimis persuasi sint, hinc quoque pupillus in rebus suis administrandis non tantam a tutore expectare potest industriam, ac si certum ipsi honorarium jam statutum esset, quo quasi calcare ad omnem rebus suis navandam operam, patrimoniumque, quantum fieri posset, augendum ac conservandum adigeretur. Neque verendum apparet, hoc pacto inter laborem a tutore adhibitum, & honorarium, nullam posse observari æqualitatem, quæ tamen ali quo modo desideratur, uti in præcedentibus evicimus; nam licet certi quid in honorarium destinatum, attamen

E 3

semper

semper tacita hæc subintelligenda esset clausula : Si tanquam patremfamilias in munere tutelari se exhibuisset diligentem, istiusmodi operas tale honorarium merentes, præstitisset. Ergo postea in ultimæ rationis redditione, magistratu nimiam deprehendente inæqualitatem ei semper hoc moderari saluum est. At hæc adducta, quanquam speciem quandam veri commodi, exinde pupillo enascentis, præbeant; tamen affirmari haud poterit, non eodem modo pupillis esse consultum, si finita demum tutela honorarium determinatur. Homines, queis meliori luto finxit præcordia Titan, administratione tutelæ etiam absque honorario ita fungentur, ut conscientiam reportent illibatam ac virtus sibi ipsa pulcherrima sit merces; multo magis si spem habeant, fideliem illorum curam, & damnum, quod forte inde enatum, aliqua ex parte compensatum iri. Contra vero malorum nequidem propositum certa honorarii determinatio nec mutaret, nec sufflaminaret. Et exinde ex ipsis statuti verbis, modo quis illa penitus inspexerit, probari potest, post finitam demum administrationem honorarium esse determinandum, quoniam ad laborem & studium respici debet, & de quo finita tutela omnium optime constat, sicuti etiam vocabulum: *wiedersahre*, commode de honorarii determinatione, & sequens: *gefolget* de exsolutione interpretari possumus.

### §. XIII.

Paucis adhuc quoque tangendum: numne liceat tutori honorarium per iuramentum in litem determinare, si magistratus nolit acquiescere determinationi? Verum hoc negandum esse, simpliciter putamus, quia hic non agitur de casu, ubi dolus vel culpa quædam imputari potest, sed tantum de honorario quodam pro administratione muneris tutelaris, vigore statuti præstando, ac in quo nulla exacta desideratur æqualitas modo aliquid ex arbitrio



bitrio magistratus redhominenti loco tutore ad iudicetur. Imo si honorarium in aliquo officio admittitur, tunc huius determinatio ad illum, cui dandum, pertinet nunquam, sed a libera eius voluntate, qui id præstat, proficiscitur. Nec est quod regeas, hocce honorarium debere secundum statuti normam laboribus impensis respondere aliqua ex parte. Nam licet hoc ambabus largiamur, interim hoc omnino quoque esse factum, cum magistratus illud pro ratione circumstantiarum vel approbaverit, vel desiniverit, utpote quem semper æquitatis habuisse rationem præsumendum, in dubium vocari non potest.

§. XIV.

Explicatione itaque statuti ratione honorarii definiendi, absoluta, nunc ad illud porro illustrandum, quosdam huc facientes enucleare lubet casus, quorum unus esto: *Utrum in omni tutela hoc Statutum applicationem inveniat?* Nam tutelam esse triplicem, & hanc differentiam per necessariam ex hodierna praxi magistratus confirmationem non penitus esse sublatam in §. 9. Sect. prioris ostendimus. Et hic casus intuitu dativa & testamentaria nil fovet dubii, quominus honorarium debeatur, sed quoad tutelam legitimam quis hanc ob rationem dubitare possit, quia ad illam ipsa lege vocantur proximi heredes, & qui propter spem succedendi hoc munus subeunt, unde porro fuit, eos non tam in pupilli quam sui ipsius commodum hanc suscepisse administrationem; ex quo autem negotio commodum spero, illius quoque incommodum, ut feram necesse est. Verum & tutorem legitimum honorarium petere posse, omnino asserendum. Nam primo nostrum Statutum in genere loquitur, nec ullam insinuat differentiam: hinc ubi illud non distingvit, nec nostrum erit distinguere. Deinde quod attinet ad commodum, in tutorem legitimum resultans, hoc

hoc admodum est incertum, & sola succedendi spes eum a petitione honorarii excludere non potest. Quare etiam si quis a munere tutelari ob legitimas excusatur causas, eadem quoque in tutore legitimo sunt admittendæ. §. 16. *I. de Excus. tut. & curat. L. a. C. de leg. tutel.* propter æquitatem naturalem, quæ omnibus eam allegantibus, salva esse debet. Interim si pupillus, priusquam ad eam pervenisset ætatem, qua de rebus suis per ultimam disponere posset voluntatem, moreretur, & legitimus tutor eius solus heres existeret, tunc quidem hæc quæstio non est movenda, si vero alia personæ pari cognationis gradu pupillum attingentes, ob legitimas a tutela se excusassent causas, & quæ postea ad pupilli hereditatem admitti volunt & debent; hæc enim tutori administranti honorarium itidem denegare non valent, imo tunc exactam inter operas & honorarium æqualitatem esse observandam ipsa suggerit æquitas, quoniam nemo suo damno reliquorum heredum tenetur augere commodum.

## §. XV.

*Casus IIus. Utrum etiam in tutela pactitia? Hanc in praxi esse receptam & quartam tutelæ speciem vocari diximus supra §. 6. Sect. prior.* Antequam vero nostram exponamus mentem, præmittendum est, nos non de eo loqui casu: an liceat in hac tutela sibi quoddam stipulari emolumentum? hoc enim extra dubium positum, quia etiam testator alicui liberorum suorum tutelam imponens, propter hoc onus simul legatum adscribere potest. *L. 32. ff. de Excus. L. 28. pr. Testam. tut.* Quidni ergo idem pacto liceret? cf. *LEYSER in Medit. ad Pand. Specim. 328. med. 23.* Sed quando pacifcentes de honorario nihil adjecerunt. Et hoc casu eum, per pactum onus tutelare in se recipientem, tacite honorario renuntiasse, quidem urgeri posset, quia nemo officium quoddam gratis suscipere voluisse præsumendus, & lucri bonus sit odor ex qualibet re, adeo

