



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 impuberis 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-
ris 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 liberi-
ris impuberibus pupillariter substi-
tuere. 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.*

porteat impuberes esse in familia: hoc autem tempus non aliud intelligi potest, aut debet, quam id, quo fit substitutio. Vide Duanen, ad hunc tit. cap. 14. Don. 6. comm. 25. & D. Covarr. in cap. Raynati de testam. §. 5.

5 *Velut si quis &c.* Formula mixta & genellæ substitutionis, quæ a Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, l. 1. §. 1. hoc rit. Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula usi fuerunt; vel quia ex plurim sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum; vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Imp. Marci & Severi constitutione effectum, ut si pater impuberi filio in alterum easum substituisse, in utrumque casum substituisse intelligeretur, l. in pr. eod. Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgaris casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat: *Si filius hæres non erit, Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum: *Et si filius hæres erit, impubes decesserit,* tacite substitutum videri, d. l. 4. in pr. nisi voluntas testatoris refrageretur, l. 4. C. eod. (1). Etenim quod pupil-

laris substitutio hic quoque admittitur, id sit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc dicitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius non esset, voluisse quoque eundem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexit, quam impuberi filio: cui etiam utile esse creditur, hæredem a patre accipere, l. 42. de adq. hær.

6 In voluntate autem testatoris manifeste contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat: hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum, contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expresse in secundum casum substitutum dedit, §. 3. infr. eod. aut in conditione substitutionis eum adjicit, cui in secundum substitui non potest; quod cum sit, palam est, testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quem expressit. Hac etiam pertinet quod dicimus infr. num. 17.

7 Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis item movet Polit. de subst. pup. quæst. 8.

(1) D. l. 5. tit. 5. P. 6. vers. E aun, cum seqq.

num. 39. Vigl. hic n. 19. Ant. Fab. dec. 32. err. 9. & 10. pauci (quoniam nonnullos alias Viglius laudat), sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant ac serio contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacite nunquam contineri. Nos quidem numero Interpp. nobiscum sentientium longe superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimus dupli: prius verbis ipsis constitutionis Imp. Marci & Severi relatis a Modestino d. l. 4. in pr. quæ hæc sunt: *Cum pater impuberi filio in alterum casum substituisse, in utrumque &c.* Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum casum, quomodo Imp.* Loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cum in alterum casum,* hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primus an secundus tantum expressus fuerit.

8 Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis d. l. 4. §. 2. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad è-

vitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutuae substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse.

9 Deinde fortior voluntatis conjectura est pro intelligenda substitutione vulgari sub pupillari, quam vice versa. Nam si testator, qui duntaxat ad bona sua expresse vocavit substitutum vulgarem, censetur vocasse quoque eumdem ad bona impuberis, adveniente casu pupillaris substitutionis; multo facilis censendum est voluisse, ut substitutus, cui & bona sua & impuberibus reliquit, habeat bona ipsius testatoris sola, existente casu vulgaris substitutionis, cum ad hæc eadem bona eum manifeste vocaverit post pupillum in pupillari ætate decedentem. Ex quo vel solo refelli possunt nullo negotio rationes eorum, qui contra sentiunt: nam auctoritate quidem nulla nituntur, nisi quod Ant. Fab. nobis objicit Javolenum in l. 28. de rub. auct. jud. poss. quo tamen quod longe aliam quæstionem Juriscons. tractat, nimirum an creditoribus paternis actio detur in substitutum impuberis, qui

patris hæreditate se abstinuit. Infert quidem Javolen. ex eo quod institutus filius paterna se hæreditate abstinuit, bona defuncti tanquam vacanta venisse a creditoribus; sed noa ideo protinus concludendum est, substitutum non potuisse admitti vi tacitæ vulgaris: imo existimandum est, ipsum substitutum, qui filii hæreditatem adiit, repudiasse paternam, qua jam filius se abstinebat, tanquam damnosa.

10 *Quam in suam tutelam venerit*). Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, l. 5. §. 2. quibus ex caus. in possess.

11 *Si quidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit heres*). Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat, diximus in pr. tituli præcedentis.

12 *Si vero extiterit heres filius*). Videamus item quando filius patri hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo, hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti, hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione, aut abstentione. Verum illud bellissime quæritur, an etiam filio, qui expresse abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, et quod dicitur, nuda sui hæredis existentia confirmantur tabulæ patris et pu-

pilli. Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus, nudæ existentiæ tribuimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hæreditate expiret.

