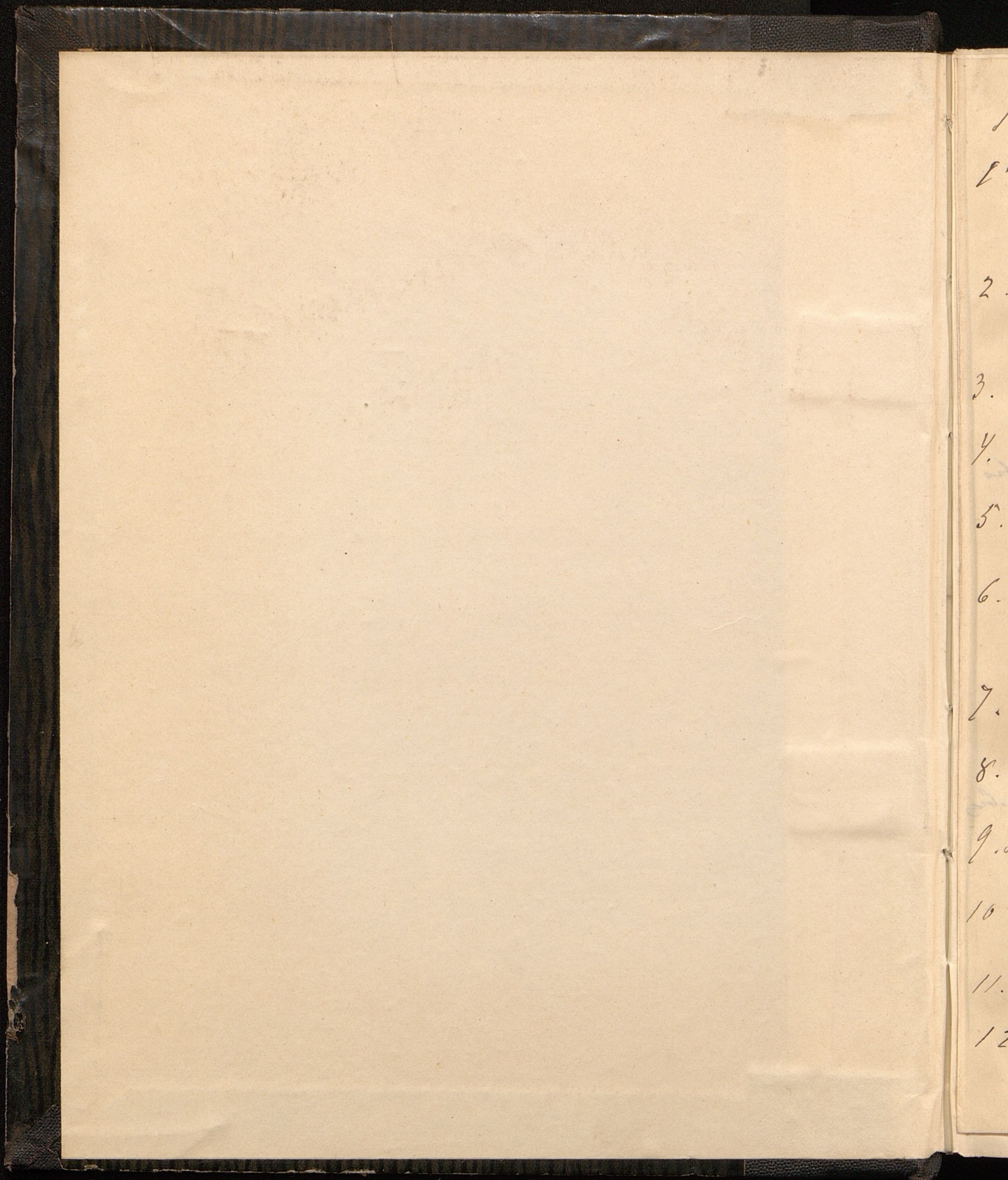


burg

1811







1.  
2.  
3.  
4.  
5.  
6.  
7.  
8.  
9.  
10.  
11.  
12.





1653.

1. <sup>part</sup> Eberhard, dichter Schwind, Johannes Thomas: De notorio

2 Sampl.

2. Faber, Johannes: Jus ac privilegium de non appellando.

3. Frid., Johannes Moricus: De cura redimibili et irreducibili.

4. Gumb, Johannes Jacobus: De coloribus juris in genere.

5. Kellinghausen, Christophorus: De cautione autentica.

6. Rauscherus, Johannes Christophorus: De querela simulationis.

7. Schulz, Maurus: De instrumento quarentigato.

8. Stein, Gathopetrus Ludovicus: De sepulchro violato.

9. Stillerus, Timotheus: De jure majestatis in genere.

10. Tabor, Joh. Otto: De reputatione fendi.

11. Tabor, Joh. Otto: De deposito.

12. Tabor, Joh. Otto: De in litem jurando.



1653.

13. Taber, Joh. Otto: De reprehensarum crimine.
14. Taber, Joh. Otto: De Fudacis
15. Venediger, Johannes Wolffgangus: De abrogatione legum.
16. Waltherus, Johannes: De jure successioneis creditorum, in  
1657) locum anteriorum.
1. Anthaeus, Philippus Ludovicus: De arrestatione
2. Hamelkenius, Geo: De jurisdictione
3. Mandius, Samuel: De subsidiis imperii a subditis debitis  
in genere et in specie de pecuniari coram dem modo  
Capitulatione
4. Marbachius, Johannes: De advocatia armata
5. Henbrunner, Marcus Tobias: De novatis
6. Schatz, Johann Henricus: De expectatione
7. Trendel, Johannes Hieronymus: De bonorum reparacionibus.



ltis

res:





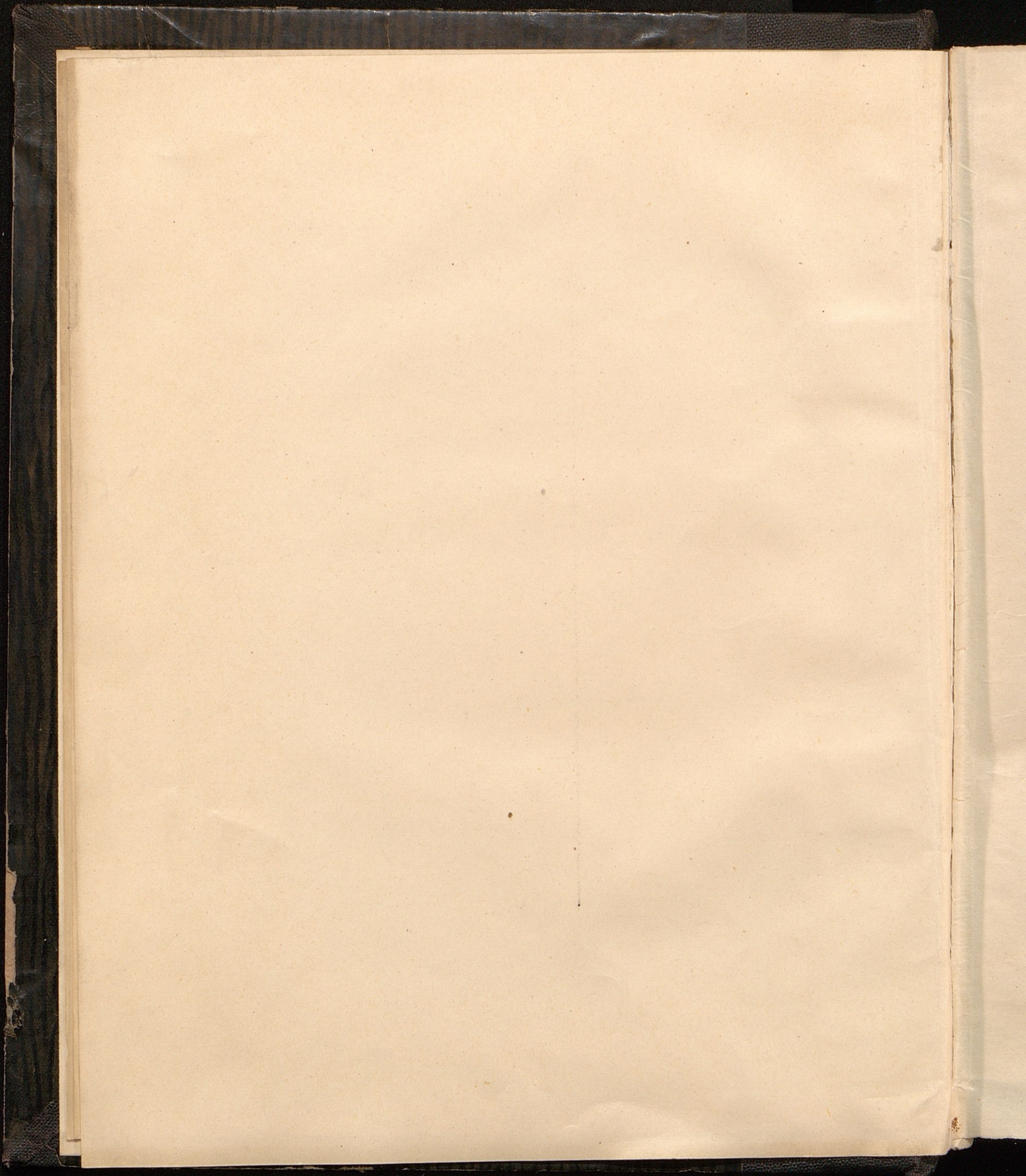
1. ...  
 2. ...  
 3. ...  
 4. ...  
 5. ...  
 6. ...  
 7. ...  
 8. ...  
 9. ...  
 10. ...  
 11. ...  
 12. ...  
 13. ...  
 14. ...  
 15. ...  
 16. ...  
 17. ...  
 18. ...  
 19. ...  
 20. ...













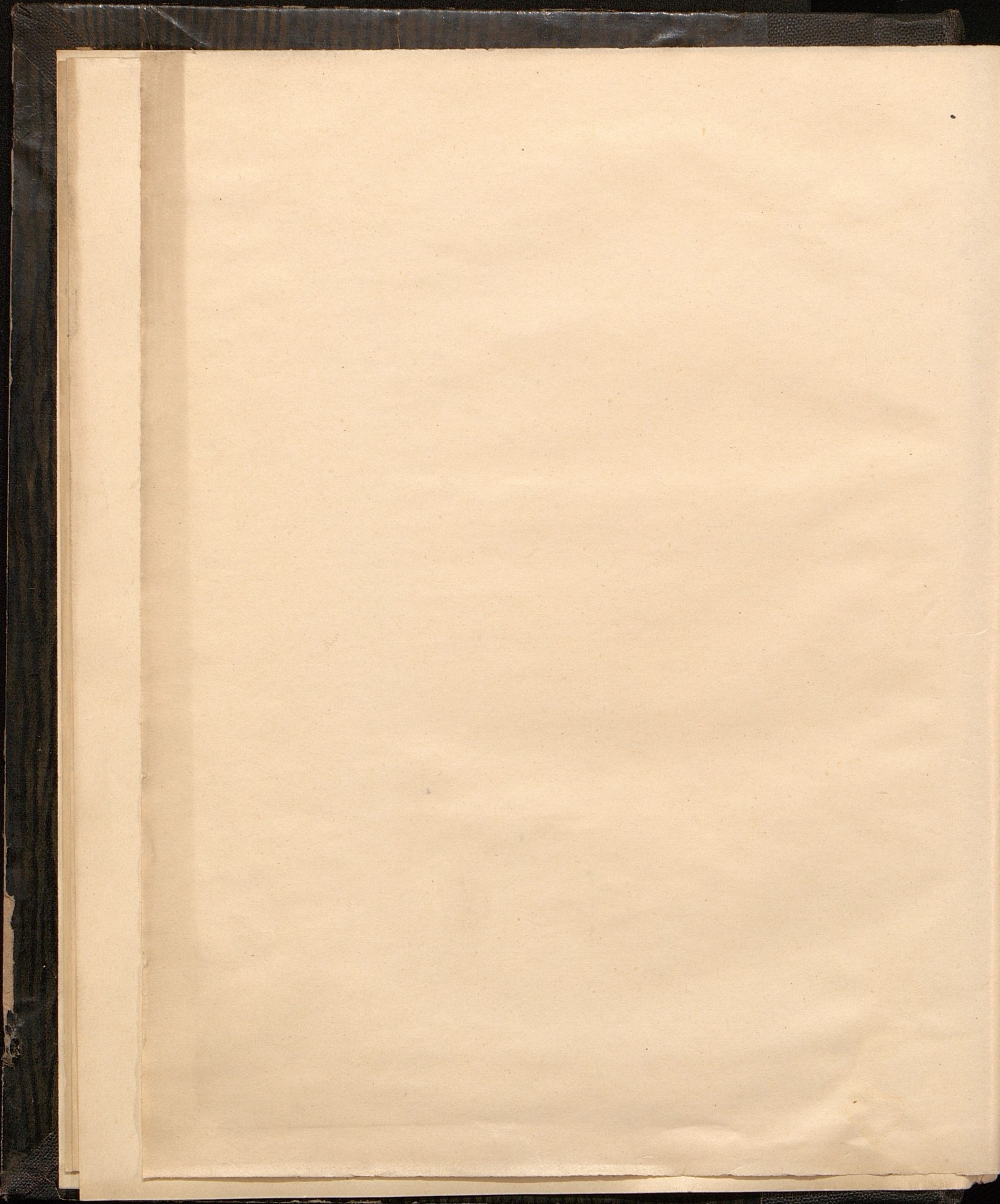
DISSERTATIO IN ARITHMETICIS  
DE  
NOTORIO,

IPSAM JUSTITIAM PRAEVIDE  
*Ex Dictione & Authoritate*

MAGNIFICI NOBILISSI  
MAGISTRI JOHANNIS DISCON.

AL







QVOD DEVS BENE VERTAT.  
DISPUTATIO JURIDICA  
INAUGURALIS

6 458

1653, 5.