adeo ut sublata spe quaeritus, langueat mercatus; attamen in hoc negotio aliter dicendum videtur, utpote ad quod suscipiendum privatus privatum cogere non poterat, dum a libera alterius voluntate dependebat, & ex amicitia tantum suscipiebatur, cui autem mercedem intervenire natura verae amicitiae non permittit. Verum nihilofecius & hoc in tutela honorarium deberi non absque ratione statuimus. Nam primo bene perpendendum, munus tutelae ex nostro statuto regulariter non esse gratuitum; deinde in contractibus sive pactis, obscuritate aliqua vel ambiguitate laborantibus interpretationem esse faciendam contra illum, in cuius potestate fuit, legem apertius conscribere *L. 39. ff. de Pact.* aut qui clarius loqui potuit aut debuit. Si nunc quaeras, qui clarius loqui debuisset? Respondemus, eum, qui aliquid praetendit, quod a regula contractus vel pacti recedit. *LVDOVICI Doctr. Pand. tit. de contr. emt. §. 13.* hunc autem esse stipulatorem, sive illum, qui per tutelam ex pacto liberis suis post mortem prospicere voluit, ex paulo ante dictis, patet, ergo dum hoc non fecit, quamvis etiam cogitasset, in illum etiam quadrat, quod opus in mente retentum nil operetur. *L. 3. ff. §. 7. de condiēt. causa dat.* Alteri vero pacto tutelam in se recipienti, ac communi regulae inherenti, nihil imputari potest, utpote credenti, se secundum consuetudinem receptam ad hujus muneris functionem se obligasse. Neque tacita renunciatio, nullo facto contrario, ex quo illa praesumitur, interveniente, admittenda, cum homines saepius officia, ad quae cogi non poterant, & quae ex amicitia originem trahunt, pro mercede & honorario sibi injungi patiantur.

§. XVI.

*Casus Illius: Utrum in tutore, qui seipsum filio impuberi testatoris tutorem scripsit? Nolumus hic multa quae alias ex constitutione Juris Romani de his, qui sibi quid in testamento alieno adscripserunt, recenseri solent, conglomerare.*

F

rare.

rare. Hoc enim tam severe erat interdictum, ut qui sibi legatum vel hereditatem adscriperat, in poenam falsi incideret. *E. 1. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. L. 14. & 15. pr. de L. Corn. de fals.* licet quoque probari posset, testatorem ea, quæ scripsit, distasse *L. 3. C. de his qui sibi adscribunt.* Et ad hanc prohibitionem etiam pertinebat, si quis in testamento se tutorem scripserat; hinc in *L. 29. ff. de testam. tut.* dicitur: *Ex Sententia Scti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit.* Ast quia usu fori ea, quæ quis sibi adscripsit, sustinentur, modo *b. f. scribentis & voluntas defuncti liquido doceri possit, uti multis præjudiciis confirmavit LEYSER Specim. 394. emed. 4.* & in specie quoad tutelam verba sequentia *d. L. 29. fati* indicant, tutorem, quando *patris voluntas hoc ipsum enanti sua declarantis ambigua non esset, esse admittendum;* Sic quoque nulla subest ratio, cur aliquis propterea, quod sibi metipsum hoc munus adscripserit, sit privandus honorario, præsertim ubi hodie magistratus accedere debet confirmatio, qua omnis, si forte quædam fraudis adesset, removeatur suspicio.

### §. XVII.

*Casus IVtus: Utrum in tutela furiosorum & prodigorum?*  
Hanc tutelam æque necessariam esse, ac pupillorum & minorum, nemo negaverit. Nam priores absque sua culpa natura plane inhabiles sunt ad bonorum suorum administrationem, & posteriores per declarationem magistratus ob dissolutum vitæ genus, & dilapidationem bonorum ex propria culpa tales sunt facti. Hinc quoque hæc tutela in *Jure Stat. Hamb. d. P. III. tit. 6. art. II.* fundata, ubi mater, vel hæc extincta, proximi consanguinei sub poena privationis hereditatis obligantur, ejusmodi personas ad magistratum deferre, ut ipsis curatores constituentur. Et his pariter ac tutoribus pupillorum, pro administratione dandum esse honorarium, ex vigore statuti omnino arbitra-

tratur, quoniam illud non tantum generaliter, sine habita distinctione: den Vormündern hoc adjudicat; sed insuper rationes, ob quas hoc pupillorum tutoribus constitutum, apprime furiosorum & prodigorum etiam conveniunt. Scilicet ut eo lubentius hoc in se suscipiant onus, ut eo majori hoc officio fungantur diligentia industriaque: tandem ut primum in solatium pro studio & labore accipiant. Unde itaque tuto inferendum; ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio admittenda. Ut taceamus curam harum personarum interdum amplius mereri honorarium propter maximas molestias, quas haud raro hoc officium gerentes, sunt experti.

§. XVIII.

*Casus Vius: Utrum tutor propter honorarium constitutum ad culpam levissimam praestandam sit obligatus?* Circa hunc casum amplissimum quidem haberemus campum in materiam de culparum praestatione excurrendi, interim quia hoc nos nimis longe a scopo abduceret, ac insuper de gradibus culparum certis regulis includi non potest doctrina; sed iudex secundum negotii circumstantias, prout hoc vel majorem vel minorem requirit diligentiam, judicare debet, cf. *THOMASIVS in disp. de usu practico doctrina difficillima de culp. praest. in contr.* hinc has controversias nostras non facimus, indagaturi duntaxat, quid in tutela propter honorarium constitutum sit, affirmandum? Noto notius alias est a tutore regulariter culpam exigere levem, & quidem non in concreto solum, sed etiam in abstracto, h. e. non sufficit ea diligentia quam rebus suis adhibet, si nempe sua negligentia eum ad patresfamilias diligentes referri non patitur, sed quam alii diligentiores rebus suis impendunt. Et hanc diligentiam per honorarium non mutari in majorem statuit *MENCKEN. in disp. de Salar. Tut. & Cur. §. 25.* ex his rationibus; quia tutela non secus ac alia negotia gratuita, veluti mandatum honorarium recipit, in quo autem propter ho-

norarium obligatio non augetur mandatarii, ita ut casum fortuitum præstandum habeat; deinde ex honorario tutor nullum sentit lucrum, sed est tantum remuneratio quædam, quam in tenuè solatium detrimenti, in re familiari ex hoc munere accepti laborumque impensorum invenit. *L. 58. ff. de adm. tutor.* Tandem culpæ præstatio in emolumentum pupillorum ad levem culpam extensa, ulterius producenda non est, ne nimis a regula recedatur. *L. 1. C. de hered. tut.*

## §. XIX.

Rationes tamen aduertas, non tanti fuisse ponderis, ut nos in aliam traherent opinionem, ex sequentibus elucescit. Misiss ergo culparum gradibus, in quibus definiendis mirum in modum se torquent DD. quo antinomii, distinctionibus, subtiliter excogitatis, obviam eant, asserendo: mox positivum pro superlativo, mox superlativum pro positivo; Item verba diligentia, culpæ, custodia intelligenda esse secundum materiam substratam: denique vocem periculi modo casum denotare, modo culpam, & casui opponi, prout substrata materia hoc admittit. *Thomas. d. disp. Cap. 1. §. 4.* Hoc unum addere lubet neque tutorem semper tantum culpam levem præstandam habere, sed quoque interdum levissimam, uti patet ex *L. 1. pr. ff. de Tutel. & rat. distrah.* ubi tutori injungitur, tantam in rebus pupilli adhibere diligentiam, quantam in propriis adhibet; si itaque in his esset paterfamilias diligentissimus, & illis vero solum diligens, tunc vigore d. l. ex culpa levissima conveniri posset. Quibus superstrudis licet gradum culpæ judici relinquamus determinandum *STRYCK U. M. tit. commod. §. 12.* non tamen absque ratione tutorem propter honorarium ad majorem obligari diligentiam, & judicem in eo propter negligentiam vel culpam puniendo severiorem esse debere, affirmare posse, arbitramur. Nam tutor & pupillus sunt correlata, cor-

Relativorum autem eadem conditio; hinc si honorarium quoad tutorem hunc habet effectum, ut damnum quod fortasse ex hoc munere ipsis obvenit, aliqua ex parte compensetur, ac labor in utilitatem pupilli versus, non plane sit sine reali grati animi testificatione; ergo quoque pupilli intuitu effectus honorarii admittendus omnino. Hic vero exularet, si tutor ob honorarium concessum, non ad majorem adstringeretur diligentiam; imo constitutio honorarii oppido ad pupilli detrimentum pertineret, quod tamen a legislatore ne praesumendum quidem. Et hac in opinione eo magis reddimur firmati ex verbis statuti nostri, puta: vernünftigen Ursachen, ad quas rationes quoque pupilli commodum referendum quam maxime. *cf. §. 5. huj. scilicet.*

§. XX.

Ad contraria Menckeni argumenta diluenda, paucis reponimus: quod primum a mandati negotio desumptum, nostram non de ponte dejiciat opinionem, quoniam magnum inter negotium mandati & munus tutelare intercedat discrimen; in eo tantum conveniunt, quod utrumque regulariter sit gratuitum, alias in hoc de commo personarum agitur in jure maximum favorem habentium, ac quibus ita prospiciendum, ne minimam incurrant laesionem. Deinde in mandato propter honorarium non potest major desiderari diligentia, mandatario absque illo jam ad exactissimam secundum plerorumque opinionem obligato, & ut casum fortuitum ob id ferre deberet, ab aequitate esset alienissimum, cum illum nec ex pacto in se recepit, nec aliqua ex causa ipsi imputari potest. Quare argumentum a depositario deriyatum, quod MENCKENIVS *l. c.* tanquam suae sententiae contrarium adduxit, omnino hic applicationem meretur; nam depositarius regulariter ad culpam latam tenetur obligatur. Verum si honorarium accepit, tunc quia ad

F 3

huc

huc major culpa præstari potest, quod secus erat in mandatorio, de levi quoque tenetur. Et par ratio allegari potest in munere tutelari. Reliqua duo argumenta, non multum habent in recessu, & retundi possunt ex iis, quæ in §. præc. diximus. Nam licet honorarium tenuis tantum sit remuneratio, & cavendum porro ne nimis a regula recedatur; tamen & illa effectum quoad pupillum producere debet, ac quoniam per constitutionem honorarii a regula recessum, ergo quoque regulam de præstanda culpa mutatam, merito præsumendum. Sicuti etiam contrarium L. L. allegatæ non evincunt. Ut taceamus secundum nostrum statutum eo minus dubii superesse, ubi munus tutelare ex regula non est gratuitum.

## §. XXI.

*Casus VIus: Utrum tutori honorarium debeat, qui eandem rebus iis pupillaribus, quam suis adhibuit diligentiam? Hunc casum simpliciter esse affirmandum, si tutor in rebus propriis ea utitur circumspectione ac diligentia, quam alias omnes patresfam. rebus suis impendere solent, non indiget probatione, quia hac ratione id fecit, quod sui erat officii, & sic culpa vacat omni; verum quando non adeo in suo promovendo commodo fuit diligens, an tunc etiam a culpa sit liberandus, ipsique honorarium tribuendum, si eodem versatus modo in rebus pupillaribus administrandis? Et hoc videtur negandum, quoniam diligentia in administratione bonorum pupillarium adhibenda, suam non accipit normam ex diligentia tutoris in rebus propriis adhibita, sed ex officio quod gerit, & hoc vult, ut id agat, quod bonus paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet, uti loquitur L. 33. pr. ff. de administr. & per. tut. Quare MEVVS P. IV. D. 9. arbitratur, tutorem non esse excusandum, licet sub lucris spe actum quendam distulisset, uti exemplum adducit de polenta, quam tutor ex materna hereditate acceperat, ideo a tutore asservata, ut majoris pretii posse*



stea eam vendere posset, sicuti ob eandem rationem & propriam suam polentam distrahere noluerat; sed spes lucri decollavit, ac polenta vermibus corrupta, deinde minoris pretii vendi debuit; hinc pupillus adversus tutorem agit ad damnum resarciendum, quod & rejecta tutoris excusatione & exceptione, se ex bona mente venditionem distulisse, approbatum, ex hoc fundamento: quia tutor ut providus paterfamilias non egisset, utpote qui res facile perituras statim vendere solent. Verum enim vero, licet non statuamus temper sufficere in tutore, si eam rebus pupilli, quam suis adhibet diligentiam, non tamen possumus in exemplo adducto cum MEVIO consentire, quia, quantum nobis cernere datur, ratio adjecta, non tanti ponderis, ut ob eam tutor ad damnum resarciendum condemnari potuerit. Nam sagacissimos ac diligentissimos patresfamilias vel mercatores, vident, uti sermo illis familiaris est, sic etiam auf speculation gekauft und liegen lassen, tale damnum præter opinionem sæpe incurrisse, in aprico est. Nec polenta ejusmodi conditionis deprehenditur, ut inter merces statim perituras sit rejicienda; ergo si plane nihil aliud culpa, polentam vermibus esse corruptam, quam quod non statim vendiderit, tutori imputari potest, ac insuper in sua propria loco lucri sperati, de quo etiam fideliter alias participare voluit pupillum, idem damnum accidit, a culpa immunis tutor pronuntiandus videtur, qui nunquam de infelici tenetur eventu, modo omnis fraudis absit suspicio. Imo inclinare iudices ut non facile tutoribus officium pueriantur esse damnosum, eosque etsi in genere culpa alia non absit, sed tamen in hypothesis per factum tutoris extet in propriis rebus, excusandos puenit, scribit HVBERS in Pral. ad Pand. Tit. de administr. Et per. tut. num. 7. Ubi præjudicium allegat de tutore a damno resarciendo absoluto, licet pecuniam pupilli tutissimo loco sitam exegisset, eandemque apud alium, deinde bonis cedentem, collocasset, & quidem eam ob cau-

fam, quod & ipse certam pecuniæ summam eidem debitori tunc temporis non suspecto credidisset.

