

Ord. hoc tit. 80. dict. §. 1. ibi: Farà logo em prezença das testemunhas o instrumento da aprovação, declarando como o testador lho entregou, & o houve por seu, &c. ubi Legislatoꝝ non dicit exprimendum esse testatorem respondisse suum esse: quibus verbis solum comprehenderet secundum casum percontationis, de quo expressè egerat: sed exprimendum jubet testatorem suum esse dixisse, quibus verbis utrumque casum comprehendit tam primum de jure communi, in quo dixit suum esse sine percontatione, quàm secundum de jure Regni, in quo similiter respondit, cum ex necessitate esset percontatus; ut ita Lex nostra comprehenderet utrumque casum; nulla enim syllaba est in lege sine mysterio: diximus dubit. 6. numer.

17. Quam quidem distinctionem, si ve intelligentiam, si veram iudices, unamquamque sententiam etiam esse veram iudicabis, quamlibet scilicet in suo distincto casu: & ex eadem distinctione solves utriusque sententiæ diversa, quæ considerari possent, fundamenta, in quibus non est quid immorandum.

DUBITATIO VIII.

An valeat testamentum approbatum à tabellione, qui illud scripserat tanquam privatus?

Ad Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. & 2.

SUMMARIUM.

- 1 **P**ro affirmativa solet iudicari.
- 2 **P**ermissum censetur, quod non invenitur prohibitum.
- 3 Una persona potest gerere vices duarum, saltem respectu diversorum: & num. 4.
- 5 Non implicat, quod eadem persona

- scribat testamentum, & sit testis.*
- 6 Testator potest eligere personam, quæ nominet hæredem.
 - 7 Legislatoꝝ non habet curam circa actus inter vivos operandos à testatore: & num. 62.
 - 8 *Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. ibi: Farà logo em prezença das testemunhas o instrumento, ut falsitates vitentur.*
 - 9 Prohibitio non admittenda sine ratione.
 - 11 Notarii fides æquivalet fidei duorum.
 - 13 Testamentum quamvis contra formã *Ord. lib. 4. tit. 80. §. 2. non est nullum.*
 - 14 Nullitas non inducitur sine lege.
 - 15 In ore duorum, vel trium stat omne verbum.
 - 16 In testamento inter liberos sufficit probatio regularis duorum testium.
 - 17 Et sufficit signum testatoris.
 - 18 In testamento Principis etiam suffi-
ciunt duo testes.
 - 20 Æquior sententia pro testamentis sequenda est.
 - 21 Judicatis senatûs standum est.
 - 22 Qui dubitationem offert, ansam præbet sapientiori.
 - 23 Fundatur sententia negativa pro nullitate hujusmodi testamenti.
 - 24 *Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. duas supponit personas.*
 - 25 Lex tacitè includens disponere censetur.
 - 26 Tacitum comprehenditur, sicut expressum, quando tenditur ad eundem finem.
 - 27 Difficile est, quod unus vicem duorum sustineat.
 - 28 Maxime interveniente aliqua repugnantia.
 - 29 Tabellio instrumentum faciens non potest signare nomine testatoris.
 - 30 Unus non potest gerere vices duorum, nisi possit eligere, quam personam sustinere velit: & 31.
 - 32 Una persona non potest facere vices duarum sine fictione.

- 33 Quod admitti non potest sine lege, sine qua non admittitur fictio.
- 34 Legislatores in testamentis augent testes, ut minuant falsitates: & num. 35. § sequent.
- 36 Duo testes facilius corrumpuntur, quam quinque.
- 37 Falsitas raro exponitur pluribus personis.
- 38 Legislatoris intentum in Ord. lib. 4. tit. 80. non solum est occurrere ne falsitates committantur, sed etiam, ut detegi possint, si forte commissæ sint.
- 39 Testamentum cæci debet fieri vivâ voce.
- 40 Ne testamentum cæci subtrahi possit.
- 42 Affertur exemplum falsitatis commissæ in testamento, de quo agitur hac dubitat.
- 43 Affertur aliud exemplum: & num. 44. § 45.
- 46 Legem non habemus, quæ permittat eandem personam scribere, & instrumentum facere.
- 47 Mortuo testatore, non timet falsificans convinci de falsitate: § 61.
- 48 Repugnat, quod dicto unius credatur: & num 49.
- 50 Ex solutione argumetorum comprobatur veritas.
- 52 Regulæ inherendum, donec constet de exceptione.
- 54 Princeps tenetur ex damno officialis.
- 55 Nemo potest præjudicare utilitati publicæ.
- 56 Nec renuntiare introductis in utilitatem publicam.
- 57 Plus potest committentis malitia, quam Legislatoris providentia.
- 58 Intentum legis non debet esse inane, & fraudari: & 59.
- 62 Legislatorum præcipuus finis, ne mortuo testatore falsitas committatur.
- 64 Quando privatus scribit, & tabellio approbat, potest detegi falsitas,

si committatur.

- 66 Testamentum, quod non habet instrumentum in tergo juxta Ord. lib. 4. tit. 80. §. 2. est nullum.
- 67 Quare in testamento inter liberos sufficiant duo testes?
- 68 Auctoritatem Principis nemo decipere audebit.
- 69 Affertur exemplum testamenti Caroli II.
Casus rarus non trahitur ad exemplum ibidem.
- 71 Auctoritas judicantium nos deterere non debet, ut à vero deviemus.



Olet etiam controversi alia, & fortassè non minor dubitatio circa testamentum factum à tabellione tanquam privata persona, & ab illo approbatum tanquam publica: in qua pro affirmativa, & validitate testamenti vidi novissimè judicatum in Portucalensi Senatu, & judicatum accipi in supremo favore ultimarum voluntatum: succeditque regula text. in l. filius ff. ad l. Cornel. de falsis ibi: sic enim inveni Senatum censuisse: exornant Barbos. in loc. comm. liter. I. num. 127. Maced. dec. 9. num. 23. Glossat. ad Reynos. observ. 38. num. 9. Almejd. cap. 27. à num. 19. Portug. 2. part. cap. 26. à num. 73.

2 Probari videtur primò, quia Legislator noster lib. 4. tit. 80. §. 1. nullatenus prohibet tabellioni instrumentum facere posse approbationis testamenti illius, quod tanquam privatus scripserat: subintratque vulgare brocardicum asserens censerì permissum, quod non invenitur prohibitum: de quo Barbos. in loc. comm. liter. P. num. 204. § sequent. Pitheyr. de testam. disp. 2. sect. 10. num. 387. Gusman. de verit. jur. verit. 36. à num. 28. Cevall. com. contra com. quest. 227.

3 Secundò, quia non est novum, nec prohibitum, imò in jure approbatum est, quod una, eademque persona vices duarum gerere possit, saltem respectu diversorum: *ex l. si consul 3. ff. de adoption. § aliis Sous. de Maced. dec. 63. num. 4. Reynof. observ. 8. num. 23. § observ. 27. num. 18. § observ. 54. num. 5. § 6. optimè Carvalh. ad cap. Reynald. de testam. 1. part. num. 46. § 47. Guerrey. de invent. tract. 1. lib. 2. cap. 10. à num. 9. & 10. § II. § tract. 2. de divis. lib. 4. cap. 5. num. 2. § 3.*

4 Cum ergo diversus sit actus scribendi testamentum, & diversus actus approbandi, bene admittitur respectu diversorum eadem persona: *ex dict. l. 3. Maced. ubi supra, § dec. 64. num. 3. Reynof. supra Cabed. diversor. jur. lib. 3. cap. 1. num. 11. Carvalh. ubi proximè dict. num. 47. § num. 107.*

5 Tertiò, quia non implicat, quod eadem persona scribat testamentum tanquam privata, & illius faciat instrumentum approbationis, tanquam publica; quia etiam non implicat, quod testamentum scribat tanquam publica, & testamenti ipsius sit testis, tanquam privata: *est text. expressus, § ibi glossa in l. Domitius 27. ff. de testam.*

6 Quartò, quia testator potest eligere personam, quæ scribat testamentum, ut nemo erit, qui dubitet, quando eligere posse personam, quæ nominet hæredem, quod est magis, certissimi juris est: juxta communem, de qua cum pluribus *Pinheyr. de testam. disp. 3. sect. 3. num. 35. ex text. in l. quem hæredi 26. ff. de rebus dubiis, § aliis.*

7 Ergo etiam poterit testator eligere quem voluerit tabellionem, ut approbet testamentum, & per consequens eligere poterit ipsum tabellionem, quem elegerat ad scribendum: cum uterque sit actus inter vivos per arbitrium testatoris regulandus, circa quem non intervenit Legislatorum cura: *ex text. in l. 1. ibi: postquam jam aliud velle non possunt. Cod. de Sacros. Eccles. ratiocina-*

tur ibi Ægid. 2. part. in initio numer. 7.

8 Quinto, quia cum institutum Legislatorum in materia sit vitare falsitates, ut dicemus infra *num. 35.* in his terminis nullus versari potest illarum timor, quando satis provisum extat à Legislatore nostro cum remedio efficaci, de quo *dict. tit. 80. §. 1. ibi: farà logo em presença das testemunhas o instrumento da approvaçam nas costas do proprio testamento.*

9 Si enim præsentibus testibus instrumentum fieri debet in tergo ipsius testamenti, & cum tanta cautela, & animadversione, quantam observare jubet Legislator *in §. sequent. ibi: entam porà em qualquer parte do testamento o seu sinal publico,* nullus remanet scrupulus falsitatis, ex quo prohibitum censeatur instrumentum fieri ab eadem persona, quæ testamentum scripserat, nec ulla considerari potest ratio prohibitionis, sine qua prohibitio non admittitur, stante regula, de qua supra *num. 2.*

10 Sexto, quia aliqua daretur ratio, ex qua prohibendum esset eandem personam utrumque gerere actum, ea esset, ne scilicet fraus fieret testatori, quam semper præ oculis habuerunt Legislatores, ut sæpius diximus: sed hæc æquè viget in casu, quo persona privata scribit testamentum testatoris literas ignorantis, in quo nihilominus lex actum consentit, ut habetur *dict. tit. 80. dict. §. 1. ibi: serà assinado pella pessoa, que lho escrever.*

11 Ergo prædictus timor fraudis prohibere nequit, quod eadem personam possit approbare, cū sine timore illi permittitur scribere: esset enim incivile prohibere tabellioni, qui est persona publica, illud idem, quod cuique privato permittitur; maxime in materia, in qua magna requiritur fides, ut vitetur falsitas: & quando notarius æquivalet fidei duorum: cum *Mascard. conclus. 1095. num. 3. Barbos. in loc. comm. liter. A.*

num. 543. Alter *ad Ord. lib. 3. tit. 32. §. 1. num. 2.* Alter *in repert. utriusque jur. verbo Notarius pagin. 259. col. 1.*

12 Septimò, quia tota ratio, ob quam tabellioni censeretur prohibitum approbare, quod scripserat, testamentum, esset ea sola, ne scilicet fraudibus, & falsitatibus via aperiretur, ut verum subtrahere testamentum, & falsum interducere facillimè possit; ut diximus *dubit. 3. numer. 37.* & dicemus *infra num. 35. cum sequent.*

13 Sed hoc ipsum præmeditando Legislator noster in terminis occurrit hujus falsitatis timori *dict. tit. 80. §. 2.* poenam privationis imponendo tabellioni, qui viam falsitatis ipsius non præcludat: & tamen in casu contrario testamentum non venit annullandum, ut iudicatum tradit *Gam. dec. 252.* & æquiores fatetur cum aliis *Portug. 3. part. cap. 16. num. 71. & 72.*

14 Ergo similiter, quamvis eadem persona scribente, & eadem approbante, via falsitatis aperiretur, adhuc non esset nullum simile testamentum, cum nulla sit lex, quæ ex solo falsitatis timore jubeat testamentum annullari: ex regula *text. in l. ultim. Cod. de sentent. ex brevit. recit. Flor. ad Gam. dec. 252. num. 2. & aliis Portug. dict. cap. 16. num. 71.*

15 Octavò, quia, licet regulare sit Legislatores in materia testamenti multiplicasse personas, ut minuerent occasiones falsitatum, ut tenet *Portug. 3. part. cap. 16. num. 38.* & dicemus *infra num. 35.* non exinde sequitur, quod de duabus personis loqui censendus sit Legislator noster *dict. tit. 80. dict. §. 1.* quando nec semper hoc fecissent Legislatores, imò plura extent exempla, in quibus sola probatione naturali contenti sint, quæ de jure divino est juxta illud: *In ore duorum, vel trium stat omne verbum,* de quo *Cardos. in prax. verbo Testis num. 40.* explicat *Molin. de Gusman. de verit. jur. verit. 15. num. 31.*

16 Primum enim extat exemplum in testamento inter liberos, in quo sufficit interventio duorum, vel trium, quin sit necessaria multiplicatio personarum: *text. in l. hac consultissima 21. §. Ex imperfecto Cod. de testam. Valasc. conf. 117. num. 12.* cum aliis *Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 7. num. 188.* cum aliis, & multis novissimè *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 5. cap. 8. numer. 4. & fere per tot.*

17 Imò sufficit, quod etiam sine interventione testium aliquo modo constat de voluntate testantis, vel indiciis, vel signo testatoris: ex *text. in auth: Quod quod sine Cod. de testam. Pereyr. dec. 32. num. 10. Valasc. conf. 67. num. 7.* refert *Pinbeyr. dict. sect. 7. num. 189.* cum quibus *Negreyr. & Nett. de testam. lib. 1. tit. 3. à num. 3. Guerreyr. dict. cap. 8. num. 5.*

18 Secundum extat exemplum in testamento Principis, quod etiam valet sine plurium interventione, cum sufficiant duo in eo adhiberi: ex *text. in l. Omnium Cod. de testam.* cum pluribus *Pinbeyr. dict. disp. 2. dict. sect. 7. à numer. 167. cum sequent.* cum quo, & aliis *Guerreyr. dict. tract. 2. dict. lib. 5. cap. 5. numer. 26.*

19 Cætera omitto exempla, de quibus profequitur *Pinbeyr.* ex professo *dict. disp. 2. per tot.* ne latiore faciam digressionem, quando circa ea versatur quoad nostrum intentum eadem ratio, de qua infra. Ex quibus convincitur, quod nec semper Legislatores multiplicare personas intenderunt, ut falsitatibus obviarent, sicut dicendum est de casu, de quo agimus.

20 Nonò, quia hæc sententia est æquior, quæ plus favet testamentis, & ideò sequenda, & pro eâ judicandum: ex *text. in l. Si pars ff. de inoffic. testam. Portug. 3. part. cap. 16. num. 55. & 56. & 72. Valençuel. tom. 2. conf. 124. num. 23.* cum pluribus, & *num. 24.* ubi quod validitas testamenti concernit utilitatem publicam ex *l. 1. Cod. de Sacros. Eccles.*

§ l. vel negare ff. quemadmod. testam. aper. cum aliis.

21 Maximè, quando pro eâ audivimus judicari in senatu, cujus authoritati in decisionibus parere debemus: ex regula text. in l. i. §. Ait Sextus ff. ad Syllanian. Pinbeyr. de testam. disp. i. sect. 5. num. 213. Cald. de renovat. quest. 15. numer. 27. Cabed. i. part. dec. 212. num. 5. & diximus supra num. 1.

22 Hæc sunt potiora fundamenta, quæ adinvenire, & coadunare potui pro affirmativâ sequenda sententia, certò sciens validiora sibi scire judicantes, & decidentes, de quibus, dum non constat, permissum est antiam præbere disputationi; ut, si revisione digna judicetur, aliter decidatur: nos excusante regula text. in cap. Vides in fin. 23. quest. 6. de qua Leytam de jure Lusitan. quest. 1. num. fin. in fin.

Defenditur negativa.

23 Prædictis igitur non obstantibus fundamentis, contraria sententia, quæ pugnat pro nullitate testamenti, verior, æquior, & sequenda videtur; cum Senatore Portug. 3. part. cap. 16. num. 74. cum Mier. & Cancer. lib. i. var. cap. 4. num. 134.

24 Probatur primò, quia Ord. dict. tit. 80. dict. §. i. duas censetur requirere personas, aliam, quæ scribat; &, quæ approbet, alteram: patet ibi: *Enão sabendo assinar, serà assinado pella pessoa, que lho escrever, e serà cerrado, e cosido, e elle testador o entregará ao taballiam:* sentiant Portug. 3. part. dict. cap. 16. num. 75. Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 3. num. 34.

25 Ergo Legislator noster disponere censetur duas omninò requiri personas ad hujusmodi testamenta conficienda; quia lex, quando aliquid tacitè includit, disponere censetur: ex text. in l. his solis §. de cæteris, ibi: *Satis enim tacitè cautum putamus.* Cod. de revocan. donation. refert Molin. de Gusman.

de verit. jur. verit. 36. num. 54.

26 Maximè, quando tacitè suppositum tendit ad eundem legis finem; (ut in nostris terminis, in quibus lex tendit ad falsitates vitandas, ut infra dicemus) quia tunc tacitum comprehenditur, sicut expressum: ex l. contra legem 29. §. in fraudem ff. de legib. l. scire oportet. §. illud etiã ff. de excusat. tutor. Valençuel. consil. 62. num. 9. & consil. 137. num. fin. cum aliis pluribus idem Gusman. supra dict. num. 54.

27 Secundò probatur, quia difficile est, quod unus vicem duorum sustineat: text. in l. Si plures 9. ff. de pactis ibi: *Nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat;* ubi glossa parva asserit impossibile esse: sequitur Accursius in l. Ille 13. §. tempestivum verbo triplici in fin. ff. ad Senat. cons. Trebell. cum aliis Portug. 3. part. dict. cap. 16. num. 76. Barbof. in loc. comm. in additione Pereyr. verbo Homo.

28 Eo vel maximè interveniente aliqua repugnantia in actu: ex doctrina glossæ in l. si consul. 3. de adoptionib. & probat text. in l. nemo 13. Cod. de assessorib. ex quo tabellio instrumentum faciens non potest signare nomine testatoris; prout ex Menoch cons. 313. num. 24. tenet Arouc. alleg. 69. num. fin.

30 Nec contrarium admitti potest, nisi quando talis persona posset eligere, cujus vices gerere voluisset, seu quam personam sustinere velit: glossa marginalis in dict. l. Si plures 9. verbo nam difficile est ff. de pactis, quo casu videtur procedere doctrina, de qua Maced. dec. 63. num. 4. & aliorum, de quibus supra num. 3.

31 Ergo una, eademque persona non potest ad idem conficiendum testamentum diverso jure censerì, una privata ad scribendum, altera publica ad approbandum; maximè cum unius vices eligere nequeat; & in timore falsitatis detur repugnantia, ut infra dicemus: ita cum Mier. arguit Portug. 3. part. dict. cap. 16. à num. 74. cum sequent. & cum Cancer.

Cancer. lib. 1. var. cap. 4. numer. 134.

32 Quod id ipsum comprobatur ex eo, quia una, eademque persona non potest vices duarum gerere sine fictione: *ex text. in l. Si forte, & ibi Bart. ff. de constit. pecunia cum aliis Valençuel. consil. 2. num. 21. & 22.*

33 Fictio autem induci non potest sine lege (quam ad intentum non habemus, imò supponit contrariū, ut diximus supra à num. 24. cum sequent.) nec sine lege possumus admittere, quod eadem persona faciat vices duarum: *ex text. in l. Si forsè ff. de castrens. peculio l. Siquis in fundi vocabulo ff. de legat. 1. cum aliis Valençuel. dict. consil. 2. dict. num. 21.*

34 Tertiò probatur, quia ratio decidendi, ex qua Legislator noster intelligendus est duas supponere, & disponere personas intervenire debere ad actum, de quo agimus, consistit in eo, quod scilicet prompta, & vigilantissima extitit ad minuendas fraudes Legislatorum cura in multiplicandis personis, siquidem

35 Nulla alia decidendi ratio inventa est à DD. propter quam, cum de jure Divino in omni actu iussicerent duo testes, Legislatores numerum auferent ad actum testamenti, nisi ut occasiones falsitatum diminuerent: probat *Ord. lib. 4. tit. 80. §. 2. in princip. prosequitur Ægid. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 2. part. in initio num. 7. Gusman. de Verit. juris verit. 15. à num. 32. Portug. 3. part. cap. 16. num. 3. & 38. & 68. Ribeyr. Nett. de testam. lib. 1. tit. 8. num. 2. in fin.*

36 Quia duo testes facilius auro corrumpentur, quàm quinque, vel sex testes, ut ait *Ægid. ubi supra, & est capitalis text. in l. fin. Cod. de fidei-com. mis. versic. penult. ibi: Lex etenim ne quid falsitatis incurrat per duos ferè testes compositum testamentum, maiorem numerū expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas revele-*

37 Ergo ex identicâ ratione decidendi non fortuitò in materia tam gravi, non suppositivè, nec sine mysterio videtur Legislator noster duas supponere, seu includere personas *dict. tit. 80. dict. §. 1. unam, quæ scribat, alteram, quæ approbet: difficilius enim duo, quàm una corrūpetur; & melius duabus quàm unâ solâ timori falsitatum obviatur: quia falsitas rarò, aut nunquam exponitur pluribus personis, ne detegatur: Amydenius de stylo Dataria lib. 1. cap. 31. numer. 4. & numer. 11. cum Bald. & aliis.*

38 Comprobatur etiam, quia, si unica sit persona, quæ scribat, & postea approbet, difficilius, imò impossibile erit, quod falsitas cõmissa detegatur: si verò una persona scribat, altera faciat approbationis instrumentum, facilius, vel saltem possibile est, quod falsitas detegatur, quando una alteri falsificanti contradicet: quod est etiam Legislatorum optatus finis: *Portug. 3. part. cap. 16. num. 38. ibi: ne facile contingeret, vel si contigisset, detegi posset: & cum aliis numer. 68. ibi: ut in ea fraus fieri non possit absque eo, quod cognosci valeat.*

39 Comprobatur item, & iterum exemplo testamēti testatoris cæci, quod non valet si fuerit factum in scheda clausa: debet enim testari per nuncupationem viva voce, seu lecta scriptura coram testibus: *ex text. in l. Hac consultiissima in princip. Cod. qui testam. facere possunt. Mend. Arouc. alleg. 69. num. 5. cum pluribus sentit Pinbeyr. de testam. 1. part. disp. 2. sect. 7. numer. 216. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 3. cap. 5. à num. 103. cum sequent. Nett. de testam. lib. 1. tit. 3. num. 10. ubi num. 11. asserit contrarium ex consuetudine Regni: de quo dubitarem, quia est casus omissus decidendus à jure communi, contra cujus dispositionem non valet consuetudo, de qua cæteri DD. non loquuntur.*

40 Cujus ratio decidendi non consistit

sistit in eo, quod cæcus non videat, quid-
quid scribitur, quia id ipsum verificatur in
quocunque testatore literas ignorante,
qui tamen potest testari in scheda clau-
sa, quod cæcus minime facere potest:
sed in eo consistit ratio decidendi, quod
cæco potest subtrahi proprium testamen-
tum, & tradi diversum, & falsum, ut est
de mente DD. *Pinbeyr. dict. disp. 2. dict.
sect. 7. dict. num. 216.*

41 Ergo idem timor, seu eadem ra-
tio timendæ falsitatis datur in casu, de
quo agimus; quæ sufficiens est, ut creda-
tur Legislatorem nostrum duas requirere
personas in confectione testamenti clau-
si, ne aperiatur via fraudandi testatores,
admittendo unam tantum personam, quæ
omnia scribat, & facilius falsitatem com-
mittat, ut diximus.

42 Certioratus enim fui de quodam
testamento, in quo collectis testibus,
testator tradidit schedulam, quam nota-
rius accepit, & dixit à se factam; & cum
instrumentum conficere cæpisset super
quodam libro, quem ex consulto affere-
bat, aliam à se confectionem subrogavit
schedulam voluptati hæredis corruppen-
tis magis consonam, in qua instrumen-
tum consummavit, & signatis testibus,
fraudato misero testatori reddidit custo-
diendam: quod ita facile non fecisset, si
diversa persona scripsisset schedulam, ut
credendum est voluisse Legislatorem no-
strum: timeret enim ille tabellio, quod
publicato testamento, persona alia, quæ
scripserat, falsitati contradiceret.

43 Urget ulterius facilius falsitatis
occursum: corruptus enim tabellio ab illo,
quem hæreditatem emere non piget, ac-
cedit ad miserum testatorem, & testa-
mentum scribit: sed ex consulto, & præ-
meditata fraude, omnem complet literis
papyrus, ita ut in eo ullæ aliæ scribi non
possint: vel ita scribit, & instrumentum
extendit, ut testium sigilla veniant ex-
aranda in novo, & diverso folio.

44 Accedit ergo tempus instrumen-
ti conficiendi, (seu potius falsitatis per-
ficiendæ,) & inquit tabellio non adesse

papyrus, in qua consummare possit in-
strumentum: sed legem habere permittē-
tem omnia in diverso folio finire; & ita
facit ex *Ord. dict. tit. 80. §. 2.*

45 Mortuo autem testatore, & ac-
cepta pecunia, aliud conficit ipse tabel-
lio testamentum, omnia mutat, hære-
ditatem vendit, & novum testamentum
falsò conditum in eodem subinvolvit fo-
lio, in quo verum instrumentum fuit à
testibus, & testatore signatum. Quis er-
go, & quomodo hanc falsitatem revela-
bit? Quomodo huic viæ, falsitatum occa-
sioni occurrēdū? Nisi ipsa cura, & mens
Legislatoris, qui duas requirere personas
credendus est, ut contendimus, ne via
malitiis aperiatur, & si falsitas committa-
tur, detegi possit: ex *dictis num. 38.*

46 Unde pro his falsitatibus vitan-
dis, seu eorum occasione releganda, ex-
clamant DD. etiam data lege permitten-
te tale privilegium tabellioni, quam nos
non habemus: ut videre est apud *Senat.
Portug. 3. part. dict. cap. 16. n. 74.* & quos
ibi refert, quibus addo, quæ *Negreyr. in-
troduct. ad ultim. volūt. lib. 3. cap. 2. n. fin.*

47 Quæ quidem falsitatis occasio
non æquè viget intervenientibus duabus
personis, ut lex nostra censetur dispone-
re, tam ex eo, quod duæ non ita facile
corrumpuntur, ut diximus supra *num. 37.*
quàm ex eo, quia, si notarius falsum fa-
bricare intendat eo modo, de quo proxi-
me diximus, facile convictus invenietur
ex contradictione, & renitentia diversæ
personæ, quæ schedulam scripsit: cujus
timore ipse etiam tabellio non ita facile
audebit, sicut in casu contrario, in quo,
cum omnia scripsisset sine interventione
alterius, certò scit, quod, mortuo testa-
tore, impossibile est, ut de falso argui
possit: ad intentum ratiocinatur *Ægid.
in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 2. part. in
initio num. 7. versic.* Et certe.

48 Ultimò tandem, si tabellio ad-
mitteretur ad conficiendum instrumen-
tum testamenti, quod scripserat tanquam
privatus, sequeretur, quod ad proban-
dam identitatem ipsius testamenti, seu

ipsius schedulæ, quando de identitate versetur dubitatio, quæ probanda est, ut in terminis tradit *Portug. 3. part. cap. 16. num. 69.* & diximus *dubit. 3. num. 43.* solum probari poterit identitas ab ipso scribente, qui solus non probat: ut pungit *Portug. dict. cap. 16. num. 76.* nec illi creditur: *Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 20. num. 2. in fin.*

49 Etsi instrumentum fiat in forma *Ord. dict. tit. 80. §. 2.* & nullum sit testamentum ex defectu alicujus solemnitatis, nunquam reduci poterit tanquam nuncupativum, quia de identitate schedulæ non potest constare per probationem legitimam; siquidem dicto unius, notarii scilicet, non erit credendum, ut in terminis dicit *Portug. 3. part. dict. cap. 16. num. 46.* cum aliis. Et hoc absurdum admittunt, qui prætextu favendi occasionem præbent ad infirmanda judicia testatorum sine remedio, de quo *dubit. 1.*

Ad contraria.