*De*  
CAUTIONE  
MVTIANA.

*Dep. V.*

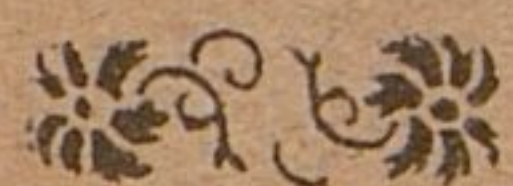
*QVAM*  
EX DECRETO ET AUTORITATE  
MAGNIFICI, NOBILISSIMI ET  
Amplissimi Jctorum ordinis in cele-  
berrimâ Argentoratensium  
Univerfitate,

PRO  
*Summis in UTROQUE JURE honoribus,*  
*privilegiis & immunitatibus LICENTIÆ*  
*ritè conſequendis,*

Publicæ & ſolenni diſquiſitioni ſubmittit

CHRISTOPHORUS KELLINGHUSEN  
HAMBURGENSIS.

*Ad diem 11. Auguſti.*



ARGENTORATI

Typis JOSIÆ STÆDELII, ACADE-  
MIÆ TYPOGRAPHI.

Anno M DC LIII.



86

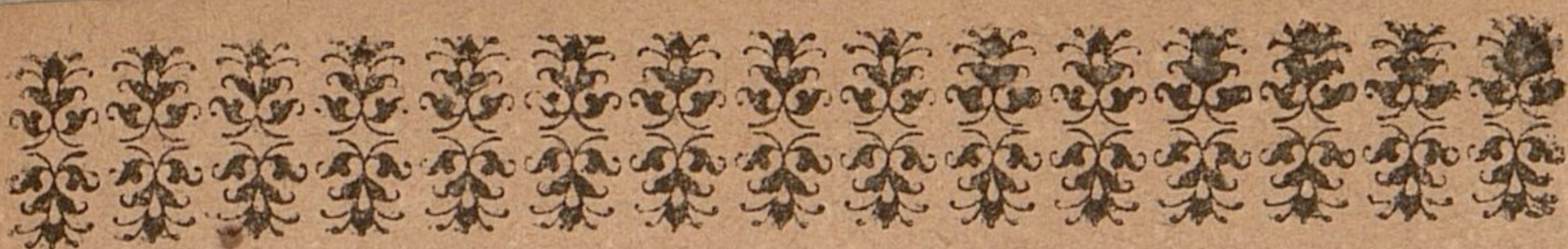
11. 11. 17



Hic  
fac  
riu  
hæ  
du  
die  
nu  
fer  
§. 3  
tat  
rec  
no  
aut  
tes  
que  
tur  
vel  
no  
Sca  
re &  
ver  
& b  
rol  
qu  
titu  
den







NT E conditionem, sub quâ relicta sunt, impletam neque hæreditas defertur, neque legatorum dies cedit *l. 5. §. 2. l. 21. quando dies legat. vel fideic. ced. l. un. §. sin autem. C. de Caduc. toll.*

Hinc eveniebat olim, ut cum aliquid sub conditione non faciendi relictum esset, eo non frueretur hæres vel legatarius ipse cui relictum erat; sed denique iis mortuis eorum hæredes, quoties nempe adjecta conditio non nisi hæredum vel legatariorum morte existere posset *l. 4. §. 1. quand. dies legat.* Imò interdum legatum planè intercidebat & nullius momenti erat, in iis quæ ad hæredem non transferuntur, veluti in usufructu legato *l. 3. quand. dies leg. l. 79. §. 3. de Cond. & Dem.* Atque hæc sine dubio præter voluntatem testatoris fiebant, qui creditur potius suo ipsius hæredi & legatario bene velle, quàm eorum hæredibus, quos nosse non potest, & voluntatem suam ratam haberi, non autem inutilem reddi enixè cupit. Cum itaque voluntates testantium conservari publicè intersit *l. 5. testam. quemad. aper.* & nihil sit, quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium *l. 1. C. de SS. Eccles.* Quintus Mutius Scævola JCorum proprium munus esse existimans cavere & remedia quærere, quibus quisque ad jus suum perveniat, primus rationem invenit, quâ hæc rerum confusio & bono publico contraria observatio emendaretur & tolleretur. Hæc cautio est ab autore Mutiana appellata, quâ interpositâ & voluntas defuncti conservatur, & potitur legato vel hæreditate statim is cui hæc relicta sunt, & denique securus redditur is, ad quem deficiente condi-

A 2 tione



22  
tione hæreditas vel legatum jure civili perventurum est. De hac igitur cautione Mutianâ loco disputationis inauguralis quædam dicere est animus: Ad quod ut vires mihi sufficiant summum numen devotâ mente invoco.

Ut autem thema hoc certis limitibus circumscribam, meque ipse cancellis quibusdam includam, quos egredi temerè non liceat, hisce capitibus tractatio absolvetur. Primo capite explicationem terminorum ipsiusque thematis definitionem proponam. Deinde 2. de Cautionis origine & approbatione disseram. 3. tum de personis, quæ caveant, quibusque caveatur, quædam exponam. 4. In quibus rebus hæc cautio locum habeat, vel non, docebo. 5. de formâ & modo cavendi agam. 6. Eius effectus tradam. 7. Denique contraria & affinia tractationem finient.

## C A P U T I.

### *Explicationem terminorum & ipsius thematis definitionem continens.*

#### T H E S I S I.

*Etymol.*

*Homon.*

**V**Ocabulum Cautionis à verbo cavere deducitur, quod est prospicere, consulere, item securum facere. Et varios habet significatus: 1. enim ponitur pro securitatis præstatione: quæ fit veldatis fidejussoribus, vel pignoribus, vel etiam solis verbis. Et in legatis quidem cum vel hæres vel legatarius cautionem interponere à testatore jussus est, ea intelligitur cautio, quæ minima est, h. e. nuda promissio *l. 3. C. de V. S. l. 62. §. 4. pro sec.* Et sic cautio & satisfactio separantur *l. un. de rip. munien. l. 57. de hered. pet. l. 57. de R. V.* Et cum epitheto nuda cautio hæc appellatur *l. 2. §. 6. de iudic.* Cui si jurisjurandi accedat religio, juratoria cautio vocatur *l. un. C. ut omnes iudic. l. pen. C. de dignitat. lib. 10.* Quod si fidejussores vel pignora dentur, idonea cautio nuncupatur *l. 59. §. vlt. mandat. l. 4. §. 8. de fideicom. libert. Gail. lib. 2. obs. 47. n. 4.* quo sensu etiam satisfactio dicitur.



eur. Nam hæc generalis vox est fideiussoriam & pignoratitiam  
 cautionem sub se comprehendens *d.l.3.C. de V.S.l.1. §.9. de Coll. bon.*  
*l.21. §. 2. de Const. pecun.* Quanquam propriè & ut plurimum toto  
 jure nostro Satisfactio dicitur ea, quæ datis fidejussoribus fit, *l.1.*  
*qui satisfdare cog. Pac. in Anal. C. de V.S. n. 5. Coll. Argent. tit. qui satisfd. cog.*  
*lib. 3. & opponuntur Satisfacto cavere & Cavere pignoribus. ll. sup.*  
*alleg. II. Deinde Cautio generaliter omnis scriptura appellatur,*  
 quâ cui prospicitur sive obligationis sive liberationis probandæ  
 causâ emittatur. *Briffon.* Atque ita denotat instrumenta, vel tabu-  
 las in quibus contractum negotium perscriptum est, item Chiro-  
 grapha, Syngraphas, Epistolas *l. 5. famil. hercis. l. 40. de reb. cred. l. 27.*  
*depos. l. 20. de pign. & hypoth. l. 32. §. 1. de Admin. & peric. tut. l. 2. C. de his qui*  
*accus. poss. l. 15. de probat. l. 24. de Const. pecun.* III. ipsam etiam Actio-  
 nem notat ex cautione proficiscentem *l. 1. §. 14. de Cloac. l. 24. §. ult.*  
*de minor.* Quemadmodum etiam Chirographi appellatione pro  
 ipsis actionibus utimur *l. 59. de legat. 3.* & Cautiones instar seu vi-  
 cem actionum obtinere dicuntur *l. 1. §. 3. de prat. stipul. l. 20. Ratam*  
*rem hab.* IV. Cautio etiam pro citatione legitur *Nov. 112. c. 3. pr.*  
 V. Formulæ Jctorum cautiones dicebantur, *Sic Cic. lib. 1. ep. 13. sed*  
*ut ego quoque de vestris cautionibus admoneam. & eod. lib. ep. 18. itaque*  
*quando vestra Cautiones infirmæ sunt.* Plures hujus vocis significa-  
 tiones, ut & quotupliciter vox cauendæ accipiatur, qui vult, apud  
 Lexicographos inveniet. Nos brevitati studemus.

2. Quod ad Synonymiam attinet. Cautio alias etiam *Synon.*  
 cautela dicitur *l. 15. §. 1. de Procur. & defens. l. 14. Depos. l. 21. de judic. l. 6.*  
*de pign. act. l. 33. §. 3. C. de Ep. & cler. l. 25. pr. l. ult. §. 1. C. de Adm. tut.* Quod  
 tamen verbum Triboniani, quàm Jctorum potius phrasin sape-  
 re quidam volunt, putantque clausulas, ubi verbum istud reperit-  
 tur à Triboniano legibus esse insertas. *Briffon.* Stipulationis etiam  
 vox interdum per metonymiam pro cautione usurpatur *l. 15. l. 27.*  
*§. 1. de Procur. & Defens. l. 42. §. ult. Solut. matrim. l. 3. §. 1. l. 10. judic. solu.*  
*Dn. Meyerus Endoxon. Iustinian. Dec. 1. c. 9. §. 2.* Quandoque cum adje-  
 ctione ab effectu & fine vocatur onus cautionis *l. 3. §. 4. l. 6. si cui*  
*plus quam per leg. Falc. lic. l. 12. ut legat. seu fideic. l. 77. §. 3. de Cond. &*  
*Dem. Vinculum cautionis l. 13. §. 1. de tutor. & cur. dat. Indemnitas*  
 cautio *l. 14 § 6. ad SC. Trebell.*

3. Vox Mutiana possessivum est à nomine proprio Mu-  
 tio deductum, eâdem derivatione, quâ Velleianum à Velleio, Tre-  
 bellia-

*Derivatio  
 vocis Mu-  
 tiana.*

A. 3)

bellia-





bellianum à Trebellio &c. Atque hæc est brevis explicatio du-  
rum vocum in themate nostro contentarum, separatim facta.

*Synon.  
opisus them.*

4. Quæ si conjunctim considerentur, Cautio Mutiana  
vocatur etiam Mutiana satisfactio l. 67. l. 106. de Cond. & dem. item  
Remedium l. 7. pr. de Cond. & Dem. l. 79. §. 3. eod. item exemplum  
Cautiois Mutianæ l. 72. §. 2. l. 77. §. 2. eod. item velut Mutiana cau-  
tio d. l. 72. §. 1. eod.

*Definitio.*

5. Et definiti potest, quod sit cautio, quâ is cui aliquid sub  
conditione non faciendi, quæ non nisi fine vitæ impleri potest,  
relictum est, datis fidejussoribus cavet ei, ad quem deficiente  
conditlone id jure civili perventurum est, se conditionem im-  
pleturum, aut si contra fecerit, restitutum aut ipsum quod  
accepit, aut ejus æstimationem cum fructibus mediij temporis.  
Quæ definitio deinceps in sequentibus explicabitur.

## C A P U T I I.

### De cautionis Mutianæ origine & appro- batione.

*usa Effic.  
nota.*

1. Primus cautionis Mutianæ autor, à quo nomen etiam  
sortita est, fuit Quintus Mutius Scævola Nov. 22. 6. 43. Publij Mutij  
Pontificis Maximi filius, qui & ipse Pontifex maximus fuisse, &  
jus civile primus constituisse generatim in libros decem & octo  
redigendo traditur à Pomponio l. 2. §. 41. de Or. jur. quem jurispe-  
ritorum eloquentissimum vocat Cicero in Bruto, & de Oratore,  
qui Servium summum Oratorem de re amici sui ipsum consulen-  
tem responsumque de jure iterato repetitum parum intelligen-  
tem objurgasse fertur & dixisse: turpe esse patricio & nobili & causas  
oranti suo, in quo versaretur, ignorare d. l. 2. §. 43. Cujus denique caput  
ante Simulachrum Vestæ Marij jussu, quem servaverat, amputa-  
tum & in Tyberim projectum est referente Cicerone lib. 3. de na-  
turâ Deor. plura de eo vide apud Valent. Forsterum Histor. jur. civ.  
Rom. lib. 2. cap. 33.

*Causa im-  
pulsiva.*

2. Hic igitur Quintus Mutius Scævola, cum animadver-  
teret defraudari hæreditate vel legato eos, quibus hæc sub con-  
ditione non faciendi, quæ morte demum eorum existere posset,  
relicta



relicta erant, atque ita negligi ultimas testantium voluntates,  
 juraque pietatis violari l. 7. C. de testam. manumiss. Memor officij  
 sui quod præcipuè etiam in cavendo consistit, Cic. in Orator. &  
 flagrans desiderio promovendi privati juxta publicique boni,  
 cum non tantum privatorum hominum & ipsorum defuncto-  
 rum interfit, ultimas eorum voluntates illibatas conservari l. 42.  
 de acq. vel omitt. her. l. 6. de interr. in jur. fac. pr. Inst. de leg. Falc. l. 1. C. de  
 SS. Eccles. sed & ipsius reipub. l. 5. testam. quemad. aper. cum præsertim  
 & antiquissima lex & prima pene reipub. Romanorum idem  
 disposuerit, secundum antiquam & patriam linguam ita dicens:  
 ut legasset quisque de sua re, ita jus esto. Nov. 22. c. 2. pro summo ingenij  
 acumine rationem excogitavit, quâ mederetur huic malo, ne  
 deinceps contra defuncti voluntatem hæreditate vel legato per  
 omne vitæ suæ tempus privaretur hæres vel legatarius; sed id  
 quod relictum est, statim caperet, sub fidejussoriâ cautione iis,  
 quorum interest, expositâ, se nihil facturum, quod appositâ con-  
 ditione facere prohiberetur, aut si in conditionem commisisset,  
 restitutum id quod relictum est, vel ejus æstimationem cum  
 fructibus mediæ temporis. Ut ex definitione patet.

