

scripta sunt, si quidem conjunctim, ut puta, si illud & illud factum fuerit, omnibus parentum est; si separatim, veluti, si illud aut illud factum erit, cuilibet conditioni obtemperare satis est.

L. 13. tit. 4. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Docent nos Dialectici copulatae orationis partes omnes veras esse oportere si ea vera esse ponatur, totam autem falsam esse si vel una pars falsa sit: cui conveniens est quod hic scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptae sint omnibus parendum esse, ut scilicet, verificetur rota enuntiatio & institutio puribetur: quod & Paulus tradidit, l. 5. de cond. inst. & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, l. 129. de verb. obl. Ait, omnibus parendum est. Parete, obtemperare dicimur conditioni quando eam implemus, & proprie hæc enuntiantur de ea conditione quæ posita est in nostra potestate quam quoties volumus implere possumus, nonnumquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur quæ posite sunt in eventu, ut in l. 2. de cond. & dem. & sic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones quæ ex casu pendunt copulatas pertinere sciendum est; nec sufficere ad delationem hereditatis unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cum non minus in hanc speciem quam in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utriusque æquo conveniat ratio Pauli in d. l. 5. de cond. inst. quod plures conditiones conjunctim scriptae unius loco habeantur; ideoque merito à reliquis Interpretibus notatus est Accursius, quod putaverit ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim oppositis sufficere extitisse unam, arg. l. 17. eod. tit. quæ hæc non pertinet, sed loquitur de pluribus institutionibus factis sub diversis conditionibus, repetita scilicet ejusdem institutione in diversa parte testamenti. D. Vigl. hic.

Si separatim cuilibet &c.] D. l. 5. de cond. inst. d. l. 129. de verb. obl. & ratio est, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta est; unde regula juris Pontificii, In alternativo sufficit alterum adimpleri; reg. 70. in 6. Cujacius legit cui libet, voce divulsa, id est

cui placet. Theoph. si ἄν βίωσεν (cuiusque volet). Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimodo impleri oportere; quæ autem in potestatem nostram conferuntur etiam tunc pro impletis haberi cum per aliam stat quominus impleantur; veluti si quis ita institutus sit, Si Sejam uxorem duxerit, & ea non sit nubere, l. 5. §. 5. quand. dies leg. l. 24. de cond. & dem. l. 161. de reg. jur. & ibi doctissime Pet. Fabr.

TEXTUS.

De his quos nunquam testator vidit.

12. Si quis nunquam testator vidit heredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorant qui essent, heredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

COMMENTARIUS.

1. Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti heredit institutionem non considerari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.

ETIAM qui nobis ignoti sunt heredes à nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, l. 9. C. hoc tit. l. 46. ff. eod. Poterat duplex hæc esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris certaque persona instituti, Ulp. in fragm. tit. 22. §. 1. tum quod eos fere heredes instituire solemus quorum merita affectionem nostram provocaverunt, l. 9. pro soc. Verum enimvero ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est incertum ejus consilium incertave institui persona dici nequit, licet circa accidentia personæ, puta nomen, faciem, incertitudo sit; & potest quis etiam erga ignotum ita affectus esse ut optime ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem ut in exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

Peregrinantes] Peregrini non peregrinantes heredes institui vetantur, l. 1. C. hoc tit. Notissima autem est inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure constituerunt ne quisquam qui civis non sit jus capiendæ hereditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur

tur studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbes videant opulentas, cum hi cives esse non desinant, nulla ratio est cur non à suis domi heredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit peregrinator, dictione divisa, quomodo in omnibus quoque libris manscriptis legi testatur Horomannus quos quidem videre illi contigit; atque cum ista lectione consentire & Theophilum: quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio quasi lectioni imponat, cum etiam Theophilus habeat, ἰνὶ ξίνοι διαγύρτα (peregre degentem). Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἰνὶ ξίνοι διαγύρτα (peregre degentem) heredem institutum, sed liberis ex fratre, cum peregre ageret, procreatos.

1. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est ut heredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus; nam & id testamentum dicitur, in quo relicti sunt legati nulla heredis institutio facta est. Joann. del Castillo So-

tomayor tract. de usufr. c. 60. Quin etiam secundum quarundam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet heredis institutio. Sic enim dicantur leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Contracensium &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si heres institutus sit pro legato tantum sibi habeatur. D. Gudelín. lib. 2. de jur. Nov. c. 5. D. Christin. vol. 1. decis. 247. n. 8. & decis. 105. n. 17. & 199. VINN. Apud Hispanos celebris extat decisio in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. qua nedum testamentum sine heredis institutione validum esse, sed etiam eo non aduente testamentum quoad legata & cetera capita valere; præterea herede qui hereditatem restituere rogatus est, adire recusante recta posse fideicommissarium esse substitutum sibi relicta ad ipsi decium est: qua elegantis juris decisione quamplurima Romani juris capita, & quidquid captiosas Idorum subtilitates redolebat, abrogatum, ut suis locis adnotavimus. Tu vid. Azov. & Mat. in gloss. ad hæc leg. ubi plura recensent tum juris civilis tum Part. loca hæc legæ tacite vel expresse derogata; quibus addo observationes nostras de interna jure Hispano testamentorum solemnitate, quas inferius dabimus. ADDIT.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. lib. 28. tit. 6. Cod. lib. 6. tit. 25. & 26. Et Part. 6. tit. 5.

- 1 Ratio ordinis: simul quam varie verbum substitutionis à nostri usurpetur.
- 2 Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.
- 3 Nominis substitutionis simpliciter posito intelligi directam; qua & perfectius definitur.
- 4 Vulgatae divisiones substitutionis notantur: ostenditurque, commodissime eam dividi in duo genera duntaxat.
- 5 Summariorum qua hoc tit. explicantur.

1. POSTquam ea omnia Princeps tradidit quæ ad testamenta recte ordinanda & heredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret quibus modis testamenta recte ab initio ordinata postea infirmarentur; ceterum cum testatori permittitur sit non tantum heredem testamentum instituire, sed etiam in locum defi-

cientis heredis institui alios heredes substituere, ut primo gradu deficientes saltem ex secundo heredem testamentarium habeat; nonnumquam & cum sibi fecit, simul alii testamentum & heredem facere: hanc partem quæ substitutione continent prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio vix commode una generali definitione explicari potest; utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum loquuntur de institutione secundi heredis, verum etiam cum de secunda datione legati, l. 6. C. de legat. item cum agent de fideicommissis tum hereditatis tum rerum singularium, ut videre est in l. 41. §. de vulg. & pup. l. 64. l. 77. §. penult. l. 87. §. 2. de leg. 2. l. 57. §. 1. & 2. ff. ad Senat. Trebel. l. 14. C. de fideic. l. 6. de instit. & subit.

2. Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est, quæ

quæ fit verbis directis & civilibus, vel heredem heredi substituendo, veluti, *Titius heres esto*; si *Titius heres non erit, Sejus heres esto*; vel legatarius legatario, veluti, *Titio fundum Cornelianum do lego*; si *Titius fundum quem ei legavi non cepit, eundem fundum Sejso do lego*, l. 50. de legat. 1. Nam & quoque directæ substitutio est, & ideo legatum agnoscens primo legatario evanescit, l. 6. C. de legat. Fideicommissaria est quæ fit verbis precariis, cum scilicet testator vel heredem institutum rogat ut hereditatem paternæ hereditatis aut rem aliquam alteri restituat, vel legatarium aut fideicommissarium ut restituat quod iis relictum est. Fideicommissaria substitutio mentio fit cum alibi, tum in locis istis omnibus quos modo allegavi; directæ directis & civilibus verbis factæ, in l. 7. §. 1. ff. hoc tit. l. 1. §. 1. l. 7. C. de impub. & al. subrt. l. 14. C. de fideicom. §. pen. Inst. inf. de codicill. Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam; accipiat autem ut generis *resis* in, & eo pertinet ut varium vocis usum quem in jure habet intelligamus.

3. Illud equidem certum est, nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (sive proprie sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam qua heres heredi substituitur; unde passim videmus substitutionem opponi fideicommissis, l. 6. §. 5. ad ren. Treb. l. 39. §. 3. de adm. tut. l. 77. §. 13. de legat. 2. cum similibus: quorum etiam tractatio propriam locum atque hinc satis longe remotum occupavit circa finem hujus libri: in *π.* lib. 36. cum de substitutionibus agatur lib. 28. Igitur quod ad propositum attinet, si queratur quis sit substitutio, ea sic licet definiatur: Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta institutio; vel brevius & simplicius, est secundi heredis institutio, l. 1. §. 43. §. 2. in fin. hoc tit. Nam omnem substitutam Veteres secundum heredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperitur, habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ sed successione; & quia omnis substitutus collatus cum eo cui substituitur, & ex ejus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio quæ fit post primam & in locum primi heredis deficientis recte dicatur secunda, quemadmodum secunda nuptia dicuntur quæcumque contrahuntur post primas. V. N. A. Non usquequaque vera est hæc Vinnii

observatio. Qui enim substituti substituitur, si subinde vocati heredes tertii, quarti, quinti, non secundi. Hinc tertium heredem meminimus species in *Claud. cap. 6. HERED.*

