

AD LEG. VI. §. XVII D.

30

DE

EXCVSATIONIBVS

COMMENTATIO

Q V A M

1793 13

PRAESIDE

D. GEORGIO STEPHANO
WIESANDIO

SERENISSIMO PRINCIPI ELECTORI SAXONIAE A CONSI-
LIIS SVMMI PROVOCATIONVM SENATVS DECRETALIVM
PROFESSORE PVBLICO FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARIO
CONSISTORII ECCLESIASTICI DIRECTORE CVRIAE PRO-
VINCIALIS ET SCABINATVS ASSESSORE

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

OBTINENDIS

DIE XVI. MAII A. R. S. CIOCCCLXXXIII

H. L. Q. S.

AD DISCEPTANDVM PROPOSITVVS EST

A V C T O R

IOANNES LVDOVICVS HENRICVS HERMANNVS

ADVOCATVS DRESDENSIS.

VITEBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRISTIANI DÜRRII.

AD LEG. VI. & XVII. D.
DE
EXCVSATIONIBVS

COMMENTATIO

QVAE

TRAVSIDE

D. GEORGIO STEPHANO
WIESANDIO

STREPTUOSIS PRINCIPALI ELECTORI SAONIAE A CONS.
LIS SVBVI PROLOCATIONVM SENATUS DECRETALIVM
HONORISQVE HONORIFICI TITVLVS INKONOR. ORDINARIO
HONORISQVE ELECTORIS DIRECTORIS CVRIAE PRO.
HONORISQVE HONORIFICI TITVLVS ABBATIS

PRO SUMMIS IN XRGONIAE HONORIBVS

DE XRGONIAE ABBATIS

AD DISCIPLINAM PROLOCATIONVM ET

AVTOR

IOANNES LUDOVICVS HERRMANNVS
ADVOCATVS DRESDENSIS.

MDCCCLXXIII

MDCCCLXXIII





I.

Dat remissionem tutelae, **MODESTINVS** ait, et capitalis inimicitia a creato facta aduersus patrem pupillorum. ^{a)} Qua remissionis voce cum libero creati tutoris arbitrio relictum videatur, velit inimiciarum excusatione uti, nec ne, haec verò sententia neque naturae tutelae, neque analogiae iuris, conueniat, quin legibus expressis repugnet, periculum, quoad temporis ratio patitur, faciam, num locus ille **MODESTINI** e *Libro secundo excusationum* depromptus, et a **TRIBONIANO** in *Digesta* translatus, cum rationibus memoratis, quae inimiciam capitalem apud Romanos fuisse necessariam a tutela excusandi causam, extra omnem dubitationis aleam ponere videntur, conciliari

A 2

liari

a) L. 6. §. 17. D. de excusat.



liari possit. Sed vt ordine et perspicue mentem meam explicem, pauca de notionibus excusationum tutorum et inimicitarum capitalium praemittere liceat, quibus praemissis, rationes nonnullorum virorum eruditorum, ex hac ipsa lege cum aliis quibusdam locis coniuncta, contrariam sententiam stabilire conantium breuiter excutere, et, quantum permittit ingenii tenuitas, refutare conabor. Quo facto munita via ad conciliandam legem propositam cum locis dubiis facile patebit.

§. II.

Qui causam legitimam, ipsis legibus statutam coram competente magistratu allegat, vt ab onere tutelae liberetur, is, ceterorum exemplo, qui quocunque munere publico, quale etiam erat tutela, ^{b)} cupiunt vacare, dicitur se excusare. Neque tamen hi soli; verum etiam **illi**, qui, quo minus tutelam gerant, legibus ipsis prohibentur, dicuntur excusari. Quare excusatio ita definitur, vt sit iusta causa, propter quam quis tutelam suscipere non cogitur, vel prohibetur. Quisque facile intelligit, vocem excusare hic notionem fere nouam completi, cum alias tantum facultatem sese ab officio liberandi indicet, hic autem etiam quandam prohibitionem et necessitatem innuat.

^{b)} Pr. I. de excusat.



innuat: ^{c)} Neque tamen volo in hac voce explicanda diutius morari, cum iam summos viros, eosque maxime idoneos harum rerum iudices, velut BYNCKERSHOECKIUM ^{d)} et HEINECCIUM ^{e)} id fecisse, constet.

§. III.

De numero caussarum, quibus allegatis a tutela immunitas efficitur, haud convenit inter viros doctos. Nonnulli, omisso earum numero, eas magis suo cuiusque generi subiacere studuerunt. ^{f)} Mihi quidem ea commodissima videtur diuisio, quam quasi ex composito, nunc plerique viri eruditi cum STRUVIO ^{g)} MÖLLENBECCIO ^{h)} WESEMBECCIO ⁱ⁾ et HEINECCIO ⁱ⁾ receperunt, ita quidem, ut statuatur duplex

A 3

prae-

^{c)} Vim verbi excusare, qua saepius denotat in iure prohibere, ostenderunt VIPIANVS L. 1. §. 3. D. de postul. et CALLISTRATVS L. 11. D. de Decur.

