

*de rer. division. Reynos. observ. 19. numer. 7.* quo ergo jure ex fructibus ad impeditam spectantibus, queis amitta, veluti, impediens alere non tenetur, ut cum comuni resolvit *Molin. de primog. lib. 2. cap. 15. num. 67. vers. Sed quamvis impediens alimenta decernuntur.* Deinde cum alimenta, provisio naturalis, decerni non debent, quin de bono jure petentis constet, *Molin. supra cap. 16. num. 39. & 40. Castill. lib. 3. contr. cap. 27. numer. 21. Valeron. de transact. tit. 5. q. 1. num. 28. ubi ad plures remittit. bene Burato decis. 15. n. 1. & 7.* Quam boni juris speciem impediens obtendet, quem ipsa manifestissime repellit institutio? Rejiciantur ergo impedimenta. Ulyssipone 2. Martii 1678.

Ejusdem sunt sententiæ Sylva & Sousa, Doctor Freyre.

304 No feito de appellaçãõ dos Padres de Saõ Bento contra o Licenciado Manoel Henriques, Escrivaõ Manoel Pinheiro da Costa, se deu nestes autos a sentença seguinte.

*Vistos estes autos, libello dos AA. Forge de Macedo Leyte como tutor de Antonio Leyte Pacheco, contrariedade da R. Dona Violante Soares, mais artigos, que forãõ recebidos, prova dada por huma, e outra parte, certidoens, testamentos, e mais papeis juntos. Mostrase o A demandar a R. pedindo em seu libello, que lhe pertenciaõ os Casaes dos Cruzetos em Alentejo, sitos em termo de Lavra, por serem de morgado instituido por D. Felippa Soares, mulher de Duarte Sodré da Gama, o qual em seu testamento, que fizera, dispuzera de sua terça, em a qual tomara os ditos Casaes, com prohibiçãõ de alheaçãõ, e obrigaçãõ de certas Missas pela sua alma, em quanto o mundo durasse, e que logo em primeiro lugar fora chamaila Dona Antonia da Gama, filha da dita testadora, e por sua morte, naõ havendo filhos, a seu irmaõ mais velho, em cujo cumprimento o dito morgado viera a Simãõ Sodré, por cuja morte, por naõ ter filhos, viera a succeder Pedro Sodré da Gama, o qual por naõ deixar por sua morte descendentes, vindo elle a Antonio Leyte Pacheco a succeder nos ditos Casaes, por ser filho legitimo de D. Luiza Sodré, irmã inteira do ultimo possuidor. Mostrase por parte da R. vir deduzindo em sua contrariedade, e nos mais seus artigos, naõ haver tal morgado, senãõ bens livres, nem os ditos Casues serem de morgado, e como taes serem deixados, e possuidos; pedindo mais por reconvençãõ, que o dito seu marido Pedro Sodré da Gama trouxera grandes demandas, e que fizera com sua pessoa, e casa grandes gastos em a Cidade de Lisboa, contra Dona Maria, mulher do dito Simãõ Sodré, sobre os*

*bens de muita importancia declarados em sua contrariedade, que sendo de morgado a dita Dona Maria por morte do dito seu marido se levantou com elles, dizendo que eraõ proprios, pelos quaes gastos, e despezas pedia quinhentos cruzados ao A. por ser hoje possuidor dos ditos bens, como de morgado, em razãõ das sentenças, que alcançara o dito Pedro Sodré seu tio, marido da R. Provase, que a dita D. Felippa Soares, de que se trata, fazer seu testamento, em elle ordenar, que apartava, e tomava os Casaes dos Cruzetos, sitos em Alentejo, e na terça, e morgado, com prohibiçãõ de alheaçãõ para sempre, e com as obrigaçõens de Missas pelo modo, e maneira declarada em o dito testamẽto, fazendo logo seu administrador primeiro a Dona Antonia sua filha, a qual morrendo sendo sem descendentes, ficaria a seu irmaõ mais velho, para cuja approvaçãõ forãõ citados Diogo Leyte Pacheco, pay do A. e Pedro Sodré da Gama, a petiçãõ de Simãõ Sodré da Gama, em a qual naquelle Juizo se dera sentença, visto provar-se por testemunhas a dita testadora, sendo lido o dito seu testamẽto, dizer que o tal testamento estava feito a sua vontade, e se julgar o dito testamẽto por solemne, da qual sentença sendo publicada, fora della appellado para a Casa da Supplicaçãõ, e a causa atempada, e a contenda liquida, em os quaes termos pendendo a causa, se requerera por parte do A. Forge de Macedo Leyte, como tutor de seus sobrinhos, e A. Antonio Leyte, e Duarte Sodré de Macedo, que o dito Diogo Leyte, e pay dos ditos Orfaõs, e seu cunhado, o dito Simãõ Sodré da Gama ambos falecidos, traziaõ demanda sobre a approvaçãõ do testamento, de que se trata, o qual estava por parte do pay dos ditos menores appellado, e que elle A. queria estar pela dita sentença, dada no dito Juizo, e desistindo desta appellaçãõ, e satisfeito, se lhe mandasse passar sentença do processo; o qual desistimento sem defeito fora julgado por sentença e a da approvaçãõ mandada dar do processo. O que tudo visto, com o mais dos autos, sendo nelles o ponto e materia principal os Casaes da contenda, serem livres, ou de morgado, e a disposiçãõ, e testamento da dita Dona Felippa Leyte, ser valido ou naõ, e pelo consequente, se o dito desistimento feito, pôde obrar de Direito, conforme ao qual os desistentes nunca podiaõ desistir da appellaçãõ entreposta para poder obrar em utilidade propria, nem em prejuizo de outrem, por quanto a validade do testamento consiste sómente em ser feito, conforme a Direito, ou contra fórma, e disposiçãõ delle, em o qual caso, havendo nullidade, nunca o dito desistimento*

mento feito póde validar o auto feito contra Direito, nem dos bens, que de ſua natureza ſão livres ſe fazerem aos vinculados ſem o dito vinculo ſer feito, e poſto conforme a Direito, e por elle approvado, e que faltando, ſe ba de dizer, que a teſtadora faleceo abinteſtada; pois não conſtava de ſua approvaçãõ, mais que do deſtiamento da appellaçãõ, interpoſta a ſentença, visto mais a primeira poſſuidora Dona Antonia em ſeu teſtamento aqui junto, declarar, que deixava a ſeu irmão Simão Sodré os ditos ſeus Caſaes, que ella tinha em Alentejo, os quaes ſe fora já approvado, e determinado o teſtamento, em que lhe foraõ deixados em morgado a Dona Maria para que teſtaſſe dellas, nem os deixaffe, porque ſõmente bens livres ſe teſtaõ, e ſe deixaõ, pelo que mandou, a cauſa da dita appellaçãõ ſe ſeguiffe, e nella da determinaçãõ ſe ſaberia da validade da dita approvaçãõ; por quanto, de nenhuma maneira tinha paſſado em cauſa julgada, ſatisfeito ſe daria no dito Juizo, e terminaçãõ ſobre a materia da reconvençãõ, e por entãõ não deferia, até a cauſa principal deſta validade, ſe não julgar em juizo ſuperior, com todas as partes citadas, a que tocava. E por tanto pagaffe cada hum ſuas cuſtas. 18. de Janeiro de 1628. Francisco Nogueira da Sylva.

305 A qua ſententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata: Iudices. André Velho da Fonſeca. Francisco de Andrade Leytaõ.

306 Nili teſtamentum jam ſit productum in iudicio Reſiduorum, quia tunc donec decidatur nullitas, & habilitatio in iudicio ordinario, non admittitur ſucceſſor, ut pars, ſed tantummodo, ut quilibet de populo, & pars ad petendam erecciónem eſt Promotor, aut Procurator Capellarum, ut iudicatum fuit in cauſa ſequenti.

307 No feito de appellaçãõ dos Condes do Vimioſo, contra a Condessa de Alegrete, Eſcrivaõ Nicoláo de Macedo Pimentel, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Reparando o aggravado, viſtos os autos, e eſte Juizo ſer privativo dos teſtamẽtos, e nelle ſe não poder combecer, e decidir a quem pertence a ſucceſſãõ dos morgados, que he a materia da habilitaçãõ fol 653. Recebo os embargos fol 655. que julgo por provados. viſta ſua materia, e diſpoſiçãõ de Direito, declarando, que não pertence a eſte Juizo a dita habilitaçãõ. E deferindo ao cumprimento da vontade do teſtador, mando, que a embargante dê conta neste Juizo da cobrança das dividas, e do emprego do procedido dellas, e das joyas, a que ſeu marido Mathias de Albu-

querque, Conde de Alegrete, eſtava obrigado pela ſentença fol. 496. a qual obrigaçãõ paſſou na embargante como herdeira do dito ſeu marido, e por tal habilitada, no cumprimento do que requererá o teſtamenteiro dativo a que toca por obrigaçãõ, e tambem ſerá admittido o embargado, querendo fazer, como qualquer peſſoa do povo, em quanto não eſtá habilitado por ſucceſſor em Juizo competente, com que hey por declarado o deſpacho. E pague o embargado as cuſtas dos embargos. Lisboa 8. de Setembro de 1671. Aguiar.

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata: Iudices. Oliveira. Cardoſo. Pereyra de Souſa.

Et ſecundum partitiones factas in iudicio partitionũ debet regulari vinculum, & in iudicio Reſiduorum debet maioratus erigi, ex diſtis à Themud. 3. p. dec. 298. Licet jam ſit erectus per alias partitiones, quæ reformatæ fuerunt propter debita inſtitutoris, quia ultima diviſio ſervanda eſt, & juxta illam faciendum eſt vinculum, & erigi debet maioratus, ut iudicatum.

No feito de appellaçãõ do Procurador das Capellas, e ſeus empregos, com Francisco Monteyro de Barros, Eſcrivaõ Francisco de Vargas, no Juizo dos Reſiduos, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Acordaõ os do Deſembargo, &c. Não foy bem julgado pelo Provedor dos Reſiduos, em julgar por não provados os embargos recebidos do appellante, revogando ſua ſentença, viſtos os autos e como por elles ſe moſtra, que a ſentença, que deu ſeu antecceſſor, em a qual vinculou para a Capella, que de ſua terça inſtituiu o Deſembargador Manoel Gameiro de Barros, os bens que ſe deraõ para pagamento em as partilhas, que ſe fizeraõ por falecimento do dito Deſembargador, na fórma da certidãõ do Eſcrivaõ dellas fol. 10. E por que eſtas ſe emendarãõ em razaõ dos embargos, que a elles veyo o embargãte, aſſim por reſtituiçãõ de menor de que gozava, como em ſerem fundados em documentos, que depois ſe acharãõ, pelos quaes o Juiz dos Orfaõs emendou as ditas partilhas pelos fundamentos declarados em ſua determinaçãõ, em os quaes termo não tinha jurisdiçãõ o Provedor para impugnar, e menos para mandar proceder á execuçãõ pela determinaçãõ das primeiras partilhas, que eſtavaõ emendadas. Mandaõ, que lhos receba dandolhe lugar á prova na fórma ordinaria. Lisboa 9 de Março de 1680. Freyre. Pereyra. Carneyro.

Et hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

311 Sententiam fol. 432. verſ. Reſiduorum Proviſor deſendit ab impugnatione appellantis certificatione nitentis, quaſi regulare ſit ex novis instrumentis ſententiam non retractandi, *L. Imp. ff. de re judic.* illud tamen ſic accipiendum eſt, idque univerſe omnino admittendum particularem ex quocunq; instrumento, unde conſtet veritas de novo reperta, ſi probet ſeſe nullam antea habuiſſe notiſiam instrumenti, quam ignorantiam facile ſuadebit, ex *L. verius ff. de probat.* ſive illud instrumentum ſit teſtamentum, ſive non, namque ſi ante delituerit ( id fortius dicam nondum exiſtens ) ex reſtitutione, quæ minoribus, quoque maioribus conceditur ex juſta cauſa, auditur privatus, ut ſententia retractetur, vel agat apud Principem, vel apud eum, à quo ſententia dimanavit, ita multis relatis tenet *Boer. decif. 307. num. 2. ante fin.* ubi copioſe haſtenus verba formalia, & fideliter tranſcripta, *Garcia de nobilit. gloſſ. 6. § num. 8.* illum ſequitur *Salgad. in labyrinth. p. 3. cap. 1. n. 168.*

312 Tandem ſi ſubhaſtatio, & addictio facta pro eo, quod poſtea non deberi conſtat, nulla eſt, *Gam. decif. 40* & ibi *Addictio, Poſth. poſt tract. de ſubhaſt. decif. 46. num. 4.* *Mangil. de ſubhaſt. q. 112. num. 17.* *Peregrin. de jur. fiſci lib. 6. tit. 4. num. 18.* Cum ex ſententia primæ diviſionis correctoria conſtet defuncti tertia non tantum deberi, quo jure ad indebiti executionem procedetur, cum id, quod virtute ſententiæ jam ſolutum ſit, ſi poſtea non deberi conſtat, conditione ſine cauſa repeti poſſit, ut tenet *Salgad. ſupr.*

Et quæro, unde iſti Proviſori tanta authoritas, ut judicis pupillorum ſententiam continere valeat, ergo appellanti provideatur, & impedimenta recipiantur, ut ſic avaritia, quæ nunc pro reſiduo partes agere videtur, compellatur. Ulyſſipone 25. Februarii 1680.

Idem placet. Carneyro.

Idem judico. Freyre.

313 Ad judicium enim reſiduorum ſecundum concordatæ formam, de qua *Fonſeq. 5. p. dec. 350.* pertinet erectio maioratus ſecundum formam teſtamenti, & poteſt cogere hæredes, aut teſtamentarios, ad hoc ut tradant bona ad illius formationem, erectionemque, ut tenet *Senetor Oliveyra*, quem *Ego ipſe refero in Comment. ad Ord. 4. tom. tit. 50. cap. 1. pag. 187. num. 3.* *Fonſeq. ubi ſupr. & p. 3. dec. 298.*

314 Judex autem erectionis Capellæ, aut maioratus debet eſſe ſæcularis in ſuo menſe, aut Eccleſiaſticus in competenti, ſecundum alternativam, adeo quod ſi aliquis illorum ſe

intromittat in formando maioratu, conſtituto ab inſtitutore mortuo in menſe non ſub, nulliter procedit, ut contra judicem ſæcularem declaratum fuit in cauſa ſequenti.

No feito do Procurador das Capellas, com Marcos de Caſtello Branco, Eſcrivaõ Pedro Nogueira Cardoſo, ſe deu a ſentença ſequinte.

*Vistos eſtes autos, petição fol. 2 do Procurador das Capellas, e deſpacho nella poſto, em virtude do qual foy notificado Fernão Dias Franco, e ſua mãy Francisca Manoel, que não entregaeſſem dinheiro algum pertencente ao emprego da Capella, e morgado, que inſtituiu Paſcoal de Liſboa em ſeu teſtamento, que conſta da eſcritura, e embargos, com que vejo o embargante Marcos de Caſtello Branco ao procedimento da dita notificação, e ſeu acreeſcentamento, que lhe foraõ recebidos fol. 141. contrariedade do A embargado dicto fol. 41. cerçidoens, e mais papeis juntos por huma, e outra parte para ſua prova. Pela do A. embargado ſe moſtra, que o dito Paſcoal de Liſboa no dito ſeu teſtamento, com que falecera no anno de 1640. inſtituiu de ſeus bens a dita Capella, e morgado com encargo de ſeſſenta Miſſas cada anno para ſempre, com vocação de familia, e prohibição de albeação, mandando, que de todos elles depois de pagos ſeus legados, ſe compraſſem bens de raiz, e juros, de que ſe fiçſſe o dito vinculo, e que até o presente ſe não tinha feito, e que ſe devia fazer com o dito dinheiro embargado, e o mais que o embargante tem em ſeu poder, pertencente ao dito Paſcoal de Liſboa, e dizer, que o embargante o queria divertir, ſendo que elle dera hum libello no juizo do Cível deſta Cidade contra Luiz Dias Franco teſtamenteiro que foy do dito Paſcoal de Liſboa, pedindo-lhe grande quantidade de dinheiro, de que dizia ſer o dito Luiz Dias Franco devedor ao dito Paſcoal de Liſboa, que tinha em ſeu poder para fazer o dito emprego para o dito vinculo: e pela eſcritura de compoſição fez o dito embargante com o dito Fernão Dias Franco, e a dita ſua mãy, mulher, e filho do dito Luiz Dias Franco, ſe obrigarão elles a dar ao embargante a quantia de dez mil cruzados, na forma nella declarada, a ſaber ſeis mil cruzados, que o dito Luiz Dias Franco tinha metido na companhia geral do Comercio do Brazil, e quinhentos mil réis em dinheiro, e hum conto de réis, que ſe obrigarão dar-lhe para o S. João proximo paſſado deſte anno de 1667. e que em quanto lho não deſſem, pagar-lhe os redditos delle, a ração de juro de cinco por cento, e que com tudo o R. embargante não tratava de fazer o dito emprego, e que*

e que aſſim o fizera já ſeu pay Manoel Fernandẽs de Caſtello branco, primeiro ſucceſſor da dita Capella, e morgado, que vindo do Reyno de Caſtella, onde era morador, e eſte ſobre eſta meſma fazenda ſe tornou para o de Caſtella, levando grande quantidade de dinheiro, prata, e ouro, e joyas, ſem fazer o dito emprego, nem tratar delle, como o meſmo R. articulou, e o libello que deu contra o dito Luiz Dias Franco, dizendo o A que o meſmo podera fazer o embargante, por ſer natural do Reyno de Caſtella, donde veyo por ração da dita fazenda. E por parte do embargante ſe moſtra, que o deſunto Paſcoal de Lisboa faleceo no mez de Mayo do dito anno de 1640 o qual mez na fórma da conſociedade pertence á conta do dito ſeu teſtamento ao Juizo Eccleſiaſtico, e por conſequinte o emprego, e vinculo, de que ſe trata, como aſſim eſtá julgado por muitas vezes na Relação, e aſſim ſe tomou conta nelle do dito teſtamento, e nos autos della ſe trata do dito emprego, e vinculo, e pela ſentença fol 53 dada no dito Juizo Eccleſiaſtico, ſe julgou ter o teſtamenteiro ſatisfeito, com declaração, que faria o emprego tanto, que cobraſſe o dinheiro do deſunto. O que viſto, e o mais dos autos, e como o deſunto Paſcoal de Lisboa faleceo no dito mez de Mayo, e na fórma da concordata pertence a conta de ſeu teſtamẽto ao Juizo Eccleſiaſtico, e por conſequinte o emprego para o vinculo da dita Capella, e morgado. Fulgo neſta parte os embargos do embargante por provados, e mândo, que eſtes autos ſe remetão ao Juizo Eccleſiaſtico, para nelle brevemente ſe fazer o emprego para o dito vinculo, e no dito Juizo ſe requerer á ſobre o embargo, que ſe fez para o dito vinculo. E pague o embargante os autos ex cauſa Lisboa 21. de Novembro de 1667. Joã Cordeyro Leytaõ.

15 A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatũ, ubi fuit lata ſententia ſequens.

Acordaõ os do Deſembargo, &c. Bem julgado foy pelo Provedor dos Residuos, em mândo remeter ao Juizo Eccleſiaſtico o conhecido da Capella, e morgado, de que ſe trata, confirmaçõ ſua ſentença por alguns de ſeus fundamentos, e o mais dos autos, e declaraõ por nullo todo o proceſſado em ſeu Juizo, por ſer incompetente para conhecer do teſtamẽto, que lhe naõ perencia. Condemnaõ ao embargante nas cuſtas dos autos. Lisboa 8. de Janeiro de 1668. Abreu. Rego. Leytaõ.

17 Hæc ſententia fuit fundata in deliberatione ſequenti.

Viſa concordia, & meſe, quo Capellæ inſtitutor deceſſit, inciviliter, & indebite Ca-

pellarum Procurator contra Marcum appellan-tem ad implementum teſtamenti, & inſpectionẽ honorum ſtabilium, ut vincularentur pro oneribus Capellæ ſatisfaciendis, egit; quo ſuppoſito Proviſor cum incompetens Judex eſſet, nullum proceſſum judicare debebat, & Procuratorem in illius expenſis condemnare; arreſto tamen in ſuo vigore manente, jubendo quod acta tantum ad illud pertinentia Eccleſiaſtico Judici remitterentur, ut ita melius adimpleretur deſuncti voluntas, & vinculum Capellæ effectum habere potuiſſet; duobus enim funibus, tam arreſti, quam cenſuræ indiget negligentia, ingratitude, & parvus Dei timor hujus hæredis, & Paſchalis anima, quam ego ſuper meã aſſumere nolo: hoc namque ita factõ, ſi Eccleſiaſticus Judex negligens etiam fuerit, Deo villicationis tuæ rationem reddet, ſic confirmato, & revocato Proviſore. Ulyſſipone 6. Februarii 1668. Oliveyra.

Acta geſta coram Proviſore, utpote in-<sup>918</sup>competenti, nulla declaranda fore non eſt ambigendum: hinc tamen provenit, quod videatur retractanda ſequeſtratio, utpote nulliter facta: ita ſane judicaſſem, niſi proclamaret pietas cauſæ pro executione teſtamẽti, increpans cunctantes hæredes, appellan-tem, ipſiusque patrem, ut igitur novæ rumpantur, & appellans cogatur ad obſequium ſupremæ voluntatis, ut ait Papin. in L. hæreditas 53 ff. de petit. hæred. remittantur acta Eccleſiaſtico Judiciõ, ut agatur citius de implenda voluntate teſtatoris: poſſunt etenim ibi eadem acta probari & ex illis Judex ad ulteriora procedere, Valaſc. conſ. 65. in ſin. Laucelot. de attent. 2. p. cap. 6. num. 53. Cabed. p. 1. decif. 36. num. ult. Vri. decif. 331. num. 1. & 2. Vanuſque penitus eſt timor appellantis credentis non poſſe ab Eccleſiaſtico Judice diſſolvi ſequeſtrum ab alio factum, cum tota ratione cauſæ jurisdictio ad eum ſpectet, poſſitque ratum habere ſequeſtrum, præcipue cum ad illud remitteretur ab eo, qui ipſum decrevit.

Circa expenſarum damnationem Proviſorem confirmarem, ne alias appellatus metu <sup>319</sup>hujusmodi condemnationis ab officii ſui munere exercendo deterreatur, & cauſas, quas fovet, derelinquat, quas jam dolet regulariter deſtitutas, Ord. lib. 1. tit. 50. §. 1. & hac de cauſa toties excuſari debet appellatus ab expenſis, quoties de evidenti illius calumnia in movenda lite non apparat, quamvis detur præſumptio, de qua ratione officii litem movendo non tenetur juxta regularem L. 2. Cod. qui arvis non poſſ. L. 1. ff. ad Turpil. late Gutier. præct. lib. 3. q. 21. numer. 15. & 16.

*Jul. Clar. in §. fin. q. 62. vers. dixi supr.* At vero ex actis non deprehenditur appellatus in evidenti calumnia, ut expensarum, vel damnorum pœna ei erogetur: nec dolose constat prosequutum fuisse appellantem, immo istius in implendo testamēto improbanda segnities, & culpabilis mora ita apparet, ut pro ea cohibenda cogamur interim sustinere sequestrum, donec provideat Judex Ecclesiasticus, confirmetur igitur Provisor nullitate actorum declarata. Ulyssipone 28. Septembris 1668. Leytaõ.

Cum proximo Domino conveniunt Rego. Abreu.

320 In qua formatione debet Judex Residuorum observare partitiones factas in judicio ordinario, ut diximus supra, aut voluntatem testatoris, si fecerit inventarium, & si solutis debitis, & legatis nihil inveniatur in bonis, nihil manet ad vinculum & cessat dispositio, quando testator residuum relinquit ad maioratus erectionem, ut supra diximus ex *L. quod Sabinus §. idem ff. hered. inst. ibi: Ex reliqua parte hæres esto: quoniam cum nihil reliquum sit, ex nulla parte hæres institutus est, Castill lib. 4. contr. cap. 20. numer. 20. Cesar Carena resol. 91. numer. 2. de qua re est videndus Themud. 3. p. dec. 298. Phœb. decis.*

321 45. Quod procedit, licet institutor dicat habere multa bona, quo casu, & maxime si fuerit negotiator idem procedit quia homines plus cogitant habere quam habent, *L. in fraudem ff. qui, & à quibus in unum ff. ibi: Sæpe enim de facultatibus suis amplius quam in his est, sperant homines, quod frequenter accidit, his, qui transmarinas negotiationes, & aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent, quod sæpe attriti istis negotiationibus longo tempore id ignorant, §. in fraudem qui & ex quibus caus. man. Apocalyps cap. 3. vers. quia dicit.*

322 Et facti maioria de pluribus bonis, & rebus, si constitutus non unum remillarum alienaverit, quoad illam est revocatus maioratus, & quod magis est quamvis dictam rem rehibeat, non reincidit in maioriā, ut per hæc verba tradit *Gregor. Lop. 40. tit. 9. part. 6. & in L. 21. tit. 1. gloss. 1. part. 6. Angul. de meliorat in L. 1. gloss. 7. tit. 5. lib. 5. ex numer. 7. verbo, in parte revocar. Ripa in L. fin. q. 62. num. 208. Cod. revocand. donat. Azved. in L. 4. tit. 7. lib. 5. numer. 1. Taur. in L. 17. Taur. Tello Fernand. in d. L. 17. numer. 117. Mier de maior. p. 1. q. 43. num. 37. vers. duo, & num. 70. Menoch conf. 103. num. 23. & 36.*

323 Idem in legatis tradit text. in *L. rem legatam ff. adimend. leg. L. fideicommissam §. si rem*

*leg. ff. 3. In donatione causa mortis DD. in L. Stichum qui ff. leg. 1. & in donat. inter virum, L. cum hic §. si maritus ff. donat. inter L. si ex toto ff. leg. 1. & est potentior hæc tacita revocatio, quam expressa, L. si alienam §. Marcellus ff. donat. caus. mort. L. cum maritus §. mulier ff. de pact. dotal. L. quæsitum §. precar. Mier. ubi supra.*

Quod intelligendum est in maioratu erecto in contractu revocabili, aut testamento, non vero in maioratu irrevocabili, quia maioratus irrevocabilis factus in contractulucrativo, aut oneroso, vel alio simili modo irrevocabili, sicut expresse non potest revocari, multo minus tacite, ut per hæc verba inquit *Mier. d. q. 43. n. 82. vers. & in hac.*

Ideoque maioratus erectus in contractu dotali, ex quo filii habent jus quæsitum, nec per ingratitudinem potest revocari, ut ex *Molin. Cost. & aliis tenet Olea de cess. jur. & act. tit. 2. q. 7. n. 19. & 20.*

Sed potest maioratus erectus revocari in bonis, licet sit factus certorum bonorum in contractu irrevocabili per constituentem, & assignantem, cum in mutatione non consistat substantia maioratus, & possint alia bona æquivalentia subrogari, *Angul. de melior. lib. 3. gloss. 2. num. 4. Tell. Fern. in L. 20. Taur. num. 14. Castill. lib. 4. contr. cap. 35. numer. 60. & 61.*

Si aliquis suscepit mandatum ad emendam rem ad maioratus erectionem, & ei tradita fuit ad emptionem pecunia, & quando emit, fecit suo nomine, & postea declaravit facere emptionem ad maioratum, vel simpliciter emit, præsumitur fecisse nomine illius, a quo accepit pecuniam ad maioratus erectionem, maxime si id declaraverit postea, *Salgad. in labyrinth cred. 2. p. cap. 24. numer. 1. Noguerol. alleg. 20. & numer. 33. 34. 35. 36. & seqq. Hodiern. ad Surd. dec. 15. numer. 27. & seqq. Cass. conf. 40. num. 18. Et sine declaratione iudicatum fuit in causa sequenti.*

No feito de Dona Felippa de Noronha, com o Procura dor da Fazenda de Sua Magestade, Escrivaõ da o Coõa, se deu a senõça seguinte.

*Acordaõ, &c. Que vistos estes autos, libello da A Dona Felippa de Noronha, contrarietade do Procurador de Sua Magestade, que para a causa foy citado, mais antigos recibidos, papeis, e documentos juntos, e prova de testemunhas. Mostra a dita A. ser filha legitima mais veiba, que ficou de Antonio de Mattos de Noronha, a quem pertencem os tres morgados, de que trata, e em seu libello instituidos por Dom Henrique de Noronha, e D Antonio de Mattos de Noronha, Bispo que foy de Elvas,*

Elvas, e de Dona Felippa Cardoso, por ser sua irmã inteira, e mais velha do Conde de Arma Mar, Ruy de Mattos de Noronha, condemnado, e executado em pena de morte, pelo crime de Lesa Magestade, ultimo possuidor que foy dos ditos morgados, sem ficar que a precedesse na successão, do que senão duvida nem o Procurador de Sua Magestade o contradiz, vista a prova, e disposição de Direito, e por conseguinte, pertencerem á dita A os fructos dos dous morgados do dito Bispo, e de Dona Felippa Theresa, e suas pertencas, conforme as clausulas dos instituidores delles pelas quaes os instituidores ouveraõ por privados os possuidores, que cõmetessem o dito crime de Lesa Magestade, ou machinarem, e tratarem: o que aconteceu em termos no dito Conde, cuja morte aconteceu a 29. de Agosto de 1641. e começou a machinar, e tratar o dito crime no mez de Abril do mesmo anno, em que os fructos, e rendimentos dos ditos morgados estavaõ pendentes, e não vencidos; pelo que não pertenciaõ ao dito Conde, o qual fim lamenta para os ditos fructos falta ao morgado instituido por D. Henrique de Noronha, para pertencerem á dita A. vista a disposição do instituidor fol. 52. e fallando do crime de Lesa Magestade, em que dispoz, que o possuidor delle não perdesse o morgado, cõmettendoos, antes passasse ao successor legitimo, e executou as palavras seguintes. E quando muito, poderá perder os usufructos em sua vida. Pelo que estes, não pertencem á A. senão ao Fisco, como outrosim pertence ao mesmo Fisco a vinha grande do Fragal do morgado de Dona Felippa Cardoso, por ser prazo de vidas, que ordinariamente não podia entrar nelle, e no que toca ao Casal da Lagem contheudo na dita instituição do morgado do Bispo, e posto que se mostra ser foreiro, não he em vidas, mas fatheosim, como consta do appenso 1. e 2. e a notificação, que o instituidor ordenou se fizesse ao direito Senhorio, antes de se tomar posse do dito Casal, para se incluir no morgado, se presume, que interveyo pela posse, e tempo, que passou nas vidas dos possuidores Antonio de Mattos de Noronha, e seu filho o Conde de Arma Mar, pelo que ficou incluído no dito morgado; quanto mais, que a necessidade da dita notificação para o dito effeito, cessou com a Provisão do dito Bispo instituidor fol. 25. que deu poder ao dito Antonio de Mattos de Noronha, para tomar posse do dito Casal, como tomou. E assim tambem se deve ter por de morgado as Azenhas de Castello de Vide, ou cabeça de vidas, sitas na Ribeira de Vide, por serem possuidas por tempo bastante, conforme a Direito para se terem

por de morgado. Não se mostra bastantemente por parte do Procurador de Sua Magestade, q̃ as casas da Cutelaria, e Beco do Pato, sejaõ de fora do morgado, porque ainda que não estejaõ declaradas na instituição, que fez o Bispo Dom Antonio de Mattos de Noronha, com tudo foraõ adjudicadas com outros bens para o mesmo morgado nas partilhas, que se fizeram por morte de Antonio de Mattos de Noronha. Sobrinho do dito Bispo, primeiro possuidor delle fol. 89. e sequente no anno de 1629. precedendo justificação de como o dito Antonio de Mattos tinha em si vinte e tres mil cruzados, para se empregarem em bens de raiz restantes dos quarenta e oito mil cruzados, que o dito Bispo mandou empregar na instituição, que fez, por senão haverem empregados mais, que vinte cinco mil cruzados, o que consta do padraõ appenso, e assim ficarão as ditas casas sobrogadas em lugar do dinheiro, e furtindo natureza de morgado com os mais bens adjudicados nas ditas partilhas dicto fol. 89. em que entra a prata, e tapeçaria a fol. 72. O que tudo visto, e o mais dos autos, e appensos, e disposição de Direito, julgaõ, e declaraõ pertencerem á A. os tres morgaos sequestrados. E mandaõ se lhes entreguem com os fructos delles, na maneira assim declarada, em que se incluem entre os mais bens o Casal da Lagem, as Azenhas da Ribeira de Vide, as casas da Cutelaria, o Casal da Borraca de Santarem, prata, e tapeçaria adjudicadas dicto fol. 89. contheudas no inventario a fol. 72. exceptos os fructos dos morgados, que instituiu Dom Henrique de Noronha, que julgaõ pertencerem ao Fisco Real em vida do Conde, e o prazo de vidas da vinha do Fragal, e outrosim julgaõ pertencer ao dito Fisco, e outrosim o coche, que ficou do dito Conde. E quanto ás quatro alcatifas, ditas grandes, e duas pequenas, as julgaõ á dita A. a quem se entregarão, visto provar ser elbe dadas, e no que toca á prata, caixoes, e peças, que tem as Armas do Arcebispo de Braga, e seu sinal, e que elle possuia, não deferem, ficando reservado á A seu direito, e ás partes que o pertenderem, para requererẽ; o que lhes parecer, em Juizo competente, e seja sem custas. Com declaração, que a prata, e peças, e bens adjudicados no dito morgado se entreguem á dita A. presentes os Ministros, que fizeram os inventarios, e os Ourives, que fizeram a avaliação da dita prata. Lisboa de Setembro 18. de 1642. Sousa Mello. Porto. Fuy presente Pinheiro.

Quod non procedit, quando facta fuerit ab e mente declaratio contraria absque fraude, aut res non sit capax vinculi, quia tunc licet

licet postea dicat fuisse emptam rem ex pecunia maioratus, non cēsetur ex illa erectus, nec habet locum actio reivindicacionis intentata à successore, ut iudicatum fuit.

No feito de appellação de Dom Lopo Rodrigues de Evora, e Veiga, contra D. Isabel Henriques, Escrivão Manoel Gomes Machado, se deu a sentença seguinte.

*Vistos estes autos, &c. Mostrase por parte do A. que no testamento, com que faleceu Nicolao da Veiga, Cavalleiro da Ordem de Christo, instituiria de seus bens hum morgado, e para a sua constituição ordenou, que os dito bens fossem entregues a Martim Alonso de Palma, e por elle, e os mais testamenteiros, que nomeava, fossem vendidos; e do procedido delles se constituisse o dito morgado. Mostrase, que succedendo na dita testamentaria o Padre Nicolao da Veiga Ximenes, tendo em seu poder novecentos mil reis dinbeiro, procedidos dos ditos bens, para os haver de empregar em fazenda de raiz para o dito morgado, com effeito arrematara em seu nome cō o dito dinbeiro huma casca, sitas nesta Cidade d' Cordoaria Velha, em que está a Botica, faltando ao tempo em que fizera a dita compra, com a declaração de que as ditas cascas eraõ para o dito morgado: e celebradas as Pazes deste Reyno com o de Castella, fizera o dito Padre Nicoláo da Veiga Ximenes entrega das ditas cascas a Dona Isabel Maria Pacheco, mulher de seu sobrinho Dom Lopo de Menezes, que era o successor do dito morgado, imaginando, que lhe haviaõ ficado filhos, de que se fez a escritura, da qual tendo ao depois noticia o A. e sabendo, que do dito Dom Lopo de Menezes não havia ficado descendencia, e que no tal caso entrava elle a succeder no dito morgado, e que com effeito entrara na posse delle; advertira ao dito Padre Nicoláo da Veiga Ximenes, o erro com que havia feito a dita escritura fol. 24. e em razão desta advertencia fizera o dito Padre Nicoláo da Veiga Ximenes ao depois a outra escritura fol. 7. declarando nella em como comprara as ditas cascas, como testamenteiro do instituidor Nicoláo da Veiga para o dito morgado, que ordenara em seu testamento, e que assim pertenciaõ ao possuidor, que fosse em qualquer tempo do dito morgado. Mostrase finalmente, estar de posse das ditas cascas a R. sem titulo algũ juridico, pois o que tinha pela escritura fol. 7. estava convencido de menos verdadeiro pela outra escritura de declaração fol. 7. e que assim sendo o A. o possuidor do dito morgado, lhe pertenciaõ as ditas cascas como compradas com o dinbeiro do instituidor, para ficarem com o dito vinculo, e nesta conformi-*

*dade devia a R. ser condēnada na restituição das ditas cascas, com as fructos da individa occupação até real entrega. Defendese a R. mostrando, que as ditas cascas rematara em praça publica o Padre Nicoláo da Veiga Ximenes em seu proprio nome, e com o seu proprio dinbeiro, e que não era do instituidor, como erradamente dizia o A. e que pela razão de serem suas proprias, e havellas comprado com o seu dinbeiro, fizera della doação irrevogavel a Dona Isabel Maria Pacheco, casada com o dito Dom Lopo de Menezes, chamando a sua sobrinha, e estando a dita Dona Isabel em virtude da dita doação de posse das dita cascas, as vendéra por mão de seu Procurador Antonio Soares de Mello, a Antonio de Torres, filho della R. como consta da escritura fol. 7. o qual, para se assegurar na compra, que fazia das ditas cascas, valendo-se da disposição da Ordenação do lib. 4. tit. 6. fizera editos, na fórma da dita Ley, consignando o preço em juizo, e que precedendo as ditas diligencias, foraõ julgadas ao dito comprador as ditas cascas por livres, e desobrigadas de quaesquer encargos, que tivessem, excepto o de foro, que pagavaõ á Sé desta Cidade, em cujo titulo, e boa fé entrara na posse das ditas cascas o dito comprador Antonio de Torres, e por sua morte, a R. sua mãy, como sua herdeira universal. Mostrase finalmente, que havendo adquirido direito a dita D. Isabel Maria Pacheco ás ditas cascas, pela escritura irrevogavel de doação que lhe fizera o dito Padre Nicoláo da Veiga, senão podia retrogar a dita escritura fol. 5. e 7. nem em prejuizo do direito, que havia adquirido o dito Antonio de Torres pelo titulo de compra, nem ella R. pelo de herdeira, sem serem citados, e vencidos, com o que por nenhuma via tinha lugar a aução intentada pelo A. de que ella R. devia ser absoluta. O que tudo visto, com o mais dos autos, disposição de Direito neste caso, e como por parte do A. senão prove ser o dito dinbeiro, com que o dito Padre Nicoláo da Veiga comprara as ditas cascas, procedido dos bens do dito instituidor, a qual prova devia ser concludente nos termos presentes, por assistir em contrario a presumpção de Direito, de serem as ditas cascas compradas com o proprio dinbeiro do comprador, maiormente faltando ao tempo da rematcação em declarar serem compradas com o dinbeiro do dito defuncto, para a constituição do morgado, que ordenava, sem que obste a declaração, que ao depois fez pela escritura fol. 5. por esta se presumir dolosa, e se não poder por ella em nenhuma materia haverse de revogar a escritura de doação inserta a fol. 47. ver-se-fei-a-anterior-*

teriormente por ſer celebrada por contrato irrevogavel, que ſe não podia desfazer, ſenão pela cauſa de ingratição, ou outras, que o Direito diſpoem ſómente, para ſe poderem revogar ſemelhantes doações, o que não ouve no caſo preſente, ſem que obſte o fundamento, q̄ em contrario ſe tomou, de que ſendo feita a dita doação á dita Dona Iſabel Maria Pacheco, pelo dito Padre Nicolao da Veiga Ximenes, pela ração de ſer ſua ſobrinha, e que ſendo eſte proteſto falſo, ficava ſendo nulla a dita doação, porquãto ſe prova deſtes autos, ſer o marido da dita Dona Iſabel, Dom Lopo de Menezes, ſobrinho do dito Padre doador, e aſſim ſe não póde dizer, que fora feita a dita doação por falſa cauſa em o dito Padre chamar ſobrinha á mulher de ſeu ſobrinho, e por eſſe reſpeito, fazerlhe a dita doação, e como outrosim ſe prova, que as ditas caſas ſão foreiras em tres vidas ao Cabido da Sé deſta Cidade, em fora de quinhentos e trinta reis, como ſe vê da certidão a fol. 46. verſ. e que no tempo em que o dito Padre as comprara, pedira logo renovação das vidas, ſendo elle a primeira vida, ſe corobora, que o dito Padre as comprara para ſi, e não para o morgado, por não poderem ſer ſogeitas ao dito vinculo, pela natureza que tinhaõ de ſerem foreiras em vidas. Pelo que tudo abſolvo a R. do pedido pelo A. em ſeu libello, a qual condẽno nas cuſtas dos autos. Lisboa 18. de Outubro de 1678. Antonio Leytaõ Rombo.