3. Hanc Cautionem postea approbarunt summi Jcti *Causa foetia*  
 Aristo, Neratius, & Julianus: & confirmavit suâ constitutione  
 Imperator Divus Pius l. 7. de Cond. & Dem. ita ut utilissimum hoc  
 jus ad nostra usque tempora duraverit, & hodieque observetur.  
 Et hæc de Inventore hujus Cautionis ejusque approbatoribus.  
 Pergamus ultra:

C A P U T I I I.

De personis quæ caveant, quibusque  
 caveatur.

1. Personæ, quæ in hac nostrâ cautione principaliter se  
 offerunt considerandas, in duplici sunt differentiâ: quædam  
 enim cautionem præstant, aliæ eam recipiunt. De utrisque hoc  
 cap. videbimus. Et generaliter loquendo præstat cautionem *Causa effie.*  
 Mutianam is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum *proxima.*  
 est l. 18. de Cond. & Dem.

2. Vox



2. Vox Relicti propriè ad ultimas voluntates pertinet  
*l. 1. §. 10. de tabb. exhib.* & generalis est, ut tam hæreditas, quàm le-  
gatum, fideicommissum, & mortis causâ donatio relinqui di-  
cantur. Quorum exempla vide apud Briffonium *in hac voce*,  
Magn. Dn. D. Taborem, Facult. Jurid. Seniore, & p. t. Decanum  
Spectatis. Præceptorem, Hospitem & Patronum meum ætatem  
colendum *in tractatu de alienatione qua in mutuo vertitur pag. 460.*  
& seq. Sive igitur sit Hæres, sive Legatarius *l. 7. pr. de Cond. & Dem.*  
sive Fideicommissarius *l. 72. §. 2. cod. l. 65. §. 1. ad SC. Trebell.* sive etiam  
mortis causâ Donatarius, cautionem hanc interponere potest:  
ad hos enim omnes ea producta est *Nov. 22. c. 44. Iason. in l. 2. n. 23.*  
*de legat. 1.*

An hæres  
ex asse ca-  
vere tenea-  
tur?

3. De Hærede autem non satis expeditum est, utrum is  
tantum qui ex parte hæres est, an verò etiam ex asse hæres præ-  
stare hanc cautionem teneatur? Et sunt quidam magni nominis  
Dd. in eâ opinione, ut putent, hæredem ex asse non cavere, cum  
nemo sit cui caveat. Quam sententiam præter alios fovent Ap-  
cursius, Imola, Donellus, Bachovius, Coll. Arg. Rationem autem  
cur legitimis hæredibus eum cavere non posse existiment, hanc  
præcipuè reddunt: quod illo tempore, quo de deferendâ postea,  
si contra conditionem factum sit, hæreditate disputetur, inspe-  
cto, quis successurus sit ab intestato, tempore cautionis præstan-  
dæ sciri non possit *arg. §. placebat. 7. Inst. de legit. agn. success.* Et quod  
singularibus casibus receptum est, ut personæ publicæ caveatur,  
ad alios extendi nec possit nec debeat. *Bachov. volum. 2. disp. 23. th. 6.*  
*lit. d.*

4. Verior tamen contra sententiam videtur esse opinio,  
tum per *l. 18. de Cond. & Dem.* ubi generaliter definitur, ei caven-  
dum esse, ad quem jure civili deficiente conditione legatum hæ-  
reditasve pertinere potest: dubium autem non est, quin, cum  
scriptus hæres conditione defectus est, causa intestati succedat  
& hæreditas ad legitimos devolvatur: tum per expressum textum  
*in Nov. 22. c. 44.* Ad rationem autem obstantem supra allegatam,  
responsionem suppeditat ipse *Bachov. d. loc. in fin.* quod nempe fa-  
ctum conditioni contrarium retrahatur ad tempus ad eundem  
hæreditatis, & cum cautio in effectu tantum præstet, quantum  
hæreditatis acquisitio, si postea hæres contra conditionem fe-  
cerit, perinde quoque erit habendum, ac si statim tempore cau-  
tionis



tionis interpositæ conditio defecisset & hæreditas ab intestato delata esset.

5. Verum adversantur nostræ opinioni duo præterea textus l. 7. § 1. de Cond. & Dem. & l. 4. § 1. de Cond. Inst. Et ad priorem quidem prompta est responsio. Proponitur enim in d. l. 7. §. 1. casus, quo mulier virum suum ex asse hæredem instituerat sub conditione, si dotem promissam neque petisset neque exegisset, & ait lex ipso jure jam impletam esse conditionem, eò quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hæreditatem. Nam quod defunctus debuit non nisi à testamentario hærede peti potest, nemo autem à se ipse quid petere potest. Quo sensu hæc conditio etiam impossibilis vocatur in l. 20. de Cond. Inst. & propterea pro nullâ habenda l. 3. de Cond. & Dem.

Obstaculum  
textuum  
solutio.

6. Posterior verò textus l. 4. §. 1. de Cond. Inst. aliquantò difficilior est explicatu. Bartolus duas habet solutiones, quas frivolas appellat Bachov. alleg. loc. Prior est quod non curetur illa conditio, quæ nullius respiciat favorem. Verum interest utique hæredum ab intestato, ad quos hæreditas perventura est, si contra conditionem scriptus hæres faciat. Altera est, quâ dicit in specie d. l. nullos legitimos hæredes fuisse, quam probat Albericus Gentilis 2. lect. ult. Sed præterquam quod hæc mera divinatio est, nodum etiam non solvit, esset enim utique hoc casu cavendum fisco, ad quem hæreditas caduca pertineret. Cujacius lib. 5. Obs. 2. respondet; propterea in d. l. 4. §. 1. ex asse hæredem sub impossibili conditione dici institutum, quia servus hæreditarius jacente tantum hæreditate appelletur, aditâ verò eâ non amplius sit hæreditarius, sed hæredis proprius, confusione factâ bonorum hæreditariorum cum bonis hæredis. Ergo non posse amplius hæredem in conditionem peccare, cum, et si servum quondam hæreditarium manumittit, tamen suum servum manumittere, non servum hæreditarium existimetur. Sed hæc interpretatio cavillatoria est: non enim tam strictè & subtiliter hanc vocem testatorem usurpasse vero simile est, sed suum servum sine dubio intellexit, & hæreditas sæpe etiam dicitur quæ adita est l. 10. §. 2. de vulg. & pupill. subst. Deinde secundum hanc interpretationem ne quidem cohærede dato cautioni Mutianæ locus esset, quam tamen interponendam Julianus & Ulpianus statuunt. Aliam denique responsionem Anton. Faber lib. 2. conject. 16. proponit verbis satis ob-

B scuris,

ertinet  
uam le-  
qui di-  
ac voce,  
canum  
etatem  
g. 460.  
& Dem.  
e etiam  
potest:  
2. n. 23.  
trum is  
es præ-  
ominis  
e, cum  
nt Ap-  
autem  
t, hanc  
postea,  
inspe-  
æstan-  
t quod  
veatur,  
23. th. 6.  
opinio,  
caven-  
m hæ-  
a, cum  
ccedat  
extum  
gatam,  
pe fa-  
eundæ  
antum  
em fe-  
re cau-  
tionis





594  
scuris, quam probat *Hilliger. in Donel. Enucl. cap. 33. lit. Q.* Inter alia etiam hæc habet: Conditionem propterea dici impossibilem, quia utrumque testator voluit, & hæredem prius hæredem non esse, quàm conditionem implevisset, & conditionem prius non impleri, quàm adita hæreditas esset, quæ profus contraria & pugnantia sint. Sed si hæc explicatio admitteretur, dicendum esset ipsam institutionem ob perplexitatem suam inutilem & nullius momenti esse, non conditionem tanquam impossibilem remitti, *arg. l. 16. de Cond. Inst.*

7. Simplicius fortè possis respondere: Impossiblem conditionem vocari hîc eam, quæ deficere non potest, quæ certò exstitura est, hoc est necessariam, ab eo, quod aliquid impossibile supponat. Dum enim testator hæredem suum vetat, servum hæreditarium alienare, supponit eum posse alienare, quod est impossibile, cum nullum jus in bona hæredis tanquam aliena ante habere possit, quam aditione ea acquirat. Et hæc conditio vocatur impossibilis in non faciendo consistens, *l. 50. §. 1. de hered. Inst. l. 7. de V. O.* sive autem dicamus hæredem sub necessariâ conditione institutum esse, sive sub impossibili, res eodem recidit. Necessaria enim conditio non potest non existere & propterea conditionem re verâ non facit *l. 79. pr. de C. & D.* ea namque demùm vera est conditio, quæ ex rei futuræ eventu incerto dependet; *gl. in rubr. ff. de C. & D. Wesenb. in paratit. eod. n. 7. §. 4. Inst. de V. O.* Impossibilis autem conditio rejicitur *l. 3. de C. & D.* Utroque igitur modo institutio pura est. Si quis verò objiciet, quamvis ante aditam hæreditatem conditio hæc deficere non possit, posse tamen eandem deficere post hæreditatem aditam: ei regeremus, omnium conditionum naturam æstimari ante rem, cui adjiciuntur, existentem, cum itaque præsens conditio hæreditatis aditioni adjiciatur, & verò ante eam servus hæredis omninò alienari non possit, hinc impossibilitatem hujus conditionis æstimari, & conditionem ipsam rejici, quæ ubi semel rejecta est, non ampliùs attendi, an post aditionem hæres servum alienet, nec ne.

Conciliatio  
*l. 7. §. 1. de C.  
& D. & l.  
20. pr. de  
Cond. Inst.*

8. Secundum hanc explicationem conciliari etiam possunt *l. 7. §. 1. de Cond. & Dem. & l. 20. pr. de Cond. Inst.* quæ in speciem sibi videntur contrariæ. Quam enim conditionem altera ipso jure ait esse impletam, eam altera *ἀδύνατον*, h. e. impossibilem vocat. Hinc quoque patet non rectè Cujacium reprehendi ab

*Hilligero*



Hilligero Donel. Enucl. cap. 33. lit. Q. quod lib. 5. obs. 2. dixerit in d. l. 7. §. 1. de Cond. & Dem. conditionem fieri impossibilem, cum conditio ibi sit planè contraria impossibili, & necessaria seu omnimodo exstitura. Sed consentit cum Cujacio ipsa alleg. l. 20. pr. de Cond. Inst. quæ eandem eo, quo diximus, sensu impossibilem appellat. Cujus legis fortasse Hilligero non in mentem venit, cum hæc contra Cujacium commentaretur.

9. Alteram hujus cap. partem fecimus de personis quibus caveatur. Cavendum autem est ei, ad quem jure civili deficiente conditione legatum vel hæreditas pertinere potest, d. l. 18. de Cond. & Dem. seu cavendum est his quorum interest l. 65. §. 1. Ad SC. Trebell. Et quidem si particularis est institutio, cavebitur cohæredibus aut substitutis; si legatum vel fideicommissum, ei à quo hoc relictum est: si mortis causâ donatio, omnino hæredibus: si verò ex asse secundum talem conditionem conscribatur quis hæres, substitutis, si fuerint, aut omnino iis, qui ab intestato vocantur ad hæreditatem, Nov. 22. c. 44.

10. Quid autem si fideicommissum universale relictum sit, & recuset scriptus hæres adire hæreditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, ac proinde desiderante fideicommissario ex SCto Trebelliano cogatur adire & restituere hæreditatem? Resp. Tunc non cavebitur hæredi fiduciario, quia ejus nihil interest, nullum enim nec damnum nec commodum apud eum remanet §. 7. in fin. Inst. de fideicom. hæred. Sed si quidem fiduciarius ex parte hæres institutus est, cavebitur cohæredibus, qui adierunt; sin ex asse, iis qui ab intestato ad hæreditatem perventuri sunt d. l. 65. §. 1. ad SC. Trebell.

11. De substitutis legatariorum, h. e. iis ad quos sub contraria conditione legatum translatum est, quæritur: An his etiam caveri debeat? Et Affirmativam tuetur Cujacius ad l. 72. pr. de Cond. & Demon. Quia ad hos redeat legatum quod deficit & per consequens ipsorum interfit. Sed negandum est eorum ita interesse, ut cautionem à legatario exigere possint. Etenim hæres oneratus est, non enim à priori legatario fideicommissum relictum est, si contra conditionem fecisset; sed ab hærede legatum est, qui sibi prospicere debet cautione de non faciendo contra conditionem arg. l. 3. §. 4. de adim. vel transf. legat. Et ex ipsâ definitione legati patet ab hærede id præstandum esse §. 1. Inst. de legat. Et si prior legata-

463  
Cujacius  
vindicatur  
à notâ Hil-  
ligeri.

Subjectum  
Recipiens.