^{d)} Observat. L. 4. c. 11.

^{e)} Inst. de excusat. §. 288.

^{f)} Varias diuisiones si quis quasi in futura lance appostas inspicere velit, adeat SLEVSINGII *diff. de excus. tut. et curat. Cap. II. th. 3.* et PETRI MÜLLERI *notas ad Struuium in Exerc. XXXII. th. 56.*

^{g)} In *Exercitat. 31. th. 56. 57. et in Iurispr. R. G. Tit. 25. §. 1. II.*

^{h)} In *Diu. Iurid. 53. cent. 2.*

ⁱ⁾ ad *D. Tit. de Excus. n. 1.*

ⁱ⁾ ad *I. et D. cod. Tit.*



praecipuarum excusandi a tutela caussarum genus, quarum alterum continet eas, ob quas vel ne volens quidem admittitur, alterum vero eas, ob quas volens quidem admittitur, inuitus vero non cogitur. Quas quidem causas, siue excusationes improprias aut proprias, siue necessarias aut voluntarias vocaueris, perinde est. Ad haec igitur genera omnes excusationes commode referri possunt. Sed eas singulas enumerare, et suas cuique generi formas vindicare a consilio meo alienum est, cum de vna tantum excusationum specie, scilicet de inimicitiiis, quas cum patre creatus tutor habuerit, capitalibus in legis illa parte, quam interpretabor, quaeratur, mihi vero eiusmodi inimicitiae ad numerum improprium excusationum referendae esse videantur.

§. IV.

Quid vero capitales inimicitiae fuerint, ante omnia hic erit exponendum. Qua quidem in re imprimis HOPPIVS ^{b)} et PUTTMANNVS ^{l)} operam suam collocarunt. Inimicitias illam miseram animi humani affectionem esse, qua quis alteri non solum non amicus est, verum etiam eundem odio et malevolentia prosequitur, nemo ignorat. Nonnullis autem inimicitiiis

^{b)} *Diss. de inim. capital.* Gedani 1712.

^{l)} in *Adversar. lib. 1. c. 1. pag. 7. sqq.*

tiis appellatio capitalium in iure tribuitur, vti in allata lege, ad innuendam earum grauitatem. Sed cum diuersae sint sententiae virorum doctorum de vera notione inimicitiarum capitalium, paullulum in hac voce mihi subsistendum est. Verbum *Capitalis* a voce *Caput* deriuari, satis manifestum est. Caput vero varios in iure habere significatus, maxime vero apud Romanos denotasse triplicem statum, libertatis, ciuitatis, et familiae, adeoque res cuique pretiosissimas, e notione capitis deminutionis satis constat. Exinde vocis *capitalis* variae traduntur potestates in iure nostro obuiaae. Quas quidem HOPPIVS ^{m)} ad triplex genus reuocauit. Nimirum vox *capitalis* stricte accepta tantum causam sanguinis significat, in quo sensu poena capitalis ⁿ⁾ appellatur ea, quae mortem ipsam naturalem infert, et crimen capitale ^{o)} iis, quae sanguinis poenam ingerunt, comprehenditur. Late sumta causam indicat, quae aut vitae, aut libertatis, aut ciuitatis amissionem respicit. Ita enim IUSTINIANVS ^{p)} appellat illa iudicia publica capitalia, quae vltimo supplicio afficiunt homines, vel aquae et ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Eandem notionem cum capitalibus

m) c. l. §. 3.

n) ap. MARCIANVM l. 4. D. de poen.

o) l. 18. C. de Transact.

p) Pr. l. de publ. iudic. §. 2. In eodem sensu VLPPIANVS in l. 23. §. 2. D. de aedilit. edif., accepisse videtur fraudem capitalem.



libus iudicis coniungunt PAVLVS ^{q)} et AFRICANVS ^{r)}, quoniam poena mortis, aut aquae et ignis interdictione, caput eximatur de ciuitate. Eandem confirmant TERENCEVS CLEMENS ^{s)} et VLPIANVS ^{t)}, cum capitis accusatum et damnatum esse dicunt, qui poenae mortis aut exilii subiiciendus sit. Denique, uti MODESTINVS tradit, ^{u)} *capitalis* vox in latina lingua qualemcunque quidem causae existimationem in sensu lato continet, strictius tamen sumta capitalis causa tantum mortis vel ciuitatis amissionem denotat. Quibus quidem positis, sequitur, uti *capitalis* inimicitiae sint illae, quibus quis inimicitiam erga alterum exercent adeo grauem, ut eundem summo odio prosequatur eiusque perniciem meditetur. Romanis igitur is, qui, inimicitia ductus, capitis alterum innocentem accusabat, summam inimicitiam prodere credebatur. ^{v)} Quare recte se habet, quam probat etiam IAC. CVIACIVS ^{w)}, definitio ANTONINI AVGVSTINI, ^{x)} inimicitias capitales esse ob

q) l. 2. D. de publ. iudic.

r) l. 13. D. de Honor. Possess.

s) l. 10. D. de iure patron.

t) l. 4. pr. D. si quis caut. in iud. fss. caus.

u) l. 103. D. de V. S.

v) Vlpianus l. 14. Pr. D. de bonis libert. Nouell. XC. c. 7.

w) in Comm. ad l. 6. D. de excus. in oper. T. II. p. 195.

x) in Libro singulari ad Herenn. Modestinum de excusat. qui inest in EVL. OTTON. Thes. iur. Rom. T. IV. pag. 1582.

capitalem accusationem exortas, praesertim cum SCAEVOLA eas, *) quas VLPIANVS **) in eadem causa legatarii inimicitias capitales vocauerat, inde repetat, quod legatarius testatricem ideo, quod patrem suum mandasset interficiendum, accusauerit. PÜTTMANNVS quidem adhuc aliam affert huius vocis interpretationem a IACOBO RAEVARDO **) adoptatam, qua capitales inimicitias eas fuisse ille conicit, quas alter alteri testato denunciaisset, quia sanguinem et vindictam spirarent. Nam moris fuisse, ait, apud Romanos, ut, qui simulates cum alio habuissent, amicitias sollenniter renunciarent, et inimicitias coram testibus profiterentur. b) Sed, morem hunc communem fuisse omnibus inimicis, quamuis atrocibus, statui non potest. Neque satis constat, vtrum solae hae inimicitiae renunciatae ad capitales relatae fuerint. Denique verum quidem est, si usum vocis *capitalis* vulgarem respicimus, saepe etiam eam de iis, quae valde noxia fuerunt, adhibitam fuisse, quod quidem PÜTTMANNVS c) e CICERONE, d) OVIDIO c)

et

y) l. 31. §. 2. D. de adimend. legat.

z) l. 3. §. 11. D. eod.

a) in oper. pag. 161. et. 665.

b) Exemplum Tiberii Gracchi apud VALER. MAX. L. IV. c. 1. inuenitur.

c) c. l. pag. 10.

d) Offic. I. 13. et ad Q. Fr. II. 12. e) Fast. III. 839.



et HORATIO ^{f)} probavit. Iuvat hic adscribere potissimum
verba HORATII:

— — — — — inter

„Hectora Priamidem animosum atque inter Achillem

„Ira fuit capitalis, ut ultima divideret mors,

„Non aliam ob causam, nisi quod virtus utriusque

„Summa fuit.

Inde vero intelligitur, capitalibus inimicitiis saepe indicari gra-
uissimas et atrocissimas a quacunque causa ortas. Num vero,
quod PÜTTMANNO ^{g)} cum ANT. SCHVLTINGIO ^{h)} et VIN-
NIO ⁱ⁾ videtur, etiam in iure inimicitiae capitales latius pro
quibuscunque grauibus et atrocibus inimicitiis accipiantur pro-
pterea, quod iidem effectus in vno loco inimicitiis capitalibus,
in alio vero grauissimis tribuantur, ^{k)} et haud raro etiam in le-
gibus verbum inimicitia, sine adiectione vocis capitalis, oc-
currat, ^{l)} nondum satis liquere videtur. Saepius duabus re-
bus, licet diuersis, vnus idemque effectus tribuitur. Ipsae ta-
men leges, in quibus capitales inimicitiae cum grauissimis
com-

f) Sat. I. 7, 12.

g) c. l. pag. 12.

h) ad PAULI R. S. Lib. II. Tit. 27. §. 1.

i) in Comm. ad I. §. 11. de excus.

k) PAVINIANS l. 22. D. de adim. legat.

l) v. c. TRYPHONIVS l. 8. D. de confirm. tut.

compositae leguntur, ^{m)} diligenter eas copula *vel* videntur distinxisse. Certe MODESTINVS in lege supra laudata eas tantum inimicitias, quae ex capitali accusatione ortae sunt, intellexisse videtur. Ita vero tradit MODESTINVS: *licet capitalis* ⁿ⁾ *latine loquentibus, h. e. omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis, vel amissionis ciuitatis intelligenda est.* Adde 10. CONR. RVCKERI *Interpretat. iur. civil. cap. 1.*

§. V.

Iam vero de capitalibus inimiciis magna est inter viros doctos dissensio, vtrum a tutela ita excusent, vt allegatio excusationis non necessaria sit, sed tutela ipso iure locum non habeat, adeo, vt, si talis inimicus illam iam subierit, a magistratu competente remoueri possit; an iste, qui tutelam gerere debet, libertatem habeat intra statutum tempus ^{o)} excusationem allegandi, et, licet non prohibeatur, tamen liberetur. Plerique legum interpretes hanc liberationis a tutela causam silentio omisere. Qui vero eius mentionem fecere, plerique incidere in contrariam sententiam, qua inimicitias capitales voluntariam tantum excusationem a tutela suppeditare crediderunt.