50 Neque hac sententia retenta, quæ, etsi non versetur circa validitatem testamenti, viam tamen præcludit fraudibus, & falsitatibus circa voluntatem testatoris, cujus vera executio est finis testamentorum, & falsitatis vitandæ Legislatorum finis, ut diximus *supra num. 38. & dubit. 1. num. 1.* Obstant in contrarium adducta, quorum solutione magis comprobatur sententia, quam ducimus sequendam.

51 Ad primum enim, de quo *supra num. 2.* respondetur non valere argumentum, quin constet, an simus in genere permissorum, an vero in casu prohibitorum, de quo est ipsa dubitatio, & quæstio ipsa: prout dicebamus *dubit. 2. num. 44.*

52 Imò cum regula asserat unam, eandemque personam vices duarum sustinere non posse: *ex text. in dict. l. Si plures 9. ff. de pactis*, de qua *supra à num. 27.* regulæ huic inhærendum est,

donec de lege doceatur, quæ duarum vicem sustinere permittat: *text. in l. fin. Cod. de hered. instit.* Prosequitur *Barbos. in loc. comm. liter. R. à num. 46. Landim tract. 1. cap. 21. num. 18.*

53 Ad secundum, de quo *num. 3.* respondetur *ex dictis num. 27.* & sequent.

Ad tertium, de quo *num. 5.* respondetur non implicare, quod ipse tabellio sit testis inter alios testes, ut decidit *text. in dict. l. Domitius 27. ff. de testam.* quia in ipso casu nullus datur timor falsitatis, ut vitari deberet à Legislatore, sicut datur in casu, de quo agimus: *ex dictis supra à num. 37.* & sequent.

54 Ad quartum, de quo *num. 6.* respondetur, quod etsi testator possit eligere personam, ut sibi nominet hæredem, vel scribat testamentum, & tanquam talem possit eligere tabellionem utpote privatum, circa cujus arbitrium non intervenit Legislatorum cura, nec prohibitio, non tamen potest eligere tabellionem publicum, qui sit suspectus ad approbandum id ipsum, quod fecerat, testamentum; quia, cum via aperiatur fraudibus post mortem testatoris committendis, in hoc obviando versatur Legislatorum cura, ne confidentiâ officialis publici via falsitatibus aperiatur; quod ferre nequit ipse Legislator, qui fidem præbuit ipsius officiali; & tenetur ad damna ex suo facto resultantia: *Pereyr. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 4. num. 78. cum plurib. Pegas tom. 3. forens. cap. 39. num. 93.*

55 Etsi testator eligat personam privatam, quæ sibi fraudem faciat, ut accidit in casu, de quo *Portug. 3. part. cap. 16. num. 69.* sibi imputet testator, qui ita confidit; & cui Legislator occurrere non potuit, nec debuit, quia vivens testator sibi prospicere tenebatur, & poterat: at verò eligere officialem, qui facilius falsitatem committere possit, hoc prohibuit Legislator in utilitatem publicam, cujus interest, ne officiales falsum

rum committant, & ne testatores mortui fraudentur, in quo etiam datur publicum interesse, cum pluribus *Valençuel. tom. 2. consil. 124. num. 24.* cui nec ipsorum voluntas præjudicare potest: ex iis, quæ cumulat *Portug. 3. part. cap. 43. à num. 47. cum sequent. & dicemus dubit. 43. num. 81.*

56 Quod id ipsum patet in numero testiũ à lege requisito; nequit enim testator facere, quod ejus testamentũ valeat cũ minori numero testium, nec, quod illis credatur, vel fœminis, vel prohibitis, quamvis expressè dicat esse ultimam voluntatem, quod illis credatur; quia lex requirit numerum, & capacitatem testium in favorem publicum, ne falsitas committatur, cui testator nec expresse renuntiare potest: *ex l. 3. ff. de testam. Vigl. Bart. Negreyr. & alij Portug. 3. part. cap. 16. numer. 1. & 2. & quæ dicemus dubit. 44. numer. 5. & 6. & 7.*

57 Ad quintum, de quo *numer. 8.* respondetur, quod quamvis Legislator *dict. tit. 80. dict. §. 1. & §. 2.* solitã providentiã occurrere voluisset falsitati aliud subvolvendi testamentum, adhuc necessarium est, quod duæ interveniant personæ, ut melius, & firmiter occurratur; quia plus potest committentis malitia, quam Legislantis providentia: *ex text. in cap. Consuluit de appellat. refert Gufman. de Verit. jur. verit. 15. numer. 32.* in terminis exclamat *Negreyr. introd. ad ultim. volunt. lib. 3. cap. 2. à numer. 4.* refert *Portug. 3. part. cap. 16. num. 69.*

58 Unde potius retorquetur argumentum, quia toties quoties via aperiri videatur similibus falsitatibus, quas Legislator evitare intendit, committendis occurrere debent judicantes, tanquam Legislatoris animi, & instituti executores vigilantes, & integerrimi, ne scilicet Lex, & ejus intentum maneat otiosum, quod admitti non debet: ex iis, quæ *Portug. 2. part. cap. 10. à numer. 131. Valasc. 1. part. cons. 94. numer. 15. Pi-*

nhey. de testam. disp. 2. sect. 10. numer. 492. in fin. Pereyr. de man. Reg. 2. part. cap. 37. num. 15.

59 Qui enim judicant simile testamentum nullum, viam præcludunt falsitatibus secundum Legislatoris voluntatem, & finem expressum, de quo *dict. tit. 80. dict. §. 1. & 2.* quia videntes homines similia testamenta judicari nulla, non confident de similibus approbantibus, & via præcluditur malitiis, & falsitatibus, & non decipientur testatores: qui autem pro validitate judicant, favent instrumentis, favēt tabellionibus, & fraudant testatores, quia de notariis cõfidentes cum eis approbant, quod scripserant, & quod postea reprobare non piget.

60 Ad sextum, de quo *numer. 10.* respondetur diversam dari rationem inter casum, quo persona privata scribit schedulam, testatore mandante, & inter casum, quo persona publica approbat testamentum; non solum ex dictis supra, sed etiam, quia in primo casu fraus, sive falsitas, quæ fieri posset, debet evitari ab ipso testatore, qui, cum vivus sit, prævidere debet, quam personam eligit, ut schedulam sibi faciat, & postea, si velit examinare, an scriptum sit, quod disposuit, & approbare intendit: aliàs sibi imputet.

61 In secundo tamen casu fraus, sive falsitas, quæ fieri potest post mortem testatoris à persona publica, cum jam tunc temporis testator nihil facere possit, tota obligatio occurrendi accipitur à Legislatore, ne scilicet falsitas committatur defuncti voluntati, qui jam non potest contradicere falsitati dicendo talia non disposuisse, qualia cõtinentur in testamento.

62 Legislatorum autem institutum in hac materia non fuit occurrere fraudi, quæ fieri posset viventibus, qui bene illi occurrere possunt, tanquam actui inter vivos: imò solum voluntatibus defunctorum, quia jam contradicere nequeunt, occurrere institutum fuit, discernendo remedia, & leges condendo,

ut testatores post mortem non deciperentur: *ex text. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. tenet ibi Ægid. 2. part. in initio num. 7. versic. Et certè, ubi prosequitur.*

63 Non ergo censendus est Legislator noster, quatenus duas supponit, & disponit intervenire debere personas, prohibere voluisse tabellionem tanquam privatam scribere posse testamentum clausum, quia hoc pertinet ad liberam electionem viventis testatoris, prout sibi visum fuerit; sed quatenus duas requirit supponendo personas, prohibere censetur eundem fore tabellionem approbaturum ex repugnantia, & falsitate vitanda, quæ facilius fieri potest post mortem testatoris: quam sanè vitare intendit *dict. tit. 30. dict. §. 1. §. 2.*

64 Ad septimum, de quo supra *num. 12.* respondetur non esse æqualem timorem falsitatis in uno casu, sicut in alio; quia, si persona privata scribat, & sine timore instrumenti, vel publici sigilli falsum committere velit, adhuc convinci potest, & de falsitate constare; ut in iudicato, de quo *Portug. 3. part. cap. 16. num. 69.*

65 At vero in casu, de quo agimus, cum totum secretum, & tota falsitas pendeat à libera voluntate notarij, qui non habet, quid timeat, poterit facillimè falsum submittere testamentum, & in illo alterum exarare sigillum, quin timeat ab alia persona convinci.

66 Respondetur secundò, etiam retorquendo argumentum, quod imò verior, & æquior sententia est illa, quæ asserit simile testamentum, in quo non invenitur publicum sigillum, ne aliud submittatur testamentum in forma *Ord. dict. tit. 30. §. 2.* esse nullum; ut veriore fatetur *Portug. dict. cap. 36. num. 71. §. 72. in fin. & latius discutiemus dubit. sequent.*

67 Ad octavum, de quo supra *num. 15. & 16.* respondetur, quod testamentum inter liberos non ita subest timori falsitatum; cum nullus filiorum ex nimia cõ-

junctione, & stricto amore præsumendus sit falsum condere testamentum vel, in quo se ostendat hæredem institutum, quando pater ex præsumpto amore, & naturali, civilique obligatione cum instituisse censendus sit: quæ fortasse est ratio decidendi, ex qua, quia cessat timor, non fuerunt in eo testamento personæ multiplicatæ, sicut in aliis: sentit *Pinheyr. de testam. disp. 3. sect. 3. num. 40. §. disp. 2. sect. 4. num. 61. §. 64.*

68 Ad exemplum, de quo *num. 18.* respondetur, quod in testamento Principis non datur timor falsitatis, quia in eo sufficiunt duo testes, sicut in aliis, quæ dicuntur privilegiata testamenta; qui duo testes difficiliùs corrumpentur, quàm unus tabellio, ut diximus: maximè interveniente suprema Principis authoritate, quam decipere nemo audebit: *l. fin. Cod. de ponderat. aur. lib. 10. Valençuel. tom. 1. Consil. 4. numer. 121. cum aliis Portug. 2. part. cap. 11. num. 15. §. cap. 19. n. 33.*

69 Nec obstat, quod huic temporibus communiter circumfertur, testamentum scilicet Caroli II. Hispaniarum Regis falsificatum fuisse circa nominationem successoris ad illam coronam. Respondetur enim casum fuisse in orbe rarum, & solum à Christianissimo inventum, in totius Europæ perniciem, ut universus ferè orbis scandalum pateretur: & casus ita rarus, qui fortè non habet similem, non trahitur ad argumentum. *Guerreyr. de recusat. lib. 4. cap. 3. num. 63. §. cap. 11. num. 17.*

70 Ad nonum, de quo supra *num. 20.* respondetur non esse æquior sententiam, quæ favet testamentis, & decipit testatores; qui enim similia testamèta judicant valida, falsitates invitare videntur, quas à Legislatoribus evitare coguntur; nec bene urget sequendus testamenti favor, quando plus urget persequenda testatoris fraus, ut in simili dicemus *dubit. sequent.* Eo vel maximè quædo interpretatio, quæ fit, ut fraudibus occurratur, sumenda est, quia continet publicam utilitatem:

litate: *ex Bart. & aliis eleganter Canc. lib. 1. var. cap. 8. num. 23.*

71 Nec tandem obstat senatus auctoritas, de qua *num. 21.* quia nec iudicatum audivimus transire sine renitentia aliquorum ex Senatoribus; nec auctoritas nos deterrere debet, ut à vero deviemus: prout *ex Divo Augustino, & aliis refert Gusman. de Verit. jur. in præfati, & verit. 1. num. 29. & verit. 5. num. 14. & 15. & verit. 12. num. 60. & verit. 28. num. 2. & verit. 26. num. 11. & verit. 36. num. 3. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 18. num. 3. in fin. Ægid. in l. 1. Cod. de Sacerof. Eccles. 5. part. §. 1. num. 19.*

DUBITATIO IX.

An valeat testamentum, in quo invenitur instrumentum approbationis extra folium ipsius testamenti?

Ad Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. & 2.

SUMMARIUM.

- 1 **R**eferuntur DD. agentes de materia, qui diversas sententias referunt Senatus: & *num. 2.*
- 2 Actus non est nullus, quando lex imponit aliam pœnam: & *num. 47.*
Intellige: num. 28. & num. 45.
- 3 Lex, si voluisset, expressisset:
- 4 Lex, quæ non expressit, noluisse creditur.
- 5 Nullitas actus dicitur pœna.
- 6 Pœna non imponitur sine lege: & *num. 49.*
- 7 Error notarii non debet nocere.
- 8 Solemnitates testamenti in hoc Regno requiruntur pro forma.
- 9 Instrumentum approbationis in dorso testamenti non est de forma.
- 10 Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. *ibi:* nas costas do proprio testamēto intelliguntur:

- sed melius num. 51. & 52.*
- 12 Sententia æquior sequenda pro validitate testamenti.
Intellige tamen à num. 53. cum sequent.
 - 13 Defenditur sententia negativa: cum *numer. sequent. & à numer. 43. & 46.*
 - 14 Incipit dialogus.
 - 15 Decretum irritans, de quo Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. *Omnia in contrarium annullat: & num. 20.*
 - 16 Falsitas in testamento clauso facilius fieri potest.
 - 17 Falsitas inter duos melius vitatur.
 - 19 Solēnitas instrumenti in tergo cur?
 - 21 Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. *à versic. ibi:* Eo taballiam, non agit de nullitate testamenti, sed solum de instrumento.
 - 22 Lex una per aliam declaratur.
 - 24 Leges non proferuntur sine ratione dubitandi: & *num. 26.*
 - 25 Lex nihil facit superfluum, nec sine mysterio: & *num. 30.*
 - 26 Quenam sit ratio differentie inter Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. *versic. fin. dum annullat, & §. 2. ubi non annullat instrumentum? & num. 29. & à num. 30. cum sequent. & num. 45. & 47. & 48.*
 - 27 Nullum est instrumentum, quod non est sigillatum.
 - 34 Testes, si moriantur ante publicationem testamenti, nullum est.
 - 35 Instrumentum validum probat contenta in instrumento.
 - 36 Instrumentum validum validare potest testamentum nullum: & *num. 37. & 38. & 40.*
 - 39 Instrumentum nullum non facit fidem.
 - 41 Contenta in instrumento approbationis servari debent, sicut ultima voluntas.
 - 43 Argumentorum solutione illucescit veritas.
 - 50 Ord. lib. 4. tit. 80. *in rubrica inducit formam observandam.*

Ræsens hæsitatio otiosa videbitur cuicumque eam discussam inveniendi apud Senatorē *Portug. 3. part. cap. 16. à num. 66. cum sequent. ubi num. 71.* transit cum affirmativa sententia ex vi Senatūs judicati, de quo *Gam. dec. 252. num. 1. & 2.*

2 Sed cum prædicta sententia nobiscum pugnet in argumento, de quo *dubit. preced. à num. 13.* cui ideo promissimus respondere *ibidem num. 66.* & etiam quia idem *Gam.* contrariam sequutus fuit *dec. 209. num. 10.* & alter Senator *Cabed. 1. part. dec. 129. num. 3.* ideo de ea venit dubitandum non obstāte illo Senatūs judicato, cum pro affirmativa modò, & modò pro negativa extent ipsius Senatūs decisiones, de quibus testatur *Mend. 1. part. lib. 4. cap. 10. num. 32. & 33.* & cogitandum relinquat *Portug. dict. cap. 16 num. 72. in fin.*

3 Probatum igitur, & primò affirmativa sententia, dum pro validitate similis pugnat testamenti ex eo, quia Legislator noster *dict. tit. 80. §. 2.* poenam imponit tabellioni contrarium facienti; sed non annullat actum; ut ex ipsius serie notoriè constat: ac perconsequens non venit actus annullandus: *Mend. 1. part. lib. 4. dict. cap. 10. num. 33. ex Bart. doctrina Gam. dict. dec. 252. numer. 2.* cum aliis *Portug. dict. cap. 16. num. 71.* cum aliis regulare dicit *Guerreyr. tract. 1. de inventar. lib. 4. cap. 13. num. 13.*

4 Secundò probatur, quia, si Legislator voluisset, quod ultra poenam tabellionis actus corrueret, id expressisset, ut fecit in §. 1. *in fin. eodem tit. ibi: Perderà o officio, eo instrumento de approvaçam serà nenbum:* arguit *Gam. dict. dec. 252. num. 1.* & est regulare per *text. in l. unic. §. Sin autem Cod. de caduc. tollend. Almeyd. cap. 6. num. 19. Guerreyr. de recusat. lib. 6. cap. 18. num. 3.*

5 Cum ergo Legislator in casu simili, & subsecutivo, de quo agimus, poenam similem imponendo tabellioni non procedit ulterius annullando actum, ut pro-

ximo præcedenti §. 1. fecerat, noluisse creditur nullitatem inducere: in terminis *Portug. 3. part. dict. cap. 16. num. 21. & 37. & 2. part. cap. 10. n. 108. per text. in dict. L. unic. §. Sin autem Cod. de caduc. toll. in simili Valasc. 2. part. conf. 117. numer. 15. Solors. Pereyr. de jur. Indiar. tom. 2. cap. 21. num. 31. & 32.*

6 Tertio probatur, quia nullitas actūs dicitur in jure poena, & pro poena judicatur: in terminis sentit *Portug. dict. cap. 16. num. 71. ad fin. cum pluribus Flor. ad Gam. dec. 40. numer. 3. & lib. 1. var. quest. 1. num. 57.*

7 Poena autem non imponitur sine lege, quam in terminis non habemus expressam: *Flor. lib. 1. var. dict. quest. 1. dict. num. 57.* quod quidem regulare est, ut tenent *Cabed. 1. part. dec. 71. num. 4. Thom. Vas alleg. 31. num. 5. Portug. 2. part. cap. 7. num. 27. & 3. part. cap. 35. num. 22. per text. in auth. de non eligen. secund. nubentes §. Cum igitur, versic. Non est lex.*

8 Nec error notarii debet nocere, & præjudicare testatori, nec hæredi scripto: *Portug. dict. cap. 16. dict. num. 71.* sentit *Gam. dict. dec. 252. num. 2.* quod quidem regulare est etiam: *Valasc. de part. cap. 6. num. 45. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 464. & num. 768. ex l. Errore, & l. ambiguitates Cod. de testam.*

9 Quarto, quia & si solemnitates testamentorum sint in hoc Regno requisitæ pro forma ad unguem observandæ sub poena nullitatis cum decreto irritante, ut patet ex *rubrica Ord. lib. 4. dict. tit. 80. & §. 1.* & fatentur ipse *Gam. dict. dec. 252. num. 1. Portug. dict. cap. 16. num. 3. & num. 72.*

10 Tamen solemnitas hæc, de qua agimus, nempe quod in dorso, & proprii testamenti folio instrumentum fiat approbationis, non invenitur inter illas alias solemnitates, de quibus *Ord. §. 1.* quæ continet decretum irritans, sed solum *in §. 2.* ubi nec invenitur simile decretum

eretur, nec nullitatis poena invenitur: fatetur *Gam. dec. 209. num. 3.*

11 Confirmatur, quia verba ejusdem §. 1. ibi: *Farà logo em presença das testemunhas o instrumento da approvaçam nas costas do proprio testamento:* non utique obstant, quia non inducunt formam, de qua agimus; sed ideo apposita sunt, ut instrumentum approbationis ponatur post testamentum, & non antea: ita respondet contrarium sentiens *Portug. 3. part. dict. cap. 16. dict. num. 72.* & sentiens difficultatem nihil respondet *Gam. dict. dec. 252. num. 1.*

12 Quintò tandem probatur, quia in favorem testamentorum hæc est humanior, & æquior sententia: pungit *Portug. dict. cap. 16. num. 71. ad fin. § numer. 72. in princip.* quæ ideo sequenda est, ut cum aliis tradit *Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 5. num. 136.* & diximus *dubit. 8. num. 20.*

Defenditur negativa.

13 Quibus non obstantibus, veriorrem credo negativam sententiam, quæ tenet simile testamentum esse nullum; prout in puncto juris veriorrem dicit *Portug. dict. cap. 16. numer. 71. in fin.* & tenent *Cabed. 1. parte dec. 129. numer. 3.* & ipse *Gam. dec. 209. numer. 2. Mend. 1. part. lib. 4. cap. 10. num. 32. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 3. cap. 5. num. 151.*

14 Probatur ex vera intelligentia, & ex ipsa serie *Ord. dict. tit. 80. §. 1. § 2.* quæ continet plures distinguendos casus, ut opiniones concilientur, seu assertiones *DD. citat. num. 2.* intelligantur: quod maioris claritatis gratiâ pro tyronibus, quibus solùm scribimus, per dialogum describemus, antiquorum glossatorum normam non despiciendo.

15 Quæres igitur primò, quomodo possis testari, quin tuæ pandantur dispositiones, sicut in modo testandi, de quo

Ord. hoc. tit. 80. in princip. § in §. 3? Respondet Legislator dando formam testamenti clausi in §. 1. ubi concludit cum decreto irritante ibi: *E d' outra maneira nam serà valioso o testamêto.* Quod quidem omnia in contrarium annullat: cum pluribus *Portug. 3. part. cap. 16. num. 42. § num. 60. § 61.*

16 Quæres secundo, quomodo evitare possis falsitatem, quæ tibi in testamento clauso facilius fieri potest? *Portug. dict. cap. 16. num. 38. § 63. § 68. § 69. Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 3. num. 34. Valasc. 2. tom. conf. 104. num. 27. ex aliis Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 863. ad fin.*

17 Respondet Legislator, quod inter alias (de quibus hic non agimus) eam adhibeas solemnitatem, & cautelam, ut sigillet persona privata, quæ scripsit, & approbet tabellio; ad hoc scilicet, ut intervenientibus duobus, melius vitetur falsitas, ut ostendimus *dubit. 8. per tot.*

18 Respondet ulterius, quòd aliam adhibeas solemnitatem, & cautelam, ut scilicet fiat approbationis instrumentum in tergo ipsius testamenti: patet ibi: *Farà logo em presença das testemunhas o instrumento de approvaçam nas costas do proprio testamento.*

19 Quæres tertio, quænam sit ratio decidendi hujus cautelæ, vel solemnitatis, quæ omissa est in dispositione hujus §. 1? Respondet rationem esse decidendi, ne scilicet verum avertatur testamentum, & intromittatur falsum; ut exprimit §. 2. *ad fin.* ibi: *De maneira que se não possa tirar o testamento verdadeiro do instrumento de approvaçam, e metter outro falsamente fabricado em seu lugar.* Quod quidem, attento effectu, idem est, atque inducere modum probandæ identitatis.

20 Quæres quartò: eritne validum testamentum, si in tergo ipsius non fiat approbationis instrumentum? Respondet inferius cum decreto irritante, de quo supra *num. 15.* ibi: *E d' outra maneira*

ra não serã valioso o testamento.

21 Quæres notabiliter quinto: postquam Legislator in hoc §. 1. concludit materiam, & formã testamenti clausi cū expressione decreti irritantis, egitne inferiùs in fine §. 1. & in §. 2. de validitate, aut nullitate testamēti? Nota notabiliter, quod à verbis exprimentibus decretum irritans, & consuetudinem abrogantibus nihil aliud circa validitatem testamenti ulterius decidit. Imò descendit ad aliam, & diversam materiam; nempe an sit nullum instrumentum approbationis, & de pœna tabellionis incauti: ad quod transit ex *versic. ibi: Eo taballiam:* ex quo melius incipere deberent Compilatores §. 2. cum ex illo diversam prolequantur materiam.

22 Quæres sextò: si autem instrumentum confici non possit in folio ipsius testamenti, quia forsitan omne fuit scriptum, quid agendum, quia casus omisus in solemnitate prædicta in *dict. §. 1?* Respondet in §. 2. Sigillum saltem publicum apponi debere in folio proprii testamenti, ita declarãdo casum omisum, si ve dubiũ, sicut una lex per aliam declaratur: *Portug. 2. part. cap. 25. n. 55.* & est regula *text. in l. Quamvis ff. de in jus vocand. l. Non est novum ff. de legibus l. 1. §. 2. Cod. de bon. quæ liber. & dicemus dubit. 15. num. 47.*

23 Quæres nunc septimo ad intentum, & dubitationem, de qua agimus: Eritne testamentum nullum, si in tergo ipsius testamenti non apponatur publicum sigillum, quando hanc nullitatem non expressit in *dict. §. 2.* ubi de ea agit solemnitate? Respondet non fuisse necessarium exprimere nullitatem, quando de ea expressè decidisset in §. 1. cum decreto irritanti, de quo diximus *n. 15.*

24 Non enim satisfactum dici potest formæ legis, de qua §. 1. ubi expressè sanxit approbationem faciendam in tergo proprii testamenti, si in tergo ipsius nihil instrumenti inveniatur: in quibus terminis de nullitate nihil erat dubitandum, ut de ea decideretur, quod paulo

ante decisum extabat cum decreto irritanti: leges autem non proferuntur sine ratione dubitandi: *Ægid. de jur. §. privileg. honest. artic. 3. num. 1. versic.* Quare, cum pluribus *Carleval de judic. tit. 1. disp. 2. num. 35.* junctis iis, quæ *Portug. 2. part. cap. 29. num. 34.* & quæ *dubit. 6. num. 17.*

25 Versabatur enim sola ratio dubitandi in terminis *dict. §. 2.* non super nullitate, de qua sancitum erat in §. 1. sed circa conficiendum instrumentum in folio scripto: cui dubitandi rationi solum respondet, supplendum esse per appositionem publici sigilli; & ideo circa nullitatem nihil disponit, quia decisum erat, & esset superfluum; quod Legislator facere non solent: *Valasc. conf. 113. num. fin. Phæb. dec. 31. num. 9. §. dec. 140. num. fin.* cum aliis dicebamus *dict. dubit. 6. num. 17.*

26 Quæres ergo octavo: eritne nullum instrumentum approbationis, de quo in §. 2. ex defectu scribendi in folio proprii testamenti; quando solum Legislator agit de vigore instrumenti, & non de testamenti validitate, de quo jam sanxerat, ut advertimus supra *num. 21?* Respondet casum omisisse ex defectu rationis dubitandi: ex eo, quia de essentia ipsius instrumenti, quatenus est instrumentum, ut non est fiat in hoc, vel illo folio, si habeat requisita instrumenti: ergo non est nullum simile instrumentum, quamvis sit nullum testamentum ex defectu formæ, ut diximus: & ideo Legislator non sanxit nullum testamentum, quia sanxerat, nec instrumentum nullum expressit, nec validum, quia de eo non erat ulla ratio dubitandi: sine qua leges non proferuntur: probat ex multis iuribus *Carleval de judic. tit. 1. disp. 2. num. 35.* diximus proximè *num. 24.*

27 Quæres deinde nono: quare igitur Legislator in §. 1. *in fin.* expressit nullum esse instrumentum, in quo non sigillant testes, & testator? Respondet, quia deficit forma instrumenti, quando partes non sigillant: *Ord. lib. 1. tit.*

78. §. 4. § 5. *Pegas tom. 2. forens. cap. 19. num. 91. § 92.*

28 Quæres ergo decimò: ut quid nullitatem expressit in *dict. §. 1.* quando deficiente forma instrumenti, deficiebat etiam ratio dubitandi circa ipsius nullitatem? Respondet, quod cum illo §. 1. egisset de puniendâ incuriâ tabellionis in re tam gravi, fistebat ratio dubitandi in eo, quod pœna imposita pro actu, non veniebat actus annullandus sine exprefione legis: *ex l. fin. Cod. de sentent. ex brevilog. recit. Gam. dec. 252. num. 2. cum pluribus Portug. 3. part. cap. 16. num. 71. quidquid ibi num. 70.*

29 Quæres igitur undecimò: si Legislato tam in uno, quàm in altero casu deciderat testamētum nullum ex defectu formæ instrumenti in tergo, & omnibus sigillantibus, uterque enim casus comprehenditur sub §. 1. cum decreto irritante, ut quid expressit in uno casu instrumentum nullum, ut in §. 1. *in fin.* in alio autem, ut in §. 2. omisit instrumentum validum, sicut erat de ratione instrumēti, ut diximus *num. 26?* Hoc opus, hic labor est.