341 A qua ſententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatũ, ubi fuit confirmata: Iudices. Moulinho. Andrade Rua. Pereyra.

Et hæc ſententia fuit fundata in deliberatione ſequenti.

342 Qui aliena pecunia comparat, non ei, cuius numi fuerunt, ſed ſibi, tam actionem empti, quam dominium, ſi ei tradita poſſeſſio, quærit: ſunt formalia *Imp.* verba in *L. qui aliena* 8. *Cod. ſiquis alteri, vel ſibi*, quam regulam probat etiam *text. in L. ab ea ff. de negot. geſt. L. & magis ff. de ſolutionib. L. ſi ex pecunia, L. ſi ut proponis Cod. de reivend.*

343 Hanc regulam in præſenti doctiſſimus Actoris Patronus, ex *Noguerol. alleg. 20. à n. 33.* ubi plures, & plura congerit, limitare intendit, ſed non æquẽ. Primo, quia pecuniam ad maioratum pertinentem, penes Nicolaum emptorem fuiſſe neutiquam oſtenditur. Secundo, quia ut diligens, & doctus Reæ advocatus in peroratione, ex *Molin* ab eo citato recte adnotavit, emptor ſibi expreſſim, & non maioratui, vel cui emeret tacendo, domum comparavit. Tertio, quia domus, cum emphyteutica ad generationes fit, maioratui annecti nequit, *Gam decif. 70. num. 1. Cabed.*

1 p. decif. 130. num. 2. *Phæb. decif. 5. numer. 2.* pluribus *Additio ad Molin. lib. 4. cap. 10. num. 71. & 72.* & ita ſuccedit doctrina ejuſdem *Molin. lib. 4. cap. 4. num. 34.* ibi: *Si vero res empta nobilis ſit, vel ejus nature, ut in maiorem ſubrogari non valeat, contrarium dicendum erit.*

Nicolaus ſibi expreſſim domum comparavit (dato, non oſtenſo pecuniam ad maioratum attinentem penes ſe habuiſſe) renovationem ſibi, ſuoque nomine à directo domino impetravit, ut fol. 74. liberam, & ſuam elle fol. 53. verſ. adſtruit, quid ergo.

Instrumentum illud declarationis floccipendo, vel ex illo unico fundamento, quod domus emphyteutica fit, & à dicto Nicolao in Eliſabetham, nominationis titulo, cum rei traditione tranſlatam, unde dictam nominationem, maxime interveniente directi Domini conſenſu fol. 57. verſ. revocare non poterat ex *Ord. lib. 4. tit. 36.* confirmetur igitur optime judicatum. Ulyſſipone 15. Aprilis 1679. Pereyra.

Ejuſdem fuerunt ſententiæ. Andrade Rua. Moulinho.

346 Quid dicendum, ſi in contractu dotis fuit promiſſa certa quantitas pecuniæ cum vinculo maioratus, ad hoc ut emerentur bona ad illius erectionem, & poſtea empta fuerunt abſque declaratione à marito, an hæc bona dicantur empta ad erectionem maioratus ex dicta pecunia ad emendam rem traditam, & ſi poſtea vendantur, competat ſucceſſori reivindicatio, ad hoc ut declaretur talem emptionem fuiſſe factam ad maioratum? Videbatur dicendum, quod ſic ex *Noguerol.* & aliis citatis ſupra. Sed contrarium fuit judicatum in cauſa Comitum de Villa Frol, cum D. Maria Joſepha, ſobre a quinta de Arroyos, me patrocinate, & non obſtante dicta allegatione *Noguerol.* & aliorum, de quibus ſupra.

Dicitur etiam maioratus erectus per ſententiam, per partitiones, per confeſſiones, per lapſum temporis, ut diximus ſupra, & per alios modos, de quibus infra, & ſupra.

Et erecto principaliter maioratu ſuper aliquo caſtro, vel alia re conſpicua, ac in aliis prædiis, ac bonis acceſſorie, ſeu conſequentive annexis, ſi caſus præbeat, aut caſtrum præter voluntatem teſtatoris, aut inſtitutoris, alteri deſeratur, ſan remaneat maioratus in aliis bonis erectus, vel non: reſolvit *Luca theatr. verit. & juſt. de fidei commiſſ. ſeu maior. tom. 10. diſcurſ. 4. n. 9.*

349 Quidam teſtator diſpoſuit hæc in forma, poſt nominationem hæredis in principio factam, reſtrinxit nominationẽ cum verbis ſequenten-



quentibus: *Para que disponha dos ditos bens na forma que lhe tenho communicado em segredo, e ha de ser com qualidade, e condigao, que ha de fazer morgado nas pessoas, que lhe tenho dito.* Primus nominatus, & hæres è vita decessit, absque declaratione tecreti, & erectione maioratus, & bona remanserunt apud suos hæredes, quæsitum mihi fuit, an ex hac dispositione post mortem hæredis maioratus fuisset erectus ad consanguineos testatoris ab intestato, an vero pertinerent libere ad hæredes commissarii, qui absque declaratione dispositionis è vita decessit? Et resolvi esse constitutum, & erectum maioratum, & pro facto haberi debet ad consanguinei proximi institutoris favorem, & non pertinere bona ad hæredes commissarii, ex *L. 36. Tauri*, ibi: *Quando el commissario no hizo testamento, ni dispuo de los bienes del testador, por que passó el tiempo, o por que no quiso, o por que se morio sin hazerlo, los tales bienes vengam derechamente a los parientes del que le dió el poder, que huviessem de heredar sus bienes ab intestato.* De qua re circa tempus est *L. 33. Tauri*: & ita pertinent bona per viam maioratus consanguineo proximiori succedenti ab intestato ex præsumpta voluntate testatoris, de qua in *L. consiciuntur 8. ff. de jure codicillor. §. 1.* ibi: *Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur Paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem, & in illius favorem succedit providètia juris, de qua in princip. institut. de hæreditatib. quæ ab intestat. deferuntur, & ei assistit dignitas Prætoria, de qua in L. Pater substituto 10. §. 1. ff. de captivis*, ibi: *Non esse alieni Prætores subsequi non minus patris, quam legis voluntatem* de qua re *Cresp. de Valdaur. obs. 41. num. 100 in med. & num. 102.* Atque ita habetur maioratus pro facto, & erectus, & pertinet successio consanguineo proximiori institutoris, quia illos consanguineos non potest excludere, proprios vocando tacite, aut expresse, ut eleganter fundat in terminis respondendo ad contraria, *Noguerol. alleg 9. num. 7 & seqq. & per tot. & in fortioribus terminis Castill. 4. tom. contr. cap. 36. num. 20.*

350 Neque obstant, quæ tradit *Azeved. in L. 6. tit. 4. lib. 5. recopilat. numer. 22.* ubi inquit, quod quando testator relinquit bona cum secreto testamentario, non tenetur rationem reddere, nec declarare personas comunicatas, in qua testator sibi commisit expendere, tum quia dispositio erat certa ad maioratum constituendum, & in illum erigendum debebat expendere, ut inquit *Noguerol. supra.* Tum

etiam, quia hæc regula limitatur, quando res expendendæ reperiuntur penes ipsum testamentarium, nam tunc datur fraus, & tenentur testamentarii, eorumque hæredes rationes reddere, ut fatetur idem *Azeved. num. 23. Castill. tom. 6. contr. cap. 182. num. 1. in fin. versic. quod Sanch. in consiliis moralib. lib. 4. cap. 1. dub. 49. n. 3.*

Et ita repertis bonis apud hæredes, datur fraus, & tenentur rationem reddere, & maioratus dicitur erectus, & habetur pro facto in consanguineis testatoris, & non testamentarii, ut tenet *Noguerol. d. alleg. 9. per tot.* Non transit enim facultas erigendi maioratum ad hæredes, nec transmittitur, sed morte finitur, ut est *textus in L. siquis arbitrato 43. ff. verbor. obligat. 1. cum quidem 24. L. unum ex familia ff. legat. 2. & in terminis commissarii Olea in 2. edition. tit. 3. q. 1. numer. 49. & 50. Castill. tom. 6. contr. cap. 183. numer. 10. & 11. de qua re vide eundem Castill. cap. 120. n. 10. 11. & 27. & lib. 4. cap. 36. numer. 16. & seq.* ex quibus firma manet nostra resolutio, & ex dictis à *Noguerol. d. alleg. 9.* ubi ad varias quæstiones.

Anno 1626. Michael de Cabedo de Valconcellos, & uxor sua D. Brites de Sá, & Brito, unusquisque ad secundas nuptias convolvit relictis filiis ex primo matrimonio, & matrimonio contracto, & eo constante dicta D. Brites fecit dotem filia suæ, ad nuptias contrahendas cum suo privigno filio mariti, vocato Jorge de Cabedo, & promisit in dotem tertiam existentem tempore mortis cum vinculo maioratus per contemplationem, & causam dicti matrimonii futuri contrahendi cum dicto Jorge de Cabedo, ibi: *Para casar com o dito Jorge de Cabedo & ibi. Ficando o dote desta terça feito a elles ditos futuros noivos.* Non habuit effectum dictum matrimonium, ex qua causa dicta D. Brites simpliciter tertiam dotavit alteræ filia, quæsitum mihi fuit, an maioratus fuisset institutus, & prima dos valeret, licet matrimonium non sequeretur, an potius servanda esset secunda dos posterior facta alteræ filia.

Resolvi primam dotem esse revocabilem, & non producere effectum non sequito matrimonio, nec impedire posse effectum secundæ dotis, quæ observari debebat, nam relicta quæstione, an quando donatio sit ex causa, contemplationeque matrimonii, sit matrimonium causa finalis, vel impulsiva matrimonii, de qua cum multis *Olea de cess. jur. & act. tit. 2. q. 7. numer. 23. & 4. Portugal de donat. Reg. tom. 1. preclud. 2. n. 59. & 109. Torres de pact. futur. success. dec. 98. & lib. 2. cap. 33. num. 238.* Certum est, quod donatio facta

facta in causa dotis continet conditionē, si matrimonium sequatur, licet in scriptura dotali non dicatur, intelligitur, si nuptiæ sequantur, *L. dotis promissio, L. stipulationē ff. de jur. dot. ibi: Stipulationem, quæ causa dotis fit, constat habere in se conditionem hanc, si nuptiæ fuerint sequutæ, & ex prædictis, & aliis iuribus tenet Bart. in L. Titio centum §. Titio genero ff. cond. & demonst. Barb. in L. cū dotem in principio num. 51. vers. item Portug. de don. d. præl. 2. n. 71. & seqq.*

314. Atque ita non sequitis nuptiis non debetur dos, ut probat *Ord. lib. 3. tit. 25. §. 5.* & si tradita sit, eo non sequuto, potest revocari, & repeti datum per conditionem ob causam non sequitam, ut tenet *Portug. d. prælud. 2. num. 73. & seqq.* ubi multa jura, & DD. refert, & ultra eos mihi probatur ex *text. in L. item quia §. 1. ff. de pact. ibi: Et nuptiis non sequitis ipso jure evanescit stipulatio, L. licet eod. tit. ibi: Matrimonij causa acceptilationem interpositam non sequitis nuptiis nullā esse. L. si extraneus ff. cond. caus. dat. ibi: Non quasi causa non sequit a habere potest conditionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio sequuto, L. dotis fructus §. proinde ff. de pact. *Cassan. cons. 2. num. 30. & seqq. Gratian. forens. cap. 96. n. 23. & 24. Torres de pact. fut. success. dec. 98. n. 9.**

315. Et licet si donatio fiat irrevocabiliter ex causa incerti matrimonii, revocari non possit, quamvis donatarius uxorem non ducat, ut ex *gloss. & DD. in L. 2. §. fin. ff. de donat. Cast. cap. 172. lib. 5. & aliis tenet, & exornat Olea de cess. jur. & act. tit. 2. q. 7. n. 5.*

316. Attamen res se aliter habet in donatione, contemplationeque certi matrimonii, nam eo non sequuto, nulla, & invalida est donatio propter defectum causæ finalis, & revocari poterit, quamvis clausulæ quæcunque adjectæ essent de non revocando, & etiam si præcessisset rerum donatarum traditio, ut ex *Castill. cap. 119. tom. 6. Noguero. Mier. Her. mosill. Cutel. & aliis concludit Olea d. q. 7. n. 6.* ut inquit procedere, tam in dote facta à patre, quam ab extraneo, & quamvis per filium non stet, ut matrimonium non contrahat, & *num. 7.* quod licet cum alia contrahat, non debetur ex iuribus, & DD. de quibus ibi, & *Torres d. dec. 98. in fin. & lib. 2. cap. 33. num. 242. & 243.* ubi idem in donatione ad suscipiendos sacros ordines, de qua etiam *Olea supra.*

Et non solum inquit *n. 8.* revocationi donationis est locus, si matrimonium non habeat effectum, sed etiam si contractum sit, si tamen propter aliquod impedimentum postea nullum declaretur, *Giurb. observ. 38. num.*

16. *Barb. vot. 69. Add. ad Molin. Larrea, & alij tenent, quos refert d. Olea d. num. 8 & ultra eos Portug. de donat. d. prælud. 2. n. 82. Torres d. lib. 2. cap. 33. n. 243.*

Idem in ereptione, & constitutione maioratus facti ad certum matrimonium, cessare, & posse revocari, si nuptiæ non sequuntur, tenet *Tell. Fernand in L. 17. Taur. num. 76 & 77 Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. numer. 18 Mier. de maior. p. 1 q. 39. numer. 11. Angul. de melioram in L. 1. gloss. 7. numer. 9. & gloss. 10. num. 2. vers. contrarium, Matienç. in L. 1. tit. 6. lib. 5. recop. gloss. 8. numer. 9. & 10. Azeved. ibid. numer. 41. Baeça de non meliorand. cap. 21. num. 10. & seqq. & num. 17. Molin. de just. & jur. lib. 3. disp. 584. num. 3. vers. quando maioratus, Barb. in L. si cum dotem in principio. numer. 50. 51. & 52. ff. solut. Molin. in tract. de rit. nupt. lib. 3. q. 6. numer. 52. & 60. Fontanel. de pact. nupt. claus. 4. gloss. 1. num. 50. & 53. & gloss. 7. numer. 34. Castill. lib. 5. cap. 119. num. 8. & 10. vers. quarta conclus. & num. 16. 17. & seqq. 23. & 24. omnino videndus in fortioribus terminis *Cald. cons. 52. num. 8. 9. 11. & 13. & respons. 6 per tot.* ubi de maioratu constituto, & approbato per Regem, de qua re idem *Castill. d. cap. 119. num. 4.* Ampliant ad casum vocationis transversalium *Add. ad Molin. lib. 4. cap. 2. numer. 18. vers. ceterum, Larr. dec. 33. num. 60. & 67 Aug. Barbo. vot. 69. & Castill. d. cap. 119. numer. 11. & num. 36. vers. id circo,* his verbis concludit. Id circo, quamvis aliorum quoque favore vinculi institutio facta fuerit, siue alii vocati sint, vinculumque perpetuum instituat, id ipsum servandum est, quia semper censerī debet vinculum institutum, & aliorum vocationes, aut substitutiones ita demum factæ, si existentia conditionis, quæ tacite inest, hoc est, si matrimonium sequutum fuerit, prima, & principalis substitutio, & vocatio exitum habuerit, atque extiterit, idemque probat *Olea d. q. 7. numer. 10. 2. edit. Utrum autem erectio maioratus facta in capitulis matrimonialibus restricta, & limitata ad filios unius matrimonii, eo non sequuto, extendatur ad filios alterius matrimonii, vel cesset maioratus, & possit revocari? Disputant Larr. decis. 33. Molin. de ritu nupt. lib. 3. q. 11. Castill. de alim. cap. 53. præcipue numer. 22. Cutel. de donat. tract. 2. discurs. 1. special. 36. Rot. post tract. labyrinth. credit. d. 87. & 88. Olea d. q. 7. num. 7. de qua re *Castill. tom. 4. cap. 60. num. 50. & tom. 6. cap. 174.* de maioratu ex duabus causis erecto, an si una cesset, alia existat, sufficiat ad illum sustinendum: & vide *cap. 119. num. 37.* de qua re *Rot. post Salgad. d. dec. 87. numer. 11. & Add. ad Molin. lib. 4. cap. 2.***

num. 18. *vers hęc conclusio, & Castill. d. num. 37. cap. 119.* tenent, quod licet matrimonium non sequatur, maioratus manet erectus, & manet perpetuus in transversalibus, & familia ex rationibus, de quibus *Salgad. d. dec. 87. num. 11* quod mihi non placet, nisi expresse factum fuerit ad transversales, & ulterius progrediatur, & dicat voluisse maioratum sustinere, licet matrimonium non sequatur, ex dictis supra, & non alio modo, ut concludit *Olea de cess. d. tit. 2. q. 7. n. 6 & seqq. & num. 9.* signanter agit de questione, & resolvit cessare maioratum, ut cessat, & nemo ex dicto contractu potest jus acquirere, nec se juvare de illo, ut tenet *Cald. ubi supra, & Castill. d. cap. 119. num. 4.* Non obstantibus clausulis reservationis ususfructus, clausulisque constituti, & aliis importantibus irrevocabilitatem contractus, quia sunt accessoriarum, & si dos, & erectio est revocabilis, quando nuptiæ non sequuntur, dictæ clausulæ non impediunt revocationem, clausulæ enim accessoriarum contractus revocabilis, etiam revocabiles sunt, ut tradit *Mol. de primog. lib. 4. cap. 2. num. 41.*

358 Et in terminis quod huiusmodi clausulæ non mutant contractus naturam, quasi appositæ non fuissent, resolvit *Gratian. cap. 96. forens. num. 32. & seqq.* Quia irrevocabilitas, quam causant dictæ clausulæ in donatione, intelligitur respectu personæ donantis, ad hoc ut sola sua voluntate, rebus sic stantibus purificata conditione, aut modo, non possit revocare in donatarii præjudicium, sed non impediunt revocationem, quæ proveniunt ex natura ipsius contractus, ex defectu conditionis, aut modi, cum quo factus fuit, ut inquit *Matienc. in L. in L. 1. tit. 6. lib. 5. recop. gloss. 11. per tot. & ibi Angul. gloss. 10. num. 1. & seqq. Avend. in L. 44. Taur. gloss. fin. n. 1.*

359 Nec refert, an sit conditionalis, vel modalis, de quo *Surd. conf. 437. num. 47.* cum idem resultet effectus, scilicet, quod ex non implemento conditionis, vel modi privetur donatarius rebus donatis, ut post alios tradit *Cassanat. conf. 9. num. 13. Castill. d. cap. 119. num. 16 & 17.* & videndus est in nostris terminis *num. 30. 32. 33. 34. & 35.* Non obstante *Montier. à Cueva dec. 10. num. 28.* quia ex distinctione ipsius respondetur, & ex dictis in terminis à *Molin. de rit. nupt. lib. 3. q. 6. num. 72. Fontanel. de pact. tom. 1. claus. 4. gloss. 1. num. 14. Cassan. conf. 2. numer. 30. & seqq. & conf. 55. num. 4. & seqq. Castill. d. cap. 119. num. 14. vers. tunc autem, & num. 36.* ponit resolutionem.

360 Maioratus autem institutio, seu vinculum,

vel quævis dispositio sub conditione facta, deficiente conditione, usque adhuc deficit, & corruit, & habetur penitus pro non facta, aut scripta, ut prima vocatione, aut substitutione ex defectu conditionis deficiente, integra totius vinculi, ac dispositionis structura deficiat, & cæteræ omnes sequentes substitutiones corruant, & pereant, ut utrumque ex sententia multorum tenet *Castill. d. cap. 119. per tot. & num. 9. & 10.* & probatur multis rationibus, de quibus *Nos diximus forens. resol. cap. 1. num. 40. & seqq.* & ultra eius *Peregrin. de fideicommiss. art. 43. num. 35.* ubi quod eventus conditionis liquidari debet ab eo, qui inquit, maioratum esse erectum, quando conditionaliter fuisset constitutus, & probatur per *L. 2. Cod. de his quæ sub mod. ibi: Fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet, in conditionibus post exitum earum, L. qui hæredi 44. §. fin. ff. cond. & demonstr. Roland. conf. 38. num. 20. lib. 3. Faber. in Cod. lib. 3. tit. 19. diffin. 23. in fin. ibi: Quoad conditio pendet, quod sub conditione factum est, nihil est.*

Neque etiam dicitur vinculum erectum, si probetur testatorem dicere: *Que a sua vontade era deixar a sua quinta em morgado;* quia cum non fecisset vinculum, manent hæc verba in terminis præparationis voluntatis, & non reducta ad effectum, non dicitur maioratus erectus, nec constitutus, *L. quidam cum filio 46. ubi gloss. ff. de hæred. instit. L. quoties 9. §. tantundem 5. ff. eod. Scan. de testam. cap. 10. num. 14.* & disponendi voluntas dispositionem non inducit, *L. sciendum §. editum ff. edil. edict. Noguero. alleg. 26. num. 79. Castill. tom. 4. contr. cap. 11. Add. ad Molin. lib. 1. cap. 4. n. 6.*

In quodam testamento disposuit Petrus his verbis: *Por onde outorgo, quero, e confinto, mando, e he minha vontade, que a minha quinta de tal parte a possa deixar, e mandar por via de morgado, a qualquer filho, ou neto seu, com as limitaçoes, e condiçoens, e vinculos, que elle quizer, e em qualquer morgado que fizer.* Quæsitum fuit, an maioratus fuisset erectus, vel ex his clausulis teneretur facere in contanguineos, vel possit commissarius disponere in extraneorum favorem: & resolvit, quod non, & bona esse maioratus, & haberi pro facto, si noluerit facere. Et in alia simili scriptura secundum meam opinionem iudicatum fuit in gradu revisio-nis in causa André de Almeida com D. Luizza, Escrivão Domingos Dias do Couto, ex *Noguero. alleg. 9. n. 57.*

Et merito ita resolvit, & in dicto casu ita iudicatum fuisse arbitror, quia licet aliter sit dicere

dicere  
quia  
Titii  
Titio  
mea,  
tarius  
tate  
quit  
seqq.  
44  
At  
tam  
missa  
execu  
cap. 2  
156.  
dispo  
tem  
facere  
pone  
bona  
deixa  
impo  
do af  
6 con  
Vale  
26. C  
conf.  
& 1  
365  
bus,  
pote  
ro in  
impo  
tion  
si no  
est t  
ff. leg  
que  
gat,  
suos  
deico  
cessi  
pot  
cõm  
text  
ad n  
mon  
duc  
bur  
bitr  
tum  
mif  
nen  
700  
11.  
Et  
rol

dicere maioratum facio, ſi Titius voluerit, quia expreſſim ſubſtantia diſpoſitionis eſt Titii: aliud, do facultatem, vel poteſtatem Titio, ut faciat maioratum, quia voluntas eſt mea, ſum cauſa efficiens, & tamquam mandatarium comiſſarius juſ exequitur mea facultate, vel delegatione, ut per hæc verba inquit *Carpio de executor. teſt. lib. 2. cap. 3. n. 6. & ſeqq. & cap. 12. n. 12.*

Attamen dictis verbis dictus Petrus totam ſubſtantiam maioratus contulit in comiſſarium, & in ſuam voluntatem, & non executionem, de qua re *Caſtill. lib. 2. contr. cap. 26. num. 56. uſque ad fin. & lib. 6. cap. 156. num. 6. uſque ad fin.* Sed non ad libere diſponendum, at vero ſecundum voluntatem ſuam, à qua diſcedere non poteſt, poteſt facere vocationes in nominatis, ſed non diſponere de bonis inter extraneos, ad vinculi bona extinguenda. Nam licet verbum *poſſa deixar*, facultatem, aut liberam voluntatem importet, nullatenus vero neceſſitatem, quãdo affirmative profertur, ut per *Caſtill. tom. 6. contr. cap. 114. per tot. & maxime num. 31. Valenz. conſ. 148. num. 15. Caſſan. conſ. 37. n. 26. & 27. Surd. dec. 92. numer. 9. Capbal. conſ. 725. num. 21. Cyriac. contr. 689. numer. 1. & 119.*

Attamen hæc procedunt in contractibus, legibus, aut ſtatutis, in quibus verbum, poteſt, ſignificat liberam facultatem. At vero in ultimis voluntatibus, verbum, poſſit, importat neceſſitatem, & præciſam obligationem faciendi, quod teſtator diſpoſuit, & ſi non fecerit, habetur pro facto maioratu, ut eſt *text. in L. fideicommiſſa 11. §. hæc verba ff. leg. 3. ibi: Hæc verba filii rogo, ut prædia qua ad ſe pervenerint pro tua diligentia diligat, & veram eorum agas, ut poſſint ad filios ſuos pervenire, licet non ſatis exprimant fideicommiſſum, ſed magis conſilium, quam neceſſitatem relinquendi. tamen ea prædia in nepotibus poſt mortem patris eorum vim fideicommiſſi, videntur continere: & Gotofred ſuper text. & gloſſ. inquit: Poſſe verbum trahitur ad neceſſitatem, neque nudam potentiam demonſtrat, ſed factum plane.* Ex quo textu duo ducuntur fundamenta. Primum quod verbum poſſit, producit præceptum, & non arbitrium: Secundum quod gravamen poſitum cum iſto verbo, poſſit, inducit fideicommiſſum in vocatorum favorem, ut etiam tenent *Alciat. conſ. 13. num. 1. Reminal. jun. conſ. 700. num. 15. Mantie. de conjeçt. ult. vol. lib. 8. tit. 1. num. 12. Rot. apud Biech. dec. 608. num. 3.* Et in terminis comiſſarii reſolvit *Noguerol d. alleg. 9. n. 57. & ſeqq.*

Et ultra dicta non obſtant quæ *Caſtill. &*

*alii citati* pro parte contraria dicunt, nam loquerentur ſine lege juris com̄unis, & contra *d. text. & iſti DD.* non negant, quod in *§. hæc verba*, verbum poſſit, inducit neceſſitatem, ſed potius ita reſolvunt, & ſolum dicunt quod verbum poſſit importat neceſſitatem ex tacita mente teſtatoris, & non ex vi verbi, & in noſtro caſu clara eſt voluntas teſtatoris, ſecundum quam voluit, quod comiſſarius habuiſſet obligationem præciſam diſponendi de dicta Villa, ut conſtat ex verbis: *Que-ro, conſinto, mando, que a poſſa deixar, e mandar.* Quæ verba voluit, juſtit, & mandavit, procedunt præciſam diſpoſitionem, & demonſtrat fideicommiſſum, *L. fin. Cod. com. deleg. §. fin. de ſingul. rebus per fideicommiſſum relictis, Cenſal. in obſerv. ad Peregrin. de fideicommiſſ. pag. 224. col. 2. verſ. 1. Rot. apud Merlin. dec. 432. num. 4. ibi: Verba autem illa juſſit, voluit, & mandavit, important præciſam, & principalem diſpoſitionem, & fideicommiſſum, & alia verba referuntur ad vocationes maioratus, circa nominationem, aut regularitatem, aut irregularitatem, de qua re *Noguerol. & Nos* dicemus infra.*

Paulus fecit ultimum elogium, in quo ita diſpoſuit: *Trato de fundar, e pertendo fundar bum morgado, e bum Convento de tal Ordem, em cuja Capella mayor me enterrem, ficando Padroeiro della, e por minha morte os ſucceſſores do dito morgado, para o que já tenbo comprado chaõ.*

Nihil amplius diſpoſuit teſtator, & cum hac diſpoſitione ſine altera è vita deceſſit, fui interrogatus, an ex hac diſpoſitione cenſeretur erectus, & maioratus conſtitutus, & teneretur hæres ab inteſtato facere Monasterium, & diſponere de bonis relictis, vel deberet ſuccedere in reſiduo titulo maioratus, ita ut haberetur pro facto ex hac diſpoſitione? Reſolvit quod ſic, ex ſeqq.

Primo, quia ſi teſtator elegit ſepulturam in Capella maiori Monasterii, quod fundare cogitabat, & eſſe Patronum, & ſucceſſores maioratus, quem conſtituere prætendebat, neceſſaria eſt conſequenda diſpoſitionis voluiſſe facere Monasterium, & in illo Capellam maiorem, ubi ſepulturam haberet, & ſic etiam maioratus conſtitutionem ordinare, ſine qua non potuerat habere ſucceſſores in illo, neque illi exiſtere poſſunt, abſque maioratus ereptione, ſecundum juris normã, ex quibus, qui diſponit de aliqua re, cenſetur diſponere de neceſſario antecedenti, ad hoc ut habeat effectum, quod diſponere voluit, ut in *L. ad rem mobilem, L. ad legatum ff. procurat. L. illud, L. nec his §. 1. ff. acquir. hered. L. veteres ubi gloſſ. ff. de itiner. act. qua*

privat. *L. si iter legatum ff. de servit. L. denique §. interdum ff. pecul. leg.* Ex quibus in propria materia, ut ex hac ratione censeatur inductum fideicommissum, & maioratus, licet non præcesserit specialis dispositio circa illud, tenet *Bart. in L. centurio n. 37. vers. nam ex quo de vulgari*, & similiter ex ea arguit *Dec. conf. 23. num. 3. in fin. & conf. 481. num. 4. & conf. 584. num. 8. & conf. 637. num. 8. Socin. jun. conf. 1. num. 13. vol. 3. Decian. conf. 34. num. 54. & 55. vol. 3. & conf. 44. num. 51.* Voluntas enim testatoris, quæ non fuit expressa per verba, si tamen veniat in necessariam, seu etiam in manifestam consequentiam verborum expressorum, habetur pro legitima etiam ad fideicommissum inducendum, *Alciat. respons. 560. n. 7. Peregrin. de fideicommiss. art. 11. n. 25.*

369 Secundo, quia hæc propositio est necessaria, & non potest contradici, quando quod supponitur per necessarium antecedentem est circa rem, super qua dispositio cadit, quia tunc adeo habet vigorem, quod quamvis alias quæ opponuntur ad diminutionem suapte natura minuunt, neque ex eis possit assumi interpretatio ad augmentum. ut in *L. legata inutiliter ff. leg. 1.* At vero si diminutio, aut onus non potest habere locum nisi antecedens producat dispositionem, illud sufficit, ad hoc ut in consequentiam expresse dispositi veniat, & etiam totum, quod est præsuppositum necessarium ad implendam cum effectu dictam dispositionem, *text. est singularis in L. denique §. interdum ff. pecul. legat.* his verbis: *Interdum & si non sit legatum peculium, vel ut legatum sit, accipitur quidam seruo suo libertatē, si rationes reddidisset, dederat, & si hæredibus centum intulisset: Imperator igitur noster cum Patre rescripsit peculium quidem non nisi legatum deberi verū inquirunt, si conditionibus præscriptis paruerit seruo testatorē voluisse eum retinere peculium interpretamur, videlicet ex eo, quod de peculio eum iusserat centum inferre.* Ecce *text.* in fortioribus terminis, quia in ejus casu non inveniuntur verba importancia legatum peculii, & tamen inquit *textus* in verbis: *Testatorem voluisse eum retinere peculium interpretamur*, & ratio prosequitur in verbis: *Ex eo quod de peculio eum iusserat centum inferre.*

370 Et dixi *textum* esse in fortioribus terminis, quia in illo onus diminuebat legatum, & diminutione non obstante inducta fuit dispositio. At vero in nostro casu, non datur diminutio, sed augmentum memoriæ testatoris, & Monasterii ædificandi ad illius patronatum conservandum in suis successoribus,

construi Monasterium interpretamur, videlicet ex eo, quod ibi iusserit suum corpus in Capella maiori sepeliri; & per illum *text.* tenuit *Bart. in L. cum tale §. falsam ff. de cond. & demonstr.* Quod ubi dispositio secunda non potest stare absque eo, quod procedat demonstratio præsupposita, ex ea inducitur dispositio circa præsuppositum, ex quo resolvit, quod licet testator dixit ex centū, quæ Titio legavit, volo, quod ipse Titius det Seio decem, quia Titius non potuit gravari specialiter in illis centum, nisi illa demonstratione præsupposita, ex eo inducitur legatum *Menoch. cons. 62. n. 12. vers. primo quia.*

Tertio, quia cum testator voluisset corpus suum sepeliri in Monasterio, quasi quandam servitutem in illo constituit, ad hoc ut Capella fuisset sepultura sua, & de suo, si eorumque successorum patronatu, & ex hac ratione visum fuisse disponere de maioratu, & de Monasterii ædificatione, ne alias vocatio successorum, & impositio oneris sepulchri inutilis remaneret, ut probatur ex *L. proculus ff. de usufruct.* ubi Testator relinquit usufructum Insulæ ea conditione: ut ei legatarius servitutem imponeret altius non tollendi in favorem alterius Insulæ testatoris, & quamvis verba sonarent legatū usufructus, tamen ex gravamine servitutis imponendæ, quæ non poterat cadere, si Insula legata remaneret in dominio hæredis, iuit interpretatum, quod Testator, quando relinquit usufructum, voluit relinquere proprietatem, ne alias præceptum constituendi servitutem fuisset inutile. Quæ decisio est singularis, quia considerando sepulturam, in qua testator iussit corpus suum sepelire, in Monasterio, cui tale onus imposuit, non erat possibile imponere in eo tale onus, nisi ædicaretur Monasterium, quia solum præcedente ædificatione futuro ædificio servitus imponi possit, ut in *L. si servitus §. futuro ff. servit. urba. nor.* à fortiori dicendum est in nostro casu, quod eo ipso quod testator voluit corpus suum sepeliri per antecedentem necessariū, voluit quod Monasterium ædificaretur, & extitisset Capella maior ad sepulturā, maioratumque erectum ad successores. ad idem est *text. in L. Divus ff. usufr.* & *habitu* ubi inquit *J. C.* hæc verba: *Divus Adrianus cum quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit usufructū quoque eis legatū videri, quia nisi liceret legatariis cedere sylvam, & cedere quemadmodum usufructuariis, licet nihil habituri essent ex eo legato.* Quod etiam probat *text.* prout ibi adducitur à *Jazon in 2. notabil. in L. qui liberis in princip. ff. vulgar.* ubi si testator dixit, si talis erit mihi hæres, cum

ſubſtituto impuberi filio meo, quæritur, utrum ille talis cenſeatur hæres inſtitutus teſtatori, & videbatur non inſtitutus, quia erat ſolum in conditione poſitus, & reſpondet *Jaz. per text. ibi*. Quod immo cenſetur inſtitutus in neceſſariam conſequentiam ſubſtitutionis, quæ aliter non valuiſſet: ut in *L. 2. §. prius ff. eod. tit.* ſequitur *Ripa in rubric. de ſolut. matr. num. 24. in ſin. Cæphal. conf. 93. num. 17. & 18.* ubi conſiderat eſſe hanc determinationem in fortioribus terminis, dum inducit inſtitutionem, quæ requirit pro forma verba expreſſa, abſque eo quod ſufficiant coniecturæ, ut in *L. 2. Cod. ſi tabul. teſtam. ex tab. & in L. hæredes palam in princ. ff. teſtam.* quia multo magis inducunt fidei-  
cõmiſſum, quod ſola coniectura voluntatis inducitur, *L. cum proponebatur ff. leg. 2.* Quæ voluntas conſtat ex verbis, *hum Moſteiro, que trato de fundar*, ubi ſaltem enuntiative fit mentio ædificandi Monafterium, juncto cum illis præſuppoſito, & antecedenti neceſſario ad ædificationem, & ereptionem maioratus, *Bart. in L. cum tale §. falſam verſ. ſed ſi dicit ff. cond. & demonſtr.* ſequitur *Cæphal. conf. 93. num. 19. lib. 1.* ubi *Bart.* verba perpendit, & *Mantic.* qui dicit communem de coniectur. ult. vol. lib. 8. tit. 1. num. 33. verſ. ſimiliter etiam, atque ita dicta verba inducunt diſpoſitionem, aut fidei-  
cõmiſſum, ut eſt *text. ſingularis in L. Pamphilo 37. propoſitum ff. leg. 3.* in hæc verba: *Propoſitum eſt, non habere liberis, neque cognatos in diſcrimine vitæ conſtitutũ per infirmitatem, accerſitis amicis Cayo, Seyo contubernali dixiſſe, quod vellet ei relinquere prædia, quæ nominaviſſet, eaque dicta in teſtatione Cayum Seyum redigiſſe etiam ipſo teſtatore interrogato, an ea dixiſſet, & reſponſo ejus tali inſerto, maxime quæſitũ eſt, an prædia, quæ deſtinata eſſent ex cauſa fidei-  
cõmiſſi ad Cayum Seyum pertinerent. Reſpõdũ ſuper hoc, non dubitandum eſſe, quin fidei-  
cõmiſſum valeat.*

372 Hæc decifio *text.* eſt notabilis, ad hoc quod inducatur diſpoſitio per verbum *volo*, ſive velim relinquere, & an prædia deſtinata, quæ omnia in noſtro caſu inveniuntur, ut conſtat ex verbis *d. num.* Et verba *trato de fundar*, e *pertendo fundar*, habent duo tempora, unum præſens, alterum futurum: de præſenti erat, quod tractabat, prætendebat, volebatque, & reſolutum erat, ex verbis, *trato de fundar.* De futuro, erat ædificare, quod non potuerat eſſe de præſenti, quia verba non ſpectabant ad foundationem verbalem faciendam per ſcripturam, ſed per ædificium, quæ habebant tractum ſucceſſivum de futuro, & tempus ſufficiens requirebatur, quia per ma-

nus alienas opus faciendum erat; atque ita utraque verba, habent ſuum ſenſum naturalem, & proprium. Præſentia, ſignificant voluntatem reſolutam ad opus faciendum. Futura tendunt ad executionem, atque ita inducitur voluntas de præſenti, & nihil habent de futuro niſi executionem, ut declarat *Bart. in L. ſervi electione num. 4. ff. leg. 1.* & in ſpecie ſimilis caſus *Alex. conf. 190. num. 31. & 32. lib. 2. Menoch. caſ. 496. num. 12. de arbitr.* & licet clara verba defecerint, ex dictis elicitor voluntas, & ſunt ſufficientia ad fidei-  
cõmiſſum conſtituendum, *L. unum ex familia §. ſi omiſſa ff. leg. 2. ibi*: *Si omiſſa fidei-  
cõmiſſa verba ſunt cætera, quæ leguntur cum iis, quæ ſcribi debuerunt, congruant recte datum, & minus ſcriptũ exemplo inſtitutionis, legatorumque intelligetur, quam ſententiam optimus quoque Imperator noſter Severus ſequutus eſt.*

Et licet *d. text.* videatur loqui, quando 373 defectus eſt in aliquo verbo neceſſario ad executionem conſtructionis, ſed idem eſt, quando deficiunt verba neceſſaria ad diſpoſitionem, in utroque caſu procedunt, ut in ſpecie ad illum *text.* advertit *Curt. Jun. conf. 121. n. 10.* & ita ſtatim declarat *J. C. in §. ſequenti, & ſin. ibi*. *Item Marcus Imperator reſcripſit verba, quibus teſtator ita caverat non dubitare ſe quodcumque uxor ejus hæres inſtituta cepiſſet, liberis ſuis reddituram, pro fidei-  
cõmiſſo accipienda, quod reſcriptum ſummam habet utilitatẽ, nec ſcilicet honor bene tranſacti matrimonii, & fides etiam communium liberorum decipiat patrem, quæ melius de matre præſumpſerat, & ideo Princeps providentiſſimus, & juris religioſiſſimus, cum fidei-  
cõmiſſi verba ceſſare animadvertere, eum ſermonem pro fidei-  
cõmiſſo reſcripſit accipiendũ.* Qui *text.* eſt notabilis, & ſingularis, dum inquit non habere verba, ſufficientia ad inducendum fidei-  
cõmiſſum, & nihilominus ex mente deducta fuerunt, quia non maneret fraudata opinio teſtatoris, circa bona relicta ſuæ uxori, atque ex illa ad filios venire debebant, & caſus noſter eſt in fortioribus terminis, quia ad hunc effectum emit fundum ad Monafterium ædificandum, & in tali emptione clara fuit voluntas erigendi, ædificandi, & conſtituendi, & contrarium fatiſ inhumanum eſt, ut eleganter inquit, & probat *text. in L. Pamphilo 37. ff. leg. 3.* & in caſu deficientiæ verborum pro conſervatione fidei-  
cõmiſſi ſunt *text. in L. pater filium 36. §. mater filios ff. leg. 3.* ubi *gloſſ.* ita intellexit, & *Jaz. conf. 108. num. 10. lib. 4. Hypolit. Remin. conf. 21. n. 26. lib. 1. Socin. conf. 249. n. 19. lib. 2.* & in ſimili eſt etiam *text. in L. Paulus 39. §. Paulus*

Paulus respondit ff. fideicommiss. libert. ubi Bart. de qua re vide Cald. de nom. q. 1. cum 48.