4. Species substitutionis alii plures alii pauciores faciunt, Doctores communiter quinque vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capri breviloquam, quam alii melius reciprocant, cum heredes instituti invicem substituantur: compendiosam quæ verborum hoc compendio, *Quandocumque decesserit*, comprehendit plures substitutionum species, plures casus & tempora; veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si forte filius mente captus sit etiam exemplaris; postremo militaris quoque privilegiata, si miles sit quis substituit, *Gom. 1. resol. 7. §. 8. Grass. substitutio q. 3. §. 9. §. 1. & multis seqq. S. char. in l. 8. C. hoc tit. Ant. Merend. 4. cont. 6. Duarenus autem ad hunc tit. cap. 3. & Soar. ad Gomez. 1. resol. 33. ponunt hæcæ quatuor vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, reiectis breviloqua & compendiosa ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longe rectius nosro quidem iudicio *Vigl. Myns. Hotom. hic, Donell. 6. comm. 23.* duas dumtaxat species statuunt vulgarem, & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt & species revocant. Etenim si genera substitutionum à casuum differentis distinguenda sunt plura poni non debent quam duo; sicut nec plures sunt casus in quos fit substitutio quam hi duo, unus si institutus heres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutio; alter, si heres erit, qui secundus & proprius pupillaris, l. 4. §. 45. ff. hoc tit. l. 8. C. eod. potestque substitutio exemplaris, quam vocant *diversimodo* referri ad pupillarem & commodiore nomine appellari quasi pupillaris, de qua agitur §. 1. tit. seq. Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant conceptas semper in primum vel secundum alterutrumque casum. Quod autem nihil filio pateri vel etiam extraneo in secundum quoque casum directæ substituitur potest, abnorme atque ex privilegio est; neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Ceterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio proprie substitutio est, pupillaris non tam substitutio quam institutio prima, ut*

po-

potest per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tamquam ab ipso primo loco institutus. Ant. Merend. 4. cont. 6. n. 12. §. 13. Obviat tamen ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri heredem, ut declarat *Ulp. l. 2. in fin. hoc tit.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, §. 5. tit. prox. seq. Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne Doctorem scripta adeantes in vestibulo hereret aut offenderent.

5. Præsentem in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sane & parce pro materis amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effecta, ut sciamus quas in partes, nullis substitutionis adscriptis, substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris à vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscue omnibus heredibus à quovis testatore fieri potest. Quid ea sit jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propria.

TEXTUS.

De pluribus gradibus heredum.

Potest autem quis testamento suo plures gradus heredum facere; ut puta, Si ille heres non erit ille heres esto; & deinceps in quantum velit testator substituitur potest: ut novissimo loco in substitutionum vel servum necessarium heredem instituitur possit.

Summ. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Substitutionem in codicillis factam sustineri in vlti fideicommissis.
2. Gradus heredum non ex scriptura ordine, sed ex successione serie quam testator fecit estimari.
3. Conditionem banc si heres non erit, continere & casum impotentie & voluntatis; & an uno borum expresso contineatur & alter.
4. Conditionem si heres non erit, diversimodo accipi pro diversa qualitate heredum & persone instituti.

Tom. 1.

5. *Suum heredem, accepto vulgari herede, ex necessariis fieri volumarium, salva tamen qualitate sui heredis.*

6. *Substitutionem vulgarem in suo herede non operari in casum impotentie, sed voluntatis & abstinentie.*

IN testamento] Recte in testamento, ut & Marcian. l. 36. hoc tit. unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui heres non potest, ita nec substitui; siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hereditas directæ datur; quod in codicillis non licet, §. 2. Inst. inf. de codicill. l. 10. de jur. codicill.

1. Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat iure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi heredes legitimi rogati videntur hereditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non Doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, l. 76. ad senat. Treb. l. 13. §. 1. ff. de iur. cod. l. ult. §. 1. C. eod. Atque hæc tandem etiam, cum in contrarium multa dispuisset, amplectitur *D. Viglius*, & pro axioma quoddam esse jubet multarum questionum arbitrio.

2. *Plures gradus heredum*] Hoc est, plures heredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio & ita deinceps, l. 2. §. 4. de bon. poss. res. tab. In qua dumeratione non scripturæ ordo sed successione spectari debet, ut ecce, in hac formula: *Titius heres esto si Sejus heres non erit; Sejus heres esto*, gradu & ordine delatæ hereditatis est primus, Titius secundus ac proinde substitutus, l. 28. de her. inst. l. 2. §. pen. & ult. hoc tit. Nec vero etiam coheredis adjectio gradum facit, sed omnes coheredes uno eodemque gradu habentur, & ideo simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus à testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul heredes esse, l. 37. de her. inst. nec substituto locus est quamdiu admitti potest prior heres institutus, l. 3. §. 69. de adq. her. idque omnino postulat ordo graduum pro effectu erga heredes à testatore descriptus, apud quem ut prior amoris gradu institutos esse appareat quam substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit quam

Hhh

ad

ad hos hereditatem suam pervenire.

3. *Si heres non erit*] Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed saepe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat, *Titio Mevium substituo*; aut pluribus institutis ita, *coique invicem substituo*. Casus autem iste, *Si heres non erit* generalis est, continens in se & casum voluntatis, ut loquuntur, *si heres esse nolis* & impotentiae, *si non potuerit heres esse*: fac. l. 56. sol. matr. Uterque casus speciatim exprimitur l. 3. C. de her. inst. Sub casu impotentiae iterum sunt inferiores & veluti species infimae, veluti *si mortuus sit*, *si deportatus*. Quorum omnium cum sit diversa ratio, non facile admittendum est: quod ex communi doctorum sententia Gomez t. var. resol. 3. n. 10. referre & probat, uno casu speciali expresso aut voluntatis dumtaxat aut impotentiae, alterum interpretatione supplendum esse, & perinde habendum ac si uterque expressus esset; & manifeste obstat huic sententiae l. 10. de lib. & post. Sane non dixerim, eum qui expresso & specialiter substitutus est in casum deportationis heredis institui, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producit ad casum deportationis & similium, mirum non est: quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, l. 29. §. 5. d. tit. Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primam seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum, & contra: nimirum sumtum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebinus tit. seq. quamquam non tam Prudentem interpretatio hoc jus introduxit quam specialis constitutio D. Marci l. 4. hoc tit. Add. Cujac. ad d. l. 10. de lib. & post. Duar. cap. 9. hoc tit.

4. Porro conditio haec *Si heres non erit*, pro diversa qualitate heredum personarumque institui & ipsa diversimode accipitur. In extraneo herede qui sui juris sit hoc significat, si neque sibi hereditatem adquisierit, neque alium mutata conditione heredem fecerit. In ejusdem qualitatis herede qui alieno juri subiectus est, eodem sermone hoc significat, si neque ipse heres erit, neque hereditatem ei cujus in potestate esse adquisierit, §. ult. hoc tit. ubi hac de re latius atque ex

professo. In suo herede eadem formula hoc significat, si se paterna hereditate abstinerit, si cum effectu heres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluert. Nam etsi suus heres ipso jure heres existit, & ideo non esse sine herede dicitur qui suum heredem, licet se abstinenter, habet, l. 30. §. 10. de fideicom. libert. cujus rei notabilis effectus indicatur in specie l. ult. de adq. her. tamen cum de excluendo substituto quaeritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi heres non erit*, ex voluntate substituentis quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum additione heredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest ut non sit heres, frustra ei substitutus datur in eum casum quo heres non sit, quo proculdubio continetur etiam casus voluntatis.

5. Ac dicendum omnino videtur suum heredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum necessitatem istam ut in suum solius favorem introducant remittere, & quam etiam tacite remissis intelligatur dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset nisi jure pratorio, abstinerit nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili, per l. 12. de cond. inst. l. 86. de her. inst. Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, arg. d. l. 12. & l. 16. de lib. & post. Grass. §. substitutio quat. 9. n. 1. sed hoc nullo modo admitti potest; alioqui nec in pupillari substitutione expressa umquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & transmissio, quae solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quae omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium argumento l. un. §. 5. & §. 13. C. de cad. toll. ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personae quae hereditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quae unica est sub tit. C. de his qui ante ap. tabb. ber. transm. Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui heredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas d. lege Theodosii comprehensas. Et vero, quod omnino considerandum, in persona sui

sui heredis duae haec sunt qualitates diversae, necessarium esse, & suum esse, quarum hac salva aut saltem vulnerata tantum, illa tolli potest, ut factum videmus edicto praetoris, quo manente suite data est abstinerendi potestas.

6. Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo herede non operari in casum & speciem impotentiae, sed in casum voluntatis & abstinentiae dumtaxat: utique si filius patri superstes fuit; nam si is vivo adhuc patre decesserit nullis liberis relictis qui quasi agnascendo testamentum rumpant, dubium non est quin substitutioni locus sit, Zas. tract. subst. cap. 1. in quarto effectu. Gomez t. resol. 3. nn. 15. 16. & 24. Bachov. in Treutl. vol. disp. 11. res. 7. Christin. vol. 4. decis. 16. n. 4. D. Joann. à Sande lib. 4. tit. 3. Illud quoque mihi plane persuadeo, abstinerente filio suo herede substitutum heredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hereditatem adire posse ex vi formulae, *Si filius mihi heres non erit Sempronius heres esto*; quamvis hoc non placeat Anton. Fabri, qui substitutum non ipso jure heredem fieri, sed à praetore tantum ad bona admitti contendit, decad. 32. err. 7.

Novissimo loco servum necessarium] Qui omnino legitimis successiones impedire atque in omnem casum sibi vult prospicere ne intestati exitum faciat, si poterit in defectum priorum servum suum postremo loco instituere heredem necessarium: quod illi quoque facere solent quibus facultates suae suspectae sunt, ut auctioris infamiam quam meruere deficientibus voluntariis heredibus modis omnibus à se avertant, & quod in alios non poterunt in servos tandem transferant, §. 1. Inst. infr. de her. qual. Quid si servus non loco novissimo sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Joann. Fabri defensionem necessitatem, dando ei substitutum in eum casum quo heres non esset: utique si substitutus hereditatem adire paratus sit, arg. l. 12. de cod. inst.

TEXTUS.

De numero heredum in singulis gradibus.

1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurimum, vel singuli in sin-

gularum, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt.

L. 13. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Complures sunt formae substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi heredes instituti. Prior speciei variatur quatuor modis: nam & singuli singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus uno substitui potest. Secundus modus hoc loco & apud Marcianum l. 36. §. 1. cod. omissus est, forte de industria, quia eadem illiusque primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutus locus fiat necesse esse ut antea primo gradu instituti defecerint, quocumque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur; hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur, *Othlavius & Nonius heredes sunt; si non erunt, Decius esto*: is utique aperte significat se velle institutos & ambos & singulos substituto praeferrere, atque hunc non aliter admitti quam si neuter illorum heres fuerit; quod ipsum discrete quoque traditum est l. 4. C. de impub. & al. substi. Quare vix est ut credam apud Veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, l. pen. C. d. tit.

Vel invicem ipsi] L. 37. §. 1. de her. inst. Hæc est substitutio quam Modestinus reciprocam vocat, l. 4. §. 1. hoc tit. Papinianus mutam, l. 64. de legat. 2. exemplum extat apud Sueroniam in Tiberio cap. ult. Doctores vulgo appellant breviloquam, vocabulo non satis rei conveniente, neque enim ex verbo brevitate æstimatur, sed ex reciprocatioe formulae, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, ut superior diximus, & pupillari quoque convenit, d. l. 4. §. 1. hoc tit.

TEXTUS.

Quam partem singuli substituti accipiant si partes in substitutione expressæ non sint.

2. Et si ex disparibus partibus heredes scrip-

ptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse quas in institutione expressit; & ita Divus Pius rescriptit.

L. 3. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. *Heredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos, ex substitutione in partes hereditarias vocatos intelligi; & quomodo hac regula temperanda n. 2.*

Pluribus heredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutione feret; si plures pluribus eodem modo substituti, singuli ex partibus aequalibus heredes erunt, licet inaequales adscripserit sint instituti: quippe cum hic discerni non possit quis cui substitutus sit. Ac si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit quae adscripta primo cui substitutus est. Dubium quoque non habet si testator heredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit.