30 Respondet rationem differentiæ, ex qua unum instrumentum sit validum, alterum tamen nullum, consistere in eo, quod primum habet requisita instrumenti, secundum substantiâ caret, ut supra proxime diximus. Ratio autem utilitatis, seu effectûs juridici, qui ex hoc sequatur, in quo cõsistat? Ubi cubet? Quinam sit? Nec legi, nec audivi: certo sciens, quod in lege nihil adest sine mysterio, nullum verbum sine effectû aliquid operandi: *Portug. 3. part. dict. cap. 16. num. 63. in fin. cum aliis diximus dubit. 6. num. 17.*

31 Putabam dari casum, (dum melius sentientes melius rem edoceant) in quo utile potest esse testatoribus, & heredibus, quod valeat instrumentum solum ratione instrumenti, sicut præjudiciale potest esse, quod non valeat instrumentum, quatenus instrumentum est.

32 Casus erit: Titius fecit testamentū clausum, & quia in approbationis instrumento testes non sigillarunt, manet testamentum nullum ex defectu formæ: ex §. 1. ibi: *No qual instrumento de approvaçam assinarãm todas as cinco testemunhas*, juncto decreto irritanti: de quo inferius ibi: & diximus *supra num. 15.*

33 Recurrit ergo hæres scriptus, qui videt testamentum nullum ad antidotum illud, de quo diximus *dubit. 3.* & probata identitate schedulæ clausæ, & voluntate testatoris ad schedulam relata reducit testamentum, quod judicandum erit validum per testium attestationem, & consequitur hereditatem, ut ibi latius ostendimus cum communi *numer. 3. § 8.*

34 Quod tamen hæres tunc solum consequi potest, quando omnes sint vivi testes, qui testatoris voluntatem audivissent: si enim aliqui mortui sint, non poterit voluntatem probare, nec per consequens testamentum, & perdet hereditatem: judicatum tradit *Phæb. 1. part. dec. 75. num. 6. Oliva de foro Eccles. quæst. 30. num. 6.* quos cum aliis laudat *Portug. 3. part. cap. 16. num. 12. Barbof. in castig. ad Ord. lib. 4. tit. 80. num. 261. diximus dubit. 4. num. 30.*

35 Sin autem instrumentum approbationis sit validum, quamvis non probet identitatem testamenti, quia scilicet factum extra folium ipsius, tamen ex ratione sola instrumenti validi facit fidem, & probat contenta in instrumento: *ex l. Cum precibus Coa. de probat. Prosequitur ad satietatem Pegas 2. tom. forens. cap. 19. à num. 1. cum sequent.*

36 Unde, si hæres aliquo modo probare possit identitatem schedulæ, de qua testator locutus fuit, seu circa quam expressit voluntatem; vel per aliquos testes, vel per ipsius scriptorem, juncto signo testatoris, vel aliquo juridico modo, de quo diximus *dubit. 3. à num. 44. cum sequent.*

37 Quamvis duo, vel plures instru-

menti testes mortui sint, nihilominus consequetur intentum, quia probata legitime identitate schedulæ, legitime etiam probare potest testatoris voluntatem per fidem instrumenti validi, quod fidem facit circa ea, quæ continentur in illo, nempe circa expressionem voluntatis testatoris: ac perconsequens etiam mortuis testibus, probatur testamentum per instrumentum validum: in cuius confirmationem vide dicenda *dubitat. 10. à num. 37. cum sequent.*

Quod id ipsum, ni fallor, probat Legislatores noster, dum *prædict. Ord.* testamentum decernit validum cum solo tabellionis sigillo in tergo; quod quidem sigillum non est instrumentum, ut valere possit testamentum in ratione testamenti clausi, & solemniter; sed est sigillum publicum, cum quo probatur identitas schedulæ, de qua sensit testator, ut diximus *num. 19.* & cum eius voluntas solemniter probetur per instrumentum separatum, sed validum, habemus in terminis *Ord.* voluntatem solemniter probatam, quæ prædicto modo fit unum quid cum schedula, de qua sensit testator. Ac perconsequens probat verus sensus *Ord.* quod probata regulariter identitate schedulæ, & probata insimul voluntate testatoris solemniter per instrumentum validum, fiet legitima probatio testamenti.

38 Neque instes, quod si instrumentum validum probat voluntatem testatoris, habemus intentum, & firmum manebit testamentum factum contra formam legis. Respondetur enim, quod instrumentum validum ex sola ratione instrumenti non facit validari testamentum, aliàs nullum ex defectu formæ, cum non sit factum in tergo, & ideo etiam non probat identitatem: sed solum probat voluntatem, quæ se refert ad schedulam, de cuius identitate debet legitime constare per probationem regularem: ut ita vox testatoris se referens ad schedulam probata solemniter per instrumentum validum fiat unum quid cum

identitate probanda schedulæ, ex quo inveniamus probatum testamentum, ex iis, quæ diximus *dubit. 3. num. 7.*

49 Unde patet utilitas, & effectus Regiæ sanctionis, dum in casu, de quo §. 1. *in fin.* cum testamentum sit nullum ex ibi decisis, & defectu formæ, instrumentum approbationis etiam exprimit nullum: ex quo nihil potest probari in casu necessario, quia per se nullam fidem facit, tanquam quid nullum: ex regula *text. in l. Si aut nullum Cod. de leg. hæc. Portug. 3. part. cap. 38. num. 19. Pegas forens. tom. 1. cap. 2. num. 60.*

40 In casu vero, de quo §. 2. non exprimit instrumentum nullum, imò omisit validum ex ratione, de qua supra *num. 29. § 30.* ex quo bene probari potest id ipsum, de quo actum fuerit in ipso instrumento, nempe vox, & declaratio testatoris, quin testes interrogari necesse sit: ac perconsequens dispositio probari potest ex instrumento fidem faciente: etsi probetur identitas, probatur legitime testamentum, si non in scriptis clausum, tamen nuncupativum eo modo, de quo *DD. nostri citati dubit. 3. num. 2.*

41 Datur & alius casus, in quo potest esse utile, quod sit validum instrumentum; quando scilicet in eo exprimat aliquod legatum, vel dispositionem, quæ servari debet: *Pegas de maior. part. 1. cap. 3. num. 32. § 35. Cabed. divers. jur. lib. 4. cap. 11. num. 4.* vel expresse dicat servari voluisse, quidquid continetur in aliqua schedula: ad ea, quæ latius *Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 2. num. 16. § sect. 4. à num. 81.*

42 Ex hac igitur Regiæ sanctionis literalis distinctione, quamvis prolixa, recte probatur ex ipsa lege nullum esse testamentum, in quo deficit forma approbationis in tergo ipsius testamenti, ne falsitas committatur, quod fuit primum institutum Legislatoris, ut exprimit ibi *dict. §. 2. & diximus dubit. 8. num. 34. § 35. cum sequent.*

43 Quod evidentius patefiet ex cōciliatione DD. qui de quæstione agunt, ex diversa legis intelligentia contrarium asserentes; ex ipso enim, & solutione argumentorum probatur sententia, quam defendimus, ut scribendo observavit *Surd. conf. 17. num. 17. Molin. de Guffman. de Verit. jur. verit. 4. num. 33. novissimè Guerreyr. de recusat. lib. 4. cap. 13. num. 71.*

44 Non obstat igitur primum, de quo supra *num. 3.* imò intelligitur doctrina, quæ nititur in *Ord. dict. tit. 80. dict. §. 2.* dum ibi pœna imponitur tabellioni, & non procedit annullando.

45 Quia scilicet Legislator illo *§. 2.* non agit de nullitate testamenti, sed de pœna imponenda tabellioni pro negligentia ipsius in re tam gravi: & ideo non procedit annullando instrumentum, quia instrumentum, quæ tale, validum est, & non datur in illo ratio nullitatis quoad actum ipsius instrumenti, ut diximus supra *num. 26.*

46 At vero quoad nullitatem testamenti non egit Legislator illo *§. 2.* ut esset necessarium exprimere aliquid circa nullitatem testamenti, quando de illa satis, & expresse cum decreto irritanti dispositum extabat in *§. 1.* & esset superflua repetitio: sentit *Gam. dec. 209. num. 2. & diximus num. 16. §. 23.*

47 Unde solum convincit argumentum, quod, cum Legislator imponat pœnam tabellioni instrumentum facienti extra folium, & ulterius non procedat annullando id ipsum instrumentum, de quo agit, manet validum ipsum instrumentum, quod nec negamus, nec nobiscum pugnat: sed non manet firmum testamentum, de quo ibi non agit, imò sanxerat illo *§. 1.* ubi de nullitate testamenti extabat expresse dispositum.

48 Non obstat secundum, de quo *num. 4.* quia respondetur similiter Legislatorem nostrum ideo non annullasse in *§. 2.* testamentum, quia de ipsius nullitate sanxerat in *§. 1.* & non annullasse instrumentum, de quo agebat, quia va-

lidum erat in sola ratione, vel essentia instrumenti: cujus contrarium erat in terminis *§. 1. in fin.* in quo, cum instrumentum esset nullum ex defectu solo ipsius-met non sigillati instrumenti, ideo nullum expressit, quando pœnam imponebat tabellioni ex ratione, de qua supra *num. 28.*

49 Non obstat tertium, de quo *à num. 6.* quia, etsi pœna nullitatis pœna sit, hæc imponitur à lege ipsi actui ex utilitate publica; nempe in decreto irritanti, de quo ibidem *§. 1. & diximus num. 15.*

50 Non obstat quartum, de quo *à num. 10.* quia in verbis *Ord. dict. §. 1.* ibi: *Nas costas do proprio testamento:* aperte comprehenditur solemnitas, de qua agimus, & subsequens decretum irritans omnia comprehendit; sicut omnia sub rubrica comprehenduntur, ubi forma imponitur: ad ea, quæ *Gam. dec. 209. num. 2. Portug. 3. part. cap. 16. num. 39. §. 40. §. 41. cum Valasc. part. 2. conf. 104. num. 32. Barbof. ad eandem Ord. in rubr. num. 4.*

51 Ad confirmationem, de qua supra *num. 11.* respondetur esse liberè dictum asserere, quod ideo Legislator expressit illa verba cōficiendi instrumentum in tergo, ut approbatio fieret post testamentum, & non antea, cum incivile esset approbationem fieri posse ante testamentum, quando approbatio ex sua natura supponit factum approbandum, & quando ante, seu in principio testamenti clausi nunquam instrumentum fieri posset.

52 Eo vel maximè, quando is ipse Legislator ostendit prædictam solemnitatem approbandi in tergo ideo adhiberi sanxisse, ut verum testamentum subtrahi non posset, & falsum intromitti; ut satis expresse dixit *dict. §. 2. & sentit Portug. 3. part. dict. cap. 16. num. 65. §. 68. §. 69. §. 73.*

53 Non obstat quintum, de quo supra *num. 12.* respondetur enim non esse opinionem æquiorum, quæ est contra

legem expressam, & præcipuum finem Legislatorum; imò est in effectu opinio verbalis, quæ favet testamentis, & nocet testatoribus; dum viam aperit fraudandi ultimas voluntates, quam præcudere Legislatores intenderunt, ut sæpe diximus.

54 Videant igitur, qui judicant unum ex his testamentis validum, an sit melius illud secundum legem judicare nullum, ut succedat venientes ab intestato proximiores consanguinei testatoris, & ceteri se abstineant à fabricatione similium, ne falsitas committatur, & illusoria reddatur vigilantissima Legislatorum cura.

55 An peius sit unum judicare validum præbendo ita ansam, ut confidentia judicati multa fiant similia testamenta, in quibus aperta, & approbata maneat via falsitatis committendæ, & devolvendæ hæreditatis non in hæredes institutos, nõ in consanguineos ab intestato, sed in falsariũ, & latronem, qui tabellionem corrupat, & testamentum emat, & emat hæreditatem, testatores decipiendo, & Legislatorum curam defraudando.

DUBITATIO X.

Quomodo reducendum sit testamentum nuncupativum?

Ad Ord. lib. 4. tit. 80. §. 3.

SUMMARIUM.

- 1 **O**rd. lib. 4. tit. 80. §. 3. exornatur quoad publicationem testamenti.
- 2 Testamentum, quod habet instrumentum approbationis, nititur illius viribus.
- 3 Testamentum carens approbatione debet probari per judicem, quia pendet à dictis testium.

- 4 De modo, quo Pragmatici utuntur in publicatione testamenti.
- 5 Testes iterum debet inquirere iudex super omissis ex sua negligentia.
- 6 Testes non producuntur, nec iterum examinantur post publicatas attestaciones.
- 7 Limita remissivè.
- 8 Regulæ inherendum, ubi non datur lex, quæ limitet.
- 9 Forma petitionis ad probandum testamentum.
- 21 Testator debet esse sanæ mentis.
- 23 Testator an sufficiat sigillare signo Crucis, vel alio sine literis?
- 24 Signum testatoris an probari, & recognosci debeat indubitabile? Remissivè.
- 25 Testamentum est actus individuus, in quo testes debent esse non contextu.
- 26 Identitas non præsumitur.
- 27 Et debet probari ab allegante: & num. 29.
- 28 Probatur per fidem instrumenti.
- 30 Identitas probatur, si testes recognoscant propria sigilla.
- 31 Probatio regularis sufficit, ubi lex non requirit specialem.
- 32 Quid? si testis contradicat dispositioni testamenti? Remissivè: §. 42.
- 33 Quid in testamento verbali? Remissivè.
- 37 Instrumentum sufficit habere duos testes.
- 38 Limita in instrumento approbationis testamenti.
- 39 Instrumentum solemne potest validare testamentum nullum.
- 40 Testamenti nuncupativi robur pendet à dictis testium.
- 41 Testamentum est nullum sine institutione hæredis.
- 45 Ad probandum, sive publicandum testamentum non est præfinitum tempus, sed quocumque potest probari.
- 46 Testes in testamentis debent concordare in voluntate probanda.
- 47 Iudex profert sententiam in publicatione

- atione testamenti secundum acta.
- 48 Condemnat in expensis, qui probaverunt.
- 49 Vel non condemnat, quia non est necesse.
- 50 Sententia impugnatur intra decem dies.
- 51 Decem dies enumerantur à die scientiæ, quæ debet esse specifica iudicati.
- 52 Testamenti publicatio an possit impediri cum exceptionibus? & num. sequent.
- 53 Testes possunt impugnari, antequam interrogati sunt.
- 54 Citata pars debet audiri.
- 55 Iudex tenetur iudicare secundum probatum.
- 56 Lites debent præcidi, & obviari.
- 57 Via illudendi ultimas voluntates non debet aperiri.

S Anxit Legislatoꝝ noster lib. 4. tit. 80. §. 3. publicandum esse testamētum, quando non habet instrumenti publici fidem, ex qua huiusmodi non indigeat publicatione: patet ibi: *E neste caso, quando for feito pello testador, ou por outra pessoa privada sem instrumento publico nas costas, deve tal testamento ser publicado despois da morte do testador por autoridade de justiça: exornant Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 15. num. 18. Reynos. observ. 39. num. 21. & ibi ejus glossat. versic. In secundo. Portug. 3. part. cap. 16. à numer. 10. Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 6. numer. 165.*

2 Ratio prædictæ dispositionis est, quia testamentum habens approbationis instrumentum propriis nititur viribus, quia instrumentum, ex quo pendet auctoritas, & veritas, fidem facit absque testium examine: Portug. 3. part. dict. cap. 16. num. 9. Pinbeyr. dict. sect. 6. num. 163. cum Valasc. 2. part. conf. 178.

num. 6. & aliis, Pegas tom. 2. forens. cap. 19. num. 3. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 3. cap. 5. num. 177.

3 Sin vero instrumentum approbationis non contineat, pendet fides testamenti ex viribus, & dictis testium: qui quidem ideo per iudicem veniunt interrogandi, citatis citandis, ut tenent DD. supra citati, præcipue Portug. dict. 3. part. dict. cap. 16. dict. numer. 10. cum pluribus aliis Guerreyr. tract. 2. de divis. dict. lib. 3. dict. cap. 5. numer. 178. & lib. 5. cap. 8. num. 83. Ribeyr. Nett. de testam. lib. 1. tit. 4. numer. fin. in fin.

Quod quidem cum procedat etiam in casu, quo instrumentum sit nullum, & perconsequens testamentum ex illo dependens, in quibus terminis reduci potest tanquam nuncupativum per testes probandum ex defectu instrumenti; ut diximus dubit. 1. & dubit. 3.

Sicut etiam in casu Ord. lib. 4. dict. tit. 80. §. fin. ubi nec scriptura, nec instrumentum intervenit: vel sit factum tempore mortis, ut exprimit Legislatoꝝ ibi, vel tempore sanitatis fiat, ut verius ostendimus dubit. 2.

Ideo de modo huius reductionis, ut vulgò dicitur, vel modo huius probationis, testamentariæ scilicet, & ultimæ dispositionis, aliqua prænotare non inutile duxi, quia materia quotidiana, saltem pro tyronibus, quos de hoc non semel vidi in praxi dubitare, & aliquando expensis partes vexasse dolui.

4 Solent igitur Pragmatici petitionem iudici offerre unà cum testamento (si quod fecit testator) in qua enarrant formam testandi, instituendi, & legandi, & petunt, quod citatis citandis, voluntas in publicum reducatur, & solemniter iudicetur, ut exequatur: ex text. in l. Publicati Cod. de testam. Gom. in l. 3. Taur. num. 36. & 46. Glossat. ad Reynos. observ. 39. numer. 21. versic. In secundo. Pinbeyr. dict. disp. 2. dict. sect. 6. dict. numer. 165.

Accidit ergo (& non raro) quod interro-

interrogatis testibus à iudice, qui plerumque ignarus est juris, ut insinuat *Ord. lib. 3. tit. 48. §. 3.* omittit formam percontandi, continet enim testamentum plura substantialia; & vel deficit probatio circa institutionem, vel circa coadunationem testium uno contextu, vel circa plenum testatoris intellectum, vel quid simile, ex quo pendet robur testamenti secundum juris regulas, & formam *Ord. dict. tit. 80.*

5 Ecce publicatis attestationibus, invenitur testamentum nullum, & talis iudex profert sententiam circa nullitatem, non advertendo scilicet, quod ex officio poterat, & deberet examinare, quidquid propria negligentia non fuit percontatum, & inquisitum, ex iis, quæ *Reynof. dict. observ. 39. num. 31. & 32.* ubi ejus Glossat. cum *Mend. in prax. 1. part. lib. 3. cap. 14. num. 2.* & aliis.

Postea institutus hæres, qui videt petitionem, & viam petendi illusoriam, exceptionem opponit cōtra sententiam, vulgò *embargos*, & allegat probaturus ipsam-met solemnitatem, quam videt improbatam, ad hoc scilicet, ut iterum probare possit iisdem, vel aliis testibus, & finem validitatis testamenti cōsequatur: ut in facto mihi contigit excipiente quodam doctissimo, qui iudex multos per annos fuerat Ecclesiasticus, & integerrimus.

6 Respondi, & obtinui materiam exceptionis admittendam non fore, quia post publicatas attestationes, iterum nec alii, nec iidem testes produci possunt; timetur enim subornatio, ut ex professo in terminis ostendit *Reynof. observ. 39. à num. 22. cum sequent.* & ibi ejus Glossat. *Maced. dec. 57. num. 1. Mend. lib. 3. cap. 14. num. 1.* omnes per text. in *auth. at qui semel Cod. de probat.*

7 Et quamvis prædicta regula aliquas habeat limitationes, de quibus *Reynof. dict. observ. 39. à num. 26. Mend. lib. 3. cap. 14. num. 1. & 2.* tamen quia nec semper verificari possunt, & regulæ inherendum erit, dum limitatio non ve-

rificatur: *L. fin. Cod. de hered. instit. Cald. de extinct. emph. cap. 2. num. 26. Mend. lib. 3. cap. 15. num. 9. Landim tract. 1. cap. 21. num. 18.*

8 Ideo ne hæc, vel similia emergant dubia, putabam pro utiliori praxi observandâ petitionem in forma sequenti offerendam.

9 Diz N. desta Villa, que estando N. com seu perfeito juizo fez seu testamento, que com esta offerece, e perante cinco testemunhas, estando todas juntas declarou, que o contheudo nelle era sua ultima vontade, eo assinou; e porque deve ser reduzido a publico como nūcupativo:

P. a V. M. que citados N. & N. parentes mais chegados, lhe pergunte as testemunhas, que offerecer, pellos itens, que se seguem, para mais distinctamente deporem; e lho julgue valido, e publicado, E R. M.

10 Primò, que o ditto testador N. estava em seu perfeito juizo, quando dispos, e assinou seu testamento.

11 Secundo, que assinou (ou mandou assinar o ditto testamento por N. aquem para isso rogou.)

12 Tertiò, que quando o testador assinou estavam jūtas cinco testemunhas, que o viram, e ouviram dizer, que aquelle era seu testamento.

13 Quartò, que o testamento, que assinou o testador, e de que fallou ser sua ultima vontade, he o mesmo, que se ajunta, como diram as testemunhas reconhecendo os seus sinais, eo do testador.

14 Quintò, que supposto o ditto testamento por ser in scriptis cerrado (ou em notas) possa valer sem publicaçam; com tudo por evitar questam de nulidade, que teme, e não poderá remediar

mediar depois de mortas as testemunhas, o quer reduzir como nuncupativo em quanto vivas.

15 Sexto, que supposto saltem por mortas (ou ausentes) algumas das testemunhas, que assinaram, com tudo quer se lhe perguntem N. e N. que estiveram presentes, e viram, e ouviram a expressa vontade do testador.

16 Septimo, que ainda que as testemunhas nam ouviram ler o testamento por cerrado, (ou por se referir a papel particular, que nam viram, nem ouviram) com tudo sabem, as que bastam para fazer prova, que o testador fallou do papel, de que se faz mençam.

17 Octavo, que supposto nam tenha cinco testemunhas para provar a disposiçam do defunto, tem as que bastão para provar a identidade da escriptura, de que fallou o testador, ea vontade, e disposiçam ultima se prova pello instrumento de approvaçam valido na razam de instrumento, que faz prova solemne.

18 Nono, que supposto o testador nam mandou fazer escrito algum de seu testamento, declarou por palavra, q N. fosse seu herdeiro, e que deixava a N. tal legado, de que ha seis testemunhas varoës, que estiveram presentes.

19 Decimo, que o testador estava em perigo de vida, quando dispos de seus bens, e falleceu em breves horas, nos quais termos lhe bastam para testemunhas homens, ou mulheres na forma da Ord.

20 Undecimo, que supposto o testador convalescesse da doença, e perigo, em que estava, quando fez o testamento

nuncupativo in voce, com tudo como dispos perante seis testemunhas varoës, sempre fica valendo sua disposiçam.

Horum, vel aliorum pro casus contingentiã occurrentium allegaturus, quæ necessaria, & opportuna videantur, obtinebit cujuslibet probationem distinctam, quæ melius fiet per distinctos articulos, quos ex eadem ratione credimus in judicio ordinario commendatos, quamvis repugnare videatur *Flor. de Men. lib. 1. var. quest. 1. numer. 57. in princip.*

21 Quorum primum, de quo *num. 10.* inserviet ad quodcumque testamentum, quando minimè valere potest, quin constet testatorem fuisse sanæ mentis: de cujus materia *Ord. lib. 4. tit. 81. à princip. ubi Barbof. à num. 2. Senator Maced. dec. 2. Reynof. observ. 32. ubi ejus Glossat. plures refert, quibus adde novissimè Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 20. à numer. 2. Portug. 3. part. cap. 15. à numer. 21. Pinbeyr. de testam. disp. 1. sect. 1. à num. 5. Valasc. 2. part. conf. 145. Cald. consil. 24. à numer. 2. cum sequent. August. Barbof. in repertor. utriusque jur. verbo furiosus pag. 162. late Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 3. cap. 5. numer. 22. cum sequent.*

22 Secundum, de quo *num. 11.* inserviet ad illud testamentum, de quo scriptura fuit cum quinque testibus in forma *Ord. dict. tit. 80. §. 3. ibi: Feito, ou assinado,* quia signum testatoris supplebit sextum testem, ut diximus *dubit. 4. num. 24.*

23 An autem sufficiat, quod testator signet venerabili Crucis signo, quo utuntur, qui characteres ignorant, vel alia quacumque effigie? Disputant *Pereyr. dec. 32. num. 4. Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 7. numer. 193. novissimè Pegas tom. 2. forens. cap. 20. pagin. 1180. col. 2. ubi pro affirmativa tradit judicatum.*

24 An vero sit necesse, quod signum testatoris, quodcumque sit, recognosci debeat, & probari, quod sit idem, & indubitabile, & quomodo, & quando? Tradunt *Iul. Clar. §. Testamētum quæst. 14. Gom. in L. 3. Taur. num. 53. § 60. ex nostris Gam. decis. 61. Valasc. conf. 67. num. 14. Phæb. dec. 56. § 2. part. dec. 118. ad fin. Pereyr. dec. 67. § dec. 32. Pinbeyr. de testam. 1. part. disp. 2. sect. 7. à num. 190. Ribeyr. Nett. de testam. lib. 1. tit. 3. à num. 3. novissimè Pegas de maiorat. cap. 1. à numer. 47. cum sequent. novissimè Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 5. cap. 8. numer. 6. cum sequent.*

25 Tertium, de quo *num. 12.* intervit ad omne testamentum probandum, in quo requiritur, quod testes sint unà præsentés, videntes, & audientes, quia est actus individuus, in quo debent testificari de uno, & eodem contextu: *Spin. de testam. 1. part. gloss. rubric. numer. 10. Cardos. in prax. verbo testamentum numer. 58. § num. 80. August. Barbos. in repertor. utriusque jur. eodem verbo pag. 370. col. 1. Gom. in l. 3. Taur. numer. 49. Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 5. numer. 147. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 3. cap. 5. numer. 164. § num. 170.*

26 Quartum, de quo *num. 13.* continet identitatem probandam, quod semper necessarium est requisitum; quia, cum identitas non præsumatur: *Portug. 3. part. cap. 16. numer. 69. cum pluribus tetigit Valasc. 2. part. conf. 183. num. 36. Mend. 1. part. lib. 4. cap. 10. numer. 30. ex professo Maced. dec. 38. per tot.*

27 Semper probanda erit ab illo, cuius interest, & qui eam allegat: *Portug. 3. part. dict. cap. 16. dict. num. 67. § dict. num. 69. cum multis Maced. dict. dec. 38. num. 2. & in terminis tenent etiam Ribeyr. Nett. § Pinbeyr. de testam. quos adduximus dubit. 3. numer. 43.*

28 Unde, quamvis in testamento, in quo adest instrumentum approbationis

in tergo, vel sit factum in forma *Ordin. dict. tit. 80. in princip.* identitas probeatur ex fide ipsius instrumenti, quæ est indubitata: *ex l. Emancipatione Cod. de fide instrument. prosequitur Pegas tom. 2. forens. cap. 19. à numer. 4. cum sequent.*

29 Tamen, si instrumentum deficiat, ut in terminis *Ord. dict. tit. 80. § 3. & §. fin.* vel in quocumque nuncupativo, vel in casu instrumenti nulli, de quo ibi *§. 1. ad fin.* vel in casu, quo instrumentum non sit in tergo ipsius testamenti, de quo *in §. 1. & in §. 2. & diximus dubit. 9. per tot.* semper in quocumque horum, vel similibus identitas erit probanda, ut tenent citati DD.

30 Inter modos autem probandi identitatem melior, & communis est, si testes recognoscant propria sigilla: *Negreyr. introd. ad ultim. volunt. lib. 3. cap. 1. num. 9. Flor. de Mend. lib. 1. var. quæst. 1. num. 57. tetigit Reynos. observ. 39. num. 21.*

31 Nota tamen, quod, si aliqui ex testibus sigillum proprium non recognoscant, non ideo testamentum erit nullum, quia testium recognitio non est de substantia testamenti, quia non invenitur inter solemnitates requisitas; sed solum requiritur ad identitatem probandam, ad cuius effectum non habemus legem, quæ requirat solemnem testium numerum, ac per consequens sufficit probatio testium regularis, ut diximus *dubit. 3. num. 46. & prosequitur Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 5. cap. 7. à num. 113. cum pluribus sequent.*

32 Aliter se res habet, si aliqui testes non solum dubitent, sive non recordentur de proprio sigillo, sed ulterius contradicant dispositioni testamenti: *Guerreyr. tract. 1. de inventar. lib. 2. cap. 6. à num. 42. cum Valasc. 2. part. conf. 183. Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 5. §. 5. per tot. & alii, de quibus infra numer. 42.*

33 Quintum, de quo *num. 14.* intervit, quando testamentum timetur nullum

lum judicandum fore ex aliquo defectu solemnitatis quæstionabili : quia antequam testes moriantur , utilissimum erit reducere , & probare tanquam nuncupativum in terminis , de quibus diximus *dubit. 1. § 2. § 3.*

34 Sextum , de quo *num. 15.* utilissimum erit ad casum , super quo obtinui , quando scilicet deficientibus testibus necessariis , & qui signarunt in testamento , inveniuntur alii , qui præsentibus fuerunt , audierunt , & cognoverunt ; de quo diximus *dubit. 4. à numer. 30. cum sequent.*

35 Septimum , de quo *num. 16.* inferviet , quando necesse sit probare identitatem schedulæ , ad quam testatorem audierunt , & cognoverunt se referre : de quo diximus *dubit. 3. num. 43.*

36 Octavum , de quo *num. 17.* erit utile ad casum , quo adsit instrumentum approbationis validum , & testamentum sit nullum in forma *Ord. dict. tit. 80. §. 2.* de quo diximus *dubit. 9. à num. 35. cum sequent.*

37 Circa quod quæres , an sit instrumentum nullum , in quo non quinque , sed soli duo , vel tres signarunt testes , quando in solâ substantiâ instrumenti tres sufficiunt testes , ut validum sit instrumentum , quatenus instrumentum est. *Ord. lib. 1. tit. 78. §. 4.*

38 Respondetur tamen , quod etsi ad validitatem instrumenti , quatenus instrumentum est , sufficiant regulariter duo , vel tres testes ex dicta *Ord.* tamen , quatenus est instrumentum requisitum ad probandam ultimam voluntatem , & dispositionem testatoris , debet esse magis solemne instrumentum , & continere debet quinque testes , ut similem probationem faciat ex *Ord. dict. tit. 80. §. 1.* & probat *Ord. lib. 1. tit. 78. §. 15.*

39 Ex quibus confirmantur , quæ diximus *dubit. 9. à num. 35.* quia , si instrumentum solum requireretur validum in solâ ratione instrumenti , sufficerent duo testes ex regulari doctrina *Ord. lib. 1. dict. tit. 78. dict. §. 4.* Sed , cum

quinque sint necessarii testes in forma *Ord. lib. 4. dict. tit. 80. dict. §. 1. & 2.* bene convincitur , quod inferviet instrumentum solemne , etiam quatenus est tale instrumentum , ad probandam ultimam voluntatem in testamento non solemni , si constet de identitate schedulæ per probationem regularem , ex qua juncto instrumento solemni probabitur unum quid , quod erit testamentum validum ; ut ibi dicebamus *dict. dubit. 9. à num. 37. § 38. § dubit. 3. num. 7.*

40 Nonum , de quo *numer. 18.* erit necessarium ad casum testamenti , de quo *Ord. dict. tit. 80. in §. fin.* quando scilicet nulla scriptura facta fuit , sed dispositio testatoris voce solùm nuncupata fuit ; (quod idem facere potest tempore sanitatis , ut diximus *dubit. 2. per tot.*) quibus terminis omnes quæcunque dispositiones erunt exprimendæ , quia omnes probandæ erunt per testium assertiones : *Addition. ad Reynos. observ. 39. numer. 20. versic. In secundò, cum Ciriaco. Flor. § Cancer. lib. 1. var. cap. 4. num. 87.* pendet enim totum robur testamenti à dictis testium. *Spin. de testam. tit. de testib. gloss. 31. princip. num. 14. § num. 3. § 4. Phæb. dec. 75. numer. 7. Portug. 3. part. cap. 16. num. 11. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 5. cap. 7. num. 110.*

41 Cujus præcipuum erit allegare institutionem hæredis , ut probetur concludenter ; quia sine illa nullum proculbubio erit testamentum : multos referens *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 3. cap. 5. numer. 145. & ad omnia testamenta extollens dict. tract. 2. lib. 5. cap. 7. num. 141. cum sequent. ubi de materia : Addition. ad Reynos. observ. 39. numer. 20. § 21.*

42 In qua verbali , seu nuncupata dispositione , si unus , vel plures testes contradicant , quid judicandum ? Agit *Guerreyr. tract. 1. de invent. lib. 2. cap. 6. à num. 42. ubi citat Valasc. & Pinbeyr. § à num. 44. cum aliis , & Nett. de testam. lib. 1. tit. 8. num. 3. ubi etiam citat Cald. Pereyr. Consil. 24. numer. 20. &*

alios, & quos supra citavimus numer. 32.

43 Decimum, de quo *num. 19.* inferriet ad testamentum factum tempore mortis, quando intervenerunt testes foeminae, quae solum admittuntur in testamento facto illo angustiatarum tempore: ex *Ord. dict. tit. 80. §. fin.* de quo diximus *dubit. 2.* praecipue à *num. 26.* & agit *Ribeyr. Nett. de testam. lib. 1. tit. 4. à num. 7.*

44 Undecimum, de quo *num. 20.* utile erit ad casum, in quo convalescit testator, qui tempore mortis testatus fuit coram masculis, quia etsi convalescat, nihilominus firma manebit ejus dispositio, ut diximus *dict. dubit. 2. numer. 48.*

45 Facta igitur probatione materiae infervientis ad casum occurrentem, judex, qui testes interrogavit per se ipsum, ut diximus supra *num. 3.* primò animadvertere debet, quod testes interrogare potest quocumque tempore; quia tempus non est praefinitum, ut testamentum publicetur; & ideo semper publicari potest, dum vivunt testes: judicatum tradit *Flor. de Men. lib. 1. var. quest. 1. num. 57. in fin.*

46 Animadvertat secundò, an testes in substantia testamenti, & voluntate probanda concordent omnes; quia, si aliquis contradicat in substantialibus, corrumpit testamentum: ex *DD. citatis supra num. 32. & num. 42.*

47 Omnibus igitur animadversis, & cunctis ruminatis, judex circa validitatem, vel nullitatem testamenti sententiam profert secundum processus veritatem, & merita: ex *text. in L. Publicati Cod. de testam. Reynof. observ. 39. num. 21.* ubi ejus *Glossat. versic.* In secundo: *Portug. 3. part. cap. 16. num. 10. cum aliis, & Oliv. de for. Eccles. 2. part. quest. 30. à num. 1.*

48 Et tandem in expensis processus condemnat eos ipsos, qui testamentum probare intenderunt: ex iis, quae *Pegas tom. 2. forens. cap. 16. num. 17. & 29. &*

30. Reynof. observ. 56. num. 18. versic. Hoc autem: *Idem Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 65. §. 33. gloss. 37. num. 5.*

49 Vel expensarum condemnationi non defert, quod idem est, quia inest de jure condemnatio, seu solvendi obligatio: *Pegas forens. tom. 2. dict. cap. 16. num. 33.*

50 Publicata igitur sententia, partes, quae sentiunt laesionem, impedimenta offerunt, vulgò *Embargos*, quae tam de facto, quam de jure allegari possunt intra decem dies enumerandos à die scientiae, qui conceduntur ad impugnandum quodcumque judicatum: *Ord. lib. 3. tit. 69. §. 4. & tit. 70. in princip. & tit. 78. §. 2. & tit. 79. §. 1. Themud. 2. part. decis. 112. num. 12. Portug. 2. part. cap. 21. num. 6. Pereyr. dec. 68. numer. 11. & de man. Reg. 1. part. cap. 21. numer. 18.*

51 Quae scientia, ut currat decendum, debet esse specifica de contentis in sententia, & formâ illius: & non sufficit notitia generica, vel confusa, nempe, quod sententia lata fuit contra me, si certus non sim, in quo, vel quia condemnatus fuit: *Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. dict. cap. 21. num. 19. explicando Ord. lib. 3. dict. tit. 69. dict. §. 4. ibi: For sabedor: sentit Mend. 2. part. lib. 2. cap. 10. num. 1. & obtinui judicatum.*

52 Cum tamen hanc praxim semper observatam vidissem, non defunt causidici, qui magis ad proprium attendentes emolumentum, quam ad partium vexationes, & expensas, vix consuluntur de citatione ad testes inquirendos, & testamentum publicandum, quando nullitatis impedimenta in judicio offerunt contra testamentum; quorum praxim dicent fundari primò in autoritate *Flor. de Men. lib. 1. var. quest. 1. num. 57.* ubi quod per exceptionem nullitatis impeditur publicatio testamenti.

53 Secundò dicent probari à simili de casu, in quo opponitur contra testes; quod admittitur per impedimenta nullitatis

litis, etiam antequam judicialiter interrogentur, teste *Phæb. 2. part. arest. 79.*

54 Tertiò, quia eo ipso, quod ad inquirendos testes citatæ fuerunt partes, audiri debent, quia ipse est citationis finis, ut justitia, & defensio partis audiat: *Vivian. de jur. patronat. lib. II. cap. 4. num. 6. § num. 55. § melius numer. II. August. Barbof. in repertor. utriusque jur. verbo citatio pagin. 52. Cardoso. eodem verbo numer. I. § 2. § 3. Pegas de interdictis cap. 3. numer. 83.*

55 Quibus non obstantibus verissima, & melior videtur praxis, de qua supra à num. 47. Fundatur enim meo videri in eo, quod, cum iudex ex officio teneatur judicare testamentum nullum, si non probetur solemne, & in forma juris, tenetur judicare secundum probata: *Ord. lib. 3. tit. 41. §. I. in fin. § tit. 63. in princip. § tit. 66. §. I. cum pluribus Sous. de Maced. dec. 58. num. I.*

56 Superfluum, & inane est, imò solum ad lites multiplicandas, impugnare per anticipatam exceptionem illud ipsum, quod etiam sine exceptione judicandum erit nullum, si tale inveniat, quando lites præcidere, & vexationibus obviare commendatum sit: *Valasc. de part. cap. 4. num. 2. § conf. 14. num. 7. Cardoso. in prax. verbo iudex, numer. 3. Molin. de primog. lib. 3. cap. II. numer. 13. ad fin. Carvall. in cap. Raynaldus de testam. numer. 391. Pinbeyr. de testam. disp. I. sect. 6. num. 356.*

57 Eo vel maximè, quando non solum lites multiplicantur, & expensæ sine necessitate de præsentibus, sed ulterius occasio admittitur differendi percontationem testium, qui interim moriuntur, & ultimæ voluntates redduntur inanes; ut non semel vidi inter juris ignaros iudices accidisse: mortuis enim testibus ante publicationem, corrumpitur testamentum: diximus dubit. 4. numer. 30. § dubit. 9. num. 34.

58 Nec obstat authoritas *Flor. de Men.* de qua supra num. 52. loquitur enim obiter, & sine lege, neque ratione, ex quo audiri non debet: *Giurb. in consuetudin. Senat. Messan. cap. I. gloss. 4. part. I. num. 90. in fin.*

59 Neque iudicatum *Phæb.* de quo num. 53; quia esto, quod sit civilis praxis illa, de qua ibi, adhuc nobis non officit: non enim impeditur testium percontatio, & inquisitio, in quo versatur hujus rei maius periculum, & damnum irreparabile, maiori cum ratione obvianandum.

60 Neque denique tertium obstat, de quo supra num. 54; quia jus partibus citatis competens, ab illis non aufertur, dum audiendus quilibet veniet tempore opportuno, si fuerit necessarium: prout videmus in casu *Ord. lib. 3. tit. 20. §. 15.* ubi ante probationem factam, & iudicatum super probatione, de qua ibi: pars contraria non auditur; quia scilicet, si exceptio improbata iudicetur, non est in quo, seu ad quid partem audiri necesse sit; sicut in praxi, de qua agimus.





PARS I. TRACT. II.

DE

NATURALIUM
SUCCESSIONE.

DUBITATIO XI:

An filius naturalis plebei succedat consanguineis paternis ?

Ad Ord. lib. 4. tit. 92.

SUMMARIUM.

- 1 **R** Eferuntur DD. qui dubitationem disceptant.
- 2 Naturales de jure communi etiam legitimati non succedunt agnatis.
- 3 Ord. lib. 4. tit. 92. non debet extendi, quia correctoria.
- 4 Leges solent intelligi à rubrica.
- 5 Casus omissus manet in dispositione juris communis.
- 6 Et à jure communi venit decidendus.
- 7 Naturales de jure communi nec in duabus uncis succedebant agnatis.
- 8 Capacitas naturalis ad agnatos non dependet à capacitate quoad patrem.
- 9 Quod de jure cōmuni procedit in parte, debet de jure Regni practicari

- 10 Ord. lib. 4. tit. 92. concedit naturalibus successionem limitativè.
- 11 Nepos ex filio naturali succedit avo paterno.
- 12 Quod procedit ex favore materie.
- 13 Aliud est esse tale, aliud haberi pro tali.
Intellige, ut non procedat in iis, quæ sunt juris: § num. 71.
- 14 Legitimati in hoc Regno solùm sunt dispensati ad succedendum patri abintestato.
- 15 Ord. lib. 4. tit. 93. inducitur.
- 16 Defenditur affirmativa sententia cum Gam. dec. 3. num. 3. & 4.
- 17 Successio provenit ex jure naturæ, quod successiones invenit.
- 18 Quod etiam comprehendit filios naturales.
- 19 Attento jure naturæ, omnes legiti-
mi

- mi nascebantur
- 20 Successio filii est inventa, ut alimentetur.
Et omnes filios comprehendit: ibidem.
- 21 Loco alimentorum succedit legitima ex jure civili.
- 22 Ius civile confirmat modos succedendi.
- 23 Ius civile loco alimentorum introduxit quotam, quæ vocatur legitima.
- 24 Ius civile non potuit denegare quotam filiis naturalibus: § numer. 26.
- 25 Mutare autem potuit.
- 26 Sed ex justis causis potuit tollere legitimam.
- 27 Ius antiquum contra naturale fecit filios naturales incapaces.
- 28 Quod Imperatores temperarunt.
29. Inducendo, quod in aliquo succederent.
- 30 Reducendo scilicet ad jus naturale.
- 31 Ord. lib. 4. tit. 92. reduxit successiones ad jus naturale.
- 32 Romani repellebant filios naturales à successione sine lege scriptâ.
- 33 Dispensatio dicitur ad quædam, & non ad omnia.
- 34 Ord. lib. 4. tit. 92. æquavit naturales legitimis ad successionem: § num. 35.
- 36 Legitimus fit legitimus in omnibus, & per omnia.
- 37 Et etiam omnibus agnatis fit legitimus.
- 38 Ratio legis consecutiva comprehendit omnes.
Etiam in correctoriis: ibidem.
- 39 Legitimus, si expresse non excluditur, succedit omnibus: & num. 40. § 41.
- 40 Inducitur text. in auth. quibus mod. natur. efficiantur sui §. filium vero collat. 7.
In lege non admittitur verbum superfluum: ibidem dict. num. 40.
- 41 Legitimationes solent reducere successi-
onem quoad patrem taxative.
- 42 Lex intelligi debet secundum jus, unde desumitur, & cui est conformis: § num. 43.
- 43 Ius naturale non cognovit differentias legitimitatis.
- 44 Naturales in forma Ord. dict. tit. 92. succedunt avo paterno.
Quod solum procedit ex identitate rationis num. 51. § 52.
- 45 Medio sublato, conjungit extrema: & num. 56. § 62.
- 46 Nepos venit appellatione filii in materia favorabili.
- 47 Quod solum procedit ex ratione interpretativa.
- 48 Filius naturalis legitimatus non succedit avo de jure communi.
- 49 Interpretatio non tenet contra jus clarum.
- 50 In correctoriis non admittitur interpretatio extensiva.
- 53 Nepos pervenit ad avitam hereditatem representando patrem: & num. 59.
- 54 Persona media in successione facit impedimentum: & num. 56.
- 55 Radix infecta impedit successionem.
- 57 Filius per nativitatem acquirit jus succedendi.
- 58 Quod transmittit ad hæredes.
- 59 Nepos succedit ex jure proprio occupando locum patris.
- 61 Ord. nostra est nostrum jus commune.
- 63 Textus in auth. quib. mod. naturales efficiantur sui §. filium coll. 7. est specialis: & num. 64.
- 65 Premium debet correspondere labori.
- 66 Legitimatio per oblationem curiæ recessit ab aula.
- 68 Illatio non procedit à diversis.
- 73 Differt legitimatio legis in quarto dict. tit. 92. à cæteris legitimatibus: & num. 74. § sequent.
- 74 Filius naturalis hæres non potest gravari.

- gravari in legitima, sicut legitimatus.
- 75 Filius naturalis heres dicitur sub patria potestate.
- 76 Et potest revocare alienata in fraudem legitime.
- 77 Et possunt querelare testamentum patris.
- 79 Ratio decidendi dicitur anima legis.
- 80 Ex qua venit lex intelligenda.

Contra Gam; qui tenet affirmativam sententiam dec. 3. à num. 3. & cum quo transit Barbof. ad Ord. lib. 4. tit. 92. in princip. num. 22. & addito Cabed. dec. 100. refert Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 57. infurgit primus Ægid. de privileg. honest. artic. 13. numer. 59. dicens negativam probabiliorem ex fundamentis, quæ parum auget Portug. 3. part. cap. 18. à num. 62. quem fideliter transcribit Ribeyr. Nett. in commentar. jur. civil. lib. 2. tit. 17. à num. 3. & cum quo transivit novissimè Guerreyr. dict. tract. 2. de divis. dict. lib. 1. dict. cap. 3. num. 58.

2 Probant primò, quia Ord. lib. 4. tit. 92. est correctoria juris communis, quo attento naturales filii legitimi ad fucceffionem patris non succedunt consanguineis paternis: ex text. in auth. quibus modis natur. efficiantur sui §. Filium vero, collat. 7. ibi: Filium vero per hujusmodi causam factum legitimum, ipsi soli genitori legitimum facimus, non etiam extraneæ cognationi patris.

3 Unde Ord. dict. tit. 92. cum sit correctoria illius juris, non potest extendi ad consanguineos paternos, de quibus non loquitur: ita Ægid. dict. artic. 13. dict. num. 59. Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 63. ad fin. Ribeyr. Nett. dict. lib. 2. dict. tit. 17. num. 5.

4 Probant secundò, quia casus iste est omissus in dict. Ord. dict. tit. 92. cujus rubrum solum loquitur de fucceffio-

ne patris, patet ibi: Como o filho do peam succede a seu pay: solent enim leges intelligi à rubro: insinuat idem Ægid. dict. artic. 13. dict. num. 59. Portug. 3. part. cap. 18. num. 62. Nett. dict. tit. 17. num. 3. in fin.

5 Unde, cum sit casus omissus, & tanquam talis maneat in dispositione juris communis: Ægid. dict. artic. 13. dict. num. 59. cum pluribus Portug. 3. part. dict. cap. 18. dict. num. 62. Nett. dict. lib. 2. dict. tit. 17. num. 13. in fin. & diximus dubit. 2. num. 19.

6 Rectè venit decidendus negativè, ut scilicet filius naturalis plebei ex Ord. legitimatus non succedat consanguineis paternis: ex dict. text. in auth. quibus mod. natur. efficiantur sui dict. §. Filium vero, ut argumentatur Ægid. dict. numer. 59. & transcribendo sequuntur Portug. ubi supra dict. cap. 18. Nett. dict. tit. 17.

7 Probant tertio, quia, attento jure communi, naturales legitimi fucceffibiles erant patri in duabus unciis: juxta text. in auth. licet Cod. de natur. liber. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 6; & nihilominus ex eodem jure nec in ipsis duabus unciis succedebant consanguineis paternis: Ægid. dict. artic. 13. dict. num. 59. Portug. cum pluribus dict. cap. 18. num. 62. ad fin. Ribeyr. Nett. dict. tit. 17. num. 4.

8 Ex hoc tamen antecedenti prædicti DD. hucusque se invicem transcribentes variant in deducendâ meliori cõsequentiâ ad intentum: primus namque Ægid. infert ex illo antecedenti, quod capacitas succedendi ad consanguineos paternos non pendet à capacitate ad paternam fucceffionem; quia attento jure communi, naturalis legitimatus succedebat patri in unciis, & consanguineis paternis in nihilo: & ita tacitè transit Portug. dict. cap. 18. dict. numer. 62. cum Ægid. dict. artic. 13. dict. numer. 59.

9 Nettus autem dict. lib. 2. dict. tit. 17. num. 4. aliter format consequentiam dicendo

dicendo, quod sicut in terminis *dict. auth. licet Cod. de natur. liber.* filius naturalis succedit patri in parte, nempe in nunciis, & consanguineis paternis in nihilo, ita similiter debet esse in terminis nostræ *Ord. dict. tit. 92.* ubi in tota hæreditate debet practicari, quod de jure communi practicatur in parte: & hoc fundamentum insinuat indissolubile ibidem *num. 4.*

10 Quartò prædicti DD. addentes ad *Agid.* ubi supra tenent, quod *Ord. nostra dict. tit. 92.* concessit naturalibus successionem paternam limitativè, & restrictam non extendendam, ut probant ab ipsius rubrica: *Port. 3. part. dict. cap. 18. num. 62. in fin. Ribeyr. Nett. dict. lib. 2. dict. tit. 17. num. 5.* & regulare dicit *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. à num. 54.*

11 Quintò probant ex eo, quia quanvis nepos ex filio naturali succedat avo paterno, ut cum eodem *Portug. dict. cap. 18. num. 49. § num. 60. § Gam. dec. 319. § 312. § 317. § Cabed. 1. part. dec. 100. Molin. § Barbos. ad dict. Ord. dict. tit. 92. num. 4.* tenet *Ribeyr. Nett. lib. 2. dict. tit. 17. num. 2.* cum pluribus *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 47.*

12 Hic tamen effectus non provenit ex ipsa legitimatione legis, seu ex sublato impedimento, nec ex capacitate filii ad universam successionem, ut exinde sumi possit argumentum ad cæteros paternos consanguineos; sed solum provenit talis effectus successionis in nepote ex favore materiæ, quia in materia filiis favorabili comprehenduntur nepotes appellatione filiorum: ita cum pluribus *Portug. 3. part. dict. cap. 18. n. 63.* cum pluribus etiam *Nett. dict. tit. 17. num. 6.* accedit *Pinbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 420.*

13 Sextò addit *Portug. dict. cap. 18. num. 64.* (cui se remittit *Nett. dict. num. 6.* ne ulterius transcriberet in suis *commentar. jur. civil.*) quod *Ord. dict. tit. 92.* licet filios naturales legitimis æqui-

paret ad successionem patris, semper tamen eos vocat naturales: & aliud est esse tale, aliud haberi pro tali: *L. 1. ff. de donat.*

14 Septimò tandem addit *Portug. dict. cap. 18. dict. num. 64.* quod in hoc Regno legitimati non efficiuntur verè legitimi, neque admittuntur ad successionem consanguineorum patris: imò solum sunt dispensati ad succedendum patri abintestato, aut ex testamento secundum ejus voluntatem: tenet *cum Gam. Carvalh. Cabed. Portug. Valasc. Cald. Pegas Pinbeyr. & aliis Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 3. § num. 70. cum Arouc. alleg. 4. num. 4. idem Guerreyr. dict. tract. 2. lib. 2. cap. 11. num. 22.* cum aliis; cujus tamen contrarium defendit *Carvalh. de testam. 1. part. numer. 531. & 532.*

15 Octavò induci potest pro hac negativa sententia *Ord. lib. 4. tit. 93.* ubi dispensatis filiis ex coitu damnato ad successionem consanguineorum matris, non dispensantur ad consanguineos paternos: ergo ex legitimatione facta à lege ad successionem collateralium nunquam inducitur ad collaterales paternos.

Defenditur affirmativa.

16 His tamen non obstantibus, adhuc hæsitabam, an defendi possit affirmativa sententia, de qua *Gam. dec. 3. num. 3. § 4.* quem referunt impugnantes is ipse primus *Agid. dict. artic. 13. dict. num. 59. Portug. dict. cap. 18. num. 61. Nett. dict. lib. 2. dict. tit. 17. num. 2. in fin. Guerreyr. dict. lib. 1. dict. cap. 3. dict. num. 57.*

17 Primò, quia successio quoad parentes, & collaterales provenit ex jure naturæ, quod quidem jus invenit successiones: ex *text. in cap. Jus naturale 1. distinct. § in L. Scripto §. fin. ff. unde liber. Negreyr. introd. ad ultim. volunt. lib. 1. cap. 2. num. 18. Carvalh. de testam. 1. part. num. 493. Portug. 3. part. cap. 18.*

num. 4.

num. 4. Ribeyr. Nett. lib. 2. tit. 4. num. 3. § 4. § num. 7. & quæ Pinbeyr. de testam. in proæmio à num. 6. Pereyr. dec. 12. num. 1.

18 Quod etiam comprehendit filios naturales: Portug. 3. part. cap. 18. num. 6. § 7. sentit Carvalh. de testam. 1. part. num. 493. ubi etiam de spuris loquitur.

19 Attento enim jure naturæ, omnes homines legitimi nascebantur: Carvalh. de testam. 1. part. num. 527. versic. tertius modus: & probat text. in dict. auth. quib. mod. natur. efficiantur sui §. natura ibi: Similiter autem legitimi à natura fiebant: Cald. de nomin. quæst. 12. num. 55. Pegas tom. 2. de maiorat. cap. 20. num. 437.

20 Ratio videtur esse, quia successio filii est inventa, ut alimentetur, quod est de jure naturæ: Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 6. Negreyr. introd. ad ultim. volunt. lib. 1. cap. 2. num. 18. Et omnes filios comprehendit: Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 6. Ægid. de privileg. honest. dict. artic. 13. num. 50. Carleval de judiciis tit. 1. disp. 2. num. 183.

21 Loco autem alimentorum succedit legitima ex jure civili: Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 9. Negreyr. dict. lib. 1. cap. 2. num. 21. & melius num. 18. ubi quod hodie observant leges Navarra, & Aragoniæ filiis denegari posse legitimam, si bonis abundant.

22 Quia jus civile, quod confirmavit modos succedendi, Carvalh. de testam. 1. part. num. 493. Portug. 3. part. cap. 18. num. 4. 5. § 7.

23 Ipsum jus civile introduxit quotam, in qua loco alimentorum succedere debuissent filii, quæ vocatur legitima: Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 5. § 6. § 7. Ægid. dict. artic. 13. num. 42. Pereyr. ita intelligendus dec. 12. num. 1. ad fin. in qua succeditur de jure naturæ, ex quo legitima debetur: Carleval de judic. tit. 3. disp. 25. num. 19. § 20. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 1. num. 40. cum aliis.

24 Ergo ipsum jus civile non potuit in totum derogare jus naturale, denegando filiis naturalibus alimenta, & in loco alimentorum aliquam quotam: Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 6. § 7. Gail lib. 2. observ. 16. num. 20. Guffman. de verit. jur. verit. 31. numer. 27.