B 2

runt.

m) L. 3. §. ult. D. de adm. leg. L. 9. D. de his, quae vt indign. L. 15.

D. de recept. qui arbitr.

n) L. 103. D. de V. S.

o) MODESTINVS L. 13. §. 1. D. de excusat.



runt. lidem tamen in probandis dictis atque proponendis argumentis tam fuerunt parci, vt locos, quibus se muniant, afferant parum idoneos. Hic vero nominamus VINNIVM ^{p)}, HEINECCIUM ^{q)} et HVBERVUM, ^{r)} qui nobis sunt contrarii, et praeter nonnullos locos a IVSTINIANO in Institutionibus ^{s)} propositos, etiam nostram legem et verba, quae ibi videntur perspicua: *praestare excusationem, solere excusare a tutela, et dare remissionem tutelae*, in commoda sua vertere cupiunt. Rationes, quibus hanc sententiam propugnant, hae fere sunt. Cum scilicet intelligant, duram esse sententiam, quae statuatur, Romanos vnquam priuilegium dedisse inimicis, confugiunt ad leuiorem legis rationem, quod nempe, vti HEINECCIUS, auctoritatem VINNII secutus, putat, videatur eis ignoscendum, qui hoc obrentu sinistram istam opinionem vitare et anteuenire remotionem cupiunt. HVBERVVS tradit ^{t)} causas speciales, quibus tutela et cura euitentur; non modo esse excusatorias, sed etiam prohibitorias, priores vero vel publicas, vel priuatas. Inter priuatas refert inimicitiam, putat tamen, capitalem potius esse causam necessariam. Etsi igitur inimicitias ad causas

p) in *Comm. ad Inst. de Excusat.* 11.

q) *Instit. Iur. ciu.* §. 294. et *Pandect. P. IV.* §. 359.

r) *Praelect. ad Institut. de excus.* §. 9. et ad *D. eod.* §. 2.

s) *de Excus.* §. 9. et 11.

t) *Praelect. ad D. de excusat.* §. 2.

causas excusatorias retulit; tamen, num capitales ad prohibitorias pertineant, dubius haerere videtur. Discrimen quidem auctoritate VLPIANI,^{u)} in alia causa inter inimicitias videtur constituisse; sed rationes, quas^{v)} adiecit, quae magis aequitate naturali quam firmis legum fundamentis nituntur, ostendunt perspicue, inimicitiam capitalem ab eo magis habitam fuisse causam excusandi voluntariam, quam necessariam. Primo enim disertis verbis declarat, ei, cui propter inimicitiam, atque ut ipsi aegre fiat, tutela testamento imposita sit, excusationem esse permissam. Deinde ob grauem seu ob capitalem, non ob leuem inimicitiam, competere excusationem contendit. Ne vero id temere dixisse videatur, rationes addit, cur huius generis excusatio sit admittenda, quia famae ratio sit habenda, ne damna, quae pupillis contingunt, inimicitiae impotentur, nec religio exigat, ut officia, exceptis necessariis, inimicis praestentur, nec caritatis lex, nisi cum alius reperiri nequeat, tutelam imperet. Ut vero etiam iudicem defendat, cur inimicis tutoribus indulgeat, nec excusationem reiiciat, ratio, inquit, eum mouebit haec, durum esse, hominem gra-
 B 3 uissime

^{u)} L. 3. §. vlt. D. de adim. legat. verb: si capitales vel grauissimae inimicitiae intercesserint, adentum videri, quod relictum est; sin autem leuis offensa, manet fideicommissum.

^{v)} in Prael. ad Institut. de Excusat. tutor. et curator. §. 9.



uissime a defuncto laesum ad regundam eius hereditatem compellere.

§. VI.

Sed, vt omnia recte diiudicentur, natura inimicitiae capitalis accurate erit consideranda simulque sanctiones legum, quae de tutelis dandis et confirmandis praecipunt, sunt attendendae. Constat quidem inter omnes, in tutela principem, qui rempublicam regit, sustinere quasi defuncti patris locum, cuius quidem iactura, liberis relictis, hoc tutelae instituto, quodammodo videtur resarciri ita, vt impuberes, quorum consilium ob aetatem fragile est atque infirmum, ^{w)} ab aliis, qui velint atque possint, regantur, et, dum ob aetatem infirmam ipsi se tueri nequeant, ^{x)} ab omni iniuria defendantur. Quare publica auctoritas in eligendis iis, qui tutores pupillorum esse debent, semper sequitur parentis voluntatem. Haec enim liberis optime consulere videtur. ^{y)} Hinc in iure pater semper praesumitur fidos ac probos elegisse liberorum suorum tutores, ^{z)} adeo, vt, ipso mortuo, si illi, quos tutores voluit, non
ita

w) ULPIANVS l. 1. Pr. D. de minor.