An substi-  
tuto lega-  
tario cavea-  
tur?



legatarius contra conditionem fecerit, commissâ stipulatione hæredi legatum, vel quanti ea res est, restituit, eo que casu hæres ei, cui ex contrariâ conditione legatum debuerit, restituet, l. 67. de Cond. & Dem. Ordine itaque & mediatè à primo ad secundum legatarium legatum pervenit, non immediatè. Et propterea hoc interesse posterioris legatarij non attenditur: nam quæ per consequentias fiunt, spectare non solemus l. 1. l. 7. pr. de Aut. & conf. tut. Coll. arg. de legat. l. 21. Quod si hæres per negligentiam sibi idoneè cavere non curaverit, & inde damnum in re legatâ evenerit, ipse ad damni hujus præstationem tenetur, & ab ipso id, quod interest posterior legatarius consequi poterit arg. l. 73. de Cond. & Dem. Certè si prior legatarius etiam substituto suo cavere teneretur, hic substitutus legatarius hæredem de non idoneè exactâ cautione, aut de damno præstando convenire non posset, contra d. l. 73. sibi enim imputaret quod idoneè cavendum ipse non curasset, & damnum, quod suâ culpâ sentiret, sentire non videretur cap. 86. de R. l. in 6. l. 203. ff. eod. Nec movet quod hîc aliquando substitutus damnum incurrit, quando scilicet cautio medio tempore defecit, quæ sollicitè fuerat exacta, uti ait alleg. l. 73. h. e. quando fidejussores & ipse principalis legatarius medio tempore facultatibus lapsi sunt, ut ita satisfacere hæredi commissâ stipulatione non possint. Nam hoc damnum per accidens evenit, & casibus fortuitis potius, quàm ullius hominis culpæ ascribi debet, nec minus contingeret, licet ipsi substituto cautum fuisset, ob incertum cautionis eventum, l. 6. quod fals. tut. aut. l. 66. §. 1. ad SC. Treb.

#### C A P U T I V.

*In quibus rebus cautio hæc locum  
habeat.*

*Subiectum  
occupans,  
sive Obje-  
ctum.*

1. Res circa quas cautio Mutiana versatur, ex ipsâ definitione supra positâ cognoscuntur esse eæ, quæ ultimâ aliquâ voluntate sub conditione non faciendi, quæ morte demum honorati impleri potest, relictæ sunt. Quas penitus inspicere cupientes rectè faciemus, si separatim primùm conditiones, deinde ipsas res consideremus.

2. Et:



2. Et primò quidem fortasse supervacuum est monere, ut cautio hæc locum habeat, oportere conditiones ipso jure esse validas, non impossibiles naturâ, vel turpes, aut tales, quas senatus vel Princeps improbant, quæ impossibilibus annumerantur *l. 15. de Cond. Inst.* cum enim tales in ultimis voluntatibus pro non adjectis & nullis habeantur *l. 14. de Cond. Inst. l. 3. l. 20. de Cond. & Dem.* ita ut implere eas necesse non sit, legatumque pro puro habeatur *l. 5. §. 3. & 4. quand. dies legat.* frustra omnino disputatur de interponendâ cautione Mutianâ.

Requisita  
conditio  
num.

3. Si igitur Conditiones jure sint validæ, requiritur 2. ut in non faciendo consistant. *l. 7. l. 18. de Cond. & Dem.* (quas Nov. 22. c. 43. pendentes in causarum prohibitionibus vocat.) Nam quæ in faciendo consistunt, re ipsâ impleri debent, aliàs legatorum dies non cedit *l. 5. §. 2. quand. dies legat. vel fideic. ced. l. un. §. Sin autem. C. de caduc. toll.* Faciendi verò vox hîc aliquanto latius sumitur, quàm in materiâ contractuum innominatorum, ubi facere & dare distinguuntur *r. r. de præscr. verb.* hîc autem verbum facere omnem omninò faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi *l. 218. de V. S. l. 60. de Cond. & Demonsf.*

Requisi  
tum 2.

4. Notandum tamen non excludi hîc conditiones eas quæ non faciendi conditionibus æquipollent, licet affirmativè fuerint conceptæ. Exemplum est in *l. 101. §. 3. de Cond. & Dem.* ubi Socrus Nurui fideicommissum ita reliquerat, *si cum filio meo in matrimonio perseveraverit.* Hæc conditio, si obiter inspiciatur, affirmativa videtur, sed si accuratiùs rem perpenderit, deprehendemus eam implicitam habere negationem, & vi ipsâ negantem esse, æquipollet enim huic, *si à filio meo non divorterit.*

5. Non tamen in omnibus promiscuè conditionibus non faciendi cautio hæc locum habet. Licet enim *l. 7. & l. 18. de Cond. & Dem. & Nov. 22. c. 43.* indefinitè & generaliter loquantur, tamen pro subjectâ materiâ sunt accipiendæ & ex aliis ll. limitandæ. Requiritur enim 3. ut ea sit conditio, quæ non nisi morte ejus, cui aliquid relictum est finiatur: vel, quæ nisi sine vitæ impleri non possit *l. 73. de Cond. & Dem. l. 65. §. 1. ad SC. Trebell.* Nam si ante mortem Legatarij, vel hæredis, vel cujusvis alterius, cui quid sub eâ testamento relictum est, existere possit, Cautio Mutiana non intercedit; sed omnino expectandum est, donec revera conditio

Requisi  
tum 3.

B 3 implea-

atione  
hæres  
l. 67.  
undum  
rea hoc  
er con-  
onf. tut.  
ibi ido.  
venerit,  
quod  
Cond. &  
tenere-  
câ cau-  
contra  
non cu-  
deretur  
do sub-  
tempo-  
quando  
e facul-  
latione  
casibus  
et, nec  
b incer-  
Treb.  
â defini-  
quâ vo-  
n hono-  
cupien-  
de ipsas  
2. Et:



impleatur: & si Legatarius vel quilibet alius, cui relictum est, ante impletam conditionem decesserit, nihil ad hæredem suum transmittet conditione defectus l.72. §.2. l.101. §.3. l.106. de Cond. & Dem.

6. Ratio diversitatis, quamobrem in non faciendi conditionibus, quæ morte demum legatarij vel hæredis existunt, Cautio Mutiana locum habeat, in cæteris autem, quæ vivis eis contingere possunt, non item habeat, hæc est. Quod in illis, si absque Cautione Mutianâ esset, eveniret, ut non ipse hæres institutus, vel legatarius potirentur legato vel hæreditate, sed demum istis mortuis eorum successores: atque ita perirent ultimæ morientium voluntates, quas tamen conservari publicè interest. Vero enim similis est defunctum Testatorem suis Hæredibus vel Legatariis consultum cupere & hæreditate legatove eos potius frui desiderare, quos ipse instituit, quam eorum demum Hæredes. Interpretatione igitur secundum conjecturam voluntatis defuncti factâ in modum resolvendæ sunt hæc conditiones & cautio Mutianâ cavendum hæredi vel legatario, nunquam se contra prohibitionem Testatoris facturos. Hæc autem ratio cessat in conditionibus cæteris: Cum enim vivo eo, cui relictum est, conditio impleri possit, & eâ impletâ Testatoris beneficio Hæres vel Legatarius ipse fruatur, atque ita defuncti voluntas exitum habeat; nulla causa est quamobrem conditio aliter explicetur, quàm nativus verborum sensus exposcit, & proinde Cautio Mutiana locum hîc invenire non potest. In quibusdam etiam harum conditionum accidit, ut ne morte quidem ejus, cui quid relictum est, impleantur, sed demum post eam, ex gr. cum Mævio centum lego, si mulier non nupserit, si vivâ muliere moriatur Mævius legatum extinguitur, nondum impletâ conditio. Frustra itaque caveret hîc Legatarius.

7. Si tamen de voluntate testatoris apertè constet, aut evidenter probatum fuerit per eum, cujus interest, testatorem noluisse rem legatam vel hæreditatem relictam ad legatarium vel hæredem priùs pervenire, quàm reverâ conditio impleta sit, nullus Cautioni Mutianæ locus erit; sed expectabitur mors ejus, cui relictum est, ne remedium, quod ad conservationem voluntatis defuncti introductum est, ad eam oppugnandam serviat.

8. Quod autem diximus conditiones, quæ vivo legatario impleri



impleri possunt, non admittere cautionem Mutianam, ei graviter obstant l. 7. & l. 67. de Cond. & Dem. ubi legatum est sub conditione, si servum non manumiserit, quæ sanè morte servi existere potest vivo legatario, & nihilominus dicitur satisfactione interpositâ legatarium ab hærede legatum accipere posse. Resp. Bachov. vol. 2. diss. 13. th. 6. lit. g. ex Alb. Gent. 2. lect. 1. propterea hæc cautionem interponi, quia hoc totū positum est in facto legatarij, qui singulis momentis possit factū implere, præsertim cum habeat in servum jus vitæ & necis, & per scelus possit ad legatum sibi viam facere, quæ ratio vera est. Nec tamen ideo rejicienda est ea, quam habet Cujacius, sed potius priori conjungenda: Regulam scilicet hanc, quæ negat conditiones, quæ vivo legatario impleri possunt, admittere cautionem Mutianam, de iis solum verè dici, quæ apertè in mortem alterius, quam legatarij collatæ sunt, non verò de aliis, in quibus casus quidem existere possunt, quibus vivo legatario impleantur, istos autem casus testator non respexit. Ita in dd. legib. non apertè in mortem servi conditionem testator contulit, mortem, inquam, servi non cogitavit, sed legatarij, tanquam sub hæc conditione reliquisset, si legatarius usque in diem ultimum vitæ suæ abstinerit à manumissione servi. Hoc igitur solo casu inspecto, legatarius oblatâ cautione Mutianâ ad legatum statim admittetur. Eodem modo in conditione hæc, si iterum nuptias non contraxerit, jure novissimo præstatur cautio Mutiana, etiam si conditio ante mortem legatarij existere possit, puta sacerdotio obtingente, ut nuptiarum spes nulla amplius supersit: quia tamen non sacerdotium, sed solam mortem legatarij testator spectavit, si usque in eam permaneret cælebs, meritò hoc casu cautioni Mutianæ locus est, Nov. 22. cap. 44. §. 7. Sed de conditione nuptiarum paulo inferius dicemus.

8. Denique in l. 72. pr. de Cond. & Dem. cum tale legatum esset relictum Titia, si à liberis non discesserit, quidam negaverunt eam rectè cavere, quia vel mortuis liberis conditio possit existere: Contrarium tamen placuit. Nam sive pater est, qui hanc conditionem mulieri præscripsit, non potest ille præsumi cogitasse de casu hoc tristi & miserabili ante matrem obeuntium liberorum; sed secundum votum parentum creditur certò sperasse, eos matri fore superstites, & ita solam uxoris mortem sibi proposuisse: Sive quis extraneus sub eâ conditione Titia legavit.





gavit, neque tum voto matris opponi debet tam ominosa non  
interponendæ cautionis interpretatio. Et sicut nemo intelligitur  
filio patrem contra votum parentum substituere *l. 26. §. 1. si quis  
omis. caus. test.* ita nemo etiam creditur parentibus malè ominari &  
in tempus mortis liberorum legatum relinquere. Idem observa-  
tur si liberte patronus ita legaverit, *si à liberis suis non discesserit;*  
Nam & hîc cautio Mutiana locum habet, licet liberi ante liber-  
tum decedere possint, fuit enim, *ait d. l. 72. §. 1.* periculosum ac tri-  
ste libertum conjunctum patroni liberis eorundem mortem ex-  
pectare. *Vid. omninò Cujac. lib. 5. obs. 2.* ubi per inductionem exem-  
plorum ostendit, in omnibus locis, ubi de conditionibus, quæ  
vivo legatario impleri possunt, respondetur cautionem Mutia-  
nam locum non habere, ea, quæ sub iis conditionibus relicta pro-  
ponuntur, aperte esse relicta post mortem alterius.

9. Et hæc ita se habent, cum addita conditio non faciendi  
sola existit: cum verò præter eam alia adjecta invenitur, per  
quam actio legati differri possit, cautio Mutiana prius interponi  
non potest, quàm altera conditio, quæ effectum ejus impedit,  
impleta, atque ita impedimentum fuerit remotum *l. 77. §. 1. de  
Cond. & Dem.* omnibus enim conditionibus parendum est, *l. 5. de  
Cond. Inst.*

De condi-  
tione nu-  
ptiarum.

10. Inter eas conditiones, quas paulò superiùs jure im-  
probari diximus, est etiam conditio nuptias prohibens. De quâ  
cum jura variant, aliterque jure antiquo, aliter novo & novissi-  
mo constitutum sit, & etiamnum pro locorum & incolarum con-  
suetudine apud alios vetus apud alios novum jus observetur, ut  
sciri possit, ubi cautio Mutiana locum habeat vel non, non abste-  
erit quædam hîc afferre, ita tamen ne digressio fiat longior.

11. Et lex quidem Julia & Papia, quæ utilis reip. esse dici-  
tur, sobolis scilicet procreandæ causâ lata *l. 64. de Cond. & Dem.  
Nov. 22. cap. 43.* quam ob causam etiam dotes mulieribus conserva-  
ri publicè interesse dicitur, cum dotatas esse scæminas ad sobolem  
procreandam replendamque liberis civitatem maximè sit neces-  
sarium *l. 1. solut. matrim.* unde veteres Romani liberorum nume-  
rum præmiis, orbitatem pœnis affecerunt, *Duaren. Perez in C. h.*  
Hæc igitur lex Julia & Papia ita procedit; ut, si indefinitè & ge-  
neraliter nuptiæ prohibeantur, conditio tanquam matrimonij  
planè impeditiva & cœlibatum injungens improbetur & remit-  
tatur,



tatur, in tantum ut, si sub hac conditione legatum sit, si non nupserit, non modo nubere ipsi & legatum capere liceat; sed etiam si expressè sub contrariâ conditione, si nubat, fidei ejus commissum sit, ut Titio legatum restituat; non tamen cogatur fideicommissum præstare l. 22. de Cond. & Dem. Diversum observatur, si sub conditione, si non nupserit, legatum acceperit, & simpliciter id restituere rogata sit l. 14. pr. de legat. 3. non enim plus beneficio legis ex legato concessum est mulieri, quàm haberet, si conditioni paruillet l. 74. de C. & D. hoc autem casu, etiam si non nupserit, fideicommissum nihilominus restituet.

12. Sed hæc ita se habent, nisi sub contrariâ conditione disponatur aliquid cujus favor favori nuptiarum præponderet, tunc enim conditio implenda est, aut omittendum legatum. Nam si servi ususfructus, quoad vidua esset, mulieri legetur; idemque servus sub contrariâ conditione, si ea nupfisset, liber esse jubetur: si mulier nupserit, liber erit, ob summum favorem libertatis, quæ legato potior est, l. 96. §. 1. de C. & D. Quod si ita legatum sit, si non nupserit 200. si nupserit 100. lego, si nupserit mulier opimius legatum eligere potest, non tamen utrumque 200. & 100. capiet, quod ridiculum sit, eandem & ut viduam & ut nuptam admitti, l. 100. de Cond. & Dem.