25 Quanvis quota, & legitima mutari possit pro tempore, & causis subsecutis: Negreyr. introd. ad ultim. volunt. lib. 1. cap. 2. num. 19. ex auth. detriente §. 1. § 2. auth. novissima, § auth. unde si pater Cod. eodem tit. de inofficios. testam. Pereyr. dec. 12. numer. 1.

26 Imò ex justis causis in totum potest lex tollere legitimam: Portug. 3. part. cap. 18. num. 7. § 8. quod solummitterem, quatenus filius abundat, ut permittitur in Navarra, & Aragonia, ut dixit Negreyr. citatus supra numer. 21. Aliàs esset iniqua, dum alimenta denegaret, quæ continentur in quota, sive legitimâ, ut diximus supra num. 21. § 23. & ita sentit August. Barbos. in suo repert. verbo legitima pag. 211. in fin. cum pluribus.

27 Unde, cum jus antiquum tempore Digestorum naturales filios redderet incapaces contra jus naturale inhumaniter; ut latè resolvit Carvalh. de testam. 1. part. num. 146. § numer. 155. cum Cald. § aliis: & tenet Pereyr. de man. Reg. 3. part. cap. 70. num. 22. versic. hujus Portug: 3. part. cap. 18. num. 37.

28 Meritò de jure noviori Imperatores talem severitatem temperarunt: Pereyr. de man. Reg. 3. part. dict. cap. 70. num. 22. dict. versic. hujus: Carvalh. de testam. 1. part. dict. numer. 146. § à dict. num. 155.

29 Inducendo scilicet, ut naturales filii in aliquo succedere possint pro temporum varietate: prosequitur Portug. 3. part. cap. 18. à num. 38. § 39. cum sequent: cum aliis Carvalh. de testam. 1. part. n. 170. Pereyr. dec. 12. n. 1. ad fin.

30 Et ita in aliquibus correxerūt jus antiquum inhumanum cōtra tales filios, & id jus in parte reduxerunt ad terminos juris naturalis primævi, ut debemus intelligere eos fecisse, quia lex, quoad fieri potest, reducenda est ad jus primævum: ut *cum Barbof. edocet Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. numer. 508.*

31 Hanc correctionem, seu reductionem juris succedendi quoad naturales, jus antiquum inhumanum corrigendo, benigniūs tanquam Imperator Christianissimus Legislator noster in totum abolevit, & in totum correxit jus antiquum, augendo correctiones juris novi Imperatorum, & omnia ad jus naturæ reduxit per generalem legem *lib. 4. tit. 92. naturales filios æquando legitimis, sequēdo ita jus naturale primævum: Cabed. dec. 100. num. 11. Pereyr. dec. 12. num. 1. ad fin. Gam. dec. 312. sub num. 3. Cald. ad L. Si curatorem, verbo sine curatore num. 94. pag. 126.*

32 Ex quibus probari videtur *Ord. lib. 4. tit. 92.* non esse correctoriam juris novi, sed ampliare correctiones, quas fecerunt Imperatores in jure novo, & solum derogare inhumanitatem juris antiqui, seu meliūs derogare mores Romanorum, qui sine lege scriptā filios naturales expellebant à luccessione: *Carvalh. de testam. 1. part. num. 150. & dicemus dubit. 12. num. 21.*

33 Non ergo inducit Lex nostra dispensationem juris circa naturales; quia dispensatio dicitur, quando est restricta ad quædam, & non ad omnia: cum aliis ipse *Portug. 2. part. cap. 16. num. 12. versic. Dispensatio, & num. 14. Barbof. ad Ord. lib. 4. dict. tit. 92. in princip. numer. 25.*

34 Imò reducendo causas successionis ad terminos primævi juris naturalis inducit legitimationem, naturales æquando legitimis quoad successiones, & modos succedendi: sentit *Ægid. de honest. nobil. personarū artic. 13. n. 42. Pinbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 419.*

35 Secundò probatur affirmativa sententia, quia *Ord. lib. 4. dict. tit. 92.* legitimat hos filios naturales, eos æquando legitimis quoad effectus succedendi: *Cabed. dec. 100. num. 9. cum pluribus Carvalh. de testam. 1. part. num. 174. Portug. 3. part. cap. 18. num. 51. & 2. part. cap. 16. num. 12. & cum pluribus idem Nett. lib. 2. tit. 4. num. 3. Gam. dec. 3. num. 4. Pereyr. dec. 12. num. 14. Cald. latiūs ad legem Si curatorem verbo sine curatore à num. 94. cum sequent. Pinbeyr. ubi supra dict. num. 419.*

36 Atqui legitimatus fit legitimus in omnibus, & per omnia: cum aliis *Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 61. & meliūs 2. part. cap. 16. à num. 11. Nett. lib. 2. tit. 4. num. 21. & lib. 3. tit. 16. à num. 1. cum Pegas forens. cap. 8. à num. 8. in specie idem Nett. lib. 2. tit. 4. num. 13. Carvalh. de testam. 1. part. numer. 528. ubi extollit optime Cald. 2. forens. quest. 38. num. 22. pag. 364. ad fin. & sequent. Gerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 58 & cap. 5. numer. 2. cum multis.*

37 Ita ut per legitimationem fiat legitimus omnibus agnatis: cum *Covas Cabed. dec. 100. num. 12. Phæb. 2. part. dec. 122. num. 17. Pinbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 419.* cum aliis *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 52. & communiorem opinionem fatetur Solorsan. de jure Indiarum lib. 2. cap. 17. num. 38.* cum infinitis loquendo de legitimatione, nedum in legitimatione legali, qualis hæc, de qua agimus, ut vocat *Cabed. dec. 100. num. fin. cū quo Pinbeyr. dict. num. 419.*

38 Ergo quemadmodum legitimus succedens patri succedit etiam agnatis, ita legitimatus succedere debet consanguineis paternis ex ratione legis consecutivā, seu comprehensivā: *Cabed. dec. 100. num. 15.* quia ratio semper prævalet etiam in correctoriis: ipse *Ægid. in L. Titia ff. de cond. & demonstrat. 3. part. num. 71. & tenet Pinbeyr. dict. disp. 5. dict. sect. 3. dict. num. 419.*

39 Tertiò probatur, quia, cum naturalis sit ita absolutè legitimatus ex nostra *Ord.* debebat specificè expelli à successione agnatorum, & collateralium, ut eis non esset successurus ex vigore legitimationis, & ex ratione medii sublatis, & aboliti: quia legitimatus, si non excluditur expressè, succedit ut legitimus omnibus consanguineis: sublato enim impedimento natalium, succedit in omnibus, in quibus non reperitur expressè prohibitus: est de mente DD. quos notavimus supra num. 36. & sequent.

40 Et ulteriùs probat mihi *text. in dict. auth. quibus modis natur. efficiantur sui dict. §. Filium vero collat. 7;* quo contrarii nituntur: ibi: *Soli genitori legitimum facimus, non etiam extraneæ cognationi patris:* ubi Imperatori visum fuit exprimere, quod legitimatum excludat à successione agnatorum, ne ex ista omissione induceretur omnimoda successio ex ratione sublatae incapacitatis, & medii impediens: aliàs superflua redderetur dicta taxativa ibi: *Soli genitori:* quod non est admittendum ex regula, de qua *Valasc. 2. part. cons. 113. num. fin. Phæb. 2. part. dec. 140. num. fin. & 1. part. dec. 31. num. 9.* diximus dubit. 6. numer. 17. & dubit. 9. numer. 25. & num. 30.

41 Et si visum fuit Imperatori exprimere restrictionem successionis, ne omnimoda induceretur in illa legitimatione, quæ est specialis, & particularis, ut probant verba ibi: *Filium vero per hujusmodi causam factum legitimum,* bene sequitur, quod in legitimatione generali nostræ *Ord. dict. tit. 92.* inducatur omnimoda successio, quia non restringitur: & hac de causa videntur appositæ clausulæ, quas quotidie videmus in legitimationibus particularibus, ut scilicet legitimatedi possint abintestato succedere soli genitori per verbum taxativum: cum cæteris *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 3.*

42 Quartò probatur hæc affirmativa sententia; quia lex debet suppleri, &

intelligi secundum jus, unde desumpta, & cui est conformis: cum *Barbos. in l. 1. num. 62. ff. solut. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 15. num. 13. in fin. & 2. part. cap. 32. num. 20. & cap. 44. num. 12. in fin. & 1. part. cap. 28. num. 22. cum Gam. dec. 314. num. 6. & Valasc. cons. 42. in fin.*

43 Atqui *Ord. nostra hoc tit. 92.* est conformis juri naturali primævo, ut diximus supra num. 31. *cum sequent.* secundum cujus dispositionem omnes filii succedunt sine restrictione, nec distinctione, ut diximus num. 18. *cum sequentib.* ergo etiam ex ratione casus omissi, cum qua ex adverso argumentatur, debemus recurrere ad jus naturale, & debent filii naturales succedere consanguineis paternis sine differentia legitimitatis, quam jus naturale non cognovit: leges enim debent intelligi secundum jus naturale, unde originem trahere dicendum est: ostendit *Gusman. de verit. jur. verit. 31. num. 27.*

44 Quintò, quia omnes contrarii farentur ex legitimatione hujus *Ord. dict. tit. 92.* naturalem filium succedere avo paterno: *Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 62. & cum pluribus num. 49. Carvalh. 1. part. num. 176.* de quo ad varios casus *Ægid. de jur. & privileg. honest. artic. 13. num. 45.* latius, & optime *Pinhbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. à num. 418. cum sequent.*

45 Unde quemadmodum succedit nepos naturalis avo paterno ex ratione incapacitatis sublatae, & aboliti medii inhabilis, ita ex eadem ratione succedere debet naturalis cæteris consanguineis paternis ex ratione medii sublatis, quod conjungit extrema: *Portug. 3. parte dict. cap. 18. num. 54.* optime *Carvalh. de testam. 1. part. num. 513. & num. 517.*

46 Probatur minor, quod scilicet talis successio avita procedat ex ratione medii sublatis, & non ex favore materiae, ut contrarii suadent: quia esto, quod in materia favorabili veniat nepos appellatione filii, de quo *Ægid. de honest. nobil.*

person. artic. 13. numer. 48. ad fin. cum aliis, & Valasc. 2. part. cons. 140. Pinbeyr. dict. disp. 5. dict. sect. 3. num. 420.

47 Tamen hoc solum procedit ex sola ratione interpretativa: ex *text. in l. Justa interpretatione ff. de verborum signific. Cabed. dec. 100. num. 10. Gam. dec. 317. num. 4.* is ipse *Ægid. dict. artic. 13. num. 48.* & quæ *Phæb. dec. 59. numer. 15.*

48 Talis autem interpretatio non habet locum in casu proposito; quia vel contrarii loquuntur, attento jure communi, vel attento jure Regni: primo casu non habet locum talis interpretatio, quod scilicet in hoc casu appellatione filii comprehendatur nepos, quia in jure communi est expressum, quod filius naturalis legitimatus non succedat avo: ita summat *Angel. in dict. auth. quib. mod. natur. eff. sui, dict. §. Filium collat. 7. & ex text. ibidem §. de nepotibus tenet Carvalh. de testam. 1. part. numer. 510. Cabed. 1. part. dec. 100. num. 2.*

49 Ergo contra juris dispositionem in hoc casu expressam non habet locum interpretatio, quod scilicet hoc casu appellatione filii veniat nepos; non enim admitti debet interpretatio, ubi jura sunt clara: & in simili, quod non extendatur interpretatio ista nepotis nomine filii, quando contrarium est in jure provisum: tenet *Carvalh. de testam. 1. part. num. 539. Cabed. 1. part. dec. 100. numer. 6.*

50 In secundo verò casu, si loquuntur, attento jure Regni, etiam non habet locum interpretatio illa, qua nituntur; quia fatentur *Ord.* esse correctoriam, & ita non admittit extensionem: in terminis *Ægid. dict. artic. 13. num. 45.* & minus ex interpretatione extensiva; qualis est de filio ad nepotem; ut cum *Bart.* tradit optime *Ægid. dict. artic. 13. num. 48.* cum juribus expressis.

51 Unde, si dicunt *Ord.* correctoriam stricte interpretandam, debent fa-

teri talem casum omissum, & tanquam omissum ex dispositione juris communis in *dict. auth. supra dictis verbis num. 2. & 40.* Contrarium deberent resolvere, nempe, quod nepos naturalis non succedit avo: & si *Ord.* correctoriam extendunt ad casum nepotis, potius ex identitate rationis, quam ex favore materiæ extensionem facere deberent; quia lex correctoria potius extenditur ex identitate rationis: *Ægid. in l. Titie, si nupserit ff. de condit. & demonstr. 3. part. num. 36. Portug. 3. part. cap. 26. num. 37.*

52 Ergo conclusio, quam sequuntur de successione filii legitimati quoad avum, non sustinetur ex favore materiæ, ut dicunt, quia non admittitur talis interpretatio ex suis-met fundamentis: sed sustineri debet ex identitate rationis circa medium inhabile, quod generaliter, & absolutè tollit *Ord. dict. tit. 92.* ut videtur sentire is ipse *Ægid. dict. artic. 13. num. 45. Gam. dec. 312. num. 4.* & ibi *Flor.* optimè *Cabed. 1. part. dict. dec. 100. num. 11. & num. 15.*

53 Confirmatur primò, quia nepos debet pervenire ad avitam hæreditatem per mediam personam patris ipsum representando: *Carvalh. de testam. 1. part. num. 189. Portug. 3. part. cap. 18. num. 50. Cabed. dec. 100. num. 13.* optimè *Spin. de testam. tit. de melioratione gloss. 18. princip. num. 48. 49. & 50. pag. 443. Pinbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 422. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 53.*

54 Ergo consistit vigor successionis, seu impedimentum in persona media; optimè cum pluribus *Carvalh. de testam. dict. 1. part. dict. num. 189.* adde *Pinbeyr. 2. tom. de testam. dict. disp. 5. sect. 3. num. 423.* is ipse *Ægid. de privileg. honest. dict. artic. 13. dict. num. 45.* ibi: *Quasi medio impedito:* optimè cum pluribus *Guerreyr. dict. cap. 3. dict. num. 53.*

55 Confirmatur secundo, quia ratio, ob quam naturalis non succederet avo de

de jure communi, erat, quia procedit ex radice infecta: *Carvalh. dict. 1. part. numer. 511.* & tenent contrarii citati supra *num. 1.*

56 Ergo tota quæstio successione pendet ex radice patris, seu ejus impedimento; quo cessante, datur successio ex ipsa causa, & non ex favore materiæ: & ita hanc rationem tenent cum *Bart. & pluribus Flor. ad Gam. dec. 312. versic.* Secundò. Adde *Cabed. 1. part. dec. 100. num. 11.*

57 Confirmatur tertio, quia filius naturalis per nativitatem acquirit jus succedendi; ut cum *Maced. dec. 9. num. 15.* & aliis dicemus *dubit. 19. à num. 45. & dubit. 20. num. 19.*

58 Quod quidem jus, quanvis futurum, cum sit ex causa de præsentia, transmittit ad filium hæredem, quia cum cessabile sit, ut ostendit *Olea de cess. jur. tit. 3. quæst. 10. præcipuè num. 15.* fit etiam transmissibile ex communi, de qua idem *Olea dict. tit. 3. quæst. 8. num. 2. cum infinitis.*

59 Ergo iste nepos succedit avo ex proprio jure transmissio, quod acquisivit pater naturalis, & non ex interpretatione, & favore materiæ, ut suadebat contraria sententia: probant, quæ cum *Gam. & Cabed. refert Pinhey. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 422.* ubi ad fin. dubitat de repræsentatione, & admittit nepotem ex jure proprio: fatetur tamen locum patris occupare: sentit *Pegas de maior. tom. 1. cap. 6. pag. 354. col. 2. in fin.*

Ad contraria.

60 Non obstat primum fundamentum, de quo *num. 2.* quia *Ord. dict. tit. 92.* non est correctoria juris primævi, & naturalis, sed jus inhumanum Romanorum correxit, & jus naturale ad pristinum statum reduxit; ut diximus à *num. 17. & 31. & 32.*

61 Respondetur secundò *Ord. dict.*

tit. 92. non esse correctoriam alicujus legis nostri Regni, quæ est nostrum jus commune: *Gam. dec. 3. num. 6. & ibi Flor. Cabed. 1. part. dec. 100. num. 14.* cum aliis optimè *Pinhey. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 410.* cum aliis pluribus noviter *Gomes de Moraes de execut. lib. 1. cap. 2. num. 7. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 2. part. cap. 38. num. 16. Portug. 3. part. cap. 15. num. 13. & cap. 1. num. 93.* cum pluribus, & *2. part. cap. 10. num. 33.*

62 Non obstat secundum, de quo à *num. 4.* quia casus iste non est omissus: comprehenditur enim in ratione generalis legitimationis, quam facit *Ord. dict. tit. 92.* removendo omninò impedimentum; quo sublato, conjunguntur extrema: in simili *Carvalh. ad cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 240. Cabed. 1. part. dict. dec. 100. num. 11.* facit regula, de qua *Pereyr. in addit. ad Barbof. in loc. comm. liter. S. cum multis juribus.*

63 Respondetur secundò, quod in terminis casus omissi adhuc veniebat decidendus à dispositione juris naturalis, cui *Ord. dict. tit. 92.* est conformis, ut diximus supra à *num. 31. & 43.* & nunquam à dispositione *text. in dict. auth. quib. mod. natur. effic. sui dict. §. Filium collat. 7.* cui est dissimilis *Ord. dict. tit. 92.* est enim illa *auth.* specialis in legitimatione per oblationem curiæ; ut cum communi tenet *Gam. dec. 3. numer. 6.* & probant verba ibi: *Per hujusmodi causam.*

64 Ratio autem specialitatis consistit in eo, quod tale beneficium legitimationis est præmium pro oblatione, & adstrictione curiæ; ut probat *text. in dict. auth. §. Si vero ibi: Repellant autem fortunam, propter quam lucra promeruerunt;* & notat ibi *gloss.*

65 Cum autem præmium debeat correspondere labori, ex *l. 2. Cod. de offic. magist.* & aliis exornat *Barbof. in loc. comm. liter. L. numer. 3.* Attentà oblatione, & adstrictione, Imperator bene-

beneficium successionis restrinxit, quod Legislator noster non fecit *dict. tit. 92.* quia nulli labori, sed ipsi naturæ præmii condonavit.

66 Non obstat tertium, de quo à *num. 7.* quia nihil mirum, quòd naturales, attento jure communi, non succederent agnatis in illis duabus unciis, sicut succedebant parentibus; quia, cum in ipso jure, & in ipsa legitimatione erat expressum, successione restricta ad solum genitorem, non procedit argumentum ad generalitatem nostræ *Ord.* quæ facit legitimos sine restrictione: *Portug. 3. part. cap. 18. numer. 56.* nec habito aliquo respectu ad oblationem curiæ, quæ recessit ab aulâ: *Carvalh. de testament. 1. part. num. 527. Portug. 2. part. cap. 16. numer. 12. Nett. lib. 2. tit. 4. num. 21.*

67 Ad consequentiam, de qua *numer. 8.* respondetur eam negando: quia ex eo, quòd naturales legitimi non succederent cõsanguineis paternis in duabus unciis, in quibus genitori succedebant, non sequitur, quòd capacitas respectu agnatorum non dependeat à capacitate quoad patrem, ut ibi inferebatur: imò probatur ex ipso antecedenti, quòd eo ipso, quòd *dict. auth.* restrinxit successionem soli genitori, insinuat, quòd si non restrinxisset, cessante incapacitate medii, omnibus succederet legitimatus, ut dicebamus à *numer. 39. cum sequent.*

68 Eodem modo respondetur ad consequentiam, de qua *num. 9.* negando à simili: quia in terminis juris communis ideo legitimatus non succedit in unciis quoad collaterales, quia restricta est legitimatio ad solum genitorem, ut diximus sæpe sæpius: in nostra autem *Ord.* non conceditur legitimatio restricta, sed ampla, removendo medium inhabile, & jus reducendo ad naturam: & sic non procedit illatio à diversis: & à simili: *L. Inter stipulantem §, Sacram ff. de verbor. oblig. Landim tract. 1. cap. 18. num. 19. Almejd. alleg. 5. n. 19.*

69 Non obstat quartum fundamentum, de quo *num. 10.* quia Legislator noster non se restrinxit ad patrem, neque utitur aliqua dictione, seu verbo aliquo taxativo, sicut Imperator in *dict. auth.* ibi: *Soli genitori.* Imò *Ord.* nostra generaliter disponit, & absolute: & ideo patrem expressit, quia erat objectum legis, tanquam totum medium inhabile removendum; & totus finis legis: & fortasse casus frequentior: & circa quem versabatur tota ratio dubitandi hujus *Ord.* quæ quidem videtur in eo fitti, quia de jure civili prohibita erant hæc successiones: de jure verò naturali permissa: unde alterum ex his juribus sequi debebat Legislator noster.

70 Non obstat quintum fundamentum, de quo à *num. 11. § 12.* quia fatistit ex dictis à *numer. 44. cum sequent.*

71 Non obstat sextum, de quo *num. 13.* respondetur enim, quòd naturales etiam legitimi semper debent propriè nominari naturales, quia est proprium nomen, quo jura utuntur, ut totus *tit. in auth. quib. mod. natur. eff. sui:* sed quid deinde? Quid in effectu? Argumentum sanè verbale: & quanvis talis legitimatus pro tali habetur cum eis quoad successionem, & ad hoc illi sufficit haberi pro tali ex *dict. Ord.* & in his, quæ sunt juris, idem est esse talem, vel haberi pro tali: *Cald. 2. forens. quæst. 38. num. 21. ad fin. cum Bart. pag. 364.*

72 Non obstat septimum, de quo *num. 14.* respondetur enim inter legitimationes, quæ fiunt in hoc Regno per rescriptum, & inter legitimationem factam à lege *dict. tit. 92.* non parum discriminis considerari, ut ab una ad alteram liceat argumentari.

73 Siquidem in legitimatione per rescriptum non succedit filius contra voluntatem patris; cum aliis Regnicolis *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 531. § 532.* contrarium tamen in legitimatione legali, de qua *Ord.*

Ord. dict. tit. 92. illa etiam non conceditur genitori legitimos habenti : legalis vocat naturales unà cum legitimis : illa communiter est restricta ad patrem , & ideo potius dicitur dispensatio : hæc autem , de qua *Ord. dict. tit. 92.* non est restricta , imò absoluta : multas alias differentias referunt DD. extollentes legitimationem legalem , & dispositionem *Ord.* nempe *Cald. ad l. si curatorem, verbo sine curatore à num. 94. Cod. de in integr. rest. Carvalh. de testam. dict. 1. part. à num. 173. § num. 531. § num. 536. Portug. 2. part. cap. 16. num. 14. § num. 21. Ribeyr. Nett. lib. 2. tit. 4. num. 22. Addit. ad Reynos. observ. 33. num. 1. Pegas 1. forens. cap. 8. numer. 8. Sentit Solors. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 17. num. 35.*

74 Quarum una est , quòd filius dispensatus per rescriptum potest gravari in legitimâ , non verò filius plebei legitimatus ex lege : *Portug. 2. part. cap. 16. numer. 17. § 18. cum Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 15. numer. 123. supponit Carvalh. dict. 1. part. num. 531.*

75 Alia , quòd legitimatus à lege est etiam sicut legitimus sub patria potestate : *Ribeyr. Nett. lib. 3. tit. 16. num. 3. § 4. Barbos. ad Ord. lib. 4. tit. 92. in princip. num. 5. Pinbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 409. cum Cald. Pinel. § Barbos. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 51.*

Non sic in legitimato per rescriptum , qui non transit in potestatem legitimantis : cum *Pegas Pinel. Cald. § Mol. Guerreyr. dict. lib. 1. cap. 5. num. 65.* de stylo Regni.

76 Alia , quòd legitimatus à lege potest revocare alienata in fraudem legitimæ : *Ægid. de privileg. honest. artic. 13. num. 49. cum Valasc. conf. 94. numer. 4. aliis citatis , & refutatis aliis Carvalh. dict. 1. part. num. 174. Portug. 3. part. cap. 18. numer. 51. Pinbeyr. dict. disp. 5. dict. sect. 3. numer. 411.*

77 Alia , quòd naturales à prædicta *Ord.* legitimati possunt querelare de inofficioso , vel dicere nullum testamentum patris , si in eo fuerint præteriti , vel injustè exhæredati : optimè veriore ostendit *Pinbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 409. contra Valasc. conf. 94. quem secutus fuit Vas alleg. 6. num. 27. tenet omnibus laudatis Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 38. quod id ipsum admittit in filio legitimato per rescriptum Guerreyr. dict. lib. 1. cap. 5. num. 5. § 6. cum Pinbeyr. Cabed. § Pegas.*

78 Non obstat octavum fundamentum , de quo *num. 15.* Respondetur enim habilitationem , de qua in illa *Ord. dict. tit. 93.* esse restrictam ad consanguineos maternos ex speciali ratione : & insuper medium inhabile non tollere : & à lege speciali , & restrictâ non fit argumentum ad legitimationem absolutam , & generalem cum medio inhabili sublato , ut dicebamus *num. 69.* Ratio autem specialitatis illius legis *dict. tit. 93.* quoad consanguineos maternos traditur *dubit. 14. à num. 20. cum sequent.*

79 Denique cum ratio decidendi sit legis anima : *L. Cum ratio ff. de bon. damnat. Gusman. verit. 31. à num. 26. § 27. cum plurib. Cabed. divers. jur. lib. 2. cap. 20. num. 7.*

80 Et ex ratione decidendi veniat lex intelligenda , amplianda , vel restringenda : *l. Unum ex familia §. fin. ff. de legat. 2. Gusman. ubi supra Cabed. dict. cap. 20. dict. num. 7.*

Videamus ad confirmationem eorum , quæ hucusque diximus , rationem decidendi , qua fundari potest

Ord. lib. 4. tit. 92.

inquiendo

scilicet.



DUBITATIO XII.

Quænam ratio decidendi
assignari possit

Ad Ord. lib 4. tit. 92

SUMMARIUM.

