

statoris jure substitutionis non pertinere. Nisi Compositorum cordiae adscribendum, quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum rescripto Imp. Severi, & Antonini distinctio illa qua Scævola utitur, sublata esset; mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis: Scævolam autem respondisse de duabus hæreditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat; utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

TEXTUS.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto, substitutus fuerit.

4 *Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus, hæredem scriperit, et si hæres non esset, Nævium ei substituerit; isque servus jussu domini adhierit hæreditatem, (Mævius) substitutus in partem admittitur. Illa enim verba: Si hæres non erit, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem efficerit: in eo vero, quem patremfamilias arbitratur: illud significant: Si hæreditatem sibi, vel ei, cuius juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.*

COMMENTARIUS.

1 In explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba: *Si hæres non erit, in persona patrisfamil. significare, si nec ipse hæres erit, nec alium hæredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse hæres non erit, vel ei, cuius juri subjectus est, hæreditatem non acquisierit. Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, cum, quem hæredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfamil. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem, & incertitudinem voluntatis testatoris media via electo est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, d. l. 40. et seq. de hær, inst. & hoc §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cum magis sequendum id. quod in veritate est, quam quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse, eum hæredem instituens quem ignorabat dominum habet.*

2 Quæsitum est, si filiusfam. hæres institutus, eique hac conditione, si hæres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio pater, an substitutus admittendus. Duarenus in comm. ad hunc tit. cap. 10. pro patre respondet: Viglius ad hunc §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cum ille ex mani-

De vulgari substitutione.

festo juditio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio, existit conditio substitutionis, quæ in extraneo hærede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse hæres erit, neque eum, cujus in potestate est, hæredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, l. 3. C. de hæred. inst. Ad hæc, si cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus? Constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, l. 2. §. 8. de bon. poss. sec. tab.

3 Argumentum præcipuum dicit Duar. a conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quam adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem hæredem faciat, arg. d. l. ult. §. 2. C. de bon. quæ lib. junct. d. l. 40. de hær. inst. et hoc nostro §. Verum in hoc manifeste errat: nam eis per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hæreditatem filio delatam adire possit, ex d. l. ult. non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet, ubi testator ipse alium hæredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet alius a testatore non vocatur, ne pereat voluntas testatoris: quod non metuitur quando filiofamil. datus est substitutus, qui adeundo sustinere eam potest. Quare non est consti-

tutio extendenda in præjudicium hujus, quem testator tam aperte dilexit: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac tecnam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium hæredes existere possunt, aut hi illos hæredes facere, quam ad-eundo: repudiando autem nequaquam, l. 7. de adq. hær. l. 3. C. de hær. inst. & hoc text. Et alioqui etiam quivis hæres institutus hæreditatem recusans adire, dici posset, eos qui ab intestato veniunt hæredes facere, & cohæres cohæredem, atque ita fieret, ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris.

4 Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, l. 13. §. 3. de adq. hær. Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum hæredem fieri; sed repudiationem filii non obstare, quominus filius jubente postea patre adhuc aeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus: Si pater et filius una eademque persona censemur, l. ult. C. de imp. et al. subst. Nihil referte debet, utrum filius ipse hæres institutus, an pater hæreditatem aeat. Sed non animadvertis, hoc argumentum in se retorqueri posse, hoc modo: Si pater & filius una persona censemur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad ever-

tendas voluntates defunctorum,
quæ in testamentis totum faciunt,
l. 35. §. rerum 3. de hær. inst. Ita
cum Vigilio sentiunt & Fach. 4.
cont. 63. Anton. Fab. dec. 33.
err. 7. Donell. 6. com. 24. Dis-
sentient cum Duarenio Bart. in
l. 1. hoc tit. Gloss. in d. l. ult.

5 Solent & aliæ quæstiones
hoc loco agitari, quas obiter ex-
cūtientur; nam instituti ratio non
paritur, ut singula exequamur ac-
curate. Prima est, utrum indigno
alicuo hærede instituto, eique
substituto dato in casum, quo
hæres non erit, fiscus potior sit,
an substitutus, hoc est, utrum
in proposito fiscus hæreditatem
indigno auferat, an locus sit sub-
stituto. Ego cum Duar. d. cap. 10.
& DD. comm. pro fisco contra
substitutum responderem, per
text. in l. 12. **V** *jus regulare, toto*
tir. de his quæ ut indign. Neque
peena instituti hæredis debet es-
se præmium substituti, ut gene-
raliter definit Papinian. l. 15. *de*
senat. Silan. Non idem juris est
in institutione plâne incapacis,
puta deportati: nam talis institu-
tio cum pro non scripta habeat-
ur, l. 1. C. *de hær. inst. testa-*
mentum a substitutione exordium
capiet, arg. l. 3. §. ult. de lib. V
post.

6. Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra causam substitutionis hæreditas non adita transmittitur. In hac quæstione duo præmitten-
da sunt. Primum: nunquam trans-
mitti hæreditatem ut aditam, sed
ut adeundam, si proprie loqua-
mur: nam qui ad hæreditatem ab

alio aditam venit, non est ejus transmissarius, sed hæres: unde non tam ipsa hæreditas, quam jus eam adeundi transmittitur; neque enim fieri potest, ut plus juris in transmissarium transferatur, quam quod transmissor ipse habebat. Poterit igitur hæres, in quem fit transmissio, hæreditatem derelinquere aut repudiare, sicut transmittens poterat, l. 7. §. 1. de adquir. hæred. Gomez var. 1. cap. 9. num. 54. Secundum: eo duntaxat casu transmissioni esse locum, quo hæres scriptus hæreditatem sibi delatam non recusat, l. unic. C. de his, qui ante apert. tab. Jure veteri sui hæredes potestate nudæ existentiæ hæreditatem transmittebant in hæredes quoscunque, l. 3. C. de jur. del. l. 8. C. de suis & leg. Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi a parentibus hæreditatem transmittunt ad descendentes suos, l. un. C. de his, qui ante apert. tab. Et denique Justinianus in l. 19. C. de jur. delib. hoc jus transmittendi protelavit ad cæteros hæredes, statuens, ut omnes omnino sive cognati sint sive extranei, hæreditatem ipsis delatam seu jus eam adeundi transmittant ad eorum quoscunque successores intra annale tempus, quod eisdem hæredibus conceditur. Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus hæres, qui in casum, quo hæres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis paternis immiscisset, aut substituisset, mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hære-

ditatem transmittat ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et hunc transmissa- hæreditas ut adeunda nihil aliud sit, quam jus deliberandi aut eam adeundi.

9 Postremo quæritur, quid juris sit, si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus

7 Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii d. l. unic. C. de his qui ant. ap. tab. Hic item pro transmissario contra'substitutum responderem, per l. unic. §. 13. C. de cad. toll. ubi jus transmitendi, quod ante sui hæredes soli & simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Justinianus diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas, Duar. de cap. 10. Anton. Fab. dec. 24. err. 4.

8 Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convalescere substitutionem, arg. l. 44. de re judic. l. 1. §. antepen. l. 2. §. 10. ad SC. Tertyll. Sed contraria de jure verior videtur, per l. 5. C. de impub. & al. substit. l. ult. de success. edict. l. 7. §. 10. de minor. Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Nunc ad institutum redeamus.

10 Mævius in partem ad-

8 Tertio, utrum transmissio ex lege Justiniani d. l. 19. C. de jur. del. excludat substitutionem, an hæc illam. Et etiam pro transmissariis Justinianei respondendum: quia iis eadem jura tributa sunt in d. l. 19. quæ transmissariis cæteris competebant: unde cum hi substitutum excludant, etiam Justinianei excludent. Ratio autem, qua plerique moti substitutum hujusmodi transmissariis præferunt, quia nempe in hos non hæreditas, sed jus duntaxat deliberandi transmittitur, captiosa est: quia neque in cæteros transmissarios plus transfertur; cum



TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

D. Lib. 28. Tit. 6. Cod. Lib. 6. Tit. 26. (1).

Sequitur directæ substitutionis species altera, quæ a subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis; non ut prior illa promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur: *Qui cum impuber sit, in potestate patris esse desit, l. pupillus 139. de verb. sign. tamen quia vis omnis testamenti et substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur. Et ut genus dividi potest in propriam seu veram, et quasi seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit, propria fit liberis impuberibus, si hæredes extiterint, et intra pubertatem moriantur; quasi seu exemplaris fit mente captis, si hæredes extiterint, et decesserint in eadem mentis alienatione.*