13. Quamvis autem in arbitrium alterius nuptiæ conferantur, nihilo magis conditio valet, licetque vivo eo, in cujus arbitrium collatæ sunt, sine arbitrio nubere, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur. Eodem modo succurreretur mulieri, si vivo testatore Arbitrator decedat, licet conditio deficiat, quia suspensa quoque pro nihilo foret l. 72 §. 4. de Cond. & Dem. l. 54. §. 1. de legat. 1. Præterea si Mæviæ ita legatum sit, si non nupserit cum morietur, adjectio hæc nihil operatur, ne per eam illudatur legi Juliæ. Videtur enim propterea mortis tempus adjectum esse, ut nuptiarum impedimentum eò fortius sit. Quod tamen non probatur, si certus dies incertusve alius legato ascriptus sit, tunc enim conditio quidem remittitur, ante diem tamen legatum non capitur l. 72. §. 5. de Cond. & Dem. Si vir uxori, si à liberis ne nupserit, in annos singulos aliquid legavit, etiam tunc, quamvis nubat, mulier legatum capiet: sed si ita scriptum est, si à liberis impuberibus ne nupserit, patendum est conditioni, quia magis cura liberorum, quàm viduitas injuncta esse videtur, l. 62. §. 2. de C. & D.

C

14. At-





14. Atque ita se res habet in conditionibus indefinite  
omnes nuptias prohibentibus. Quod si verò à certarum persona-  
rum nuptiis mulier abstinere, vel etiam certæ cuiuspiam personæ  
nubere iussa sit, vel denique certis tantum in locis nuptias con-  
trahere vetita sit, conditio necessariò implenda est, aut exciden-  
dum legato *l. 63. cum seq. de Cond. & Dem.* potest enim ea cuilibet  
alij, vel quolibet alio loco satis commodè nubere & sobolem  
procreare, ut ita deficiat ratio legis Julię & Papię. Nisi forte is,  
cui mulier nubere jubetur, nuptiis ejus indignus sit, tum enim di-  
cendum est, posse beneficio legis cuilibet nubere. Quæ enim  
Titio nubere jubetur, cæteris omnibus nubere prohibetur, ita-  
que si Titius indignus sit, tale est, quale si generaliter scriptum  
esset, *si non nupserit.* imo, si veram amamus, durior hæc conditio  
est, quàm illa, *si non nupserit:* nam & cæteris omnibus nubere pro-  
hibetur, & Titio, cui inhonestè nuptura sit, nubere jubetur, uti  
loquitur *Cajus d. l. 63. de C. & D. l. 2. C. de Inst. & subst.* Idem est si loca  
mulieri prohibita sint, extra quæ ea non facilè nuptias possit in-  
venire; nam ipso jure rescinditur, quod fraudandæ legis gratiã  
ascriptum est. *d. l. 64. de Cond. & Dem.*

15. Et hæc quidem ita observantur, si ipsi mulieri (vel  
etiam viro, ad utrumque enim lex Julia & Papia pertinet, & in  
utroque conditio viduitatis improbata est *l. 79. in fin. de C. & D.*  
*l. 3. pr. C. de ind. viduit. toll.*) sub istâ conditione legatum sit. Cæterum  
si alij legatum sit sub conditione, *si mulier non nupserit,* dubium  
non est, quin conditio, sicut quælibet alia, valeat, & nubente  
muliere, legato etiam excidat legatarius *l. 1. C. de ind. vid. toll.* Nulla  
enim hîc viduitas mulieri propter spem lucri injungitur, cum  
ex legato extraneo relicto nullum commodum percipiat. Si  
verò legato adjunctum fuerit fideicommissum, rogatusque lega-  
tarius eidem mulieri eam rem restituere, remittitur conditio, &  
statim petet legatarius legatum ob fideicommissum, etiam si nu-  
bat mulier, quod remoto fideicommissum non caperet nisi condi-  
tione impletâ, nec si Mutianam cautionem interponere paratus  
esset, quia conditio ante ejus mortem existere potest, *l. 77. §. 2. de*  
*Cond. & Dem.*

16. Quod si tamen in fraudem legis alij legatum sit ad im-  
pediendas nuptias, conditio nullam vim habebit: ut si patri le-  
gatum sit sub conditione, *si filia ejus, quam in potestate habet, non*  
*nupserit:*



nupserit: vel filiofamilias, si pater ejus uxorem non duxerit, l. 79. §. 4. de  
 Cond. & Dem. Quia illo casu filiafam. sine consensu patris nuptias  
 contrahere non potest, atque ita nolente patre consentire nu-  
 ptia ejus impediuntur: hoc autem casu perinde est, ac si ipsi pa-  
 tri legatum esset, si uxorem non duxerit, cum omnia bona filiofami-  
 lias ad patrem pertineant, nec momento aliquo acquisita hære-  
 ditas vel legatum subsistat in personâ ejus, per quem acquiritur,  
 sed confestim acquiratur ei cujus est in potestate l. 79. de acquir.  
 vel omitr. hered. Item si mulieri & alij conjunctim legatum reli-  
 ctum sit, sub conditione si mulier non nupserit, uterque partem lega-  
 ti habebit, etiam nubente muliere: hæc quidem, quia ei remitti-  
 tur conditio, ille verò propter mulierem sibi conjunctam, uti  
 etiam aliàs sæpe accidit, ut, quod per nos & ex nostra persona ha-  
 bere non possumus, id consequamur per alium & propter con-  
 junctionem cum alterius personâ l. 74. de Cond. & Dem. in quâ Cu-  
 jacitria singularia observat, quem vid. in quest. Papin. ad hanc l.

17. Diligenter autem observandum discrimen, quod inter  
 juvenes vel puellas, & inter viduos viduasve hîc observatur. Illis  
 enim conditio cælibatum injungens omnino & simpliciter re-  
 mittitur; his verò non simpliciter, sed sub modo & tum demum,  
 si intra annum jurent, se non libidine aliquâ, sed liberorum quæ-  
 rendorum causâ ad secundas nuptias transire: post annum vero  
 omninò non remittitur, sed cautio Mutiana interponenda est, de  
 conditione implendâ. Differentiæ hujus ratio in eo posita esse  
 videtur, quod non pari favore primæ & secundæ nuptiæ dignæ  
 fuerint habitæ, & quamvis secundæ nuptiæ permissæ sint, tamen  
 semper aliquâ incontinentiæ notâ laborarunt, non tantum apud  
 Ethnicos, sed & sanctos patres, vid. Iohan. Robert. animadv. lib. 1. c. 2.

18. Quæ hæctenus allata sunt, ita de jure antiquo se ha-  
 bent. Sed Justinianus sustulit id, quod in viduis observatum esse  
 diximus, ne amplius vel juramentum interponere vel cautionem  
 Mutianam necesse haberent, propter anceps perjurium, cum satis  
 esse inhumanum videatur, per leges, quæ perjurium puniunt,  
 viam perjurii aperiri l. 2. & 3. C. de Ind. vid. toll. & sic exæquavit vi-  
 duorum conditionem cum eâ, quæ est juvenum vel puellarum  
 matrimonij jugum non dum expertarum, ut similiter omnibus  
 conditio nuptias prohibens simpliciter remittatur.

C 2

19. Has

finitè  
 sona-  
 sonæ  
 con-  
 iden-  
 libet  
 olem  
 rre is,  
 m di-  
 enim  
 ita.  
 ptum  
 nditio  
 e pro-  
 ur, uti  
 si loca  
 sit in-  
 gratiâ  
 ri (vel  
 & in  
 & D.  
 terùm  
 ubium  
 bente  
 Nulla  
 cum  
 at. Si  
 e lega-  
 tio, &  
 nsi nu-  
 condi-  
 paratus  
 §. 2. de  
 tadim-  
 patri le-  
 ber, non  
 nupserit:





184  
19. Hastamen suas constitutiones Justinianus denuo mu-  
tat Nov. 22. c. 43. & 44. & recantat, ut Cujac. loquitur in recitat. C. de ind.  
vid. toll. & ferè redit ad jus vetus, dum nullo modo conditionem  
viduitatis vult remitti, sed cautionem Mutianam interponi de re-  
stituendo legato, si in viduitate non decesserit. Id tamen post an-  
num demum; intra annum autem penitus nullam esse petiti-  
onem relictæ, nisi forte sacerdotium obvenerit ei, cui relictum est,  
atque ita spes nulla nuptiarum amplius extet, l. 52. C. de epis. & Cler.  
Eoque jure Gallos uti in d. recitat. Cujacius testatur, quippe cum  
apud Pontificios secundæ nuptiæ etiamnum odio quodam labo-  
rent. Et præjudicium refert *Annæus Robertus lib. 2. rerum judicat. c. 7.*  
Quod Augustanæ Confessionis Theologis minus probatur, qui  
nullum conjugis honestis impedimentum injici patiuntur. Vid.  
*Carpzov. lib. 2. Jurispr. Consist. Defin. 172.*

20. Superesset in hæc nuptiarum conditione, ut formam  
& effectus cautionis Mutianæ videremus, quos habet peculiates  
à cæteris conditionibus negativis: quia autem suo quæque loco  
tradere animus est, ideo redimus in viam.

Res ipsæ in  
quibus hæc  
cautio lo-  
cum habet.  
*ante diem.*

21. Visis hoc modo conditionibus in quibus cautio Mu-  
tiana locum habeat, pergamus ad res ipsas circa quas condiciones  
hæ versentur. Hæ verò sunt legata & hæreditates l. 7. pr. l. 18. de C.  
& D. Nec refert utrum tota hæreditas, an pars ejus relicta sit, uti  
supra demonstratum. In fideicommissis quoque hoc remedium  
admittitur l. 72 §. 2. de Cond. & Dem. l. 65. §. 1. ad SC. Trebell. sed & in  
mortis causâ donationibus Nov. 22. c. 44. in fin. *lason in l. 2. n. 23. de le-  
gat. 1.* quoniam hæ ad exemplum legatorum redactæ sunt per  
omnia §. 1. *Inst. de donat. l. 37. de more. caus. donat. l. ult. C. eod.*

22. De Usufructu sub conditione non faciendi relicto du-  
bitari potest, an in eo etiam locum habeat cautio Mutiana? Et  
cum conferatur in id tempus, quo persona decedere incipit, &  
quo etiam constitutus usufructus intercidere solet, videtur di-  
cendum inutiliter legari, l. 51. de usufr. & quemad. l. 5. de usu & usufr.  
leg. nec cautione Mutianâ inutile legatum confirmari posse. Hoc  
tamen non attento diversum deciditur in l. 79. §. 3. de Cond. & Dem.  
Decidendi ratio est in l. 52. de Cond. & Dem. quod expressa noceant,  
non expressa non noceant. Cum enim non nominatim, cum mo-  
rietur, usufructus relictus sit, sed sub conditione alicujus non fa-  
ciendi.



ciendi, licet conditio ea ante mortem legatarij existere nequeat, atque ita ususfructus tacite conferatur in tempus mortis legatarij, quo aliàs finitur; interpretatio tamen ita fit, quasi modum potius testator, quam conditionem fecerit, & interpositâ cautione legatum statim consequitur legatarius.

23. Non autem interponitur hæc cautio in contractibus. ut ecce: Si sub hac conditione stipuleris, *si capitolium non ascenderit*, tibi dari, & ego me daturum spondeam: expectabitur mors tua, ante quam conditio non existit, nec quicquam petere potes, ut ut cautionem Mutianam offeras; sed immutabiliter verum esse debet non ascensurum, perinde si expresse, *cum morereris*, stipulatus esses, §. 4. *Inst. de V. O. ubi Locam. lit. b.*

*zot' leg' 19*  
1. Non habet locum in contractibus.

24. Ratio differentiæ, cur non æque in contractibus, ac legatis & hæreditatibus cautio Mutiana interveniat, hæc est. Legatum vel hæreditatis datio ex solius defuncti dispositione dependent: cum itaque publice expediat suprema hominum iudicia exitum habere *l. 5. testam. quemad. aper.* & verò testator legatum vel hæreditatem in tempus mortis legatarij vel hæredis expresse non contulerit, sed reliquerit, *si aliquid non fecerit, put a capitolium non ascenderit*, hæc autem verba ambigua sint; possunt enim & modum & conditionem denotare, igitur in modum potius quam conditionem resolvuntur, ex conjecturâ voluntatis defuncti, & beneficio introductæ cautionis Mutianæ statim legatarius vel hæres, id quod relictum est, consequuntur, nisi aliam testatoris mentem fuisse probatum fuerit: At contractus ut valeant, non unius voluntas sufficit, sed duorum consensus requiritur *l. 83. §. 1. de V. O.* in eâ autem re, quæ duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur *l. 31. de O. & A.* Non igitur æque facile hîc conditio non faciendi in modum per interpretationem resolvi potest; sed verba, pro ut jacent, sumenda sunt, & interpretatio contra creditorem potius faciendâ, qui sibi imputet, quod contractui cum potuisset, legem non dixerit apertius *l. 99. de V. O.* Cum itaque debitori commodius & utilius sit tardius solvere quam ocius, non est vero simile quod apponendo conditionem negativam, quæ non nisi post mortem creditoris impleri potest, de breviori tempore cogitaverit, aut ante voluerit solvere. Imo injuria fieret contrahenti, si conditionem admittere cogere-tur quasi impletam, ut statim exigi debitum posset; quæ non fit

C 3 testato-

nuo mu.  
C. de ind.  
ditionem  
ni de re.  
post an.  
e petio.  
tum est,  
if. & Cler.  
ppe cum  
am labo.  
dicat. c. 7.  
tur, qui  
tur. Vid.  
formam  
eculiatas  
que loco  
utio Mu.  
ditiones  
l. 18. de C.  
ta sit, uti  
medium  
sed & in  
m. 23. de le.  
tunt per  
lieto du-  
iana? Et  
cipit, &  
detur di-  
& usufr.  
sse. Hoc  
& Dem.  
noceant,  
, cum mo-  
s non fa-  
ciendi.





testatori, cui sufficere, non contra dictam conditionem quid perpetratum esse. *vid. Gomez 2. variar. resol. c. 11. n. 37.* Et propterea cessante cautione Mutianâ expectabitur, donec certum erit, eum non amplius Capitolium ascendere posse, quod demum morte illius certum fit. *Zaf. ad l. 115. de V. O. n. 32.*

25. Hanc dissimilitudinis rationem rejiciens Anton Faber *lib. 2. conject. c. 16. in fin.* aliam substituit talem. Quodsi, inquit, in ultimis voluntatibus conditionis eventus expectaretur, fieret, ut, quamvis existente conditione, suprema tamen defuncti voluntas intercideret, neque hæreditas aut legatum hæredi aut legatario acquireretur. Cum enim ipso mortis instanti duntaxat conditio existat, conditionis autem existentia non faciat, ut, quod sub conditione relictum erat, eo ipso acquisitum intelligatur, sed tantum ut perinde sit, ac si relictum esset purè *l. 13. de Cond. Inst.* apparet hæreditatem non agnitam, aut legatum non acquisitum (neque enim pendente conditione acquiri potuit) in hæredis aut legatarij hæredem transmitti non posse. Atque ita contra voluntatem testatoris legatum intercideret, cujus conditio vivo legatario extitisset. Quod in stipulationibus & contractibus dici non potest, in quibus jam inde ab initio acquiritur obligatio, licet petitio in eventum usque conditionis suspendatur *l. 26. de stipul. servor.* & ideo existente conditione eo tempore quo stipulator moritur, nihil prohibet in ipsius hæredes stipulationem transire, ut ex eâ agere possint. Hæc ille *d. loc.* quam opinionem approbant *Gæddæus de contrah. stipul. c. 5. conclus. 19. n. 291. Hilliger in Donel. Enucl. lib. 8. c. 33. lit. S.*

26. Verum, liceat tantorum virorum pace dicere, hæc ratio non nihil falsitatis habere videtur. Non enim concedendum est Fabro, ante introductam cautionem Mutianam hæreditates vel legata sub conditione non faciendi, quæ morte demum impleri potest, inutiliter esse relicta. Nam in legatis utique certum est, statim diem cedere impletâ conditione, sub quâ relicta sunt *l. 5. §. 2. quand. dies legat. l. 41. de Cond. & Dem. l. 1. §. 7. C. de Cad. toll.* ita ut ad hæredem transmittantur *l. 5. pr. l. 14. §. 1. l. 19. §. 3. & passim quand. dies leg. etiam si legatarius ignoraverit diem cessisse l. 16. §. 1. qui test. fac. poss. l. 77. §. 3. de legat. 2. l. 24. de O. & A. l. ult. C. quand. dies leg. etiam si moriatur ante hæredis aditionem, quia hæredis aditio moram quidem petitioni facit, cessione diei non facit *l. 7. pr. quand. dies legat.**



gat. Non itaq; requiritur ad transmissionem legati agnitio legata-  
rij, ut quidem opinatur Ant. Faber, sed sufficit conditionis impletio:  
nam postquam dies legati cessit, moriens legatarius etiam potesta-  
tem agnoscendi vel repudiandi legati ad heredem suum transfert,  
arg. l. 69. de C. & D. Coll. Arg. sub tit. quand. dies leg. th. 9. Imo licet ex-  
pressè in mortem legatarij legatum conferatur, cum morietur lega-  
tarius, certum esse dicit Ulpianus legatum ad heredem transmit-  
ti. l. 4. § 1. quand. dies leg. quidni ergo, si tacitè sub conditione non  
faciendi in ejusdem mortem collatum sit, ad heredem transeat.  
Et hæc in legatis dubitationem non habent.

27. Sed nec heredum institutiones sub dictis conditio-  
nibus factas, ablatâ cautione Mutianâ inutiles fore credimus.  
Quamvis enim hæreditas nisi acquisita regulariter non transmit-  
tatur l. 7. C. de iure delib. l. un. § 5. C. de Cad. toll. nihil tamen impedit,  
quo minus impletâ conditione in ultimo etiam mortis articulo  
ea acquiri ab heredem possit. Ad solennem quidem aditionem nec  
tempus nec vires superesse fatemur moribundo; quamobrem au-  
tem pro heredem, qui alter acquirendæ hæreditatis modus est, se-  
gerere nequeat, causam non videmus: cum quolibet facto ani-  
mum declarare sufficiat l. 20. pr. de acq. vel om. her. & satis pro hæ-  
rede gerat, qui conditionem sub quâ institutus est, implet eo  
consilio, quod hæres esse velit l. 62. eod. vid. Pac. sent. 3. Enant. 91. ipsum  
Hilleg. Don. Enucl. lib. 7. c. 8. lit. m.

28. Acquiescimus igitur in ratione differentie supra da-  
tâ, quæ est Zafij, Cujacij & aliorum, donec melior afferatur. Nam  
quod dicit Ant. Fab. nullam causam posse dari, quare in his con-  
ditionibus, quæ morte demum heredem vel legatarij finiuntur,  
potius modum voluisse facere testator videatur, quàm in illis,  
quæ vivis iisdem impleri possunt, id refellimus supra hoc ipso  
cap. th. 6. ubi rationem eius rei attulimus, quæ hic repetenda est.

29. Præterea nec in donationibus inter vivos interponi-  
tur cautio Mutiana arg. Nov. 22. c. 44. S. ult. ubi non frustra sed ad  
significandam *dispositio* mentio fit mortis causa donationis, Coll.  
Arg. de Cond. & Dem. th. 39. n. 2. Ratio est, quia donationes inter  
vivos semper restrictiùs accipiuntur, sunt juris auctores in iis ap-  
probandis & recipiendis restricti: nam neque est optimi patris-  
fam. donare, & frequentiùs peccavero si pro donatio, quàm si  
contra donatarium judicavero, ita Cujac. ad l. 72. pr. de Cond. & Dem.  
30. Nec

2. Non ha-  
bet locum  
in donatio-  
nibus inter  
vivos.

id per-  
ea ces-  
t, cum  
morte  
Faber  
quit, in  
ret, ut,  
volun-  
egata-  
t con-  
quod  
gatur,  
Cond.  
acqui-  
in hæ-  
ue ita  
condi-  
ontra-  
iritur  
enda-  
mpore  
ipula-  
n opi-  
n. 291.  
ec ra-  
ndum  
itates  
m im-  
ertum  
a sunt  
ll. ita  
quand.  
ui test.  
iam si  
oram  
ies le-  
gat.





3. Non ha-  
bet locum  
in libertati-  
bus.

30. Nec denique locum invenit hæc cautio in libertati-  
bus. Licet enim ex mente legis duodecim tabularum appellatio-  
ne legatorum libertates etiam contineantur *l. 77. de leg. 3. l. 80. l. 120. de V. S. ibique Gæddæus. Coll. Arg. de legat. th. 4.* tamen id postea in-  
terpretatione coangustatum est vel legum, vel autoritate jura  
constituentium *d. l. 120. de V. S. & ibi Gædd.* ita ut legatarij discer-  
nantur ab iis, qui libertatem testamento acceperunt, *l. 5. §. 1. l. 14. pr. & §. 1. de appellat. l. 51. l. 87. de Cond. & Dem.* Et ratio, quare Mutia-  
na cautio in libertatibus testamento sub conditione non facien-  
di datis recipi non possit, hæc dari potest. Natura cautionis Mu-  
tiana est, ut eâ caveatur de re testamento relicta restituendâ vel  
ipsâ vel æstimatione ejus, si contra conditionem factum fuerit:  
Libertas autem, quæ semel competiit, revocari non potest *§. 6. Inst. quib. ex caus. manum. non lic. l. 9. §. 1. de manum. vind. l. 1. C. de vindict. li- bert. nec adversus manumissum ulla restitutio potest locum habe- re l. 7. pr. de dol. mal. l. 9. §. ult. de minor. in quam sententiam etiam Ta- citus lib. 3. Annal. eleganter scribit: Ideo dispiciat quisque merita, tar- deq; concedat, quod datum non adimitur.* Et hæc adeo vera sunt, ut etiam si expressè sub modo testator libertatem dedit, & adjecit, *si modum manumissus implere noluerit, aut contempserit, ut jure servitu- tu teneatur,* tamen hæc verba adjecta ad revocandam libertatem, quæ semel competiit, non sint efficacia, *l. 52. de manum. testam.* mul- to igitur minus conditio non faciendi, sub quâ libertas relicta est, in modum resolvi debet, præstita cautione Mutianâ. Sed nec alterum hujus cautionis membrum, quo cavetur, si res ipsa resti- tui non possit, æstimationem ejus restitutum iri, in libertatibus datis procedit, cum libertas inæstimabilis res sit, *l. 106. l. 176. de R. l.*

31. Quid ergo? An libertatem ex testamento non habebit is, cui sub hæc conditione, *si Capitolium non ascenderit,* libertas reli- cta est? cum neque remedio cautionis Mutianæ, uti dictum, liber fieri possit, & in ultimum vitæ tempus libertas collata nullius momenti sit *l. 17. pr. l. ult. pr. de manum. testam. l. 4. §. 1. de statu liber.* Sed hoc affirmare contrarium esset favori liberta- tis, quæ omnibus rebus favorabilior esse dicitur *l. 122. de R. l. ut in ejus favorem multa etiam contra jus commune recepta sint.* Exempla vide in *l. 3. §. 1. de alien. judic. mut. caus. fact. l. 1. & 2. C. de com- serv. manum.* sæpe enim favor libertatis alias benigniores senten- tias exprimit, *l. 32. §. ult. ad l. Falcid. Vid. Dn. D. Tabor in thesaur. jurispr.*

part. 1.



part. 1. c. 16. axiom. 1. Ut igitur in nostro etiam casu libertatem adipi-  
 scatur is, cui sub dictâ conditione data est, scriptura hæc, *si capitolium non ascenderit*, ex interpretatione prudentum ita accipienda  
 erit, *si cum primum potuerit, capitolium non ascenderit*: isto enim mo-  
 do perveniet ad libertatem, si facultate datâ ascendendi capito-  
 lium, ab ascensione abstinuerit, l. 17. §. 1. *de manum. test.* Hancque  
 explicationem & favor libertatis exigit, & verba admittunt. Nam  
 cum seriò libertatem servo testator dederit sub conditione, *si Ca-  
 pitolium non ascenderit*, meritò intelligitur sensisse de primâ occa-  
 sione ascendendi datâ, ut semel tantummodo ab ascensione ser-  
 vus se cohiberet, cum aliàs si in omne vitæ tempus ascendere pro-  
 hibuisset, libertatem in tempus mortis contulisset, & ludibrio ser-  
 vum habuisset, cum impediendæ magis, quàm dandæ libertatis  
 gratia ita scripsisse, nec animum dandæ libertatis unquam ha-  
 buisse videretur. l. ult. *de manum. testam.* l. 4. §. 1. *de statu liber.*

C A P U T V.

*De formâ & modo cavendi.*

1. Ad formam hujus cautionis, & cavendi modum quod *Forma.*  
 attinet, fit ea datis fidejussoribus: expressè enim satisfactio nomi-  
 natur, l. 67. l. 106 *de C. & D.* quæ propriè fidejussoribus fit, l. 1. *qui sa-  
 tisf. cog.* l. 4. §. 8. *de fideicom. libert.* l. 7. *de stipul. Prat.* Sufficit autem si vel  
 unus fidejussor idoneus detur, nec requiruntur plures: licet enim  
 leges ut plurimum loquantur in plurali numero, id tamen non  
 definitivè accipiendum, sed nudâ phrasi & narrandi ratione fieri  
 monet Dn. D. Tabor *disp. Wesenb. 5. quest. 8.*

2. Quæritur hîc an Cautio hæc sit Prætoria? Et Affirmati-  
 vam defendemus cum Gæddæo *de contrah. stipul. c. 5. concl. 19. n. 290.*  
 tum quod recepta jure dicitur & defendi juris autoritate l. 76. §. 7.  
*de leg. 2. l. 7. l. 18. l. 67. l. 72. l. 73. l. 77. §. 1. l. 79. §. 2. l. 101. §. 3. de C. & D.* tum  
 quod hæc hactenus ex testamento actio denegatur, donec hæc cautio  
 præstetur, eâ verò præstitâ ex testamento experiri licet *d. ll. junctâ*  
*l. 1. §. 2. de Prætor. stipul.* Nec impedimento est, quod Jctus Mutius  
 Scævola, à quo etiam nomen habet, non Prætor eam introduxerit  
 l. 7. l. 79. *de C. & D.* Aut enim, cum Prætor esset, eam introduxit, uti  
 Aquilius Gallus formulam de dolo malo Cicer. autore *lib. 3. offic. &c.*  
 Publius actionem Publicianam, & Servius Servianam *gl. in d. l. 7.*

An sit Præ-  
toria cau-  
tio?

D de C. &

ibertati.  
 pellatio.  
 l. 80. l.  
 ostea in-  
 tate jura  
 ij dilcer.  
 §. 1. l. 14.  
 e Mutia.  
 n facien-  
 nis Mu-  
 endâ vel  
 n fuerit:  
 §. 6. *Inst.*  
 indict. li-  
 m habe-  
 tiam Ta-  
 rita, tar-  
 sunt, ut  
 adjecit,  
 e servitu-  
 ertatem,  
 am. mul-  
 as relicta  
 Sed nec  
 pfa resti-  
 ertatibus  
 6. de R. l.  
 habebit  
 ertas reli-  
 dictum,  
 collata  
 4. §. 1. *de*  
 liberta-  
 R. l. ut in  
 pta sint.  
 C. de com-  
 s senten-  
 ur. *Jurisp.*  
 part. 1.