x) §. 1. I. de tut. et PAVLVS l. 1. Pr. D. eod.

y) PAPINIANVS l. 22. §. 4. D. ad L. Iul. de adult.

z) PAVLVS l. 36. Pr. D. de Excus: amicissimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere.



ita fuerint reperti, durare amplius eius voluntas non credatur. e) Inde vero consequitur, vt ii, quos apparet defuncto fuisse inimicos insignes, tutelae liberorum, quos reliquit, administrandae haud apti, licet negandum haud sit, inter- dum patrem suum inimicum bona mente liberis dare tutorem, vt obseruauit LEYSERVS *Specim. 337. Medit. 2.*

§. VII.

Romani vero legislatores hunc finem maxime respexere. Etenim magistratus in tutoribus dandis ac confirmandis id potissimum obseruare debent officium, vt semper boni patris voluntatem imitentur. Scilicet magistratus tutorem dare debet

a) TRYPHONINVS l. 8. D. de confirm. tut: in confirmando tutore hoc Praetor inquirere debet, an durauerit patris voluntas. Quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos, vt spatio medio potuerit facultatum dati non iure tutoris a patre, fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emerfit improbitas, aut inimicitias cum patre exarserunt. Idem in l. 10. pergit: utilitatem pupillorum Praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum. Nam patris voluntatem praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipse Praetor de tutore comperta habet. MODESTINVS l. 4. D. in fin. de testam. tut: sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum a patre datus, quamuis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex diuite pauperior effectus sit.



bet non solum locupletem, verum etiam morum probitate maxime idoneum. **MODESTINVS** ^{b)} cum reliquis, inquit, oportet magistratum et mores creandorum inuestigare, neque facultates enim, neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona electio vel voluntas et benigni mores. Quem locum **ANTON. AVGVSTINVS** ^{c)} in *Libr. singular.* ad Modestinum ita interpretatus est: inter ceteras causas magistratum oportet creandorum mores animaduertere, neque enim tam facultates aut dignitates aptae sunt ad fidem eis habendam, quam vitae institutum decens et mores probi. Eleganter idem demonstrat, *πρῶτος* hic non voluntatem, sed vitae institutum exprimere. ^{d)} Ita, quos non bonae vitae vel frugi, nec amice sed male conuersari, aut inimicum esse comperissent, eos nec dare, nec confirmare, ^{e)} quin, si iam tutelam susceptam gessissent, ob id ipsum, quod fuerint inimici, eos reicere debent. Expressis verbis **VLPIANVS** ^{f)} dicit: *si tutor inimicus pupillo*

b) l. 21. §. 5. D. de tut. et curat. dat.

c) cf. *Ott. Thes. Tom. IV. p. 1562.*

d) Idem l. c. Theophili paraphrasin in princ. *Inst. de Satisd. tut. et §. 3. Inst. de Attil. tut.* laudauit.

e) **TRYPHONINVS** l. 8. et 10. D. de confirm. tut. **VLPIANVS** l. 3. §. 3. D. de admin. et per. tut. — quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum Praetor dicat, cui testator delegauit, attamen nonnunquam ab hoc recedit: ut puta si — eo tempore fecit, quo iste tutor bonae vitae vel frugi videbatur, deinde postea idem coepit male conuersari ignorante testatore. **MODESTINVS** l. 4. D. de test. tut.

f) l. 3. §. 12. D. de susp. tut. cf. l. 5. eod.

pupillo parentibus eius sit, et generaliter, si qua iusta causa praetorem mouerit, cur non debeat in ea tutela versari, reuocare eum debet. Huc spectant, quae PAVLVS habet: ^{g)} inimicitiae capitales, quas quis cum patre pupillorum habuit, a tutelis excusant, ne paterno inimico pupilli committantur. Ibi PAVLVS, addita ratione satis firma, haud temere videtur significasse, necessario inimicitias capitales excusasse, ita vt manifestum sit, tutorem inimicum etiam ante susceptam tutelam iure nullum, id est, non idoneum, fuisse.

§. VIII.

Cur vero leges homines inimicos ad tutelam haud admitterint, est facile ad intelligendum. Semel enim malus semper malus praesumitur. ^{h)} Disertis verbis IUSTINIANVS ait: ⁱ⁾ homo ad malitiam semel deditus, quid non adinueniat. Quotidiana quoque docet experientia, odium, quod quis concepit aduersus patrem,

g) R. S. L. II. Tit. 27. ap. ANT. SCHVLTING. in *Iurispr. Anteiust.* p. 323.

h) Ius canonicum eandem recepit sententiam. C. 8. de *Reg. Iur.* in 6^{to}.

i) *Novell.* 72. *Praef. Cf. l. 7. §. 3. D. de accusat.*



patrem, plerumque proferri ad eius posteros, vt igitur periculo graui exponeretur pupillus, si tutelae inimici subiiceretur. Horum quidem argumentorum grauitate commoti nonnulli docti viri eandem, quam in praesenti defendo, sequuntur sententiam, vt existiment, ne iure quidem admitti eum, qui inimicus cum patre pupillorum fuerit. ⁴⁾

§. IX.