- 1 **P** Roponitur dubitatio.
- 2 **I**n personis infimis non consideratur legitimitas.
- 3 Legitimitas, & naturalitas filiorum à jure civili fuerunt inventæ.
Successio à jure naturali fuit invēta: ibidem.
- 5 Incontinentia magis detestatur in nobilibus, quàm in plebeis.
- 6 Ubi datur eadem ratio, &c.
- 8 Conditio patris plebei omnes filios efficit æquales: non sic conditio patris nobilis.
- 10 Agnationes tuentur per successionem paternam, & per medium infectum putrescerent.
- 11 Quod cessat in fæminis, & filiis plebeorum.
- 13 Nullam dari congruentem rationem decidendi ad Ord. lib. 4. tit. 92. fateatur Cald.
- 15 Affertur communis ratio text. in L. fin. Cod. de Natur. liber.
- 16 Quam impugnat Ægid. asserens esse mancam.
- 17 Novam rationē assignat Ægid. quod vitium paternū est in filiis representatum.
- 18 Pœna non potest egredi suos auctores.
- 19 Filii quando puniantur propter delictum patris?
- 20 Concubinæ erant permissæ.
- 21 Coitus cum solutâ non est punibilis.
Jus antiquum solū inter cives Romanos repellebat à successione filios extra matrimonium conceptos.
ibidem.
- 22 Vitium paternum, de quo L. fin. Cod. de Natur. liber. non erat in coitu.
- 23 Interest reipublicæ plures habere cives, qui ipsi reipublicæ nasci dicuntur.
- 24 Vitium maternum est detestabilius. Et magis continuum: ibidem.
- 25 Remedium inane est repellere filios à successione, ut pater à coitu se abstineat.
- 26 Interest Reipublicæ, ut matrimonia facilitentur.
- 27 In nuptiis datur publica utilitas.
- 28 Sine nuptiis omnis violatur natura.
- 29 Matrimonia inventa fuerunt à natura.
- 30 In matrimonio contrahendo est utilitas humanæ naturæ.
- 31 Civitas per nuptias conservatur, & respublica.
- 32 In persistentia civium datur utilitas publica.
- 33 Homines debent compelli ad uxores ducendas.
Jus antiquum imponebat pœnas contra cælibes dict. num. 33.
- 34 Reipublicæ interest dotes conservari, & mulieres non esse indotatas.
- 35 Antiqui matrimonium abhorrebant.
- 36 Uxores plerumque expectant mortem virorum.
- 37 Diligunt enim magis propinquos, quàm proprium virum.
- 38 Uxores fore communes suadebant Philosophi.
- 39 Vitium paternum est despiciere nuptias.
- 40 Malum facit, qui non studet ad bonum.
- 41 Vitium paternum dicitur generare fæminas.
- 42 Homines quærent uxorem intuitu concupiscentiæ.
- 43 Vel ex naturæ impulsu.
- 44 Vel, ut relinquunt imaginem in filiis.
- 45 Vel

- 45 *Vel ut filii succedant in bonis, quæ illis acquirunt.*
- 46 *Quæ omnia cōsequuntur ex permis-
su concubinarum: § 47. § 48.*
- 47 *Privatio supponit habitum.*
- 49 *Leges secundum tempora oportet
mutare.*
- 50 *Leges solent uti remediis proportio-
natis: & num. 52.*
- 51 *Concubinæ permittuntur, ut viten-
tur maiora mala.*
- 54 *Parentes dolent, si bona derelinquunt
sine filiis, qui fruuntur.*
- 55 *Romani condiderunt leges ad matri-
monia invitanda.*
- 56 *Lusitani non abhorrent matrimonia:
& num. 57.*
- 58 *Rationem legis debes accipere, vel
docere meliorem.*
- 59 *Filii naturales successibiles patri,
utique succedunt agnatis.*
- 60 *Filii naturales patris nobilis cur
non succedant? Remissivè.*

AD confirmationem eorū, circa quæ hæsitabamus *dubit. præcedenti*, venit inquirenda ratio deciden- di, quâ fundari potest *Ord. lib. 4. tit. 92.* dum naturales filios plebeorum restituit ad jus naturæ, ut æquè succedant cum legitimis: de cujus materia agunt plures, quos novissimè congerit *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. à numer. 36. cum sequent. § lib. 2. cap. 11. num. 25.*

2 Prima illa assignari solet, quòd scilicet in his personis abjectis, & infimis non consideratur nobilitas, nec legiti- mitas: ita *Cabed. 1. part. dec. 100. num. 10. Gam. dec. 317. sub numer. 3.* Unde cum legitimitas non consideretur, ideo Legislator in hac *Ord.* totum ad jus na- turæ reduxit: *Gam. dec. 312. sub nu- mer. 3.*

3 Quibus hæc placeat ratio deci- dendi, facilè sequentur naturales filios plebei succedere consanguineis paternis,

ut dicebamus *dubit. præcedenti*; com- prehendit enim talem casum talis ratio decidendi: quia, si non consideratur le- gitimitas, nec naturalitas, quæ à jure civili fuerunt inventæ, juxta *text. in auth. quib. mod. natur. effic. sui §. Na- tura collat. 7.* utique considerari non de- bent quoad successione, quæ non à jure civili, sed à jure naturali fuit inven- ta: ut diximus *dubit. 11. num. 17.*

4 Verùm hæc non potest esse vera decidendi ratio hujus *Ord.*; cum potius sit ipsa decisio: dato enim, quòd in his filiis non consideratur legitimitas, neque naturalitas, attentâ hâc *Ord.* ipsius effe- ctus querimus causam, ipsius dispositio- nis rationem querimus motivam.

5 Secundò in eo dicitur sisti ratio decidendi, quòd in nobilibus magis de- testatur incontinentia, quàm in plebeis, ac si incontinentia patris foret impedi- mentum succedendi: *Barbos. ad Ord. hoc tit. 92. in princip. num. 24. versic. tertio Cald. de nomin. quæst. 19. numer. 31. tom. 2. pag. mihi 223. Ægid. de privi- leg. honest. artic. 13. num. 43. in fin.*

6 Hæc autem decidendi ratio, si placeat, etiam confirmat successione ad consanguineos paternos, de qua agi- mus, & egimus: quia, si pater erat im- pedimentum, sublato illo, eadem datur ratio, ut naturales succedant consangui- neis, quæ assignatur ad successione pa- ternam; ubi enim datur eadem ratio, dari debet eadem dispositio: ex regula, de qua *dubit. 3. num. 9. cum Portug. 2. part. cap. 10. num. 110. § 112. § part. 3. cap. 26. num. 37.*

7 Sed ratio prædicta solùm esset ra- tio differentiæ, ex qua infertur, cur suc- cedant plebei, non verò nobiles: sed non bene aperit à priori, cur succedant ple- bei in totum, nobiles in nihilo: cur ple- bei legitimentur, non verò nobiles: cur incontinentia nobilis in totum deteste- tur, plebei verò in totum absolvatur: & quando de jure civili non datur distin- ctio prædicta ad successiones.

8 Tertiò adducitur, quòd conditio

K

patris

patris plebei omnes filios efficit æquales: unde idem visum fuit Legislatori discernere quoad successionem: aliàs in nobilibus, quorum filii, cum in nobilitate non succedant, neque in bonis succedere visum fuit: *Ægid. de privileg. honest. artic. 13. num. 43.*

9 Ex qua similiter infertur legalem successionem, de qua in hac *Ord. dict. tit. 92.* si fundatur in æqualitate filiorum, seu in eorum conditione, æqualiter versari circa consanguineos paternos, sicut quoad ipsum patrem: sed prædicta ratio potius etiam videtur ratio differentiae, sicut de secundâ diximus supra *num. 4. § 7.*

10 Quarta videtur coincidere cum tertia, dum ex eo deducitur, quòd per successionem paternam tuentur agnationes, & conservantur familiæ, quæ per medium infectum putrescerent, & corrumperentur: ex *l. fin. Cod. de natural. liber. Carvalh. de testam. 1. part. num. 488.*

11 Unde videtur inferri, quòd, cum in plebeis cesset prædicta consideratio, sicut in foeminis dicit *Carvalh. dict. numer. 488. cum in pluribus*, ex eadem ratione, ex qua de jure communi disponitur quoad foeminas, quibus succedunt filii, quia finitur familia, dicendum de jure Regni quoad plebeos, ubi non consideratur familia.

12 Quæ quidem ratio æquè confirmat intentum, ut diximus supra *num. 6. § num. 9.* Verùm etiam videtur esse ratio differentiae inter plebeos, & nobiles, & non ratio decidendi specialis quoad plebeos, quam quærimus.

13 Alias scire dicit, sed omisit *Carvalh. de testam. 1. part. num. 492.* & nullam invenire congruentem fatetur *Cald. ad l. si curatorem verbo sine curatore num. 94. Cod. de in integr. restit. minor. pag. mihi 126.*

14 Quare dubitationem prosequor hæsitando, quænam esset ratio decidendi in jure communi, ex qua filij naturales non succedebant patri? Ut exinde

veram, quam quærimus, rationem decidendi nostræ *Ord.* perscrutemur, dum, qui melius senserit, dubitationem tollat, & edoceat.

15 Rationem decidendi de jure communi exprimit Imperator in *L. fin. Cod. de Natural. liber.* ibi: *Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrænandum esse existimaverunt.* Existimantes scilicet, quòd parentes ab actu illicito se abstinerent videntes filios carere omni spe hæreditatis: *Pinheyro de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 129. Barbosa. ad Ord. lib. 4. dict. tit. 92. in princip. num. 24. ad fin. fateatur Ægid. de privileg. honest. artic. 13. num. 41. Gabr. Pereyr. dec. 12. sub numer. 1. Maced. dec. 33. in fin. Pegas de maiorat. tom. 2. cap. 9. num. 445. Solors. Pereyr. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 17. numer. 22. Carvalh. de testam. 1. part. num. 492. § num. 513. § num. 517. ubi num. 150. edocet, quòd de prædictis antiquis constitutionibus non habemus vestigiùm in corpore juris civilis.*

16 Contra hanc textualem rationem decidendi, quæ videtur communis ex numero DD. insurgit, ut solet, *Ægid. de privileg. honest. artic. 13. dict. num. 41.* asserens eam mancã, & debilem; nullumque fore, qui ab actu illicito se abstineat ex eo, quòd futura proles non sit hæres, & quod, si constitutiones Romanorum id intendissent, inaniter intendissent.

17 Ideoq̄ contendit *Ægidius*, quòd vitium paternum, quod constitutiones refrænare intenderunt, non fuit vitium patris in coitu adeundo, sed vitium paternum in filiis repræsentatum, & quod in filiis cernitur, qui sunt testes paternæ turpitudinis, & paternum vitium secum portant: ex *text. in cap. dicat aliquis 23. quest. 4. Ægid. dict. artic. 13. dict. num. 41.*

18 Quæ quidem *Ægidii* ratiocinatio potius mancã, & debilis videtur, ne dicam incivilis, quia non bene aperit, cur ipsa

ipsa imago repræsentata in filio insuccessibilis reddatur: nec hujus dispositio rationem à priori demonstrat: & ulterius ex illâ, quam assignat, punitur filius, qui est persona repræsentans, & non pater, qui est repræsentatus: punitur effectus, absolvitur causa: contra *text. in cap. cum non deceat de maior. & obedient. de quo Cald. de nomin. quæst. 24. num. 88. post med.* punitur consequentia delicti, & impunitus manet illius author contra regulas juris divini: juxta illud *Deuteron. cap. 24. ibi: Non occidentur patres pro filiis, nec filii pro patribus, sed unusquisque pro peccato suo morietur.* Et *Ezechiel cap. 18. ibi: Anima, quæ peccaverit, ipsa morietur: filius non portabit iniquitatem patris; & juris civilis, de quo Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 517. ibi: quæ incapacitas, cum sit inducta in pœnam, non potest egredi suos authores. Portug. 3. part. cap. 18. numer. 86. in fn.*

19 Confunditur etiam *Ægidius*, quia filii solum puniuntur propter vitium paternum in gravissimis delictis; & tunc prior, & maior pœna infligitur patri, tanquam authori, & filiis in atrocitatem facinoris: *Ord. lib. 5. tit. 1. in fin. princip. & tit. 6. §. 9. in fin. & §. 21. & §. 28.*

20 Planè in casu proposito tantum abest coitum esse punibilem, nec delictum dici posse, ut potius sit à lege permissus, & approbatus in *toto tit. ff. de concubinis: agnoscit ipse Ægid. artic. 15. num. 9. per text. in l. Massurius ff. de verbor. signif. cum aliis Spin. de testam. tit. de filiis legitimat. sub numer. III. pag. 385. gloss. 15. princip. ubi num. 113.* ostendit idem fuisse in lege divina: idem ostendit *Molin. de just. disp. 166. versic.* non tamen sunt: & tenent plures, quos refert novissimè *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 1. & 2. & cap. 6. num. 119.*

21 Imò nullâ lege humanâ punibilis est coitus cum solutâ: in fortioribus ter-

minis loquendo de uxorato *Portug. 3. part. cap. 18. num. 82. cum Bart. Cov. Valasc. & cum Pinbeyr. Molin. & Barbos. optimè Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 6. num. 116.* imò jus antiquum filios susceptos extra matrimonium celebratum solum inter cives Romanos incapaces successionis judicabat: ex *princip. Inst. de nupt. Carvalh. 1. part. num. 154.*

22 Ergo constitutiones, de quibus in *dict. l. fin. Cod. de natur. liber.* non intenderunt refrænare vitium paternum, quatenus consistere posset in coitu cum soluta, ex quo proles fieret naturalis ex *tot. tit. ff. de concubinis*, & diximus supra proxime num. 20.

23 Interest enim reipublicæ plures habere cives, & hominibus abundare, qui non tantum parentibus nasci dicuntur, sed ipsi reipublicæ nasci: ex *L. 1. §. generaliter de ventr. in possess. mittend. l. Cicero ff. de pœnis. Spin. de testam. tit. de legato sub condit. gloss. 14. princip. numer. 69. pag. 344. Pereyr. de jur. Indiar. lib. 1. cap. 4. numer. 55.*

24 Ulterius, si prædictæ constitutiones intenderent refrænare vitium, quatenus est coitus, utique refrænare intendissent vitium maternum, quod est detestabilius, ut dicemus *dubit. 14. num. 7.* Et quod est frequentius, & magis continuum: *Tiraquel. ad leg. connub. l. 9. gloss. 1. part. 9. numer. 94.* ubi multa non scribenda prosequitur à *num. 100. cum plurib. sequent.*

Atqui de hac refrænatione vitii materni non egerunt constitutiones: ergo vitium, de quo agunt, non consistit in coitu.

25 Quare aliud longè diversum videtur esse vitium paternum, quod illæ antiquæ constitutiones, de quibus in *dict. l. fin. Cod. de natur. liber.* tanquam paternum vitium refrænare intenderunt, non in filio repræsentatum, ut dicit *Ægid. supra*, quia erat incivile; non in coitu cum solutâ, quia erat approbatus,

& ulterius erat medium inane, ut dicit *Ægid. dict. artic. 13. dict. numer. 41.*

26 Ut igitur dignoscere possimus, quale esset hoc vitium paternum, quod intenderunt antiqui Romani refrænare, prænotandum est primò, quòd reipublicæ, & publicæ utilitatis interest, ut matrimonia facilitentur, & homines ad illa contrahenda invitentur, etiam attento ipso jure antiquo, & tempore, quo nostra matrimonia non cognoscebant, qui Deum ignorabant: *Spin. de testam. tit. de legat. sub condit. gloss. 14 princip. numer. 58. pag. 343.*

27 Datur enim in nuptiis publica utilitas: *Spin. de testam. dicta gloss. 14. num. 68. ex text. in l. 2. ff. de jure dotiu, ibi: Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint, & in l. in bello 12. §. medio 3. in fin. ff. de captiv. & postlimin. revers. & est hoc civitatis vinculum, ut sit domestica conjunctio, ipsaque constet ex viro, & uxore, & liberis: Spin. dict. gloss. 14. num. 58. pag. 345. & est text. in l. 1. ff. solut. matrim. ibi: cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium.*

28 Ita ut sine nuptiis omnis violetur natura, & reipublicæ utilitas: ex aliis Romanis, *Spin. dict. gloss. 14. num. 68. Tiraquel. ad leg. connub. l. 9. gloss. 1. part. 9. num. 219.* Et sine matrimonio reipublica consistere non possit: ex *Aristotel.* & aliis prosequitur *Spin. dict. gloss. 14. dict. numer. 68.*

29 Ab ipsâ enim naturâ matrimonia inventa fuerunt, ut imbecillior sexus præsidium sumeret ex mutuâ societate: *Tiraquel. ad leg. connub. l. 1. gloss. 1. part. 1. num. 75. & quæ Spin. dict. gloss. 14. princip. sub numer. 55. ibi: ut non desit continuatio speciei, & politici status.*

30 Et ideo in matrimonio cõtrahendo est utilitas humanæ naturæ: *Spin. dict. gloss. 14. num. 62.* quia matrimoniũ

etiam inventum ad immortalitatem, & conservationem naturæ humanæ: *Spin. ibidem num. 63. ex Justiniano in auth. de nuptiis in princip.*

31 Est & alia ratio, quia respublica, & civitas per nuptias conservantur; uxores enim propriæ faciunt homines persistentes, sive permanentes, & non vagabundos: ut in simili lege dixit *Pereyr. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 17. numer. 21. Spin. dict. gloss. 14. dict. numer. 58. sentit Landim de syndicat. cap. 25. numer. 58.*

32 In persistentia autem civium datur utilitas publica: idem *Solorf. Pereyr. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 1. num. 46. & 47.* Ex quo etiam multa à civibus conceduntur privilegia: *Carleval de judic. tit. 1. disp. 2. à num. 652.*

33 Ex quibus fundamentis, & notorio reipublicæ interesse multa invenerunt Romani, & plures leges condiderunt, ut justæ nuptiæ contraherentur, & non abhorrerentur: ut cum *Plutarch.* refert *Spin. de testam. tit. de legat. sub condit. gloss. 14. princip. num. 58.* ubi plura ad intentum *num. 73. & 74.* ubi etiam refert compellendos homines ad uxores ducendas tempore Augusti in Senatu: tetigit *Valençuel. 1. tom. consil. 98. num. 51. Gail. lib. 2. observ. 80. num. 6.*

Ita ut jus antiquum graves pœnas imponeret contra cælibes, quia proprias ducere uxores non quærebant: *text. in l. 1. Cod. de infirmendis pœnis cælibatũs:* refert *Carvalh. in cap. Raynald. de testam. 1. part. sub num. 157. Oliva de foro Eccles. 1. part. quest. 43. numer. 4.*

34 Et ideo etiam reipublicæ interest dotes conservari, & mulieres non esse indotatas: *Ord. lib. 4. tit. 61. §. in fin. Valasc. de part. cap. 24. num. 16. Gail. lib. 2. dict. observ. 80. dict. num. 6. ibi: quia ratio statuti de lucro dotis disponentis videtur fuisse, ut spe lucri viri invitentur ad matrimonia contrahenda. Et mulieres eo citius viros inveniant: text.*

text. in *L. qui liberos ff. de ritu nuptiarum*, qui non solent tam facile matrimonia contrahere, sicut mulieres: multa cumulat *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 7. cap. 1. per tot. & cap. 2. & cap. 3.*

35 Prænotandum secundò, quòd Antiqui matrimonium, & proprias habere uxores in tantum abhorrebant propter onera matrimonii, & uxoris propriæ fœmineam conditionem, ut diceret Rex Phoroneus nihil ad summam felicitatem illi deesse, nisi, quod semper uxor illi defuisset, ex rationibus, quas mariti sciebant: refert cum aliis ad intentum *Spin. de testam. tit. de legat. sub condit. gloss. 14. princip. num. 54. Erasmi. lib. 1. apophthem. num. 264. ibi: Cives, qui à nuptiis abhorrerent, calibesque vivere mallerent, à spectaculis, quibus nudi pueri incedebant, arcebat Lycurgus, aliasque addebat ignominias, & numer. 297. ideoque Tiberius Cæsar removit quæstorem, quia uxorem repudiavit: *Tiraquel. de retract. lignagier. §. 1. gloss. 7. num. 77. in fin.**

36 Propriæ enim uxores plerunque expectant mortem virorum, & illa gaudent: *Tiraquel. ad leg. connub. l. 8. gloss. 1. part. 8. ex glossa in L. pater Severinam 101. §. socrus ff. de condit. & demonstr.*

37 Diligunt enim propinquos suos magis, quàm proprium virum: ex *Iason. & aliis communem testatur Caldas de potest. elig. cap. 11. num. 37. & multos audivi communiter testari.*

38 Et ex eadem ratione propter innumera incommoda, quæ ex nuptiis causari intelligebant uxores communes, & non proprias fore futuras in republica suadebant *Aristoteles, & Plato*, quos ex aliis refert *Spin. de testam. tit. de legat. sub condit. gloss. 14. princip. num. 53. ubi plura alia in confirmationem adducit: notabilia refert Tiraquel. ad leg. connub. l. 9. fere per tot. & gloss. 1. part. 9. num. 218. ibi: Mulier caput peccati, arma diaboli, & ibi: Non expedit nubere.*

Quid aliud est mulier, quàm amicitie inimica, ineffugabilis pœna, necessariū malum, naturalis tentatio, desiderabilis calamitas, domesticum periculum, delectabile detrimentum, &c.

39 Ex quibus prænotatis bene infertur, quod erat vitium paternum antiquorum justas despiciere nuptias, & matrimonia cum propriis uxoribus abhorre- re, prout talis animi affectus, seu potiùs defectus, opponebatur utilitati publicæ, quæ verlabatur in justis nuptiis contrahendis, ut dicebamus *supra numer. 27.*

40 Vitium enim denominari debet matrimonium, non quærere, prout opponitur publicæ utilitati: *text. in l. 19. ff. de ritu nuptiar. ibi: Coguntur in matrimonium collocare, & dotare. Prohibere autem videtur, & qui conditionem non quærunt, ubi gloss. notat, quòd videtur facere malum, qui non studet ad bonum: ex aliis prosequitur Spin. de testam. tit. de legat. sub condit. gloss. 14. princip. num. 68. Tiraquel. ad leg. connub. L. 9. gloss. 1. part. 9. num. 219.*

41 Ex quo etiam dicebatur vitium paternum generare fœminas, tanquam minùs utiles reipublicæ. *Cald. de nomin. quest. 24. num. 88. ex text. in l. lex duodecim tabul. §. hujusmodi ff. de legit. hæred. ibi: Quod fœminæ natæ sunt ex paterno vitio.*

42 Hoc igitur antiquum, & paternum vitium in Romanis excrescere magis, & magis fatendum est, si tertio prænotetur, quod homines ex unâ ex frequentibus causis uxorem quærere naturaliter arctantur: vel intuitu ipsius concupiscentiæ, quod quidem est quid continuum: *ex text. in cap. quid sit 33. quest. 5. text. in cap. de his 28. dist. cap. quia sancitas 50. dist. refert Spin. tit. de filiis legitimat. gloss. 15. princip. num. 112.*

43 Vel ex ipsius naturæ impulsu ad conservationem individui, & speciei: notat *Gabr. Pereyr. decis. 12. sub num. 1. Spin. de testam. tit. de iis, qui succed.*

ab

ab intestat. gloss. 1. princip. sub num. 28. pag. 119. Reynof. observ. 14. num. 13.

44 Vel, ut relinquunt homines sui imaginem in filiis, qui eam repræsentant: juxta illud *Philosophi*, de quo *Valençuel. tom. 2. consil. 197. num. 8. ex text. in l. Cum scimus Cod. de agricol. & censitis lib. 11. & ex eodem text. §. Illud. Pereyr. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 23. num. 95. sentit etiam noster Pereyr. dec. 12. num. 1. Reynof. dict. observ. 14. dict. num. 13.*

45 Vel tandem, ut filii succedant in bonis, & divitiis, quas solent ad id ipsum patres thesaurizare: ut bene deducitur ex illo *Apostoli ad Corinthios*, quod refert *gloss. in l. scripto 6. §. fin. ff. unde liberi*, & habetur transumptivè in *cap. Cum Apostolus §. Prohibemur de censibus*, & ex *l. pen. §. pen. ff. Bonis liber. Tiraquel. in præfat. ad l. si inquam Cod. de revocand. donat. numer. 4. §. à numer. 7. ubi multa ad intentum: Spin. de testam. tit. de iis, qui succed. ab intestat. gloss. 1. princip. numer. 29. Ægid. ad l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. in præfat. num. 9. versic. 1. Pereyr. dict. dec. 12. num. 1. Valasc. 1. part. cons. 94. num. 10. §. cons. 31. num. 9. ex text. in l. cum ratio ff. de bon. damn. §. ex dict. l. scripto.*

46 Omnes autem prædictos effectus, vel libidinosos, vel naturales, antiqui Romani consequiebantur ex permissione, quam habebant, concubinarum; ut diximus à num. 20. ita enim patet, & sentit *Spin. de testam. tit. de legat. sub condit. gloss. 14. princip. num. 53. pag. 342.*

47 Quia in concubinis habebant effectum primum satisfaciendæ concupiscentiæ: in earum filiis conservationem individui, imaginem repræsentatam, & bonorum, seu divitiarum successionem; succedebant enim filii naturales ex illo antiquo jure, ut diximus *dubit. 11. à num. 17. cum sequent.* & probant ipsæ constitutiones mentionatæ in *dict. l. fin. Cod. de natur. liber.* in quibus hujusmo-

di filiis denegatur successio; privatio enim supponit habitum: *L. decem ff. de verbor. Maced. dec. 43. num. 6.*

48 Ergo magis, & magis increfceret in Romanis illud antiquum tædium, quod habebant ad matrimonia, & justas nuptias contrahendas, seu illud vitium paternum oppositum utilitati publicæ, quando in concubinis permissis consequerentur satisfactas omnes causas, quæ ipsos movere, & invitare possent ad quærendas, & ducendas proprias, quas habere, uxores, abhorrebant ex causis, de quibus supra *num. 33. §. sequent.* ut ex nostris sentit *Valasc. 1. part. cons. 94. n. 10.*

49 Huic ergo vitio necessum fuit occurrere propter utilitatem publicam, & propter causas, de quibus supra à *numer. 26. cum sequent.*: leges enim secundum mores, & tempora mutari quandoque oportet. *Pereyr. dec. 12. num. 1. in fin. novissimè Gom. de Moraes de execut. lib. 1. cap. 6. num. 17.*

50 Ut autem tale vitium refrænare possent constitutiones illæ, de quibus in *dict. l. fin. Cod. de natur. liber.* nullum aliud erat remedium adæquatum, nisi denegatio successionis, quoad filios naturales: & hoc solum erat adæquatum remedium, ut justas nuptias non abhorrent homines, & matrimonia quærent, ut ex illis filios suscipirent successibiles: solent enim leges remediis uti proportionatis regulariter ex *cap. 2. de hæretic. lib. 6. cap. sit rector 43. dist. Barbof. in loc. comm. liter. C. num. 211. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 2. part. cap. 65. num. 3.*

51 Probatum, quia ad tale vitium paternum refrænandum non erat adæquatum remedium prohibitio, seu denegatio concubinarum; tum quia hoc esset inane, ut dicit *Ægid. dict. artic. 13. dict. num. 41.* tum quia esset contrarium ipsimet reipublicæ, in cujus utilitatem filii nascuntur, ut diximus supra *num. 23.* tum etiam quia permittuntur concubinae, ut majora vitentur mala, & ne ex illarum prohibitione omne verteretur in peius:

peius : ut bene profequitur *Spin. de testam. tit. de filiis legitimat. gloss. 15. princip. num. 113.* ex quo lupanaria permittuntur, & scorta.

52 Ergo, si concubinæ non erant prohibendæ, imò permissæ erant ex toto *tit. ff. de concubinis*, nullum aliud supererat remedium, ut ad matrimonia invitarentur homines, nisi denegata successio filiorum, qui ex illis nascebantur; ut ita à vitio abhorrendi nuptias refrænari possent, & proprias ducere uxores invitarentur, ex quibus filios quærent successibiles, & cum quibus in maiorem utilitatem reipublicæ satisfacere possent, & satiare omnes causas, quæ eos incitare solent, de quibus supra à *num. 42. cum sequent.* sentit *Valasc. 1. part. conf. 94. num. 10.*

53 Unde concludendum videtur, quòd vitium paternum, de quo constitutiones *in dict. l. fin. Cod. de natur. liber.* consistebat in tædio matrimonii, & iustarum nuptiarum, quas homines abhorrebant, ut diximus à *numer. 35. cum sequent.*

54 Quod quidem vitium, dum opponeretur utilitati publicæ, quæ nuptias expectabat, refrænare visum fuit illis antiquis constitutionibus illo adæquato remedio denegatæ successione naturalium, ut ita homines invitarentur ad proprias ducendas uxores, ex quibus sobolem consequerentur successibilem, dolentes scilicet bona derelinquere sine filiis, qui eis fruerentur: *Tiraquel. in præfat. ad l. Si unquam Cod. de revocand. donat. sub numer. 4.* ibi: *Bona parentum filiis destinari, ac devoveri, eosque admodum angi, ac cruciari, si extraneis illa relinquere cogantur: Carvalh. in cap. Raynald. de testam. 1. part. numer. 492. Pereyr. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 17. numer. 22.* quod videtur esse de mente *Valasc. 1. part. dict. conf. 94. num. 10.*

55 Consistit ergo ratio decidendi, quam hucusque quærimus de jure communi, ex qua filiis naturalibus denegata

fuit successio, in eo, quòd antiqui iustas nuptias, & proprias uxores abhorrebant: tædium sane vitiosum, & utilitati publicæ oppositum; quod refrænare visum fuit ex denegatâ successione invitando ita homines ad matrimonia, in quorum favorem alias plures leges Romani condiderunt Legislatores, ut diximus supra *num. 33.* & paucis verbis sentit *Valasc. dict. conf. 94. dict. num. 10.*

56 Itaque illud vitium paternum, quod antiquæ Romanorum constitutiones refrænare intenderunt, nostri Legislatores jam abolitum, & penitus relegatum invenerunt in Lusitaniâ: nullus enim fuit, nec est, qui à matrimoniali conjunctione se abstineat, postquam cognovit virtutem Sacramenti: imò ferè omnes de matrimonio contrahendo semper cogitant, nec de nostris unquam legitur, quòd nuptias abhorrerent, nec ullum vidimus, qui se abstineat à justis nuptiis, ex eo, quòd naturales filios habeat successibiles, ac perconsequens nulla ex antiquis rationibus assignari potest in Lusitania, ex qua esset necessarium prohibere successiones naturalium, ut matrimonia invitarentur; parcat *Valasc. dict. conf. 94. dict. numer. 10.* cui satisfit *dubit. sequent.*

57 Unde, cessante omnino in his Regnis ratione decidendi, quæ vigeat tempore Romanorum, ideo cessavit in *Ord. libr. 4. tit. 92.* dispositio denegatæ successione; & redacta est successio ad terminos juris naturalis, quod potius sequi debuerunt Legislatores nostri, quàm constitutiones Romanorum, quorum ratione cessante apud nos, cessare debebat illorum dispositio.