157  
de C. & D. aut à Mutio consilium dante Prætor accepit, suâque jurisdictione confirmavit.

Diuerſa obſervatio in conditione non contrahendarum ſecund. nupt.

3. Sed hanc fidejussores dandi necessitatem Justinianus temperavit in conditione non contrahendarum secundarum nuptiarum N. 22. c. 44. Ubi distinguit utrum sub eâ conditione relicta sit res mobilis, an immobilis: si hæc, juratoriam cautionem requirit, cum hypothecâ omnium bonorum d. c. §. 2. sin illa, subdistinguit utrum quis habeat idoneam substantiam, ubi sub eâdem cautione iisdemque hypothecis rem relictam jubet accipere §. 3. an verò non valdè sit locuples, quo casu etiam fidejussor dandus est: quem si vel ob nimiam paupertatem, vel aliam difficultatem idoneum invenire non possit, ut superioribus casibus juratam interponit cautionem, & quas habet res hypothecæ supponit §. 5. nisi fortè indignus sit, cui credatur, tunc enim si pecuniæ relicte sint, manent apud eum à quo relicte sunt, tertia vero centesimæ usura præstatur, donec aut secundas ille contrahat nuptias, aut fiat manifestum, nullatenus posse istum ad nuptias venire vel sacerdotio vel morte obtingente, §. 7.

An & in cæteris conditionibus aliquando juratoria vel pignoratitia cautio sufficiat?

4. Moveri autem hîc potest quæstio: Annon in cæteris quoque non faciendi conditionibus, cum vel ob inopiam vel alias causas quaslibet, fidejussores legatarius idoneos invenire non potest, juratoria cautio vel pignoratitia in locum satisfactionis succedere possit? Et si de rigore juris respondere voluerimus, negabimus. Quia enim satisfactio, i. e. fidejussoribus cavere legatarius jubetur d. l. 67. l. 106. de C. & D. ideo neque pignora neque cautio juratoria sufficiunt, l. 7. de stipul. Prætor. gl. in l. usufructu. 4. C. de Usufr. neque hoc casu ante accipiet legatarius legatum, quam conditio re verâ extiterit. Ex æquitate autem etiam hîc puto admittendam cautionem juratoriam cum hypothecâ omnium bonorum, si prius juraverit legatarius se fidejussores invenire non posse, arg. autent. Generaliter. C. de Episc. & Cler. cum distinctione tamen utrum legatarius sit homo frugi & honestæ vitæ, an vero prodigus & indignus cui fides habeatur arg. d. Nov. 22. c. 44. §. 7. per ea quæ in simili de cautione usufructuariâ tradit Gail. lib. 2. præct. obs. cap. 47.

Cavendi formula.

5. Cavent autem hæredes vel legatarij cautionem Mutianam in hunc ferè modum: Non facturos se, quæ ne facerent, conditione legato præpositâ cautum esset; aut si quid adversus eam fecissent



fecissent, rem pecuniamve legatam cum fructibus vel usuris, vel quanti ea res erit, quâ de agitur, tantam pecuniam ei, ad quem ea res pertinet, restitutum iri. *Cui. in Papin. ad l. 76. §. 7. de leg. 2. Coll. Arg. de C. & D. th. 39. n. 7.* Duas igitur cautio hæc partes habet: prior est de non faciendo ea, quæ fieri testator vetuit; posterior de restituendo vel eo ipso, quod acceptum est, cum fructibus & usuris, vel ejus æstimatione, si contra conditionem factum fuerit. Posterioris autem partis nomine stipulatio committitur, ut solet fieri in omnibus Prætoris stipulationibus, in quibus primò fieri aliquid, deinde si factum non sit, pœnam inferimus, ut pœnæ nomine stipulatio committatur, *l. 6. de stip. Prætor.*

6. Denique hîc quaritur, an sæpius hæc cautio interponi possit, si fortè semel interposita deficiat? Et distinguendum, utrum culpâ stipulatoris ea deficiat, an verò sine ejusdem culpâ, quodam casu. Si culpâ stipulatoris, ut si fortè ab initio egenos fidejussores, vel prædigos & dissolutos acceperit, tum cavendum iterum non est: suæ enim facilitati stipulator expensum ferre debet, qui minus idoneos fidejussores accepit, neque enim oportet per singula momenta onerari eum, à quo satis petitur, secundum rescriptum divi Pij in *l. 3. §. ult. ut in possess. legat.* Sin autem culpa stipulatoris nulla intervenerit, sed nova causa allegetur, veluti quod fidejussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit, causâ cognitâ ex integro satisfidandum erit *l. 4. ut in possess. legat. l. 10. in fin. qui satisfid. cogant.*

An cautio hæc sæpius possit repeti?

C A P U T V I.

De cautionis Mutianæ effectibus.

1. Inter causas vulgò etiam finis numeratur, de quo, cæteris hæcenus explicatis, restaret, ut jam differeremus. Quia autem finis & effectus re ipsâ idem sunt, tempore tantum differunt, (eadem enim res dum futura est & extitura speratur, finis; præsens & ipso actu jam existens, effectus dicitur) ideo ne otiosè eadem de iisdem repetere necesse sit, statim ad effectus cautionis Mutianæ progredimur.

2. Qui considerandi tum pendente, tum deficiente conditione. Pendente cõditione cautionis Mutianæ effectus iidem sunt, qui cõditionis impletæ, cujus vicem ea sustinet *l. 4. §. 1. de cond. Inst.*

Effectus conditione pendente.

D 2 Statim

que ju-  
nians  
um nu-  
relictâ  
a requi-  
odistin-  
em cau-  
§. 3. an  
ause est:  
em ido-  
n inter-  
§. 5. nisi  
stæ sint,  
æ usura  
fiat ma-  
erdotio  
  
cæteris  
iam vel  
nvenire  
isdatio-  
olueri-  
s cavere  
a neque  
l. 4. C. de  
am con-  
o admit-  
a bono-  
on pos-  
e tamen  
o prodi-  
per ea  
ract. obs-  
  
Mutia-  
ent, con-  
sus eam  
fecissent



Statim enim atque cautio interposita est, si is qui cavet, hæres institutus est, hæreditatem adire potest, si legatarius, legatum consequetur, die statim cedente, ita ut sit exigendi facultas, statimque peti & agi ex testamento possit.

Quomodo  
per cautio-  
nem condi-  
tio implea-  
tur?

3. Sed suboritur hinc dubium *ex alleg. l. 4. §. 1. de cond. Inst.* ubi dicitur *caventem implere conditionem*, quomodo scilicet per cautionem conditio impleatur. Certè verè impleri dici non potest, cum postea demum implenda sit, nec ante mortem, ut posuimus, impleri possit. Sed nec per *fictionem* id fieri dicendum, obstat enim universalis illa regula, quâ negantur in jure reperiri *fictiones rerum impossibilium*, quod latè & eleganter demonstrat Dn. Doct. Biccus, J. C. t. Amplissimus, Pandectarum in hâc Argenteratensium Universitate Professor publicus, Præceptor & Patronus meus plurimum colendus *in comment. ad l. possideri 3. §. ex contrario. ff. de acquir. vel omitt. possess. quest. 12.* Nam conditiones, in quibus cautio Mutiana locum habet, ita diximus esse comparatas, ut non nisi morte caventis impleri possint. Sequitur ergo cum finguntur impleri statim per cautionem ipso cavente vivo, fingi aliquid, quod est impossibile. Auget dubium *Coll. Arg. lib. 35. tit. 1. th. 39. in pr. & lib. 36. tit. 2. th. 5. n. 22.* ubi conditionem non faciendi ait per cautionem Mutianam *QUASI IMPLERI*, quæ particula *QUASI* *fictionem* denotare solet, quemadmodum etiam hæc; *ac si, veluti, quodammodo, perinde, videtur, creditur, intelligitur, ut ita dixerim &c.*

4. Respondendum autem est, nullam hinc intervenire *fictionem*, & quod *in d. l. 4. §. 1.* dicitur per cautionem Mutianam impleri conditionem, de effectibus tantùm intelligendum, eisdem nempe effectibus sequi cautionem Mutianam, qui solent sequi impleram conditionem, ita ut cautione interpositâ dicatur impleri conditio non per modum *fictionis*, sed per modum *representatio- nis*, quam diversam esse à *fictionibus* monet Joh. Ramus *in Enchi- ridio Regularum juris lib. 1. axiom. 18. & seqq.* Nam sicut in successione avi, nepotes representant patrem suum defunctum, non quod fingantur esse ipse pater, sed quod succedant in ejus locum ob utilitatem, ne scilicet à patris gradu propioribus à successione excludantur §. *cum filius. 6. Inst. de hered. que ab intest.* & sicut *in l. 137. de R. I. ubi Celsus: si quis pregnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse*, uterus ipsùm partum representat, reverà enim qui prægnantem relinquit, nondum habet liberos, quia qui nati non sunt,

adhuc



adhuc non sunt *l. ult. de collat. bonor. & partus in utero constitutus* non est propriè loquendo homo *l. 9. ad l. Falcid.* sed spes tantum hominis *l. 14. C. de fideicom. libertat.* ita ut antequam edatur, mulieris portio intelligatur vel viscerum *l. 1. §. 1. de vent. inspici.* & sicut beneficio repræsentationis, is qui petitioni se offert, quasi possidens tenetur *l. 13. §. 13. l. 45. de her. petit.* Rei scilicet conventi oblatione repræsentante ipsam hæreditatis possessionem Dn. Doct. Biccus alleg. loc. in fin. Ita in nostro etiam casu cautio Mutiana repræsentat ipsam impletionem conditionis sine ullâ fictione, cum reverâ postea conditio impleri debeat, & veritas fictioni contraria locum aliquando habitura sit.

5. Deficiente conditione committitur stipulatio, & restituere debet is, qui cautionem interposuit, omnia quæ accepit, cum fructibus & usuris, ei cui cavit, ita ut nullum commodum apud eum resideat, sed rescindantur omnia, quasi nunquam quicquam accepisset. Veniunt itaque in restitutionem 1. ipsæ res acceptæ, si quidem extant, quæ si non extent amplius, vel imminutæ sint, (intellige autem si culpâ ejus qui accepit, res interierint, vel deteriores factæ sint; alia res est, si casu aliquo interemptæ vel corruptæ fuerint, *arg. l. 62. de R. V.*) succedit in earum locum 2. æstimatio, ut restituatur tanta pecunia, quanti eæ res sunt, de quibus agitur, vel ut compensetur diminutionis pars. Denique 3. etiam restituendi sunt fructus *l. 76. §. 7. de leg. 2. l. 79. §. 2. de C. & D.* in quibus fructûs vocabulum latè sumitur, ut non tantum fructûs naturales & propriè dictos (quales sunt, qui ad usum hominum per naturam inducti sunt *l. 42. de usu & usufr. leg.* & naturâ provenire & percipi ex ipso rei corpore dicuntur *l. 62. de R. V. l. 7. solut. matrim.* Wesenb. in parat. de usur. & fruct. n. 16. quo sensu partus ancillæ negatur esse in fructu, quod absurdum sit, hominem in fructu esse, cum omnes fructûs rerû natura gratiâ hominis comparaverit §. 38. Inst. de Rer. divis. l. 28. §. 1. de usur. & fruct. Et excluditur etiam Usura *l. 121. de V. S.*) sed & civiles, qui non ex ipso corpore nascuntur, sed ratione rei percipiuntur jure civili, ac proinde propriè fructus nō sunt, sed eorum loco habentur, ut usura, pensio &c. *d. l. 62. de R. V. l. 121. de V. S.* Wesenb. in parat. de usur. & fruct. n. 16. & vicem eorum obtinere dicuntur *l. 34. de usur. & fruct. l. 83. de leg. 3.*

6. Sive autem in ipsâ cautione mentio fuerit facta fructuum restituendorum in casu conditionis deficientis, sive non, perinde

Effectus  
conditione  
deficiente.

D 3 est:





574  
est: nam nihilominus commissâ stipulatione ii quoq; restituendi sunt, quia ab initio de iis cavere legatarius cogi potest, *d. l. 76. §. 7. de leg. 2. d. l. 79. §. 2. de C. & D.* quod enim vulgò cautioni adjici solet, & ad quod compelli potest, is qui cavet, si casu aliquo, fortè per oblivionem, omissum sit, non pro omissio sed pro adjecto habetur *l. ult. C. quæ res pign. obl. poss. l. ult. C. de fidejuss. Vid. Cujas. ad d. l. 76. §. 7. de leg. 2. & l. 79. §. 2. de Cond. & Dem.*

7. Restituendi verò sunt omnes fructus non tantùm percepti, sed & percipiendi, & qui percipi potuerunt, ut post Baldum & Jasonem in *l. 1. C. de his quib. ut indign. sentit Scipio Gentilis de secund. nupt. c. 20.* Quod si pecunia relicta sit, restituenda ea cum usuris, quas medio tempore percepit, juramento restituentis indicandis, vel si fœnori pecuniam non dedit, sed ipse in suos usus convertit, præstabit usuras trientes *N. 22. c. 44. §. 4.* Quid si neque fœnori dedit, neq; in suos usus convertit, sed prorsus non attigit pecuniam? Tunc usurarum nomine nihil præstabit *l. 20 §. 14. de her. pet. l. 62. de R. V.* quia & prudètes patresfam. malunt otiosas relinquere quandoq; pecunias, quàm incertis nominibus credere *Cuj. in recit. ad d. l. 62.* ubi nec malæ fidei possessorem de usuris percipiendis teneri demonstrat. Verùm hoc ante litem motam ita juris est, post motâ verò litem si in restituendo moram fecerit, in semisses usuras ex eo tẽpore obligabitur *l. 18. de his quæ ut indign. l. 1. C. eod.* Crescit enim mala fides ex litis contestatione, & contumacia non restituentis usurarum additamento plectitur *Cuj. in recit. ad d. l. 18.*

8. Fieri restitutio debet, eidem cui cautum est, ad eum enim deficiente conditione hæreditas vel legatum relictum jure civili pertinet, *l. 18. de C. & D.* Hinc quæritur, si Titio sub conditione non faciendi legatum sit, & deficiente cõditione legatum ad Mævium translatum, an restitutio Mævio facienda sit? Et respondendum Titium hæredi, cui soli caverat, legatum restituere debere, eoque casu hæres Mævio, cui ex sequente conditione legatum debebat, restituet *l. 67. de C. & D. vid. sup. c. 3. th. 11.* Sed si cautio medio tempore defecerit, quæ sollicitè fuerat exacta, non de suo præstabit hæres, sed quia nihil ei potest objici, satis erit actiones cedi Mævio contra Titium ejusve fidejussores *l. 73. de C. & D.* quæ cessio sive delegatio pro justa præstatione erit *l. 51. de pecul.* & non omnino inutilis Mævio cum possit Titius vel fidejussores ejus, aliquando ad pinguiorem fortunam pervenire, seque debito exolvere, *Cuj. in Papin. ad d. l. 73. de Cond. & Dem.* Quod



9. Quod si in restituendo se præbeat difficilem is, qui restituere tenetur, per competentes actiones creditori prospicietur. Competunt autem 1. Actio ex stipulatu tum contra ipsum debitorem, tum si ab eo vel nihil vel non omnia debita obtineri possint, contra fideiussores ejus, *Aut. Prasente. C. de fideiuss. & mandat.* quo petuntur omnia, quæ in restitutionem venire paulo ante diximus. Datur etiam 2. Rei vindicatio ad rem à quocunq; possessore vindicandam *Nov. 22. c. 44. §. 6.* 3. Datur Actio hypothecaria contra ipsum principalem debitorem, eo casu quo hypothecariam interposuit cautionem. *d. Nov. 22. c. 44.*

C A P U T V I I.