Iam vero mihi obuiam eundem est aduersariis, quorum quidem argumenta adhuc breuiter excutere iuuat. Ante omnia vero accedam ad rationes; quibus opinionem, quod capitalis inimicitia sit excusatio voluntaria, confirmare student. YNNIVS quidem et HEINECCIUS concedunt, odiis eorum, qui grauiter sunt laesi, aut alios laeserunt, nullo modo esse indulgendum; sed ignoscendum tamen putant iis, qui suspicionem sinistram hoc obtentu vitare, et anteuenire remotionem cupiunt.

⁴⁾ STRVVIUS in Exerc. ad D. et MULLERVS in not. ad eum Lib. XXVII. Tit. I. BEYERVS in Delin. Iur. Civ. ad Inst. de excus. I. H. BOEHMERVS in Introd. ad Digest. eod. tit. et Io. Fr. IVNGHANS Init. iur. ciu. sec. Inst. §. 165.

cupiant. Sed ita res sibi contrarias coniungere videntur, cum negent, inimicis esse indulgendum, affirmant vero, iisdem ignoscendum. Deinde, cum inimicitias ad voluntarias excusationes referant, eae vero omnes nitantur singulari privilegio, necesse est, ut etiam inimicitias eiusmodi privilegium datum fuisse largiantur. Sed hoc parum conuenit insigni, quae leges Romanae praestant, prudentiae, quae homines infirmae aetatis ab omni iniuria defendere voluerunt. Certe Romani tristi experientia edocti fuere, quantam vim saepe singulorum inimicitiae in totam rempublicam habuerint, quantamque perniciem mutua singulorum odia ei fuerint minitata. E contrario ex iis, quae, inimiciarum intuitu, Romani alias statuerunt, ^{m)} apparet facile, inimicis nullam fidem esse habendam, veluti testi, iudici, procuratori, mandatario, arbitro inimico. Quin etiam eos quodammodo puniendos censuerunt ita, ut iis legata ac fideicommissa adimerent. Hinc HUBERI sententia corrui, qui fauet rationibus a VINNIO atque HEINECCIO allatis, additque alia argumenta parum commoda, veluti, durum esse, hominem grauissime a defuncto laesum ad regen-

C 2

dam

l) Liv. II. c. 35. sq. VALER. MAX. L. IV. c. 1.

m) De qua re docte disputauit FÜRTEMANN in *Advers. Libo.* I. c. 1.



dam hereditatem compelli, nec religionem exigere, vt quaelibet officia praeter necessitatem, inimicis praestentur. Vt fa-
mae inimicorum consulatur, suadet quidem naturalis aequitas;
sed simul cauendum, ne pupilli, qui insigni fauore fruantur,
indulgentia nimia laedantur. Neque vero ideo, quod anteu-
nire remotionem potuerint, efficitur, vt voluntaria excusatio
fuerit. Si inimici, vt aduersarii consententur, ob inimicitias a
tutela, licet se non excusassent, fuerint remoti, sequitur ne-
cessario, vt ab initio ad tutelam iure non fuerint admittendi,
tamquam suspecti, id quod etiam intelligitur ex iis, quae tra-
dunt VLPPIANVS ¹¹⁾ et IVSTINIANVS. ¹²⁾ Fac vero, eo tem-
pore, quo quis moritur, nondum satis esse certum, num re-
conciliatio, eodem adhuc viuo, interuenerit, inimicus, si tu-
telam suscipere velit, ostendere debet, se patri pupilli tempore
mortis fuisse amicum malaeque suspicionem, qua premitur,
idoneis remouere argumentis. Neque inde, quod pater inimi-
cum in testamento tutorem nominauerit, reconciliatio inferen-
da. Si in hac probatione defecerit, non est dubium, quin a
tutela sit remouendus.

§. X.

¹¹⁾ L. 8. D. de susp. tutor: *Suspectum tutorem eum putamus, qui mori-
bus talis est, vt suspectus sit, enimvero tutor, quamuis pauper est,
fidelis tamen et diligens, remouendus non est quasi suspectus.*

¹²⁾ S. 13. Inst. de susp. tut.