58 Et hanc accipe rationem decidendi ad nostram *Ord. dict. tit. 92.* dum aliam non invenias, vel alius meliorem edoceat, ut ait *Mend. lib. 3. cap. 11. numer. 17.* & quæ *Portug. 2. part. cap. 10. num. 113.*

59 Ex qua bene deducitur, quòd, si legitimatio naturalium est reductio integra ad jus naturæ quoad successiones, utique

utique naturales succedent consanguineis paternis, sicut ipsi patri fiunt successibiles ex ipsa ratione decidendi, & cessante omnimoda ratione denegatae successionis, ut hæsitabamus *dubitatione præcedenti*.

60 Quæ quidem deductio ad jus naturæ, si non est integra, imò cum moderamine concessa filiis nobilium genitorum in *Ord. lib. 4. dict. tit. 92. §. fin.* id ex speciali fuit ratione, de qua *dubit. 18. à num. 1.*

DUBITATIO XIII.

Ergo justissima est dispositio

Ord. lib. 4. tit. 92.

SUMMARIUM.

- 1 **R**efertur DD. qui *Ord. nostrã* dicunt esse iniquam.
- 2 Et esse contra jus.
- 3 Et quòd adversetur juri Divino. Contrarium tamen num. 30.
- 4 Et esse incentivam malorum.
- 5 Et esse nutritivam peccati.
- 6 Et omnino repugnare rationi.
- 7 Et quòd generet scandalum.
- 8 Et quòd sit favorabilis fornicariis.
- 9 Luxuria non debet habere, quantum castitas.
- 10 *Ord. dict. tit. 92. quòd sit legitimis odiosa.*
- 11 Et exorbitans.
- 12 Ex cujus dispositione plebei non currant de legitimã prole suscipiendã.
- 13 *Ord. dispositionem valere non posse tenet communis.*
- 14 Refertur Carvalh; qui remissivè respondet.
- 15 Alii defendunt *Ord. cum solã potestate Principis.*

- 16 *Alii ex eo, quòd sit favorabilis natura.*
- 17 Refertur singularis defensio, de qua Ægid.
- 18 Non debemus loqui sine lege.
- 19 *Ord. dict. tit. 92. non agit de puniendo coitu.*
- 20 Nulla *Ord. defensio placet sapientissimo Valasc.*
- 21 Ostenditur vera ratio defensionis hujus *Ord. § 22.*
- 23 Iniqua foret *Ord. dispositio, si talis non esset.*
- 24 Princeps non potest à jure naturali deviare.
- 25 Deus indulget jurisdictionem Principi solum super jus positivum.
- 26 *Ord. est conformis juri naturali, nec rationi contraria.*
- 27 Quis plebeus luxuriatur, ut filios querat successibiles?
- 28 Divitiæ solent nobilitare.
- 29 Plebeos pœnitet, quòd filii naturales succedant.
- 31 Non attenditur, quod venit secundario.

X prædictã ratione decidendi, quam assignavimus ad *Ord. lib. 4. dict. tit. 92.* bene infertur justam esse illius dispositionẽ; & non esse iniquam, dũ naturales filios æquat legitimis ad succedendum; ut pungit *Solorsan. Pereyr. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 17. num 18. § 19.* & ausus est affirmare noster *Valasc. 2. part. conf. 151. num. fin. & latius 1. part. conf. 94. numer. 9. § 10.* exclamans, ut à Rege invictissimo corrigeretur: refert *Ægid. de honest. nobil. person. artic. 13. numer. 39.* & obiter *Portug. 3. part. cap. 18. num. 51. in fin.*

2 Affirmant enim DD. primò hujusmodi legem esse contra jus; ut ex communi dicit *Pereyr. decis. 12. num. 1. cum Valasc. Cab. Cald. § aliis.*

3 Et quòd in Gallia non servatur, quia

quia videtur adversari juri Divino: *Pereyr. dict. num. 1. Molin. de just. disp. 166. versic. Dubitabit. Valasc. 1. part. conf. 94. num. 9. Thom. Vas alleg. 6. numer. 18. Aegid. dict. artic. 13. numer. 39.*

4 Secundò asserunt similem legem esse incentivam malorum: *Pereyr. de jur. Indiar. dict. cap. 17. dict. num. 19.*

5 Et esse nutritivam peccati: apud *Gam. decis. 167. numer. 8. Gom. in l. 9. Taur. num. 16.*

6 Et omninò repugnare rationi tradit *Valasc. 2. part. conf. 151. num. fin.*

7 Et quòd generat reipublicæ scandalum: *Valasc. 1. part. dict. conf. 94. numer. 10.*

8 Quia est favorabilis fornicariis: *Pereyr. dec. 12. num. 1. Valasc. dict. conf. 94. dict. num. 10.*

9 Quando luxuria non debet habere tantum, quantum castitas: *Pereyr. de jur. Indiar. dict. cap. 17. num. 19. quòd quidem regulare est: ex text. in l. his solis Cod. de revocand. donat. Aegid. de privileg. honest. artic. 7. num. fin. in fin. & artic. 5. num. 7. & num. 17. & 21.*

10 Tertiò asserunt, quòd *Ord.* in prædictâ dispositione est odiosa filiis legitimis, quorum bona minuit successio naturalium: *Valasc. dict. conf. 94. numer. 10. refert Aegid. dict. artic. 13. numer. 39.*

11 Ex quo eam judicavit exorbitantem *Pereyr. dec. 99. numer. 1. fin. in fin.*

12 Quartò, quòd, admittà *Ord.* dispositione, non curabunt plebei de legitimâ prole suscipiendâ, cum sciant etiam illegitimos illis successuros: ratiocinatur *Valasc. dict. conf. 94. dict. num. 10.*

13 Ex quibus concludit communis sententia non posse valere simile statutum: *Valasc. dict. conf. 94. num. 9. refert Aegid. dict. artic. 13. num. 39. pungit Pereyr. dict. dec. 12. num. 1. Molin. de just. disp. 166. versic. Dubitabit: refert etiam Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 36. in fin.*

14 Prædictis suasionibus, & clamoribus respondet remissivè, licet ex professo agens, *Carvalb. ad text. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 173. & Ord.* dispositionem defendit *Pereyr. dict. dec. 12. dict. numer. 1. fundans in potestate Principis; qui potuit minuere legitimam.*

15 Et disponere circa successione, reducendo ad pristinam naturam, differentias juris civilis tollendo: tenet etiam *Gom. in l. 9. Taur. num. 16.*

16 Alii etiam generaliter loquendo respondent, quòd lex nostra *dict. tit. 92.* est favorabilis naturæ: cum *Gam. dec. 167. num. fin. & dec. 312. num. 3. Cabed. 1. part. dec. 100. num. 10. Aegid. de privileg. honest. dict. artic. 13. num. 39. in fin. cum quo transit Portug. 3. part. cap. 18. num. 51. in fin.*

17 Quæ quidem defensiones cum generales, nimis absolutæ viderentur *Aegidio dict. artic. 13. num. 40.* magis in specie respondet, quòd sicut de jure communi naturales succedunt matri, de quo nemo dubitat, ita de jure nostræ *Ord.* quoad patrem nemo etiam dubitare debet. Et ulterius, quòd lex nostra non est nutritiva peccati, quia etiam peccati nutritivum dici non potest jus civile, quod tales filios admittit maternæ successioni, & aliquando paternæ: ita *Aegid. dict. artic. 13. dict. num. 40.*

18 Hæc *Aegidii* ratiocinatio est sanè optima, & elegans, quia bene convincit *Ord.* nostram non esse nutritivam peccati, si simile non erat jus civile. Sed cum illud ab instantiis non defendit, utique nec nostram ostendit defensatum, cum sine lege, nec ratione loquatur, ex quo melius fecisset, si non loqueretur: *L. illam Cod. de collat. exornat Barbof. in loc. comm. liter. E. num. 60. & 63. & quæ Mend. lib. 3. cap. 15. num. 3.*

19 Melius ergo respondent asserentes, quòd similis lex non agit de puniendo coitu, nec dispensat in pœna, nec delicto, nec favet parentibus delinquentibus, sed filiis, qui non peccaverunt, fa-

vet in successione, sicut jus canonicum in alimentis: prosequitur *Gom. in L. 9. Taur. num. 16. Gam. dec. 167. num. fin. § dec. 317. num. 3. § 4.*

20 Sed cum hæc dicta, quæ sane juridica videntur, ita sint tradita sine ratione decidendi, qua à primario fundentur, ideo forte displicuerunt Sapientissimo *Valisc.* qui, eis non obstantibus, exclamat *dict. conf. 94. dict. numer. 10. & Thom. Vas alleg. 6. num. 20.* ubi *Ord.* defendit ex solâ receptione populi Lusitani.

21 Respondendum igitur videtur, & fortè magis concludenter, ex ratione decidendi, de qua *dubit. 12. à numer. 56.* quòd cum in his Regnis cessaret tota ratio, & fundamentum, ex quo Romanorum mos, & consuetudo naturales reddidit insuccessibiles; debeat etiam cessare dispositio denegatæ successione; & restituere debebat Legislator noster filios ad æqualitatem naturæ.

22 Sicut ipsa consuetudo Romanorum solùm denegavit successione paternam deviendo à jure naturali ex superveniente ratione publicæ utilitatis, de qua diximus *dict. dubit. 12. à numer. 53. cum sequent.* Et non denegavit maternam successione; quia quoad illam non supervenit ratio utilitatis publicæ; ex qua posset à jure naturali deviare: ut dicemus *dubit. 14. à numer. 9. cum sequent.*

23 Quinimò iniqua foret *Ord.* nostræ dispositio, si cessante in his Regnis ratione, quam habuerunt Romani, ut à jure naturæ deviant, deviares ab illo sine ratione: si forte deviare posset sine publica utilitate, seu interesse publico: ex *text. in l. 1. ff. de usucap. Valençuel. Consil. 99. num. 14.* ut diximus *dubit. 11. num. 24. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 93.*

24 Regulare enim est, quòd Princeps sine causa non potest à jure naturali deviare: *text. in §. sed naturalia II. Instit. de jur. natur. gent. § civil.* ubi *gloss. Carvalh. ad text. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. sub num. 235. § 237.*

25 Quia Principi super jus positivum, & non naturale Deus jurisdictionem indulgit: cum aliis *Guerreyr. de recusat. lib. 1. cap. 1. num. 10. & 12.*

26 Ex quo patet, quòd *Ord.* nostræ dispositio *dict. tit. 92.* nutritiva peccati dici non potest, nec morum malorum incentiva, nec rationi contraria, prout arguebant citati *DD. num. 4. § 5. cum sequent;* imò naturæ, seu juri naturali conformis dici justissimè debet; ut quavis sine expressione rationis decidendi tenent *Gam. dict. dec. 167. num. fin. & dict. dec. 312. num. 3. Cab. dec. 100. num. 10. Ægid. de privileg. honest. dict. artic. 13. num. 39. in fin.*

27 Ulteriùs solùm dici posset lex nostra favorabilis fornicariis, quando luxuriandi ansam præberet plebeis, ut filios quærerent successibiles. Sed quis plebeus in Lusitania luxuriatur, ut successibiles quærat filios? Rara avis in terra, nigroque simillima cygno!

28 Seu quibus bonis, quibusve divitiis potiuntur plebei in his Regnis, ut filios quærant, qui eis fruantur: quando, si divitias haberent, jam plebei non essent; quia solent inter nos nobilitare divitiæ: *Ægid. de privileg. honest. artic. 13. num. 2. in fin. Carvalh. ad text. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 465. § 466. August. Barbof. in reparator. utriusque jur. verbo nobilitas pag. 255. col. 2.*

29 Imò tantùm abest, ut in his Regnis pedites luxurientur ad filios quærendos successibiles, ut imò potiùs, si *Ord. dict. tit. 92.* ageret de puniendo coitu, seu de remedio refrænandi copulam, solùm esset adæquatum remedium peditibus filios reddere successibiles; quia poenitet eos in tantum, ut nullum videamus naturalem succedere sine lite parentum, sine lacrymis, & sine negatione filiationis, ut testatur forum: unde successio quoad illos esset potiùs restrictiva, quam nutritiva peccati.

30 Ex quibus fatissit ad ea, quæ in contrarium adducunt citati *DD.* in principio,

cipio, & ostenditur *Ord. dict. tit. 92.* justissimam esse, & conformem juri naturali: & quod non sit contraria juri Divino, ostendit *Ægid. de privileg. jur. honest. artic. 13. num. 40.* & melius auctoritates sacræ paginæ explicando *Molin. Theologus disp. 166. ad fin.* latius *Gusman. de verit. jur. verit. 5. à num. 61. cum sequent.*

Oppositioni tandem, de qua supra numer. 10. concludenter respondet *Ægid. dict. artic. 13. num. 42. Gom. in l. 9. Taur. dict. num. 16.* Et quod id venit secundario *Cabed. dec. 100. num. 10. Gam. dec. 317. num. 3.* Et ex nostrâ ratione decidendi respondetur, quod injuriam non facit lex filiis legitimis, quâdo æquat naturales, sicut erant de jure naturæ: ex dictis *dubit. 11. à numer. 17. § 18. § 19.*

DUBITATIO XIV.

Filii naturales cur succedant matri, & cōsanguineis?

Ad Ord. lib. 4. tit. 92. § 93.

SUMMARIUM.

- 1 **N**aturales succedunt matri ex jure naturali.
 - 2 Et ex jure civili.
 - 3 Æque cum legitimis.
 - 4 Casus omissus resolvitur per jus commune.
 - 5 Contrarius sensus legis habetur pro lege.
 - 6 Queritur tamen ratio decidendi, quando contrarium erat in patribus.
 - 7 Inhonestas matris est detestabilior, quàm patris.
- Intellige num. 33. & 34.*

- 8 *Rationes inconcludentes fatentur DD.*
- 9 *Ratio deducitur ex eo, quod fœminæ non abhorrent nuptias; & num. 10. § 12.*
- 11 *Fœminæ prohibentur nubere ante 25. ann.*
- 13 *Fœminæ prohibita ad secundas nuptias propter filios.*
- 14 *Leges non debent deviare à jure naturali.*
- 15 *Assignatur vera ratio decidendi: & num. 16.*
- 17 *Naturales filii non succedunt matri illustri.*
- 18 *Filii ex damnato coitu non succedunt matri.*
- 19 *Succedunt tamen consanguineis.*
- 20 *Cujus dispositionis queritur ratio decidendi: & num. 21.*
- 22 *Termini habiles semper supponi debent: & num. 23.*
- 24 *Filiatio ex parte patris difficillima: non ex parte matris.*
- 25 *Filiatio ex parte patris probatur conjecturis.*
- 26 *Probatio conjecturalis dicitur legitima, & plena.*
- 27 *Ord. lib. 4. tit. 93. non agit de puniendo coitu: & num. 28.*
- 29 *Quavis agat de refrænando vitio: & num. 30.*
- 31 *Fœminæ non luxuriantur intuitu suscipiendæ prolis.*
- 32 *Minus est delictum in fœminâ, quàm in masculo.*
- 34 *In terminis Ord. lib. 5. tit. 23. de dote, semper debet haberi respectus ad ipsam virginatatem.*

Trita juris resolutio est filios naturales esse matri- bus successibiles non solum ex juris naturalis dispositione, quæ generaliter filios comprehendit, ex iis, quæ diximus *dubit. 11. num. 18. § dubit. præced. num. fin.*

2 Sed etiā ex juris civilis dispositione per text. in l. hac parte l. Si spiritus l. Modestinus ff. Unde cognat. cum pluribus *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 495. Aegid. de honest. nobil. person. dict. artic. 13. num. 4. Portug. 3. part. cap. 18. num. 73.*

3 Ita ut succedant æquē cum legitimis, si matres illos habeant: cum *Aegid. de honest. nobil. person. dict. artic. 13. dict. n. 4. Carvalh. dict. 1. part. dict. n. 495. extollit Portug. 3. part. dict. cap. 18. à n. 74.*

4 Quæ quidem resolutio etiam probatur de jure Regio tam ex *Ord. lib. 4. tit. 92.* ubi, dum agit de successione naturalium, & nihil disponit quoad successionem maternam, videtur se conformare cum jure communi, & naturali, ex ratione casus omissi: in terminis tetigit ex professo agens *Pinbeyr. de testam. 2. tom. disp. 5. sect. 3. num. 425.*

5 Quam ex *Ord. lib. 4. tit. 93.* ubi quoad matrem decidit infucessibilem prolem ex coitu dānato susceptam; quasi insinuans cōtrarium in prole suscepta ex coitu non punibili: habetur enim pro lege contrarius sensus legis: *Valasc. de partit. cap. 16. num. 26. Reynof. observ. 42. n. 13. Portug. lib. 1. prælud. 2. num. 76. in fin. Gomes de Moraes de execut. lib. 2. cap. 7. num. 6.*

6 Ratio autem decidendi prædictæ resolutionis non satis patet apud DD. quando naturales de jure cōmuni erant infucessibiles patribus, ut diximus *dubit. 11. num. 27.* & matribus tamen de utroque jure sunt hæredes necessarii: ut tenent *Valasc. 1. part. dict. conf. 94. num. 2. Carvalh. dict. 1. part. num. 496.* cum aliis pluribus *Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 74.*

7 Et quando potiùs proferenda esset omnino contraria dispositio in utroque casu ex eo, quòd inhonestas matris est detestabilior, quàm patris: prosequitur latè cum pluribus *Tiraquel. ad leg. conub. l. 1. gloss. 1. num. 45. Aegid. de privileg. honest. artic. 10. à numer. 1. & 4.* cum quo sic instat *Carvalh. ad text. in*

cap. Raynaldus de testam. 1. part. numer. 487.

8 Pro resolutione hujus dubitationis, quam miratur omissam *Carvalh. ubi suprà dict. numer. 487.* aliquas ibi à *num. 488.* refert rationes decidendi cum *Cald. & aliis*, quas tamen fatetur ille Magister non concludere, nec à primario convincere, quod ita legenti facilimè patebit: & tandem addit scribentes nullam assignare, sicut ille etiam non assignat, quia aliquando bonus dormitabat *Homerus*, ut de aliis dicit, & edocet ibi *dict. num. 487. ad fin.*

9 Ratione igitur decidendi præsentis dubitationis hæsitabam, an deducenda esset ab illa decidendi ratione, quam adducebamus *dubit. 12. à num. 35. & 42. & 48. cum sequent.*

10 Siquidem in omni casu, & sine ullâ distinctione semper foeminæ nuptias amplectuntur, nec de illis legitur matrimonia unquam recusasse, nec intuitu suscipiendæ prolis coitus quæsisisse: ac perconsequens quoad successionem, & quoad matrimonium non erat in illis vitium, quod refrænare necesse esset, ut erat in masculis, ut ostendimus *dubit. 12. à num. 50. cum sequent.*

11 Imò tantum abest, ut foeminæ nuptias abhorreant, & ita maris conjunctionem appetant, ut imò necessarium fuisset eas poenâ exhæredationis cohibere, nec illico ante vigesimum quintum annum sine patris consensu nuptias tales, quales amplecterentur: *Ord. lib. 4. tit. 88. §. 1. exornat Aegid. de privileg. honest. artic. 7. a num. 1.*

12 Ulteriùs, si ante vigesimum quintum annum pater filiam in matrimonium non collocaverit, illi imputatur culpa ob dilationem, & nunquam censetur filiam noluisse, imò non incurrit poenam exhæredationis, quia censetur nuptias appetere, & ulterius non tenetur expectare: ex text. in auth. ut cum de appellat. cognoscit. §. aliud quoque versic. causas coll. 8. ibi: *si verò usque ad vigesimum quintum annum ætatem perduxerit filia,*

filia, & parentes distulerint eam merito copulare, & forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se libero tamen conjungere, hoc ad ingratitude nem filiae volumus imputari, quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur: refert, & exornat *Ægid. dict. artic. 7. num. 2. & 3.*

13 Ita tandem nuptias appetunt foeminae, ut in favorem filiorum necessum fuisset eas abstinere à secundis conjugis per leges poenales, de quibus *Gom. in l. 14. Taur. num. 1. Portug. 3. part. cap. 19. num. 15. Sanch. de matrim. lib. 7. disp. 88. num. 12.*

14 Ergo, cessante quoad foeminas ratione decidendi ad prolem reddendam infuccessibilem, quæ versabatur quoad patres vitiosos in tædio, quod habebant ad nuptias contrahendas, ut ostendimus *dubit. 12.* utique cessare debuit in matribus dispositio denegatae successione: & debuit jus civile in suo robore relinquere dispositionem juris naturalis; à quo deviare non debuit sine ratione publicæ utilitatis, quam solum dari in patribus diximus *dict. dubit. 12. num. 35. & 36. & sequent.*

15 Unde videtur assignata à priori ratio decidendi, cur scilicet foeminarum proles semper succedat; quia quoad eas cessat tota ratio prohibitionis, quam habuit jus civile ad prohibendas successiones; nunquam enim considerari potuit, nec potest foeminas matrimonia recusasse, imò nuptias continuo desiderio desiderare: ac perconsequens, cessante ratione, manet casus in dispositione juris naturalis.

16 Quæ quidem ratiocinatio quoad nostros Lusitanos probatur experientia, & ab ipsa ratione dubitandi comprobatur; quia eo ipso, quod impudicitia est in foeminis detestabilior, idcirco coitus illicitos fugere arctantur, timore scilicet prolis suscipiendæ, ut edocet Regium Hospitale in curia, ubi continua invenitur expositio, & alii plures casus poenâ, quàm calamo digniores: ac percõsequens

nuptias non abhorrent, nec tædium habent matrimonii, cessantque omnes causæ, quæ reddere deberent filios infuccessibiles, sicut in masculis dicebamus.

17 Limitari solet prædicta resolutio in filiis naturalibus matris illustri, ratione scandali, seu ignominia, de quo *Ægid. de honest. nobil. person. Dict. artic. 13. à num. 3.* cum quo *Carvalh. dict. 1. part. à num. 498.* & cum illis *Portug. 3. part. cap. 18. num. 84.* & omnino videntur contrarios allegans *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 113.*

18 Limitatur secundò prædicta conclusio in filiis ex punibili, & damnato coitu procreatis, qui nec matribus succedere possunt: ex *Ord. lib. 4. tit. 93. in princip.* cum *Carvalh. dict. 1. part. num. 502. Portug. 3. part. cap. 18. num. 76.* de quo optime post hæc scripta visus *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 6. à num. 108. cum sequent.*

19 Quæ quidem limitatio sublimitatur quoad consanguineos maternos, quibus tales filii succedunt: ex *dict. Ord. dict. tit. 93. cum Carvalh. supra numer. 503. Portug. dict. cap. 18. num. 85. & 86. Ribeyr. Nett. de testam. lib. 2. tit. 17. num. 9.* cum pluribus *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 6. numer. 122. & 123.*

20 Ratio autem decidendi prædictæ sublimitationis non satis liquet, cur scilicet odium legis, seu punitio coitus non cesset ex parte patris, cesset tamen ex parte matris, & filii efficiantur successibiles consanguineis maternis, quando potius contrarium foret decidendum ex detestabili impudicitia mulieris, ut in simili diximus supra *num. 7. cum Carvalh. 1. part. de testam. num. 487.*

21 Itaque *Portug. 3. part. dict. cap. 18. num. 86. ad fin.* ratiocinans hujus dispositionis decidendi rationem ad *Ord. lib. 4. tit. 93.* tradit ipsam dispositionem pro ratione decidendi; asserit namque, quod poena solum debet tenere suos auctores, & quod cognatio non est legi incogni-

incognita, quia provenit ex matre certa, ut jam dixerat cum aliis *Carvalh. de testam. 1. part. num. 489. § Pinbeyr. 2. tom. de testam. disp. 5. sect. 3. num. 405. in fin.* Ac si certitudo matris fuisset causa minuendi poenam denegatae successio- nis, & incertitudo patris fuisset causa disponendi contrarium quoad ipsum: ut tenet *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 6. num. 124.*

22 Verum enim vero, quod poena non debeat extendi ultra suos authores, magis auget dubitandi, quam decidendi rationem, cum ex parte patris, non vero matris poena extendatur in *Ord. dict. tit. 93.* Certitudo autem matris, nec incertitudo patris etiam non inducit rationem decidendi; cum certum sit, quod in quocunque casu semper supponendum sit probandam esse filiationem in forma juris concludenter, qui sunt termini habiles semper supponendi: *L. qui testamento 20. in princip. ff. qui testam. facer. poss. Aegid. de privileg. jur. honest. artic. 13. num. 38. in fin. Cabed. divers. jur. lib. 3. cap. 3. num. 6. Leyt. de jur. Lusit. tract. 2. quest. 9. num. 16.*

23 Unde in casu, quo filiatio concludenter non probetur, non procedit *Ord.* nec similes leges disponentes circa successio- nem, quae semper supponunt filiationem probandam, qui sunt termini habiles: in casu autem, quo filiatio probetur, procedunt dispositiones successio- nis: ac per consequens certitudo, vel incertitudo parentum, quanvis in se accipiat dispositum à lege, non inducit rationem motivam dispositionis.