TEXTUS.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos

(1) *Tit. 5. P. 6.*(2) *L. 5. d. tit. 5. P. 6.*

in potestate quis habet, non solum ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres, sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres; veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius meus hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit; sive hæres erit, & prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus hæres esto: quo casu, siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si vero extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus (2): nam moribus institutum est, ut quem ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

COMMENTARIUS.

I *Liberis impuberibus* (1). *L. 2. in pr. eod. puberibus in tantum non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguitur, §. pen. inf. eod. (3).*

(3) *L. 10. d. tit. P. 6.*

De pupillari substitutione.

Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permisum sit, in fine hujus §. dicetur.

2 *In potestate* (1). *Eteum patræ hoc datum potestati est (1): & ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, d. l. 2. in pr. multoque minus mater liberi-
suis. Nam quod in specie l. 33.
eod. pupillares tabulæ appellan-
tur, quas mater filio impuberi
fecit, ex eo minime concluden-
dum est, posse et matrem libe-
ris impuberibus pupillariter sub-
stituere. Proponitur enim mater
filio impuberi substitutionem fe-
cisse non in casum secundum, si
hæres erit, sed in primum: si hæ-
res non erit. Vulgaris igitur illa,
non pupillaris substitutio est. Pu-
pillares autem tabulas illas Afri-
canus appellavit, primum ratio-
ne objecti, quia substitutio facta
filio, dum adhuc esset in ætate
pupillari: deinde quia substitutio
confertur in mortem impuberis,
et in ea specie effectum quodam-
modo substitutionis pupillaris ha-
bet, saltem quod attinet ad bona
matris, ut recte monet, atque
hoc Africani responsum temperat
Cujac. 2. ad African. Consilium
hoc prudentum fuit, a quibus ex-
cogitata quoque est cautio et vel-
ut ratio quædam, qua cum vi
& effectu pupillaris substitutionis
etiam filio emancipato substitua-
tur, l. 39. hoc tit.*

3 *Non satis autem est, libe-
ros in potestate esse, nisi simul
proximum in familia testatoris
gradum obtineant, hoc est, sui
hæredes sint testatori: nam si,
verbi causa, pater nepotem an-
tecedat, non poterit avus huic ne-
poti pupillariter substituere, quia
post mortem avi recasarus est in
potestatem patris sui, d. l. 2. in
pr. quo fit, ut jam non propter
ætatem, aut quia impubes testa-
mentum facere non possit aut hæ-
redem ex testamento habere: sed
quia filius fam. cui nec puberi te-
stamenti faciendi jus, et de
cujus successione jure veteri o-
mnino quæri non potuit. Plane
ex formula legis Vellejæ de qua
egimus supr. §. 2. de exhæ. liber.
etiam nepotibus, quos pater præ-
cedit, substitui potest, d. l. 2. in
pr.*

4 *Necesse autem est ut sub-
stitutio pupillaris valeat, liberos
esse in potestate, nedum tempo-
re quo pater moritur, sed etiam
eo quo substitutio fit. Nam verba
juris de hac substitutione consti-
tuti conferuntur in tempus præ-
sens substitutionis, et cum qua-
litas aliqua requiritur ad consti-
tutionem alicujus actus, ea inesse
debet eo tempore, quo actus ge-
ritur, l. 49. §. 1. de hær. instit.
§. 4. infr. de hær. qual. tritumque
est, quod ab initio non consistit,
ex postfacto non posse convalesce-
re. Accedit præterea textus satis
clarus in l. 41. §. 2. hoc tit. Ver-
ba sunt: *Si quis ex his mortis
quoque tempore non fuit in fami-
lia, substitutio pupillaris fit irri-
ta. Quibus verbis Jurisconsultus
aperte significat, præter tempus
mortis aliud quoque esse, quo o-**

(1) *D. l. 5. tit. 5. P. 6.*