Nec mihi obstat **MODESTINVS** in lege supra excitata. Neque aduersarios meos iuuat **IUSTINIANVS**. *Inimicitiam capitalem dare remissionem tutelae, ait MODESTINVS, eandem praestare excusationem, vel solere excusare, IUSTINIANVS dicit.* Haec quidem inter se non pugnant. Consideremus rationem loquendi, qua **IUSTINIANVS** vsus est. Cum in libris Institutionum id egerit, vt elementa iuris traderet iuris ciuilibus studiofis, ne hi ab initio statim obruerentur responforum ac constitutionum multitudine, ad subtiliores distinctiones descendere noluit, eo contentus, si primas iuris notiones ex iisdem perciperent. Neque ideo anxie verba curauit. Alias enim in alio loco ^{p)} non adhibuisset eandem dictionem generis *excusare se posse*, cum tamen maritum vxoris suae ^{q)} curatorem esse, ^{r)} constitutiones et leges grauissime vetuerint, neque igitur vo-

C 3

lunta-

^{p)} §. 19. l. de excusat.

^{q)} Imp. **ALEXANDER** l. 2. C. qui dare tut. maritus etsi rebus vxoris suae debet affectionem, tamen curator ei creari non potest. **MODESTINVS** l. 1. §. 5. D. de excus. non potest curator esse sponsae sponsus, vt senatus dicit, creatus autem talis absoluitur.

^{r)} **PAPINIANS** l. 14. D. de curat. furios. virum vxori mente captae curatorem dari non oportet.



luntaria excusatio, si maritus creatus fuisset, locum habuisset. Sed non est, vt in allatis locis IUSTINIANVM incuriae accusemus. Nam §. 9. c. 1. de illa forma loquitur, cum pater in testamento aliquem propter inimicitiam dederit, vt secundum MODESTINI sententiam supponeretur debito et negotiis. Tum autem penes tutorem est, velitne vti hac causa, tanquam excusatione, nec ne. Quod quidem patet ex sequentibus. Non enim prohibetur suscipere tutelam. Quodsi enim, addit IUSTINIANVS, patri pupillorum se tutelam administraturum esse, promiserit, hac excusatione tutor datus vti non potest. Nec id contra indolem tutelae est, aut pupillorum commodis aduersum. Non enim inde, quod pater pupillorum tutori dato inimicus fuit, statim colligendum, tutorem datum ipsum quoque patri fuisse inimicum. Quodsi non fuerit inimicus, haec voluntaria excusatio ei non deneganda est. Hanc quidem speciem IUSTINIANVS intellexisse videtur. In §. II. c. 1. autem IUSTINIANVM plane mecum sentire, non est dubium, cum excusare in iure interdum idem sit ac prohibere. Certe VLPIANVS *) promiscue verbis prohibere atque excusare vsus fuit. Cum igitur IUSTINIANVS dixerit d. l. solent excusare,

idem

*) l. 1. §. 2. D. de post.



idem videtur innuisse ac si dixisset, solent prohiberi. Ergo solus **MODESTINVS** in nostra *lege* superest, quem propius intueamur. Is vero graece scripsit, Graeci vero **ICTI** in substituendis verbis latinis non semper fuerunt adeo felices, ut eorum vim satis accurate expresserint. Excusationis vocem per *ἐξουσιονα*, excusare vero per *ἐξουσιων* ediderunt. Cuius difficultatis **MODESTINVS** ipse ¹⁾ in loco quodam ad **IGNATIUM DEXTRVM** fecit mentionem. Ergo non mirandum est, nostrum **ICTUM** hic adhibuisse vocem, quae notionem excusationis magis lenire, quam indicare vllam necessitatem videtur, praesertim cum egregius eius interpres, **ANTONIVS AVGVSTINVS** in *Libro singulari* ad eum adnotauerit ²⁾, saepe cum verbis *ἀφιεναι* aut *ἀφιενων* remittere, remissionisue usum esse, ubi melius excusationis verbum positum fuisset.

§. XI.

At quaerat quis, quamnam utilitatem in foris nostris praestent leges diuersae, quas quidem inter se conciliare studui.

1) l. i. §. i. D. de. *Excus.*: faciam autem, quod possibile erit, de his doctrinam manifestam enarrans legalia Graecorum voce, etsi cognouero, inepta ea ad transferendum esse.

2) apud **EV. OTTON.** c. l. pag. 1567.



dui. Ego vero haud temere mihi persuadeo, etiam in hac quidem re hodie ius commune, vti in vniuersa Germania, ita praesertim in terris Electoralibus Saxonis esse sequendum. Cum enim *Ordinatio tutelaris nouissima*, quae in causis pupillarum tanquam lex classica attendenda, in *Cap. VIII. §. 1. et 2.* varias excusationes, quas ius Romanum tradit, expressis verbis comprobauerit, de eo vero, num inimicitia capitalis sit excusatio legitima et num eadem ad voluntarias, an ad necessarias excusandi causas sit referenda, nihil constituerit, facile intelligitur, in hoc quidem argumento confugiendum esse ad ius subsidiarium. Ceterum temporis breuitate sui impeditus, quominus hoc argumentum copiosius excutere potuerim. Ego vero lectores beneuolos ea, qua par est, humanitate rogo, vt ea, quae proposui, aequis animis excipiant.