374 Et in maioratibus, & fideicommissis semper prævalet voluntas etiam deducta ex conjecturis, licet deficient verba sufficientia, ad illud relinquendum, & erigendum, L. cum proponebatur 66. ff. leg. 2. L. hæredes mei §. cum ita ff. ad Trebel. L. cum virum Cod. fideicommiss. text. notabilis in L. quisquis ff. verbor. sign. L. cum virum Cod. de fideicommiss. Mant. de conject. lib. 8. tit. 1. num. 23. vers. sed advertite.

375 Et ex verbis enuntiativis ad favorem piæ causæ inducitur dispositio, etiam quando sunt propter aliud prolata ad favorem Ecclesiæ, vel loci pii, & etiam ad exclusionem venientium ab intestato, Cap. fin. de success. ab intest. Bart. in L. 1. num. 77. Cod. sacros. Eccles. Alex. conf. 190. num. 25. & 26. lib. 6. Tirac. de privileg. piæ caus. privileg. 7. & 8. & privileg. 31. atque ita quod proposuit, & voluit facere in vita, tenetur hæres facere post mortem, ut in L. cum servus ff. cond. & demonstr. ibi. Nam quod vivus facturus erat, id ab hæredibus suis fieri jussisse intelligitur, L. item legato in fine §. 1. ff. leg. 3. ibi. Assignaturus si vixisset. Præcis de interp. ult. vol. solut. 5. n. 47. pag. 31. Licet defecerint verba, sufficit ad hoc voluntas præsumpta testatoris, ut in simili est text. in L. in testamenta, 27. ff. de cond. & demonstr. ibi. Si intelligeretur, quod monumentum demonstrare voluisset, is qui testamentum fecisset, tamen si in scriptura nomen deesset, ad id quod ille se demonstrare animo sensisset fieri debere.

376 Idem etiam resolvi, & esse maioratum institutum, & erectum ex verbis cujusdam testamenti, in quibus dicebatur. Tenbo taes bens de raiz em tal parte, e todos os ditos bẽs saõ morgado. Nihil ulterius dictum fuit à testatore, constitit post mortem bona esse sua, & esse dominum, & possessorem illorum, sed non apparuit institutionem, quæsitum mihi fuit, an ex hac dispositione diceretur erectus, institutusque maioratus, vel non? Resolvi esse erectum, institutumque ex dictis hæris relatis, tum ex dictis supra, tum etiam, quia licet dicta verba potuissent se referre ad maioratum factum per antecessores testatoris, aut ab eo, aut ab immemoriali necessarium est illi. Attamen, qui voluerit accomodare dicta verba ad aliam dispositionem præteritam, & differentem, & non præsentem supponendo relationem ostendere tenere dispositionem relatam, aliter enim cessat vis relationis, & dicitur maioratus non antiquus, sed de præsentibus institutus, erectusque à testa-

tore, ex L. asse toto ff. hæred. inst. Cassan. conf. 50. num. 28. Castill. lib. 4. contr. cap. 43. n. 19. & 24.

Et quando non constat de dispositione relatam, est communis DD. resolutio, quod aut referens per se est dispositio perfecta, aut non, si est perfecta, valet, & producit effectum independentem à relatione; si autem est imperfecta, nullum producit effectum, nec attenditur Sic notarunt Bart. in L. cum qui §. Julianus ff. const. pecun. Peregrin. de fideicommiss. art. 16. num. 111. Surd. conf. 241. n. 2. & 3. lib. 2. cum multis Castill. d. cap. 43. num. 30. usque ad 35. Omnes concludunt, quod si referens habet potestatem disponendi, cum de voluntate constat, habent verba vim dispositionis; at vero si deficit potestas, nihil probant, neque etiam si deficit voluntas, quia tunc nihil valet relatio, nisi constet de referente, & relato, & tunc consideranda sunt tria, ex quibus dependet validitas cujuscumque actus, scilicet, voluntas, potestas, & modus, ad text. in cap. super Abbacia de offic. judic. deleg. L. si queramus Cod. de testament. Molin. de primog. lib. 1. cap. 24. num. 24. Castill. tom. 2. cap. 26. num. 4. & tom. 4. cap. 5. Perreir. de jur. tom. 2. lib. 2. cap. 3. n. 86. Larr. alleg. 96. n. 32.

Atque ita cum non appareat institutio anterior, & disponens sit dominus, ex verbis. Todos os ditos bens saõ morgado; licet verba essent relativa ad dispositionem anteriorem, non constando de relato, non dicuntur relativa, sed dispositiva de præsentibus, & sufficiunt ad dispositionem sicut pars testamenti, & dicta verba, Todos os ditos bens saõ morgado, legitime intellecta, & legaliter considerata, sunt verba dispositiva, & per se producant effectum, & maioratus erectionem, quia non sunt enunciativa, nec per viam confessionis prolata, ad hoc enim necessarium erat, se referre ad per existentem dispositionem, & ad tempus transactum, in quibus dubus rationibus consistit vis enuntiativi, & confessionis, ut patet ex text. in cap. si Papa in princ. de privileg. in 6. Bart. in L. ex hac scriptura ff. donat. num. 16. Genoa de verb. enunc. lib. 3. q. 2. num. 20. Cald. de nom. q. 1. num. 42. Castill. d. cap. 26. num. 72. & 73. & lib. 4. cap. 46. num. 7. Quæ in nostris terminis non inveniuntur, sed potius dispositionem de præsentibus, quia idem fuit dicere, Todos os ditos bens saõ morgado, quod dicere jubeo, mando, quod omnia bona sint maioratus, verba enim hujus qualitatis, quæ respiciunt ad dispositionem præsentem, sunt proprie dispositiva, & producant effectum per se, & non sunt enunciativa, nec confessionis, nec ad suam firm-

firmitatem neceſſarium eſt recurrere ad aliquam diſpoſitionem anteriorem, ut deciſum extat apud *text. in cap. ſi Papa verſ. ſi autem de privileg. in 6.* Sed per te dicta, *todos os ditos bens ſaõ morgado*, ſunt diſpoſitiva, & probant vinculum eſſe erectum, *L. fideicommiſſa §. ſiquis ita ff. leg. 3. ibi: Si quis ita ſcripſerit, ſufficiunt tibi vineæ, vel fundus fideicommiſſum eſt. quoniam, & illud fideicommiſſum eſſe arbitramur, contentus eſto illare.*

Et licet dicta verba poſſint ſe referre ad diſpoſitionem factam, & præteritam, illa verba per ſe talem diſpoſitionem non enuntiant; & ideo *J. C.* eas habuit per fideicommiſſum, quod etiam patet ex *§. hæc verba in d. L. fideicommiſſa, ibi: Hæc verba te fili rogo, ut prædia, quæ ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas, & veram eorum agas, ut poſſint ad filios tuos pervenire, & inquit J. C. & quod his verbis inducitur diſpoſitio fideicommiſſaria, & quod ſunt verba diſpoſitiva; & eſt regula firma, quod quocumque modo, quo verba proferantur, ſive cum relatione ad hæredem, ſive ad tertium, ſive ad honoratum, ſemper inducunt diſpoſitionem, & ſunt verè, & proprie diſpoſitiva, ut in *L. damnas eſto, in princip. ff. uſufr. leg.* ubi referuntur ad hæredem grvatum, *L. cum pater §. donationis ff. leg. 2.* ubi ad tertium referuntur, *L. peto 69. in princip. ff. eod. ibi: Peto Luci Tici, contentum ſis centum aureis, puto fideicommiſſum valere placuit, idque reſcriptum eſt, L. unum ex familia 67. §. fin. eod. ibi: Item Marcus Imperator reſcripſit verba, quibus teſtator ita cavit, non dubitare ſe quodcumque uxor ejus cepiſſet liberis ſuis reddituram, pro fideicommiſſo accipiendam, *L. etiam hoc modo, L. & hoc modo ff. leg. 1.* comprobant *Alex. conf. 181. num. 2. lib. 5. Cald. d. q. 1. num. 42. Caſtill. d. cap. 26. lib. 2. num. 75. & ſeqq. & lib. 4. cap. 46. num. 8. & ſeqq.* Et quamvis regulariter verba enuntiativa non diſponant ex *d. cap. ſi Papa in princip. de privileg. in 6. L. ex hac ſcriptura ff. donat. Caſtill. d. cap. 26. num. 76.* Attamen quando emittuntur ſuper negotio, de quo agitur, & per modum cauſæ, aut inducunt perpetuam diſpoſitionem, & non conſtat de alia; per ſe producent effectum, & formant diſpoſitionem, ſicuti non fuerunt enuntiativa, habens qui enuntiat, poteſtatem diſponendi, idem quod dicit eſſe diſpoſitum, ut jam ſupra diximus. ut eſt *text. expreſſus in L. ſi donatio Cod. de donat. ibi: Si donatio per epistolam facta non appareat; verba tamen teſtamēti, quibus liberalitas teſtatricis confirmata eſt, fideicommiſſum continere non ambigitur.* Et explicans dictum *text. Bald. inquit: Nota, quod verbum confirmo***

inducit diſpoſitionem de novo, & de per ſe, quod eſt notabile, & ibi: *Nota quod licet illud proprie dicatur confirmari, quod modo aliquo confirmatur, tamen id dicitur confirmari, quod per ſe diſponitur & verſ. fin. ibi: Nota quod quando de uno iſtumento fit mentione alterius iſtumenti, non eſt neceſſe de primo conſtare, quādo ſecundus poteſt per ſe principaliter diſponere, Mascard. concl. 622. num. 24. & 31. Gut. præct. q. 17. num. 68. Genoa de verb. enunt. lib. 3. q. 2. num. 20. & eleganter in ſimili *Surd. conf. 241 & conf. 315. numer. 63. & conf. 546. Peregrin. de fideicommiſſ. art. 1. num. 47. Cald. d. q. 1. de nomin. num. 43. Gratian. forenſ. cap. 116. num. 47. Caſſan. conf. 16. num. 6. 21. 25. & num. 40. Caſtill. d. cap. 26. & num. 77. & ſeqq. & lib. 4. cap. 46. per tot. & præcipue n. 19. 41.**

Et quando verba enuntiativa, ut in noſtro caſu faciunt perfectam orationem, ut patet ex verbis, *todos os ditos bens ſaõ morgado*, non attenditur ad relatam, licet de illo conſtet, quia præſumitur iſtitutorem voluiſſe de novo diſponere, ut ex *Bart. & aliis tenent Capyc. dec. 108. n. 10. Mier. de maior. 2. p. q. 4. illat. 8. numer. 237. Menoch. conf. 802. numer. 98. Barb. clauſ. 70. numer. 17. Galganet. de cond. 2. p. cap. 6. q. 5. numer. 8. Caſtill. dec. Si cil. 250. numer. 162. p. 3. Galeot. lib. 2. contr. 23. num. 29. & 30. ubi quod quando in inveſtitura referente a deſt. perfecta diſpoſitio, non eſt curandū de relata, *Fontanel. de pact. nupt. clauſ. 5. gloſſ. 10. p. 2. num. 26.* Atque ita dicta verba ſunt diſpoſitiva, & quando fuiſſent enuntiativa ſtante diſpoſitione formata in illis, conſiderantur diſpoſitiva, & per illas conſtat maioratum iſtitutum eſſe ex dictis, & ex verbo, *ſaõ*, quod inducit diſpoſitionem perfectam, *gloſſ. in L. mercis appellatione a 2. ff. verbor. ſignif. Azeved. in L. 9. tit. 10. lib. 5. recop. num. 9. verſ. verbum illud, ſaõ, Otalor de nobilit. 2. p. 3. princip. cap. 4. num. 2. verſ. quia verbum ſaõ, & cap. 6. numer. 3. Garc. de nobilit. gloſſ. 1. num. 38. Seſſe dec. 230. n. 16. Tiraq. in L. ſi unquam verbo revertatur n. 180. Suar. de legib. lib. 5. cap. 6. n. 28.**

Et teſtator licet reſervaret facultatem alterandi, & diſponendi, cum non appareat altera diſpoſitio facta, ex dictis verbis, & defectu revocationis, cum non uteretur dicta facultate, vinculum ſubſiſtit, & in ſuo robore manet, ut in terminis tenet *Caſſanat. conf. 37. num. 27.* comprobatur *Caſtill. lib. 1. de uſufr. cap. 39. n. 21. & 22. & lib. 4. cap. 16. n. 28. Salgad. in labyrinth. cred. 2. p. cap. 19. numer. 4. & 10. & diximus ſupra, & dicemus infra.*

Et idem probatur eſſe verum in donatione inter virum, & uxorem in *cap. fin. de donat. inter.*

380

381

382



*inter. L. cum hic status §. si ambo in fin. ff. cod. quia nisi evocetur, morte confirmatur, & in donatione inter patrem, & filium, L. omni modo in fin. Cod. inofficioſi testam. bonus textus in cap. si delegatus §. 1. de offic. deleg. in 6. In donationibus, & vinculis maioratus in terminis L. 17 & 44. Taur. Molin. de primog. lib. 1. cap. 9. numer. 9. & cap. 12. numer. 8. Gonzal. in reg. 8. gloss. 12. num. 53. Surd. conf. 163. num. 18. tom. 2. & conf. 384. num. 10. ubi loquitur in feudis ex Nat. conf. 504. numer. 2. & ex Capbal. conf. 525. numer. 21. in facultate nominandi, Gratian. cap. 50. forens. num. 23. & in electione, L. unum ex familia §. rogo ff. leg. 2. Ludovic. dec. 316. Gratian. forens. cap. 239. num. 1. Carleval de judic. tom. 2. tit. 3. disp. 3. num. 49. Larrēa dec. 40. numer. 29. & dec. 52. numer. 10. & 27. Salgad. in labyrint. cap. 29. num. 39. & in hoc casu non habet locum quæstio, de qua Torres de pact. futur. success. lib. 2. q. 35. ubi disputat, an facta donatione, aut renuntiatione cum reservatione certæ rei ad testandum, si de portione reservata non disponat, an spectet ad renuntiatarium, vel donatarium, vel ad hæredem renuntiantis, aut donantis, & an id procedat facto testamento per donantem, vel favore fisci, & multa refert pro una, & altera parte; quia loquitur in bonis liberis, & Nos loquimur in constitutione maioratus, & formato ex dictis verbis, *todos os ditos bens saõ morgado*, in quo succedere debent omnes de familia, & primo loco proximior consanguineus secundum leges maioratus, licet testator non faciat vocaciones, quia sufficit dicere, *todos os ditos bẽs saõ morgado*, ex quo verbo ultimo defertur, & continuatur successio sicuti in maioratibus regularibus, ut infra dicemus, & tenent Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. Mier. p. 1. q. 48. num. 24. Castill. tom. 2. contr. cap. 22. numer. 1. & tom. 5. cap. 83. §. 6. num. 3. cap. 143. n. 1. Valenz. conf. 69. num. 4. Noguero. alleg. 25. n. 104.*

383 Et merito, quia verba, *todos os bens saõ morgado*, sunt universalia, & inventa fuerunt ultima per consuetudinem Hispaniæ, & Portugalliæ, prout testatur Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. num. 2. & cap. 2. num. 8. ad significandum quod omnia bona, & jura vincu- lata deferuntur ex conditione, ut in perpetuo in familia conserventur, *idem d. cap. 1. n. 7. & 22.* & quando maioratus dicatur universalis, facti, aut juris, tradit *idem Molin. lib. 1. cap. 26. num. 19. & seqq. Barboſ. 3. p. rubrica ff. solut. num. 5. & seqq. & per tot. cap. & partem.* Ubi omnia tradunt. Circa universalitatem, & in dispositione universali, veniunt omnia, quæ justum est venire, & unum,

& idem verbum stricte, & large somitur, Bald. in repetitione legis edita num. 64. & in L. si cautiones n. 8. Gravet. conf. 462. num. 15. lib. 3.

Quid autem dicendum sit cum Hermosill. in L. 56. tit. 5. part. 5. gloss. 7. num. 27. de illa quotidiana quæstione, de eo qui possidebat terras, quas nos Realengas, & Coronæ vocamus, quibus fui spoliatus, & postea te composuit cum Rege, utrum ex antiquo titulo, vel novo eas habere videatur, & an convalescat maioratus ex eis factus à patre, vel ab avo possessoris, vel tamquam ex novo titulo acquisitæ libere maneant, Mier. de maiorat. 4. p. q. 2. num. 60. & 61. de novo adquisitas videri sentit, & postea animadvertendum esse dicit, ad Leg. fundo legato ff. ad Leg. falsid. ubi probatur, quod quoties quis habet duos titulos, unum novum, & alterum veterem, videtur possidere ex titulo vetustiore. Unde pro solutione distingue, aut hujusmodi terras ex titulo valido possidebat, aut sine titulo, vel titulo invalido: si ex titulo valido, & si postea compositionem faciat cum Rege ex primo titulo possidere, & non ex novo dicendum est; quia in damnum illorum, qui vocati sunt ad successionem, non potuit causam possessionis mutare, nec vinculum institutum, aut erectum, & tunc ad id, quod pro compositione solvit, datur ei actio, & retentio contra successores pro pecunia, & interesse ad rationem census, interim, quod non satisfecerit, & cum tali onere transit in alios, & ibi per hæc verba judicatum refert in Cancellaria Granatensi, de qua re Valeron. de transact. tit. 5. q. 4. num. 1. usque ad 8. & q. 5. numer. 22. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 9. num. 22. & cap. 4. num. 23. & ibi Additio antiqua, & moderna, & lib. 1. cap. 26. num. 3. & 6. Pareja de instrumentor. edit. tit. 7. resol. 3. num. 90. & seqq. Olea de cess. jur. & actio. tit. 6. q. 7. numer. 2. & seqq. Garc. de expens. cap. 22. num. 3. & 7. Gratian. forens. cap. 476. num. 15. Salgad. in labyrint. creditor. 2. p. cap. 7. num. 16. & 17. Urseol. de transact. q. 50. qui omnes agunt de variis quæstionibus.

Et sic præcedente titulo maioratus, aut bonorum Coronæ, semper præsumitur possidere ex eodem titulo, & potest successor impedire, quod apprehendat hæres possessionem bonorum uti libera, sive ex testamento, sive ab intestato, ut late fundat Noguero. alleg. 31. num. 77. & seqq. ubi omnia circa materiam refert, & concludit, quod præcedente institutione maioratus, illius virtute præsumitur continuata possessio, & per totam allegationem multa tradit circa erectionem maioratus, & quando dicatur factus, &

de adjudicatione facta ad maioratum, & de  
divisione bonorum ad illum.

36 Et ſi fuerit factus in eo caſu, in quo ſit monialis vocata, an ſuſtineatur eo caſu, quo nuptias contraxerit, iudicatum fuit in caſu ſequenti.

37 No feito de Bartholomeo da Coſta de Meſquita, e outros com Jeronymo Henriques Arnaut, Elcrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, ſe deu a ſentença ſeguente.

*Acordaõ os do Dezebargo, &c. Naõ foy bem julgado pelo Provedor da Comarca de Coimbra, em mandar, que as azenhas, de que ſe trata, ſe naõ lançaſſem em inventario. Revogando ſua ſentença, viſtos os autos, e como delles ſe moſtra, que as ditas azenhas pela diſpoſiçaõ do teſtamento, forã dotadas a mulher do appellante, e a diſpoſiçaõ fideicomifſaria foy ſõmente feita no caſo, em que a dita mulher do appellante morreſſe Freyra. Mandãõ, que as ditas azenhas ſe lancem em inventario. E condẽnaõ ao appellado nas cuſtas dos autos deſta inſtancia. Porto 29. de Abril de 1673. Novaes. Andrade Rua.*

38 Hęc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

Ardua, & nimis difficilis quæſtio mihi offert officium orta ex clauſula teſtamenti fol. 5. per Joannam da Coſta de Meſquita conditi, cujus verba mature conſiderari debent, propter hæſitatum diſponendi modum, quia perbene perpensis verbis, colligitur prima facie teſtatorẽ ſolummodo diſpotuiſſe mollæ aquariæ, vulgo *azenhas*, fructibus, non vero de ejus proprietate, ut melius, & maiori perſpicuitate perſpiciatur, triplici modo dictam clauſulam enodatam apparere, & nullatenus explicatam.

39 Nullus uſque adhuc notavit, quamvis utriuſque allegationibus reperiuntur verba teſtatoris ſuper clauſula repetita. Videtur fol. 5. teſtatricem fratri ſuo Emmanueli da Coſta fructus ſuæ mollæ reliquiſſe, & per ejus obitum Joannæ ſuæ filix, & etiam teſtatoris ſpiritualis, ad veſtitum monialem, ſi in ſtatu Religioſæ permaneret, & ſi conjugata fuiſſet, mollæ aquariæ proprietatem ad ſuæ dotis juvamen: moriente autem Religioſa, vel moniali, tunc vocat ejuſdem fratris ſui filios primi iſtius legati, ſeu fideicommiſſi uſufructuarii ad dandum cuique illorum eorundem fructus, non proprietatem (ut ſupra dicitur) quam ſolum in dotem dictæ Joannæ verbis claris, & diſpoſitivis legaret.

40 His ſuppoſitis, ut ſupra notavi, tria in iſta ſolum clauſula veniunt conſideranda. Prima quod fructus dictæ mollæ fuere legati patienti, & §. huiusmodi, filix poſt ejus mor-

tem ad veſtes moniales, ſi talem vitam haberet delectam, & ſi nuptias contraxiſſet, dictæ mollæ proprietatem ad ſuæ dotis juvamen. Uſque ad hanc metam nullum aliud mihi hoc legatum, vel fideicommiſſum inveni.

391 Sequentibus autem verbis (nullo dato verborum intervallo) proſequitur teſtatrix ita diſponendo, quod moriente domina Joanna nepte ex fratre, dum in Religione eſſet, revertentur dictæ mollæ uſufructus ad ex fratre nepotes.

392 In codice tam ſtricto, & in tam parvo proceſſu, nunquam mihi obvia venit, tam grandis difficultas, de cujus executione me excuſare non poſſum. Non eſt dubitandum, quod fideicommiſſa multis modis finiuntur, quia nihil ſub ſole perpetuum eſt, *L. cum debere ff. ſervit. urbanor. pr. ad.* Sic quoque incorporalia jura, & actiones, quæ artis miniſterio inventa fuere, humanis conſtitutionibus ſuos quoque terminos, & fines habent.

393 Hoc noſtrum fideicommiſſum ejus ortum, & occaſum coadivit, & finem ſuum habuit in illo inſtanti, in quo dicta Joanna legataria nuptias contraxit; & in lucrum dotale converſum, non per modum caducitatis, quia caducorum obſervatio prudentiſſimis viris diſplicuit, non tantum aliis, ſed etiam & iſtis, qui ea conſequebantur, *L. unica, & ibi gloſſ. Cod. de caduc. tollend.*

Hęc ſufficiunt ad me deliberandum, ſed continuato teſtamento, ſeu ejus diſpoſitione fol. 8. verſ. teſtatrix Joannem da Coſta fratris ſui filium ad eaſdem mollas aquarias per verba diſpoſitiva, & perceptiva, quæ ſemper abſque dubio inducunt fideicommiſſum, ſive teſtator cum gravato loquatur, ſive cum honorato, ut eſt *text. in L. miles ad ſororem, & in L. cum pater §. donationis ff. legat. 2.*

394 Quare ex præmiſſis ſatis conſtat, non mediocre attributum fuiſſe fideicommiſſis favorem, & in eis quæque voluntas, non ſolemnis, vel etiam conjecturata, ac verbis quamvis non præceptis, ſed precariis, & deſideriũ cauſa expreſſis ſufficiat pro valida, & efficaci ad juris etiam neceſſitatem, exploſa juris antiqui inobſervatione.

395 Sed regula propoſita intelligitur, quando teſtatoris diſpoſitio, non aliter poſſet conſequi ſuum effectum, tunc enim, ut valeat voluntas teſtatoris, quamvis non expreſſa, etiam ad fideicommiſſum inducendum, *L. Titia Seio §. Seia libertis ff. de legat. 2. Peregrin. de fideicommiſſis art. 11. n. 29.*

396 Verum in caſu propoſito legatum, vel fideicommiſſum, quæ in jure noſtro ſunt peræquata, habent ſuum effectum ſecundum teſtatoris diſpoſitionem, quia citato fol. 5. di-

verso modo disposuit, & dispositio variatur mutatione conditionis, & status, *L. si quis ff. solut.* quia quando loquuta fuit de dote, legavit (ut supra dixi) mollæ proprietatem, & cum matrimonium habuit effectum, & legatum, vel fideicommissum fuit simpliciter relictum absque conditione solum in hoc disponendi modo: igitur pro prima dispositione dotali debet ceteri, & non aliarum diversitatum dispositione, *L. eum qui aedes ff. usucapionib. Surd. de aliment. tit. 2. q. 15. num. 150. cum seqq. Cevalb. commun. contra comunum. tom. 4. q. 899. n. 36.*

Nullius etiam considerationis est dicere, 397 quod ultimæ codicillorum clausulæ vincunt priores, per *text. in L. quod traditum 87. ff. de condit. & demonstrat.* quia solum locum haberent, quædo secundæ habuissent clausulâ derogatoriam, seu irritantem, aliàs vaniloquium, quod non invenitur, ad annullandam dispositionem, maxime quando dispositio doti applicata nullam similitudinem habet cum aliis, de quibus frustra argutantur, ita sentit *Cevalb. com. q. 72. n. 2.*

398 Unde tales mollæ, vulgo *azenbas*, debent ad partitionem venire, & sic revocato meritissimo Provisore Conimbricensis Provinciæ. Portu 9. Aprilis 1673. Andrade Rua.

399 Præfatio causam finalem dispositionis ostendit, ex qua dispositio ipsa extenditur, vel ampliatur per *L. fin. de heredib. instit. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 5. num. 1.* & verba intelligenda sunt per prius, & non per posterius, *Joseph. de Sess. Aragon decis. 64. num. 86.* Cum ergo fideicommissum incipiat, si vocata Joanna fratris filia in statu moniali discederet, sequens dispositio, seu declaratio, post illius mortem de statu moniali tantummodo intelligenda est, neque aliter voluntas ostenditur dispositiva, unde fideicommissum in statu conjugali induci non potest, *L. quidam cum filium, ubi Bald. ff. hered. inst. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. num. 6. Mant. de ultim. volunt. lib. 3. tit. 4. numer. 18. Peregr. de fideicom. art. 11. numer. 25. 33. 43. Nigr. controvers. 142. num. 10.* est enim animi cogitatio, quæ in lucem non producit abortiva, & tamquæ posthumus in utero, qui nisi nascatur, nihil est, *L. fin. Cod. posth. hered. inst. prosequitur Surd. cons. 554. numer. 5. Cevalb. commun. q. 698. num. 6. 8. optime Gam. dec. 287. à numer. 1. Martb. de success. legal. p. 4. q. 21. art. 2. num. 73. & art. 1. à numer. 1. cum seqq. late Castill. 4. controversiar. cap. 11. per tot. neque in interpretanda voluntate testatoris divinare debemus, *Auth. de testament. §. 1. Menoch cons. 97. numer. 94.* de facili namque possumus errare in illius interpretatione,*

*Alex. cons. 49. num. 2.* & in dubio contra fideicommissum est pronuntiandum, *L. si fuerit 11. ff. de reb. dub. Castill. lib. 4. contr. cap. 9. num. 70. & 72. Ayllon. aa Gomes cap. 5. num. 2.* Deinde in dote nulla conditio imponi potest, neque donatarius ad restitutionem gravari post sui mortem, ex *L. quam Cod. de pact. conventis*, & est resolutio doctissimi *Barboj. in L. 2. in princ. à numer. 141. & 142. ibi: Quia pactum præjudicans dote non valet. n. & 143.* ampliat. Unde Præsidis sententiam revocarem. Portu 21. de Abril de 1673. Nevaes.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata: *Judices. Doctor Tavares. Doctor Gouvea.*

Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Mollæ legatum, sive potius fideicommissum, quorum jam hodie eadem est natura, *L. 1. Cod. com. de legat. & fideicom.* Joannæ relictum fuit, ut fol. 5. in eadem oratione diversas status res petente, primus status monialis fuit, ibi: *Se for Freyra*: & in vita tamen reliquit, post mortem substituit filios fratris, ibi *Morrendo Freyra torne aos filhos de meu irmaõ*: quæ dispositio quoad hunc statum conditionalis fuit, ibi: *Se for Freyra*, verbum, sive dictio, si, conditionem importat, *August. Barb. de dictionib. diction. 313. Sous. de Maced. decis. 13. num. 13.* unaque per viam fideicommissi cum obligatione restituendi substitutos, quæ forma disponendi fideicommissum denotat, *princip. inst. & per totum de singul. reb. per fideicommissum relictis*, ubi *Pichard. ad rubric. inst. eodem tit.* quod vero attingit ad secundum statum, ibi: *E se cazar, as azenbas sejaõ para ajuda de seu dote.* Fuerunt mollæ legatæ, & non per viam fideicommissi relictæ, quia nec tempus vitæ fuit taxatum, nec substitutos adhibuit, immo sine ullo gravamine per verba imperativa civilia mollam reliquit, quæ legatum significant; accipiendum à manu hæredis, & alteri non restituendum, *Pichard. ubi supr. & in princ. tituli n. 3.* in primo casu solum substitutos nominavit, ergo in alio regulam in contrarium firmavit, *L. in iis ff. de legib. Castill. in tract. de aliment. decis. 41. num. 11.* maxime quando in dubio præsumendum est legatum ceteri pure relictum, & sine ullo gravamine, *Castill. quotid. lib. 2. cap. 4. num. 35.* eo vel maxime, quando continet dotem, cujus favor maxime attendendus, ex *L. 1. ff. solut. ubi insign. Barb. p. 1. Leg. 1. num. 1.* testator rectè, & pure legavit in casu dotis respiciendo ad maiora illius onera, quæ in statu Religionis non inventiuntur; ideo legatum relictum de ducentis si nubat,

nubat, & de centum ſi Religionem ingredia-  
tur, ingrediendo Religionem ſolum centum  
debentur, *Molin. de juſt. tom. 1. tract. 2. diſp.*  
*207 num. 12 cum ſeqq. Cov. var. lib. 1. cap. 19.*  
*numer. 7 uſque ad 11. Sanchez de matrim. lib. 1.*  
*diſput. 34 num. 13.* nec ſemper immunitas,  
quæ nuptiis conceditur, extēditur ad ingreſ-  
ſum Religionis, maxime quando in præſenti;  
utilitas namque legati, ſive in quam fidei-  
commiſſum utilitatem utrarumque nuptia-  
rum, non reſpicit ad extensionem faciēdam,  
ſed fidei-commiſſariorum, ideoque inferioris  
Senatus ſententia venit confirmanda. Ulyſ-  
ſipone 23. Auguſti 1673. Doct̃or Gouvea.

402 Verba teſtatricis fol. 5. tranſcripta in ap-  
pendiculo fol. 6. verſ. ita habent: *E mais lbe*  
*deixo os fruētos, id eſt, a Manoel da Coſta ber-*  
*deiro, aſſim trigo, como o mais, que render das*  
*azenbas, que tenho na Ribeira de Caſconba,*  
*e por morte de meu irmaõ Manoel da Coſ-*  
*ta, ſiquem a Joanna ſua filha, minha aſilba-*  
*da, ſe for Freyra, para o ſeu veſtido, em quã-*  
*to for viva. ſe caſar ſerdõ as ditas azenbas*  
*para ajuda de ſeu dote; morrendo Freyra, tor-*  
*ne aos filhos de meu irmaõ Manoel da Coſta,*  
*qual elle quizer.* Poſt hæc verba alia fol. 9.  
in eodem appendice leguntur, ibi: *E declaro,*  
*naõ tendo meu irmaõ outra filha, ſenaõ Joan-*  
*na minha aſilhada, e morrendo, ſiquem as*  
*azenbas tambem a Joaõ da Coſta filho de meu*  
*irmaõ berdeiro, e teſtamenteiro.*

403 Priora verba di'poſitionis, clara ſunt, &  
duplicem caſum ſeparant. Primus eſt, quan-  
do mortuo hærede inſtituto, molla conten-  
tionis, quoad utumfructum relicta fuit Jo-  
annæ ad veſtes comparandas, dum vita frue-  
retur in moniali ſtatu perfeverans, quæ mor-  
tua ad filios præfati hæredis reverteretur.  
Secundus caſus eſt, ſi matrimonium duceret,  
tunc namque ad dotis augmentũ molla hæc  
relicta invenitur, nulla facta mentione uſu-  
fructus. Hic ſecundus caſus verificatus pro-  
ponitur: Joanna quippe matrimonium con-  
traxit.

404 Cætera verba dicto fol. 9. ibi: *E declaro,*  
*naõ tendo meu irmaõ outra filha, &c.* Totam  
excitant controverſiam, verbum namque,  
*moyrendo*, tam de morte in ſtatu Religionis,  
quam conjugalis praticari valet, nec datur  
maior ratio, cur in uno, non vero in alio ſit in-  
telligendum. Sæpe numero accidit bonorum  
jurifcupidos ſcientes, ſe hæredes inſtituen-  
dos, verba in teſtamentiſ apponi ſolicitari,  
quali ad maiorem ſecuritatē, quæ tamen,  
vel evertunt, vel maxime elogia confundunt,  
ut in præſenti concipimus.

405 Reſolvo itaque nullum fidei-commiſſum in  
occurrenti hypotheſi conſiderari poſſe. Si

enim ſoror alia Joanna, hæc mortua, ſuper-  
vixiſſet, tunc ad fidei-commiſſum inclinare, du-  
ctus verbis, ibi: *E naõ tendo, meu irmaõ ou-*  
*tra filha, ſenaõ Joanna:* quæ idem ſonant, ac  
ſi dixiſſet teſtatricis, mortua Joanna, ſive mo-  
niali, ſive uxorata abſque liberis, ſuccedat  
ejus ſoror, & ſi nulla extet, tunc Joannes  
ſubſtitutus legatum mollæ conſequatur: nul-  
la harum vocationum verificata eſt, quoniam  
nec Joanna reliquit ſororem, nec Joannes  
tempore mortis dictæ Joannæ vivus apparet.  
Igitur dicendum videtur, mollam legatam  
fuiſſe Joannæ purè, his vocationibus defi-  
cientibus, & præcipuam tanquam dotis partē,  
& dividendam eſſe inter ipſius hæredes, ſicut  
cætera bona propria, ex *Aut. b. de nupt. §. diſ-*  
*ponat col. 4.*

In contrarium allegantur quædam bro-  
cardica, & regulæ vagæ n'hil ad rem conclu-  
dentes. Unde ex his inferioris Senatus pla-  
citur confirmo. Ulyſſipone 11. Februarii  
1674. Doct̃or Tavares.

Si vero bona jam data erant per titulum  
dotis de bonis dotatis, non poteſt vinculum  
poſtea factum ſuſtineri, ſed eſt ejus conſtitu-  
tio, & erecctio nulla, ut judicatum fuit in cau-  
ſa ſequenti.

No feito de Joaõ de Craſto, com Manoel  
Rodrigues Roquello, Eſcrivaõ Manoel de  
Goes Pinheiro, ſe deu a ſentença ſeguente.

*Naõ he bem julgado pelo Juiz de Fóra,*  
*em haver os embargõs de terceiro ſenhor, e*  
*poſſuidor recebidos por provados. Revogando*  
*ſua ſentença, viſtos os autos, e como por elles*  
*ſe moſtra ſer Marianna de Caſtro condemnada*  
*a reſtituir os bens da contendã aos appel-*  
*lantes embargados, pela doaçaõ que delles ha-*  
*via feito em ſua vida Gaſpar Maciel, e ſua*  
*irmã Vitoria Barboſa para ajuda de ſeu do-*  
*te, com reſerva do uſo, e fruēto em quanto vi-*  
*veſſe, como ſe prova da eſcritura fol. 8. e ſup-*  
*poſto que o dito doador Gaſpar Maciel no*  
*tempo da ſua morte, e em ſeu teſtamento vin-*  
*culaffe os proprios bens em morgado em Ca-*  
*pella, nomeando em primeiro lugar a ſua mu-*  
*lher a dita Marianna de Craſto por admini-*  
*ſtradora, e por ſua morte ao embargante ſeu*  
*sobrinho, com tudo, como de ſeus bens havia*  
*feito em ſua vida a dita doaçaõ para dote da*  
*dita ſua irmã, naõ podia ter effeito o dito*  
*vinculo, como aſſim foy julgado pela ſentença*  
*junta, dada em 6 de Outubro de 1673. a qual*  
*paſſou em couſa julgada, e havida a appella-*  
*çaõ por deſerta no Juizo ſuperior da Relaçã*  
*do Porto, de cuja execuçaõ tratando os appel-*  
*lantes para tomarem a poſſe dos ditos bens, ſe*  
*moſtra vir o embargante com os ditos embar-*  
*gos de terceiro ſenhor, e poſſuidor, fundados*

no dito testamento, em o qual foy o embargante nomeado para segundo administrador por falecimento da dita Dona Mariana de Castro, em cujos termos conforme a Direito a sentença dada contra o primeiro administrador de algũ morgado, ou capella, prejudica ao segundo administrador chamado, e substituto, ainda por nome expresso, e passa em tal forma em cousa julgada, que a não pôde impugnar, salvo pelo remedio da appellação interposta em tempo devido, para se lhe haver de desferir no Juizo superior sobre o intento, e direito, que pertende a excluir a sentença dada contra o antecessor. E quanto á posse, que o embargante allega, provase por parte dos appellantes, em como o appellado nunca fora possuidor das ditas propriedades, e que só dellas fora sempre possuidora sua tia, primeira administradora, e tutora do embargante a quem alimentava, tendo em sua companhia de portas a dentro, e por fraudar a execução, que os embargados intentaraõ fazer por meyo da dita sentença, lhe fez a dita Mariana de Castro sua tia doação das mesmas propriedades, largando-lhe a posse dellas pela escriptura fol. 133. feita em 27. de Agosto do anno de 1673. proximo passado, declarando nella, q̃ havia dous annos, que o embargante estava na posse dos ditos bens, cuja declaração manifestamente se convence de calumniosa, tanto pela prova dos appellantes como pelo que deduzio a dita Mariana de Castro em sua contrariedade, e treplica ao libello da causa principal, como se prova: aonde confessa ser verdadeira possuidora, e como tal lhe pertenciaõ os ditos bens, e propriedades, sendo esta confissão da melhor prova de Direito, e como tal se deve dar inteiro credito. por onde julgo os ditos embargos recebidos, por não provados. E mando que a execução da dita sentença corra seus termos. E condẽno ao embargante nas custas dos embargos. Barcellos 28. de Janeiro de 1675. Dioga Mendes Duro.

408 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Senatam Portuensem, ubi fuit confirmata: Judices. Ribeyro. Cazado.

Et hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Quamvis tertius, qui fuit auditus, & convictus, possit executionem sententiæ impedire, *L. sepe, L. à Divo Pio § si super reb. ff. de re judicat. cap cum super eod tit. Ord lib. 3. tit. 86. §. 17. Val cons 55. num. 1. Pereir. decis. 65.* quam plures refert *Peg. forens. cap 5. num. 7.* Si tamen Reus condemnatus rem pecitam alienavit post litem motam in ipsum tertium, potest Actor victor sententiam exequi contra illum, *L. 1. §. necessario ff. si*

*ventris nomin mul. Ord. lib. 3. tit. 86 § 16. & lib. 4. tit. 10 §. 9. L. 1. & 2. Cod de litigios, L. si mater §. fin. ff except. rei jud. Pereir. decis. 47. num. 15. Gaito de cred cap. 2. tit 3. num. 643. Noguero. alleg. 29 num. 234. & seqq. plures etiam refert Peg. dict cap. 5. num. 145. Barb. in remiss. ad eand. Ordinat. Quod maxime procedit, si ipse tertius notitiam habuit litigii, ut patet in eisdem Ordinat. & Doctorib Cum ergo Rea condemnata post litem motam fecisset huic tertiæ impediendi donationem cum translatione domini, reservato tantum usufructu in vita sua retum, super quibus litigium currebat, ut patet ex ipso dotis instrumento stipulato fol. 77. 27. Augusti 1674. actio vero est impedita adversus Ream condemnatam, fuisset posita in judicio 20 Martii 1673. non est dubium, quod talis donatio, seu dos vitium nullitatis, seu litigiosa contraxit, ex *Ord. dict. tit. 10. in princp.**

Nec impediens excusare se valet, ex eo quia ignarus erat litigii; siquidem in eadem domo comorabatur cum R. convicta, & ut talis præsumitur notitiam habuisse illius, maxime cum Rea in ipso dotis instrumento cõsistatur bona, & res donatas esse litigiosas, & super illis jam ab Actoribus motam esse litem, ut inspicitur fol. 78.