13 Adhæc, cum dicamus, in substitutione vulgari verba hæc: *Si filius hæres non erit, ex mentesubstituentis patris sic accipienda esse, si immiscere se paternæ hæreditati noluerit; etiam ex contrario, quæ sunt pupillaris substitutionis: Si filius hæres erit, sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, et non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum est, si duo fuerit a patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas, unum ex iis hæreditatem patris adire*, l. 11. §. 1. ad senat. Treb. Cæterum quominus ita statuamus, impedimur textu expresso l. 12. hoc tit. item l. 42. de adq. hæred. l. 28. de reb. auct. jud. poss. ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo, substituto concedi debat separatio bonorum patris et filii, ut ex substitutione pupilli tantum hæreditatem aeat: stulte & inepte, si substitutus, abstinentie pupillo, nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu presenti, cum pupillus

abstinuit, ex substitutione pupillari hæreditatem deferri substituto, nudæque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicue probat l. 44. de re jud. l. 41. de adq. hær.

14 Nec vero adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgaris autem non nudæ existentiæ, sed immixtione: non enim necesse est, ut nomen hæredis aut existentiæ in utriusque substitutionis conditio ne eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis: *Si filius mihi hæres erit, de hærede qui cum effectu hæres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris et favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, et sustineantur tabulæ pupillares*, cum hoc utile pupillo censeatur, d. l. 42. de adq. hær.

Plane si filio datus sit cohæres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porcius ad tit. de Atil. tit. atque hic quia vires testamenti a cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum et substitutionis pupillaris non sufficit, filium sola potestate juris pro parte sua hæredem extitisse, sed si hic se abstinerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hæreditas ab extraneo audeatur, d. l. 11. §. 1. ad senat. Treb. Atque ita quoque explicanda l. 2. §. 1. hoc tit.

(1) L. 7. d. tit. 5. P. 6.

(2) L. 9. eod.

Etenim sui hæredes nuda existentia, quæ contingit ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest hæres alius, qui adire potest, Vid. Bart. in l. 12. hoc tit. & d. l. 11. §. 1. ad SC. Treb. qui meo judicio felicius hæc expedit, quam vel Cujac. 26. obs. 1. vel Anton. Fab. dec. 31. err. 8.

15 *Ipsi filio fit hæres substitutus*). Et in tantum succedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, sive a patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Etenim substitutione pupillaris testamentum pupilli est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis hæredem substituit, l. 10. §. 5. hoc tit. (1). Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, d. l. 10. §. 6. (2).

16 Quia vero ex notissima ratione juris, quandiu ex testamento defertur hæreditas, aut saltem spes est fore, ut defératur, hæredes ab intestato succedere non possunt, certum est, legitimos pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui circa substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, a substituto hæreditatem admittente excludi, et consequenter etiam matrem pupilli (3): quamquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ legitimis hæredibus hanc prærogativam ha-

(3) L. 12. eod.

bet, quod a liberis præterita testamen tum eorum inofficium dicere possit. Cum igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum facit: nam quod quis ex persona & nomine alieno facit, majorem vim habere non potest, quam haberet, si ille ipse id fecisset, cuius nomine factum proponitur, l. 51. §. 1. de proc. Contrarium tamen diserte ab Ulpiano responsum est l. 8. §. 5. de inoffic. test. nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficium dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiorum testamenti hoc colore instituendam, quasi non sanæ mentis fuerit qui testamentum ordinauit: hujus autem rei pupillum argui non posse, qui ipse testamentum non fecit, uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere. Neque vero pater, cum liberis suis testamentum facit, testatur ex persona & nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua vi scilicet & potestate juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat l. 9. C. hoc tit. quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionem pupillaris. Negata querela, consequens omnino est, matrem a sub-

stituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque constitutione Bonifacii VIII. nominatum expressum est cap. 1. in fin. de testam. in 6. Licit filius, inquit Pontifex, testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest.

17 Porro si hoc obtainemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam cum ex constitutione Impp. Marci & Veri hic non minus testamentum, atque ex eo hæredem pupillus habeat, quam si expresse in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia satis aperte confirmatur a sensu contrario in l. 2. hoc tit. in qua Impp. respondent, ideo in specie illuc proposita matrem admitti, quia testator, filio impuberi & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis hæreditibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quam qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantum (1): quo non obscure significatur, si personis omnium uterque casus conveniret, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt l. 45. hoc tit. l. 4. C. eod.

(1) D. l. 5. tit. 5. P. 6. Fueras ende, cum seqq.