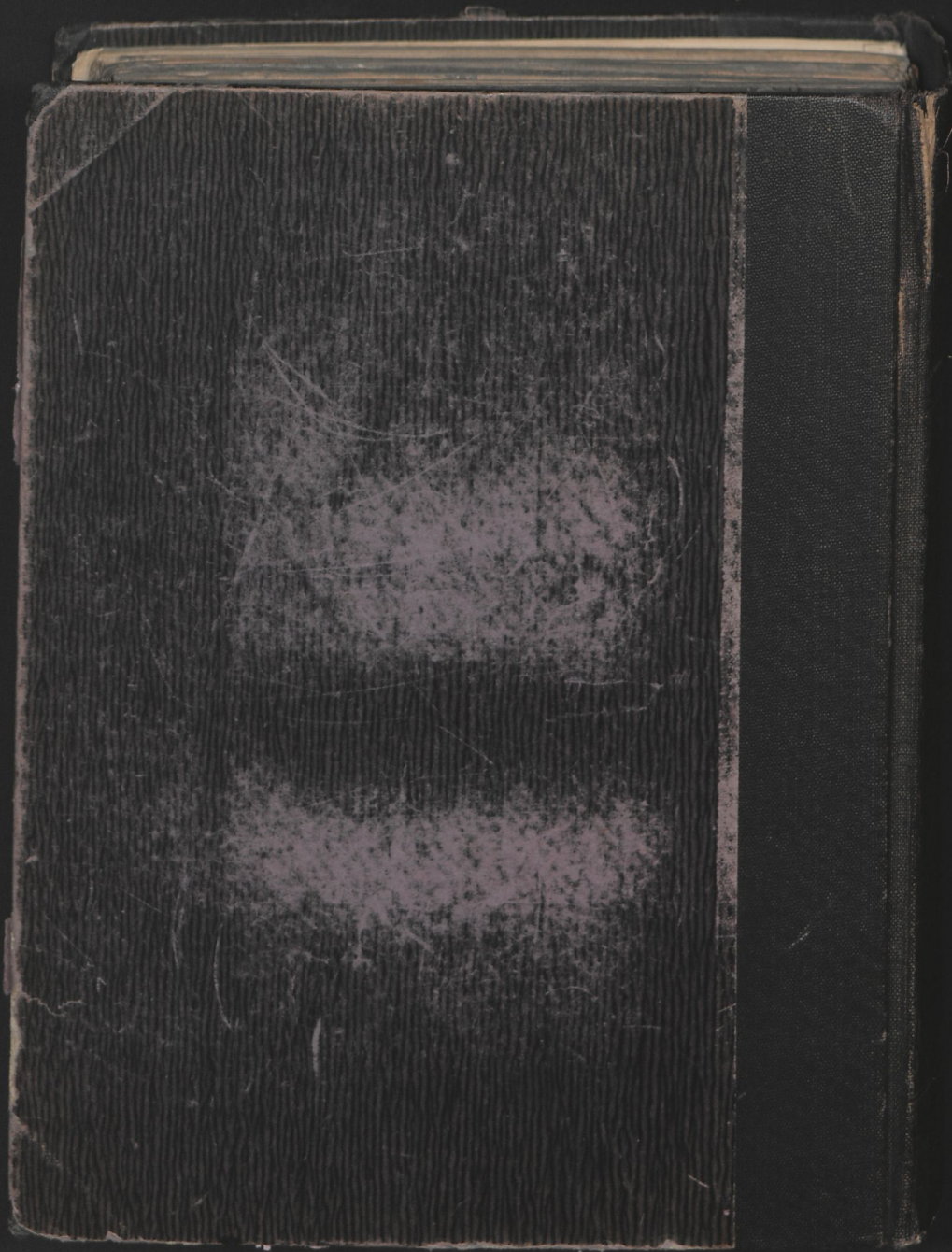
ULB Halle
004 334 728 3



f

Sb.







B.I.G.

Farbkarte #13

30

AD LEG. VI. §. XVII D.
DE

EXCVSATIONIBVS

COMMENTATIO

Q V A M

PRAESIDE

D. GEORGIO STEPHANO
WIESANDIO

SERENISSIMO PRINCIPI ELECTORI SAXONIAE & CONSI-
LIIS SVMMI PROVOCATIONVM SENATVS DECRETALIVM
PROFESSORE PVBLICO FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARIO
CONSISTORII ECCLESIASTICI DIRECTORE CVRIAE PRO-
VINCIALIS ET SCABINATVS ASSESSORE

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

OBTINENDIS

DIE XVI. MAII A. R. S. CIOCCCLXXXIII

H. L. Q. S.

AD DISCEPTANDVM PROPOSITVVS EST

A V C T O R

IOANNES LVDOVICVS HENRICVS HERMANNVS

ADVOCATVS DRESDENSIS.

VITEBERGAE

LITTERIS CAROLI CHRISTIANI DÜRRII.

1793 13