1. Sed hoc quaesitum est in substitutione rec-proca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles an in hereditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. Et Divus Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hereditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse ex quibus instituti sunt, l. 5. l. 24. ff. hoc tit. l. 1. c. eod. & hoc text. Optima sane ratione; neque enim verisimile est testatorem plures eos fecisse in gradu secundo quam in primo: cum substitueret quam cum institueret; et proinde partes quae in institutione expressae sunt; repetere videri debeant in substitutione: qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta a substitutis repetita esse intelliguntur, l. 74. de legat. 1. & clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit aut par utrobique ratio, arg. l. 14. de legat. 1. l. 1. c. de impub. & al. subit. Ant. Fab. Cod.

uo tit. 7. defn. 3. Christin. vol. 4. decis. 13. n. 7.

Invicem substituerit] In duobus heredibus invicem substitutis huic questionis locus esse non potest: siquidem uno ex duobus deficiente, alterum semper quod reliquum est habere oportet, & in solidum heredem fieri. Sed minimum tres institutos eosque invicem substitutos ponamus necesse est; verbi causa, ut Ulpianus speciem proponit d. l. 24. hoc tit. si unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus; repudiante tertio in novem partes dividitur quatuor, feretque octo partes qui ex besse institutus est, unam partem qui scriptus ex uncia. Manifestum igitur est male omnino Theophilum hunc locum interpretatum esse cum in duobus substitutis invicemque substitutis exemplum posuit.

2. *Quas in institutione expressit] Ulp. d. l. 24. hoc sic temperat, nisi alia mens fuerit testatoris. Quibus verbis Interpretes denotari & excipi putant etiam casum quo non simpliciter & tribus verbis onnes invicem substituuntur, aut quidam sub appellatione heredum alicui ex coheredibus; puta hoc modo: Si Titius heres non erit, quisquevis, ex parte quoque Titii esto, aut, Ceteri qui primo loco scripti sunt; sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo: Titius ex quinquante, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante heredes sunt. Si Titius heres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii heredes sunt. Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est, aequales non hereditarias partes habebunt; idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cuiusque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendum sit, arg. l. 24. ad sen. Treb. l. 114. de legat. 1. l. 37. de stip. sero. Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac praepetori suo D. Francisco Curcio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in d. l. 24. hoc tit. requirit voluntatem evidentem expressam, respondet expressionem propriorum nominum ex interpretat eum Prudentum vim expressae voluntatis in huiusmodi questionibus habere. Idem probandum est si testator aequale onus substitutis imposuit, per l. 23. ad sen. Treb. Gloss. in l. 1. c. de imp. & al. subit. Gomez 1. resol. 5. n. 20. D. Tuld. comm.*

comm. hic cap. 2. Christin. vol. 4. dec. 13. n. 7.

TEXTUS.

Si coheredi substituto alius substituat.

3. *Sed si instituto heredi coherede substituto dato, alius ei substitutus fuerit: Divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti.*

COMMENTARIUS.

1. *An in specie hic proposita utraque pars defessa jure substitutionis ad secundum substitutum pertineat.*

2. *Scavoia cum Papiniano conciliatus.*

Si paterfamilias Titio & Mævio heredibus institutis, Titium Mævio sine reciproca substitutione substituerit & Titio Sempronium, certum est deficientis Titii partem non accrescere Mævio coheredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere: quippe cum verba illa, Si Titius heres non erit, generalia sint & utrumque casum complectantur, sive heres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione. Ceterum haec species hic non pertinet. Et male Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantum quaritur de parte ejus qui coheredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte coheredis cui ille alius expresse substitutus non est; & nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat: quod hic affirmatur, & in l. 27. l. 41. in pr. hoc tit. Ex hoc igitur jure hac regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

1. *Sine distinctione ad utramque partem] Si scilicet neuter heres extiterit. Videamus primum de partibus: deinde explicabimus quid illud sit quod ait, sine distinctione. De partibus dubitari poterat non an ambe ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis tanquam ad substitutum utriusque. Nam si verbi causa Mævius, cui Titius coheres & substitutus datus est, ante Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio ad utramque quidem partem sine dubio admittitur; sed ideo ad partem quoque Mævii, dixerit aliquis, non quod huic quoque substitutus intelligatur, sed quia vel deficientis Mævii pars Titio coheredi, cui*

Sempronius substitutus, jam prius accrevisset quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verum prius illud nullo modo dici potest, quia deficientium portiones non accrescunt aliis quam qui ex sua parte heredes extiterunt, l. un. §. 10. C. de cad. toll. unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, l. 33. in fin. de usufr. Quod si Titium heredem extitisse ponimus, expiravit substitutio, l. 5. C. de impub. & al. subit. Posterius teste Viglio visum est nonnullis veterum Interpretum, ut Dyno, Joann. Fabro, atque ex recentioribus Lancello Polito, qui, etsi dicatur Sempronius in utramque partem in specie proposita substitutus, neutiquam tamen dici posse contendit revera substitutum esse Mævio. Sed merito Doctores communitur, quos & Viglius sequitur, hoc improbant. Quae enim potest esse dubitandi ratio, si dicamus partem Mævii accrescere Sempronio cui etiam accresceret etsi Titius Mævio substitutus non esset? Et igitur aut frustra & inepte talis casus proponitur quo Titius coheredi substitutus est; aut hoc operabitur substitutio Titii, ut Titio substitutus etiam ei cui Titius substitutus est tacite substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis aperte docet hoc loco Justinianus, cum air substitutum ad utramque partem admitti videlicet eodem jure, atque ex substitutione de qua sola hic disputatur; & quia, ut dicitur ante Jurisconsultum in d. l. 27. hoc tit. in utramque partem substitutus intelligitur. Sed quid refert ex substitutione, an jure accrescenti dicamus portionem etiam Mævii Sempronio defeceri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, praeter Titium & Mævium Cajum quoque heredem institutum; hic jam Sempronio proderit jure substitutionis defeceri portionem Mævii ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accrescendi. Illud non animadverto, quomodo hoc applicari possit quod praeterea Bachovius notat, jus accrescenti sequi heredem ejus qui portionem suam agnovit, quantumvis ante defecerit quomodo ipsi quidquam accresceret; substitutionem autem ad heredem non transmitti, l. 9. de ius & leg. l. 81. de adq. her.

2. *Quid autem illud est quod ait Imp. sine distinctione admitti? Nimirum hoc explicandum ex responso Papiniani l. 41. in pr. hoc tit. Primum nihil interesse ratione ordinis scripturae, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit an postea, veluti in hoc exemplo: Titius & Mævius heredes suntos*

si Titius non erit, Sempronius esto; Si Mævius non erit, Tirtius esto. Secundo nihil interesse, utrum prior substitutus post institutum an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola, l. 47. ed. Species quam ibi Scævola proponit est hujusmodi: Qui filium & filiam impuberes habebat, instituit filio herede filiam exheredavit; & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit; filiam, si antequam nubere decessisset, uxorem suam, item sororem; & respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hereditatem filii ad uxorem & sororem testatoris jure substitutionis non pertinere. Accursius, quem bona pars Doctorum sequitur, ait, Scævolum sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiae; sic enim ille loquitur legit: cum filia pubes prior decesserit; & quia sciebat apud alios legi impubes (quomodo textus quoque Pisanus & Noricus habent) notat, olim impubes, nunc pubes. Sed in tali casu non debet Jurisconsultus distinguere; cum nec si post institutum substitutus jam pubes & heres factus decesserit ex secunda substitutione quisquam admitti possit. Bachovius putat in pupillari substitutione diversum jus esse, aut saltem in specie d. l. 47. ubi pupillo non coheres substituitur sed filia exheredata eandem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substitui substituta videantur etiam substitui instituto. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cuius utilitatem pertinere creditur ut substitutum habeat, l. 42. de adq. her. Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur, cur non simpliciter Jurisconsultus respondet, hereditatem institui jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi Compositorum socordiae adscribendum quod responsum Scævole in Pandectas retulerit, cum rescripto Imp. Severi & Anonini distinctio illa qua Scævola utitur sublata esset. Mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hereditatis; Scævolum respondisse de duabus hereditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus veteris 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 heredem scriperit, & si heres non esset Mævium ei substituerit; inque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævium substitutus in partem admittitur. Illa enim verba Si heres non erit, in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur, Si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit; in eo vero quem patremfamilias arbitratur, illud significant, si hereditatem sibi vel ei cuius juri postea subjectus esse coepit non adquisierit. Idque Tiberius Caesar in persona Parisienis servi sui constituit.

COMMENTARIUS.

- 1 Si filiusfam. heres institutus sit, eique si heres non esset substitutus datus: utrum repudiante filio pater an substitutus admittendus?
- 2 Pleraque alia quaestiones qua hic tractari solita, obiter excussa & definita.
- 3 Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hereditas ex aequo dividenda, an sic ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat ferat?

IN explicacione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, Si heres non erit in persona patrisfam. significare si nec ipse heres erit nec alium heredem mutata conditione fecerit. In eo qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse heres non erit vel ei cuius juri subjectus est hereditatem non adquisierit. Et igitur si patremfam. heres institutus in eum casum substitutum accepit, Si heres non erit; & isque vel in eodem statu manens sibi hereditatem adquisierit, vel mutata ante testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus dominum aut patrem heredem fecerit: in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfam. heredes instituti & in casum quo heredes non erunt substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris sibi hereditatem adquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem heredes fecerint: substitutus itidem in totum repellitur, l. 40. de ber. inst. l. 7. ff. de

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

de adq. her. l. 5. C. de impub. & al. subst. & hoc tit. Ceterum hoc ita si testator non ignorabat eum quem heredem instituit in aliena esse potestate; nam si patremfam. esse putabat qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, d. l. 40. & seq. de ber. inst. & hoc §. Nam ex ratione filii 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 consuleri voluisse eum heredem instituens quem ignorabat dominum habere.

2. Quæsitum est, si filiusfam. heres institutus; eique hac conditione si heres 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 manifesto judicio testatoris veniat, hic non item; tum etiam, quia repudiante filio existit conditio substitutionis, quæ in extraneo heredem instituto qui alieno juri subjectus est hunc sensum habet, si neque ipse heres erit, neque eum cuius in potestate est heredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, l. 3. C. de ber. inst. Ad hæc si coheres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus; constat enim jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, l. 2. §. 8. de bon. poss. sec. tabb. In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Justinianus l. ult. §. 2. C. de bon. qua. lib. filio repudiante jure aequi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondendum constitutionem istam ut exorbitantem cancellis suis continendam, neque extendendam esse in præjudicium ejus qui venit ex testatoris expresso judicio, substituti videlicet; quem utique magis testator dilexit quam patrem, cuius contemplatione institutio facta non præsumentur, sed amore filii dumtaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Justinianus, non evertere; & vulgare est, provisionem hominis facere ut cesset provisio legis; adeoque non dubito, quin etsi coheres filio pater datus esset, nihilominus tamen filio repudiante a substituto excluderetur, d. l. 2. §. 8. sec. tabb. Aliud argumentum ducit Duar. à conditione substitui-

tionis, quam putat non minus repudiante quam aequi filio deficere propterea quod repudiatio sua patrem heredem faciat, arg. d. l. ult. §. 2. C. de bon. qua. lib. junct. d. l. 40. de ber. inst. & hoc tit. §. Verum in hoc manifeste errat; nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur ut ipse hereditatem filio delatam adire possit; non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet ubi testator ipse alium heredem sufficit. Per filium ergo qui repudiavit pater heres non fit, sed sua ipsius additione, ex persona propria vi constitutionis Justinianæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet alius a testatore non vocatur; nam volentem testatoris modis omnibus sartam ac testam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium heredes existere possunt, aut hi illos heredes facere quam aducendo; repudiando autem nequaquam, l. 7. de adq. her. l. 3. C. de ber. inst. & hoc text. & alioqui etiam quivis heredes institutus hereditatem recusans adire, dici posset eos qui ab intestato veniunt heredes facere, & coheres coheredem; atque ita fieret ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, l. 13. §. 3. de adq. her. Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum heredem fieri; sed repudiationem filii non obstat quominus filius jubente postea patre adhuc aeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus: Si pater & filius una eademque persona censentur, l. ult. C. de imp. & al. subst. nihil referre debet utrum filius ipse heres institutus an pater hereditatem adeat. Sed non animadvertit hoc argumentum in se retorqueri posse hæc modo: Si pater & filius una persona censentur, filio per repudiationem ab hereditate remoto etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis rotum faciunt, l. 35. §. 3. de ber. inst. Ita cum Viglio sentiunt & Salicet. in d. l. ult. C. de bon. qua. lib. Polit. de vulg. subst. Fachin. 4. cont. 63. Ant. Fab. dec. 33. err. 7. Don. 6. comm. 24. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 7. Dissentiunt cum Duarenno Bart. in l. 1. hoc tit. Gloss. Cyn. Castr. in d. l. ult. Merend. 4. contr. 8. Grass. §. substitutio quaest. 2. n. 4.