Et quamvis dict. *Ord. lib. 4. tit. 10. §. 11.* disponat, quod res litigiosa possit alienari, & donari causa dotis, hoc tamen non aufert, quod in illa repossit fieri executio per victorem exequentem, sed tantum operatur, quod sic donans non incurrat in pœnam ab *Ord.* comminatam in §§. 3. 4. 5. & 6.

Ex quibus sententiam Auditoris confirmandam censerem revocato Judice. Portu 3. Maii 1675. Ribeyro.

Impedimenta apposita fol. 13. ipsam tertium impediendam convincunt, quia ex duplici causa contendit, se possidere, & ex nulla tueri potest; non quidem ex prima respiciente naturalem apprehensionem, quia amita ejus curatrix, hanc possessionem, quam simul cum marito defuncto habuit, adhuc retinet legis beneficio, siquidem partitionem non dedit, *Ord. lib 4 tit. 95.* aliam vero titulatam ex institutione fol. 34. nimis properantèr, & anticipatus opponit, quia à prædicta amita, vidua scilicet testatoris præceditur. Ac ex eo, & his, quæ latè à doctissimo, & colendissimo Domino considerantur, & ne receptis, vel inquam, approbatis impedimētis excipiens, qui nunc juvenis apparet, senio conficiatur, litibus, & expensis oppressus, Auditorem etiam confirmo. Portu 20. Maii 1675. Cazado.

A qua sententia fuit gravamen interpositum

tum ad Supplicationis Senatũ, ubi fuit confirmata: Iudices. Cardoso. Doctor Gouvea.

Et fundata fuit in deliberatione ſequenti.

Joannes Jacobus fol. 124. verſ. interpoſuit gravamen à Senatus inferioris placito fol. 123. verſ. immerito tamen, cum iudicatum illud Regiis diſpoſitionibus fulciatur, *Ord. lib. 3. tit. 86. §. 16. & lib. 4. tit. 10. §. 9.* Quod autem ſecundum leges pronuntiatur, non iniuſtè, ſed legitime dicitur pronuntiatum, unde aggravanti non eſt providendum.

Nec obſtat exceptionis allegatio fol. 141. & documenta fol. 138. etenim ex ipſius aggravantis patrocinio fol. 143. verſ. conſtat evidenter appellatricem Mariannam non fuiſſe proſequutam, & appellationem; non autem dicitur pendere, quod non habet proſequutionem, unde exceptio præjudicialis appoſita, fundamento legitimo deſtituta eſt. Ulyſſipone 9. Decembris 1675. Cardoso.

Idem cenſo. Doctor Gouvea.

412 Neque etiam ſuſtinetur vinculum, ſi debita inſtitutoris petantur, & debeantur, tunc enim bona venduntur ad illarum ſolutionem, & etiam ad onera realia contracta per inſtitutorem ſolvenda, ut iudicatum fuit in cauſis ſeqq. ubi declaratur, & explicatur.

413 No feito da Abbadessa, e Religioſas de Santa Anna da Villa de Viana, e em nome da Madre Angela de S. Jeronymo, contra Paulo de Barros, Eſcrivão Manoel de Goes Pinheiro, ſe deu a ſentença ſeguente.

*Acordaõ em Relaçãõ, &c. Viſtos eſtes autos, libello de liquidaçãõ da A. Angela de S. Jeronymo, contrariedade do R. Paulo de Barros, ſentença. e papeis juntos. Moſtraſe obrigarſe Gaspar Jacome por huma eſcritura publica a pagar à A. ſete mil reis de tença em cada hum anno, por raziãõ de certos bens da A. que ficaraõ em ſeu poder, a cuja obrigaçãõ hypotbecou indifſtintamẽte todos ſeus bẽs, iſto em vida da A. ſõmente, a qual tença pagou em ſua vida, e por ſeu falecimento por deixar os bens vinculados, ſuccedeo ſeu filho Diogo de Barros, pay do R. que pagou algũs annos por mãõ de ſeus tutores, e por ceſſarem em o pagamento, os demandou a A. e teve ſentença, que dos ditos bens ſe lhe pagaffe a tença inteiramente, e na execuçãõ deſta ſentença ſe ſepararaõ muitas propriedades de vinculo declaradas no primeiro artigo deſte libello, das quaes ſe deu poſſe à A. para as arrendar por ſi pela dita tença. Moſtraſe, que depois o pay do R. ſe tornou a meter de poſſe das ditas propriedades, com fundamento de ſerem de vinculo, e por naõ pagar a dita tença, o*

*demandou a A. neſte Juizo, e teve ſentença junta, porque ſe mandou, que largaffe os ditos bens ſeparados, e pagaffe as tenças cabidas. Moſtraſe, que eſta ſentença foy dada em o anno de 1645. e por virtude della requere a A. a execuçãõ contra o R. como ſucceſſor do dito ſeu pay, e poſſuidor dos bens obrigados à dita tença. Defendefe o R. e prova, que naõ foy herdeiro do dito ſeu pay, e ſõmente ſucceſſor dos bens vinculados, e que dos livres ha outros herdeiros, e que do tempo que poſſue os vinculados, ſe offereceo por termo neſtes autos a pagar a dita tença, como impoſta nelles. O que tudo viſto, e o mais dos autos, e como o R. he poſſuidor dos bens obrigados à dita tença. poſto que vinculados ſejaõ, mandaõ, que delles continue com o pagamẽto, na fõrma que eſtã julgado, em quanto a A. for viva, e que no que toca aos atrazados ſerã logo executado por todos os annos, que tem poſſuido os ditos bens, em o que ſeu pay ficou devendo, ainda que ſeja controverſo ſe o acreador pela divida de hum ſucceſſor póde puxar pelo ſeguente, ou pelos herdeiros do devedor, quando havia hypotbeca nos bens vinculados, e ſe reſolva communmente, que tem eſcolha, com tudo he a melhor opiniaõ, e mais recebida, que ha primeiro de excutir os herdeiros, e bens do devedor. principalmente havendo a A. ſido moroſa em cobrar do pay do R. pois tendo a ſentença em o anno de 1645. a naõ executou ſe naõ agora, e naõ ſe achando bens do pay do R. para a dita divida, ſempre elle eſtarã obrigado pelos de morgado: e naõ ha que defeſerir à ſeparaçãõ dos bens, que ſe articula, viſto offerecerſe o R. a ſegurar a dita tença, e a dita ſeparaçãõ ſer feita na mãõ do pay do R. ſem ſentença, nem ſer citado, nem ouvido com curador, tomandoſe para pagamento de ſete mil reis tantos bens, como á A. E dado, que a ſentença fora valida, e ſe naõ fundara em a nulla ſeparaçãõ, como naõ foy dada contra o R. e ſendo contra a natureza de morgado, ſempre ſegurando elle a tença, devia ſer ouvido neſta fõrma. Mandaõ ſe execute a ſentença. E pague o R. os autos. Porto 20. de Dezembro de 1670. Oliveyra. Correa. Homem.*

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatũ, ubi fuit lata ſententia ſequens. 414

*Acordaõ os do Dezembargo, &c. Julgaõ os artigos de nova raziãõ recebidos pro provados, viſta a prova nelles dada, e como ſe moſtra, que Gaspar Jacome ſe obrigarſe á ſatisfaçãõ da divida pedida por ſeus bens, pela eſcritura fol. 76 e que eſte encargo foſſe real, ainda que vinculaffe os ditos bens, e com elle paſſaſſe a ſeus herdeiros, e ſucceſſores, e como*

tambem se prova, que de seu filho, e successor Diogo de Barros não ficassem bens, nem contra elle se podesse executar a sentença. por ser homem turbulento, e poderoso, com o cargo de Capitaõ de Cavallos, que occupou no tempo da guerra. como largamente se prova pelas AA. e não lhe ficar bens livres, em que p. idesse correr a execuçaõ, e como o dito encargo real constituido pelo dito Gaspar Jacome, se continuasse em seus bens, e lhe não prejudicava o fazer delles morgado. Julgaõ, que estaõ os RR. habilitados obrigados à satisfacaõ da divida da tença, não só do tempo, em que entraraõ na posse do morgado, mas dos mais annos, em que as AA. não foraõ pagas depois da obrigaçaõ da dita escritura, que com ellas fez o devedor Gaspar Jacome, e que não necessita de mais execuçaõ a sentença, que ouveraõ contra o devedor originario Diogo de Barros, nem seus herdeiros, por constar falecer sem bens livres, e neste caso estarem os do morgado obrigados à dita satisfacaõ, por ser encargo antecedente ao vinculo, e posto pelo mesmo instituidor. com que nesta parte declaraõ serem as AA. aggravadas pelos Dezembaradores da Relacaõ do Porto, e nesta parte revogaõ sua sentença, e no mais se cumpra por seus fundamentos, visto os autos, e nas custas delles, condemnno mais aos RR. habilitados. Lisboa 28 de Julho de 1674. Ribeyro. Doctor Cerveira. Quifel.

415 Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Ex actis bene deprehenduntur cunctationes, tam circa debitum expostulatum, quam circa eorum expeditionem, & ipsius debiti adjudicationem, non immoror amplius in hac notatione, quia rem non novam, neque inusitatum aggredimur, minusque insolitam, ut experimur post reversionem nostram ad Senatum, à quo jussu nostri Principis serenissimi, & augustissimi aliquantulum discedimus, ad disquirenda, & decernenda non pauca, nec minima Reipublicæ negotia sibi utilia, & necessaria, in quibus peragendis concordia, & ineritia experta non fuit, licet tanquam signum ad sagitam extitisset.

416 Sed ad feria deveniamus, porro compressis actis de sententia Senatus inferioris prolata à fol. 55. ad finem, à qua interpositum venit præsens gravamen, differendum cogimur, nostrumque interponere judicium, & proculdubio pro toto iudicato assentirem; cum certum sit in jure, quod onus reale sequitur fundus, & quocumque is vadat, cum sua causa transit, text. in L. si convenerit 18. §. si fundus ff. de pignorat. action. & in L. alienatio 67. ff. de contrahend. emptio. & in L.

in factio 60. §. ult. ff. de condit. & demonstr. & in L. si debitor 12. Cod. de distract. pign. & in L. unica Cod. rem alienam gerentibus. Estque indubitabile, ut quoties jus aliquod ita fundis adhæret, ut hi quocumque vacant, sequatur, & non tam possessorum, quam ipsorum fundorum ratio in ejus juris exactioe habeatur, & ita cum huiusmodi obligatio, & onus infixum sit ipsis fundis, non tam à possessoribus, quam ab iisdem fundis exigi dicuntur, & notat Acurus per text. ibi. verbo profiteri, in L. 4. §. is vero ff. de censib. Sicque propter rem possessores conveniuntur, text. in L. 3. Cod. sine censu, vel reliquis notat Jacobus Cujacius lib. 3. responsorum Papiniani in L. prædiis 36. ff. de jur. fisci. Anton Faber conjectur. lib. 20. cap. 9. Donellus de jure civili lib. 15. cap. 44. Afflict. dec. 95. Pinellus in L. 1. Cod. de bon. mater. n. 2. p. numer. 72. Ord. lib. 2. tit. 5. 2. §. 4. ibi: Os possuidores dos bens, &c. Conjuncto §. 5. ibi: Por quanto a fazenda, &c. Eadem Ord. lib. 3. tit. 93. §. 3. & lib. 4. tit. 3. in princip. Ægyd. in L. ex hoc jur. 5. ff. de just. & jur. 2. p. cap. 13. claus. 13. à n. 1. Pereyr de Castr. decis. 63. à num. 1. & decis. 66. à 2. part. in iisdem locis num. 148. Phæb. 1. p. decis. 58. num. 12. Anton. à Gam. decis. 99. Giurb. decis. 55. n. 7. Almeyda Regius Senator allegat. 20. & ult. n. 21.

Plane, & in possessore maioratus præstante, & subeunte onera realia, quæ tempore prædecessoris erant decursa, videlicet, stipendiū expostulatum annuatim debitū moniali actrici, dum ei vita non effluerit, solvere tenetur possessor ipse honorum obstrictorum, Molin. de primogen. lib. 2. cap. 15. ex num. 57. Cevalb. com. contr. tom. 9. 36. ex numer. 18. & tom. 4. quæst. 897. ex num. 505. Castill. de usufruct. cap. 56. à num. 14. & de tertiis cap. 2. à num. 17. & contr. tom. 6. cap. 161. ex num. 31. Phæb. 1. p. decis. 1. numer. 4. Doctor Carvalho ad cap. Raynaldus 18. de testam. 2. p. à numer. 263. P. Molin. disput. 640. numer. 12. Nam cum huiusmodi annuarium stipendium constitutum fuit super bonis similibus, argumet. text. in L. 1. & in L. 2. Cod. de jur. emphyt. inducit obligationem pignoris, vel hypothecæ, & sic obligationem realem argumet. text. in L. Codicillis penult. §. instituto filio ff. de legat. 2. ubi docuit Bart. text. in L. fundum quem 9. & in L. Caius 12. ff. de annuis legatis, Jafon in dict. L. 2. Cod. de jur. emphyt. n. 45. Romanus singulari 631.

Unde cum in hac inspectione actrix his omnibus juris resolutionibus induatur, quod satis comprobatur ex certificatione à fol. 75. ad finem, & ex testium depositionibus à fol. 141. super novæ rationis articulis, & ex aliis creti-

cert  
rum  
reli  
tium  
sent  
nat  
per  
titi  
filiu  
tific  
bato  
solu  
mat  
ma  
Doc  
C  
499  
ri,  
to a  
tum  
-reso  
que  
reso  
nes  
rati  
obit  
func  
que  
420  
ma  
Doc  
tia  
non  
quia  
cept  
leg  
ense  
rian  
mun  
eun  
421  
nor  
nac  
qui  
vid  
me  
red  
ab  
vif  
hæ  
op  
rer  
tii  
lis  
ter  
mu  
ru  
m

certificationibus exhibitis fol. 192. & Reorum testibus conjuncto testamento fol. 19. reliquis occurrit doctus patronus aggravantium in suis perorationibus à fol. 68. ex dictis sententiam præfatam approbarem, dum damnat possessores bonorum ad pensitanda stipendia annuaria decursa, cum ipsa bona extitissent penes Gasparem debitore, nam ejus filius nulla bona reliquit, ut ex præfatis certificationibus apparet, sic novæ rationis probatos articulos judicarem, damnatis Reis ad solutionem debitorum stipendiorum reformatos, & confirmata sententia modo, & forma elucidata. Ulyssipone 27. Aprilis 1674. Doctor Cerveira.

Conveniunt. Quifel. Ribeyro.

49 Executio an possit fieri in Capella maiori, & jure sepulturæ, & patronatus constituto ad maioratum auctoritate Papæ, judicatum fuit in causa, de qua Nos diximus *Forens. resol. cap. 5. num. 251. in nova impressione usque ad num. 265.* Ubi contrarium judicatum resolvimus, & fundatus in his DD. exceptiones opposuit contra sententiam, & etiam in rationibus, de quibus *d. num. 265.* & his non obstantibus rejectæ fuerunt exceptiones, & fundata fuit sententia in deliberatione sequenti.

40 Quæ scripsi fol. 672. satis sunt, ut me à maiori labore subducere possent, sed quia Doctissimus Advocatus in contraria sententia adhuc persistit, & ego vocatus lentus non sim in arenam descendere; præsertim, quia de intellectu legis patriæ sese offert disceptandi occasio, cum tanto viro, cui ipsæmet leges multum lucis, & decoris condonant, enssem arripio, nec clypeo opus est, & victoriam non multo discrimine multa tamen mei muneris gloria adipiscat, cum verosimile sit, eum vincere, qui iustiori causa decertat.

41 Persistit, & insistit egregius Advocatus, non jure, quia doctus; sed ea, qua solent tenacitate, qui obduræ cervicis vitium quidquid proferunt, licet insanum doctissimis videatur, injuriæ tegendæ gratia superbissime defendunt, quin eos ad veram sapientiam reducat illa vulgarissima sententia, abyssum ab abyssu oriri, & peiorem errore primo novissimum errorem longe haberi. Verum quia hæc illius persistencia, & insistentia nostræ opinioni subdole detrahit, & se sapientiorum Senatu, à quo discere fas erat, in scientiis profitetur, nos, qui justitiam præ oculis habere studemus, & summo cultu, contempta maiorum hominum potentia, quibus multorum ignavia flectitur, & parva literarum supellex famulatur, impense veneramur, quod censuimus, nunc recte, & mode-

ste exornabimus.

Capellæ patronus, de quo est sermo, vendibilis profecto est, & additionis capax. Siquidem in illa venditione, seu additione, non venditur, neque addicitur proprietas loci, sed possessio sola, & usus, quod æstimabile est, vendibile, & subhastabile, sine vitio simoniæ, ut terminanter tenet *Abb. in cap. 1. de sepult. num. 1. & in cap. abolendæ n. 5. eod. tit. Anchar. cons. 113. num. 3. Navar. lib. 3. consilior tit. de sepult. cons. 1. per totum. Lafart. de gabellis cap. 14. num. 5.* ubi multos allegat, *Tusch. practic. conclus. tom. 7. littera S. concl. 192. num. 4.* Et patet, proprietatem capellæ non fuisse venditam, quia claves etiam januarum, quas vulgariter (Tribunas) appellamus, non emptor, sed venditores, in perpetuum retinebunt, ut liquet fol. 130. in fin. & fol. 137. vers. & ex iisdem locis apparet casum dumtaxat hujus Capellæ fuisse concessum, & acceptatum, siquidem patronis ingressuris ad easdem januas, solum ad ingrediendum claves tradendæ sunt, quas venditores patronis exeuntibus iterum accipiunt; claves autem Capellæ semper penes vendentes sunt, unde dominium in emptorem non transit, ut transiret, si clavium traditio contractum sequeretur, *L. cum pater 77. §. pater pluribus, & ibi gloss. verbo (Custodia) ff. de legat. 2. L. clavibus 74. ff. de contr. empt. text. in §. Item si quis instit. de rer. divis. gloss. fin. in L. 2.* Proinde, liquet solum usum, & possessionem Capellæ concessum fuisse, ut fol. 138. in fin. & vers. 143. vers. in fine, & fit planum conventionem hanc, non esse simoniacam, & per consequens res in ea contentas æstimari posse, vendi, & subhastari.

Et magis demonstratur, quia quidquid datum legitur pro eadem Capella, non fuit datum in pretium, sed in eleemosynam fol. 132. & vers. ad constitutionem, nempe ipsius Capellæ concessum fuisse ad Missas, ad officia, & ad fabricam, ut fol. 130. vers. in princ. 132. 138. 139. & vers. 140. 143. 145. vers. pro quibus licitum est recipere aliquid temporale, ut post alios docet *Frater Emmanuel Rodrigues quæst. regular. tom. 3. q. 58. art. 2. sess. variar. lib. 1. cap. 20. num. 5.* ubi *Faria* citat quamplures. Cum verò primi patroni mens non intenderet principaliter acquirere proprietatem, quæ jure Trinitariis remansit, sed usum pro quo promissa in rempiam, & in eleemosynam acceperunt, omnem ex parte simoniam conticuit, ut scilicet, quando Canonici choro interfunt ad percipiendum sustentationis stipendium, & non animo emendi, vel vendendi aliquid spirituale, ut tenet *Covas*, & late exornat *Faria* nuper relatus



latus in eodem loco. Hinc necessario deducitur, in illum contractum venisse rem æstimabilem, & vendibilem, usum, scilicet, illius Capellæ, siquidem Trinitarii fuerunt contrahentes, consensit illorum Prælatus Generalis, & confirmavit Pontifex Summus, qui omnes illi conventioni repugnarent, si foret alicujus rei spiritualis vetitæ, unde suspicari posset vitium simoniæ: quare quod Pontificem, & tot Religiosos decuit, laicos decere utique oportet, ut cum *Salgad.* concludimus supra fol. 662. vers. laici enim nil amplius exoptant, quam quod Trinitarii concesserunt; consensit illorum Generalis, & confirmavit Pontifex, hoc enim æstimabile, & vendibile profecto erit, & non spirituale æstimationis, & venditionis incapax, quod si ita sit, nullus ab origine fuit contractus, nullus assensus Prælati, & nulla ipsius Pontificis confirmatio, & nullus ipsemet titulus patronatus, unde nec Illustrissima Domina excepta illum consequi potest, nec Trinitarii pecuniam illius pretium retinent, & patebit aditus Illustrissimæ Domine exceptæ ad comparandam sibi ex iisdem pecuniis solutionem ex contractu penitus dissoluto, juxta illius tenorem fol. 141. atque Illustrissima Domina excipiens contendit patronatum à principio recte fuisse concessum: ergo fieri necesse est illum nullam rem spirituales involvere, sed æstimabilem, atque vendibilem.

423 Et confirmatur, quia idem Patronatus non fuit simpliciter concessus, sed specialiter ad sepulturam, ut fol. 136. vers. & quamquam sepultura vendi non possit, sine vitio simoniæ, bene vendi potest honor sepeliendi in loco digniori, & præstantiori, cum hoc non concernat spiritualia, nec necessarium sit ad sepulturam illud decus sublimioris, & dignioris loci, immo separatim omnino sit ab illo actu, & ritu sepeliendi, quoniam unusquisque sepeliri potest, & ut plurimum solet in loco communi, citra illam dignioris loci excellentiam, & maioris honoris, & dignitatis prærogativam: quamobrem licet usus, & possessio Capellæ, atque sepulturæ forent omnino prohibiti, tamquam quid spirituale, vel spiritualitati annexum, & non posset constare patronatus ex re inæstimabili, & posita extra omne generis humani commercium, nihilominus honor ille, illud decus, & illa prærogativa habendi sepulchrum in loco nobiliori, atque eminentiori, est quid æstimabile, atque vendibile, quia est quid temporale disjunctum ab spiritualitate, & ab spirituali ligamine, & connexionē; tunc enim non emitur sepulchrum, sed honor, & præ eminentia dignioris loci, qui potest ven-

di sine ullo vitio simoniæ, ut tenent omnes, & docet terminanter *Soto de just. & de jur. lib. 9. q. 7. art. 1. Genuens. in Practic. Archiepiscop. Neapolit. cap. 32. num. 18. & 19. Olivar. Beltramin. in Addition. ad Ludovic. dec. 145. numer. 10. Salazar. de usu, & consuet. cap. 10. num. 21. & 24. Humad. in L. 55. tit. 6. p. 1. num. 1. Spin. de test. gloss. 2. princip. tit. de elect. sepult. sub numer. 44. non procul à principio, versiculo si tamen aliquis, &c. Gratian. forens. cap. 110. ex num. 10. & cap. 210. ex num. 12. ubi se allegat in dicto cap. 110. & in dec. 56. & reprehendit Molin. contrarium tenentem lib. 1. de primogen. cap. 4. num. 40. & hunc honorem, hanc prærogativam, & hoc sublimioris loci fastigium aperte constat fuisse in causa hujus contractus, ut fol. 129. in fin. ibi: *Jus patronatus honorificum Capellæ.* fol. 130. ibi: *Pro eorum:* ibi: *Juris patronatus honorifice* Atque ea de causa nil mirum, quod jus patronatus, in cuius disquisitione versamur, recte concessum fuit.*

Augetur, siquidem non hæc sola honoris species intercessit, sed aliæ longe excelsiores, videlicet, quod nulli amplius concessurum esset sepulchrum intra ambitum prædictæ Capellæ, ut cernitur fol. 130. vers. in fin. 136. vers. in fin. 145. vers. in princip. & planum est, posse à Trinitariis recipi hoc gravamen, & hanc obligationem esse æstimabilem, atque vendibilem, sine metu simoniæ, quoniam non invenitur in jure prohibita, ut in specie docet *Suar. Granat. de virtute, & de stat. religion. tom. 1. lib. 4. de Simonia cap. 14. num. 22* Et ad hanc honoris speciem pertinet altera longe superior sedendi, nempe in cathedra magna, & prohibendi reliquos, exceptis ijs, qui leguntur fol. 130. in princip. fol. 137. 145. vers. in princip. & convenit aliud honoris genus sculpendi arma, & insignia, tum in Capella, tum in ostio Templi, & aliæ dignitatis argumenta, quæ omnia temporalia sunt, & vendibilia, & ideo apta ad removendum omne vitium simoniæ, ex *Suar.* ubi proxime.

Denique quando hæc sententia, nec jure, nec autoritate Doctorum fundari posset, adhuc tenenda esset ex consuetudine uniformi, atque universali totius orbis, ut in individo contendit *Paul. de Castr. in cons. 363. lib. 1. per totum, I ara de annivers. lib. 1. cap. 25. n. 17. Frater Emmanuel Rodriguez tom. 3. p. regul. q. 58. art. 2. vers. & cum sepe sepius contingat, Gratian. dec. Marchie 26. n. 13. & 14. lib. 1. & forens. cap. 110. num. 10. & cap. 210. num. 28. Riccius dec. ment. al. p. 3. cap. 16. numer. 33. & in practic. for. eccles. 1. part.*

1. part. decis. 665. per totam.

Veruntamen eadem sententia, non solum fundatur iure, & illustratur autoritate Doctorum, & comprobatur consuetudine omnium gentium, sed denique tuta, & firma manet, refulgetque autoritate Senatus Curia Romanæ, ut testatur *Gratian dict. cap. 110 num. 13. & nostri apud Phabam 1. p. dec. 8. num. 7. in fin.* qui num. 10. testatur, hanc esse consuetudinem huius Regni, & Castellæ apud *Salgad. in labyrinth. part. 3. cap. 5. n. 5.* ubi citat *Noguerol.* attestantem sic fuisse sæpe iudicatum in supremo Consilio Regio, quod & ipse etiam asseverat: un le aere confata, & inani superbia plena damnanda non solum, sed potius ridenda est, hæc nostri celeberrimi Advocati decantata persistencia, & insistentia.

Nunc ad ea, quæ adhuc obijcere, & addere non dubitavit fol. 680. animadvertere paulisper aperte ait ille Capellam hanc, usum sepulchri, jus patronatus, & omnia, quæ illi pertinent, & illius acquisitioni facta esse à Pontifice Maximo, unde & Capella, & usus sepulturæ, & jus patronatus naturam sacram, & ecclesiasticam induerunt, & non licet iudicibus sæcularibus de illis rebus cognoscere, & sententiam in eis exequi ventant, eleganter in *Ord. lib. 3 tit. 93 in fin. principii.* Quod etiam procedere dicit secundum jus commune, quando Capella, & sepultura erecta est autoritate Papæ, aut Prælati, quod limitatur, quando erectio est simplex, & fit sine eorum interveniu, & concludit sententiam esse omnino nullam, & ita declarandam remissa hac eadem contentione iudicio Ecclesiastico, & in margine huius exceptionis fol. 682. citat *text. in cap. postquam 13. q. 2. Vivian de jur. patronat. cap. 2. num. 43. Faria ad Covar. lib. 1. cap. 13. num. 11.* & illos, quos ille refert in *Comment. ad Ord. tom. 4. ad tit. 50. pagin. 200. n. 63.*

426 Videamus nunc, an Gregorius Advocatus partis Curia interpret veram Ordinationis dispositionem recte perceperit: & non percipisse, nec Bullæ Pontificiæ tenorem, plusquam notum est, nam subiecta esse executioni ob debita institutoris contracta ante conditam Capellam, vel maioratum, ut jus communis est, & ceusit aliquando *Senatus apud Phab. 1. p. dec. 84.* Hanc generalem dispositionem restrinxit ad institutores laicos, & vetuit comprehendere Papam institutorem, vel Prælatos Ecclesiasticos instituere, sunt ibi: *Instituídas, ou fundadas.* Quod ex ratione decisiva perspicuum redditur, siquidem loquendo de illis bonis dicit: *Por quanto são da jurisdicção Ecclesiastica.* Atque in præ-

senti non est ulla Capella instituta, nec huius Capellæ alicuius institutor. Ergo egregius patronus, non recte percepit verum sensum prædictæ Ordinationis.

Minor propositio probatur ex contractu Domini Eduardi cum Monachis Trinitariis fol. 136. ubi solum tractatum, & actum fuit de concessione Capellæ maioris illius Ecclesiæ ad sepulturam, & usum sepeliendi dictis prærogativis honorificis, sub certa pecuniarum summa, quod magis liquet ex mandato fol. 142. vers. in fin. & 143. ubi id duntaxat contrahendum consistit suo procuratori, & planius fit ex articulis ad justificanda præmissa pagina, quæ sine numero est post num. 134 & ex Bulla Pontificia fol. 128. & ex narratis ibi à Domino Eduardo, quod apertius comprobatur ex consensu Prælati Generalis, fol. 144. & rem omnino conficit sententia Iudicis executoris fol. 147. vers. ubi solum confirmatur idem contractus ab institutore, vel fundatore illius. Quare negari non potest, veram intelligentiam prædictæ Ordinationis omnino latuisse eximium Advocatum.

427 Quod si in dicto contractu aliqua Capella censeretur instituta, institutor diceretur Dominus Eduardus, siquidem omnia bona ab eius patrimonio exierunt, & nunquam poterant appellari institutores Prælati Trinitarii, neque illorum Generalis, neque Summus Pontifex, quia ex eorum rebus nulla bona illo in contractu reperiuntur, quæ propter naturam Ecclesiasticam libera essent à jurisdictione sæculari; Capella enim maior illius templi penes Monachos remansit. Quoad proprietatem, & quoad usum Ecclesiasticum, nec in bonis est Eduardi, nec illustrissima excepta eam in executionem expostulat, sed illud quod temporale est, & ideo æstimabile, atque vendibile, usum sepeliendi, sedendi, & prohibendi reliquis, atque jam memorata, quæ in honore, & præminentia consistunt, quæ quidem emi, & vendi possunt, & solent sine vitio, vel metu simoniæ, ut satis explicatum est unde hoc etiam ex fundamento concludere necesse est, optimum advocatum non agnovisse, quid censuerit prædicta Ordinatio.

428 Nec alter sensus deduci potest ex verbo illo, ibi: *Por autoridade.* Ita ut idem sit consensus, quem summus Pastor præstitit confirmando, atque autoritas, quam Ordinatio requirit, in instituendo, & fundando, ut ibi: *Instituídas, ou fundadas.* Illud enim verbum, *Autoritas,* non consentientem, sed authorem institutionis, & foundationis importat, unde lex, illam solum Capellam exemit

ab executione sæculari pro debitis institutoris, quam suis bonis instituerit, & fundaverit Pontifex, vel Prælatus, & hic est verus sensus prædictæ Legis ejusdē Ordinationis, quia supposuit institutorem, & non confirmantē institutionē debita institutoris, & non confirmantis bona ipsius institutoris decētis, & non bona confirmantis non debitoris, ut ex litera ipsius Legis apparet in principio, ibi: *Se a sentença foy dada contra o instituidor, ou a condemnação foy por causa de alguma divida, ou obrigaçãõ da pessoa do instituidor, & ibi: Podersehaõ vender, e arrematar tantos bens de morgado, ou Capella, &c* Et propterea dici non potest, sufficere auctoritatem Pontificis, aut Prælati, licet alter laicus sit conditor Capellæ ad liberanda bona ipsius Capellæ à jurisdictione, & executione laica, dato debito institutoris, cum dubia legis dispositio intelligenda sit ex Rubrica, & ex ea hic sensus capi non possit, quia tali exemptionis intellectui non convenit, *Surd. conf. 165. n. 12*

429 Ego vero, qui ex hac *Ord. in dict. fin. principii*, rem valde dubiam existimo, utpote collocatam sub titulo minus apto, ut sub dispositione minus congrua ex alia lege patria lucem adferam præsentī difficultati, nempe ex *Ord. lib. 1. tit. 62. §. 39.* ubi fundata Capella à laico, auctoritate, & consensu Prælati, si lis suborietur inter laicos super bonis, vel debitis ipsius Capellæ agitanda, & finienda est apud Judices sæculares, & non Ecclesiasticos; ergo idem dicendum est in casu *dict. Ord. lib. 3. tit. 93. in fine principii*, si lis tractetur inter laicos super bonis, vel debitis ipsius Capellæ: & cum illustrissimæ Comitissæ sæculares sint, & recte apud Judices laicos contenderent, quia Ecclesiastici non poterant de ea recognoscere, ipsimet Judices sæculares suam sententiam merito executioni mandabunt: quamobrem, ut ab hac repugnantia istarum legum evadere possimus, non abs re erit concludere, quod dicta *Ord. in dict. fin. principii* procedat, quando Prælatus Capellam instituit ex suis facultatibus, illa vero in dicto §. 39. procedat, quando laicus instituit auctoritate & cōsēsu Prælati.

430 Augetur, quia hic patronatus videtur mistus, & compositus ex pretio temporali, & ex relato modo spiritualitati annexus, nempe ex usu honorifico sepulturæ, siquidem pretium, seu dotatio facta fuit ex bonis laicis, & sic de bonis temporalibus, quia qualitas laica litem bonorum non mutatur, licet eadem bona postea transferantur in Ecclesiam, vel ad Clericum, ut communiter notant *DD. in cap. cum dilectus de jure patro-*

natus, quando vero patronatus est mistus, nec Legatus à latere potest præiudicium inferre patrono sæculari, & adeo quod si adest, cum patronus Ecclesiasticus, gaudet beneficio laici, ut respondit *Parif. lib. 4. conf. 35. per totum*, & præcipue *num. 16. & 17.* atque ea de causa, non poterit illustrissima excepta, quæ ingressura est in locum, & jus primi patroni, tantum præiudicium ferre, ut cogatur adire Judices Ecclesiasticos ad executionem sententiæ impleturæ in bonis temporalibus, quorum qualitas adhuc viget, quia mutabilis non est.

His nihilominus ita discussis in re non vulgari, siquidem nullus, ex nostris, difficultatem prædictarum legum hucusque tetigit, vel libavit, noster animus adhuc non acquiescit, & alia, atque alia ulterius meditatatur, ad assequendam veram huius dubii sententiam, & ego sine ulla dispositione *d. Ord. lib. 3. tit. 93. in fine principii* intelligendam esse de illis Capellis, quarum meminit *Ord. lib. 1. tit. 62. §. 39.* quæ solum operibus piis, & charitatis eriguntur, & ideo inter hospitalia, & albergarias collocantur, in eadem lege, & oratione, & confratribus collegialiter administrantur, in his enim huius naturæ Capellis, constructis auctoritate, vel consensu Prælati, licet à laico erectæ sint, locus erit prædictæ dispositioni *Ord. lib. 3. tit. 93. in fin.* quoniam à contrario sentu idem disponit *d. Ord. lib. 1. tit. 61. §. 39. vers. E nos que senão mostrar serem fundados por autoridade dos Prelados.* Sed numquam erit intelligenda de Capellis, quæ maioratibus in toto, vel in parte coherent, quas cum iisdem maioratibus conjunctas legimus, in ipsa Rubrica *d. Ord. lib. 3. tit. 93. ibi. Como se haõ de arrematar os bens; e rendas dos morgados, Capellas, e bens foreiros.* Hæ enim numquam eriguntur auctoritate, vel consensu Prælati, quia etiam si aliquibus suffragiis sibi prospiciant conditores, plus consulunt suæ memoriæ, & posteritati, quod satis liquet, ex distinctione, quam inter maioratum, & Capellam constituit *Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53.*

Verumtamen adhuc non dissolvitur, nec aboletur ingens illa repugnantia, quam dari adnotavimus inter unam, & aliam dispositionem, siquidem *in dicto fine principii* dicitur Judices laicos, esse incompetentes ad subhastanda bona Capellæ erecta auctoritate Prælati, & in dicto §. 39. disponitur Judices Ecclesiasticos non posse cognoscere de causis agitatis inter laicos super bonis, & de debitis Capellæ erectæ à laico auctoritate, vel consensu Prælati.

Hæc tamen repugnantia fieri poterit, si atten-

attente animadvertatur, legem illam, in dicto § 39. ſupponere tertios laicos litigantes, ſuper bonis, & debitis Capellæ, non autem ipſius Capellæ confratres cum viro laico, ut ibi: *E conſtranger os Mordomos, e Confrades a ſervir as demandas, que ſe moverem entre leigos.* Unde nihilominus, quod Confratres, ut apponentes, vel aſſiſtentes, debeant lites protequi ante Iudices fori laicorum colligantium, ut colligitur ex *Ord. lib. 3. tit. 20. §. 31. & 32.* ſive à R. in authores vocentur, *Ord. lib. 2. tit. 1. §. 11. & lib. 3. tit. 45. §. 11.* ut etiam in reconventionem obtinuit, *Prax. Luſit. 2. p. lib. 2. cap. 4. num. 10.* quorum limitandum dicit *part. 1. lib. 3. cap. 5. in fine.* Diſpoſitio autem *Legis in dicto fine principii* præſupponit ſententiã latam à Iudice competente adverſus fundatorem Capellæ, ſub illa diſtinctione, authoritatis Prælati, aut ſine illa; & in primo caſu agnovit iuriſdictionem ad eam exequendam, competere Eccleſiaſticiſ, & non ſæcularibus Iudicibus, ſecus vero in ſecundo.

433 Unde in utroquo cohærent diſpoſitioni *Ord. in dict. §. 39.* Et ratio eſt, quia Capellæ, Hospitalia, & Albergariæ illius conditionis, quæ publicis charitatis operibus eriguntur authoritate Prælati, & confratribus laicis adminiſtrantur, loca ſunt pia proprie ſacra, & Religioſa, & naturæ, iuriſdictionisque Eccleſiaſticæ, & ideo in venditione, & alienatione bonorum ipſarum Capellarum, & Hospitalium, quæ paria ſunt qualitatis, ſervantur jura, & ſolemnitates requiſitæ, in alienatione rerum Eccleſiaſticarum, & viri deputati à Prælato ſervitio actuali Hospitalium, & Capellarum, exempti etiam ſunt à iuriſdictione laica, ut doctè, & late probat *Valaſc. conſult. 105. per tot. & præcipue num. 32. 33. & 34.* & ſit planum diſpoſitionem *d. Ord. lib. 3. in fine principii* ſolum procedere in hiſ Capellis, quæ ad uſum pium, & charitativum à laicis eriguntur accedente Prælati authoritate, & non in illis, quas ipſius legis Rubrica videtur complecti; & hic eſt proprius, & veriſſimus intellectus ejuſdem Ordinationis relicta argumentatione, quam aſfirmavimus ex vi, & natura ipſius Rubricæ pro maiori explanatione difficultatis ejuſdem legis.

434 Cum vero hiſ non ſit ſuper aliqua Capella huius, vel naturæ, ineptè, & inappoſite allegatur prædictæ Ordinationis diſpoſitio, nam quando de uno diſquiritur, cætera præſupponuntur habilia, *text. in §. in extraneis inſtit. de hered. qualit. & different. Surd. conſ. 271. num. 32.* Nam licet in præmio instrumenti fol. 136. dicatur illud eſſe donationis

Capellæ, ſatis explicatur in tota illa ſcriptura, tractatum, & conſuſum fuiſſe de opere, & conſtructione Capellæ maioris illius templi, & non de Capella dotata bonis ad opera pietatis, & charitatis pauperibus elargienda, & aliis miſerabilibus perſonis, & à confratribus gubernanda conſenſu, & authoritate Prælati.