24 Et quanvis ex parte matris sit probatio filiationis facilior, & ex parte patris difficillima: *Gam. dec. 152. num. 1. Valasc. 2. part. conf. 134. num. 2. § conf. 176. num. 2. Cald. forens. consil. 9. num. 33. § 34. Pereyr. de man. Reg. 3. part. cap. 70. numer. 25. Cardos. in prax. verbo filius num. 2. § verbo probatio num. 23.*

25 Hoc non officit, quominus ex parte patris probari possit filiatio con-

cludenter ex indiciis, & conjecturis: ut tenent citati DD. & communem dicit *Flor. ad Gam. dict. dec. 152. num. 1. Insignis Barbof. 1. part. rubr. à num. 14. ff. soluto. August. Barbof. in repertor. utriusque jur. verbo filiatio pag. 150. col. 1.*

26 Quae quidem conjecturalis probatio ita est legitima, & concludens, ut sufficiat ad quemcunque effectum civilem: *Insign. Barbof. in l. 2. part. 1. à num. 78. cum sequent. ff. soluto matrim. Cald. consil. 9. numer. 34. Pegas 2. forens. cap. 19. num. 21. Portug. 3. part. cap. 36. num. 7. 8. § 9. Souf. de Maced. dec. 2. num. 4.*

27 In hac igitur dubitatione, cum nec certitudo, nec incertitudo filiationis probandae dici possit inducere veram rationem decidendi, haesitabam, an pro ea perscrutanda praenotandum esset, quod in hac *Ord. dict. tit. 93.* non agitur de puniendo coitu, quem supponit punibilem in lege loquente de successio- nibus, diximus *dubit. 13. num. 19. cum Gom. in l. 9. taur. num. 16.*

28 Confirmatur, quia, si Legislator hac *Ord.* ageret de coitu puniendo, utique puniret coitum sine prole, atque cum prole, quia uterque est coitus, & uterque punibilis, ut ipsa *Ord.* supponit: sed de illo puniendo non erat acturus inter leges successio- nis, ut hoc *lib. 4.* sed inter poenales, de quibus *lib. 5.*

29 Unde videtur, quod Legislator noster hac *Ord.* quae invenitur inter alias successiones, solum agit de refrænando illo vitio parentum, quatenus tale vitium dirigitur ad suscipiendam prolem successibilem, ut diximus *dubit. 12. numer. 39. § 40.* cui vitio occurrit Legislator, adaequato remedio sobolem decidendo insuccessibilem, ut dicebamus *dict. dubit. 12. num. 50. § 51.*

30 Et cum in masculis plerunque considerari possit amplexus illicitos quaerere intuitu suscipiendae prolis, ex iis, quae praenotavimus *dict. dubit. 12. num. 45.* quod erit in coitu punibili vitium

longe

longè detestabilius, ideo hâc lege maiori efficacîâ refrænatur adæquato remedio denegatæ successione, etiam quoad consanguineos paternos; ut tales vitiosi patres se abstineant à tali intuitu, dolentes scilicet videre filios ab omni spe successione destitutos.

31 In foeminis autem nunquam admitti potest præsumptio, quòd luxuriètur intuitu prolis suscipiendæ, ex dictis *supra num. 16.* ac perconsequens minùs detestabilis est earum animus, qui solùm movetur ex impulsu naturæ, & fragilitate sexûs, & non ad filios quærendos, ut ex illorum denegatâ successione sumatur adæquatum remedium vitium refrænandi, quod eo ipso minus punitur, seu minori efficacîâ refrænatur; quanvis aliter respondeat *Nett. dict. lib. 2. dict. tit. 17. à num. 10.*

32 Quodsi malis hanc *Ord.* intelligere aliquo modo punire coitum in denegatâ successione filiorum, dicas, quòd temperatur pœna ex parte matris, quia regulariter loquendo minus est delictum in foemina, quàm in masculo propter sexûs imbecillitatem: *Tiraquel. de pœnis temper. causa 9. per tot. pag. mihi 34. expressa constit. Lamecens. lib. 5. tit. 17. cap. unic. §. 6. pag. 424. Ord. lib. 5. tit. 3. §. fin. & tit. 17. & tit. 27. similis Ord. eodem lib. 5. tit. 6. §. 13. & §. 14.*

33 Nec obstat ratio dubitandi, dum suadet, quòd inhonestas, seu impudicitia est detestabilior in foemina; quia etsi detestabilior sit, hoc est intelligendum, ut sit res deformior, res foeda, quæ à gentibus solet plùs abominari: sed non exinde sequitur, quòd sit magis punibilis.

34 Probatur intentum ex *Ord. lib. 5. tit. 23.* ubi impudicitia stupratæ mulieris nullam pœnam habet, quanvis apud gentes sit coitus scandalosus, & detestabilis propter virginitatē deperditâ: cū masculus puniatur in dote satisfaciendâ pecuniis, vel fustibus: habito semper respectu ad ipsam virginitatem: *Ægid.*

in l. Titia ff. de condit. & demonstr. 3. part. num. 18. sequitur Phœb. 2. part. dec. 177. num. 4. & 5.

DUBITATIO XV.

Vtrum mater sit hæres necessariò instituenda à filio naturali? Et quid, si postea nubat?

Ad Ord. lib. 4. tit. 91. §. 2. & tit. 92. & text. in auth. ex testamento Cod. de secund. nupt.

SUMMARIUM.

- 1 **P**roponitur quæstio.
- 2 **J**us succedendi est reciprocum.
- 3 **F**ilius debet succedere matri, etiam naturali.
- 4 **M**ater etiam naturalis debet succedere filio.
- 5 **Q**uid, si alii nubat viro?
- 6 **L**eges contra binubentes sunt pœnales.
- 7 **L**eges pœnales non sunt extendendæ.
- 8 **L**egis verba ubi non conveniunt, nec ejus dispositio.
- 9 **L**eges contra binubentes fundantur in injuria, quæ fit primo toro.
- 10 **R**atione legis cessante, cessat ejus dispositio: & num. 33.
- 11 **M**ater naturalis equiparatur legitime quoad successione filiorum: & num. 15.
- 12 **L**eges contra binubentes respiciunt filiorum favorem: & num. 14.
- 13 **L**eges pœnales contra binubentes sunt abrogatæ per jus canonicum: & num. 14. & num. 32.
- 16 **R**atio ubi datur eadem, debet dari eadem

- eadem juris dispositio: & numer.*
49.
- 18 Ord. lib. 4. tit. 91. §. 2. in fin. illustratur: & num. sequent.
- 20 Mater binubens succedens ex testamento filii succedit pleno jure: & num. 21.
- 22 Et non tenetur bona reservare filiis primi conjugii.
- 23 Dispositio superflua non admittitur.
- 24 Filius non tenetur instituere matrem binubentem: & num. 39. & 53.
- 25 Quae conclusio omiſsa fuit à nostratibus.
- 27 Quae difficilis redditur de jure communi: & num. 28. & sequent. usque ad num. 38.
- 29 Et de jure Regio per generalitatem Ord. lib. 4. tit. 82. §. 4.
- 30 Leges correctoriae non extenduntur.
- 31 Leges contra binubentes correctae per jus canonicum sistentur in favorem filiorum: & numer. 33. & 61.
- 32 Quod quidem impugnatur primo: & num. 33.
- 34 Cessante ratione legis, cessare debet dispositio.
- 35 Sufficit unicum extare filium, ut non teneatur instituere binubentem.
- 36 Si consequens est falsum, ita censetur antecedens: & num. 37.
- 40 Filius tenetur instituere binubentem in bonis aliunde quaesitis, quam ex substantia parterna: & num. 41. & 42.
- 43 Mater non tenetur ad reservationem bonorum, in quibus est instituta per liberam voluntatem filii.
- 44 Quid in bonis aliunde provenientibus? Et num. 45.
- 46 Ex obligatione instituendi non inferatur ad obligationem reservandi.
- 47 Verbum potest inducit exceptionem.
- 48 Dispositiones circa binubentes sistentur in eo, quod respicit favorem filiorum.
- 49 Favor filiorum in quo consistat?
- 50 Ubi datur eadem ratio, &c.
- 51 Favor filii consistit in eo, quod bona non transeant in alium: & numer. 52.
- 54 Mater nunquam tenetur ad reservationem ex testamento.
- 55 Idem dicitur de matre naturali.
- 56 Qui honorat, gravare potest: & num. 58.
- 57 De tertia apud nos libere disponitur.
- 59 Explicatur Sanch. de matrim. & numer. 60. & sequent.
- 62 Pœnas contra binubentem etiam correxit jus civile.
- 63 Dispositio contra binubentem, quatenus respicit filiorum favorem, non potest dici pœnalis.
- 64 Vidua semper debet institui à filio.
- 65 Si autem binubat, an teneatur ad reservationem bonorum? & num. 66. & sequent.
- 66 Adducitur text. in L. Mater Cod. ad Senat. C. Tertul. & numer. 68. & 70. & 71.
- 67 Intelligitur Sanch. de matrim. & num. 68. & sequent.
- 71 Lex aliquando suspendit irrevocabilem dominii acquisitionem.
- 72 Mater, quando succedit ex libera voluntate filii, non tenetur ad reservationem.
- 73 Quid in filio secundi tori, an teneatur matrem instituere? & num. 74. & sequent.
- 75 Leges exorbitantes non extendende.
- 76 Mater filios habens in eorum praesudicium binubit.
- 77 Ad aequalitatem servandam sufficit, quod bona non transeant ad filios diversi tori: & num. 78.
- 79 Quid in casu omissio in Ord. quando scilicet filius intestatus relinquit bona, quae non ex substantia parterna obvenierunt, sed aliunde? & num. sequent.
- 80 Adducuntur verba Cancer.
- 81 Quae increpantur: & numer. 82.

83. § sequent.
85 Regulae standum est, si non invenitur limitata.

1 **V**idimus dubit. precedent. præcipue num. 6. filium naturalem esse necessariò instituendum hæredem à matre; nunc dubitandum venit, an semper, & omnino filius naturalis teneatur matrem instituere hæredem?

2 Licet enim jus succedendi sit reciprocum: ex text. in l. nam etsi parentibus, ff. de inoffic. testam. l. hac parte ff. unde cognat. auth. quibus modis naturales efficiantur sui §. de nepotibus; Portug. 3. part. cap. 18. num. 57. & 59. cum pluribus Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 507. Valasc. 1. part. conf. 29. num. 3. Ægid. de jur. §. privileg. honest. artic. 13. num. 15. idem Valasc. conf. 61. num. 2. ad fin. infinitos referens Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 3. cap. 1. à num. 2. cum sequent. §. cap. 3. à numer. 2. cum pluribus.

3 Ex quo sicut filius debet succedere matri, vel legitimæ, vel naturali; ut cum aliis tradunt Portug. 3. part. cap. 18. num. 74. Valasc. 1. part. conf. 94. num. 2. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 496.

4 Ita similiter mater, quanvis non legitima, sed naturalis succedere debet filio: text. in §. fin. Instit. de Senat. Consult. Tertullian. probat à contrario text. in auth. de nuptiis cap. 40. §. si autem ad fin. Pinhey. de testam. tom. 2. disp. 5. sect. 3. §. 16. à num. 485. §. num. 491.

5 Non tamen satis liquet, an idem dicendum sit in casu, quo mater habens filios naturales successibiles, alii nubat viro; ita ut de eâ judicandum sit, & in eâ observanda juris dispositio, quæ datur circa uxorem habentem filios legitimos, quæ postea convolat ad secundas nuptias; de qua Ord. lib. 4. tit. 91. & text.

in l. Fœminæ Cod. de secund. nupt.

6 Pro parte negativa facit primò, quod leges contra secundò nubentem sunt pœnales, dum successio filiorum illis coarctatur, ut solum succedant in usufructu; humanitatis contemplatione; prout exprimit text. in l. mater 5. Cod. ad Senatus Cons. Tertul. §. Ord. hoc tit. 91. §. 2.

7 Et ideo hujusmodi leges tanquam pœnales, & exorbitantes non veniunt extendendæ ad casum, de quo non disponunt: ex l. 2. ff. de noxalib. Valencuel. Conf. 23. num. 69. Gusman. de verit. jur. verit. 3. num. 27. in fin. §. verit. 11. num. 46. & 53. §. verit. 34. num. 3. Ægid. de jur. §. privileg. honest. artic. 13. num. 30. §. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. in initio num. 18. in fin. Portug. 3. part. cap. 26. num. 37. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 21. num. 30. Cabed. divers. jur. lib. 2. cap. 4. à num. 3.

8 Vnde, cum leges loquantur de mulieribus secundò nubentibus, non conveniunt earum verba, & dispositio fœminæ habenti filios naturales, quæ dum nubit, non secundò, sed primò nuptias contrahit; succeditque regula, quòd, ubi legis verba non conveniunt, neque ejus dispositio locum habet: text. in l. 4. §. toties ff. de damn. infect. exornat Barbof. in loc. comm. liter. L. numer. 21. Portug. 2. part. cap. 10. numer. 108.

9 Secundò facit, quia ratio decidendi, ex qua denegatur successio fœminæ secundò nubenti, consistit in illa injuriâ, quam facit primo viro, & filiis legitimis illius tori: Cald. de nomin. quest. 14. num. 39. pag. 172. optimè cum multis juribus expressis Sâch. de matrim. lib. 7. disp. 89. num. 2. cum quo tenet novissime Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 14. num. 58.

10 Atqui mulier, de qua agimus, habens filios naturales, quando nondum contraxerat matrimonium, viro non facit injuriam, neque toro saltem licito, &

M legiti-

legitimo: ergo in illa non procedit dispositio de binubente, quia cessat ratio decidendi quoad illam: ex *regula text. in l. quod dictum ff. de pactis*, quam exornant *Barbos. in loc. comm. liter. L. num. 22. Portug. 2. part. cap. 10. num. 127. Barbos. 1. part. l. 1. à numer. 84. ff. solut. matrim. Gusman. de verit. jur. verit. 31. à numer. 26.*

11 Contraria verò, & affirmativa sententia magis placet, quia quoad successionem filiorum existentium tempore contracti matrimonii sunt in jure æquiparata mater naturalis, & mater legitima: *text. est in auth. de nuptiis cap. 40. §. Si autem ad fin. optimè Manz. in commentar. ad Instit. lib. 3. de successione ascendentium tit. 3. §. 4. numer. 61.*

12 Quod quidem optimà procedit ratione: nam juris dispositio contra foeminam, quæ, cum habeat filios successibiles matrimonium contrahit, non tantum respicit illatam injuriam, quantum liberorum existentium favorem respicit: *Ægid. de jur. §. privileg. honest. artic. 5. num. 16. & dicemus infra: & loquendo de naturalibus tenet in simili Pegas tom. 1. forens. cap. 8. num. 6. Cancer. 1. part. var. cap. 5. num. 32. Idem Ægid. in l. Titia ff. de condit. & demonstr. 3. part. num. 78.*

13 Si enim injuriam punirent leges denegando successionem, essent utique pœnales contra nubentes: & ex ipsâ ratione pœnæ eas revocatas confiteri deberemus per dispositionem canonicam, de qua *text. in cap. fin. de secund. nuptiis* exornat *Portug. 3. part. cap. 19. num. 14. cum pluribus, quibus adde ex professo Oliv. de for. Eccles. 1. part. quæst. 42. per tot, Ord. lib. 4. tit. 106. Cancer. dict. cap. 5. dict. num. 32.*

14 Unde, cum denegata successio dici non possit inducta, nec hodie sustineri possit propter illatam tori injuriam, sublata enim est omnis ratio pœnæ per dispositionem juris canonici, sustineri

solum dicendum est ex favore filiorum, in quo per sanctionem juris cogimur asserere omnimodam fisti rationem decidendi circa denegatam successionem: sentit cum pluribus *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 14. numer. 59. Portug. 3. part. dict. cap. 19. numer. 15.*

15 Quæ quidem decidendi ratio, cum æque vigeat in matre naturali filios habente successibiles, atque in matre legitimâ, quæ alios quærit ex diverso toro in priorum existentium præjudicium quoad bona, merito, quod de matre legitimâ sancitum est, ne scilicet succedat nisi in usufructu, idem dicendum venit de matre naturali; sic ampliata, sive intellectâ *Ord. lib. 4. tit. 91. §. 1. & 2. ex eadem ratione decidendi existente.*

16 Ex quibus solvuntur in contrarium adducta, & tenendum est, quòd quidquid de matre legitimâ sancitum est, quando habens filios successibiles alium quærit torum, sive legitimum, sive etiam naturalem, idem dicendum erit de matre naturali, quæ similiter filios habens successibiles, vel matrimonium contrahit, vel alios quærit etiam ex diverso patre naturali: in quocumque enim casu verificatur identica ratio decidendi respiciens indemnitatem, & favorem filiorum illius tori, seu primi conjugii, ac per consequens eadem debet observari dispositio: ex *regula text. in l. Illud ff. ad l. Aquil. quam exornat Barbos. in loc. comm. liter. R. num. 14. §. 16. Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 6. num. 44. §. 2. part. cap. 10. num. 110. §. 112. §. 3. part. cap. 26. num. 37. Maced. dec. 1. num. 28. §. 29. Cald. de nomin. quæst. 14. numer. 39.*

17 Sed, cum omnia supradiçta procedant in casu, quo devolvatur successio filii ab intestato, ut exprimit Legislator noster *dict. lib. 4. tit. 91. dict. §. 2. sequendo dispositionem juris communis, de qua text. in auth. ex testamento Cod.*

de secund. nuptiis versic. Ab intestato quoque. Cum concordantibus *Ægid. in l. Titie ff. de condit. & demonstr. 3. part. num. 61. & 62. & sequent.* Novissimè *Guerreyr. tract. 1. de invent. lib. 4. cap. 13. numer. 16, & cum omnibus numer. 27.* In bonis scilicet provenientibus ex paternâ substantiâ: de aliis enim aliunde provenientibus, quàm ex paternâ substantiâ, quomodo succedendum ab intestato? Dicemus infra à numer. 79.

Quid ex testamento?

18 Succedanea est dubitatio, quid censendum sit, quando filius primi torite, & solemniter fecit testamentum? In quo casu Legislator noster in *dict. tit. 91. dict. §. 2. in fin.* jubet juris communis dispositionem observandam fore: patet ibi: *E seu filho, ou filha, que se finou, de cuja successam se trata, se finar com testamento, guardar se hà o direito commum neste caso.* Exornat præter infra citandos *Ægid. in l. Titie ff. de condit. & demonstr. 3. part. num. 62.*

19 Petenda igitur venit à juris cõmunis dispositione resolutio proposita, an scilicet mater secundò nubens succedere debeat filio testamentum solemniter facienti tantummodo in usufructu, vel etiam in pleno hæreditatis dominio?

20 Indubitata resolutio est, quòd mater à filio instituta succedit pleno jure in hæreditate, & quod non tenetur hæreditatem filii reservare cæteris primi tori filiis; quia ab intestato tenetur ex eo, quod secundum legem succedit, quæ illam arctavit ad reservandum: at vero ex testamento succedit secundum voluntatem filii testantis, qui illam non gravat ad restituendum: ita cum *Gom. in l. 14. Taur. num. 2. Portug. 3. part. cap. 19. numer. 21. & 22. Cancr. 1. part. var. cap. 5. numer. 27. Manz. in §. fin.*

num. fin. Instit. lib. 3. tit. 5. de concurs. fratr. cum ascend. novissimè Guerreyr. tract. 1. de invent. lib. 4. cap. 14. num. 60. omnes per text. in auth. ex testamento Cod. de secund. nupt. ad quem se refert Legislator noster dict. tit. 91. dict. §. 2. teste Portug. ubi proxime.

21 Ait textus ibi: *Ex testamento quidem succedit mater liberis suis, quæ convolavit ad secundas nuptias, sicut institutus quilibet.* Ubi summarium, & glossa ibi verbo ex testamento, tenet delumi decisionem illius textus ex *auth. de non eligend. secund. nubentes mulieres cap. 3. §. cum igitur ante fin. collat. 1. & ex auth. de nuptiis §. hinc nos cap. 46. collat. 4. & §. si igitur ibi: si igitur legitimè filius testatus fuerit, & relinquat matri substantiam, sive partem ejus aliquam, hanc illa accipiat per scripturam (quia ubique custodire morientium volumus voluntates) & ibi utraque glossa in §. si autem.*

22 Unde cum cuilibet à tali filio institutus succederet pleno jure in hæreditate, quin teneretur ad reservationem bonorum, quæ pro tempore mortis hæredis instituti deferenda essent fratribus ipsius testantis, ex primò scilicet conjugio; ita similiter ejus mater hæres instituta succedit pleno jure in hæreditate, quin ad similem reservationem teneatur: succedit enim, *sicut alius quilibet succedere posset*: ut expressè decidunt prædicta jura, & communem dicit *Sanct. de matrim. lib. 7. disp. 89. numer. 41. & 42. cum Gabr. comm. Gom. & DD. ubi supra.*

23 Confirmatur, quia, si binubens instituta teneretur ad reservationem hæreditatis filii instituentis, superflua esset dispositio *Ord.* circa successionem ex testamento, ut exprimit, & distinguit *dict. §. 2. in fin.* quando in principio ejusdem §. binubentem arctaverat ad reservationem bonorum, in quibus succedit: dispositio autem superflua non admittitur: *Portug. 2. part. cap. 29.*

num. 34. & numer. 78. Phæb. dec. 31. num. 9. Molin. de verit. jur. verit. 33. num. 2. & diximus dubit. 9. num. 25. & num. 30.

24 Infertur igitur ex prædicta textuali doctrinâ filium primi tori non teneri instituere in testamento matrem ejus hæredem, quando ad secundas convolavit nuptias; cum imò potius habeat liberum arbitrium instituendi quemlibet; ut tenent Gom. in dict. l. 14. Taur. dict. num. 2. & cum eo Portug. dict. cap. 19. num. 21. & 22. & probant expressè text. in dict. auth. dict. §. Cum igitur, & dict. §. Hinc nos: & tenet gloss. in dict. auth. de nuptiis collat. 4. §. si autem ibi: nam si testamentum faciat filius, & hæc, & illa permittit matrem institui, & gloss. parva ibi: Mater à filio hæres potest institui.

25 Notabilis illatio à nemine, quem viderim, illustrata ex nostris, quando de materia Ord. dict. tit. 91. dict. §. 2. agunt, & vident casum in dispositione juris communis, quod plerique ignorant iudices, ut dicit Ord. lib. 3. tit. 48. §. 3. Ex quo hanc conclusionem intactam relinquere non debuerant Portug. dict. cap. 19. à num. 21. Reynos. observat. 43. & ibi ejus Glossat. & passim Regnicolæ agentes de materia, & magis ex professo Pinbeyr. de testam. disp. 5. sect. 1. numer. 16. Guerreyr. tract. 1. de invent. lib. 4. cap. 13. num. 60. & 61.

26 Cum tamen prædicta illatio non sit nostri instituti aliena, quando etiam comprehendit filios naturales, nec fit in praxi ita rara, ut de eâ aliquando dubitari non contingat, ideo nobis dicendum venit circa aliquas, quas patitur difficultates, ex quibus vel limitanda, vel explicanda videtur.

27 Prima difficultas deducitur ex text. in auth. de non eligend. secundo nubent. cap. 3. collat. 1. §. Cum igitur: versic. ibi: Et sancimus alias res post ante nuptialem donationem ad filios venientes, siquidem filius masculus, aut læmina fortè testetur secundum legem

venire ad scriptos hæredes: hic matrè non prohibet scribi à filio hærede, sed etiam contra testamentum ei datis allegationibus, si fortè filius eam prætermiserit, aut irrationabiliter exheredatam fecerit.

28 Propter cujus textus dispositionem expressam in illis verbis ibi: Sed etiam contra testamentum, in contrarias abierunt sententias DD. exteri, aliqui in negativam ex text. in dict. auth. ex testamento; alii in affirmativam, quod scilicet filius tenetur instituere matrem etiam binubentem ex vi prædictorum verborum, ut ex professo videre est apud Urceol. Consult. forens. cap. 17. ferè per tot. Quapropter nostrates difficultatem omittere non deberent, cum secundum jus commune Legislator noster decidendum fore sanxisset dict. tit. 91. dict. §. 2.

29 Secunda difficultas deducitur ex Ord. lib. 4. tit. 82. §. 4. versic. E isso mesmo; quatenus non distinguit, imò & generaliter sancit filium teneri instituere parentes, prout de jure communi sancitum erat, ut ostendit Valasc. consult. 61. num. 3. Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 6. num. 38. quod id ipsum decidit Ord. hoc tit. 91. §. 1. ibi: Deve necessariamente deixar, & dicemus dubit. 17. num. 46.

30 Unde, cum Ord. prædicta generaliter obliget ad institutionem, sine distinctione non erit admittenda limitatio supra dicta, per quam corrigeretur juris dispositio & filius ad instituendam matrem non teneretur: ut per regulas vulgares circa leges correctorias arguit in simili Pegas tom. 1. forens. cap. 8. num. 36. & 38. cum sequent.

31 Tertia difficultas deducitur ex eo, quòd communis solutio tenens denegatam matris successionem non esse jure canonico correctam, quia non tendit in pœnam binubentis, sed in favorem filiorum primi tori, ac per consequens non comprehendi sub dispositione text. in cap. ultim. de secund. nuptiis, ut

ut ostendit *Portug. 3. part. cap. 19. à num. 14.* & latius ex professo *Oliva de for. Eccles. 1. part. quest. 42. & quest. 29. à num. 35.* Tenet *Valençuel. consil. 13. numer. 15.* Optimè ostendit *Ægid. in l. Titia ff. de condit. & demonstr. 3. part. num. 64. & num. 72. ex Ord. lib. 4. tit. 91. §. 2. ibi: Ficarem vivos.*

32 Adhuc, inquam, sustineri nequit prædicta solutio, siue communis, quia illi adversatur primò, quòd denegata matris successio potius videtur in pœnam matris inducta, quam in favorem filiorum: si enim horum favor esset ratio decidendi, sequeretur, quòd filius testator omittens institutionem matris teneretur fratres instituere, in quo solum consistere posset filiorum favor; sed hoc est falsum, quia potest filius testator instituere extraneum: ex *dict. auth. ex testamento*, & juribus pro præcipuâ illatione citatis *num. 24.*

33 Ergo quoad institutionem maternam non est quid, in quò inveniamus filiorum favorem, ac per consequens quatenus leges absolvent filios ab obligatione instituendi matrem binubentem, solum considerari possunt pœnales contra matrem, & contra secundum matrimonium: ex quo abolitæ, & derogatæ censeferi debent per jus Pontificium, de quo *text. in dict. cap. fin. de secund. nupt.* & generaliter tenet *Pinhey. de testam. disp. 5. sect. 1. num. 16. cum Sanch. de matrim. disp. 87. à num. 23.*

34 Adversatur secundò, quòd, si denegata obligatio instituendi matrem binubentem esset in favorem filiorum inducta, sequeretur, quòd existente unico tantum filio, cessaret favor filiorum, & fratrum; & quando non haberet fratres, quos instituere posset in eorum favorem, teneretur instituere matrem binubentem, tanquam cessante ratione decidendi: ex regula *text. in l. quod dictum ff. de pact. de qua supra num. 10.* & in terminis sentit cum aliis *Urceol. Consult. forens. cap. 17. num. 21.*

35 Sed consequens est falsum, quia

etsi unus sit filius ex primo toro, non teneretur instituere matrem secundò nubentem, & sine distinctione unius, vel plurium: decidit *text. in dict. auth. ex testamento Cod. de secund. nupt. glossa ibi verbo filii*; quæ supponit sufficere unicum ad prædictum effectum.

36 Ergo etiam falsum videtur antecedens, dum tenet, quòd denegata obligatio instituendi matrem binubentem inducta sit in favorem filiorum: ex regula *text. in l. apud antiquos Cod. de furt. l. 2. §. mutui datio ff. si cert. petat. Barbosa. in loc. comm. liter. C. num. 151.*

37 Adversatur tertio, quòd, si denegata matris successio esset in favorem liberorum, procederet in omnibus filiorum bonis; quia favor tantum considerari potest circa bona istius, quantum illius naturæ; omnia enim vere, & propriè sunt bona filiorum, quorum respectu consideretur favor. Sed consequens est falsum, quia non in omnibus bonis filiorum invenimus eandem favoris considerationem, ut patebit infra *num. 41.* ergo etiam falsum dicendum venit antecedens, ut supra proximè diximus: ex quo difficilem rationem differentiae consideravit (eam non assignando) *Guerreyr. tract. 1. de invent. lib. 4. cap. 13. num. 62.*

38 Ex quibus augetur tertia difficultas contra primariam illationem, de qua *num. 24.* & difficilior redditur communis solutio, quatenus asserit de obligatione instituendi matrem esse in favorem filiorum, & non in pœnam: cum potius contrarium suadeant, quæ hucusque diximus, & quibus non respondet, imò omittit ex professo agens *Oliva de for. Eccles. 1. part. dict. quest. 42. & Portug. 3. part. dict. cap. 19. à num. 13. cum sequent.* & alii supra citati.

39 Sed prædictis non obstantibus, verissima tanquam textualis est supra posita illatio asserens filium binubentis matrem instituere non teneri, imò liberum habere arbitrium instituendi quemlibet; ut decidit *text. in dict. auth. ex testamento*