De Cautionis Mutianæ Contrariis & Affinibus.

1. Tempus & Instituti nostri ratio monet, ut Cautionis Mutianæ quibusdam contrariis & affinibus ultimo hoc capite expositis disputationi finem imponamus. Cum autem pleraque contraria ipsi causarum & effectuum tractationi, ut res ferebat, passim inseruerimus, ne longiori eorum repetitione lectori molesti simus, breviter saltem & quasi per indicem ea denuò hic indigitabimus, uno vel altero adjecto, cujus in præcedentibus mentionem non fecimus.

2. Videntur autem ea in duo potissimum genera dispesci posse: quædam enim cautionem interponendam impediunt, quædam interpositam finiunt. Quæ impediunt interponendam, eorum alia omninò eam non admittunt, alia ad tempus saltem differunt. Omninò eam non admittunt conditiones impossibiles & turpes *cap. 4. th. 2.* ex quæ in faciendo consistunt, *c. eod. th. 3.* & regulariter etiam ex, quæ vivo eo, cui relictum est, impleri possunt *c. eod. th. 5.* & 6. contractus *c. eod. th. 23.* donationes inter vivos *c. eod. th. 29.* libertates *c. eod. th. 30.* Item voluntas testatoris, si fortè de eâ manifestò constet, noluisse eum hæredem vel legatarium hæreditatem vel legatum priùs capere, quàm conditio re ipsâ impleta sit *c. eod. th. 7.* vel etiam, si expressè in testamento aut aliàs iis hanc cautionem remisit, & fidem haberi voluerit, tum enim absque ullâ cautione, id quod relictum est, statim capient, ob utilitatem enim publicâ Divus Marcus & Commodus cõstituerunt, ut satisfationes, quæ voluntatis defunctorum tuendæ gratiâ in legatis & fideicommissis introductæ sunt, eorandem voluntate remitti possint *l. 72. §. 2. & 3. l. 77. §. ult. de C. & D. l. 11. ut legat. serui. caus. cad. l. 2. 4. 7. C. ut in posse. legat. Nov. 22. c. 44. in fin. Coll. Arg. de C. & D. th. 39. n. 2.* Sed & si ipse, cui cavendum erat, cautionem hanc remisit fidemque ultrò habuerit, valet remissio: cum omnes licentiam habeant, his quæ pro se introducta sunt, renuntiare *l. 29. C. de pact.* nec fraude fiat, qui jus suum diminuit *l. 1. ad l. Falcid.* Id tamen obtinet, si expressè remissio facta sit, sin autem forre casu aliquo cautio tantùm omiſsa sit, condici poterit, *arg. h. §. 1. de usufr. ear. rer. qua.*

Contraria cautionem non admittentia.

3. Ad tempus cautio Mutiana differtur, si non faciendi conditioni alia conditio adjuncta fuerit, tunc enim ante eam impleam impedimentumque remotum cautioni locus non est *d. cap. 4. th. 9.* Deinde in conditione viduitatis jure novissimo expectatur annale tempus, intra quod penitus non est petitio relictæ, nec consequenter cautio ante id elapsum interponi potest *d. c. th. 18.*

Differentia.

¶. Finitur



Finientia.

4. Finitur denique cautio interposita conditione re ipsâ impletâ, quod plerumque & regulariter morte demum caventis contingit, quandoque verò etiam eo vivo, iis casibus, quos recensuimus *supra d. c. 4. th. 8.* Cum enim tunc voluntati testatoris satisfactum sit, nullâ amplius cautione opus est, sed liberantur ab obligatione fidejussores vel hypothecæ suppositæ, & immorum manet rerum relictarum dominium apud eum, cui relictæ sunt, vel ejus hæredes aliosve ad quos ipse eas transtulit. Deficiente etiam conditione finitur cautio restitutione rerum secundum ea, quæ ante diximus, factâ, solutione enim ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio *pr. Inst. quib. mod. toll. obl.* Videri denique posset, quasi finiretur quoque Mutiana cautio, cum debitor principalis vel fidejussores ad incitas rediguntur, ut ab iis restitutio obtineri non possit *per l. 73. de Cond. & Dem.* ubi eo casu cautio dicitur deficere. Sed id ratione effectuum tantùm intelligendum est, quia effectus cautionis impediuntur, cum ab eo, qui in bonis nihil habet, nihil etiam obtineri possit. Interim autem ipsa obligatio durat, & cum quandoque majores opes acquisierint, ad solutionem compelli possunt. Inter modos igitur finiendi cautionem Mutianam hic casus referendus non est, licet inter ejus contraria recenseri rectè possit.

Affinita.

5. Magnam cum Mutianâ cautione affinitatem habet cautio ea, quâ sub conditione hæres institutus, agnitâ bonorum possessione, pendente conditione, cavet substituto de hæreditate *l. 12. qui satisd. cog. l. 8. de stipul. Prat.* Utraque enim Prætoria est & fit datis fidejussoribus, utraque ab hærede sub conditione instituto præstatur substituto de hæreditate deficiente conditione integrâ restituendâ. Differunt autem, quod Mutiana cautio tantùm in conditionibus non faciendi; hæc in quibuslibet locum habeat: illa semper interponatur, nisi fortè testator cavendi necessitatem remiserit; hæc ex causâ à Prætoribus decernatur, non passim *d. l. 12. qui satisd. cog.* Nam si hæres sub conditione scriptus, qui bonorum possessionem secundum tabulas accepit, sit homo bonæ frugis, non patietur Prætor ab eo cautionem exigi de non minuendâ hæreditate, aliter si sit prodigus, item si sit modicæ hæreditas, vix interponetur cautio, si sit ampla utique interponetur, *Cujac. in Papin. add. l. 8. de Prat. stip.* Illa non nisi impletâ conditione h. e. morte demum hæredis finitur; hæc etiam ante conditionem existentem, elapso die qui cautioni præfinitus fuerat: non enim in perpetuum cautio hæc præstari solet, sed in diem longiorem h. e. 10. vel 20. annos, pro ut Prætor definierit, quo tempore finitur cautio, & liberatur hæres, vel ex causâ denuò cavere compellitur. *Cujac. d. loc.*

6. Valde etiam nostræ cautioni similis est cautio, quâ is cui aliquid sub modo relictum est, cavet se modum impleturum: æque enim hæc atque illa fidejussoribus fit *l. 40. §. ult. ubi, si satisd. dissent, de Cond. & Dem. arg. l. 26. §. 1. in fin. quand. dies legat.* ubi cum sit exceptio, in contrarium erit regula *Coll. Arg. de Cond. & Dem. th. 46.* & æquè in ultimis voluntatibus locum habet: Vnde ob magnam ejus similitudinem Treutlerus hanc ipsam cautionem Mutianam appellat *Vol. 2. disp. 13. th. 6. lit. g.* quem tamen refellit Bachov. *ibid.* Atque ita pauca hæc sufficiant de propositâ materiâ dixisse, sicubi lapsi sumus, veniam à benevolo lectore petimus, de cætero ob opem præstitam divino numini gratias agentes.

F I N I S.

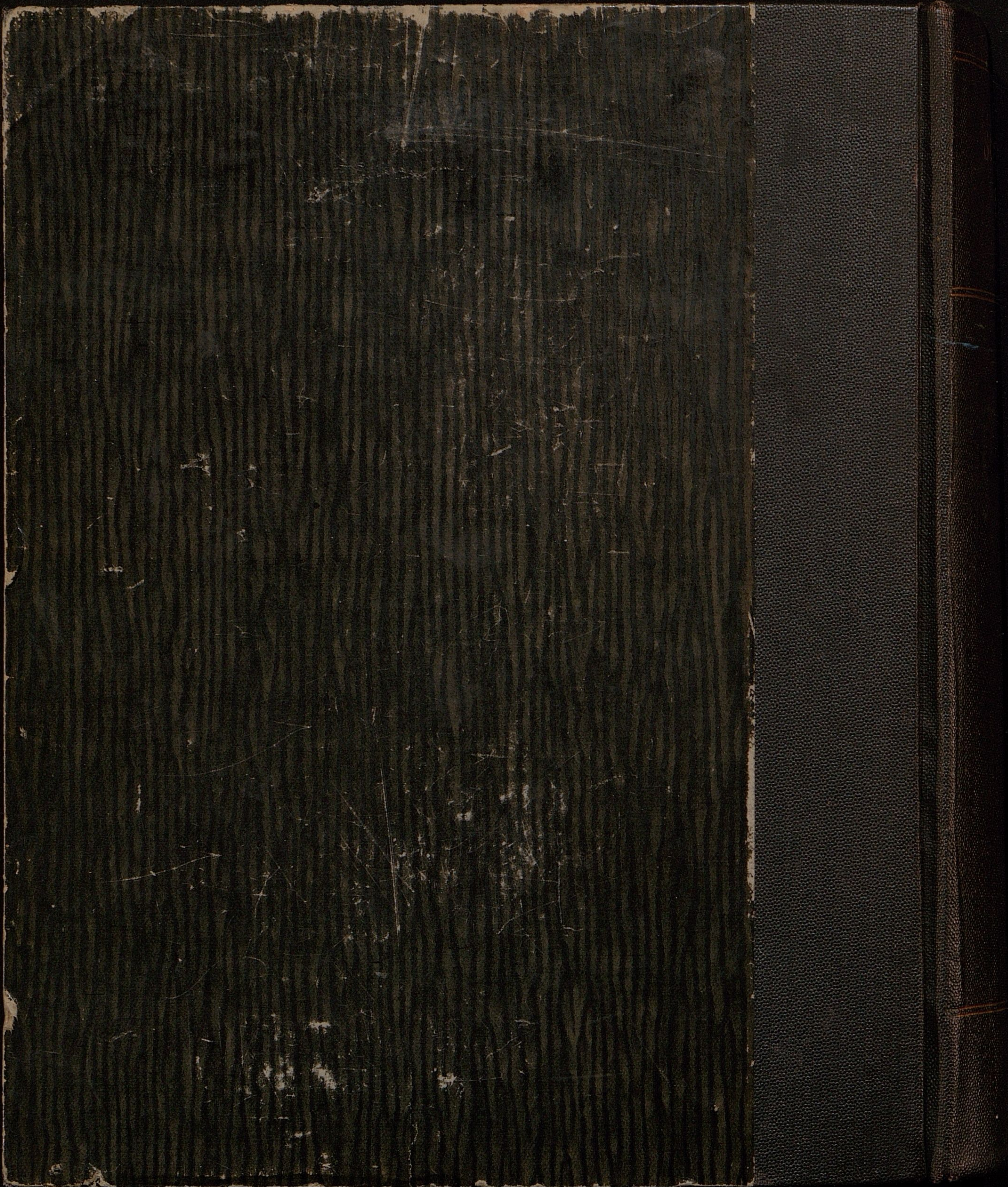


(X225 7025)

V. 17











QVOD DEVS BENE VERTAT.  
DISPUTATIO JURIDICA  
INAUGURALIS

6 458  
1653,5

*De*  
**CAUTIONE**  
**MVTIANA.**

*Disp. V.*

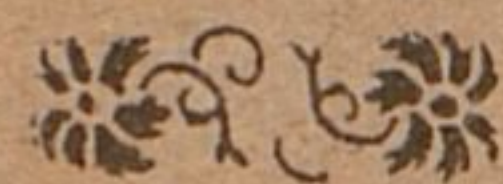
*QVAM*  
EX DECRETO ET AUTORITATE  
MAGNIFICI, NOBILISSIMI ET  
Amplissimi Jctorum ordinis in cele-  
berrimâ Argentoratensium  
Univerſitate,

PRO  
*Summis in UTROQUE JURE honoribus,*  
*privilegiis & immunitatibus LICENTIÆ*  
*rite consequendis,*

Publicæ & ſolenni diſquiſitioni ſubmittit

CHRISTOPHORUS KELLINGHUSEN  
HAMBURGENSIS.

*Ad diem 11. Auguſti.*



**ARGENTORATI**

Typis JOSIÆ STÆDELI, ACADE-  
MIÆ TYPOGRAPHI.

Anno MDC LIII