Nam quàmvis Prælatuſ Monafterii, & 437 illius Generaliſ, necnon Pontifex Maximuſ, ſuum unuſquiſque conſenſum, & authoritatem præſtituiſſent, non fuit ad erectionem piæ, & charitativæ Capellæ, ſed ad confirmandum contractum, & tranſactionem conventam inter Dominum Eduardum, & Monachos Trinitarios, ſuper jure patronatus honorifico, ubi qualitas bonorum mutatur, & elicit quod idem patronatuſ ſit miſtuſ, ſicut retro probavimus cum Pariſio non ſit in bonis Capellæ crectæ authoritate Prælati ad exercenda opera pietatis, ſiquidem ex pia mente, & deſtinatione charitativa fundatoris rectè mutatur illorum qualitas, & ſit Eccleſiaſticæ iuriſdictioniſ, ut plene concludit *Valaſc. dict. conſult. 105. ſubſcribit Caſbed. 1. part. deciſ. 51. per tot. & præſertim ex n. 8.*

Et nullius ponderiſ eſt allegatio docti Advocati, quæ ſcripta proditur in margine huius exceptioniſ fol. 682. non *text. in cap. poſtquam 13 q. 2.* ſiquidem ibi: *Abraham emit ſepulturam ab Ephren. pecunia numerata, & illa emptio duplici vitio ſe implicuit, primum eſt quod emit ſepulturam ſimpliciter, quod vitium legitur propter qualitatem loci, qui jure Religioſuſ eſt, & extra omne hominum commercium, ut rectè probat Spin. de teſtament. gloſſ. 2. in princip. tit. de elect. ſepult. num. 35.* Secundum, quia emit per vim ab initio, ut apparet in textu, ibi: *Victuſ eſt, & ibi. Coſgente Abraham & ibi. Sed à nolentibus quæque extorquent.* quæ quidem viſ, & ex tertio ſceluſ eſt, & ideo ſimoniaca, & damnanda, ut late probat *Gratian forenſ. dict. cap. 210. ex num. 20. cum ſeqq.* & huius Abraham emptioſiſ immemor fuit, *Spin. ubi proxime num. 43. in fin. caſuſ vero, & deciſio text. in dict. cap. poſtquam,* quia Dominuſ Eduarduſ non emit per vim, neque extorſit ab inſiſtituſ, immo vendenteſ ingentem gloriã, honoremque, & utilitatem confeſſi ſunt accepiſſe ex illo contractu; ut fol. 144. verſ. Neque emit ſimplicem, & materialem ſupulturam, ſed facultatem ſepeliendi in loco ſeperiori, digniori, & eminentiori, & juſ prohibendi, ne alter eo invito ibi ſepeliretur, & præeminentiam ſedendi in cathedra magna, dum officia divina peragerentur, cæteraque honoris, &

prærogativæ munera, quæ in instrumento conventionis concluduntur, quæ omnia, nec Religiosa sunt, nec spiritualia, nec alicui spiritualitati annexa, ob quod vendibilia sunt, & æstimanda, sicut alia bona temporalia, quorum commercium in cujuscunque bonis dari potest, ut fati probatum retro reliquimus, & addo infinitos pene Doctores, quos longa acie refert, & sequitur *Salgad. in labyrint. p. 3. cap. 5. num. 48.* quamobrem extra rem argumentatus est eruditus Advocatus ex decisione *text. in dict. cap. postquam*, quem expendit, & adnotavit in specie *Spinus*, ubi nuper, & tamen nostræ sententiæ acquievit *n. 44. vers. Si tamen aliquis.*

436 *Viviamus* autem, qui etiam allegatur pro contraria, *cap. 2. num. 43. de jur. patron.* in eodem loco tenet contrarium, ut recte eum citat colendissimus Collega noster fol. 683. vers. & eodem vitio laborat allegatio *Fariæ ad Covar. lib. 1. cap. 13. numer. 11.* quandoquidem ibi, prius loquutus est de venditione patronatus, cui adhæret facultas præsentandi ad beneficia, & hujus patronatus emptio nem ut simoniacam interdicit, quibus in terminis non discutitur nostra quæstio, & eam ingrediens *dict. num. 11.* adversus doctissimū Advocatum eum allegantem, illam decidit his verbis. Sed præmissa conclusio restringitur ad jus patronatus cum facultate præsentandi ad beneficia, nam patronatus Capellæ, jus sepulchri, absque simonia, vendere potest, *Sancti dubit 79. n. 4.*

437 Doctores autem, quos doctus Advocatus refert ad *Ord. tom. 4. lib. 1. tit. 50. fol. 200. num. 63.* super quæstione, quam ibi mover, an scilicet Capella vendi possit ad instantiam creditorum? Parum morati sunt, & celeri volatu, nec huic, nec illi sententiæ nocuerunt, siquidem hac in contentione nil quæritur de jure Capellæ, sed de jure patronatus honorifico, ut non semel superius admonuimus: veruntamen *Bart. in L. Ausidius 13. ff. de privil. cred.* quam idem optimus Advocatus, dicit incipere. Assiduis, fatetur, quod jus patronatus habet aliquid temporale, & ideo transire cum universitate bonorum, & nostram quæstionem non tractavit, neque discussit *Valenz. cons. 18. numer. 121.* extra rem longe vagari comprehenditur, cum quæstio, quam in toto illo consilio disputat, requirat, An Ecclesia Cathedralis, quæ Capellam Titio concesserat, possit eam ab ejus successoribus avocare pro amplianda sacristia, aut collocandis Sanctorum reliquiis? *Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. part. 5. §. 4. numer. 27.* dicit, jus patronatus Ecclesiæ non posse capi, ad executionem sententiæ, & idem profitetur

*Rovit. cons. 75. num. 7. vol. 2.* quos omnes citat idem *Valenz. dict. num. 121.* & id ipsum nos quoque profiteamur, verum non dicunt illi, quod honor ille habendi sepulturam in loco digniori, sit aliquid spirituale, non æstimabile, neque vendibile, quod sufficit, ut liqueat, eos nostræ sententiæ non adversari, & si illi in specie adversarentur, parum pendendi essent adversus infinitos interpretes sprete consuetudine totius orbis, & calcata tot senatum autoritate, quod etiam de Viviano dicetemus, si opus esset. Prosequitur idem egregius Advocatus *d. num. 63.* suam Doctorum allegationem, & refert *Mend. in prax. 2. p. lib. 3. cap. 21. numer. 72. & Phæb. 1. p. dec. 8. Molin. de primog. lib. 1. cap. 24. numer. 35. & 39. Olea de cess. jur. & act. tit. 3. q. 8. num. 23.* Sed *Molin. numer. 40.* solum tenet eam opinionem nostræ contrariam, ob quod eum reprehendit *Gratian. forens. cap. 2. 10. num. 12.* *Mend. autem, & Phæb.* nostram sequuntur opinionem, & cum horum sententiam idem inclitus Advocatus posterius scripserit, eandem amplexum tunc fuisse, tenendum est *Menoch. cons. 986. num. 37.* De Capellis multas conclusiones recenset ex *d. num. 63. cum seqq.* sed nullam nobis nocituram. Quæ cum ita sint, necessario sequitur, impedimenta repellere, licet adhuc sit, qui è contra persistat, atque insistat, siquidem, cum varium, & multiplex sit hominum ingenium, dispares mores, ac dissimiles, accidit, ut in amorem suum quisque rapiatur, & ea laudanda iudicet, quæ aliis vituperanda videantur, quod recte probat *text. in L. quia poterat 4. ff. ad Trebell. ibi. Cum variæ sint hominum voluntates, L. item si unus 19. §. principaliter ff. de recept. arbitr. ibi. Quia res fere sine exitu futura est. propter naturalem hominum ad dissentendum facilitatem: & explicat *Alciat. emblem. 69. in primo, & finali Distico erga Narcissum.**

*Quod nimiti tu aformat ibi, Narcisse placebat,  
In florem, & noti est versa stuporis olus.  
Qui veterum abjecti a methodo, nova dogmata  
quærun, Nilque suas præter tradere phantasias.  
Et lib. 8. Epigramat. Epigram. 18.  
Aurum, & opes, & rura frequens donabit amicus,  
Qui vult ingenio cedere, rarus erit.  
Consonat Horat. 1. Carmin. Ode 18.  
..... Quæ subsequitur cæcus amor sui,  
Et tollens vacuū plus nimio gloria verticē.*

Quod elegantius scripsit *Marc. Tul. Ci. 43. cer. 4. Tuscul. ibi. Næ institutum tenebimus, nullisque unius disciplinæ legibus adstricti, quid*

quid sit in quaque re maxime probabili, maxime requiremus, nosque ipsos redargui, re-fellique patimur, quod si fuerant iniquo animo, qui certis quibusdam, destinatisque sententis, quasi additi, & consecrati sunt, eaque necessitate constricti, ut etiam quæ non probare soleant, ea cogantur constantiæ causa defendere.

39 Verum hic dissensus sapientissimi Advocati dignus laude, & exæstimatione mihi videtur, cum dissensio in disquisitione rerum, ingenia plerumque acuat, ad assequendum, quod magis Reipublicæ utile sit, ut proditum invenio ab Apollonio Tiano, qui vice Oraculi, Smyrneo Senatui respondit, opus esse dissentienti concordia, ut Civitas rectè gubernari posset, quod cum Smyrnei, durū nimis, & repugnans crediderunt, & id ipse prudentissime explicavit, ut refert Philostrat. in ejus vita lib. 4. cap. 2. ibi: *Album quidem, & nigrum, unum fieri idem nunquā possunt, neque amarum dulci recte commiscetur. Concordia vero quandoque dissentiens, salutem Civitatibus affert, quod autem dico, tale quid est Seditio quæ ad gladios, mutuasque plagas cives deducit à Civitatibus exterminanda penitus est. Civitas enim pace puerorum alumna, & juris indiget, à quibus, & verba salubria, & optimæ actiones prodeunt. Mutua autem civium æmulatio pro communi Civitatis bono, eam auget, atque tuetur, seu quod alius alio melius sententiam dicat, aut Magistratū rectius gerat, aut præclarius legatione fungatur, aut etiam splendidiora construat ædificia aut in aliquo hujusmodi excellent, talis, inquam, contentio, aut æmulatio Civitati plurimum confert. licet inter se cives pro communi bono faciat dissidere.*

40 Cum vero, & doctissimi Advocati, & præclarissimi Senatores, hac dissentienti cõcordia, ad unum, & eundem finem, veritatis nempe assequendæ, pro bono Reipublicæ insudent, præclara quidem virtus est in illam discordem consonantiam, tot laboribus, & vigiliis libentissime abire, cui nullus inquam livor rectè detrahet, aut honeste æmulari bitur.

Impedimenta fol. 678. recipio, ut in eorum discussione, quid iustum sit, facilius decernatur. Ulyssipone 2. Januarii 1682. Vellez.

Ab ista sententia fuit petita revisio, & adhuc pendet.

41 No feito de Marcos Paes, com Pedro Martins, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Naõ bebem julgado pelo Juiz, em absolver aos RR.

da acção pelas AA. intentada, revogando sua sentença, e os autos, e como delles se mostra, que esta propriedade, chamada da Ribeira, sita em o lugar do Teixeira, porque moverão contra os RR. a acção de reivindicação, fora do Padre Joaõ de Martos Paes, Prior da Vargea, que em ella pelo testamento, com que faleceo, instituiu Capella com obrigação de huma Missa cantada, cada anno, com prohibição de alheação, nomeando nella suas irmãs, Catharina Mendes, e Margarida Paes, juntamente em a falta destas, e de seus filhos, falecendo sem os deixarem, chamou á A que por ellas falecerem sem filhos, e concorrer aquella vocação, tem conhecido dito, que não perdeo pelas ditas irmãs do instituidor tacitamente consentirem na exclusão, que o R. Pedro Martinz Neves nella fez, e por menos do justo valor, conseguindo sentença a seu favor contra ellas, como herdeiras do dito seu irmão, que o fora de Pedro Martinz Quintal, o qual com o R. fizera permutação de humas casas, que Manoel Pires Soares lhe tirara, alcançando em contas pela tutela de sua mulher, de quem o dito Pedro Martinz Quintal fora tutor, porque ainda que os bens de morgado, ou Capella se possaõ vender para satisfação das dividas do instituidor, e as irmãs do dito Prior por esta divida podessẽ ser executadas como herdeiras de herdeiro do dito devedor, que a seu irmão, herdeiro de seus bens, instituiu. Com tudo devia o R. fazer primeiro execução em outros bens, que do dito Prior ficaraõ, e pelos quaes podia ser satisfeito, que não fez, e quando não bastassem para inteiro pagamento, no que faltasse, se poderia proceder á execução dos desta Capella, pois os vinculados em Capella, ou morgado, sómente estaõ obrigados in subsidium ao pagamento das dividas do instituidor, e como o R. fizesse execução nestes em Capella vinculados, havendo ficado outros do dito Prior podia lograr os que assim arrematou, em quanto durassem as vidas das ditas irmãs, e mais não: nem lhe pôde aproveitar, para não haver de largar a A. a propriedade de que se trata, a prescripção que a seu favor allega, pois para se poderem prescrever os bens de morgado, ou Capella se requer prescripção immemorial, de que elle carece, e assim mandaõ, que os RR. larguem á A os bens, de que se trata, com os fructos do tempo da morte da irmã do Prior, que ultimamente morreo, que se liquidarão na execução desta sentença. E os condemnão nas custas dos autos de ambas as instancias. Porto 7. de Janeiro de 1672.

442 Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Agitur de revocanda alienatione facta certorum bonorum, quæ relicta fuere à testatore, ut unita, & vinculata semper remanerent, tam in eo, quæ prohibita alienari, quam ob enormissimam læsionem, non enim ambigendum de institutione Capellæ, sive maioratus, cum ex testamento testatoris fol. 120. manifeste appareat non solum per conjecturas, sed per verba clara voluisse, quod bona vocata, *da Ribeyra*, sita in pago de Teixoso, maneant temper unita, & vinculata cum onere tantum unius sacri modulati, cum vocatione successorum, ut constat ex illius verbis, *ibi: Com condição, que a fazenda da Ribeyra se não parta depois de unida, por morte de alguma dellas, intelligitur irmans, porque nella instituo a obrigação da Missa cantada acima dita, e não tendo filhos, alguma dellas virá a fazenda da Ribeyra junta, em que está sita a Missa, a huma filha de Marcos Paes a mais velha, e não havendo filha, succederá nesta Capella o macho, e pelo tempo adiante virá sempre á filha mais velha.* In quibus verbis aperta resultat Capellæ institutio, ex his quæ *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 11. num. 9. Peg. forens. cap. 4. d. n. 273. & 275. cum seqq.*

443 Sed obstat manifeste, quia bona Capellæ sui maioratus possunt alienari ob debita institutoris, *L. filiusfam. §. De vi ff. deleg. 1. L. puto §. prædium ff. leg. 2. L. alienationis ff. fam. mercisc. & probat expresse Ord. lib. 3. tit. 93. in princip.* Et cum debitum Rei procederet, & emanaret ab ipso institutore, ut in actis constat, videbatur dicendum valuisse dictam alienationem, maxime quia fuit necessaria, ut satis deducitur ex dictis juribus, & resolvunt post *Bart. Rom. Cuman. & alios plurimos, quos refert Molin. lib. 1. cap. 10. n. 2. & 3. & recentius Salg. in labyrinth. cred. 3. p. cap. 13. n. 12.*

444 Sed licet hæc doctrina vera sit, fallit tamen, quia institutor reliquit alia bona libera, ex quibus ipsius debita solvi possint. Tunc non semper bona vinculata immunia sunt alienationis, ut tenet *Barbos. in remiss. ad d. Ord. Molin. dicto lib. 1. cap. 18. num. 4. Molin. de just. tract. 2. de maiorat. disput. 640. per tot.* Et colligitur ex his, quæ in simili casu, quo bona maioratus hypothecantur pro alio debito, in facultate Regia tenet *Salgad. d. lib. 3. p. cap. 4. à num. 20. cum seqq. & 2. part. cap. 5. à num. 16. ubi plures refert, & resolvit, quod prius debent bona libera excuti, quam deviat ad bona maioratus, idemque colligitur in nostra Ord. dict. lib. 3. tit. 93. §. 3.*

*ibi: Não sendo achados outros bens.*

Facit ad confirmationem, nam si executis per quacunque debita bonis immobilibus, relictis mobilibus, ut deducitur ex *Ord. lib. 3. tit. 6. §. 7. annullatur executio, si constet mobilia, ut tenet Mend. 2. p. lib. 3. cap. 21. n. 42.* Quanto mais, dum alienatio rei maioratus, si supersint bona libera, in quibus executio fieri valuisset.

Et non solum institutoris prius debebant excuti bona, sed & bona ejus hæredis, qui sine inventario se emiscuit in hereditatem testatoris, tenetur ut hæres solvere bona defuncti ex suo proprio patrimonio, *Aut. de hæ. & fals. §. Jancinus, & §. si vero non fuerit col. 1. L. fin. §. cum igitur, & §. si vero Cod. jure delib. Gom. in L. 3. Taur. à num. 120. & variar. tom. 1. cap. 5. num. 12. Cov. in cap. de testib. n. 13. & 14.*

Cum ergo satis constet ex actis, & testibus A. institutores reliquit plura alia bona, ex quibus debitum Rei solvi poterat, nullatenus bona dictæ Capellæ erant subhastanda ex dictis.

Nec obstat, quod jam bona aliqua institutoris, nec & eorum, qui fuere hæredes, ad quæ A. habeat recursum, extent; sibi enim imputet, eo quod fuit negligens in exigendo debito suo, eo tempore quo bona extabant. Nam cum bona Capellæ sint tantum in subsidium exequenda, ut tenet *Salgad. in labyrinth. 2. p. cap. 5. n. 17. & 18.*

Creditor negligens in exigendo debito suo, nocere minime potest bonis in subsidium obligatis, nec fideiussori indemnitate, qualis est Capella, aut maioratus, *L. fin. ff. reb. & ibi gloss. non temere, Noguero. alleg. 40. à num. 59. sibi plures refert Salgad. in labyrinth. 3. p. cap. 11. num. 56. & seqq.* qui ad vincula inferunt. Ergo Reus, aut filius negligens in exigendo vincula subhastraret. Nec sorores testatoris, ejusque hæredes, ac prima nominata ad dictum vinculum, dolo, ac fraude caruere desistendo, quinimo nominando dicta bona vinculata in additione debiti Rei, relictis aliis bonis liberis, ex quibus solvi poterat, nam cum filios non haberent, qui in illis succederent, facile fuit prædicta bona tradere, ex quo facta fraus præsumitur, de quo, & A. participavit, ideoque non potest ei prædesse ex verbo, *L. itaque fullo 12 ff. de furtis, cap. ex tenore dicto rescript. & ut fraus intervenisse dicatur, sufficiunt ipsius scripturæ ex notatis in cap. 2. de renunt. lib. 6. Tiracquel. de retract. tit. 1. gloss. 4. num. 58. nec fraudis suspicionem effugiunt, quæ sunt præter solitum, *L. si quis scrib. condition. ubi gloss.**

*gloſſ. & Bart. ff. cond. inſt. Everard. conf. 36. n. 63. vol. 1. ut in preſenti.*

His non obſtat, quod ex adverſo dicitur, videlicet, hæc bona vinculata fuiſſe primo debitoris Rei Petri Martini Quintal, cujus hæres fuit inſtitutor huius vinculi, ex verbo vulgari, quod hæres hæredis primi teſtatoris, & hæres, *L. ultim. Cod. de hered. inſt.* atque ideo poſſe in eis fieri executionem: reſpondetur namque, quod eo ipſo, quod hæres adivit hæreditatem, vel illi ſe immiſcuit, hæreditatis bonorum dominium adipiſcitur, *L. cum hæredes ff. acquir. poſſ. L. item mille 11. §. legis juncta gloſſ. ibi verbo hæres ff. ad L. Aquil. §. pro hærede o 2. inſt. de hered. qualitate, Pich. in princip. inſt. de exhæred. lib. n. 7. Gom. variar. tom. 1. cap. 2. num. 1. Cov. in cap. Raynuntius §. 10. num. 6. de teſtam. & hæreditas antequam adeatur, poſt aditam vero patrimonium hæredis conſutum, & unitum cum reliquis eius ſubſtantia, *L. ſed & ſi plures 10. §. filio ff. vulg. & pup. gloſſ. & DD. in L. 1. §. veteris ff. acquir. poſſeſſ.* Ideoque poſuit de illius bonis diſponere tamquam ſuis in verba *text. in L. in re mandata Cod. mandati.* Et quamvis obligatus remaneret ad ſolutionem huius debiti, deploret R. quod in ejus vita, aut ſuorum hæredum non exegit. Nec ſimiliter obſtat præſcriptio longi temporis, quam allegat Reus, nam in bonis Capellæ, aut maioratus non currit præſcriptio ulla adverſus ſucceſſores, niſi tantum immemoralis, ut tenet *Pereir. dec. 52. num. 4. & per tot Barb. in tit. cum notiſſimi §. illud. Cod. præſcript. 30. vel 40. numer. 32. & 33. & ſeqq.**

Quoad læſionem enormiſſimam attinet, & pro A. judicarem, conſtat namque ex teſtibus A. hæc bona vinculata fuiſſe à Reo emphyteuticata ab Emmanuele Ferdinandes pro eis Reo quotannis 8U. terunt. & 50. modior. frumenti, ut ipſemet fatetur, fol. 53. verſ. & 54. qui teſtis, quia de proprio facto deponit, legitimam faci' prohibitionem, ex his quæ *Barb. in remiſſ. ad Ord. lib. 3. tit. 55. conſuſ. 1. num. 5.* & quamvis Reus dicat adjunxiſſe alia prædia cum his de quibus impræſentiarum agitur, ut per omnes teſtes, tam A. quam R. hæc in qua Reus adjunxit, non plus penſionis valere conſtat per dictos teſtes, nec tantum 25U. modios frumenti. Unde deducitur, quod pro penſione dictorum prædiorum, de quibus agitur, ſolvuntur Reo 8U. terunt. & 25. modii frumenti.

Atqui læſio enormiſſima probatur ex injuſtitia pretii, quæ regulatur per fructus provenientes ex re vendita, ſeu ſubhæſtata,

*L. ſi quis Cod. reſcind. gloſſ. ibi in L. 2. Cod. Hermoſill. gloſſ. 4. num. 2. L. 3. tit. 5. part. 5. & gloſſ. 6. num. 156. tit. 5. pat. 5.* ita ut pretium juſtum cenſeatur, quod fructus 20. annor. conficiunt, *gloſſ. verbo juſta in Auth. perpetua Cod. ſacroſ. Eccleſ. Surd. de aliment. tit. 9. quæſt. 4. num. 1. Valaſc. de jur. emphyteutic. q. 11. num. 2. Gratian. forenſtom. 4. cap. 752. num. 47.* Et computatis 8U. terunt. per 20. annos efficiunt ſummam 160U. terunt. ultra modios frument. Ergo emente Reo pro 70U. terunt. dicta prædia, clare conſtat de enormiſſima læſione,

Convincitur etiam, quia inſtitutor Capellæ non erat debitor Rei niſi tantum 50U. terunt. & 18U. 500. terunt. quis citra valorem domuum, quis permittavit, quæ fuerunt æſtimata in dictis 50U. terunt. reddit. pro dicto Petro Martino do Quintal, & ſic ſummam debiti non excedebat 58U. 500. terunt. pro quibus dictus inſtitutor, tantum erat debitor, & pro hac ſumma debebat fieri executio in bonis vinculatis. Sed R. huic cõputo adjunxit, & 20U. terunt. quis ſolvit cuidam Simoni Tavares, pro Marco Craveyro perſona diverſa ab ipſo inſtitutore, ut ſub hæſtis fieret pro maiori quantitate numerorum, ut conſtat in chyrographo fol. 28. Unde maior iniquitas inſultat in dicta bona ſubhæſtata non inſtitutoris, non erant obligata pro debito alieno.

Ex quibus tamquam ex capite alienationis bonorum Capellæ, quæ tantum in ſubſidium erant obſtricta, quam ex capite læſionis R. condemnandum fore dicerem ad dimittenda bona Capellæ A. cum fructibus perceptis à morte ultimæ ſororis, in cujus vita poterant dicta bona alienari *ex Ord. lib. 3. tit. 93. §. 1. & q. 6. Barboſ. num. 1. & 2.* Sic revocato Judice. Portu 7. Octobris anno 1672. Ribeyro.

Eamdem ſententiam ſequutus fuit Monteyro.

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit lata ſententia ſequens.

*Acordaõ os do Dezembargo, &c. Naõ he aggravado o aggravante pelos Dezembargadores da Caſa, e Relaçãõ do Porto. Cumpraſe ſua ſentença, por ſeu fundamentos, e o mais dos autos, com declaraçãõ, que o A. aſſine o bens livres, que ha do devedor originario, e inſtituidor, para nelles primeiro ſe fazer execuçãõ havendos, e ſatisfeito largará o R. à poſſe dos vinculados. E pague o agravante as cuſtas dos autos. Lisboa 12. de Mayo de 1676. Doutor Coelho. Oliveyra. Cardoſo.*



454 Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Supposita hypothese hujus litigii, quæ licet sit valde intricata, dillucida, & exposita per utriusque Senatus peritissimos advocatos, invenio non dubitari, quod bona, super quibus controversitur, sunt vinculata. (Neque dubitari poterat vilo testamento fol. 6.) Etiam non dubitatur filiae nostri aggravati competere administrationem hujus vinculi virtute vocationis in prædicto testamento insertæ. Siquidem in defectum descendentium illarum sororum institutoris, ipsamet filia venit admittenda. Neque dubitatur circa dubium, quo sorores institutoris Reo adstringebantur. Certum equidem, & quod ipsa, atque hæredes institutoris fratris sui, qui jam hæres extiterat debitori originario, tenebantur sicut, *L. hæredes, L. sciendum ff. de verbor. signif.*

455 Tota controversia versatur, an valeat subhastatio in bonis, de quibus contenditur facta. Et quamvis pro utraque parte plura inculcantur à doctissimis patronis, & alia plura adduci possint, propter quod valde perplexus paulisper extiti in decisione hujus dissidii, attamen judicarem prædictam subhastationem valere ex seqq.

Primo, quia executio fieri potest in bonis vinculatis pro debitis ipsius institutoris, *Molin. d. primo lib. cap. 10. num. 3.* quem omnes sequuntur, & cum hoc debitum, pro quo executio facta fuit in his bonis appellatis, *da Ribeyra*, habeatur, ac si fuisset contractum per ipsummet institutorem, siquidem hæres extitit debitori originario, ut ex actis apparet; igitur recte in illis executio fuit facta.

456 Et licet Doctores limitent casum, quo aliqua bona libera à vinculo supersunt; dicentes, quod prius in illis, quam vinculatis executio faciendâ est. Attamen intelligerem hanc limitationem procedere casu, quo creditor sciret qualia essent libera, & qualia vinculata; ex actis non apparet, quod Reus tempore subhastationis sibi fuisset conscius, ut prædicta bona essent vinculata, scientia non præsumitur, præcipue in hoc casu, quo verisimilius est Reum ignorasse qualitatem bonorum, alias sibi non subhastasset.

457 Secundo, quia ferre non possum, quod ille institutor in testamento fol. 6. Capellam instituisset in favorem animæ suæ super bonis, quæ ei ille Emmanuel Monreyro do Quintal reliquerat, quin ipse institutor solvere jussisset debita ipsius Emmanuelis, hæredes equidem saltem intra vires hæreditatis tenentur defunctorum animas exonerare.

Neque obstat, quod iuris ordo fuit alteratus in hac executione, eo quod fieri debebat prius in bonis mobilibus juxta *Ord. lib. 3. tit. 86. §. 7.* ad hunc defectum non annullare executiones, *Gam. decis. 199. num. 6. verbo appellat rationem*, præcipue quando executio facta ex proprio vero debito, sicut ista facta fuit, *Mend. in prax. p. 2. lib. 4. cap. 21. n. 43.*

Confirmatur ista responsio ex eo, quia quamvis Ordinatio illa formam in executionibus faciendis præscribat, attamen non admittit debitoribus facultatem nominandi prius bona immobilia, quam mobilia; immo cum talis forma fuisset præstita in favorem debitorum, ab eis potest remitti, quod probatur ex *dist. Ord. ibi: E sempre tomará os penhores, &c.* Unum cum ex actis fol. 32. vers. insinuetur, quod ille Antonius de Proença maritus unius ex illis duabus sororibus institutoris nominavit, & obtulit executioni sub certis conditionibus ista bona, igitur potius dicendum est juris ordinem non fuisse alteratum, nam & si executio facta non fuisset virtute hujus oblationis, immo facta fuisset sine illis conditionibus, prout visitur fol. 35. Attamen jam quodammodo constabat voluntate debitoris volentis, ut in prædictis bonis executio fieret.

Sed nunc fortius ob stare videtur ille dolus, quo tam ille Antonius in nominatione, seu oblatione, quam illa Margarita Paes in repudiatione hæreditatis fol. 27. usus fuit, siquidem ille nominavit executioni ista bona vinculata, sciens illa vinculata esse, prout præsumendum est eo quod penes se, cum hæres esset, extabat testamentum, quo vinculum fuerat institutum, ex traditis per *Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 20. §. 22. num. 4.* illa vero repudiavit hæreditatem, non solum intempestive, immo diminutè, seu nomine tenus; intempestive, quia ista Margarita adiverat hæreditatem, accepitque bona hæreditaria fol. 23. ideo denuo illam repudiare non poterat, *L. 4. Cod. de repudiatione hæred.* Diminutè, & nomine tenus repudiavit, quia post factam repudiationem anno 1654. prout visitur fol. 27. vers. adhuc conservavit bona hæreditaria, quæ postea anno 1658. dedit in solutionem nostro Reo fol. 39. vers. nam illæ duæ olivæ & vinea appellata *Mortorio*, erant bona hæreditaria, ut apparet fol. 22. vers. in fin.

Verum iste dolus executionis validitati ob stare non potest, quoniam in causis onerosis dolus dantis accipienti non nocet, licet noceat in acquisitionibus ex causa lucrativa juxta textum in *L. qui autem 6. §. propterea ff.*

que in fraudem cred. Reus etenim sibi subhastavit ex causa onerosa, igitur ut ei noceret dolus Antonii, & Margaritæ, debebat illius esse particeps.

deficient bona unum diem, hæc non apparet impleta conditio, nulla in ea bona, nec in fidei iussorem necessaria est actio, & executio, velut ea deficiente facta jure retractanda.

461 Neque secundo obstat læsio, ad quam A. recurrit in repllca, quia respondetur primo læsionis enormis actionem esse præscriptam ad conspectum libelli in 5. Articulo fol. 8. vers. & Ord. lib. 4. tit. 13. §. 7. Respondetur secundo læsionem enormissimam locum non habere, præcipue si prædicta bona subhastata fuerunt pro 70U. terunt. prout visitur fol. 36. vers. Præterquam quod, & si subhastata essent pro 60U. terunt. prout visitur fol. 37. & insinuat ex gabellæ solutione fol. 37. vers. & tunc locus, mea in opinione, non est læsioni enormissimæ, eo quod A. proposuit in 11. Articulo replicæ prædicta bona valere 140U. ex quo patet, quod læsio ultra dimidium, solum pro 20 fuit contracta, hoc enim non sufficit, quia semper opinionem meliorem debet læsio contingere in duabus partibus justii valoris, Larr. dec. 88 n. 8. verbo reprobat Covas, & alios.

462 Non ad aliud dicendum, neque resolutio quæ facta limitanda eo casu, quo creditor libera extitisse bona ignorabat; nam hæc ignorantia creditoris non mutat obligationis naturam, immo nec eam mutat sententiam executionis ob non apparentia bona libera prolata, nam si postea apparuerint, ad huc executio, & distractio facta in bonis maioratus vendicantur, rescissioni remanent subjecta, & bona à possessore maioratus vendicantur, quod erudite, & late ostendit Salgad. in labyr. p. 3. cap. 4. à num. 47. igitur ignorantia bonorum liberorum, neque exculare R. quem non excusaret sententia prohibita executionis illorum, si prolata foret ob ea bona non apparentia, & ignorata.

462 Et quamvis hæc materia sit arbitraria, juxta Cabed. p. 1. decis. 70. num. 2. tenet cum aliis Valasc. conf. 130. num. 26. in hoc casu arbitrater læsionem enormissimam non contingere, non solum ex jam recitato fundamento, sed ulterius, quia ista bona in partitionibus, de quibus fol. 22. vers. fuerunt æstimata pro 110U. terunt. & testis fol. 59 contra producentem deponit valere 80U. parum, minusve.

Est ideo tota dubitatio, an bona dentur libera institutoris, in quibus fit facienda executio, & aliqua extitisse satis probatur, ac fraudibus aliqua fuisse diligenter celata: ac ideo quærat R. licet litibus involuta, quod non impedit executionem, idem Salgad. rem hanc totam diligenter peragens, & in hac specie, part. 2. cap. 5. à num. 38. sed Actor prius ea designet, separatim sciens in eum, & bona, de quibus agitur, recursum necessario R. habiturum, si libera extitisse non constiterit de læsione, ultra quod placet præcedenti sapientissimo Domino sententiam non excusandam cum ex defectu executionis liberorum bonorum sint vinculata reddenda. Ulyssipone 24 Junii ann. 1673. Leytao.

463 De æstimatione valoris facta per computationem redditus non curò. Primo quia ista bona, de quibus agimus, sunt hodie mixta cum aliis, id circo nihil mirum, quod ex illis amplius redditus percipiuntur. Secundo quia ipse Actor articulavit valere tantum 140U. id circo testibus deponentibus de maioriæ estimatione non est credendum, his, & aliis consideratis, quæ consultos, & lassatus immitto, revocarem sententiam amplissimi Senatus confirmato Judice. Ulyssipone 10 Junii 1673. Doctor Coelho.

Concludit doctissima deliberatio fol. 156. in finalibus verbis, ibi: Sed Actor ea prius designet separatim, sciens in eum, & bona, de quibus agitur, recursum necessario Reum habiturum, si libera extitisse non constiterit. hoc conferendo fuit causa, ut admitterentur Articuli novæ rationis, & examine ad probationem factò, & observatis documentis, simulque animadversis in dictis orationibus fol. 245. & seqq. magis arridet cum primo sapientissimo Domino fol. 153. vers. usque ad 135. vers. sententiam inferioris Aulae revocare. Ulyssipone 17. Martii 1676. Ribeiro.

464 Sententiam inferioris Aulae potius confirmarem ex defectu decessionis allodialium bonorum, quæ penitus requiritur procedens, ut legitime subsecuta dicatur distractio bonorum maioratus, pro institutoris debitis, pro quibus ea bona in subsidium tantummodo sunt obligata, ut doctè ostenditur per sapientissim. Professor. à fol. 129. hujus subsidiariæ obligationis eadem est natura, ac fidei iussoris indemnitate, Salgad. in labyrint. part. 2. cap. 5. num. 18. utraque conditionalis censetur, sub illa conditione inducta, si alia

Doctissimæ deliberationi præstitæ à fol. 155. vers. per sapientissimum, & amantissimum Collegam, qui in secundo loco deliberravit, & nunc meliorem occupationem habet, firmiter adhærere placet, & fundamentis ab illo doctè prænotatis, quæ de jure vera sunt, & ex actis manifeste comprobantur, quapropter sententiam inferioris Aulae confirmarem.

marem. Ulyssipone 25. Martii 1676. Re-  
go.

468 Si autem aliquis faciat maioratum sub cō-  
ditione, si Princeps confirmaverit, & è vita  
decesserit absque istius gratiæ impetratione,  
an dicatur maioratus erectus, & possit post  
mortem confirmari à successore: negative re-  
solvit *Molin. de primog. lib. 2. cap. 7. num. 39.*  
ubi ad contraria respondet, & Nos multa al-  
legavimus in *comment. ad Ord. tom. 2. ad Re-  
gimen Senat. Palat. § 39. cap. 4. pag. 205. &  
seqq. usque ad pag. 252.*

469 Et si pater habeat facultatem ad fundatio-  
nem maioratus in uno ex filiis, an dicatur  
erectus in nepotē absque filii consensu, tra-  
dit negative *Faria in add. ad Cov. lib. 1. var.  
cap. 19. num. 39.* ubi etiam, an si habeat fa-  
cultatem ad erigendos duos maioratus, possit  
facere unum, & habens facultatem ad unum  
constituendum possit duos constituere, eri-  
gereque.

470 Nisi filii inter se post mortem bona divi-  
serint, & sint separata bona ad maioratus, &  
successor fructus fuisset prædictis bonis,  
dum vixerit, quia tunc dicitur vinculum ere-  
ctum, & approbatum, & valet, licet sine ista  
approbatione nullum, & invalidum foret,  
*Noguerol alleg. 31. n. 87.* probant *Cyriac. con-  
tr. 168. n. 25. & contr. 244. & 501. & n. 4.*

471 In causa inter partes Isabel Gonfaves,  
com Domingos Fernandes Rocha, apud No-  
tarium Diogo Correa Marichal, invenitur  
institutio facta à Dominico Fernandes, &  
Catherina Dias, in eadem charta, hac forma:  
*Mandamos, que por morte do derradeiro, que  
ficar, as ditas terças ambas ficarão a Gaspar  
nosso neto. filho de nossa filha Joanna Dias, pa-  
ra com ellas se ordenar, e ser Clerigo; e não  
o sendo, e tendo filhos, ficarão aos seus filhos,  
e morrendo sem filhos legitimos, ficarão as  
ditas terças á nossa neta Catharina, filha da  
dita nossa filha, e por sua morte hirá a seu fi-  
lho mais velho legitimo, e não tendo filho, ou  
filha, hirá a outro nosso neto, em vinculo de  
morgado, ou Capella.* Quæsitum mihi fuit,  
an in hoc casu, in quo Gaspar fuit Clericus,  
& in statu Clericali ultimum diem clausit ex-  
tremum, diceretur erectus maioratus post  
ejus obitum, an vero bona libera remane-  
rent ad debitorum Clerici solutionem, vel ad  
secundum vocatū titulo maioratus pertine-  
rent? Resolvi vinculum cessare, & non ha-  
bere locum, casu quo Gaspar fuit Clericus,  
quia fuit erectus, eo casu, quo Gaspar non  
fuit Clericus, sed potius nuptias contra-  
heret, & cum fuisset Clericus, cessavit vincu-  
lum relictum sub conditione deficientie  
Clericatus, & erectus sub conditione si Gas-

par non fuisset Clericus, cum fuisset ordina-  
tus, ademptum fuit vinculum, & bona rema-  
serunt libera, non solum ex dictis supra num.  
360.

Tum etiam, quia vinculum fuit factum, 472  
maioratusque erectus casu, quo Gaspar non  
fuit Clericus, quia Presbyter fuisset, reli-  
cta ei fuerunt bona ad suum patrimonium,  
virtute cujus ordinatus, & initiatus Ordina-  
bus Sacris fuit, & in statu Sacerdotali ulti-  
mum diem clausit extremum, & in ipso  
casu bona ei libere relicta fuere, & cum ma-  
ioratus, & vocationes fuissent factæ, si Cle-  
ricus non fuisset, & nuptias contrahendo è  
vita decessisset sine filiis, cum Clericus fuisset,  
bona remanserunt libera, & absque vin-  
culo relicta, quia maioratus erectus, aut fi-  
deicommissum injunctum sub certa conditio-  
ne, sub contraria censetur ademptum, & bo-  
na manent libera absque vinculo, *L. legatū  
pure ff. adimendis legatis, L. aliquando ff.  
cond. & demonstr. L. quod pure ff. quando dies  
leg. cedat, L. quibus diebus §. quidam Titio  
vers. quia nihil interfit ff. cond. & demonstr.  
Ruin. conf. 33. num. 3. & conf. 170. num. 5. vol.  
3 Nat. conf. 200. num. 5. Cæphal. conf. 17. n. 20.  
& conf. 649. num. 28. Ozasc. dec. 166. num.  
4 Ramon. conf. 100. num. 121. probat text. in  
L. ex facto §. si quis autem ff. ad Trebel. ibi:  
Aut filius supervixit patri, & extinxit cō-  
ditionem fideicommissi, L. si ita quis ff. vulgar.  
ibi: Non enim videtur in hunc casum substi-  
tutus: Cyriac. forens. contr. 522. num. 10. Cas-  
sanat. conf. 2. num. 3. Ceval. q. 905. num. 68.  
optime Add. ad Molin. lib. 1. cap. 1. num. 17.  
vers. ex quo, Castill. tom. 6. cap. 181. post num.  
45.*

Et cum datum, & relictum sub una con- 473  
ditione, & qualitate, sub contraria censetur  
ademptum, è converso etiam sub aliqua cō-  
ditione ademptum, sub contraria datum cē-  
setur, *L. legatum sub conditione ff. cond. & de-  
monstr. L. si legatum pure ff. adimend. leg.  
Bart. in L. paterfamilias num. 4. ff. hered. insti.  
Cæphal. conf. 52. n. 6. & 7. Menoch. conf. 78. n. 8.  
& seqq.*

Atque ita licet vocationes titulo maiora- 474  
tus fuissent factæ eo casu, quo Gaspar non  
fuit Clericus, attamen cum fuisset Præ-  
byter, ademptus fuit maioratus, & titulo il-  
lius non possunt sequentes succedere, prima  
enim vocatione, ex non implemento condi-  
tionis, & qualitatis, deficiente, integram to-  
tius vinculi structuram, defecisse fatendum  
est, & pereunt, & corrunt quæcumque sub-  
stitutiones expressæ, vel tacitæ, quæ sub ea  
possunt comprehendi, *L. si mater §. 1. ff. vul-  
gari, Cassanat. conf. 55. num. 7. & modo se-  
quenti*

quenti exornat cum *Ramon conf. d. conf. 100. num. 122. & ſeqq. Add. ad Molin. & Caſt. ſup.*

ſubſtitutiones omnes ſint connexæ, & catenatæ, prima diſſoluta, cætera diſſipantur.

Superius aſſumptum elegantiffime confir- 478

mat *Anchar. conf. 137.* ubi teſtator inſtituit Mengutum, & ei, ſi ante teſtorem præmoreretur, ſubſtituit filios ipſius, & hæc fuit prima ſubſtitutio, quam *Anchar.* vocat primam formam. Deinde Mengutio decedenti ſine filiis ſubſtituit pauperes domicellas, & alios, & ſic ſine filiis decedentibus eaſdẽ domicellas pauperes. Mengutius ſupervixit teſtanti cum filio Jacobo, quo ſine filiis poſtea mortuo dicebant pauperes domicellæ ſe vocatas, & ſubſtitutionis ſuæ caſum veniſſe. Quia Jacobus filius Mengutii ſine filiis deceſſerit, & ipſæ ſubſtitutæ erant filiis Mengutii ſine filiis decedentibus: verumtamen contrarium reſolvit, quoniam prima ſubſtitutio, ſeu prima forma ſubſtitutionis facta fuit Mengutio ante teſtorem decedenti, & hæc prima forma defecit, quia ſupervixit teſtanti, & propterea prima ſubſtitutione deficiente ſubſtitutiones ſequentes ait defeciſſe, quia intelliguntur factæ retento eodem themate, & verificata prima forma ſubſtitutionum, & *Anchar.* ſequuntur *Aym. conf. 250. num. 5. Menoch. conf. 106. num. 292. & pulchre, & late idem Menoch. conf. 399. n. 16. & 17. & Gabr. conf. 117. num. 3. Cephal. d. conf. 17. Nata conf. 200. num. 5. & 6. Petr. de fideicom. q. 6. n. 3.* ubi ſunt concord. elegantiffimis verbis utitur *Conan ſup.*

Ideo immerito ſub dubio oſtenditur circa veritatem Conſiliorum *Anchar. Aym. & Menoch Peregr. de fideicom. art. 15. num. 30. & 31.* Cum ſubſtitutiones iſtæ una ſtructura verborum continuative conceptæ ſint, ſcilicet per copulam, & quæ copulando continuat præcedentia, vel per dictionem, ita quod, quæ cum illativa ſit ſuperiora conſervans, quo caſu res eſt indubia; ſecus ac ſi in diverſa oratione ſine dictionibus copulativis, aut illativis continuationem ſuperiorum conditionum, & ſubſtitutionum inferentibus, ſed principaliter, & de per ſe ſubſtitutio ſequens, aut ultima facta eſſet iuxta declarationem *Parifi conf. 18. vol. 2. num. 44. & multorum, quos refert Peregrin ſup. num. 29. & ex Cephal. Petr. d. q. 6. num. 7.* ſed melius omnibus *Zuſchardus in L. 1. Cod. de pact. num. 235.* quibus utiliter additur in dubio ſubſtitutiones cenſeri continuatas, non vero nove inductas, aut factas, ut per *L. clam poſſidere, L. ſiquis ante de acquir. poſſeſſ. L. non ſolum §. 1. de uſucap. & per conf. Signorol. 5. 1. in ſin.* docet in terminis ſubſtitutionis *Aym. conf. 763. num. 14.* quem ſequitur *Rimin. in conf. 736. n. 131.*

475 Ex qua dependentia colligitur, omnes ſubſtitutiones tanquam dependentes à prima, ſic ab eadem regulari debere, ac ſi eadem conditiones in omnibus ſubſequentibus exprimerentur, & ſub eiſdem caſibus ordinatæ fuiſſent, & ad eos tantummodo reſtrictæ, *Angel. in L. quædiu in ſine, ubi Aret. & Imol. Alex. conf. 1. n. 11. lib. 1.* tradit late *Perſonalis in conf. 17. Zanobius p. 4. n. 237.*

476 Et hoc eſt, quod communiter dicitur caducato primo gradu ſubſtitutionis cenſeri etiam caducatos omnes ab eo dependentes, de quo per *Rot. Rom. in novis. deciſ. 230. part. 2. & in recentioribus recollect per Farin. deciſ. 486. num. 7. & deciſ. 519. num. 2. tom. 1. & deciſ. 538. num. 4. in ſin. tom. 2. & late Caſſian. conſil. 2. num. 3. & per tot. præſertim quotieſcunque conditio adjecta de primo inſtituto gravato ad primum ſubſtitutum defeciſſet, quoniam tunc caducato primo gradu ſubſtitutionis ſequens in gradu non admittitur. Ratio eſt evidens, quoniam cum conditio adjecta de primo inſtituto ad primum ſubſtitutum defecerit, deficit etiam gravamen, & fideicommiſſum ei inunctum, habeturque illud pro non ſcripto, & pro non facto, & ex mente defuncti cenſetur illud ademptum, & reliqua bona libera penes inſtitutum hæredem. *Cephal. conf. 649. num. 28. & alii ſupra relati.**

477 Enim vero ex conditionis defectu prima ſubſtitutio habetur pro non facta, & pro non ſcripta, *L. unica §. ſin autem de caduc. toll. Socin. conf. 180. col. 6. lib. 2. Socin. jun. conf. 180. num. 40. in 2. & conf. 4. num. 16. eod. vol. pulchre Ripa lib. 1. reſponſor. cap. 2. num. 23.* Unde impoſſibile eſt ex ſubſtitutione prima, quæ habetur pro non ſcripta, & pro non facta, ſequentes dependentiam, vim, & conſiſtentiam habere. *Plotus conf. 14. n. 10. Zanob. in §. cum ita num. 7. & 35. & Petra de fideicom. q. 6. num. 7. & 8.* Immo ſublato principio, cum ab eius primordio poſteriores eventus formentur, omnes ſubſtitutiones ſequentes corruiere oportet, ut multifariam, multique modis elegantiffime reſolvit *Cephal. conf. 17. num. 10. 11. & 12. & 649. num. 38. & ſeqq.* Maxime cum omnium ſubſtitutionum contextura ſit unica, una forma, connexitas, & dependentia, ut mirum non ſit, ſi principio ſublato cætera ſubſtitutiones ſequentes evaneſcant juxta notata à *Petr. & Peregr. in locis continuo referendis, ubi ſunt plures concord. & elegantius cæteris Conanus lib. 9. comment. juris cap. 7. fol. 358.* dicens cum

479 Et præter Ancharranum, & omnes supra relatos, idem quod *Anchar.* resolvit elegantissime *Alexand. post Cuman. conf. 118. conf. 24. vol. 3.* ubi institutis Antonino, & Comino filiis suis, & filiorum filiis juxta consilium Galli Aquilii, scilicet institutis nepotibus, casu quod Antoninus, & Cominus filii præmorerentur in vita, gratia Dei, patris eorum testantis, & substituta substitutione de proximioribus masculis, casu quo filii, & illorum descendentes, vel eorum aliquis sine filiis decessisset, responderent, quod cum Antoninus, & Cominus supervixissent patri testanti, defecit prima substitutio facta de descendentes eorum juxta consilium Galli ex defectu conditionis, quia filii non fuerunt præmortui patre vivente, & ex consequenti cæteræ substitutiones sequentes penitus evanuerunt, adeo, ut Petro nepote testantis, & filio Comini sine filiis decedente, substitutio ultima de proximioribus masculis locum sibi vindicare non possit, quia prima substitutione deficiente, secunda, & sequentes penitus expiraverunt.

480 Idem docet punctim in terminis nostris, pulchrè *Natta conf. 200. num. 4.* asseverans, quia defecit conditio affirmativa adjecta primæ substitutioni, scilicet, si filii filias habuissent, quia filias non habuerunt, non solum primam substitutionem, sed sequentes defecisse ex regula *d. L. si mater* & quia vitiatum principali, accessoria non subsistunt. Et *idem Ramon. d. conf. 100. num. 132.* inquit, quod impossibile arbitratur substitutiones in hoc casu durare, quia deficiente prima substitutione ex defectu conditionis dictæ, cæteræ omnes sequentes corrumpunt, & extinguuntur, & ibi multos refert, & ut ille concludit *num. 144.* quod novum non est, immo in dies singulos experimur, plures institui maioratus, pluraque fideicommissa, & primogenia, non simpliciter quidem, & in omni casu, sed sub certis, & peculiaribus conditionibus, & sub certis, & determinatis casibus, quibus peremptis, & defectis, totum etiam defecit primogenium, & fideicommissum ex *Cassan. conf. 2. num. 40.* & etiam caducant gradus, & erectiones ex dictis *num. 472. Grat. cap. 77. num. 43. vers. esset, & numer. 44. & 45. idem Cassan. conf. 36. numer. 38. & seqq. Fusar. q. 469. num. 58. & vide infra num. 570. & seqq.* Et secundum meam opinionem iudicatum fuit in dicta causa, ut constat ex sententia sequenti.

481 *Acordado do Dezembargo. &c. Não foy bem julgado pelo Juiz, em absolver ao Reo do pedido pela A. julgando por extinto o foro imposto nas propriedades, de que se trata, por*

*serem vinculadas, e de morgado. revogando sua sentença, vistos os autos, e como por elles se mostra, que no testamento, com que falleceão Domingos Fernandes, e Catharina Dias, deixarão por morte de ambos suas terças a seu neto Gaspar, para com ellas se ordenar, e ser Clerigo. Mostrase, que por fallecimento dos testadores se fizerão partilhas, e nellas se tiraraõ entre outros bens para pagamento das terças os ditos bens, e o dito Gaspar da Rocha nelles fez seu patrimonio, nos quaes termos sendo elle Clerigo, como foy, lhe ficaraõ livres, e podia delles dispor como taes, e impor nelles o foro dos vinte e cinco alqueires de trigo. que vendeo á A. e a seu marido. sem que lhe possa obstar as palavras, que depois acrescentaraõ, para que não sendo Clerigo succedessem as pessoas nomeadas como vinculadas, por quanto as taes nomeações, e substituições não podiaõ ter effeito senão em o caso, que não fosse Clerigo. Condenaõ ao Reo em o foro dos vinte e cinco alqueires de trigo, desde o tempo da morte do vendedor, e nos mais, que ao diante se vencerem, e nas custas dos autos. Lisboa 28 de Novembro de 1682. Freyre.*

Hæc sententia fundata est in sequenti de liberatione.

Præsentis quæstionis solutio ex eo pendet, an testator, quemadmodum casu quo Gaspar, & uxorem duceret, & filios non susciperet, instituit maioratum ita etiam eo casu, quo Clericus fieret. Ego, ut rem breviter, & resolutive expediam, sentio maioratum in secundo casu fuisse institutum, non sic in primo. Ratio est, quia utraque dispositio perfecta oratione est expressa, ut quando hoc modo dispositiones concipiuntur, conditio uni apposita ad aliam non trahitur, *Mantic. de conject. lib. 10. tit. 6. num. 24. Peregrin. de fideicom. art. 16. num. 11. ad fin.* quin etiam quædo præcedens dispositio in se perfecta, & determinata est, quæ in sequenti dispositione exprimentur, ad illam non pertinent, fuscé, & eleganter *Menoch. lib. 4. præsumpt. 81. à num. 6.* & ibi allegat bonum textum in *cap. cum dilecti 6. de donat.* Sic est in proposito, quia ut patet fol. 13. vers. testatores tertiam Gaspari, ut Clericus esset, relinquere, perfecta quidem oratione, & quæ nullius extrinseci verbi, ut perficeretur, indigebat, sequens vero dispositio, quæ maioratum instituebat, alium casum respicit diversum, & ita ei injuncta conditio ad præcedentem non est retro spectanda: cum igitur ille casus, quo bona vinculabantur, non evenisset, maioratus defecit institutio, libereque Gaspar censum imponere poterat, hoc onus ita

ita bona illa affecit, ut cum eis ad quoscumque transferit possessores ex *Ord. lib. 4. tit. 3.* Censum igitur Reus pendat & iudicatum revocetur. *Ulyssipone 25. Augusti de 1682.* Pereyra.

In eodem convenere Judices, Carneyro, & Freyre.

Non vero defecit, quando aliquis fecit maioratum de certis bonis inter duos, unum vocavit ad successorem, alterum sub conditione, si sine filiis, & illis deficientibus dixit, quod talia bona unirentur maioratui; quia tunc in hoc casu, si vocatus ultimum diem claudat extremum absque filiis, bona revertuntur ad maioratum, & in omnibus bonis censetur erectus, aut institutus, nisi constitit testamentum esse fallum, quia tunc devolvuntur bona ad consanguineum proximiorum, tanquam hæredem ab intestato & cessat vinculum, ut decisum fuit in causa sequenti.

162 No feito de Manoel de Villegas de Castello Branco, com Miguel Madeira, e sua mulher, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Vistos estos autos, termo de compromisso, e confissão das partes, testamentos, e papeis, e mais documentos juntos, e prova dada, porque tudo se mostra, que falecendo o Conego Antonio Madeira, fez vinculo com sua irmã Isabel Mendes de toda sua fazenda, e entre outras cousas, que vinculou o dito Conego, foraõ bem assim doze mil reis de vinte e quatro que tinha no Almojarifado desta Cidade, e os outros doze deixou a seu sobrinho Antonio Madeira, marido que foy de Isabel Botelha, com condiçãõ, que falecendo sem filhos, se tornariaõ a unir, e a ajuntar aos outros doze que tinha vinculados á mais fazenda, consta outrossim, que para este vinculo ebamou sua sobrinha Maria Madeira, mãy de R. Miguel Madeira, e seus descendentes, o qual succedeo no dito vinculo por morte do dito Conego, e sua irmã a dita Isabel Mendes, e por morte da dita Maria Madeira succedeo no dito vinculo o R. o dito Miguel Madeira, como filho, e herdeiro universal da dita sua mãy Maria Madeira, primeiro chamado, o qual se meteo de posse dos doze mil reis de juro, que deixou o dito Conego Antonio Madeira, com a dita condiçãõ a seu sobrinho Antonio Madeira, e de humas casas ao Soar por morte, e falecimento de Miguel de Villegas, tio do A. irmão de seu pay. Consta outrossim, que o dito Antonio Madeira, sobrinho do dito Conego Antonio Madeira, faleceo sem filhos, pelo que não podia dispor dos ditos doze mil reis, por causa da condiçãõ, que lhe

estava imposta de se unirem ao vinculo em falta de filhos, e ficarem assim pertencendo de direito ao dito Miguel Madeira, por ser legitimo successor chamado ao dito vinculo Consta, outrossim, que o dito Antonio Madeira marido que foy de Isabel Botelha, irmã da dita Maria Madeira, e tia do R. Miguel Madeira, e faleceo sem filhos sem outros herdeiros legitimos, e mais chegados, que ab intestado lhe bouvessem de succeder, que o dito Miguel Madeira, e como tal de Direito ficar lhe pertencendo sua herança, e bens. O que tudo visto, e o mais dos autos, e disposiçãõ de Direito neste caso, julgamos pertencer ao dito Miguel Madeira os ditos doze mil reis de juro, como parte do vinculo, em que legitimamente succedeo, não obstante a perscripçãõ de que o A. se quer valer, por não estar ainda completa, pelo espaço de quarenta annos, que de Direito se requerem em perscripçãõ de semelhantes bens por quanto do tempo que para ella se podia considerar o tempo da pupilar idade do dito Miguel Madeira, e de mais a mais o tempo em que a interrompeo desde o tempo da morte de Miguel de Villegas. E assim mais, julgo pertencer ao dito Miguel Madeira, não só as casas de Soar, de que está de posse, mas toda a mais fazenda, e herança do dito Antonio Madeira seu tio, irmão de sua mãy, não lhe prejudicando a posse em que o A. está por si, e seus antecessores, por elles, e elle serem todos possuidores de má fé fundada em hũ titulo injusto, e vicioso, fundado no testamento, que diz ser feito pelo dito Antonio Madeira, e sua mulher Isabel Botelha, que como delle se vé está falsificado, termos em que conforme a Direito se lhe não deve dar credito, e se presume morrer ab intestado. O que tudo assim julgamos ao R. e absolvemolo do pedido pelo A. ao qual condemnamos a que lhe largue, e abra mãõ da fazenda, que ficou do dito Antonio Madeira, tio do R. E pague o A. as custas dos autos, em que outrossim o condemnamos. *Viso 8 de Mayo de 1668. Francisco de Caceres. Manoel da Costa de Gouvea*

A qua sententia fuit appellatum ad Senatum Portuentem, ubi fuit lata sententia sequens. 483

Acordaõ os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelos Juiz, e Louvados, em julgarem, que o juro de nove mil e seiscentos reis, reduzido por mandado de Sua Magestade, pertence á Capella, que instituo o Conego Antonio Madeira, não obstante a perscripçãõ allegada porém não foy por elles bem julgado em mandarem ao A. Manoel de Villegas abra mãõ, e restitua as casas, e mais bens, que foraõ de outro Antonio Madeira, ao R. Miguel

*Madeira: revogando nesta parte sua sentença, vistos os autos, e como se prova serem as ditas casas, e todos os ditos bens do dito Antonio Madeira, que em seu testamento valido os deixou instituindo huma Capella, confirmado por hum codicillo, e não ser de confidenciação o dizerse, e allegarse, que o dito testamento parecia falso, porque da sua inspecção, e lido elle, e o codicillo, são verdadeiros, firmes, e valiosos, e por elles justamente pertende as ditas casas, e mais bens o dito Manoel de Villegas, por virtude do dito testamento, e codicillo, mayormente estando delles instituida a Capella, de que se trata. Declaraõ por bem, e valido o dito testamento, e absolvem ao dito Manoel de Villegas, por serem seus os ditos bens, e casa, ao qual somente condemnãõ largue, e abra mão do juro de 9000. para o R. Miguel Madeira a quem pertence como possuidor da Capella, que instituiu o Cônego Antonio Madeira, com os rendimentos da lide contestada em diante, e a hum, e a outro outrossim condẽnaõ nas custas de permisso dos autos de ambas as instancias. Porto 31. de Janeiro de 1669. Freytas. Correa.*

Hęc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

- 484 Judicio arbitratorum commissa fuit præfens quæstio, ad quem scilicet pertineat census regius, domus, & Soar, & cætera bona Antonii Madeira, Michaeli Madeira, an Emmanueli de Villegas Castello Branco, per compromissum fol. 3.
- 485 Michael ex eo agit, quia successor est in Capella instituta fol. 22. cui pertinet census Regius ab institutoribus demissus Antonio Madeira sub conditione, si liberos non habuerit, ad dictam Capellam reversurus, ex eo quia liberos non habuit.
- 486 Agit etiam ad domos, & cætera bona dicti Antonii, tanquam illius hæres ab intestato; contendens testamentum, in quo uxorem instituit, esse nullum, immo falsum; ac per consequens quod nulliter uxor, & ejus soror alteram instituisset Capellam de dictis bonis: cui petitioni annuerunt arbitri: ego vero, de una, & altera quæstione dicam breviter quod sentiam.
- 487 Et primò, quoad censum Regium, cum certum proponatur, dictum Antonium liberos non habuisse, & certum credo purificatam fuisse ejus morte conditionem. Unde Capella Michaelis substituta admitti debet, *Reynof. observ. 64. num. 5. Mantie. de conjectur. lib. 11. tit. 6. num. 7. Fusar. de subst. q. 415.* quia per non existentiam filiorum dispositio pura remansit, & ejus morte suos operatur

effectus, *Castill. lib. 7. cap. 119. num. 8. Farin. in recent. 1. p. decis. 116. n. 4. & 5* multos refert *Peg. de more forens. cap. 1. n. 55.*

Cui reselutioni contravenire tentat Emmanuel, titulo præscriptionis 40. annorum, inuliter tamen multis, præcipue duabus rationibus; prima, quia licet bona Capellæ, & maioratus possint præscribi per 40. annos, tamen ista præscriptio prodest tantum in vita possessoris, contra quem fuit adimpleta, & non nocet successori, *Gam. decis. 93. num. 3. & decis. 26. num. 5. Gom. L. 40. Taurin. numer. 90. vers. 2. limita. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 10. num. 3.* veram dicentem hanc opinionem, *Alt. r. Molin. de just. tract. 2. disput. 79. num. 9. vers. dubium* defendit nervose *Fachin. lib. 7. contr. cap. 12. Pinel. auth. nisi Cod. bon. matern. num. 49. & 55. Valusc. cons. 167. num. 17. & cons. 132. num. ult. Reynof. obs. 70. num. 45. Barbof. in L. cum notissimi §. illud Cod. præscript. 30. num. 33. Almeyd. alleg. 7. num. 2. Pereir. decis. 52. per tot. & num. 10.* quamplurimos refert *Fusar. de subst. q. 528. num. 4. Carvalh. de un. & alt. 4. p. 2. num. 389.* quidquid ab hac communi opinione fugiant *Molin. Theol. supra Pinel. à num. 55. Brito in cap. potuit de locat. §. 2. à num. 50.* præcipue *53. vers. ex quibus*, qui in puncto juris forsitan audiendi erant, tamen contraria omnino in judicando amplectenda est, tanquam communis, & vera, ut ipsimet fatentur, quare *Pinel.* non fuit ausus ab ea recedere, & de jure Regio iuxta eam judicandum, & contrariam respiciendam advertit *Pereir. supra n. 4. ad fin.*

Secunda ratio est, quia tempus à jure requisitum non fuit adimpletum ut ex computatione facta per peritissimos patronos satis colligitur, unde non est in præscriptionis quæstione immorandum.

Nec suadet contrarium allegatio circa diversitatem censuum, aperte enim convincitur ex diplomate Regio, ubi summa, de qua instituit, reducta extat.

Secundò circa domos, & alia bona nititur Emmanuel in institutione fol. 14. facta per *Lucam Botelho, & Theodosiam de Carvalho*, hæredes Antonii Madeira, in qua vocatus fuit Joannes Villegas ejus pater, cujus tituli veritate possidet per se, & antecessores, bona ista, excepta domo, in qua intrusum dicit Michaelē, sed quia bona ista ex testamento fol. 8. Antonii Madeira vinculata fuere; de cujus legalitate non est discutendum.

Pugnat contra testamentum fides *Tabelionis fol. 9. ibi: Escrito em duas meas folhas de papel, em quatro paginas, cum tamen modo scrip-*

script  
quod  
nem,  
licet  
colle  
præ  
noch  
sum  
Qu  
est, q  
tatur  
lib. 4  
Souf  
scrip  
dem  
blici  
nota  
Cyr  
illiu  
trad  
ubi  
U  
rum  
caf.  
rin.  
Men  
fi to  
not  
præ  
litas  
494  
vid  
nen  
ti i  
nor  
sur  
me  
ce  
495  
fo  
m  
fu  
z  
ca  
qu  
ti  
M  
8  
496  
fa  
23  
ci  
p  
497  
8  
p  
E  
t

scriptum, fit unico fol. in duabus paginis, quod arguit falsitatem propter præscriptionem, quæ de jure stat pro notario, pro quo licet bene, & multum præsumit *Barbos. in collect. ad text. in cap. ad audientiam 13. de præscript. num. 4. Val. cons. 183. num. 6. Menoch. plures referens de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 79. per tot.*

492 Quod in hoc casu præcipue adeo verum est, quod Tabellioni tota subsistentia concitatur veritatis testamenti à *L. reg. requisita lib. 4. tit. 80. §. 1.* & ei standum esse advertit *Sous. decis. 2. num. 13.* quia testamenta in scriptis de juris regulis propter se nullam fidem faciunt, sed propter autoritatem publici instrumenti approbationis à tergo per notarium scriptæ, ita *Gam. decis. 157. num. 2. Cyriac. tom. 3. contr. 407. num. 280.* ita ut fides illius non minuat, etiam si duo testes contradicant, *Andreol. contr. p. 3. contr. 223. n. 5.* ubi refert 55. DD.

493 Unde resulta incisio filiorum, ex quo iterum falsas arguit *Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 187. num. 48.* sicut ex cancellatione *Farin. de fals. q. 153. num. 31.* & ex laceratione *Menoch. de præf. lib. 5. præf. 20. numer. 11.* nisi tollatur suspicio in his casibus per fidem notarii, *Farin. proxime à num. 101.* quod in præfenti tantum abest, ut ex fide notarii falsitas demonstraretur.

494 Nec est verosimile Tabellionem ita individuam filiorum, & paginarum numerationem observasse per errorem, unde in præfenti instrumento continente, quod verosimile non est, etiam nova falsitatis insurgit præsumptio, *Castill. lib. 5. cap. 67. num. 19.* maxime cum aliter de veritate rei gestæ non doceatur.

495 Juvat examen fol. 47. ubi advertitur de scriptura in hoc testamento diverso atramento; ex quo etiam oritur falsitatis præsumptio, *Barb. ad cap. inter dilectos 6. de fid. instrument. num. 4. Menoch. lib. 2. de arbitr. cas. 187. num. 35.* quod tamen intelligitur, quando concurrit diversitas manus scribentis, vel aliæ conjecturæ, *Barb. supra num. 5. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 20. n. 7. 8. & 9.*

496 Quæ omnia in civilibus melius inducunt falsitatis probationem, *Fontanel. 1. tom. decis. 257. num. 5.* quæ præsumitur fabricata ab eo, cujus interest, *Fontanel. ibi num. 26. Cancer. 1. p. cap. 20. n. 66.*

497 Si ergo testamentum hoc non est integrum, clarum est non probare, nisi totum producat, *Cyriac. tom. 2. contr. 289. num. 22.* Hæc considerasse sufficiat contra testamentum.

Attamen pro veritate dispositionis circa institutionem Capellæ, pugnat codicillus fol. 10. ubi iterum loquitur testator de illius executione, & forma succedendi. Et licet stante nullitate testamenti, codicillo nec adimi, nec dari posset hæreditas, valet tamen institutio jure fideicommissi, explicant *Molin. de just. tr. 2. disput. 32. num. 6. Castill. lib. 4. cap. 22. num. 75.* Unde hæreditas restituenda venit hæredimet ipso instituto, non ex vi testamenti, sed virtute codicilli: quæ melius procedunt in casu nostro, ubi non tantum de hæreditate, quam de institutione agitur in codicillo ex bonis testatoris.

Et fortius locum habent ex eo, quia institutio hæc Capellæ cum Missis, & suffragiis, pro animabus instituentium, dicitur pia causa, *Castill. dict. cap. 22. num. 85. Themud. 2. p. decis. 206. num. 6. Ricc. in prax. rer. for. eccl. p. 2. resolut. 416. num. 5.* ad cujus favorem debetur legatum ex testamento, *Valasc. de priv. paup. 2. p. q. 8. num. 423. & in proem. num. 54.*

Favore etiam piæ causæ attenditur voluntas testatoris, ita ut codicillis adimi, & dari possit hæreditas, *Castill. dict. cap. 22. à num. 70.* & sola probatio dispositionis respicitur, nullis juris civilis solemnitatibus coarctata, *Themud. 1. p. decis. 96. num. 8. Oliv. de for. eccl. 1. p. q. 32. num. 33. & p. 2. q. 30. à num. 43. Barb. de pot. Episcop. alleg. 82. n. 42. ubi à n. 31.* plura de materia.

Rursus in codicillis potest declarari jam data hæreditas, & totum tribuitur disponenti, & si tota hæreditas cum oneribus, & gravaminibus hæredi scripto in testamento auferatur, & etiam si non disponatur favore piæ causæ, explicat *Castill. dict. cap. 22. n. 77. & 78. ubi num. 88.* quod respicitur conjectura, quæ animæ testatoris fovet.

Igitur cum hic habeamus codicillum legitimum, contra quem nihil opponitur, in quo satis articulum institutionis Capellæ ex bonis testatoris demonstratur, & ejus voluntas repetita cernitur per supradicta, non audeo huic veritati obviare, quare demittat Michael domos, & aliorum bonorum Antonii contentionem, sic confirmata, & revocata sententia appellata. Portu 23. Januarii 1669. Correa.

Convenio cum sapientissimo Domino meo in omnibus viso processu, & addo testamentum Antonii esse firmum, & validum, in illoque nullam falsitatis speciem contineri, nec præsumptionem; ex eo quia notarius, qui illud approbavit, nec etiam per errorem fidem præbuit in approbationis actu, dum dixit testamentum habere quatuor paginas, ut bene

498

499

500

501

502

503



bene dixit, & cum omni veritate certificavit, quia dictum testamentum in originali processu fol. 8. habet duas paginas, & ejus finis continuatur in sequenti, in qua scriptum est approbationis actum, & in ultima, & quarta pagina finem fecit dictæ approbationis actus, & sic numeravit notarius vere quatuor paginas, & in intermedio nil additur, nec detrahitur, ut lecto dicto testamento bene apparet, & ita bene notarius numeravit, & computavit in sua fide quatuor paginas, in trante approbationis actu in forma *Ord. lib. 4. tit. 80. §. 2.* ubi solum requiritur, ut in calce testamenti continuet notarius approbationis actus, ut in dicto testamento fol. 9. continuatus cernitur cum omni veritate, & solemnitate.

504 Postea adjungitur codicillus sine aliqua macula confirmans testamentum fol. 9. cum seqq. ubi alius notarius eadem frasi, & eodem loquendi modo utitur fol. 11. & ita dubium non est, immo certum testamentum firmum, & validum esse, & omni falsitate carere, confirmetur ergo sententia in censu 9000. non obstantē præscriptione, & revocetur circa alia bona. Portu 22. Januarii de 1669.

505 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit lata sententia sequens.

*Acordão os do Dezembargo, &c. Não he aggravado o agravante Miguel Madeira pelos Dezembargadores da Casa do Porto, em condemnarem ao aggravado largasse ao agravante o juro da quantia de nove mil reis em cada hum anno, com os decursos da lide contestada em diante. foy porém por elles aggravado em não condemnarem abrisse mão, e restituísse ao agravante os bens á herança de Antonio Madeira, julgando pertencer lhe as casas do Soar, como parte da herança. Revogando nesta parte sua sentença, cumprase o confirmado por seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos, e por elles se mostrar ser supposto, e falso o testamento do appenso fol. 8. por virtude do qual o aggravado está na posse dos ditos bens, sem delles ter titulo algum legitimo, mais, que o dito supposto testamento, pertencendo elle ao agravante, como herdeiro ab intestado do dito defuncto Antonio Madeira, por não ter outro parente em grão mais chegado, que o agravante, a quem julgaõ pertencer as casas de Soar, e mais bens da dita herança. E condemnãõ ao aggravado lhos restituã, e largue com os fructos da lide contestada até real entrega E condemnãõ ao aggravado nas seis partes das custas dos autos, e ao agravante nas*

*duas. Lisboa 4. de Fevereiro de 1670. Doutor Gouvea. Doutor Tavares. Doutor Carvalho.*

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Duas in se continet processus iste partes. Prima circa censum Regium; secunda circa domos do Soar, & alia bona adjudicata gravato per sententiam inferioris Senatus: & quoad primam partem, nobis non convenit tractare, quia quamvis gravamen fuisset interpositum, attamen non præparavit gravatus, nec depositum fecit in Cancellaria, ut disponit *Ord. in 3. tit. 84. §. 1.* in quibus terminis de illo cognoscere non possumus, ut disponit *prædicta Ord. in §. 12.* cum gravamen non sit commune, ut *Cabed. p. 1. decis. 190* quamvis contrarium sit in appellatione, ideo in hac parte morari non debemus.

Petit tamen aggravans declarationem sententiæ, & quod illi adjudicentur redditus, & fructus à tempore individuae occupationis, sed meo judicio incivilliter hoc petit, quia non constat hoc in principio petivisse, etiam non possumus ultra petita in libello, aut è conventionem judicare, deinde non constat gravatum extitisse unquam in possessione census, immo constat gravantem in ea extitisse, & ad hoc, ut de illa ejiceretur A. hunc fecit processum: in quibus terminis non potest in isto processu hanc facere petitionem, cum in se habeat possessionem, & quamvis dicat, parentes gravati extitisse in possessione, tamen non constat ex hac, poterit petere suo tempore, ad quod tantummodo jus illi reservarem.

Quoad secundam partem, in qua agitur de domibus, & de aliis bonis, plus mihi videtur quæstio facti, quam juris, tota namque resolutio meo judicio pendet ex validitate, vel nullitate testamenti fol. 8. in appenso, in quo fundatur gravatus, & in quo inferioris Senatus sententia fundatur, & meo judicio falsissimum mihi videtur testamentum, absque ulla suspicionem veritatis, constat namque ex approbatione notarii testamentum fuisse transcriptum in quatuor paginas, ultra illas subscriptionis, ut denotant verba subscriptionis fol. 5. in fin. ibi: *Está escrito em duas meias folhas de papel atraz em quatro paginas.* cum ergo non inspicietur, nisi tantummodo duæ paginae, certum est intervenisse falsitatem, & non esse hoc testamentum illud, de quo notarius agit, & hac luce clarius est inspecto examine, & alias quæ per inspectionem oculorum videntur in ipsomet testamento, quod etiam invenit Portuensis

tuenſis Senator primò deliberans, quamvis poſtea ex ſaliſ fundamentis contrarium ſequutum fuiſſet, ad quem tranſeamus, ne in re adeo clara amplius moremur.

99 Inſpecta nullitate teſtamenti corruiſt fundamentum ſententiæ, & gravati, qui in teſtamento ſolummodo fundatur, ideo nil amplius dicendum erat, ſed tamen fundatur ſententia in eo, quòd appareat codicillus folio in appenſo, & ſic quamvis non valeat, ut codicillus, debeat valere ut fideicommiſſum, per ea, quæ non valent, ut ſunt, valent, ut valere poſſunt: deinde, quia hæc cauſa, eſt cauſa pia, & quamvis teſtamentum non ſit validum, tamen legata pia ſemper valere ſecundum juris regulas dicendum eſt. Deinde fundatur ſententia in poſſeſſione per ſpaciũ triginta annorum, & ſic cenſeri validum teſtamentum, & præſumi teſtamentum.

10 Sed nihilominus, meo iudicio in hac parte revocanda venit inferioris Senatus ſententia, quia quamvis certum ſit, quod in codicillis poſſit declarari teſtatoris voluntas, & diſpoſitio codicillaris valeat ut fideicommiſſum, ut eſt *text. expreſſus in L. Scævola 76. ff. ad Trebell. & in L. 2. Cod. codicillis, L. 2. §. ſin. jur. codicillor.* Attamen hoc procedit, quando teſtamentum eſt nullum, quia codicillus eſt acceſſorium teſtamenti, & rupto teſtamento, rumpitur etiam codicillus, *text. eſt expreſſus in L. 1. Cod. codicillis, ubi Jaſon, & gloſſ. verbo non venit*, & verbum iudicium codicilli namque vires à teſtamento capit, *L. ſiquis eum §. ſin ff. jur. codicillor L. ab inſtato Cod. ubi gloſſ. verbo inſtantur*, quæ jura decernunt, quod nullo teſtamento nullum etiam eſſe codicillum, quod vires à teſtamento accipit, idem tenet *Jaſon ſupra, & Paulo Caſtrenſis in dicta L. 1. Cod. codicillis*, præcipue cum hoc teſtamentum ſit à principio validum, quia ſolummodo nullum iudicatur ob falſitatem, in quibus terminis nullum etiam videtur codicillus ex *Paulo Caſtrenſ. in L. & ſi pepercerit §. ſi ita num. 3 ff. liber. & poſſib.* quod etiam procedit, quia codicillus, de quo folio. fuit factus habitu reſpectu ad teſtamentum, & ad confirmationem, & declarationem teſtamenti, in quibus terminis nullo teſtamento codicillus nullus etiam dicitur ex *Jaſon, & Paulo Caſtrenſ. in dict. L. 1. Cod. codicillis.*

Neque contrarium decernit *Caſtilbo lib. 4. cap. 22. num. 75.* qui loquitur dato teſtamento valido, eodem etiam modo loquitur *Molin. de juſt. tract. 2. diſput. 122.* & cum in noſtro caſu de teſtamento valido

etiam conſtet, & teſtatore feciſſe teſtamētum, ſiquidem in codicillo refertur ad teſtamentum, & cum iterum reprobat, recte ſequitur effectum fortiri non poſſe codicillum, quia ſi non conſtat de teſtamento, tunc ſequenda erat regula illa, quod codicillus erat validus decedente teſtatore ab inſtato, quia tunc non accipiebat vires à teſtamento, vel ſi conſtaſſet de teſtamento à principio nullo, ſed cum non conſtet, & conſtet extiſſe teſtamētum, minime codicillus poſteſt ſuum operare effectum.

Neque obſtat fundamentum de cauſa pia, quia in primis non conſtat de teſtamento, ad quod refertur codicillus, & ex quo dependet, teſtamentum namque fol. 8. non eſt proprium teſtatoris, ut declarant verba notarii, & quamvis proprium appareat, non poſteſt codicillus valere

Deinde dato quod valeret codicillus ob 512  
piam cauſam, quid ad intentum, ſiquidem partes non dubitant de inſtitutione Capellæ, dubitant tamen, qualis namque ſit adminiſtrator, & hoc ſolummodo facit codicillum, & non eſt hoc cauſa pia, quia hunc, vel illum habere adminiſtratore, nihil commune habet cum pia cauſa; cauſam namque piam dicerem eſſe inſtitutionem Capellæ, hanc namque fecit teſtator in teſtamento, ut ex codicillo cernitur, & ſolummodo declaravit in codicillo, adminiſtratore reliquiſſe voluntati hæredis, hoc namque nihil piæ cauſæ habet, & ſic non eſt ad quid recurramus ad favorem piæ cauſæ

Denique quamvis omnia concedamus, nempe codicillum eſſe validum, tam per ſe, 513  
quam favore piæ cauſæ, adhuc nihil in codicillo invenitur, concludens domos petitas eſſe pertinentias ad Capellam, ſolummodo invenitur inſtitutio, ſeu ut melius dicam, confirmatio Capellæ, & forma inſtituendi adminiſtratore; demus ergo exiſtere Capellam, & gravatum eſſe legitimum adminiſtratore ob nominationem in illo factam, unde conſtet domos pertinere ad Capellam, nullibi, quomodo ergo poſſumus domos adjudicare obligatas, quando bona ſemper libera præſumuntur; dices conſtare de teſtamento, ſed hoc eſt ridiculum, cum conſtet teſtamentum, de quo fol. 8. eſſe ſuppoſitum, & non verum, & cum codicillus ſe referat ad teſtamentum, neceſſario debet inſpici teſtamentum ex *Menoch. conſ. 1. num. 83. Surd. deciſ. 212. num. 14.* & cum non appareat, non conſtat de obligatione, ſi vero eſt illud, de quo fol. 8. cum ſit falſum, & à principio fuiſſet verum, dicēdū eſt codicillū eſſe nullū ex ſupra dictis: ideo minime ſentētia confirmari poteſt.

Actori namque incumbit probare per titulū juridicum de obligatione bonorum, & cum non appareat testamentum, minime admitti debet.

514 Neque obstant fundamenta diuturnitatis, & possessionis, ex quibus inducitur præscriptio, & excluditur falsitas *ex Menoch. lib. 5. præsumpt. 20. num. 56.* quia nunquam potest hic considerari præscriptio, cum detur falsitas testamenti, & sic exclusio bonæ fidei, quæ bona fides requiritur, ut detur præscriptio, vel testamentum, neque diuturnitas temporis aliquid inducitur, quia hoc erit, ubi datur tantum suspicio falsitatis, non vero in hoc casu, ubi meo iudicio non suspicio, sed falsitas patenter inspicitur, esset namque ex falsitate comodum reportare. Deinde Actor non est in possessione domorum, ut possit allegare bonam fidem, & præscriptionem, quamvis enim eam habuissent parentes, interrupta fuit jam talis præscriptio, & nunc de illa iuari non potest.

515 Denique quando testamentum est nullum, non potest fieri validum per concessum hæredis, *L. 3. ff. testamentis juncta L. 1. ff. ad L. falsid. L. testandi 13. Cod. de testament. Surd. decis. 53. num. 10. insignis Præceptor Godinb. in relectione ad text. in cap. cum tibi n. mibi 153. vers. neque huic ampliatiōni de testamenti juris vers. per contraria dicendum erit*, præcipue data falsitate, ubi attenditur jus publicum, ut idem tenent *DD. & Surd. n. 23.* ubi plurima tradunt.

516 Ex quibus ego in hac parte sententiam revocarem quoad domos, & alia bona, quoad censum confirmarem, quamvis in rem iudicatam sit transactum quoad aggravatum A. Ulyssipone 30. Decembris 1669. Doctor Carvalho.

517 Terribilis mihi videtur disceptatio hæc; pugnant siquidem pro aggravante de falso testamentum arguente aliquas non leves præsumptiones, & conjecturas, quarum potissima est Tabellionis fidedigni asseveratio illa, nempe dico esse semifolia, & quatuor paginas in testamento scriptas, cum tantum semifolium unum scriptum, & aliud album appareat, pugnat etiam attamēti differentia, qua scriptum invenitur à principio, usque ad ultimæ normæ medium nigrum, ex indeque usque ad finem, & subreptionem aliquantum dealbatam, & denique ultra alias quominus venimus in considerationem; continuari debuisse scripturam illius, in eodem folio, & non in alio separato, quando tantum testamenti conclusio, aut subscriptio scribenda restabat, ex quibus falsum præsu-

mitur dictum testamentum, & codicillus, ut ejus pars, & sequella invalida.

Adest pro aggravato, quod falsitatem præsumi non facit error, licet crassus, & cum culpa, *Rot. decis. 135. p. 2. Ricc. 6. p. collect. 276. alijs 2176.* deinde, quod mens nostra, & etiam scribētis manus facillime decipi potest, & si in notario potius error, quam falsitas præsumitur, *Deci. in L. si librarius ff. de reg. jur. num. 12. Valasc. cons. 181. numer. 10.* à fortiori in Sacerdote domus Dei officiali, & curam animarum habente, nunquam falsitas præsumenda est, cumque si falsitas impresentiarum commissa fuisset per Michaelem, necessario facta dicenda erat, siquidem licet atramentum in conclusione testamenti differat à tota scriptura, litera tamen, & characteres illius eademmet manu confecti apparent, ut ex inspectione codicilli nititur, & constat per examina à fol. 186. nullo modo me persuadere possum falsum fuisse testamentum, immo cum sit hominum errare, & imperitia in ipsis scribendis præsumatur in his, qui per officium ipsa non scribunt, incurialiter scriptum fuisse, & Tabellionem in numero foliorum, & paginarum errasse, aut æquivocatum fuisse.

Quin obstat continuatio scripturæ in alio folio diverso, & separato, quia id non solum incuriæ tribui potest, sed etiam inadvertentiæ, tam scribentis, quam notarii, ambo enim in hoc peccasse credo, scribentem in finiēdo, & concludendo testamento, quin ipse, aut testator illud signasset, & notarium videndo dictum subsignaturæ defectum jubendo ex post facto scribenti, quod cum testatore subsignasset, & tunc accepisse scribentem aliud folium ex eodem papiro, intermediumque illud adjunxisse forsan, ut non deficeret papyrus ad approbationem, in eoque continuasse, quod comparatur ex eo quia, ut ex actis colligitur, quando accessit notarius, scriptum erat testamentum, usque ad primam illius conclusionem, magis nigro atramento, sed absque signatura, & quod additum fuit ex eodemmet notarii atramento, scriptum cernitur, ut ex approbatione apparet, & ita si falsitas daretur in testamento, tam scribens, quam notarius in ea intervenisse dicendum erat, siquidem cum unius manu, & alterius atramento operata erat, quod nec de dicto Sacerdote, nec de tam vero, & fideli notario, neque dicendum, neque credendum est.

Hanc nostram opinionem non parum adjuvat tanti temporis taciturnitas in parte adversa, quin in illo de falso argueretur testamentum, temporis enim lapsus in antiquis om-

omne  
nille  
623.  
di co  
tur, u  
conf  
cip  
num  
aggra  
his b  
ficut  
non  
fed t  
pollu  
A  
dispo  
bet c  
maic  
rum  
citur  
relic  
sint  
cert  
verb  
dubi  
terp  
Van  
II.  
nu  
qua  
rum  
tio,  
ver  
in c  
mer  
jam  
vor  
ctæ  
seu  
ipfi  
inst  
pot  
fec  
nu  
exi  
tan  
Se  
Pa  
po  
322  
fec  
ve  
en  
lic  
co  
be  
M  
ft

omnem veritatem, & solemnitatem intervenire credere facit, ex his quæ *Masc. concl. 623. à num. 4.* & si in maioratibus succedendi consuetudo per binum actum introducitur, ut per *Cabed. decis. 121. num. 3. Valasc. conf. 111. num. 8. & 132. num. 21. Pereir. decis. 52. num. 13. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 8. à num. 11.* Si succedendi consuetudinē habet aggravans non binam per se, & patrem in his bonis, ut maioratus, sed etiam per avum, sicut eam continuare non valebit, quando non expresse falsum ostenditur testamentū, sed tantum præsumptionibus, quæ aliis elidi possunt.

Accedit etiam in favorem testamentariæ dispositionis cohærentia, quam cum ea habet codicillaris, in qua de administratione maioratus, seu Capellæ agit sub illa honorum incertitudine, quæ ex testamēto inspicitur, dum testator omnia bona liberè uxori relinquit, & tantum, casu quo aliqua supersint ex ipsis vinculum fieri jubet, de qua incertitudinis forma utitur in codicillo, ut in verbis, ibi: *Tendo effeito*: & deinde quod in dubio, ut non sumus, omnis actus potius interpretari debet, ut valeat, quam ut pereat, *Vanci. tit. quid sit à num. 24 Gom. var. 2. cap. 11. num. 27. vers. Sed ego, Gam. decis. 206. num. 4. vers. & hanc.* Et maiori cum ratione, quando piæ causæ favor datur impræsentiarum, & insimul ultimæ voluntatis observatio, Capellam namque, si bona supersint, ut verè, & realiter superfuere, instituit testator in codicillo, declarando, quod sicut testamentum valeat, licet in testamento de ea jam actum fuisse supponat, datur etiam favor publicus non solum in observatione dictæ voluntatis, sed in constructione Templi, seu Eremitæ Deiparæ Virgini dicatæ, & ipsius honori; & cum dicta verba Capellam institutam supponant in eo, qui disponere potest de præterito, dispositionem inducant secundum *Noguerol. cum aliis allegat. 31. à num. 131.* Capellam in bonis institutoris, quæ existunt, semper institutam manere dicerem, tam ex his, & quæ sapientissimi inferioris Senatus Patres, quam ex dictis per doctos Patronos sententia sic confirmata. Ulyssipone 11 Januarii 1676. Oliveyra.

Sententiam arbitratorum, de qua fol. 54 & sequenti, in omnibus approbo: quia mihi veritati conformis valde videtur; inspecto enim testamento fol. 8. in appenso, & Tabellionis fide in pagina 9. sequenti falsum iudico tale testamentum; non quod illud scribens, falsum efformaret (si esset Presbyter Michael Franciscus Louro) quia hanc finitram suspicionem adversus ipsum non con-

ciperem, sed quia neque litera dispositionis est similis subscriptioni dicti Præsbyteri in subsequenti pagina 9. neque talis dispositio scripta apparet in duabus dimidiis foliis, ut notarius affirmat fol. 9. in fine. Igitur sapientissimi primi Domini votum magis arripet, Ulyssipone 26. Januarii 1670. Doctor Tavares.

Duo ventilantur in hoc gravamine, in quibus aggravans provideri intendit; primum agit, ut sibi restituantur fructus census pecuniarii, non à tempore litis contestatæ, sed à tempore individua occupationis, adhæreo in hac parte dispositioni *Ord. lib. 3. tit. 66. §. 1.* in quo confirmanda venit Senatus inferioris sententia.

Secundum dubium versatur circa cætera bona pertinentia ad hæreditatem Antonii Madeira, cujus resolutio pendet ex testamēti validitate fol. 8. in appenso, quo viso, & diligenter examinato insanabiles continet nullitates, quas eleganter ponderavit sapientissimus Dominus primo loco deliberans, nec dici potest esse errorem scribæ, sive Tabellionis, qui loco mediæ phylæ dixit esse scriptum testamentum in duabus mediis foliis, & loco duarum paginarum potuit quatuor paginas, sed huiusmodi error non est unus, sunt multiplices, qui non debent præsumi, turpe erat in Tabellione præsumere ignorantiam officii sui juxta *text. in L. 2. §. in illis verbis. ibi. Turpe est, & patricio, & nobili, ff. origine juris.*

Maxime quia in præsentem error considerari non potest, nam ex approbatione fol. 9. vers. in appenso constat scriptum fuisse testamentum, ibi: *Em huma folha de papel, & infra iterum Tabellio repetit, huma folha de papel, & postea fol. 9. in fine, ibi. Está escrito em duas meyas folhas de papel atraz, & ibi. Em quatro paginas todas cheas.* ex tanta verborum geminatione super eadem re, nullo modo potest error præsumi, nec considerari ex parte Tabellionis, ut defendit *Mascard. de probat. 2. tom. concl. 638. num. 27.* geminata verba semel atque iterum repetita maiorem deliberationem, & rei cognitionem inducunt *ad text. in L. Balista ff. ad Trebell.*

Maxime quia error in facto proprio non præsumitur, *Mascard. concl. 638. num. 3. per text. in L. quanquam ff. ad Vellean. L. fin. ff. pro suo, quod confirmatur ex clausula approbationis dicto fol. 9. ibi. Nem cousa alguma outra, que duvida faça, quæ clausula per notarium posita exulat omnem errorem, Mascard. dict. conclus. 638. num. 29.* Denique pro Tabellione est præsumptio dixisse veritatē,

ut affirmat idem Mascard. conclus. 645. num. 25 & 26. Mantio. cum multis ab eo relatis de conjectur. ultimar. lib. 3. tit. 13. n. 5.

527 Ex quibus testamentum suppositum, & falsum indubitanter judico, quare in hac parte cum sapientissimis Dominis sententiam inferioris Senatus revocandam esse existimo proviso aggravante. Ulyssipone 2. Februarii 1670. Doctor Gouvea.

528 Et si maioratus fuit erectus, & institutus à marito, & uxore, & vocatis ad illius successionem duabus filiabus, post illorum mortem, cum facultate nominandi, si filia è vità decedant absque successione, potest superstes nominare consanguineum, & non potest alterare maioratum, nec per viam dotis, sed manet erectus, & factus, licet nominatus successisset, post ejus mortem devolvitur successio titulo maioratus, ut judicatum fuit in causa sequenti.

529 No feito de João Dantas de Puga, contra Atencio Pereira da Sylva, Elcristão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A que os RR. não contrariarão, por correr a causa á revelia, papeis, e documentos juntos, prova dada por parte do A pelo qual se mostra, que Gaspar Lopes do Lago com sua mulher Isabel Dantas, moradores que foram nesta Villa, fizeram seu testamento, no qual vincularão seus terços em Capella, e morgado, nomeando hum ao outro por successor no dito morgado; e o que derradeiro ficasse, não succedendo duas filhas, que ao presente tinhão, poderia nomear hum parente de seu sangue. Mostrase falecer o dito Gaspar Lopes, primeiro que sua mulher, a qual succedeo no dito morgado. Mostrase morrerem as duas filhas, que ficaraõ do dito Gaspar Lopes, em vida de sua mulher, e mãy dos ditos filhos. Mostrase não ficarem herdeiros da dita Isabel Dantas, mulher de Gaspar Lopes, instituidores desta Capella, e morgado, o qual nomeou a dita Capella em Isabel de Sá Pinta, filha de seu irmão Gaspar de Puga Pinto, transferindo nella todo o direito, reservando para si o usufructo em sua vida, como consta da doação, que anda nestes autos a fol. 18. Mostrase ser o A. irmão inteiro da dita Isabel de Sá, a qual morreo sem deixar filhos, nem descendentes; e nomeou ao dito A por seu universal herdeiro, como consta do testamento a fol. 32. Mostrase importar a fazenda, que ficou dos ditos Gaspar Lopes, e sua mulher Isabel Dantas, dez mil cruzados, a qual morreo depois de seu marido, aos vinte e seis dias do mez de Março de 1629. como consta da certidão do Escri-

vaõ da Misericordia, que anda a fol. 17. Mostrase estarem os RR. de posse dos ditos bens, que ficaraõ dos instituidores, e a R. esteve tambem sendo cazada com seu primeiro marido, o qual mandou restituir os bens do dito Gaspar Lopes, e o que a seu terço pertencia, por quanto o terço de Isabel Dantas, mulher do dito Gaspar Lopes lhe fora dotado. Por parte dos RR. jenaõ prova cousa alguma, que os releve. O que tudo visto, e como a primeira instituidora tinba poder para nomear em pessoa de seu sangue, e com effeito nomeou, e como ainda que depois dotasse o seu terço, não podia fazer, por quanto a tal alheação, era necessario, que constasse, que fosse feita sem necessidade, a qual conforme a Direito, sendo desta sorte, não val, quanto mais, que não consta da escritura de dote, nem os RR. allegaraõ cousa alguma, pelo que condẽno aos RR. dem, e larguem ao A. os terços dos bens moveis, e de raiz, que ficaraõ de Gaspar Lopes, e Isabel Dantas sua mulher, á razão de dez mil cruzados, que se prova podia importar sua fazenda, que foraõ vinculados em morgado, com os frutos, e rendimentos da dita terça parte do tempo da indevida occupação até real entrega, os quaes se liquidarãõ na execução desta sentença. E paguem outrosim os RR. as custas dos autos, em que tambem os condẽno. Viana 28. de Fevereiro de 1642. Doutor Correa.

A qua sententia fuit appellatum ad Senatium Portuensem, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Bem julgado foy pelo Juiz, em condemnar os RR. larguem ao A. os bens vinculados por Gaspar Lopes do Lago, e sua mulher, e outrosim em condẽnar aos RR. nos fructos dos ditos bens, mas em haver por liquida a quantidade dos ditos terços dos AA. Gaspar Lopes, e sua mulher, e em condemnar aos ditos RR. nos fructos de ambos, desde o tempo da indevida occupação, não foy por elle bem julgado. Revogando em parte sua sentença, cumprase o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, e como delles não consta estarem liquidas as terças unidas, e outrosim os terços da mulher do dito Gaspar Lopes, não constar, que fosse possuida com má fé, termos em que os fructos senão devem, senão do tempo da lide contestada por diante. Condemnaõ aos ditos RR. a que da terça de Gaspar Lopes, que haõ de restituir ao A. lhe paguem os fructos da indevida occupação, e da terça da mulher do dito Gaspar Lopes, paguẽ os fructos da lide contestada por diante, a valia de ambas as terças se liquidarã na execução

cuſaõ deſta ſentença, e paguem os RR. as cuſtas dos autos de ambas as iſtancias. Porto 11. de Fevreiro de 1643. Vaſconcellos. Dou- tor Azevedo.

Hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

Appellationem fore admittendam ex multis arbitror, tam ex diplomate regio, de quo fol. 14. ex quo apparet cauſam appellationis fuiſſe ventilatam, & approbatam in Palatino Senatu, ubi cuncta accurata diligentia alterimantur: cum etiam ex damno, quo efficitur appellans ex ſententia prolata, quo caſu appellatio bonis avibus ambulat, *L. ab execute- tore §. 1. L. à ſententia ff. de appellat. Ord. lib. 3. tit. 81. à princip. Gail lib. 1. obſervat. 70. num. 6. junctis quæ Menoch de arbitr. caſu 18. num. 3. Rota Genuenſ. 143. num. 5. præcipue, quando damnum iplum ex actis in caſu poſitione apparet, Cov. præct. cap. 16 num. 1. Roland. conf. 5. num. 2. volum. 2. Menoch. dict. caſ. 18. num. 3. Boer. deciſ. 179. num. 1. tandem, quia in dubio appellationi, cum ſit naturalis deſenſio, deſerri tolet, *Gloſſ. & DD. in cap. ut debitus verbo ex rationabili, cap. cum ſpeciali §. porro de appellat. L. per hanc Cod. de temp. appellat. Bald. in cap. licet in princ. de offic. ordinar. Tiraq. tract. de judic. in rebus exiguis verſ. nono inferitur, Surd de aliment. tit. 8. privileg. 60. num. 1. Valaſc. de privileg. paupert. q. 50. n. 2.**

532 Descendendo ad merita, in duobus totius rei vertitur cardo, primum utrum Elifabetha de Antas mutaret voluntatem circa vinculum erectum in teſtamento communiter factum cum marito Gaſpar Lopes do Lago; ſecundum, utrum caſu, quo voluntatis non adſit mutatio, caducaverit nominatio, ſeu electio facta in perſonam Elifabethæ de Sã ob illius præmaturam mortem: & ſic infortunata cadat Actoris ſpes, quæ ex dicta nominatione palmas decantare contendit: quare ad primum ego libenter agnoſco Elifabetham de Antas recte potuiſſe revocare pro parte ſua commune teſtamentum conditum cum marito ſuo Gaſpare Lopes, & conſequenter vinculum in tertia erectum enervare: ratio eſt, quia in caſu propoſito duplex juris cenſura reputatur teſtamentum, *Bart. in L. patris, & filii ff. de vulg. num. 2. Gam. deciſ. 231. num. 6. Tiraq. de primog. q. 68. num. 5. Valaſc. conf. 7. num. 5.* Unde dubitari non poteſt, quod teſtamentum dictæ Elifabethæ ſuperſtiti valuit revocari, *ex regul. text. in L. ſiquis in princip. ff. leg. 3. L. nemo poteſt ff. de legat. 1. L. 1. Cod. ſacroſ. Eccleſ. Gam. ubi ſupra. Tiraq. dict. num. 5. Cov. rubr. de teſtament. 2. p. num. 8. Valaſc. dict. num. 5. Mo-*

*lin. de primog. lib. 4. cap. 2. num. 19.* Quamvis tamen hoc verum ſit, & conſuſio ſit indubitabilis, Ego dicerem mutatam non inveniri voluntatem per dictam Elifabetham Dantas circa vinculum, de quo agitur, moveor quia talis voluntas expreſſa non invenitur in actis, & ſi recurratur ad voluntatem conjecturata, quæ elicitur ex donatione facta Mariæ Pinta de Puga, de qua fol. 148. cum ſeqq. hoc nil operatur: invenitur enim alia voluntas dictæ Elifabethæ expreſſa in nominatione facta Elifabethæ de Sã Pinta, de qua fol. 13. cum ſeqq. ubi ipſa declaravit ſe non velle mutare voluntatem circa vinculum erectum in teſtamento, immo potius in confirmationem illius ad illud nominavit dictam Elifabetham de Sã. Unde cum detur hæc voluntas expreſſa circa confirmationem vinculi, fauce fumelcit conjecturata circa illius everſionem, *L. ille autem ille §. cum in verbor. ff. de legat. L. continuus §. cum ita ff. de verbor. L. ultim. Cod. ſi min. ſe maior. dixer. L. ſin. Cod. quod met. cauſ. Menoch. deciſ. 51. num. 49. Mascard. concl. 1048. Menoch. conf. 668. num. 1. & de præſumpt. lib. 1. q. 30. à princip. & lib. 3. præſumpt. 10. Quinimo ſi verum amamus, ex donatione facta per Elifabetham Dantas filiæ ſuæ Mariæ Pinta, ut nuberet Emmanuelli Pereira Barreto, magis elicitur conjectura confirmandi vinculum, quam illud evertendi, ratio eſt, quia ipſa Maria Pinta vocata erat per commune teſtamētum paratum ad vinculi ſucceſſionem, erat namque Maria illa de S. Joaõ, de qua loquitur teſtamentum fol. 8. verſ. & agnovit doctus appellantis Patronus in ſuis allegationibus, plane, quando inſtitutor maioratus in teſtamento bona vinculata tradit in vita perſonæ nominatæ, non declarando expreſſe, quod novo titulo tradit revocando teſtamētum: talis traditio cenſetur facta ex præambula cauſa vocationis teſtamento, & titulo maioratus: ita expreſſe docet, *Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. num. 20. verſ. Sed quando abeſt, quod in caſu prædicto traditio inducat vinculi mutationem: quod immo vinculum, quod ex ſua natura revocabile erat tanquam factum in teſtamento per traditionem rei vinculatæ, fiat immutabile. gloſſ. in L. legatum verbo quædam ff. de legat. 2. deſumitur ex L. Lucius ſic à DD. intellecta ff. eod. tit. Molin. dict. cap. 2. num. 19. Gutierr. dict. q. 63. num. 2. Afflic. 275. Gom. L. 17. Taurinum 24. Gregor. L. 1. tit. 9. gloſſ. verbo donatione, Tell. Fernand in dict. L. 17. num. 86. Matienç. L. 1. tit. 6. lib. 5. novæ recopilat. & merito; voluntas enim in dubio mutata non præſumitur, *L. cum qui ff. de probat. Mantie. de con-***

*ject. lib. 3. tit. 15. n. 6. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 134. n. 19.*

- 533 Et hoc non inueniſte colligitur ex ipſa dotis ſerie, quæ legitur fol. 148. ubi Elifabētha Dantas donans filiæ Mariæ Pinta bona ipſius donatricis, declaravit, quod etiam donabat bona, quæ ad filiam ſpectabant quovis titulo, ibi: *Bens moveis, e de raiz, que pertencem á dita ſua filba por outra via de legados, heranças, e doações, & iterum ibi: Por qualquer via, que pertencem á dita ſua filba.* Plane iſta bona illa erant, quæ ex communi teſtamēto ad filiam expectabant, cum dealiis non conſtat, & tamen dicta donans non declaravit, quod annullatur vinculo, dicta bona donabat novo jure, & titulo, cum tamen de illo mentionem fecit, ut dicta verba inſinuant, ergo hic non adest voluntas mutandi vinculum, nec expreſſa, nec conjecturata, & per conſequens nil eſt cur de illo valeamus cogitare.
- 534 Quibus ceſſant ea, quæ longa jurium allegatione, & DD. numeroſa pompa profert in theatrum doctus appellantis Patronus, quibus ex dictis patet in promptu reſponſio.
- 535 Conſtituo ergo, quod vinculum maioratus in cōmuni in teſtamēto fabricatum in viridi conſervatur obſervantia: minus difficultatis continet, meo videri, ſecunda dubitatio, in qua dicendum reor: nominationem factam in perſonam Elifabēthæ de Sã, de qua fol. 13. non caducale ob illius intempſtivam mortem, quia quamvis de facto bona vinculata non poſſediſſet, nec occupariſſet, tamen ſpem, quæ ex nominatione reſultavit, cum ex contractu deſcendiſſet, bene potuit ad Authorē filium hæredem tranſmittere, *L. filiusfamil. ff. de verbor. §. ex conditionali inſt. eod. tit. L. ſpem Cod. donat. L. nec emptio ff. de contrahend. L. pactum in fin. ff. de pact. Tiraq. retract. lignag. §. 26. num. 4. Cald. receptor. conf. 30. num. 50. Ph. eb. decif. 21. num. 3.* præcipue quando in nominatione facta per Elifabētham Dantas in dictam Elifabētham de Sã, invenitur tranſlatum omne jus, quod in dictis bonis habebat, ut legitur dicto fol. 13. quo caſu, quamvis turbato ordine mortalitatis prius decederat dicta donataria, jus quæſitum valuit tranſmittere, & donatrix amplius nominandi orbata eſt facultate. *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 13. ibi: Simpleſmente ſem trespaſſar outro direito: junctis quæ Valajc conf. 102. num. 11. Cald. de poteſt. eligend. cap. 2. n. 31. & queſtion. forenſ. conf. 12. n. 15. Pereir. decif. 9. n. 4. ad fin.*
- 536 Silentibus in hoc caſu his, quæ de caducitate uberiori calamo ſcripſit patronus, eligenda namque ſunt de his, quæ ex ultima

voluntate deſcendunt, in qua ſpes debitum iri irremeabilis arcet, *L. unica §. ſin autem Cod. caduc. tollend. L. quæ legat. ff. de regul. jur. L. hæredes mei §. cum ita ff. ad Trebell. non vero loquimur de ſpe ex contractu initiata, quæ etiam poſt mortem floret ex diſt. L. filiusfamil. dicto §. ex conditionali cum ſupra allegata.* Quinimmo dato, & non conſeſſo, quod dicta nominatio caducavit, hæc caducitas vel ipſæ Elifabēthæ Dantas prodeſſet ad iterum nominandum, vel agnatos vocatos ad vinculum deſunctæ abinteſtato ultimo poſſeſſore, non vero aliquando prodeſſe poterat marito Mariæ de Sã Joã deſunctæ juxta Rei deſiderium, quia ipſe, nec erat vocatus, nec conſanguineus, ut patet: cum ergo nec Elifabētha Dantas iterum nominariſſet, nec aliquis appareat conſanguineus, qui demillo vultu, adſtriſtaque fronte Autoris intueatur ſucceſſionem, quid intereſt diſputare de caducitate nominationis factæ dictæ Elifabēthæ de Sã, cum illa appellanti jus proprium non tribuat: alienum vero allegare juris norma minime patiatur, *L. 4. ff. ſi ſervit. vendic. cum vulg.* Quibus viſis ego Judicem dum vinculum in viridi relinquit obſervantia, Actoremque illius legitimum autumat, ſucceſſorem libenter confirmarem: dum tamen tertias Gaſparis, & Elifabēthæ liquidas ex actis arbitratus eſt, nigros talit lapillos illius judicium: hoc enim juxta ſtylum ſententiæ executioni debebat reſervare, ut Autore, & Reo hinc inde auditis, quæ ſibi melior ſententia federet, ipſe eligeret, in hoc tantum reprobatuſ, in cæteris laudetur. *Portu 20. Maii 1647. Doctor Azevedo.*

Eandem teneo ſententiam. *Vasconcellos.*

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatū, ubi fuit confirmata: *Judices. Noronha. Da Cruz Freyre.*

Et fundata fuit in deliberationibus ſequentibus.

Sapientiffimi Senatores inferioris Senatū, & doctiffimi utriuſque partis advocati materiam hujus proceſſus tam eleganti, & lato calamo diſcuſſerunt, ut nihil nobis dicendum reliquerint, immo incidere in vitium repetitionis nos obſtrinxerunt, veruntamen cum præciſe muneri noſtro ſatisfacere tenemur, ſi aliqua occurrerint de novo in deſenſionem opinionis, quam ſequimur, in medium proponemus.

Quæſtio igitur, circa quam verſamur, in eo conſiſtit, an vinculum inſtitutum in teſtamento fol. 8. verſ. ex tertiis conjugum manu communi teſtantium à ſuperſtite revocatum fuerit per dotem conſtitutum, fol. 14. ratio-

ratioq  
ne jur  
aliena  
cata c  
legat  
§. ſi re  
In  
præſ  
tur co  
nam i  
tracta  
cta,  
diſpo  
dican  
mo il  
text  
vns,  
L. ſc  
tate  
miſſ  
in di  
de ad  
tam  
tum  
exor  
3. à  
tit.  
greſ  
de e  
quo  
quo  
ctur  
ſola  
dict  
ad a  
der  
con  
C  
140  
per  
pol  
rib  
ſta  
on  
le  
em  
pe  
qu  
ma  
&  
le  
ru  
M  
li  
3  
K  
2  
3  
8

ratioque dubitandi pendet ab illa reſolutione juris, quod legata relicta in teſtamento per alienationem factam in vita à teſtatore revocata cenſentur, deducta ex *text. in L. rem legatam, L. cum ſervus 15. ff. adimend. legat. § ſi rem ſuam inſtit. de legat.*

In qua placet conſideratis circumſtantiis præſentis hypotheſis, revocatum non cenſetur confirmata inferioris Senatus ſententia, nam illud certum eſt, quod conjectura extracta ab alienatione rei in teſtamento relicta, de ſe non eſt ſufficiens ad ſuadendum diſpoſitionem, ſeu relictum vocatum eſſe iudicandum, ſed requiritur quod teſtator animo illud adimendi rem alienet, ut probat *text. in diſt. L. rem legatam, diſta L. cum ſervus, & diſto § ſi rem ſuam*, & probat etiam *L. ſcribit 34. §. item ſcribit verſ. ex neceſſitate ff. de auro. & argento legato, L. ſi deicommiſſa § ſi rem ff. de legat. 3.* exornat *Pichard. in diſto § ſi rem ſuam notans in princ. inſtit. de ademption. legator.* teſtator rem legatam vendentem, ſeu pignori dantem legatum revocare non velle, ut videre *num. 40.* exornant etiam *Cov. in rubr. de teſtament. p. 3. à num. 19. Mantie lib. 12. de conjectur. tit. 1. à num. 1. Menoch. ſucceſſionum progreſſu 2. tom. lib. 3. tit. 17. à num. 14. Cald. de extinſt. emphyt. cap. 3. num. 37.* Unde fit, quod DD. recurrunt ad cauſas, & modum, quo alienatio facta fuit ad prædictam conjecturam inducendam, ac per conſequens non ſola conſtitutio dotis adducenda eſt, ut prædictum vinculum extinctum cenſeatur, ſed ad alias conjecturas recurri debet, & conſideratis circumſtantiis plures concurrunt in conſervationem illius.

Quoniam in facto negari non poteſt ſuperſtitem vinculum inſtitutum approbaſſe poſt mortem mariti defuncti poſſidendi pluribus annis bona tertix vinculata ad illū ſpectantis, & rationem præſtando implementi oneris pii vinculi annexi, quibus actibus illud approbare indubium eſt, ut duobus exemplis ſimilibus iuridice comprobatur, nempe circa onus impoſitum in legitima filii, quod licet à jure reprobetur, de conſenſu tamen filii validum eſt, hic autem conſenſus, & approbatio deducitur à DD. ſi filius ultra legitimam bona à patre relicta poſſideat, illorumque fructus percipiat, ut bene notat *Menoch. conf. 106. à num. 20. lib. 2. Caſtill. lib. 3. cap. 10. num. 46. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 36. Tiraq. de primog. q. 30. num. 6. Cov. in cap. Raynald. de teſtam. o. 2. numer. 3. & in cap. quamvis p. 3. num. 31. Peregr. de fideicom. art. 33. numer. 39. Mantie. de conjectur. lib. 7. tit. 8. num. 11. Mier. de maiorat. p. 1. q. 55. num. 2.*

& in onere impoſito nominationi emphyteuſis, quod acceptato à nominato illud ſuſtinere debet, reſolvit *Cald. conf. 31. num. 6. & de poteſt. eligend. cap. 16. n. 6. Fragof. de reg. reipubl. p. 3. diſput. 9. §. 25. n. 3. Valaſc. de jur. emphyt. q. 148. n. 4.*

Ex qua conſideratione duo deducuntur, quod itante prima conjectura de jure efficaci, quod unus ſuperſtes vinculum approbavit, ad illam elidendam efficaciffime requiruntur, & quod non eſt ſufficiens conjectura ex dote ab ea facta, ut illud reprobaſſe cenſendum ſit, deinde quod in vita ſua vinculum approbando, jam diſpoſitio illud ex parte ſua conſtituens naturam ultimæ voluntatis perdidit irrevocabilis, ſed in actum inter vivos irrevocabilem tranſmutata fuit, itaut jam eſſe non liceret vinculum revocare, nec regulis ultimæ voluntatis diſpoſitionum frui, quæ conſideratio corroboratur illa reſolutione, quam approbat *Surd. conf. 14. num. 5.* in illaque, an relicto legato in teſtamento, & tradito à teſtatore adhuc vivo legatario naturam legati amittat, & fiat donatio irrevocabilis, in qua re ſolent, quod prædictum actum factum in vita, legatum tranſit in donationem inter vivos irrevocabilem, ſi ſub commemoratione legati traditio facta non fuit, & hanc eſſe communem reſolutionem DD. communem eſſe ait, ex quo ſequitur, quod ſimiliter per approbationem factam à ſuperſtite, non verbis, ſed factis, quæ ſunt efficaciora ſigna animi, & voluntatis, quam verba, *L. Paulus ff. rem ratam haberi cum vulgarib.* neceſſario dicendū eſt ex nova voluntate inter vivos declarata velle conjugē ſuperſtitem actum ejuſdem naturæ irrevocabilem facere, & per conſequens revocatio in eo præſumenda non eſt.

Quod adeo verum eſt, quod etiam dato quod inſtitutio vinculi naturam ultimæ voluntatis retinuerit tantum, abeſt, quod ex dote conſtituta illius revocatio inducatur, ut potius dicendum ſit illa confirmari, quoniam ſecundum reſolutionem proximè propoſitam, & opinionem DD. quos refert *Surd. ſupra num. 2.* docentium per aditionem legati factam à teſtatore, illius naturam non amiſſiſſe, in eo fundantur, quoniam per dictam traditionem potius cenſendum eſt teſtatorum præveniſſe in ſolutione legati, quam illius naturam mutare velle, plane conſtat dotem, in qua contraria reſolutio fundatur, conſtitutum fuiſſe filix ad ſucceſſionem vinculi vocatæ, ergo hic dicendum eſt, quod potius voluit dotatrix prævenire traditionem bonorum, quæ vinculata erant, quam vinculum revocare, & ideo nulla conjectura

541

revo-



revocationis vinculi induci potest.

542 Nec replicari poterit si aliquid contra superius consideratum objiciet, nempe, quod cum simus in testamento natura sua revocabili, ita ut nec juramento irrevocabile fieri possit, & omnis actus tollens libertatem revocandi illum contra bonos mores judicatur, *L. stipulatio hoc modo ff. de verbor. cap. cum Martha de celebration. Missar. L. si quis in princ. 22. ff. de legat. 2.* cum aliis vulgo notis, ac per consequens, quod conjux superstes non poterat per actum factum in vita sua prædictam libertatem sibi tollere, quoniam facillime satisfit interminis propositis prædictam resolutionem locum habere non posse, quoniam versamur in vinculo tertie, quæ in nostro Regno indubie quota honorum judicatur *ex Ord. lib. 4. tit. 82.* prout ita eam nominat Ordinatio, & notat *Valasc. de part. cap. 23. num. 25.* in quibus terminis relictum illius legatum censeri debet, & consequenter jam ad propositum convenit superior resolutio, & maxime, quoniam conjugii superstiti non obstante irrevocabilitate vinculi in testamento relictæ, poterat testamentum condere filiam inlegitima ei debita instituendo, quam titulo venerabili testamento institutionis relinquendum esse, probat *Ausb. cum de appellat. cognoscitur. ibi: Aliud quoque capitulum col. 9 & notat Faquin. lib. 4. contr. cap. 24. vers. Sed contraria sententia, Pichard. in §. igitur quartam inst. de inoffic. testament. per text. in L. Julianus 26. ff. si quis ommissa causa num. 27.* ubi alia jura adducit, & impræsentiarum nobis dubitationem sustulit clausula dictæ dotis, ubi dotatrix reservavit sibi quantitatem sufficientem ad testandum, quæ salvo vinculo in tertia poterat locum habere in aliis bonis ultra tertiam dotatis, ex quibus potius ex dote confirmatio vinculi, quam illius revocatio iuducenda est, & semper sumenda est illa conjectura actum confirmans, ut bene notavit *gloss. in L. fin. in fine Cod. hi qui pæn. nomin. & probat L. si pluribus 30. ff. de legat. 1.* cum testator à priori voluntate in dubio discedere non vellet *ex regul. L. 3. ff. de probat. L. 3. §. si duobus, L. alumna 30. §. qui filios ff. de adimend. quæ jura in casu propositio loquuntur.*

543 Ulterius secundum jura superius citata circa conjecturam deductam ex alienatione illa, crebrior distinctio proponitur, & à DD. superius citatis approbatur, veluti si alienatio fiat ex causa necessaria, seu voluntaria, & pro causa necessaria exclusiva revocationis considerant, quando alienatio fit pro dotanda filia, ut notant superius citati DD. beneque notavit doctus supplicati Patronus: qui

bus addendum puto, quod necessitas requisita à DD. ad tollendam conjecturam revocationis, non tantum procedet ex debito conventionali, aut legali, sed etiam antidotali de qua *text. in L. Aquilius Regulus ff. de donat. L. cum plures §. tutor ff. administr. tutor &* ideo quod per donationem remuneratorem non censeatur legatum revocatum, notat *Tiraq. in L. si unquam verbo donatione à num. 79. Barb. in L. quæ dotis num. 56. ff. solut. matr. Cov. in cap. cum officii num. 10. de testament.* Et licet alii contrarium censeant requirentes quod benemerita remunerata debent jus actionis præstare, tamen à dicta resolutione recedi non debet quoad propositum intentum; quoniam licet benemerita non præstent jus agendi, nec obligatio antidotalis, tamen verum est dicere, quod ille, qui ea compulsus rem alienat, non merè voluntariè traditionem illius facit, at ideo cum ex voluntate alienationis conjectura revocationis deducitur, cum hæc non invenitur, in eoque aliquo compulsus rem alienat, talis revocatio induci non potest, pro qua faciunt quæ *Bart. in dict. L. cum servus ff. de adimend.* Et corroboratur, quoniam dicta jura loquuntur in causa necessariæ alienationis, quæ comprehendit eam, quæ ad usum rei familiaris inservit, & tamen nulla obligatio ex ea resultat, quæ jus agendi præstare valeat, ex quibus sequitur, quod prædicta resolutio proprium locum habet impræsentiarum, licet enim fateri debeat dotatricem licet matrem ad dotandam filiam obligatam non esse, tamen negari non potest multum convenire illius authoritati, honori, & voluntati, filiam bene dotatam esse, & maxime, si sit persona nobilis: igitur sequitur evidenter actum dotandi in matre non ex mera voluntate pendere, sed ex aliis causis, quæ ad dotem constituendam illam obstringant, non omitto, quod per nominationem dicti vinculi factam à conjuge clare ostendet se illud effectum habere velle, & maxime cum nominatio ultra illius vitam extendi deberet, durumque est datis verbis expressis ad conjecturas recurri contra *L. ille, aut ille §. cum in verbis ff. de legat. 3.*

Et denique cum dos simpliciter, & generice constituta fuisset de bonis, quæ dotatrix habebat, solum jus, quod in eis illi compete-  
bat, dotare censendum est *ex regul. text. in cap. pastoralis de donationib. L. quod in rerum §. 1. L. servi electione §. fin. ff. de legat. 1. L. uxor patris Cod. de leg. Gom. tom. 1. cap. 5. num. 24. vers. tertio infero, & cap. 12. n. 15. Cald. de empt. cap. 10. num. 1. Cam. doc. 195. Covas in cap. filius noster de testament. n. 2.*

*Surd. decif. 98. num. 28.* quod locum habet, etiam ſi jus ſit periturum, *diſt. L. quod in re- rum §. 1. Covas ſupra num. 2. Gam ſupra, Gom. L. 18. Tauri num. 3. Cald. diſt. cap. 10. num. 2. Surd. diſt. decif. 93. num. 28.* quæ reſolutio extenditur etiam ad contractum vënditionis, *L. qui tabernas, L. ſi cum venderet ff. de contrab. empt. Cald. ſupra à num. 1. Surd. conf. 13. num. 1.* Cum igitur dotatrix jus tantum haberet in tertias, de quibus contentio eſt, ut illas poſſidere poſſet affectas dicto vinculo, & illarum nominationem facere, hoc jus tantum in eis competens tranſtulit, & dotis conſtitutione filiam dotatam in eis ex facultate conceſſa in inſtitutione nominavit, non autem vinculum revocare velle cenſendum eſt, & hæc quoad primum gravamen.

45. Quoad ſecundum, circa liquidationem tertiarum, & condemnationem fructuum, placet etiam ſententiam confirmare ex fundamentis illius, & quæ doctè allegantur in deliberationibus Senatorum inferioris Senatus, & pro parte R. à docto illius patrono, & etiam quoniam ſecurius eſt valorem illarum ad liquidationem reſervare, ex *Ord. lib. 3. tit. 66 §. 6. & tit. 86 §. 2.* Sic confirmata in totum dicta ſententia. Ulyſſipone 6. Martii 1669. Da Cruz Freyre.