## §. XXII.

*Casus VIIIus: Utrum tutor propriam utilitatem, utilitati pupilli præferens, honorario afficiendus? Hic bene distinguendus est casus, quomodo tutor suum commodum, commodum pupilli prætulerit? Si enim iste ita concipiatur, uti COTHMANNVS Vol. 4. Respons. 5. n. 31. eum proposuit, cum tutor bona feudalia quæ ad pupillos fidei suæ commissos velut proximiores agnatos pertinebant, ipse remissior sibi emerit, & commodum suum proprium utilitati pupillorum injuste & inique anteposuerit; tunc tutor non tantum nullum consequi potest honorarium; sed præterea pretio numerato jure mulctatur, sibi que istud damnum imputandum acceptum ferendum habet. Verum talem nolumus casum, sed eum: si v. gr. ut in priori exemplo de polenta maneamus, tutor certam hujus generis frumenti quantitatem possideret, & pupillus etiam ex hereditate certam quantitatem, ejusdemque bonitatis accepisset: an tunc si commodum emptorem cujus postea non facile copia daretur, inveniret, teneatur primum pupilli potentiam vendere, & ita illius utilitatem, si suo recte fungi velit officio, suæ præferre? Et hic nobis negativa verior & æquior videtur, quia ordinata charitas incipit a se ipsa, & nemo obligatur alienam salutem suæ antepone-re L. 6. Cod. de Serv. § aq. ibique BRVNNEMAN. n. 5. § 6. Nec certa invenitur lex, quæ hanc tutori imponit necessitatem commodum pupilli suo anteferendi, sed tantum ut tanquam diligens paterfam: se exhibeat in hoc munere. Quamobrem Jus Stat. Hamb. in præced. art. 19. tantum ita disponit: Daß der Vormund in den Gütern zu Schaden und Nachtheil gehandelt, poena quadam sit afficiendus, non autem si utilitatem pupilli, suæ non prætulerit. Interim libenter concedimus, tutorem majori forte*

forte laude posse dignum haberi, si vel plane pupilli utilitatem suæ anteponat, vel ita dividat, ut utriusque sit æqualis: minime vero si hoc non fecerit, illum propterea honorario esse privandum. Essent adhuc refutanda contrarium sentientium argumenta, a commodatario desumpta, res commodatas suis præferre obligato; aut a commodatario adeutorem non valere consequentiam vel exinde apricatur, quod ille ex re commodata utilitatem capiat, non autem hic; imo commodatarium in communi periculo res proprias pretiosiores posse præferre receptor est sententia. *SCHOEF. Synopf. Tit. commod. n. 22.*

§. XXIII.

*Casus VIIIVus: Utrum tutor qui quidem bona pupilli secundum modum præscriptum administravit, sed educationem neglexit, honorario dignus sit? Ad hunc casum facili posse responderi negotio, quisque videt, dum expediti juris tutorem primario personæ, secundo tantum rebus ipsius dari conf. Stat. Hamb. P. III. tit. 6. art. 15. Hinc quamvis in administrandis bonis exactissimam navasset operam, illaque mirum quantum auxisset, educationem autem curæ cordique non habuisset, tunc tantum abest, ut honorario dignus æstimari possit, ut potius condignas dare debeat penas. Tutoris enim scopus in hoc officio est, ut bonum efficiat civem, ille vero non ex bonis solum sed præsertim moribus & doctrina est dijudicandus. Quare magnus ille Macedonum Rex Alexander majori dignum æstimavit pretio eum, per quem studia animique cultum adeptus erat, quam quos vitæ suæ auctores venerabatur. Et profecto bona animi multis parasangis antecellere bona fortunæ omnium approbabit calculus, dum illa sunt perpetua, & a nemine eripi possunt, hæc caduca & variis obnoxia casibus. Quia si minor sit virtus quam quærebus, ut suas actiones non ex affectuum arbitrio sed rati-*

onis iudicio instituat, & sibi ipsi hanc dicat legem: melius est, coarctare juveniles calores; ne cupidini deditum tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium L. fin. C. de bon. qua. lib.

## §. XXIV.

*Casus IXmus.* Utrum tutor qui pupille non bene per matrimonium prospexit, honorario sit privandus? Ansam ad hanc quaestionem mihi dederunt Acta a Consult. Domino PRÆSIDE mecum communicata, ubi talis reperiebatur casus: Es hätte der Vormund seine Pupillin sehr jung an einen gleichfalls jungen Menschen verheirathet, welcher nach Verheirathung zweyer Jahre durch seinen unvernünftigen Handel sich in die größte Armuth gestürzet, und also einen concussum bonorum erreget. Da nun die Frau ihre illata nach dortiger Gewohnheit nicht salviren konte, sondern für den Mann mit bezahlen müste; so verklagte sie deswegen ihren Vormund, daß weil er durch ihre frühzeitige Heirath sie in solches Unglück gestürzet, ihre pacta dotalia mit unterschrieben, auch 30. Rthl. zum recompens bekommen, möge angehalten werden, sie wieder in den Zustand zu setzen, worin sie zur Zeit ihrer Verheirathung gewesen. Hæc acta primum transmissa erant ad Facult. Jur. R. ubi tutor ob causas adductas condemnabatur, omnia, quæ per matrimonium amiserat, ipsi refundere. Sed tutor contra hanc sententiam usus erat remedio suspensivo, ad quod admissus, & causa ab utraque parte denuo ventilata, acta iterum ad aliam Facult. Jurid. R. transmittabantur, quæ a priori sententia recesserat, his adducta rationibus: quia ex actis non constitisset, tutorem scienter suam pupillam juveni dissoluto in matrimonium collocasse, sed qui tunc temporis his erat moribus, ut subsequutum infortunium prævideri hand potuerit. Juventus sponfi autem tutorem non poterat reddere reum pupillæ suæ damnum perpetuum restituendi, dum sæpe istiusmodi matrimonia, ubi spon-

Sponsus & Sponsa in aetatis flore se sibi invicem junxerunt, felici gavisa sunt eventu. Neque triginta joachimis tutori in remunerationem datis suspicio collusionis tribuenda, quoniam hoc non adeo insolitum, ut finita tutela administratione aliquid in grati animi signum daretur. Tandem licet pacta dotalia a tutore essent subscripta, tamen exinde non obligaretur ad damnum refarciendum, quoniam & absque consensu tutoris sponsa pacta dotalia valide inire posset. *CARPZ. Dec. 143. n. 10.* His illustrationis ergo adjectis, facilis nunc erit casus propositi decisio, puta: tutorem honorario non esse privandum, quamvis in matrimonium pupillae consenserit, quod postea infelicem habuit eventum; modo convinci non possit, eum suae utilitatis causa pupillae ad hoc matrimonium ineundum persuasisse, nam sic non tantum honorarium amitteret, sed & insuper pro ratione circumstantiarum damnum refundendum haberet.