18 Sed duo loci hic nobis objiciuntur, l. 8. C. hoc tit. & l. ult. C. de inst. & subst. Ad priorem bene respondet Puga cap. 4. de vult. & pupill. subst. num. 7. intelligi debere de eo casu, quo filius institutus post pubertatem decesserit, & merito rejicit num. 6. opinionem existinantium in testamento militari, vulgarem substitutionem expressam non continere pupillarem tacitam. In l. ult. C. de instit. & substit. hic casus proponitur: Testator posthumum & uxorem hæredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstite matre decessit. Papinius & Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, & matrem potius quam substitutum ad successionem impuberis admittendam: & secundum eos Juriianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. 2 Quis vero non videt, hujus constitutionis speciem et rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigidam? Ostantur hoc verba, in hac specie, in hujusmodi casu, & 2 quo colore aliqui Papin. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hære-

Tom. I.

ditatis & ipsa instituta fuit, posthumoque cohæres data, si posthumum nasci contigeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dillexit, ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere a luctuosa hæreditate filii. 19 Deinde, quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris: Si filius post humus hæres non erit, sed in casum specialem & nominatum in hunc: Si posthumus natus non erit. Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumo data, hunc casum: Si posthumus natus non erit, trahendum esse ad oppositum: Si posthumus natus fuerit, et impubes decesserit, ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem posthumo substituit, & sibi hæredem designat nominatum in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, et quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredem esse voluisse, exclusa matre a luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis, aut probabilibus conjecturis colligi non

Nan

potest voluntatem testatoris refragari: ita et Vigil. hic Don. ad l. 8. C. hoc tit. Ant. Faber 15. conject. 9. et seq. & dec. 33. err. 5. late Vasq. de succ. prog. §. 15. num. 55. & seq. Dissentienti DD. Gloss. in d. l. 9. Gomez 1. resol. 4. num. 8. Covarr. in cap. Raynatus de testam. §. 4. num. 6. Fa chin 4. controv. 40. & 41.

20. IN HISPANIA, quamvis, in vers. E aun decimos, l. 10. tit. 5. P. 6. manifeste & indirec tamente statuatur non esse locum, substitutioni pupillari, si filius, noluerit haeres esse, nullam in eo fraudem faciens; tamen eum restringit Greg. Lop. gloss. 10. ejusdem l. ad casum, quo filio, instituto cohæres extraneus datum est. Et sane laudatus vers. non obscure desumptus est ex l. 2. §. 1. de vulg. & pupili. subst. quæ utique intelligenda de causa, quo extraneus institutus est, ut bene probat Santolaria in l. 42. de adq. haer. n. 11. Et hodie, stante l. 1. tit. 18. lib. 10. N. R., quæ vult sustineri legata et cætera in testamento contenta, quando haeres institutus haeres esse noluerit, omnis dubitatio, qua alioqui substitutus impedi ri posset, sublata est, ut recte monet Anton. Torres hic vers. si vero.

21. Obiter quoque monendi sumus non posse apud nos avum pupillarier substituere ne poti, quandoquidem hic in il lius potestate non est, ut vidi mus in §. 3. de patr. pot.

(1) L. 11. d. tit. 5. P. 6.

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1. Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cuiuscunque sexus vel gradus, licet eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus; & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur (1).

COMMENTARIUS.

1. Hoc §. agitur de substitutione mente capti, quæ substitutione pupillari finitima est, atque ejus species quædam imperfecta: unde a nonnullis quasi pupillaris dicitur. Veteres Interpp. exemplarem vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est (2). Sciendum vero, ante tempora Justiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus, liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus, sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi liceret, specialiter a Principe impetrassent, l. 43. hoc tit. quod quia vel non semper impetrari,

(2) D. l. 11.

De pupillari substitutione.

467

aut non sive magna molestia poterat, humanum tamē videbatur, Justinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario communione, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata a Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo jam antea ex more recepto parentis filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum, quo haeredes existerent, et in eadem constitutione mentis decederent, l. 9. C. hoc tit. Utriusque hujus substitutionis similitudo et dissimilitudo ostendetur in progressu.

2. Qua ratione (1). Nimirum eadem illa, quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia scilicet liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus, qui non sanæ mentis sunt, et ob eam causam ipsi testari non possunt.

3. Ut si qui (2). Sine distinctione sexus aut gradus, aut potestatis parentum: ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutione hæc non ex ratione aliqua juris civilis, sed ex sola humanitate, affectione, pietate et cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem

(1) D. 11. tit. 5. P. 6.

est in omnibus parentibus, d. l. 9.

quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem postestas tribueretur: Parenti, qui vel quæ testatur, testatori vel testatrix. Poterit igitur et mater hoc modo substituere, et avia, et pater filio emancipato (1). Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia. Quod si mente capto emancipato uterque parentis superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius quam matris substitutio rata sit, ut recte Vasq. lib. 2. de succ. prog. §. 17. num. 39. & seq. Donhell. 6. comm. 27. Quamvis receptum magis, ut cujusque substitutione valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in d. l. 9. num 8. quod etiam probat D. Perez in C. hoc tit. num. 31. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communis cum pupillari videtur convenire: nam utraque fit bonis liberorum omnibus; et insolens est, aliquem cum duobus testamentis decidere.

4. Mente captos (1). Existimo constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo ad surdos & multos quoque liberos porrigidam: quo casu ipsi testari non possunt: quæ & communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat nisi ex privilegio, nunc liceat jure com-

: