

TITULUS XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

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

Unde hæc substitutio dicitur pupillaris, & quo ad speciem substitutio. Simul argumentum tituli.

Sequitur directæ substitutionis species altera quæ à subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur qui cum impubes sit in potestate patris esse desiit, l. 239. de verb. sign. tamen quia vis omnis testamenti & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est in id tempus quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut bene observavit D. Viglius, vere substitutio est sive secunda institutio qua testator in casum quo primo gradu institutus heres futurus non est alium sibi heredem facit, ac proinde per quam succeditur ipsi testatoris hæc autem non tam substitutio est quam institutio prima: quippe per quam non ei qui testamentum fecit & gradu secundo succeditur, sed pupillo cui testamentum factum est & gradu primo, perinde ac si ipse pupillus sibi heredem fecisset: quod evidentiussimè apparet in substitutione exhereditariæ. Quamobrem merito Hotomannus à Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem proprie censet esse substitutionem. Cur vero cum pupillaris proprie substitutio non sit eo tamen nomine à Veteribus appellatur, dixi præcedente titulo: nempe sic appellatur ex comparatione heredis paterni; eo quod pater sibi prius deinde secundo loco filio heredem instituire debet, & non à testamento filii incipere, l. 2. in fin. hoc tit. Porro substitutio pupillaris, ut genus est, in analogum dividi potest in propriam seu veram, & quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum quo institutus heres erit, propria fit liberis impuberibus, si heredes existerint & intra pubertatem moriantur; quasi, seu exemplaris fit mente capitis, si heredes existerint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum que hoc tit. traduntur hæc est. In principio docetur, qui quibus pupillari-

ter & qua forma substituantur: quis hujus rei effectus & unde illud manarit; inde agitur de substitutione quasi pupillari sive mente capti, & mox effectus pupillaris substitutionis repetitur: deinde parentibus formidiosis tuta monstratur substituendi ratio. Hinc jam amplius, quibus pupillariter substitui possit declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma; ac postremo sequuntur contraria.

TEXTUS.

Forma, effectus, origo & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non existerint alius sit ei heres; sed eo amplius, ut si heredes ei existerint & adhuc impubes mortui fuerint, sit eis aliquis heres; veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius heres mihi esto. Et si filius mihi heres non erit; sive heres erit & prius moriatur quam in suam tutelam venerit, id est, antequam puber factus sit, tunc Sejus heres esto. Quo casu, si quidem non existerit heres filius, tunc substituitur patri fit heres si vero existerit heres filius & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substituitur. Nam moribus institutum est, ut cum ejus atatis filii sint in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes ei faciunt.

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

COMMENTARIUS.

1. Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omnino.
2. Nepoti licet in potestate constituto quem pater antecedit pupillariter substitui non

pos-

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

posse nisi ex formula legis Velleje.

3. Utrum ut valeat substitutio pupillaris necesse sit liberis in potestate esse, & cum fit substitutio & cum pater moritur, an satis sit tales esse tempore mortis.
4. Exponitur locus Ulpiani in l. 2. in fin. pr. hoc tit.
5. Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris aperte refragetur.
6. An ex converso, expresso casu pupillaris contineatur & vulgaris.
7. Responsum Javoleni expositum in l. paterf. 28. de reb. auct. jud.
8. Quando accidat ut pupillus heres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur.
9. Quando intelligitur pupillus patri heres exstitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem bene ei fiat pupillariter substituitur.
10. Per substitutionem pupillarem excludi heredes omnes legitimos, etiam matrem.
11. Excludi matrem à substituto pupillari etiam quoad legitimam.
12. Oritur idem juris esse & in pupillari tacita, cum refutatione obsectorum.
13. Cur pupillo expedire visum sit testamentarium à patre heredem accipere.

Liber impuberibus] L. 2. in pr. hoc tit. ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguat, §. pen. inf. hoc tit. Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit in fine hujus §. dicitur.

1. In potestate] Etenim patriæ hoc datum potestati est; & ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, d. l. 2. in pr. multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie l. 33. eod. pupillares tabule appellantur quæ mater filio impuberi fecit: ex eo minime concludendum est posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si heres erit; sed in primum, si heres non erit. Vulgaris igitur illa non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit primum ratione objecti, quia substitutio facta filio dum adhuc esset in ætate pupillari; deinde quia substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quoddammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod atinet ad bona matris, ut

recte monet atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. ad African. Consilium hoc Prudentum fuit, à quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quedam, qua cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituitur, l. 39. hoc tit. add. Duar. ad hunc tit. cap. 14.

2. Non satis autem est liberis in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui heredes sint testatori. Nam si, verbi causa, pater nepotem antecedit, non poterit avus huic nepoti pupillariter substituere, quia post mortem avi recasurus est in potestatem patris sui, d. l. 2. in pr. quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes testamentum facere non possit aut heredem ex testamento habere; sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cuius successione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Velleje etiam nepotibus quos pater præcedit substitui potest, d. l. 2. in pr. ut sic avus testetur: *Filius heres est. Si filius me vivo suus heres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos esse heres esto. Si nepos heres erit & intra pubertatem decesserit, Sejus heres esto: quæ nepotis institutio fit ex secundo capite legis Velleje, l. 29. §. 13. de lib. & post.*

3. De illo quaeritur, utrum ut substitutio pupillaris valeat necesse sit liberis in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio & quo pater moritur; an vero tale esse sufficiat saltem tempore mortis. Accus. Bart. in d. l. 2. & vulgo Interpp. Grass. §. substitutio quest. 23. n. 5. sufficere credunt quietem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulti superioris ævi, Polit. Zas. Govean. in d. l. 2. Vigl. hic n. 7. Covar. in cap. Raynurd. de testam. §. 5. n. 2. Duar. comm. ad hunc tit. cap. 14. Donell. 6. comm. 25. contra, utrumque tempus spectandum contendunt, tam id quo fit substitutio quam quo testator moritur: quibus assentior. Nam & verba juris de hæc substitutione constituti conferuntur an in tempus præsens substitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem legitime actus, ea inesse debet eo tempore quo actus geritur, l. 49. §. 1. de her. inst. §. 4. Inst. inf. de her. qual. triumque est, quod ab initio non consistit ex post facto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in l. 41. §. 2. hoc tit. Verba sunt: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuis in familia, substitutio pu-*

Iii 2

pil-

pillaris sit irrita : quibus verbis Jurisconsultus aperte significat, præter tempus mortis aliud quoque esse quo oporteat impubes esse in familia; hoc autem tempus non aliud intelligi potest ad debet quam id quo fit substitutio. Pro contrariæ sententiæ firmitate adducitur d. l. 2. *in fin. pr. ubi sit Ulpian.* scribit: *Sed si extraneum quis heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit aut adrogaverit filio precedente.* Ex hoc loco Appianus & Bart. probari putant satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantum in potestate reperitur cui substitutio facta est.

4. Mihi vero contrarium hoc ipso loco non obscure significare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari quam substitutio fiat; ait enim *poterit ei substituere si eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut autem locus planius intelligatur licebit paulo altius rem reperere. Docuerat Jurisconsultus quemadmodum nepotibus quos patres præcedunt tunc in primum casum substitui posset, hoc est, ita substitui ut non evanesceret substitutio: nimirum eos vel institui oportere vel exheredari, ne in locum suorum heredem succedentes (quo uno casu effectum habet substitutio) præteriti rumpant testamentum, & per consequens extinguant pupillarem substitutio. Institui autem oportere ex consilio & formula legis Vellejæ; aliter institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ institui nihil necesse esse, vulgarique saltem modo institutum & succedentem postea in locum sui heredis non rupturum testamentum: quæ est sententia l. 23. §. 1. de lib. & post. ac proinde extraneo impuberi heredi vulgariter instituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, recte (potest enim & ex intervallo hoc fieri, l. 16. §. 1. hoc tit.) substitui: eam quippe institutionem sufficere, ne successione, quasi præteriti rumpat; cum si post adoptionem institutio facta sit, non aliter ea valeat quam si facta fuerit ex formula legis Vellejæ; sive enim nepos quem pater antecedit naturalis sit sive adoptivus, semper ex præscripto legis Vellejæ institui debet, aliqui præteriti censetur: qua de re abunde dictum in exegesi §. 2. *Inst. sup. de exher. lib.* Cum igitur hic queratur de eo qui extraneus sit non tempore substitutionis sed institutionis, tantum abest ut hic locus confirmet contrariam sententiam ut eam etiam refellat.

Non possum ergo non mirari Bachovium qui hanc explicationem, quæ tam aperte & verbis & menti Jurisconsulti ac rationi juris præ omnia convenit, divinatoriam appellat. Illa quæ ipse pro tuenda communi sententiæ affert, nihil aliud esse quam meras divinationes facile quis animadvertere poterit.

Veluti si quis &c. Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ à Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, l. 1. §. 1. hoc tit. Atque olim quidem, ut creditur est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hæc formula usi fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhiuc juris erat. Postea autem Imp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, l. 4. in pr. eod.

5. Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio heredi instituto ita substituat, *Si filius heres non erit, Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum, & si filius heres erit & impubes decesserit tacite substitutum videri, d. l. 4. in pr. nisi voluntas testatoris aperte refragetur, l. 4. C. eod. Etenim quod pupillaris substitutio hic quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credible sit eum qui aliquem sibi heredem esse voluit si filius non esset, voluisse quoque eundem esse heredem filio, si filius heres esset & intra pubertatem moreretur; utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexit quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur heredem à patre accipere; l. 4. de adq. her. 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 ait expresse in secundum casum substitutum dedit, §. 3.

inf.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

inf. hoc tit. aut in conditione substitutionis eum adjecti, cui in secundum substitui non potest, quod cum fit, palam est testatorem in eum dumtaxat casum substitutionem fecisse quo utriusque heredem substitui poterat, d. l. 4. §. 2. l. 45. ff. hoc tit. d. l. 4. C. eod.

6. Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Ceterum hic nobis litem movet Polit. *de subst. pupill. quasi.* 8. n. 39. *Vigl. hic n. 19.* Ant. Fab. *dec. 32. err. 9.* & 10. pauci (quamquam nonnullos alios 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 sententiam longe superiores sumus; sed hoc parum est nisi legum auctoritate vicimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constitutionis Imp. Marci & Severi relatis à Modestino d. l. 4. in pr. quæ hæc sunt: *cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque &c.* Non ait Jurisconsultus *cum pater in primum casum*, quomodo Imp. loqui deberant si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primum ac secundum tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis questionem hanc proponentis & decidentis in d. l. 4. §. 2. Qui duos habebat filios unum puberem alterum impuberem, utroque herede instituto puberem impuberi substituit in eum casum quo impubes heres existeret & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem questionem cautius facturum patrem si in utrumque casum expresse impuberi substituat: hoc apparet eum facere propterea quod in specie mixtæ substitutionis qualem ille proposuerat, nimirum cum utroque alteri substituitur filius impubes puberi vulgariter pubes impuberi pupillariter, voluntatis questio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum dumtaxat casum hoc est in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum hoc est in pupillarem videri debeat impuberi substituisse; at hujusmodi questionem post D.

Marci constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casu diversos, sed uni dumtaxat cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solum in primum sive solum in secundum casum. Denique à ratione non magis alienum est hæc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus in primum, quam quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum; immo fortior voluntatis conjectura pro illo quam pro hoc; quod etiam D. Chrestin. *vol. 4. decis. 15. n. 4.* notat. Nam cum pater filium heredem instituit quem etiam sperat sibi heredem fore & bona quæ relicturus est consequatur, eum quem filio heredi factio substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quaesitis sua quoque pertinere voluit, magna causa presumptionis est patrem voluisse etiam alio herede non existente sibi heredem esse in suis solius bonis; quæ presumptio tanto major in hoc casu quam in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse cum quem unum cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea evenerint, habere voluit, quam eum quem expressit sibi tantum heredem fecit.

7. Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum qui contra sentiunt, nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in l. 28. de reb. auct. jud. poss. quo tamen loco longe aliam questionem Jurisconsultus tractat, nimirum an creditoribus patris in substitutum impuberis qui patris se hereditate abstinuit actio detur, sive an substitutus ad alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hereditas, quas nuda existentia potestatis juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinentie hereditatem patris adire non posse vi aliqua tacite substitutionis vulgaris: eadem ratione collegeris nec legitimis heredibus abstinentie pupillo posse patris hereditatem cernere. Et quidni præsупponendum esse dici possit, in questione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hereditatem, utcumque virtute tacite substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi, quod ad istam questionem attinet, idem sensisse videtur Javolenus quod successor ejus Julianus, cujus sententia ut pupilli utilitatem impug-

pugnans notatur à Marcello & Ulpian. l. 42. de adq. her. Agitata fuit questio nostra jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos Coponii ejusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus lib. 7. inst. orat. c. 7. meminerunt. Coponius postumum heredem instituerat, eique si antequam in tutelam suam veniret decessisset Curium heredem substituerat. Cum postumus natus non esset exorta de hereditate controversia est inter heredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit legitimis heredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat postumo, si postumus impubes moreretur: jam vero postumum se natum quidem esse, ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis quibus nos uti sumus probavit Centumvir M. Curium nihilominus ex substitutione heredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis quas Vigl. & Fab. profertur absurditatis, ut ipsam, cum res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem ut credible est Q. Mucii constitutione Imp. Marci & Severi confirmatum est. Plane in substitutione exheredato facta eandem interpretationem non esse admittendam facile concedam.

Quam in suam tutelam venerit] Antiqua locutio, qua Veteres pupillarem ætatem significabant, hoc est, eam que tutorum potestati subiecta est: nam pubertate tutela finitur, & post eam ætatem adolescens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpe, tum lib. 1. de orat. & lib. 2. de invent. Nostri passim, Javolen. l. 39. hoc tit. Neratius l. 54. de her. inst. Julianus l. 8. §. 1. de bon. poss. rec. tabh. Paulus l. 51. de legat. 3. Prætor in edicto suo l. 5. §. 2. quib. ex caus. in posses.

8. Si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fiti heres] Quando ergo accidit ut pupillus heres non existat & substitutus vi vulgari formulæ patri heres fiat? An tunc solum, cum pupillum ante patrem defungi contingit; an vero etiam tunc cum patri superstes paterna hereditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solum substitutum venire & patri heredem fieri, cum filius vivo adhuc patre mortuus est. Ego vero censeo, etiam tunc cum impubes patri supervixit & expresse bonis paternis se abstulit,

posse substitutum defendere ex substitutione patris hereditatem sibi delatam, conditionemque hanc, Si heres non erit, ex mente testatoris explicandam, ut ea existisse intelligatur, non cum quis nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu heres factus est. Sic Jurisconsulti in l. 67. de rit. nupt. l. 68. de legat. 1. aperte negant filium qui se abstulit heredem existisse. Nam licet etiam is qui se abstulit jure civili pro adhuc herede habeatur, unde dicitur non esse sine herede qui suum heredem licet se abstinentem habet, l. 30. §. 10. de fideicom. lib. atque hæc res etiam sua habet effecta, l. 12. hoc tit. l. 41. cum l. seq. l. ult. de adq. her. l. 28. de reb. aut. jud. poss. tamen in proposito nudum nomen heredis sive nudam illam existentiam considerare non oportet; alioqui nullo modo vulgariter suo heredi substitui posset. Et cum ut docuimus initio sit. præc. conditio ista, Si heres non erit, etiam casum nolantatis contineat, & consequenter tamquam conditio potestativa necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat heredem voluntarii, per l. 4. in pr. l. 86. de hered. inst. l. 12. de cond. inst. ut jam pro concessa sibi à patre potestate suo arbitrio velle aut nolle possit, & citra beneficium prætoris jure civili se abstinere: sane in casu nostro hereditas pro acquisita nequam haberi debet. Rep. que notavimus ad princ. præc. tit.

9. Si vero extiterit heres filius] Videamus item quando filius patri heres extitisse intelligitur cum hoc effectu ut filio intra pubertatem mortuo heres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti heredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verum illud bellissime queritur, an etiam filio qui expresse abstulit intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda heredis sui existentia confirmetur tabule patris & pupilli. Dixeris enim nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus nudæ existentie tribuimus vim additionis cui consequens hoc absurdum est, suo heredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hereditate expiatur. Adhæc, cum dicamus in substitutione vulgaris verba hæc Si filius heres non erit ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si im-

miscere se paternæ hereditati noluerit: etiam ex contrario que sunt pupillaris substitutionis si filius heres erit sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, non nuda existentia cum additione conferatur. Quibus etiam accedit quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint à patre instituti cum filio impubere eodemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hereditatem patris adire, l. 11. §. 1. ad sen. Treb. Ceterum quominus ita statuanus impedimus textu expresso l. 12. hoc tit. item his locis, l. 42. de adq. hered. l. 28. de reb. aut. jud. poss. ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo qui abstulit bonis patris mortuo, substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantum hereditatem adeat: stulte & inepte, si substitutus abstinet pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsentis, cum pupillus abstulit, ex substitutione pupillari hereditatem deferri substituto, nudaque sui heredis existentia vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicue probat l. 44. de re jud. l. 41. de adq. her. Nec vero adeo absurdum videri debet quod in substitutione pupillari vim additionis tribuimus existentie; in vulgari autem non nudæ existentie sed immixtionis, non enim necesse est ut nomen heredis aut existentie in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus etiam in pupillari substitutione patrem his verbis, si filius mihi heres erit, de herede qui cum effectu heres futurus sic cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant ut sola existentia, quoad effectum de quo querimus pro additione habeatur, & sustineantur tabule pupillares. Plane si filio datus sit coheres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porc. ad tit. Inst. de Attil. tut. atque hic quia vires testamenti à coherede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit filium sola potestate juris pro parte sua heredem existisse, sed si hic se abstulerit, ut tabule valeant necesse est ut patris hereditas ab extraneo adeatur, d. l. 11. §. 1. ad senat. Treb. Atque ita quoque explicanda l. 2. §. 1. hoc tit. Etenim sui heredis nuda existentia, que fit si æviuq. & ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum ubi eodem tempore adeat heres alius qui adire potest. Vid. Bart.

in l. 12. hoc tit. & d. l. 11. §. 1. ad senat. Treb. qui meo judicio feliciter hæc expedit, quam vel Cujac. 26. obs. 1. vel Ant. Fab. dec. 31. err. 8. add. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 12. ibet. 3.

Apri filio heres substitutus] Et in tantum succedit quantum filii fuit cum se moreretur, sive à patre obveniret, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim pupilli hic est in quo testator non suis bonis sed impuberis heredem substituit, l. 10. §. 5. hoc tit. 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. hoc tit.

10. Quia vero ex notissima ratione juris quamdiu ex testamento defertur hereditas aut saltem spes est fore ut defertur heredes ab intestato succedere non possunt: certum est legitimos pupilli heredes, id est, eos omnes qui citra substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, à substituto hereditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli; quamquam de ea ratio est cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis heredibus hanc prerogativam habet, quod à liberis præterita testamentum eorum inefficuum dicere possit, aut ex Nov. 115. ipso jure evertere: utique si vera est communis opinio, quod nunc non disputo. Cum igitur mater hoc jus habeat cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere cum non liberi ipse sed pater eius testamentum facit; nam quod quis ex persona & nomine alieno facit majorem vim habere non potest quam haberet si ille ipse id fecisset cujus nomine factum proponitur, l. 51. §. 1. de procurat. l. 13. §. pen. ff. de damn. inf. l. 10. C. de hered. inst. cap. quod per alium de reg. jur. in 6. cum similib. Contrarium tamen diserte ab Ulpiano responsum est l. 8. §. 5. de ineff. test. nempe matrem impuberis non posse testamentum inefficuum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inefficuos testamenti hoc colore instituendam quasi non sanæ mentis fuerit qui testamentum ordinavit; hujus autem rei pupillum argui non posse, quia ipse testamentum non fecit; uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere. Quæ ratio etiam admissa communi DD. opinione accommodari potest ad jus novum, quid-

quidquid enim novi juris à Justiniano constitutum est, id eò tantum pertinet, sicut ipse testatur, ut præteritionis & exheredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque vero pater cum liberis suis testamentum facit testatur ex persona & nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet potestatis juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat l. 9. C. hoc tit. quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mente potestatis, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris.

11. Negata querela consequens omnino est, matrem à substituto pupillari excludit etiam quoad legitimam; idque constitutio Bonifacii VIII. nominatim expressum est cap. 1. in fin. de testam. in 6. Licet filius, inquit Pontifex, testamento suo matrem portionem jure nature debita privare non possit, pater tamen in testamento quod filio impuberi facit potest. Bocerius comment. ad hunc §. putat, matrem etsi per querelam rescindere testamentum non potest, aliam tamen via legitimam consequi posse: nimirum conditione ex lege quoniam generum cautum est, ex bonis liberorum matri legitimam esse relinquendam, ll. 30. & 32. C. de inoff. test. Nov. 1. in pr. Sed jam probavimus id verum esse quando liberi ipsi testantur, non cum pater pro suo jure iis testamentum facit. Neque assentiri possum Menochio, qui lib. 4. præsumt. §. 8. existimat, excludi quidem matrem à legitima quantum ad bona patris attinet, non autem quoad bona filii: siquidem pater in testamento quod filio impuberi facit, non tam de suis quam de impuberis bonis disponit, & exheredato quoque dat substitutum. Atque illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, eum nec petere posse legitimam, ut bene disputat Fachin. lib. 4. contr. 42. & est communis hæc opinio. Gomez. 1. rer. 4. n. 7. Vasq. lib. 2. de succ. prog. §. 11. n. 24. Grass. §. substitutio quest. 12. n. 5.

12. Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est cur non idem statuamus in tacita quæ vulgari expressa continetur. Nam cum ex constitutione Imp. Marci & Veri hic non minus testamentum atque ex eo heredem 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 etsi à DD. comm. improbatæ est, tamen aperte satis confirmatur à sensu contrario in l. 2. C. hoc tit. in qua Imp. respondet, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis heredibus instituit & invicem substitutus, non intelligitur sensisse de alio casu quam qui in omnium persona locum habere potest, id est de vulgari tantum: quo non obscure significatur, si personis omnium uterque casus conveniret, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt l. 45. ff. hoc tit. l. 4. C. eod. Sed duo loci hic nobis obijciuntur, l. 8. C. hoc tit. l. ult. C. de inst. & subst. Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis de quo loquitur d. l. 8. quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda simplici ac prout verbis expressa est voluntate existimantur, l. 6. C. de test. mil. ut proinde in horum testamentis vulgaris expressa non continet tacitam pupillarem: idemque esset etsi non mater in specie illic proposita & decisa, sed frater aut alius pupilli legitimus heres fuisset. In l. ult. C. de inst. & subst. hic casus proponitur: Testator postumus & uxorem heredes scripsit, & si postumus natus non esset Mavium sibi heredem esse voluit. Natus est postumus, & impubes superstitie matre decessit. Papiasianus & Ulpianus putaverunt voluntatis esse questionem, & matrem potius quam substitutum ad successionem impuberis admittendam; & secundum eos Justinianus questionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacite pupillarem habere adversus matrem, id est si postumus natus impubes viva matre decesserit; sin illa prius mortua sit valere adversus ceteros. Quis vero non videt hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facie ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, in hac specie, in bujurnodi casu & quo colore alioqui Papi. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse questionem responderent? Credibile autem est Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hereditatis & ipsa inscripta fuit postumoque coheres dati, etsi postumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet

tes-

testator uxorem suam, quam ita dilexit ut eam sibi quoque cum filio heredem esse voluerit, minime credendum sit voluisse excludere à luctuosa hereditate filii. Deinde quod substitutio facta propter non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris, Si filius postumus heres non erit; sed in casum specialem, & nominatim in hunc, Si postumus natus non erit. Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est & præsertim coheres postumo data, hunc casum, Si postumus natus non erit, trahendum esse ad oppositum, Si postumus natus fuerit & impubes decesserit; ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem postumo substituit & sibi heredem designat nominatim in eum casum quo postumus natus non fuerit, & quo existente nec mater nec filius nec hereditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit postumus & viva matre decesserit, ipsi postumo heredem esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filii hereditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa sive de tacita pupillari queratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest voluntatem testatoris refragari: ita & Vigl. hic. Donell. ad l. 8. C. hoc tit. Vaud. 1. quest. 44. Ant. Fab. 15. conj. 9. & seqq. & dec. 33. err. 5. late Vasq. de succ. prog. §. 15. n. 55. & seqq. Diss. Gloss. & DD. comm. in d. l. 8. Gomez. 1. rer. 4. n. 8. Covarr. in cap. Raynatius x. de test. §. 4. n. 6. Fachin. 4. contr. 40. & 41. D. Tulden. comm. hic cap. 3. & ad C. hoc tit. Perez ibid. n. 26. & 27. VINN. Patrem per substitutionem pupillarem excludere posse matrem à sua legitima, expresse decessum est l. 12. tit. 5. Part. 6. & trad. Gomez var. t. cap. 4. n. 7. Sed intelligendum est de substitutione pupillari expressa; nam tacita matrem non excludi idem Gom. d. loc. n. 8. & Covarr. in cap. Raynat. de testam. §. 4. n. 6. tradiderunt. ADDIT.

Moribus institutum | Vulgaris substitutio confirmatur lege xii. tabb. his verbis: Uti quisque legasset super pecunia sua. Pupillaris ad eam legem non pertinet: quippe in qua pater non de sua pecunia sive bonis, sed alienis, id est filii, disponit, l. 10. §. 5. hoc tit. sed substitutio hæc moribus introducta est, l. 2. in pr. hoc tit. & quod patri lege xii. tabb. permittum erat in tutela, ut liberis impuberibus in potestate constitutis

Tom. I.

testamento tutorem daret, hoc consuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate qua ipsi testamentum facere non possint testamento heredem dare, continuata vi patriæ potestatis, etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua deveniente substitutio expiraret.

13. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum sed etiam utile visum hereditamentarium & eum qui patriis judicio datus esset habere, l. 42. de adq. her. Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur quis ei successor futurus sit: propter quam causam cave olim patres solebant, ne pupillares tabule viva adhuc & impubere filio aperirentur, §. 3. in fr. hoc tit. VINN. Vulgo quidem negant pupillarem substitutionem esse ex xii. tabb. propter l. 2. pr. ff. de vulg. & pupil. substit. ubi ejus origo moribus adscribitur, cum contra vulgaris diserte ex xii. tabulis manasse dicatur in l. 10. ff. eod. Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex xii. tabulis esse, cum in illa migrasse πάρασ τὸς πατρικῶς νόμους (omnes patrios mores), vel ἀγὰς τὸς νόμους (non scriptas consuetudines), testetur Dionys. Halicarn. lib. 2. p. 96. & lib. 10. p. 675. Sanxerant decemviri, Paterfamilias ubi legasset super pecunia tutelæ suæ rei, ita jui esto. Res ratione patris erant & liberi qui ei inceptari poterant, Gajus Instit. lib. 1. tit. 6. §. 3. & vindicari l. 11. §. 1. ff. de rei vind. quin iis superstitis locum habeat actio furti, l. 38. §. 1. ff. de furt. Quæmadmodum itaque tutelæ testamentaria esse ex xii. tabulis, quia paterfamilias potest legare de tutela suæ rei, ut ejusdem originis erit pupillaris substitutio, quia decemviri patribusfamilias concesserant legare super pecunia suæ rei. HEIN.

T E X T U S.

De substitutione nemo capti.

1. Qua ratione excirati etiam constitutionem postumi in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes ejusdemque sexus vel gradus, liceat eis, etiam puberes sint, ad exemplum pupill-

Kkk

pillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus; & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, que postquam pupillus adoleverit infirmatur.

L. II. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Quia ratione & consilio exemplaris substitutio introducitur.
- 2 Utroque parente superstitite & exemplariter substituente, patri potius quam matri substitutionem ratam esse.
- 3 Substitutionem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoque ad mutos & surdos quoque posse porrigi.
- 4 Etiam impuberibus mente captis & à patre in cuius potestate sunt exemplariter recte substitui.
- 5 Eum quoque qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.
- 6 Si plures sint mente capti liberi vel fratres potest vel unum ex his substitui.
- 7 An etiam exheredatis exemplariter substitui possit.
- 8 An substitutio exemplaris per resipiscientiam infirmata vires recipiat redeunte morbo.

1. **H**OC §. agit de substitutione mente capti, quæ pupillari substitutioni finita est, atque ejus species quædam imperfecta: unde à nonnullis quasi pupillaris dicitur. Veteres Interp. exemplarem vocant, quod ad exemplum pupillaris introducta est. Sciendum vero, ante tempora Justiniani neque lege neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alieni sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi ut id sibi liceret, specialiter à Principe impetrasset: l. 43. hoc tit. quod quia vel non semper impetrari aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur, Justinianum jus regulare fecit, atque ex privilegio commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata à Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum quo heredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, l. 9. C. hoc tit. Utriusque

hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostenditur in progressu.

Quia ratione] Nimirum eadem illa quam modo dixit causam fuisse comparandæ ratio que 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 permissis parentibus substituere liberis etiam puberibus qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt. V. INN. Et non plane eadem est substitutionis ratio. Pupillaris enim dicitur (immediate) nititur patria potestate; exemplaris vero (mediate) nititur patriæ potestate. Quia illa fit à solo patre; hæc ab utroque parente. Hæc.

Ut si qui] 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 substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis, sed ex sola humanitate affectione pietate & cura parentum erga liberos introducitur, quæ eadem est in omnibus parentibus, d. l. 9. quod amen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur; parenti, qui vel que testatur; testatori vel testatrici. Poterit igitur & mater hoc modo substituere, & avia, & pater filio emancipato.

2. Quod si mente capto utroque parentis superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patri potius quam matri substitutio rata sit, ut recte Vasq. lib. 2. de succ. prog. §. 17. n. 39. & segg. Donell. 6. comm. 17. quamvis receptum magis, ut cuiusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Scharcho in d. l. 9. C. hoc tit. n. 8. quod etiam probat D. Perez in Cod. hoc tit. n. 31. & D. Tuld. in comm. hic cap. 10. Sed hoc neque natura hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire, nam utraque fit bonis liberorum omnibus, & insolens est aliquem cum duobus testamentis decedere & quamvis fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeo curent. Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos] Furiosum quoque mente captum esse, id est, lumine mentis carere certum est. Sed usu Veterum mente captus & furioso distingui solet, & furiosus dicitur rabie quadam agitur & mente captus qui in quiete magis est, nulla fere signa ostendens

ea-

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

extrinsecus; & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpe remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitandum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. & d. l. 9. incidit, propterea quod utrobique mente capti tantum Justinianus meminit. Et vero potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum D. Marcus permisisset filio mente capto uxorem ducere, exorta apud Veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosum filium porrigendum esset; quoniam in mente captis nullæ sunt morbi inducæ, furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniores sunt; quod tempus expectandum videri poterat; quom tamen dubitationem sustulit Justinianus producta D. Marci constitutione ad furiosos quoque filium, l. 25. C. de nupt.

3. Ceterum in proposito non video quæ possit esse dubitandi causa, cum omnino hic eadem ratio sit utroque, & furor intermissis liberis ipsis si in potestate non sunt testari permissum ac testamentum paternum aboleri. Fac. l. 43. in pr. vers. nam & si ff. hoc tit. l. 2. C. de cur. furios. ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et recte igitur Theoph. vertit *μηνώνας ἢνν παγαφύνας* (furiosos sive dementes). Quinimo putem, constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo ad surdos & mutos quoque liberos porrigendam; quo casu ipsi testari non possunt, quæ & communis sententia est, fuit data 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 communi. Gomez l. resol. 6. n. 3. & 4. Covarr. in cap. Raynaut. §. 6. n. 1. Grass. §. substitutio quest. 44. n. 4. & 6. quamvis aliud visum Viglio hic. Govean. in d. l. 43. hoc tit. D. Tuld. in comm. hic cap. 10. Perez in Cod. eod. n. 30. arg. l. 14. de legib. cui occurri potest ex D. Præside loco 79. n. 18. & segg. Plane ad phreneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat Vasq. d. §. 17. n. 108. per verbum constitutionis *perpetuum*. Grass. d. quest. 44. n. 3.

Vel nepote] Eadem autem conditio hic exigitur qui in substitutione impuberum, ut nepotes quibus exemplariter substituitur post mortem testatoris non sint recasuri in potestate patris sui, l. 2. hoc tit. Nam & hæc substitutio testamentum liberorum est. Qui autem sunt in potestate nec testantur, tum nec heredes ex testamentis habere possunt, l. pen. & ult. C. qui test. fac. Quare & si mater substituit, mortua ea supersitite patre, mente capti evanescent substitutio secundum plerosque: ego arbitrare, quamdiu pater vivit nec concedendum quidem matri esse ut substituat, de quo late Vasq. 2. de success. progr. §. 17. n. 43. & segg.

4. Et si puberes sint] Secunda differentia quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Atque, etiam puberes. Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De patre qui emancipavit non queritur, nec de matre substituere volente; quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre in cuius potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex xii. tabb. jubet esse furiosus, ad impuberes non pertinet qui ex jure ordinario in tutela sunt, l. 3. de tutel. ita videri potest nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cum pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia; nam finitæ tutela succedit & administrationem bonorum puberis suscipit curator quem lex aut magistratus tutori subrogat, ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit: finita autem substitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est qui heredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est ut dicamus, posse matrem etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio: ita & Duar. in tit. de vulg. pup. cap. 19. & DD. comm. Vasq. d. §. 17. n. 68. Grass. d. §. quest. 41. Dissentit D. Pacius in not. marg.

5. Ad exemplum pupillaris substitit.] His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, si filius heres erit; ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem qui exemplariter substituit sibi prius testamentum facere sibi que in eo hereditate instituit, quam filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, §. 5. infra. eod.

Certas personas] Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quis substituere, etiam fratribus ejus præteritis:

Kkk 2

itis: in substitutione mente capti non licet sed in hac primum liberi, si quos habet, deinde his non exantibus frates mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, d. l. 9. C. hoc tit.

6. Et notandum, quod in constitutione adicitur non esse necesse si plures sint mente capto liberi aut fratres ut substituantur omnes, sed satis esse vel unum ex his substitui ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhereditati: nihil enim de ceteris exheredandis exprimitur. Sed & impune posse prateriri, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur querela inofficiosi: quod tamen in liberis mente capti vix est ut ab iniquitate defendi possit: vid. Vasq. d. §. 17. n. 55. & seqq. Sed de parentum erga liberos affectione benignius præsumentur, avumque testatorem nepotibus prateritis tantumdem de propriis bonis in compensationem relinquentur.

7. Inducitur vulgo ex verbis dict. constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exheredentur: mente capto non aliter substitui conceditur: constitutio, quam si legitima eis relicta fuerit, & cum igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, Nov. 125. aut querelam inofficiosi evadere plerique existimant, quam si liberi in eo heredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua: quo casu si minus legitima relicta sit, id quod deest eos consecuturos conditione ex l. 30. C. de inoff. nimis enim superstitiosos esse qui negant subsistere testamentum nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exheredito non recte exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pari ut afflicto addatur afflictio. Bart. in l. 43. n. 18. ff. hoc tit. DD. comm. in l. 9. C. eod. Grass. d. §. quærit. 44. n. 5. Quibus assentiri non possum. Nam cum etiam liberi furiosi à parte exhereditari possint, l. 27. C. de Episc. aud. l. ult. §. 5. C. de cur. fur. quod sic accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relicta sit, modo exheredentur ex causa ingratitudinis ante furorém commissam, quod Bart. quoque d. loc. n. 19. & DD. comm. concedunt: Vasq. de succ. creat. §. 21. n. 256. non video cur non & his exhereditatis possit exemplariter substitui. Sane verba constitutionis non refragantur, Nam quod de le-

gitima relinquenda adicit Justinianus id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inofficiosi posset everti: cuius querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob juxtam causam ingratitudinis testamento insertam heredes docere potest exheredationem factam esse: & quod novissime Imp. voluit, legitimam relinquere titulo institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit utcumque rite facta sit exhereditatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius infra, tit. 18. Duar. ad hunc tit. cap. 20. Covarr. in cap. Raynuius §. 6. n. 2. & 3. Bocer. hic n. 21.

8. Sin autem respiciunt infirmarij Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, Si filius impubes decesserit: ita exemplaris hæc propria, Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur respicientia; quomodo Veteres quoque principalia scripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat liberis puberibus ob infirmitatem aliquam propter quam ipsi testari non poterant testamentum facere: iniquum homini esse testamenti factionem admovere homini sani sensus & mentis, l. 43. hoc tit. ubi indicatur alius quoque modus quo hæc substitutio infirmatur, sui heredis agnatio.

9. Quid autem si filius in eadem mentis abalienationem reciderit? Zasius tract. subst. exempl. post Baldum & Salicet. in d. l. 9. C. hoc tit. distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio; quod & Covarr. in d. cap. Raynuius §. 6. n. 11. probat. Perezus ad eund. tit. C. n. 31. indistincte negat unquam convalescere. Vasquius contra convalescere ait, sed ita quasi interim non extinguitur, idque etiam filius tempore mortis paternæ adque sit sanæ mentis, lib. 2. de success. progress. §. 17. n. 48. & seqq. quæ etiam esse communis opinio secundum Jason. & alios à Vasq. & Covarr. allegatos. Ratio juris suadet ut dicamus cum Donell. 6. comm. 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit, magis esse ut substitutio duret arg. l. 6. §. 2. de ber. inst. §. 4. Inst. inf. de ber. qual. nisi forte per id tempus quo sanæ mentis fuit ipse testamentum fecerit, per §. 1. Inst. sup. quib. non est perm. fac. test. Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem arg. l. 41. §. 2. hoc tit.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

tit. quæ etiam sententia videtur D. Vigl. n. 19. male in contrarium allegati à D. Perezio. Add. Mant. de conj. ult. vol. lib. 5. cap. 16. n. 24. & seqq.

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

a. Igitur in pupillari substitutione secundum præstatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

L. 7. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Redit Imp. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari. Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta. Quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta, quæ oratio implicare contradictionem; quippe in pupillari substitutione soli pupillo heres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, l. 20. hoc tit. & passim: ea vero pars qua impubes ipse aut alius heres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in præditam, quod ostendunt verba, secundum præstatum modum ordinata. Hoc sensu recte dicitur duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors spectanda, quod duæ aditiones necessarie, l. 2. §. 1. hoc tit. l. 11. §. 1. ad senat. Trebelli. duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatae, l. 8. testam. quemadm. aper. quod pater una hora sibi altera filio heredem facere potest, l. 16. §. 1. hoc tit. sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, d. l. 10. eod. l. 8. in fin. rec. tabb. quod filio substitutus eo abstinente non cogitur patris creditoribus respondere, l. 42. de adq. herd. & apparer hoc luculentius in substitutione exhereditati.

Unum testamentum duarum causarum] Re-
de quoque sed sensu diverso unum hic

SUBSTITUTIONE.

445 esse testamentum dicitur, l. e. §. 4. d. l. 20. hoc tit. l. 28. de reb. aud. jud. pot. nimirum tum ratione cause efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet, tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unius septem testium signaculis, d. l. 20. tum ratione substantiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto rescisso aut irrito factio simul concidit, d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 3. l. 16. §. 1. eod. l. 11. testam. quemadm. aper. §. 5. infra, hoc tit. Atque hinc est quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, l. 11. §. 5. ad leg. Falc. quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatariorum inter re conjunctos, l. 34. §. 10. de legat. 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomannus, qui singula accurate persecutus est.

TEXTUS.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. Sin autem quis ita formidolosus sit ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum accepit post ebitum quos periculo insidiarum subjacet, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam, si heres existerit pupillus & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino propriæ cera consignare: & in priorè parte testamenti cavere, ne inferioribus tabule vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in visum tabulis scripta sit, quibus sibi quique heredem instituisset, quomvis pupillo hoc periculum sit.

L. ult. tit. 2. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Quia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datur, ut eam in imæ parte tabularum scribant, in quoque proprio tractu constructam obsignent, caventque ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo insidiarum subjacet] Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hereditate spes omnis successioneis substituto præcidiat. Potest tamen

men & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap. 11.* legimus, mulierem quandam Milcesiam accepta à secundis hereditibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse, cuius rei meminit Triphon. l. 39. *de par. Citiis* autem periculum metuitur à substituto pupillariter, si is mortuo patre pueri custode, se esse substitutum cognoscit: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, cumque antequam pubescat è medio tollendi. In cuiusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille quem Sergius Galba ob id cruce affecit; nimirum quod pupillum, cui substitutus heres erat, veneno necasset. Sueton. in *Galb. cap. 9.* Scilicet ea vulgo esse hominum improbitas, ut spe luculentæ hereditatis aut similibus lucti quod post obitum aliquis se percipereus certis sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr. 2. v. 12.* de improbo insidiatore pupilli cui heres substitutus erat:

... Pupillum vocat utinam, quem proximus heres
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *lib. 2. satyr. 5. v. 48.*

*Arpe officioris, & ut scribare secundus
Heres, ut si quis carus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.*

Primis testamenti partibus] Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsigari, ita ut prioribus sine posterioribus commode aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr. 5. v. 53.* & *segg. primam ceram* vocat, sicut Tranquillus in *Julio cap. 83.* partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Ver. 3. extremam ceram codicis.* Quod intelligendum est è consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant; quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, §. 12. *Inst. sup. de testam. ord.* consule D. Salmas. *lib. de mod. usur. cap. 11.*

Separatim in inferioribus partibus] Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sivè novissima parte testamenti habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. lib. Paul. l. ult. ad sen. Treb. Ulp. l. 8. test. quemadmod. aper.* quo loco etiam hoc scitibit Jurisconsultus, prætorum non pati sine causæ cognitione aperiri tabulas pupillares quæ separatim signatas testator reliquit, quamvis expresse non caverit ne aperiantur; quia scilicet prætor existimat id nullo modo è re pupilli futurum esse.

Proprio lino] Significat, testamenti tabulas diverso lino ita ligandas esse & compilandas, ut lino inciso singula pars commode aperiri possint. Lini quoque tabulæ ligantur mentio fit plerisque locis, l. 28. §. 1. *de liberat. leg. l. 1. §. pen. & ut. ff. de bon. poss. sec. tabb. l. pen. C. de testam. apud Lucian. in Timone. Sueton. in Nerone. cap. 17. Adversus saltarios tunc primam reperiam, ne tabulæ nisi peritæ ac ter lino per foramina trajecto obrigarentur. Add. Alciat. 4. parad. 6. Gajus 2. *Inst. A. §. 3.* de hac cautela sic scribit; *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substituti periculis insidiis molatur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa in qua pupillaris substitutio scripta est, quamvis pupillus annos pubertatis egrediat, obvigata permaneat, & prior pars testamenti in qua heres scriptus est retetur.**

Cavere ne inferiores tabulæ aperiantur] Pupillares tabulæ aperiri plerumque veritatis parens, l. 3. *C. quemadmod. testam. aper.* aut vetuisse intelligebatur si seorsum eas signatas reliquisset, l. 8. *ff. eod.* Quæsieris, quid juvet hanc adhibuisse cautionem, cum qui in vulgarem casum impuberi à patre substitutus est, etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci, l. 4. *hoc tit.* nam facta palam substitutione vulgari, etiam altera celerur, in idem incommodum incidi; quia substitutus ignore non potest, mortuo impubere, se ei heredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis est responsio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut substitutioni vulgari expresse pupillaris insit: in voluntate testatoris manifeste contraria secus esse, *d. l. 4. §. 2. ff. hoc tit. & l. 4. C. eod.* Neque enim unquam in re manifesta aut ubi de voluntate constat præsumtionibus aut conjecturis locus est, l. 13. 7. §. 1. *in fin. de verb. sbl.* Quamobrem cum in casu præsentis expresse voluntati parte constat, testatorem expresse aliquem filio substituisse in imis tabulis, quo filio vivo & adhuc impubere aperire vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cum scire non possit ipsamne an aliam testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere] Igitur Justinianus hic non imperat, sed suadet. Consilium est, non præceptum, & ut Græci & *iusus omnia xaguvreis (non lex sed consilium):* neque enim

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE. 447
enim eo minus valet pupillaris substitutio quod scripta est in iisdem tabulis quibus testator sibi heredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest, filio impuberi per nuncupationem substituere, l. 8. *in fin. sec. tabb. l. 20. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS. Quibus substituitur.

4. Non solum tamen heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint & ante pubertatem mortui fuerint sit eis heres is quem ipsi voluerint, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu, si quid exheredato pupillo ex hereditatibus legativæ aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum eadem etiam de postumis intelligimus.

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

COMMENTARIUS.

1. Formula substitutionis pupillaris exheredato facta.
2. Male in vulgatis codicibus interpungi, l. 4. §. 4. de test. milit.
3. Patrem ab exheredato filio ejusve substituto legare non potest.
4. An exheredato extinguitur jus suitatis? Quæstio subtilissima.

Sed etiam exheredati] Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, l. 1. *de injur. rupt. test. l. 30. de lib. & postum.* Exheredati autem recte substituitur, l. 1. §. 2. l. 10. §. 8. *hoc tit.* nimirum jus hoc substituendi; ut & tutores dandi, non ab institutione heredis, sed à potestate patris pender, quippe non suis bonis sed impuberis substituit, quo argumento utitur Ulpianus, d. l. 10. §. 5. Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietates patris non queritur, non eo tamen minus substituitur filio exheredato potest. Neque in eo injuria fit exheredato, quod pater ei heredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, l. 42. *de adq. hered. fac. l. 6. in pr. de interrog. in jur.*

1. Sed quibus verbis hæc substitutio con-

SUBSTITUTIONE. 447
cipienda est? Non enim potest concipi eadem formula quæ unum in substitutione filii heredis instituiti, *Si heres erit & intra pubertatem deceder.* Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimitur: formula hæc sit, *Titius heres esto, filius exheres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei heres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tit. VINN. Sed hoc ipso confirmatur sententia nostra, quod hæc testamenti factio sit ex XII. tabulis. Quamvis enim substitutio hæc nec vulgaris dici possit nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia sic quoque patrumfamilias testatur de pecunia sua rei. HEIN.

2. *Pupillo ex hereditatibus legativæ*] Nam uti modo didicimus, non suis sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio legis 41. §. 4. *de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur, *Exheredato miles & emancipato filio substituere potest.* Verum hoc jus in his exhereditis, quæ ab ipso ad eum cui substituitur pervenerunt: non etiam in his quæ haberit vel postea adquisiverit. Quod si exheredato filio à milite substituto ea tantum accipit quæ à testatore perfecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Ceterum alia omnia ratio juris efflagitat: nec a summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius ausus est, quamquam nullus freus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque exheredato in calcem præc. §. transposita, novum sic inchoare; *Miles & emancipato filio &c.* quam viri doctissimi & prudentissimi interdupationem postea comperit esse Pisani codicis auctoritate confirmari.

Ad substitutum pertinere] Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exheredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhereditati emolumenta. Sed hæc occasione duo quaerita sunt: primum, an quemadmodum pater exheredato recte substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum recte relinquat: alterum, an à substituto exhereditati legatum aut fideicommissum dare valeat.

3. Primum quod attinet, placet, patrem à filio quem exheredavit legare aut fideicommissum relinquere non posse, l. 41. §. 3. *hoc tit.* Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sivè fideicommissorum. Lega-

ta & fideicommissa onera sunt, ac proinde alii imponi non possunt quam iis quos defunctus honoravit, & tantum pro modo relicti, d. l. 4. §. 3. l. 1. §. 6. ff. de legat. 3. l. 9. C. de fideic. Substitutio vero onus nullum continet (neque enim onus est heredem habere) sed est provisio pertinet ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero, nam si ab exheredato legari non potest, nec poterit a substituto ejus. Ratio enim non patitur ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quam habet in eo cui substituit, l. 87. §. 7. *verba dicit aliquis ad leg. Falc. l. 126. de legat. 1. Plane quemadmodum filius exheredatus si legatum vel fideicommissum a patre accepit fideicommissum idem a patre gravari potest, d. l. 4. §. 3. ita & eo casu poterit substitutus si juris rationem spectes, l. 1. §. 1. de legat. 3. Contrarium tamen in odium exheredationis constituit Justinianus l. 24. C. de legat. ut bene observavit D. V. glus. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari a substituto exheredati poterat, quantumvis legatum etiam amplum a patre accepisset, l. 4. §. 3. de test. mil. nimirum quia ex ratione juris veteris legata a legatario ejusve herede non recte relinquebantur: at bene fideicommissa, *infr. pr. tit. Inst. de sing. reb. per fideic. rel. d. l. 5. §. 1. de legat. 3.**

4. *Eadem etiam de postumis intelligimus*] Quæstionem, an hodie post Nov. 115. cap. 3. postumus exherediti & consequenter an ei exheredato substitui possit, alio loco reservamus. Illud pro coronide hic indagare lubet, verumne sit, quod nonnullis visum est, per exheredationem tolli jus suitatis: nam si hoc verum est, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem suis tantum heredibus substitui potest, l. 2. in pr. hoc tit. verum autem esse hæc argumentis probari videtur. Primum, si exheredati ne heredes quidem sunt, nec sui heredes dici possunt, cum non entis nulla sit qualitas, atque ut in scholis ratiocinantur, ab est secundi adjecti, ad est tertii adjecti valet consequentia negando. Heredes autem non esse testatur Jurisconsultus l. 1. §. pen. de suis & legit. Ratio enim juris manifesta est, quia nec ex testamento nec lege eis deferretur hereditas, ut plenus ostendimus in §. 7. *Inst. infr. de her. qua ab int.* Secundo, iner suis heredes numerari non potest qui pro mortuo habetur, at exheredatus habetur pro mortuo, l. 1. §. 1. de conj. cum emanc. lib. Postremo sui heredis jus per exheredatio-

nem dicitur abscissum esse, l. 9. §. 2. de lib. & post. Ex contrario vero non tolli per exheredationem jus suitatis duobus argumentis perspicue evincitur. Unam peritum est a definitione: nam si sui heredes sunt liberi omnes defuncti qui eo tempore quo mortui in potestate illius sunt, & primum in familia locum obtinent, non potest non filius exheredatus eo tempore inter suos heredes numerari; nisi dicamus, quod inaudium est, exheredatione solutam fuisse jus patris potestatis. Nec mihi objeceis, jus suitatis non ex eo solum estimari quod quis in potestate sit & primum gradum in familia teneat; verum etiam & maxime ex causa successioneis: Exheredatum autem a successioneis excludit. Enim quædiu pater vivit, exheredationis nulla vis est, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi potest, destituito vel rescisso per querelam infiduciosi patris testamento, l. 20. in pr. cont. tabb. ut proinde jus filii sui heredis per exheredationem sublatum fuisse dici non possit. Alterum argumentum sumitur ab effectibus suitatis propriis. Primum ex eo, quod ut hoc §. docetur, filio exheredato recte pater pupillariter substituit. Sum autem heredem esse oportet qui ita substituitur, l. 2. hoc tit. Secundo, quod cum tutor testamento dari non possit nisi ei quem quis in suis heredibus cum mortui habuit, l. 73. §. 2. de reg. jur. recte nihilominus dicitur exheredato, l. 4. de test. tut. Tertio, quod exheredati filii persona obstat nepoti quominus suus heres fiat avo, & prateritis suis agnascendo rumpat avi testamentum, l. 6. pr. de injur. rupt. test. l. 7. unde lib. si enim per exheredationem perimeretur jus suitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in sui heredis locum succedendo avi testamentum rumpere, non secus ac is rumpit cujus pater mortuus aut emancipatus est, §. 2. *Inst. sup. de exher. lib. l. 13. de injur. rupt.* Postremo a jure quoque suitatis procedit, quod filio qui in potestate est exheredato, ad transmitendam querelam nec bonorum possessio nec aditio hereditatis necessaria est. Cur enim aliqui contra filium emancipatus nisi ista fecerit non videatur litem preparasse d. l. 7. de inoff. test. Neque vero adeo difficilis responsio est ad argumenta duo posteriora, quibus diximus probari videri exheredatione jus sui heredis plane extingui. Etenim quod Ulpianus ait d. l. 1. §. 5. de conj. cum emanc. lib. patrem exheredatum pro mortuo haberi, verum quidem est, non aut-

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE. 449
tem simpliciter, sed quod ad illud edictum de quo agitur attinet, ne scilicet pater emancipatus exheres factus impediatur quominus nepos in potestate retentus & prateritus bonorum possessionem contra tabulas solus petat, aut si concurrat patruus partem bonorum dimidiam consequatur, cum si pater exheredatus non fuisset ex edicto filio jungeretur. Eodem modo responderi potest ad d. l. 9. §. 2. de lib. & post. jus filii eo loco abscissum dici comparative, respectu scilicet ejus qui apud hostes est, cujus jura omnia in suspensio retinentur propter spem postliminii; aut si magis placet emendatio Ant. Fabri 10. conf. 12. pro illis verbis filii jus, lege istius jus: ut hoc referatur ad nepotem, cujus sane jus per exheredationem patris penitus abscissum est; in tantum, ut nec defuncto ante aditam hereditatem patre ad successionem avi admittatur, d. l. 9. §. 2. d. l. 6. de injur. rupt. test. l. 7. unde lib. quæ emendatio eo probabilior est, quia & sententiæ Jurisconsulti loci sic restitutus melius convenit, & lectio locus mire variat, ut videre est apud Accurs. Bart. Alciat. & in editione Roberti Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum quod primo propositum fuit: unque enim cum verum sit exheredatum mortuæ patri heredem non existere, consequens est nec suum esse quo tempore pater mortuus; alioqui necessario potestate juris statim heres existeret, & obstaret heredi institutio quominus ipse directo heres esse & jure civili hereditatem tenere posset, arg. l. ult. de adq. her. quod falsum esse patet ex d. l. 6. in pr. de injur. rupt. test. l. 20. de bon. post. cont. tabb. Quamobrem sic omnino statuendum arbitror, vivo adhuc patre cui testamentum mutare licet, exheredationem non impedire quominus filius exheredatus adhuc inter suos heredes habeatur; atque ideo neposibus ex se natis obstat quominus in locum ipsius & gradum ascendat. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam rescisso aut deserto patris testamento suus heres nihilominus patri existit, perinde ac si nulla exheredatio intervenisset, d. l. 20. cont. tabb. l. 8. §. pen. de inoff. testam. Verum enimvero si exheredatio confirmata fuerit adita ex testamento hereditate, hæc consideratio exheredatus amplius pro suo haberi non potest, cum verum sit eum patri suum heredem non existisse, nec existeri posse, d. l. 1. §. pen. de suis & legit. l. 1.

TEXTUS.
Pupillare testamentum sequela paterni
5. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest nisi & sibi faciat; nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.
Vid. l. 10. tit. 5. Part. 6. & ibi gloss. 15.

COMMENTARIUS.

1. Patrem prius sibi debere testamentum facere deinde filio, nec converso modo à filii testamentum incipere, nisi conjunctim unoque textu utrunque fiat.
2. Patris testamentum non subsistente, & filii nullum esse aut coerre.
3. Cur rescisso per querelam testamentum patris substitutio pupillaris concidat, petita contra tabb. bonorum possessione non item.
4. Jure novissimo etiam expugnato per querelam testamento patris salvam manere substitutionem pupillarem.

Permissum quidem patri est, suo testamentum perfectio, alio tempore filio testamentum facere, l. 16. §. 1. hoc tit. aut sibi per scripturam filio per punctionem vel contra, l. 20. ed. & vel instituto filio vel exheredato. Ceterum necessarium omnino est ut sibi quoque heredem faciat qui filio vult facere, l. 2. §. 1. cod. Incongruens enim visum est eum qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo heredem testamento dare; tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem; ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula l. 129. §. 1. de reg. jur. cap. 41. de reg. jur. in 6. Ceterum hoc in paganis obtinet; militi enim ex privilegio indultum ut soli filio heredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, d. l. 2. §. 1. l. 129. §. pen. de test. mil.

1. Nisi & sibi faciat] Immo nisi sibi patri faciat deinde filio, nec converso modo à filii

lii testamento incipiat, d. l. 2. §. 4. & §. ult. Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens ut sine illis non subsistat. Merito itaque Juliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere deinde filio heredem scribere, neque hunc ordinem convertendum esse incipiendumve à testamento filii, d. l. 2. §. 4. Minimeque audiendus est Goveanus, qui lib. 1. var. lett. 8. in d. §. 4. pro comprobata, reponit improbatam, motus ratione qua Ulpianus mox utitur, quæ constat unum esse testamentum. Nam ista ratio non evertit Juliani sententiam, ut Goveanus videtur, sed confirmat. Obijci quippe poterat, duo hic testamenta esse, unum patris alterum filii, §. 2. sup. hoc tit. ac proinde parum referre ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrat Ulpianus, tacite significans, si revera duo diversa hic essent testamenta, facile se concessurum nihil interesse utrum prius posteriusve factum sit, sed quia unum dumtaxat revera testamentum est quod duas quidem partes habeat, sed quarum illa qua heres instituitur filio pendeat ex altera qua heres instituitur patri, rationem exigere ut ea pars præcedat quæ principalis est, sequatur altera quæ ex priori dependet & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinet, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi heredem scribat & filio substituat. Si vero conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fac, placet substitutionem valere, licet conversa scripturâ filii testamentum factum fuerit; veluti si quis ita scripserit: Si filius meus intra pubertatem decesserit Sejus heres esto. Filius heres esto, d. l. 2. §. 5. & merito, quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quidquam interest utrum prius utrum posterius dicatur scribiturque, teste Alfeno, l. 14. de pecul. leg. fac. l. 28. de her. inst. Ad hunc modum hæc explicat Zas. ad d. l. 2. §. 4. n. 8. Duar. in comm. ad hunc tit. cap. 14. Vigl. hic, citans Jason. & DD. ultramontanos. Angelus etiam committens hanc esse sententiam testatur.

2. Nec filii quidem valebit] Nam ut dictum est, cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent consistere possunt, l. 129. §. 1. l. 178. de reg. jur. cap. 42. eod. in 6. Hinc fit ut non tantum ab initio pupillares tabula non

subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verum etiam corrumpant, si patris testamentum quod recte factum erat postea infirmetur, puta aut rumpatur agnitione vel qua, si agnatione sui heredis, l. 2. in pr. hoc tit. aut inofficiosum in totum pronuncietur, l. 8. §. 5. in fin. de inoff. test. aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hereditate, d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. eod. Plane si suus heres testamentum patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patre sit superstes, licet se abstineat; nam vel nudæ sui heredis existentie hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, l. 12. hoc tit. de quo plene scripsimus ad pr. huj. tit.

3. Illud alicui mirum videatur, quod cum rescisso per querelam testamento substitutio pupillaris concidat, eam tamen placet valere cum præterito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, l. 34. in fin. & l. seq. eod. non enim minus sic testamentum rescinditur; rediteque res ad causam intestati, quam ex causa inofficiosi, l. 17. C. de collat. Ego hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætextitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit cum testamentum ordinaret, l. 2. §. 13. de inoff. test. ut proinde eo rescisso perinde omnia haberi debeant ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum qui testamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo testamento valeat, l. 8. §. pen. l. 28. d. tit. Hoc autem præterito remedia non ultra operatur quam prætor voluit, l. 52. de verb. obl. cumque prætori hoc curæ sit, ut beneficii sui finem sic regat, ut quam potest minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui necesse credibile est ob hanc causam noluisse eum vim auxilii sui porrigi ad tabulas pupillares, ne dum aliis opitulatur utilitatem impugnet pupillo. Adhuc nec prætor ipse omnino pro nullo habet testamentum contra quod bonorum possessionem pollicetur; nam si hoc scriptum est in eo heredibus dat bonorum possessionem secundum tabulas, scilicet si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant, l. 2. in pr. sec. tabb. Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem quæ editum prætoris non offendit salvam manere: qua de re vide quæ superius disputavimus sub

sub tit. Inst. de exheredat. liberorum.

4. Hodie ex Novella Justiniani lege, etiam si per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata ceteraque capita manent præter institutionem, Nov. 115. cap. 3. in fin. unde auct. ex causa C. de lib. prat. & ibi comm. DD. Equidem scio Dymum & Petrum à Bellapert contendisse, ea tantum ex Novella ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionem heredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes; secus adhuc esse in his quæ heredis in substitutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarruviz probari in cap. Raynuz. §. 6. n. 3. Ceterum mihi verba illa Novellæ, & alia capitula, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderent extra institutionem; ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est illic per institutionem quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam qua scilicet pater sibi heredem scripsit, non qua filio, quæ tantum pars est & sequela paterni testamenti; periret denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam & olim everso per bonorum possessionem contrab. testamento patris conservata fuit, l. 34. in fin. cum l. seq. hoc tit. VINN. Hodie ex l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. neque hujus textus sententia neque ea quæ ab Auctore disputantur locum habere possunt. Gomez var. 1. cap. 4. n. 4. in fine. ADDIT.

TEXTUS.

Quot liberis substituitur.

6. Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur substituitur potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit; novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

COMMENTARIUS.

1. An postquam mater unâ cum fratribus defuncti ad legitimam hereditatem vocata est, adhuc locus sit dispositioni hujus §.

2. An non saltem, quo mater excludatur, dici

possit frater per fideicommissum mutuo substitutus esse.

Qui plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciprocè, eique qui novissime impubes mortuus fuerit substituere alium aliquem, l. 25. hoc tit. Quod si uni tantum substituit, hic solus testatus decedet ceteri intestati. Unde si postremò mortuorum tantum substituerit, jus legitimarum hereditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, l. 37. eod. unde hic locus sumtus est.

Intestatum decedere] Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere etsi ipsi testamentum facere non possunt; sicut vice versa testati decedisse dicuntur cum pater eis testamentum fecit. Porro an proprie vox intestatus impuberibus, fatiosis & similibus personis attribuat, ita ut statuta de successione intestatorum lequentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus infr. in pr. tit. 1. lib. 3. Inst.

Jus legitimarum hereditatum] Nam cum ceteris nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in arate pupillari facere possunt, necessario evenit, ut prætoriorum fratrum impuberum hereditates ex lege XII. tabb. ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hereditate repetita substitutus ejus consequetur.

1. Unde queritur, cum hodie ex Nov. 118. cap. 2. mater defuncti unâ cum fratribus ad legitimam hereditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantum, sive πατερικῶς (eodem patre genitor) excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam ceterorum integra consequatur, an mater partem eorum auferat, easque dumtaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenissent nulla facta substitutione. Prius illud dicere non possumus, nisi fingamus substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacite substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc verat hic ipse locus ait enim Imp. cum novissimo tantum substituitur, jus legitimarum hereditatum inter fratres integrum custodiri; si vero mutua hic fingatur substitutio, priorum morientium superstites non legitimi heredes sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proinde

de dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli a lege vocabantur, legitimæ hereditates salvæ manebant: ita hodie etiam matri, postquam ea unâ cum defuncti fratribus admissa est, jus legitimæ successiois integram manere, atque ad substitutum eas dumtaxat partes pertinere quæ in hereditate ultimi defuncti reperiuntur.

2. Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non directi, saltem per fideicommissum invicem substituti videantur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse l. 87. §. 2. de legat. 2. Species hujusmodi est de qua consultur: Testator certum fundum legavit Titio & Maxio, fideique eorum ita commisit, ut qui ex eis ultimus decessisset, eam fundum cum moreretur restitueret Sempronio. Respondet Jurisconsultus, in eo fideicommissio restatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut si qui ex duobus prior moreretur alteri restitueret, quod colligit ex verbis qui ultimus decesserit; alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Recte Jurisconsultus in d. l. 87. §. 2. ex eo, quod testator proponitur eum qui ex duobus quibus fundum legaverat posterior moreretur, rogasse, ut eum fundum alii restitueret, colligit alterum fideicommissum, non enim rogatus proponitur de restituenda dumtaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam vero quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eum defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegataris prior moreretur superstiti partem suam restitueret. In casu vero nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimam aliam aut fideicommissum inducamus: non enim in universa hereditate, sed ultimi morientis tantum bonis substitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7. Substituatur autem impuberi aut nominatim, veluti Titius heres esto: aut generaliter, ut Quisquis mihi heres erit. Quisquis verbis vocatur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi qui scripti sunt heredes, & existerunt, & pro qua parte heredes facti sunt.

L. 5. vers. Otrosi & l. 3. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Generali formula substitutionis solo illos vocatos intelligi qui heredes nominatim scripti sunt.

2. Ex eadem formula solo venire qui patri heredes existerunt.

3. Eisdem formula hunc effectum esse, ut substituti eandem ex substitutione partes consequantur quas in patris hereditate habuerunt.

Substitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus heres esto. Si filius impubes decesserit, Titius heres esto* vel generaliter, veluti si pluribus heredibus institutus testator his verbis filio substituat, *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*, ll. 3. 8. & 10. ff. hoc tit. l. ult. C. eod. ad quem modum vulgaris substitutio non recte conciperetur; nam hæc formula, *Quisquis mihi heres non erit* &c. in infinitum producit. Non est vero eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegeseos hujus §. ostendemus, cum cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum, *Quisquis mihi heres erit* &c. quam solam hic explicat Justinianus.

1. Qui scripti sunt heredes & existerunt, & pro qua parte] Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quisquis mihi heres erit*. Primus hic est, quod his verbis vocati intelligantur illi soli qui heredes nominatim scripti sunt, non alii, qui forte per eos qui scripti sunt heredes existerunt. Itaque nec dominus qui per servum, nec pater qui per filium heres exitit ex hac clausula ad hereditatem impuberis admittitur: quippe quibus non iudicio defuncti sed vi potestatis vel dominicæ vel patris hereditas obvenit, l. 3. l. 8. §. 1. eod. Eademque ratione nec heredis heres admittitur, d. l. 8. §. 1. licet alias heredis appellatione etiam hæc heredis continetur, l. 65. l. 70. de verb. sign. l. 194. de reg. jur. l. ult. C. de her. inst. nec si cui ex fideicommissio hereditas restituta est, ut recte docet D. Viglius hic. Ceterum quod diximus dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu he-

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

hereditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servum quaesita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hereditas sit, sed quis a patre expresse & immediate ad hereditatem vocatus. Ideoque si servus quaesita domino ex institutione hereditate, antequam ex substitutione adiret, è potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi heres effici; sed servus vel ipse sibi hereditatem impuberis adquiret, si forte manumissus fuerit; vel si alienatus novo domino cuius jussu adierit. At vero si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hereditatem adeat, eamque novo hoc suo facto adquirat domino; ut post Joann. Fab. hic & DD. comm. in l. 1. r. de legat. 1. docent Viglius & Bachov. hic Duar. in comm. ad hunc tit. cap. 15. & fac. l. 3. hoc tit. junct. §. 1. sup. de her. inst. Simili igitur modo si filiusfam. emancipatus fuerit, ipsi ex substitutione heres fiet; si in potestate manserit, patrem heredem faciet.

2. Alter effectus substitutionis generaliter factæ est, quod ex ea soli veniant illi qui patri heredes existerunt: proinde si heres scriptus paternam hereditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hereditatem pupilli consequendam, quod testamento patris heres scriptus est; nam alias horum verborum, *Quisquis mihi heres erit* &c. nulla vis esset, cum à testatore jam ante heredes scripti sunt qui ea conditione substituuntur, d. l. 8. infra. pr. hoc tit.

3. Tertius effectus, est, quod generali formula substituti eandem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfam. hereditate habuerunt, d. l. 8. §. 1. in fin. ut hic quoque locus sit regulæ tradite in §. 2. præc. tit. testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse quas in institutione expressit. In substitutione nominatim facta sive speciali, converso fere modo hæc se habent. Nam primo necesse non est, ut is qui nominatim substitutus pupilli hereditatem vindicat heres à patre scriptus sit. Deinde etsi heres ex parte scriptus est, non eo tamen minus ex substitutione admittitur quod patris hereditatem repudiavit modo utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit, *Si heres erit*, d. l. 8. in pr. junct. l. 10. §. 3. eod. Postremo nominatim substituti non he-

reditarias partes, id est quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea quæ tradidimus sub §. 2. tit. præc.

TTEXUS.

Quomodo substitutio pupillaris finitur

8. Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, femina usque ad duodecim annos; & si hoc tempus excesserint substitutio evanescit.

L. 10. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Pupillarem substitutionem extinguere anno quatuordecimo, aut duodecimo completo licet non superato.

2. Si longius tempus comprehensum fuerit, an post pubertatem substitutio valeat jure fideicommissi.

3. An ad causam fideicommissi trabatur, si demum à pubertate substitutio incipiat.

Disium supra est, pupillarem substitutionem introductam esse ex hac causa, quod cum liberi in ea ætate essent ut ipsi sibi testamentum facere non possent, utile atque ex re ipsorum visum fuerit ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerunt qua jam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis merito placuit eam extinguere; alias, quod iniquissimum est, civi Romano puberi testamenti factio auferretur, l. 43. hoc tit.

Uique ad quatuordecim annos &c.] Masculi enim anno quatuordecimo, feminae duobus annis maturius puberes fiunt, sup. tit. Inst. quib. mod. tut. fin. à qua ætate jam ipsi testamentum sacre possunt, l. 5. qui test. fac. Ait, usque ad quatuordecim annos, quibus verbis significat omne spatium quod est intra pubertatem liberum esse patri ad substituendum filio, finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis verbi causa ita substituit, *Si filius meus intra decimum annum decesserit* &c. pupillusque ad eos annos pervenerit expirat substitutio, licet postea decesserit infra annum decimum quartum, l. 21. d. l. 43. §. 1. eod. Ait si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, l. 14. eod.

1. *Si hoc tempus exccerint*] Liberi nimirum quibus facta est substitutio, masculi annos quatuordecim, feminæ duodecim; neque enim patitur contextus ut ad parentes qui substituerunt hæc referantur. Quod vero ait, *exccerint*, id verbum non puro præcisè hic accipiendum esse, quasi non satis annum quatuordecimum aut duodecimum complisse, eoque non completo sed superato demum extingui substitutionem; sed potius explicandum ex iis locis ubi ex professo agitur de ætate qua cives testamentum facere possunt. Atqui ex quo quis incipit testamentum facere posse, finem capere debet hæc substitutio: utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod si quibus sit sibi non possunt heredem facere. Aliud tamen D. Viglio visum.

Eoancti] Etiamsi longius tempus comprehensum fuerit, d. l. 14. *hoc tit.* Sed longiore tempore comprehenso, an non saltem post pubertatem substitutio valebit iure fideicommissi? Finge ita factam, *Si filius intra annum viciesimum decesserit Titius heres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto directo iure succedi, post id tempus non item.

2. Sed quæritur, an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat ac si filius post pubertatem intra annum viciesimum moriens rogatus esset hereditatem patris substituto restituere. Communis sententia est, testibus Zas. cap. 5. de substit. compend. Covarr. in cap. Raynuz. de testam. §. 9. n. 29. Jas. in l. 8. C. hoc tit. n. 11. ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri ut nulla ejus vis amplius supersit. Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim inconveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris quam filii, ex quibus una facta est hereditas, complectatur; post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus in d. l. 14. scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Justinianus hic expressit verbo significatissimo evanescente.

3. Quod si ne illa quidem substitutio, quæ demum à pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multo minus ullo jure valere poterit qua etiam ætas pupillaris com-

prehenditur; nam ut bene disputant Mantic. 7. de conj. ult. vol. tit. 3. n. 9. Gomez 1. res. 7. n. 2. Christin. vol. 4. decr. 18. n. 5. facilius ad fideicommissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quam ea que annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam idem DD. & cum his comm. Interpretes non concedunt quod nos pro vero & certo assumimus, nimirum, ne illam quidem substitutionem quæ à pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus post quatuordecimum annum decesserit, ad casum fideicommissi proficere: id nobis prius quam hinc abeamus probandum est.* Non valere quasi fideicommissum, argumento sit l. 108. §. 9. ff. de legat. 1. l. 9. C. de test. man. quibus in locis servo alieno directa libertas frustra dari dicitur. Quod si favor libertatis verbum directum ad fideicommissum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur testatoris voluntatem quæ contra leges est adjuvemus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim ut quid valeat jure fideicommissi, sufficit tale id esse quod jure fideicommissi valere possit si testator voluisset, nisi & voluerit, l. 1. l. 13. §. 1. de jur. cod. l. 29. qui test. fac. l. 19. de test. mil. l. 41. §. 3. hoc tit. Sed quid opus est argumentis? Papinianus l. 7. eod. omnem dubitationem tollit, cum sic scribit: *Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum frustra fieri convenit; neque enim frustra fieri diceret aut recte diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valerent & verba directæ infloerentur.* Non obstat huic sententia l. 76. ad senat. Trebel. quoniam quod Scævola ibi respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benigne receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis, qui locus est obliquarum non directarum dispositionum. Proponitur pupillus cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse; atque in hac specie respondet Jurisconsultus benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest ut testamentum pupilli, valet saltem quasi codicillus ab intestato; cumque ratio juris non patitur ut ex hac substitutione heredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommissio, postquam patri concessum legitimum filii heredem fideicommissio obstringere. Ceterum sustinebitur hoc fideicommissum usque

que ad tempus pubertatis; cum vero pupillus adoleverit evanescent, ne quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam factò obsit in libertate testandi, arg. l. 92. §. 2. junct. l. 93. de leg. 1. l. 41. §. 3. hoc tit. l. 43. §. 2. eod. junct. d. l. 76. ita ferme & perique recentiores. Cujac. 11. obi. 25. Govean. ad d. l. 7. Paul. Bus. ad l. 15. eod. Duar. comm. in hunc tit. c. 16. Vasq. lib. 1. de succ. progr. §. 1. n. 118. Ant. Fab. 15. comment. 12. & 14. Fachin. 4. contr. 44. add. Menoch. de præsumpt. part. 2. lib. 4. tom. 1. præf. 34. & 35. & quæ nos sub §. seq. VINN. Nec tamen omnes. Nam sunt quibus contraria sententia videtur probabilior; quia quidquid in fideicommissum legitime flecti potest, facile flecti solet, §. 3. Inst. quib. mod. test. inf. l. 2. C. comm. de leg. l. 69. pr. ff. de leg. 2. l. 15. C. de testam. Quæ attulit Vinnius ad jus verus pertinent, cum nondum tantum auctoritatis tribueretur fideicommissis tacitis. Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. *Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed hoc solum permittum est, ut cum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere; quod jus quale sit suo loco trademus.*

LL. 5. & 14. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem.*

Quæ hoc §. traduntur omnia consequentia sunt iis que relata sunt initio hujus tituli. Nam si parentibus tantum permittum est liberis impuberibus, & iis dumtaxat quos in potestate habent, ita substituere, ut si heredes extiterint & intra pubertatem moriantur alius sit eis heres; ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant & puberes sint. Postremo nec omnino quemquam alium posse vel impuberi extraneo vel puberi hoc modo substituere, ut si heres extiterit &

intra aliquod tempus vitâ decesserit alius ei heres sit; in tantum ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modo probavimus & hic locus insuper confirmat, cum dicat Justinianus neminem posse extraneo aut filio puberi in casum quo heredes futuri sunt substituere, sed tantum permittum esse testatori ut heredem institutum per fideicommissum obliget &c. Cur enim requireret expressum fideicommissum si ipsa directæ substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat ut bene disputat D. Viglius *hic*, & Ant. Fab. 15. conj. 12. contra DD. vulgo, quos sequuntur Gomez & Mantic. ubi supra.

1. Solis militibus concessum est ut etiam liberis emancipatis aliisve extraneis qui heredes extiterint directo substituatur; sed hoc jus in his exercere quæ à milite ad eum cui substituitur pervenerint non que aliunde, l. 5. l. 41. §. 4. de testam. mil. Eiusdem privilegii est, quod niles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sine expressa certa post pubertatem ætate; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, l. 15. hoc tit. post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, l. 8. C. eod. & bona dumtaxat patris contineat cum fructibus inventis in hereditate, d. l. 15. id est, ut recte Govean. & Bus. *ibid.* Perez ad rit. C. de imp. & al. subst. n. 27. & 28. cum fructibus pendendis & maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augment hereditatem, l. 9. ad leg. Falc. ac per consequens in fideicommissariis hereditatis restitutionem venire oportet; neque ad hoc fructus perinet l. 18. in pr. ad senat. Trebel. idque etiam crebrius placuit: licet Ant. Fab. d. loc. Duar. d. comm. cap. 23. Hotom. 1. amicab. 17. Don. in d. l. 8. contendunt, hujusmodi substitutiones à militibus factas etiam post pubertatem valere jure directo. VINN. Nec male hi Interpretes ex mea quidem sententia. Favent enim illis l. 5. ff. de testam. milit. & l. 15. ff. hoc rit. ubi substitutus dicitur capere bona patris. Capi autem dicitur ea que jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulp. in fragm. tit. 24. §. 2. seq. Ita fere Merill. obi. lib. 6. cap. 5. ubi & argumeta ab aliis in contrarium addata eleganter diluit. HEIN. Porro de fideicommissaria substitutione tractatur in *fin. hujus lib. tit. 23. VINN.* Parentes per fideicommissum liberos gravare in sua legitima non posse suo loco dicemus; sed & gentis nostræ

simplicitate conveniens est, ut substitutiones factæ verbis directis in secundum casuum, si heres erit & intra certum tempus desesse-

rit alius ei sit heres, valeat jure fideicommissi, ut disputat Gomez 1. var. cap. 7. n. 2. ADDIT.

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. lib. 28. tit. 3. Et Part. 6. tit. 1. à l. 18. usque ad 30.

Ratio ordinis.

EXposita sunt ea omnia que ad constitutionem testamenti necessaria diximus initio tractatus de testamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria: ut persona testantis talis sit que testamenti factionem habeat: ut testamentum fiat adhibitis solemnitatibus tum communibus & externis, videlicet presentibus septem testibus idoneis &c. tum internis & quorundam testatorum propriis, scilicet ut pater testatoris liberus quos in potestate habet heredes instituat, aut nominatim heredet. His rebus aut una eorum deficientibus testamentum ab initio nullum est, l. 1. de injur. rupt. irr. fact. test. Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id quod hæctenus questum est, justum sive jure factum testamentum, l. 4. qui test. fac. Quia vero non satis est ad deferendam ex testamento hereditatem id ab initio justum esse nisi & tale ad extremum perseveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos quibus testamentum rite facta infirmantur, quam progrediatur ad dispositionem de acquirenda vel omittenda hereditate.

TEXTUS.

Quibus modis testamentum infirmatur

Testamentum jure factum usque eo valet donec rumpatur irritumve fiat.

NOTA.

Donec rumpatur irritumve fiat] Rumpi & irritum fieri privationem significant, & ideo proprie non nisi de iis que jure subsistunt prædicantur, l. 5. de injur. rupt. testam. privatio enim, ut in scholis dicitur, præsupponit habitum. Quo vero testamenta non jure facta sunt injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia desunt, aut filius in potestate

præteritus est, ll. 1. & 3. §. 4. l. 6. §. 1. hoc tit.

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritumve fiat] Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententiæ judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosum pronuntiatum fuerit, de quo tit. seq. & a prætoribus data bonorum possessione contra tabulas, tit. de bon. poss. cont. tabb. & citra factum judicis aut prætoris infirmatur sola potestate juris; idque iterum duobus iisque discretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero irritum fieri. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irritis, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Justinianus rem totam non plene explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulis hujus tit. §§. explicatione. De bonorum possessione contra tabulas, qua & ipsa jure prætorio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie acquisitionis per universitatem, infra, lib. 3. Inst. tit. 10.

TEXTUS.

Quando testamentum dicitur rumpi. Primum de adoptione.

1. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum qui est sui juris, aut per prætorum secundum nostram constitutionem eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

L. 20. tit. 1. Part. 6.

COM-

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

COMMENTARIUS.

Cum in eodem statu manente testatore] Totiens rumpi testamentum dicitur, quotiens evenerit manente testatore in eodem statu; cum vero statum mutat id est capite minuitur, non rumpi sed irritum fieri testamentum proprie dicitur, §. 4. inf. hoc tit. Apparet igitur, in eodem statu hic dici oppositive respectu ejus modi quo testamentum infirmatur ob id quod testator in eodem statu non mansit; quare expungenda est à paraphrasi Theophili negatio; & pro *non manente* legendum *manente in eodem statu* quomodo & in duobus Regis codicibus legitur Fabrotus. Porro ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur bifariam contingit, agnatione sui heredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter sequenti uno uterque exemplo declaratur.

Adoptaverit sibi filium per Imperatorem] Id est, adrogaverit; est enim periphrasis adrogationis, que species adoptionis est, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adsciscimus qui sui juris est. Stante Republic. populum auctorem fieri necesse erat, ut annotatum est lib. 1. Inst. tit. de adopt.

Secundum nostram constitutionem] L. pen. C. de adopt. (vide sup. §. 2. Inst. eod.) qua disponit, ut si filius extraneæ personæ in adoptionem daretur jura patris naturalis integra servarentur; si vero persona non extraneæ, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, solvi jus patris naturalis & transire adoptatum in potestatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc casu per adoptionem testamentum rumpi quasi agnatione sui heredis; illo non item: cum olim indistincte quavis adoptione sicuti adrogatione rumpetur, l. 3. de injur. rupt. test. Ceterum hi ita rumpunt si præteriti sint; nam si qui heres antea institutus erat postea à testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici ei satisfactum esse, l. 18. eod. tit. l. 23. §. 1. de lib. & post. Quid si exheredatus sit? Et Ulpianus Marcelli & Papinianus sententiam probat, ut exhereditatio extraneæ scripta ci postea adoptato non nocet, nocet autem filio emancipato qui postea adrogatus sit, l. 8. §. 7. §. seq. cont. tabb. d. l. 23. in pr. de lib. & post. credo quia in persona extraneæ exhereditatio in-

epa & nulla est: de quo consule Vigl. V. INN. Cum hodie adoptiones ab usu recesserint, ut superius admonuimus, & hujus textus usus nullus amplius erit. ADDIT.

Quasi agnatione sui heredis] L. 8. de injur. rupt. test. multoque certius sui heredis agnatione vera & naturali, cum scilicet post testamentum factum testatoris filius ex uxore nascitur, l. 3. §. 1. de injur. rupt. test. Similiter si nepos qui tempore testamenti facti suus heres avo non erat, patre remoto in locum sui heredis vivo avo successerit, quasi agnoscendo testamentum avi quo præteritus est rumpit, l. 13. d. tit. que species forte hic id eo non repetitur, quia alibi proposita sunt, §. 1. & 2. Inst. sup. de exher. lib. Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive insequenti matrimonio sive curæ oblatione sive per rescriptum Principis. Nam cum hi etiam jura suorum heredum consequantur, §. 2. Inst. inf. de her. que ab int. Nov. 89. cap. 8. & 9. necesse est ut & ipsi à patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

De posteriore testamento.

2. Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest extiterit aliquis heres ex eo an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere poterit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret decesserit, aut conditione sub qua heres institutus est deficiat: sit: in his casibus postquam interitus moritur. Nam & prius testamentum non valet ruptum à posteriore; & posterius eque nullas vires habet cum ex eo nemo heres extiterit.

L. 21. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Vir & effectus incisionis testamenti, deletionis scripturæ, cancellationis &c.

2. Inciso delero cancellatio &c. testamento, utrum hereditas filio applicetur, an deferatur heredibus legitimis.

3. An jura de incisione indolutione &c. agenzia accommodari debeat ad testamentum nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est.

Mmm

4 Cur