§ XXV.

*Casus Xmus: Utrum tutor in testamento datus, cui legatum velictum, nibileminus honorarium petere possit? Hunc casum paucis tetigit MENCCKENIVS in d. disp. th. 17., & ob has rationes in negativam inclinat, quia in dubio ratione officii relicti censetur L. 28. §. 1 ff. de Excus. tut. & quia duae lucrativae causae in unam eandemque personam circa eandem rem concurrere non possunt, §. 6. J. de Leg. verum quanquam cum eo in negativam descendamus, & priorem rationem omnino admittamus; quoad posteriorem tamen non possumus non dissentire, cum illa nobis hoc loco plane inapplicabilis videatur, ubi honorarium inter causas lucrativas plane referri non potest, ut ex descriptione causae lucrativae sat elucescit, per eam enim ita acquirimus, ut nihil vicissim praestare cogamur. L. un. C. de impon. lucrat. descript. Lib. 10. tit. 35. Si nunc fiat applicatio, statim in oculos incurret, honorarium nequidem*

exæquare labores impensos, multo minus me hic quidem quam acquirere in cuius vicem nihil præstandum habeo. Imo hanc in Jure naturali fundatam non esse regulam evidenter demonstravit TREIBER *ad §. 6. I. de Leg.* Meliorem hic posse desumi rationem, ex distinctione inter debitum necessarium & voluntarium autumamus. Nam quando quæstio movetur: an si creditori aliquid sine mentione debiti legatum, hoc animo compensandi sit factum? tunc hoc affirmant in debito necessario, negant autem in voluntario. BRUNNEM. *ad L. 22. ff. solut. matr. n. II. CARPZ. P. 3. C. 13. d. 29.* Si hæc applicentur, nemo non videt, legatum in testamento tutori relictum cum honorario posse compensari, quia & hoc propter statutum ad debitum necessarium referendum. Et licet haud ignoremus hanc distinctionem a SCILTERO *Exercit. §. 39. leg. 1.* non admitti: Interim eam tamen ad minimum melius ad præsentem quadrare casum, quam quod duæ lucrative causæ in eundem hominem, eandemque rem concurrere non possint ex paulo autem data ratione, nobis omnino persuasum habemus.

### §. XXVI.

*Casus XI mus: utrum tutor, cui legatum in testamento, in quo tutor non erat datus, relictum, & qui postea a magistratu tutor datus, honorarium & legatum simul prætereendere possit? In hoc casu nos affirmativam tueri posse, arbitramur.* Nam quando tutor in jure propter excusationem a tutela, legatum ipsi relictum amittere dicitur, tunc hoc tantum intelligendum de tutore in testamento dato. & cui propter rem legatum in testamento adscriptum; ergo si testator evidenter expressit, se velle dare etiam si tutelam non administraverit, tunc secus quoque statuendum *L. 33. ff. de Excus.* Contra autem ille, cui legatum sine omni respectu ad tutelam in testamento est relictum, & qui postea a magistratu vocatur, sed ex legitimis se a munere tutelari excusat

cusat causis, ille propter excusationem legatum non amittit, quia nihil contra iudicium testatoris fecit: nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii, dicere non possumus, sunt verba *L. 34. ff. de Excus.* Hæc fundamenti loci posita, nunc ad casum nostrum applicaturi, ita concludimus: Si ille cui legatum in testamento absque mentione tutelæ relictum istud propterea non amittit, quia ad dationem magistratus legitimis de causis se excusavit; sequitur ut tutor quoque a magistratu datus legatum & honorarium prætere mere possit. Consequentiam hunc in modum probamus: Quia & hic omnis exulat præsumtio, legatum ideo esse relictum, ut tutelam administraret, sed potius ut sine omni conditione testator illud in legatarium transferri voluerit, dum legatum est donatio quædam, quæ a libera defuncti voluntate pendet. Hinc nec a magistratu præsumendum, eum hac mente legatario onus tutelare imposuisse, ut honorarium huic administrationi constitutum, ex legato accepto compensationem reciperet.

§. XXVII.

*Casus XIIImus: Utrum heredes tutoris, cui in testamento debitum honorarii loco erat remissum, ut tutelam in se susciperet, sed qui post mortem testatoris etiam mox fati succumbit, hoc propter conditionem non impletam, solvere teneantur? Hunc casum maxima laborare difficultate, non negandum. Nam noto notius est testatoris voluntatem exacte esse explendam, cum impium sit, eam negligere *L. 7. C. de testam. manum.* hinc si sub conditione alicui quid relictum aut remissum hoc deficiente conditione evanescit, quod de casuali conditione a nemine in dubium vocatur; sed quid de potestativa aut mixta dicendum, non adeo expeditum, ubi communiter distingui solet: an implementum conditionis a facto tertii sit impeditum, an vero a mero casu? Priori casu habetur pro impleta, quia tunc testator præsumitur*

G 3

cogi-

cogitasse tertium in conditionem consensurum fuisse, posteriori autem deficere dicitur conditio, quia hic ille, cui erat adscripta, nihil ad eam implendam conferre potuit, v. *Illustr. BOEHM. in Introd. ad Dig. tit. de condit. instit. n. 9. & 10.* Sed huic distinctioni *LUDOVICI Doctr. Pand. Eod. tit. §. 9.* opponit *L. 54. ff. §. 1. & 2. de Leg. 1.* in qua dicitur, legatum deberi, licet servi mors impedivisset manumissionem, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem, & propterea hanc æquorem putat sententiam. Ex his adductis ergo luculenter patet, in nostro casu, quæ etiam eligatur sententia, non deesse rationes. Interim, ne eum in suspensio relinquamus, nostra, salvo tamen rectius sentientis iudicio, est opinio, heredes tutoris dati, propter non subsecutam conditionem debitum a testatore remissum solvere teneri, quoniam testatoris voluntas pro lege observanda arg. *L. 1. C. de S. S. Eccles.* Et hæc in casu dato adeo clara, ut nulla præsumptio testatorem ex alia causa remississe debitum, locum invenire possit, sed tantum si tutelam liberorum suorum susciperet; ergo ubi mors eum huic administrationi subtraxit, etiam remissio debiti pro extincta est habenda. Neque hic applicari posse, quod paulo ante de conditione mero casu impedita diximus, licet etiam *LUDOV.* sententia esset præferenda, de qua tamen hac vice nobis litem moveri haud patimur omnino arbitramur, dum in nostro casu non est sermo de objecto, in quo conditio erat implenda, sed de subiecto eam implere obligato, & in quod quadrat: Sublata causa, tollitur effectus. Porro nec urgeri potest, leges proniores esse ad absolvendum, quam obligandum, & in remissione debiti multa cessare, quæ alias ad validitatem actus sunt necessaria; nam hoc spectat tantum ad solennitates quædam observatu dignas, non autem ubi iis non opus est, sed ubi voluntas duntaxat testatoris inspicienda.



§. XXVIII.

*Casus XIIIus: Utrum heredes tutoris per aliquod temporis spatium tutelam jam administrantis & postea morientis, debitum propter tutelam remissum, nihilominus tunc exsolvendum habeant? In hoc casu duo sunt præsupponenda, sc. utrum testator expressis verbis dixerit: se velle debitum remittere, si debitor ad majorenitatem liberorum suorum administraret tutelam? vel: utrum simpliciter debitum propter tutelam remiserit, nulla addita circumstantia? Priori casu heredes pro rata a iudice determinanda, exsolvere debitum tenentur, quia iterum adest expressa testatoris voluntas se noluisse aliter debitum remittere, nisi impleta conditione, quod vero pro rata aliquid detrahere possint, hoc ex statuto nostro, secundum quod munus tutelare non est gratuitum, probatur. Posteriori autem casu æquiores putamus opinionem, heredes tutoris ab exsolutione absolventem, quoniam tunc non sine fundamento præsumendum, testatorem apertius locutum fuisse, si debitum per inceptam administrationem extinctum, iterum reviviscere voluisset. Hoc tamen firmiter statuimus: Tutorem cui debitum propter tutelam remissum, & quam etiam administrare incepit, sed vix per unum alterumve annum, pupilli morte interveniente, continuare potuit, ad illud heredibus pupilli exsolvendum non esse obligatum, quia per illum non stetit, quominus tutelam continuaret, ad quod paratus fuit.*

§. XXIX.

*Casus XIVus: Utrum tutor a magistratu rei sita ad literas subsidiales a magistratu domicilii pupillo datus, si in loco rei sita tutela esset gratuita, honorarium ex loco domicilii postulare queat? Tutorem pariter ac pupillum jurisdictioni dantis subiectum esse debere in Prior Sect. §. II. affirmavimus; quandoquidem*

doquidem vero tutor datus ad bona alibi sita se excusare potest. L. 2. §. 2. ff. de Excus. tut. & iudex domicilii, bonis alibi sitis, directo tutorem dare nequit, sed tantum per consequentiam, hinc non inutile quaesitum esse putamus: quid tunc ratione honorarii obtineat, quando a iudice intuitu bonorum alibi sitorum alius quoque datus sit tutor? antequam nostram subjiciamus mentem, quemque intelligere credimus, nos non de eo loqui casu si pupilli pater in duobus locis ita instructus fuerit, ut utrobique domicilium habuerit, uti probat ex L. 5. §. 6. §. 2. ff. ad municip. & de incol. STRYCK U. M. Tit. de Tut. & Curat. dat. §. 7. Wann ex an beiden Orten Feuer und Heerd halten lößet. Nam tunc praeventioni locus esset, vel si utrinque bona haberet, ab utroque magistratu etiam tutor constitui potest, & per consequens consuetudines cujusvis loci sunt attendendae. Sed ubi tutor ad litteras mutui compactus a magistratu rei sitae datus? Ad hunc casum, ut in quaestione propositus, respondendum esse negando, exinde sumus convicti, quia iudex re sitae ad implorationem quidem iudicis domicilii civi suae jurisdictioni subiecto munus tutelare imponit, non autem ita, ut consuetudines implorantis sequendas habeat, sed prout hoc istic loci consuetudo fert; ergo si ibi munus tutelare esset gratuitum, etiam tutor secundum consuetudinem domicilii a pupillo invito honorarium exigere non valet. Contra si in loco domicilii tutela esset gratuita, & in loco rei sitae honorarium statutum, etiam ex pari ratione tutori honorarium non est denegandum.

### §. XXX.

*Casus XVIIus: Utrum tutor alterius jurisdictionis sponte tamen tutelam cum prorogatione fori in se recipiens, honorarium secundum pupilli domicilium recte petat? superfluum plane esset, si ad hunc casum fundandum, multis argumentis*

tis adducendis immoraremur, cum omnes interconstet, aliquem quoad specialem actum alterius jurisdictioni submittere se posse, & etiam quotidiana praxis comprobet, hoc in tutela prorsus non esse insolens, quare statim hunc casum affirmative decidimus, hac ratione moti, quod tunc tutelam non secundum sui ordinarii fori statuta & a suo ordinario iudice acceperit, sed potius uti hoc moris & consuetudinis fuerit, in foro pupilli, unde & porro sequitur, eum ad omnia, quæ ibi circa munus tutelare, sunt recepta, esse obligatum, licet in foro suo ordinario hæc aliter se habeant.

§. XXXI.

*Casus XVIIus: Utrum tutori honorarium dandum, licet pupillus ipsi operas præstiterit? In hoc casu decidendo quæque prolixitatem evitaturi tantum ad id respiciendum esse inuimus: an tutor pro operis præstitis pupillum aluerit? vel an sumtus alimentorum suis inseruerit rationibus? prius si factum, tunc compensatio adest, & per consequens honorarium facultatibus pupilli permittentibus ipsi non denegandum; si posterius tunc magistratui incumbit considerare, numne operæ præstitæ tanti possint æstimari, ut locum honorarii adimpleant, & si hoc, nihil amplius exigere potest, si vero non, aut si superent, tunc iudicis est rem ita componere, ut hæbita circumstantiarum ratione, suum cuique tribuatur, nam sicuti alimenta de suo non subministrare tenetur tutor L. 3. §. 6. ff. ubi pupill. educ. sicque pupillus operas præstare, pro quibus alias mercedem solvere debuisset tutor, non tenetur. conf. COLER de alm. Lib. 2. c. 6. n. 5. §. 99. Eodem modo tutor, si istiusmodi operas in pupilli commodum impenderit, quæ non ex officii necessitate originem habent, v. gr. si esset opifex ex laboribus suis articialibus victum & amictum sibi quærens, aut advocatus suo patrocinio aliis inserviens, hi, quamvis æstimationem*

H

mationem laborum suorum in rationes gestæ administrationis retulerint; tamen exinde ab honorario non sunt excludendi, videatur *supr. cit. Disput. MENCKENII* sh. 10.

§. XXXII.

*Casus XVIIImus* : Utrum tutor, pubertate pupilli adventante, curatellam in se suscipere recusans, pro sola tutela honorarium recte exigat? Si hic casus ex Jur. civ. decisionem accipere posset, tunc nemo negaverit, tutoris administrationem tantum ad pubertatem durasse, adeo ut qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellatur §. 18 *J. de Excus. tut.* : At cum hodierna praxis fere ubique contrarium statuatur, sicuti testatur *FRANTZKIVS Lib. I Resol. 17. n. 30. § 99.* scribens: *Generali Germaniæ consuetudine pubertate tutela non finitur, sed officium administrationis porrigitur usque ad legitimam ætatem adultorum.* Sic & secundum illam aliter statuendum. Interim quia nos explicatio articuli cujusdam ex *Jure Stat. Hamb.* tenet occupatus; ergo etiam ex hoc casus propositus est enucleandus. Et in illo *P. III. tit. 6. art. 21.* non videtur omnis differentia sublata, dum expressis ibi verbis dicitur: *Alle Vormünder bleiben in Verwaltung solcher Vormundschaft, bis die Pflög-Kinder ihr mündig Alter vöblig erlanget haben, und nach Ausgang dieser Zeit sollen die Vormünder derselben ihrer Pflög-Kinder curatoren oder Vorsorger seyn, bis &c.* Ex quibus verbis patescit, tutelam quidem finiri pubertate, sed ita, ut etiam inviti curatores maneant, & sic ipso quasi jure secundum hoc statutum tutela in curatellam abeat. Ex his præmissis nunc facile intelligendum, quid in nostro casu obtineat, nempe tutorem ex causa insufficienti curatellam detrectantem, honorarium exigere haud posse. Nec est, quod quis urgeat, in *prec. art. 20. Juris Statutarii* ubi honorarium statutum, vocabulum *Vormünder* sepeiri, quod hi hac remuneratione, finita tutela, gaudere de-

debeant & non *Vorsorget*, quod proprie ad curatores spectat, uti in *seq. cri. 21.* nominantur. Nam ad hoc respondendum: vocabulum: *Vormündern* ibi generaliter esse accipiendum, ut & *Vorsorgern* sub se comprehendat, si euti hoc ex verbis: *Bey Anhörung der Schluß-Rechnung* conjiciendum, quæ non de finita tutela solum sed & curatela, quam continuare obligatur, accipienda, id. quod etiam probatur *ex cri. 21.* und mag der bis dahin gewesenent NB. *Vormund* und *Curator*, nach gethaner *Schluß-Rechnung* die *Vormundschaft* und *curation* gänzlich abtreten. Hoc vero statuendum omnino, Magistratum secundum æquitatem, si tutor ex justa causa curatelam continuare impeditur, honorarium inter tutorem & curatorem ita dividere posse, ut unicuique aliquid in solatium pro cura & studio impenso decernat.

§. XXXIII.

Et hæc essent, quæ ad explicationem & illustrationem dicti articuli meditati sumus. Utrum vero nos nostro satisfecerimus proposito, penes Te, B. L. sit iudicium. Hoc duntaxat unicum a Te humanissimis nobis expeditum velimus verbis, ne in eam ruas opinionem, quasi aliquid egregii publici juris factum autumaremus; verum potius, quæ tua erit humanitas, nos delebiles aliorum spongas serena excepturos fronte, Tibi persuadeas, bene gnaros: Nihil homini facilius, quam labi. Quare si quid boni præstiterimus, hoc unice DEO trinuno summa eum devotione acceptum ferimus: Sin minus, nostra peccatum est culpa. De cæteris quia nostri juris fieri cupimus nunquam, sed sub tutela Altissimi usque quaque permanere malimus; hinc calidissima ad eum deponimus vota, ut illam continuare velit clementissime, quo sub ejus directione ac cura, nostrum vitæ curriculum

finiamus. Denique & toto pectore fovemus, ut DEUS  
O. M. Illustrem Rempublicam Hamburgensem, patriam  
nostram fortunatissimam ac pulcherrimam, & imprimis in  
illa PATRES PATRIÆ una cum omnibus incolis, nun-  
quam ex sua tutela dimittat, sed eam perennare sinat  
benignissime, quo sub Illius regimine pax, salus & feli-  
citas, florem hujus civitatis ad invidiam usque  
continuent, augeant, roborentque.

## TANTUM.

### Sphalmata extantiora.

Pag. 2. lin. 6. pro FELISITATIS leg. FELICITATIS.  
p. 11. lin. 8. pro honorum leg. bonorum. p. 11. lin. 30. pro  
ve erri leg. referri. p. 12. lin. 23. pro circa leg. circa. p. 14.  
lin. 14. pro jut leg. jus. p. 16. lin. 19. pro RUDOPHI. leg.  
RUDOLPHI. p. 18. lin. 18. pro illis leg. illo. p. 19. lin. 4.  
pro voluataria leg. voluntaria. p. 21. lin. 4. pro vocatur leg.  
vocatus. p. 24. lin. 24. pro addunt leg. addit. p. 25. lin. 25.  
pro uti litate leg. utilitati. p. 26. lin. 14. pro administrantis  
postea. leg. administrantis & postea. p. 27. lin. 3. pro graduato  
leg. gratuito. p. 28. lin. 30. pro indigeat leg. indigeant. p. 30.  
lin. 15. pro acceptio expectatio. leg. acceptio, imo expectatio.  
p. 30. lin. 22. pro justus leg. justus. p. 30. lin. 27. pro conti-  
nuatur leg. contineatur. p. 31. lin. 21. pro re leg. ne. Ibid.  
pro officium leg. officium. p. 33. lin. 1. pro pupilli leg. pupil-  
lo. p. 33. lin. 6. pro remuneratio leg. remuneratio. p. 33. lin.  
22. pro patrum leg. patrum. p. 34. lin. 13. pro difficultatem  
leg. difficultatem. p. 37. lin. 2. pro distrahat leg. detrahat.  
p. 38. lin. 3. pro diligentem, istiusmodi, leg. diligentem, &  
istiusmodi. p. 47. lin. 9. pro solent, leg. solet.

Præ-

Prænobilissimo nec non Doctis-  
simo

DOMINO  
DOCTORANDO,

Fautori, Domestico, & Ami-  
co suo Honoratissimo,

S. & O.

PRAESES,

**S**I; quemadmodum profecto est, veram: Aquilas non  
gignere columbas, & statim TE, Amice astuma-  
rissime! multis efferendi laudibus, me non deficeret  
materia. Felicem enim merito celebri prosapia oriun-  
dum judicant mortales, non quasi splendor ac iubar  
Majorum, semper committatur Posteriores; sed quo-  
niam tunc habent, unde ad virtutis viam calcandam,  
ac familiae decus continuandum, capere possint horti-  
amina & incitamenta. Non itaque a vero me ab-  
tudere, Amice suavissime! quumo, si ego hoc ex ca-  
pire



pute TE felicem, imo felicissimum aestimem. Majores,  
sive Patrem, sive Avum, sive Proavum, sive Aba-  
vum & alterius specio, veneraris, quorum memoria  
posteritate ipsa crescit, ac quorum merita jamdudum  
Möllerianum nomen, in Illustri Republ. Hamburgensi  
reddiderunt immortale. Eloquentur illorum laudes cu-  
ria, & adhuc quasi praesentes sistit; eloquuntur eas  
summae dignitatis officia, felicissimo ipsis concedita suc-  
cessu. Nam quoties domi in moderandis civium a-  
ctionibus eorum eligebatur industria, toties omnia ad  
utriusque partis componebantur delectationem; quoti-  
es foris apud summos Imperantes Reipubl. Hambur-  
gensis salus posebat viros sagacissimos & longo rerum  
usu subactos, commodum ejus observaturos, pericu-  
lumque imminens declinaturos; toties omnibus ex re-  
bus, citam fere inextricabilibus, ita se sua illi expe-  
dierunt vigilantia ac prudentia, ut hujus ardui officii  
eventus semper esset prosperrimus, ac insuper summo-  
rum principum nihil secius sibi inconcussam retinerent  
gratiam. Atque cum horum Majorum imaginibus hu-  
cusque certasti, non quidem ut iis plus lucis, nam hoc  
fieri vix potest, adferres; sed ne mutuato ab his lumi-  
ne, siderum instar solis radis splendentium, tantum ful-  
geres, proprio carens lumine. Quid ergo mirum!  
quod studia haud vulgaria TIBI acquisivisti; quan-  
doquidem hisse adactus stimulis, & rarioris aevi, ac  
prudentiae magistris, ab ineunte aetate inutruus, fa-  
cile sublimia sapere potes. Hamburgi viros in TE for-  
mando atque erudiendo nactus es callentissimos, om-  
nibusque extollendos encomiis dignissimos, qui in studi-



trari vocant humanioribus, TE adeo versatissimum e sua  
dimiserunt cura, ut oratio tua valedictoria omnium  
applausu habita, illorum pariter ac tuae diligentiae ef-  
ficeret praeco dexterrimus. Deinceps Halam omnium bo-  
narum artium ac Musarum sedem celeberrimam, TE  
conferens, iterum ab ore virorum de re literaria im-  
mortaliter meritorum, ac longe supra omnes meas lau-  
des postitorum, pependisti. Et per triennium Themidis  
sacra ita frequentasti, ut intimioris TE quisque dig-  
num judicaret admissiois. Tandem ubi Halam iustu  
matris dilectissimae, Marrone omni muliebrum virtu-  
rum laude cumulativissimae ac conspicuae reliquens, no-  
stram ingrediebatur Almam, tunc mihi demandabatur per  
anni spacium tuis studiis laudabiliter jam excultis,  
ultimam adhibere manum, Et pro merito TIBI con-  
ferre honores. Hinc meo satisfactus officio, nec operi nec  
operae peperci, ut quantum per temporis angustiam lice-  
ret, ingenii TUI exercerem vires. Experius quoque sum  
in TE Virum juvenem, praeter morum suavitatem Et  
elegantiam, ad quaevis summa aptum, Et litteras haud  
perfundiorie tractantem i. e. talem, quem infusus sciendi  
ardor, perquirendae industria, judicandique solertia  
commendant. Quare anno destinato elapso, TE FCiati  
juridicae ad examen rigorosum stitit, quod Et non sine  
magna sustinisti laude, uti quisque ex tua erudita  
disputatione inaugurali, in qua sine cortice nastisti,  
perspicere potest, Et quam mox defensurus es mascu-  
le. Gratulor ergo TIBI de tua haud vulgari eruditi-  
one, Et quod virtutum prosapiae tuae heredem TE pra-  
bas, ac insuper summum veneror Numen, ut Et Ma-  
jorum

ſorum tuorum gloria in TE reſplendeſcat; & felicitas  
omnibus numeris absoluta, tuos usquequaque comite-  
tur conatus, quo mihi ſubinde TIBI gratulandi naſca-  
tur materies. Hiſce jam meas claudo gratula-  
torias, nequaquam autem affectum, quem TIBI eter-  
num debeo ac ſpondeo, nullus dubitans, quin et tuum  
mibi illibatum ſemper ſervoaveris amorem,

Vale! ſcribebam Roſtochii III. Calend.

Maji MDCCCXXXVIII.



Rostock, Diss., 1736-38



5b.







DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA;  
DE  
MVNERE TVTELARI  
HAVD GRATVITO,  
EX IVRE STATVTARIO HAMBVRGENSI,  
P.III. Tit. VI. Art. XX.

158  
1738, 2.

QVAM  
ANNVENTE DIVINA GRATIA;  
AVCTORITATE ET CONSENSV  
INCLYTI IVRIS CONSVLTORVM ORDINIS  
INCELEBERRIMA ROSTOCHIENSI  
ACADEMIA,  
SVB PRÆSIDIO

MATTH. BENONI HERING,  
J. V. D. ET PROF. COD. DVICAL. PVBL. ORD. AC FA-  
CVLTATIS IVRIDICÆ h. t. DECANI,  
PATRONI AC STVDIORVM SVORVM PROMOTORIS  
HONORATISSIMI,  
PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE CONSEQVEN-  
DIS HONORIBVS AC PRIVILEGIIS.

D. 6. MAY. ANNO 1738.  
H. L. Q. C.

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SISTIT  
HIERONYMVS HARTWIG  
MOELLER,  
Hamburgensis.

ROSTOCHII,  
Typis IOH. IACOBI ADLERI, SEREN. PRINC. & ACAD. Typogr.