46. Cum Domino doctiſſimo convenire juret, ex ipſius optimis, & ſolidis fundamentis, eo magis, quoniam ea, quæ ingenioſe nimis, & eruditè ponderavit doctus aggravantis Patronus, directè, & propriè non videntur procedere in hoc caſu, *text. enim in L. ſequēs queſtio 68. ff. legat. 2. juncto text. in L. unum ex familia 67. §. item Marcus loquitur de fidei commiſſo facto in favorem filiorum ab uxore, & quærit, an bona, quæ vivus teſtator in uxorem contulerat, viderentur etiam ſub fidei commiſſo comprehendere, & reſpondit negativè ex rationibus, de quibus ibi: Nos autem loquimur de vinculo facto à marito, & uxore in favorem filiorum, cui poſtea vivens uxor dotavit bona ipſa, quæ in ipſius favorem inſimul cum marito vincularaverat, & quæ uxor ipſa ad ultimum uſque diem vitæ ſuæ poterat retinere, & quærimus, an per dationem dotis ſit cenſenda uxor reſceſſiſſe à vinculo, quod antea fecerat cum marito, & certa, reſpondeo quod non.* Tum ex authoritatibus, & ponderationibus, de quibus ſupra in doctiſſimis deliberationibus, & allegationibus juris, tum, & maxime, quia cum dos reperiatur facta illi ipſi perſonæ, quæ ad vinculum poſt mortem matris vocata erat, nihil amplius fecit mater, quam citius filiam dominam facere maioratus, qui tardius ad filiam deventurus erat ad

exemplum *text. in L. poſt mortem 12. Cod. fidei commiſſi §. ex contrario verſ. quod ſi in diem inſt. de legat.* Probo aſſumptum ſecundo, quoniam mater in ſcriptura dotis fol. 148. eodem modo, & eadem contextura dotavit filię bona ſua, atque alia omnia, quæ ad filiam quocumque titulo pertinebant, ut patet f. 149. ex medio. Atque bona illa, quæ iudicio patris ad filiam ſpectabant, non poterant illi obvenire, quin eſſent vinculata, ut negari non poteſt, ergo mater, quæ eadem contextura, & forma bona ſua dotavit, quæ antea vincularaverat, cenſenda eſt ſub eodem vinculo feciſſe dotem; cum in ſcriptura dotali nullum, datur verbum, quo conſici poſſit matrem diverſa voluntate feciſſe in dotandis bonis ſuis, atque aliis, quæ utique vivens poterat retinere, & dotavit, & dimiſit illico filię. Nec obſtante poteſt vinculum à patre factum non potuiſſe à matre relaxari, ob idque non bene argumentari de bonis patris ad illa, quæ matris erant, quorum vinculum poterat auferre illa ipſa mater, quæ vincularaverat. Quoniam concedo hoc; verum eodem modo, quo mater poterat retinere bona ſua, poterat etiam quoad viveret, retinere bona à patre vinculata, ut patet fol. 8. Aque eodem modo eadem contextura verborum, & eodem iudicio dimiſit, & dotavit filię mater utraque bona: ergo eodem iudicio æſtimanda, & cenſenda dos, & in unis, & aliis bonis, & dicendum vinculum illud fixum manuiſſe, nihil autem per dotem fecit mater, niſi, quod ſupra diximus, transferre ſcilicet in filiam cum ſua cauſa bona, quæ vivens mater poterat retinere.

Proinde viva matre non alio titulo, quam dotis, habuit filia bona, in quibus non poterat intrare vivente illa, ſed habuit ſub eadem cauſa, & ſub eodem vinculo, quod in bonis erat, & quod nulla rationabili conſectura voluntatis, ut cenſeo, ſublato eſt.

Quoad liquidationem, utique ſententiam Senatus confirmarem, ibi vero in liquidatione poterit deducere aggravatus, ea quæ doctus ejus Patronus exponit fol. 229. Ulyſſipone 7. Aprilis 1669. Noronha.

Bernardus de Mendonça conceſſit in emphyteuſim Villam da Palmeira anno 1631. 547. & in ultimo elogio, cum quo ultimum diem clauſit extremum, diſpoſuit hac in forma: *E do que ſobejar dos quinhentos cruzados que em eſte meu teſtamento ſe contém, depois de pagos meus legados, ſe compre huma peça de raiz, ou hum foro, o qual ſe dar á todos os annos, ou o que render a dita peça, a huma filha que tenho Religioſa em o Convento de S. Bernardo, e iſto ſe lhe dar á em ſua vida, por que*  
Ss depois

depois de sua morte, quero que tudo se meta em morgado. Pensionē talis Villæ datæ ad emphyteusim exegit dicta Monialis, & post illius mortē, filius vocatus ad maioratum vult dictam pensionem esse maioratus. Quæsitum mihi fuit, an in dicta pensione diceretur erectus, & resolvi negative.

548 Quia non constabat de vinculo factō in partitionibus factis post mortem Bernardi, sed tantummodo de exactione Monialis, quæ non sufficit ad erectionis maioratus probationem, potuerat enim esse ex alio titulo, & testator noluit vinculare dictam pensionem, quia si voluisset, declararet, se reliquisse dictam pensionem ad maioratus erectionem, & non quod empta fuisset alia pensio, aut alia bona ex residuo quærerentur. Et cum non constet de applicatione dictæ pensionis ad maioratus erectionē, nec per adjudicationē partitionum, sine qua non potest dici pertinere ad maioratum ex *L. ex pluribus 35 ff. de hered. inst. l. 2. ff. fam. eriscund.* Et diximus supra num. 175. Et ita intelligendus venit *Noguerol alleg 31. num. 127.* Quod etiam probatur, quia pensionis valor est maior, quam legatum relictum, & cum ex illius quantitate tantum reservaretur residuum, cum de illius existentia non constet, non potest dici adesse pretium, & quantitatem sufficientem ad emptionem bonorum, ad hoc ut manerent vinculata, nec in dicta pensione potest verificari, quia non constat de residuo, nec de subrogatione, atque ita erectio evanescit, *L. quod Sabinus §. unde idem ff. de hered. instit. Cæsar Carena resol. 91. num. 1. ex Castill.* Et quando de residuo constaret, non potuerat comprehendere dictam pensionem, quia jam erat in bonis defuncti tempore testamenti, & de illa non fuit loquutus, sed de emptione futura aliorum bonorum, aut pensionum, & si voluisset facere vinculum dictæ pensionis, facile erat exprimere, & non mandare, ut alia bona emerentur ad maioratus annexationem, aut erectionem, & debebat successor ostendere vinculum, & subrogationem talis pensionis.

549 Joannes de Magalhaens fecit ultimum elogium, in quo reliquit certa bona immobilia nepoti suo Petro Alvarez Cabral de la Cerda, cum maioratus vinculo, ad hoc ut annexarentur Capellæ Deiparæ dos Anios in Villa de Sacavem sitæ, in his verbis: *E porque de fóra da dita quinta ha alguns Olivars livres, quero, e sou contente, que os ditos filhos, que ser á o mais velho, que ha de succeder na dita quinta, os baja para si, vinculandoos á dita Capella da dita quinta, de que ao diante farei mais expressa menção, e na mesma forma*

*irá succedendo nella, e velles o filho varão mais velho, para os haverem como administradores, os quaes se não poderão vender, trocar, empenhar em tempo algum, por que quero que tudo ande junto com a dita quinta, e Capella para sempre.*

Cætera autem bona reliquit titulo institutionis hæredis Ludovico Pereira de Barros in forma sequenti: *Item declaro, que não fuy casado, nem tenho filhos, nem herdeiros forçados, que meus bens hajaõ de berdar, e assim posso dispor delles na forma, e maneira que me parecer, e usando desta faculdade instituo por meu herdeiro, e testamenteiro, na melhor forma que em Direito posso, ao Senhor Luiz Pereira de Barros, de todos meus bens, assim livres, como de nomeação, depois de cumpridos meus legados, para que os haja para si, e para seus herdeiros, os quaes são os seguintes.*

Antequam testator è vita decessisset ultimum diem clausit extremū dictus Ludovicus hæres institutus, & testator non fecit aliud testamentum, & decessit relictis duobus fratribus Religiosis professis in Monasterio Ordinis Deiparæ de Jesus Ordinis Tertii, qui post multorum annorum spatium litem fecerunt dicto Petro Alvarez Cabral in Judicio Prætoris Curialis, apud Notarium Emanuelelem Rodericum de Moraes, in qua petierunt suprascripto Petro dicta bona eo fundamento, scilicet, quod institutio hæredis universalis caduca fuit ex hæredis deficientia, in vita testatoris, & testamentum in hac parte esse nullum, & caducum, & in alia institutionis maioratus certorum bonorum. Quæsitum mihi fuit, an dictum testamentum esset nullum, & dispositio caduca esset, vel sustineri debuisset erectio maioratus, & portio Ludovici caduca esset, & omnia bona accrescerent maioratus, ad hoc ut annexarentur dictæ Capellæ, vel tantummodo relictæ Petro, & an in illa parte sustineretur ad minus maioratus erectio. Respondi, erectionem maioratus factam ad Petri favorem sustineri non solum debere, sed etiam alia bona relictæ Ludovico accrescere maioratus ex seqq.

Nam licet si hæres vivente testatore decessisset, & ejus institutio videretur esse caduca, *L. unic. §. cum triplici vers. ea etenim, ibi: Vel vivo testatore juncto §. pro secundo Cod. caduc tollend.* Ubi Imperator caducari institutionem per præambulam mortem hæredis præscripsit & in *L. eam Cod. fideicommiss. Peregrin de fideicommiss. art. 15. num. 19.* eleganter Ramon. *conf. 100. num. 124. & seqq. Girroch. discept. 14. num. 1. Quezada Pilo cap. 27.*

num.  
mus  
Num  
optin  
dec.7  
E  
33 omni  
que  
mori  
subst  
cadu  
quo  
prim  
ria,  
tis ci  
& 18  
mat  
seqq  
tran  
gloss  
laby  
34 cand  
nis p  
etian  
fusti  
cum  
DD.  
eleg  
omni  
za c  
seqq  
fore  
re v  
& S  
Cod  
bert  
liun  
red.  
iti  
18.  
cap  
si te  
dim  
ria  
fe  
hæ  
ma  
nic  
ria  
no  
gu  
35 ber  
ze  
da  
qu

num. 1. & ſeqq. de qua re etiam Nos diximus in tract. de compet. inter Archiep. & Nunt. p. 2. cap. 104. per tot. & n. 76. & ſeqq. optime Torre poſt tract. de pact. fut. ſucceſſ. dec. 77. ubi quid in piis.

Et non ſolum ipſamet inſtitutio, ſed & omnes ſubſtitutiones fideicõmiſſariæ ſubſequentes caducantur, ſi hæres inſtitutus præmoriatur ante teſtatore, quæ caducatio ſubſtitutionem procedit, & ſubſequitur ex caducitate primi gradus inſtitutionis, casu quo ſubſtitutio, per quam inſtitutus hæres primo loco gravatus, ſit mere fideicõmiſſaria, & facta per verba mere obliqua, ut multis citatis concludit Pilo d. cap. 27. numer. 17. & 18. & ſeqq. ad varios caſus, & multis Amato variar. reſol. tom. 1. cap. 40. numer. 1. & ſeqq. Et in donatario, & quando caducet, vel transmittatur, Hermosill. in L. 6. tit. 4. part. 5. gloſſ. 5. per tot. & in uſufructuario Salgad. in labyrinth. cred. p. 1 c. 12. n. 25.

Attamen contrarium in hoc caſu iudicandum eſſe arbitror, tum quia in his terminis propoſitis validum eſt teſtamentum, tum etiam quia, quando fuiſſet nullum, ad hoc ut ſuſtineretur diſpoſitio, habebat, ut habet, locum jus accreſcendi, ut multis iuribus, & DD. exornat Pilo d. cap. 27. num. 24. & ſeqq. eleganter etiam Orthobon. dec. 203. latiffime omnibus citatis omnino videndus Joſeph Roza contr. 34. Amato var. reſol. cap. 40. n. 8. & ſeqq. Uterque Altograd. Unus Joſeph contr. forenſ. 65. Alter Pater conſ. 77. lib. 1. de qua re vide etiam text. in L. unic. §. pro ſecundo, & §. ſi autem Cod. caduc. toll. L. ſi ab eo Cod. uſufr. leg. L. Tobias ff. fideicomiſſ. libert. L. Julianus 40 ff. leg. 2. L. ſi pater filium ff. vulg. L. 59. §. ſi ita ſcriptum ff. hæred. inſt. L. qui ex duabus §. ſi. L. re conjuncti ff. leg. 3. Trentacinq. de ſubſt. 4 p. tit. 18. n. 18. Et vide etiam optime Gom. var. tom. 1. cap. 10. num. 9. & verſ. Si teſtator. Ubi quod ſi teſtator vult inſtitui aliquem hæredem in dimidia parte hæreditatis, & in alia vult mori ab inteſtato, ut hic, quia ſciuit hæredem eſſe mortuum, tota hæreditas pertinet alteri hæredi inſtituto in maioratu. Et vide circa materiam ſententiam ſequentem.

No feito de aggravado ordinario de Antonio Borges de Moraes contra Joſeph de Faria de Loureiro, e ſeus filhos, Eſcrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, ſe deu a ſentença ſe seguinte.

Acordaõ os do Deſembargo, &c. Naõ foy bem julgado pelo Juiz, em julgar, que pertence á A. filha de Dona Valentina a parte da herança de Belchior Rodrigues Botelho, que por morte de ſua mulher for a deixada á

dita Dona Valentina. Revogando ſua ſentença, viſtos os autos, e diſpoſição de Direito neste caſo, conforme o qual não tem lugar nelle a transmiſſão da herança, por ſeuo haver deſerido á mãy da A. que morreo em vida da herdeira inſtituida, e aſſim antes de poder ter lugar a ſubſtituição fideicõmiſſaria, que o teſtador fizera, nos quaes termos por virtude do direito de accreſcer, ficou pertencendo a dita parte da herança á R. tambem ſubſtituida, abſolvem aos RR. do pedido pelos AA. os quaes paguem as cuſtas dos autos de ambas as inſtancias. Porto 4. de Novembro de 1670. Doutor Portugal. Doutor Coelho.

Et hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

In hoc litigio involvitur ſubſtitutio, quam aliqui appellant compendioſam, & alii fideicõmiſſariam, quibus aſſentiõr. Teſtator duas fecit inſtitutiones, alteram in perſona ſuæ uxoris, quæ ſanè re, & effectu directa fuit, quia facta fuit verbis directis, altera in perſonis filiarum ſui fratris, quæ licet etiam re fuiſſet directe cõcepta, attamen effectu obliqua eſt, qua de cauſa, ut fideicõmiſſaria valet juxta L. Scævola ff. ad S. Trebell. nam ratio poſtulat, quod quandoquidem non poteſt valere ſicut directa juxta L. verbis civilibus 7. ff. de vulg. & pup. ſaltem valeat ſicut fideicõmiſſaria, id eſt ſicut obliqua juxta d. L. Scævola, ne pereat voluntas teſtatoris, quæ totum regit juxta L. in conditionibus 19 ff. de cond. & demonſtr. Hoc ſuppoſito venit examinandum, an in hac ſubſtitutionis ſpecie detur jus accreſcendi in noſtris terminis, aut ſit locus transmiſſioni reſpectu Marianæ A. Judicarem jus accreſcendi dari, & ceſſare transmiſſionem: ratio primæ partis eſt, quia Valentina, & Maria inter ſe ſorores erant, re, & verbis in conjunctæ in illa ſecunda inſtitutione, quam fideicõmiſſariam appello, ut patet ex verbis teſtamenti fol. 8. ex L. triplici ff. de verbor. ſignificat. notant DD. ad L. unica §. his definitis Cod. de cad. toll. & ad §. ſi eadem res inſt. de legat. In quibus terminis datur jus accreſcendi, aut jus non decreſcendi, ut aliqui volunt, caſu quo aliquis ex cohæredibus ſuam portionem non adivit, quia noluit, aut quia non potuit, quod procedit non ſolum in inſtitutione, ſed & in ſubſtitutione in terminis noſtræ ſubſtitutionis fideicõmiſſariæ, notat Gom. 1. var. cap. 10. num. 23. ubi tradit, quod portio vacans non manet penes hæredem gravatam, ſed cohæredẽ accreſcit, ex L. filiusfamil. §. Divus ff. legat. 1. cum aliis, & ampliãt ad caſum, quo non eſſent re, neque verbis conjunctæ, ex L. unica §. his definitis Cod. de caduc. tollend. Unde

cum soror Valentina suam partem non adivisset, eo quod pramortua fuit, antequam adire potuisset. Igitur necessario alteri sorori Mariæ accrescere debebat portio vacans.

Ratio secundæ partis est, quia certum est  
557 in jure, quod hæreditas non adita non transmittitur juxta vulgaria. Unde cum Valentina non adiret suam partem, illam non potuit transmittere ad Marianam, nam licet supra posita certa propositio in suis hæredibus, prout sunt filii respectu patris attento utroque jure, & filii respectu matris attento jure novo *Cod. & auth.* attamen talis limitatio procedit, quando patri, aut matri delata est hæreditas, tunc verum est, quod ratione suæ tatis transfertur jus adeundi ad filios, quamvis pater, aut mater non adivisset, notat in terminis *Gom. 1. tom. var. cap. 9. num. 7.* A verò in nostris terminis nunquam Valentina hæreditas fuit delata, quoniam tempore mortis adhuc hæreditas residebat penes uxorem defuncti, quæ hæres in solidum extitit, si enim foret tantummodo usufructuaria, tunc dicerem, quod statim delata fuit hæreditas fideicommissariis, & tantum suspensa fuisset executio, sed ita non est, immo uxor extitit vere hæres juxta tradita per *Phab. 1. p. decis. 59. num. 2.* Igitur nullum jus erat radicatum in persona Valentinae, & ideo nil transmitti poterat ad Marianam filiam.

558 Neque obstat, quod Valentinae compete-  
bat illa spes succedendi, quam transire debere ait patronus ad A. quia respondetur non procedere in ultimis voluntatibus, in quibus spes non transit, sicut transit in contractibus, & de his loquuntur jura ab eo relata, hinc venit, quod legata conditionalia mortuo legatario pendente conditione non transmittantur, *L. legata 41. ff. condit. & demonstr. L. hæres 79. ff. eod.* quoad nostrum intentum *text. capitalis in L. unica §. sin autem vers. quod si in medio Cod. de cad. toll.* Ita judicarem absolvendo RR. revocata sententia Judicis. Portu 26. Novembris de 1669. Doctor Coelho.

559 Difficilis in hoc processu disputatur quæ-  
stio, quam Academico mote enucleare, & resolvere desiderabam, breviter tamen ab illa me expediam, tota consistit in eo, an in præsentem jus accrescendi transmissionem impediatur, vel an transmissio jure accrescendi sit fortior.

Melchior in suo ultimo elogio uxorem Ursulam universalem instituit hæredem, ut constat fol. 7. vers. eamque gravavit, ut post mortem suam restitueret hæreditatem consobrinis Valentinae & Mariæ, quas fideicommissarias substituendo hæredes nominavit, ut

patet fol. 8. vivente adhuc Ursula, decessit Valentina, & familiam reliquit, quæ virtute transmissionis partem postulat hæreditatis, eademque juris accrescendi potestatem Maria vult retinere.

In hac facti specie judicarem conveniendo cum præcedenti Domino, quod transmissio sibi non vendicat locum, eo quod si aliqua ex tribus transmissionibus à DD. recognitis, & explicatis ad *L. 1. Cod. de cad. toll. & ad L. unic. Cod. de his qui ante apert.* in præsentem casu poterat locum habere, esset transmissio ex potentia sanguinis, atqui nec virtute hujus transmitti valet portio hæreditatis, siquidem non nisi ex substitutione poterat deferri Valentinae, cui ex illa minime delata fuit, certum ergo sit transmissionem hic praticari non posse, faciunt quæ *Valent. 1. illustr. tract. 1. cap. 2. num. 11. & 12. in finalib. verbis.* Quod portio hæreditatis non fuit delata Valentinae, patet evidenter, quoniam tantummodo fuit vocata per substitutionem fideicommissariam, & tempore hujusmodi substitutionis in rebus humanis non erat, & ita nullius momenti est fideicommissum datum ei, qui tempore dandi in rebus humanis non est, ut ait *J. C. in L. quidam referunt 14. ff. de jur. codicillor. & in L. 4. ff. de his quæ pro non script. optime Valent. ubi supr. n. 16.*

Deinde ex eo, quod Valentina fuit vocata post mortem Ursulae, sequitur, quod fuit vocata, si illi supervixisset, & ita cum præmortua fuit, nihil transmisit, quasi institutor sub conditione, quæ defuit, *text. est in L. hæres meus 79. §. 1. ff. de condit. & demonstr. L. 4. quand. dies legat. ced. Valasc. cons. 122. num. 2. & 3.* De transmissione spei non est curandum, ex his quæ præcedens Dominus, junctis quæ *Ant. Perez. in parat. ad tit. Cod. quando dies legat. n. 4.*

Jus accrescendi impræsentiarum viget, portio namque deficiens portioni accrescit, ne scindatur imago testatoris, ut alibi late jam explicavimus ex latius, & subtiliter, & solide adductis per doctissimum *Valent. 1. illustr. tract. 1. cap. 1. & 2.* Revocetur ergo Judex. Portu 4. Novembris 1670. Doctor Portugal.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata: Judices. Ribeyro. Doctor Gouvea.

Et fundata fuit in deliberatione sequenti. Dispositio testamenti fol. 5. compendiosam continet substitutionem, cujus formam legislator Lusitanus exposuit in *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 12. ibi: E quando quer que elle faller, ou depois de sua morte, seja herdeiro* Pat.

*Paulo* : quo fupposito licet juris principia doceant, quod hæreditas non adita non transmittitur, ut ego fateor, *ex text. in L. unic. §. in novissimo Cod. caduc. toll. L. quoniam sororem Cod. de jur. deliberandi.* Verum hæc regula non procedit in fideicommissario, postquam hæres primo loco institutus hæreditatem adivit, quia ita adita, licet fideicommissarius decedat ante restitutam sibi hæreditatem, ut succedit in præfenti, eam transmittit ad hæredes, ut probat *text. in L. cogi 16 §. idem Mirianus ubi gloss. L. Seius Saturninus 46. L. postulante 45. ff. ad Trebell. L. cum secundum 3. Cod. de fideicommiss. L. unica §. in novissimo Cod. de caduc. tollend.* Rationem differentie eleganter exponit *Anton. Gom. vir subtilissimus, ac doctissimus var. lib. 1. cap. 5. num. 9. usque ad 10.* quos hic non congero, quia dicto loco videri poterunt, hanc sequitur resolutionem *Cov. in cap. Raynaldus §. 1. num. 3. de testam.* alios multos refert, & sequitur *Pichard ad text. in §. restituta num. 37. usque ad 38. Inst. de fideicommiss. hæreditatib.* Quare ex hoc capite non poterat à fideicommissi successione excludi Mariam.

Alio tamen de capite illam excludendum esse cenfeo, quia fideicommissum relictum fuit ejus matri sub conditione, nempe post mortem hæredis, quæ dispositio diem incertum continet, plane dies incertus loco conditionis habetur, *L. dies incertus ff. condit. & demonstr. Valasc. consult. 122. num. 15. L. hæres meus ff. condit. & demonstr. Gom. var. dict. tom. 1. cap. 5. num. 9. vers. idem est, L. unica §. sin autem Cod. caduc. tollend. Galgawt. de condit. & demonstr. p. 1. cap. 4. num. 3.* Conditione non purificata in vita hæredis, vel fideicommissarii nihil ad hæredes transmittitur in omni dispositione, *L. unica §. sin autem Cod. caduc. tollend.* & est satis notum. Igitur cum fideicommissaria ante conditionis implementum decessit, quia tunc temporis, quod transmitteret non habebat, nullum jus ætrici competit ad postulandum hoc fideicommissum, quia spes in ultimis voluntatibus non transfertur, *L. unica §. sin autem Cod. caduc. tollend.* & est vulgare. Fiat ergo locus juri accrescendi, ut placuit doctissimis Dominis inferioris Senatus. Ulyssipone 15. Decembris 1672. Doctor Gouvea.

Convenio. Ribeyro.

Neque obstant, quæ diximus de caducatione gradus, aut substitutionis, quia procedunt in dispositione conditisonali, circa bona libera, & secundum voluntatem testatoris. Non vero in ereptione, aut institutione maioratus, in qua deficiente primo vocato, &

præmortuo in vita institutoris non caducat, nec cessat maioratus ereptione, sed includitur secundus vocatus, ad quem transit successio non obstante primorum graduum caducitate, ut probant *Mier. de maior. 2. p. q. 10. num. 1. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 39. Add. ad lib. 1. cap. 1. num. 17. vers. ex quo, & probat text. in L. unic. §. pro secundo, & §. sin autem Cod. caduc. tollend. qui loquitur in fideicommissis, & L. 3. §. sin. ff. liber. & postib. L. cum pater 77. §. cum pater ff. leg. 2. L. si ab eo 9. ff. usufr. leg. Bart. cõmuniter secutus in L. quandiu ult. num. fin. ff. acquir. hæred. Fusar. de subst. q. 469. num. 37.* Et propter eandem rationem in maioratibus idem profitentur. *Molin. supra, & lib. 1. cap. 1. num. 17. & utrobique ejus Add. dicendo regulam esse tritam, cum pluribus Castill. lib. 3. cap. 15. num. 45. & tom. 6. cap. 181. num. 45. Amat. var. resol. cum multis cap. 40. num. 8. & seqq. & resol. 30. per tot.*

Atque ita succedit sequens in gradu, tamquam si præcedens vocatus non fuisset illo sublato de medio, *L. pater filium, & ibi gloss. ff. inoffic. test. L. 1. §. sed & si patronus, & L. si pater ex duobus 9. ff. conjung. cum emancip. lib. Molin. de primog. lib. 1. cap. 9. numer. 29. Castill. d. cap. 15. num. 45. 46. 47. & 48. Amat. supr.*

In substitutione enim fideicommissaria, sicut est vocatio in maioratibus comprehenditur tacite substitutio vulgaris, ita ut sequentes substitutiones tunc locum habeant, quando primæ locum ex quocunque capite habere non possint, ut docent *Menoch. cons. 944. num. 39. Castill. d. cap. 15. num. 45. ad fin. & quare Fusar. d. q. 469. n. 37. vers. & ultra, & num. 39. & 40. explicat.*

Probatur etiam, quia nulla caducitas est maior, quam illa quæ impedit transmissionem propter non adimplementum conditionis, *L. unic. §. sin autem Cod. caduc. tollend. cum multis Fusar. q. 490. num. . & seqq. L. unic. ubi gloss. Cod. de his qui ante apert. tabul. L. si ita legatum §. ille volet, L. si cui §. hoc autem ff. leg. 1. Rovit. cons. 77. n. 11. Gom. var. tom. 2. cap. 5. n. 9. Magon dec. 82. n. 17.*

Et tamen si invenitur vocatio non solum expressa, sed etiam tacita, aut conjecturata, circa hæredes gravati, etiam in casu quo non adimpleverit conditionem, datur transmissio fideicommissi, aut maioratus, quia testator potest facere transmissibile, quod de sui natura non est transmissibile, cum multis *Mantic. de conject. ult. vol. lib. 11. tit. 20. num. 8. & 19. Menoch. cons. 219. num. 14. Fusar. d. q. 490. num. 49. & seqq. eleganter Peregrin. de fideicommiss. art. 15. num. 29.* Atque ita non caducat

maioratus erectio, nec successorum vocatio, ut pluribus respondens ad contraria citata in princip. concludit *Amat. var. resol. d. cap. 40. num. 8. & seqq.* Sed transmittitur ex tacita voluntate testatoris, & institutoris, etiam vocatio, & erectio conditionalis ex conjecturis probata, ut ex *Bald. in L. unic. num. 10. Cod. de his qui ante apert. tabul. Cravet. conf. 62. in fin. Peguer. dec. 102. num. 11. Cancer. var. 3. p. cap. 21. numer. 89. Ramon. conf. 74. n. 11. Censal. ad Peregrin. in respons. 2. ad art. 25. vers. dico. & exemplificat Ramon supra n. 10. Fontan. de pact. nupt. claus. 5. gloss. 10. p. 2. num. 42. Cancer. pro n. 244. & 268. optime Marefcot. var. lib. 1. cap. 23. num. 13. ubi de conjectura ex filiorum vocatione, & idem Fontanell. n. 43. ad alium casum, circa positos in conditione, & quando digressus fuit ad plures gradus substitutionis, *Menoch. conf. 333. numer. 27. Ramon. conf. 76. num. 15.* licet contrarium teneant *Mantic. dec. 125. numer. 2. Peguer. d. dec. 102. num. 1.* Quia convincuntur, ex *Codic. Fabian. lib. 6. tit. de fideicommiss. diffin. 38. Cancer. d. cap. 21. num. 89.* & rationem præstat *Ramon. conf. 74. num. 23. & vide num. 16.* Secus in casu sequenti, in quo consultus fui, & contra transmissionem, & perpetuam erectionem resolvi.*

370 Anno à nativitate Domini nostri JESU Christi 1656. Franciscus Martins Romeu fecit ultimum Elogium, in quo ita disposuit: *Instituo, nomeyo, e declaro por meu herdeiro, a meu irmaõ Lourenço da Costa Romeu, e abaixo declararei as principaes propriedades, que tocaõ a esta herança, e por sua morte ordeno, que estas propriedades fiquem a seu filho Francisco Romeu, e se este, ou não casar, ou casando não tiver filhos, quero que estas propriedades fiquem á irmã de Francisco Romeu, chamada Felippa da Costa, minha sobrinha, e não tendo a dita Felippa da Costa filhos, ficará tudo á segunda filha de meu irmaõ, chamada Paula da Costa, e se não esta tiver filhos, ordeno que as propriedades vão a meu sobrinho o Padre Manoel Gomes, o qual as administrará para se sustentar, ou acudir a sua mãy, ou a sua tia Freyra, suas irmãs, e suas primas, e por morte de todas vão á Misericordia desta Villa de Setubal, e quero que estas substituições por qualquer forma de palavras, que sejaõ, valhaõ como directas, e tambem como indirectas, quanto aos efeitos que ouver nas indirectas, que forem em favor de minha vontade, e finalmente como pupilares, exemplares, emilitares, de todo o melhor modo, que podem, e devem valer, sem ficar liberdade a nenhum herdeiro de tirar a quarta Trebellianica,*

Cum hac dispositione dictus Franciscus ultimum diem clausit extremum, & illius virtute Laurentius accepit possessionem bonorum, & per eius obitum successit ejus filius Franciscus Romeu, qui nuptias contraxit, cum Maria da Silva, & ex matrimonio utriusque, nata fuit filia Elisabet Maria, quæ supervixit, & post mortem patris bona venerunt in judicium divisorium, & dictæ Elisabet adjudicata fuerunt, & cum è vita decederet absque filiis, filius Philippæ da Costa Bernardus da Silva Cabral, vult petere dicta bona, ut maioratus, & propter perpetuitatem fideicommissi ad eum transmissibilis ex defectu filiorum Elisabet, vult succedere virtute substitutionis, & perpetuitatis fideicommissi, ad hoc ut centeretur erectus maioratus. Et videbatur dicendum, ita esse judicandum, quia cum testator digressus fuisset ad plures gradus substitutionis ordine successivo, repetitur conditio sine liberis posita primo vocato cæteris substitutis ad perpetuitatem inducendam, ex conjecturata mente defuncti, *L. cum pater § ab instituto ff. leg. 2. unic. §. 2. & §. ne autem Cod. caduc. toll. Gam. dec. 224. num. 4. 13. & 15. Etyd. in L. Titia p. 3. num. 30. & 31. Molin. lib. 1. de primogen. cap. 6. num. 16. 18. & 28. Reynof. observ. 64. num. 33. & 37. & ibi Add. Rovit. conf. 34. n. 2. & ibi Altimarus in observat. n. 14. Rosa consult. 40 per tot. & 42.*

A consilio enim 21. *Oldrad. receditur ex conjecturis perpetuitatis, Farin. dec. 181. n. 4. & 5. & ibi explicat cum aliis Castill. lib. 4. contr. cap. 9. num. 36. & lib. 5. cap. 89. num. 27. & seqq. Rovit. conf. 34. num. 2. eleganter exornat Rosa consult. 40 per tot.*

Quando enim dispositio habet tractum successivum, non sufficit momentaneum implementum, sed requiritur perseverantia; & conditio si sine liberis opposita primo centeretur repetita, in cæteris substitutis, & descendentes, *Greg. Lop. in L. 2. tit. 15. part. 2. verb. El mas propinquo, Molin. ubi supra, Mier. de maior. 2. p. q. 12. vers. fortius dico, & vers. Ego, Menoch. lib. 4. præf. 69. n. 11. ad fin. vers. ex prædict. & conf. 1195. num. 17. vers. quart. Thesaur. dec. 96. Rot. apud Farin. dec. 195. n. 14. p. 1. in noviss. Anell. Amat. conf. 100. n. 31.*

Quæ conjecturæ inveniuntur, & deducuntur ex nostra dispositione. Nam cum testator fuisset digressus ad plures gradus substitutionum, videtur dicendum institutum esse maioratum, & fideicommissum perpetuum, ut late diximus *forens. cap. 4. num. 207. Fusar. q. 480. numer. 49. & 55. Leon. dec. Valent. 60. n. 7.*

Secunda conjectura elicitur ex verbis relatis, ex quibus inducitur substitutio compendiosa, *Gloss. magna in L. ex testamento Cod. de testament. militis. Bart. in L. Centurio n. 9. ff. vulgar. Menoch. conf. 325. lib. 4. numer. 6. Castill. dec. 132. num. 33. Valasc. conf. 54. num. 4. Consal. ad Peregrin. art. 34. num. 1. eleganter exornat Rosa consult. 42. per tot.*

Et in dicta substitutione compendiosa, comprehenditur etiam vulgaris, id est, ut capiat à primo instituto, casu, quo medii gradus caducentur cum fideicommissaria, id est, ut substitutus capiat per fideicommissariam ab antecedente substituto, casu, quo ipse succedat, & postea decedat sine liberis, *Bart. in d. L. Centurio num. 32. Peregrin. de fideicommiss. art. 34. n. 14. Valasc. conf. 54. num. 4. Fontanell. dec. 41. n. 6.*

Et etiam pupillaris in verbis relatis datur, in qua idem procedit, *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 12. Gom. var. p. 1. cap. 7. Cost. in cap. si pater p. 1. in princip. n. 13.*

Et quæcunque substitutiones, de quibus agitur, comprehenduntur sub compendiosa, ex qua conservatur natura rei ad hoc, ut unaquæque producat effectum in suo casu, ac si simpliciter, & de per se contineretur, scilicet, vulgaris, ad hoc ut substituti succedant in casu præmorientiæ, & fideicommissaria ex qua succedatur post agnitum legatum, *Menoch. conf. 326. n. 101. Trentacinq. lib. 4. cap. 7. Fusar. q. 499.*

Et in his terminis inducitur fideicommissum reciprocum, & perpetuum, ut multis tradit *Fusar. q. 480. num. 72. & num. 91. vers. secundus casus, late Rosa d. consult. 42. n. 3. & seqq. & per tot.*

Tertia conjectura deducitur, ex qualitate bonorum relictorum, quia erant una Villa, & domus magnæ, ex qua censetur testatorem voluisse, ut non extingueretur fideicommissum, per superexistentiam liberorum gravati, sed in omnibus repeti conditionem, si sine filiis, ut talia bona in familia remaneant, ut respondit *Paul. de Castr. conf. 344. numer. 2. vers. Nam istud, Menoch. conf. 1195. numer. 20. & 21. Fusar. d. q. 480. numer. 76. & 77. Leon. dec. Valent. 60. num. 11. observ. ad Rovit. conf. 34. n. 17. Rosa conf. 40. num. 6. & 9. & optime n. 20.*

Quarta conjectura probatur, quia positi in conditione habent vocationem dispositivam, & in hoc casu non procedit *conf. 21. Oldrad. quia si descendentes sunt vocati, inducitur successiva substitutio, & successivum gravamen inter eos, ut unus alteri perpetuo restituat hæreditatem, & primo moriente cum liberis non potest fideicommissum,*

aut maioratum expirare, *Molin. d. cap. 6. num. 18. & alii citati num. 571. & probat Rosa d. consult. 40. num. 12. & seqq. & consult. 42. n. 24. & seqq. & ita tradunt in specie citati à Rovit. conf. 34. n. 2.*

Quinta conjectura est manifesta, ex prohibitione deductionis quartæ Trebellianicæ, ex qua testator voluit, se velle hæredem teneri restituere rem integram substituto, ut tenet *Menoch. lib. 4. præf. 68. num. 15. Leon. dec. Valent. 60. n. 12. de ratione Rosa conf. 40. n. 8.*

Sexta conjectura deducitur ex verbis: *Por morte de todos vá d Misericordia:* ex quibus comprehenduntur omnes ordine successivo, ad hoc ut post omnium mortem pertineant bona ad locum pium, in quo tantummodo bona remanere debent libera ex dictis à *Cast. l. 2. contr. c. 22. n. 44. & seqq. & l. 5. c. 93. §. 1. & seqq.* Et posita in fine refertur ad antecedentia *Molin. lib. 1. cap. 13. n. 29. Men. cas. 64. n. 21. Rosa conf. 40. n. 16.*

Septima ex perpetuitate inducta, ex *Fusar. d. q. 480. num. 63.* quæ inducitur ex verbis, *todos, L. hoc articulo ff. hæred. instit. Menoch. conf. 156. n. 13. Surd. dec. 265. n. 30. Rosa conf. 40. n. 6.*

Alias conjecturas vide per *Fusar. q. 480. per tot Leon. dec. Valent. 60. num. 1. & seqq. Altimar. in observ. ad Rovit. conf. 34. numer. 14. & seqq. eleganter Rosa consult. 40. per tot.*

Sed his non obstantibus contrarium resolvi, tum ex dictis num. 472. & seqq. tum etiam, quia gravatus restituere fideicommissum, cum cõditione si sine liberis decesserit, sufficit, quod nascantur, & si post mortem patris moriantur, ut substitutum excludant à fideicommissio relicto hac conditione, etiam si sit substituta Ecclesia, vel locus pius, ut multis *juribus & DD. diximus forens. cap. 4. num. 35. & 36. & quinque legibus probat Peregr. de fideicommiss. art. 29. num. 13. & in fortiori casu contra nepotem, est text. in L. 1. Cod. de cond. insert. & est text. elegans, & expressus etiam intervenientibus conjecturis perpetuitatis in *Auth. de restit. fideicommiss. tit. 9. coll. 9. & per hunc respondens ad contraria est videndus idem Peregr. d. art. 29. num. 38. ubi multos refert, & secundum hanc authenticam judicatum refert *Gloss. Parisiens. quam refert Ramon. conf. 100. num. 97. Cutel. dec. 28. num. 54. ubi etiam judicatum testatur, & etiam sunt videndi, quos refert Fusar. q. 480. & ultra eos Marth. de success. leg. p. 4. q. 21. art. 4. n. 14. & seqq. Rovit. conf. 34. Bardelon. conf. 13. num. 18. & conf. 93. Surd. conf. 554. Castill. tom. 5. cap. 86. Add. ad Molin. lib. 1. cap. 6. num. 16. & 17. Cassanat. conf. 4. num. 116.***



Leon. dec. 60. Aponte dec. 39. Merlin. dec. 97.

587 Ratio est, quia fideicommissi nostri verba respiciunt tantum casum, quo instituti decederent sine filiis, ergo eo ipso quod ipsi decesserunt cum filiis, est expiratum fideicommissum, nec est curandum de contemplatione familiæ, nam ipsa est contemplata in casu mortis gravatorum sine filiis tantum, & sic non debet extendi ad casum, quo mortui sint cum filiis, ut tenet *Altimar. in observ. ad Rovit. conf. 34. num. 1.* ubi explicat, & ampliat multis modis, ex *Menoch. conf. 1216. ubi refert 33. Authores pro hac opinione, Casfan. conf. 2. num. 41. & 42. Galeot. lib. 2. contr. 24. 25. & 26. Thoro vot. 97. lib. 2. Sperel. dec. 151. lib. 2. Marant. respons. 12. num. 5. & 82. Andreol. conf. 289. Fusar q. 480. num. 22. Ramon. conf. 100. num. 87. & 95. Caren. resol. 252. Cyriac. contr. 281. num. 47. 53. 56. Redenasc. conf. 30. num. 54. Castill. lib. 5. cap. 92. num. 5. 12. & 15. Cirroch. forens. cap. 61. n. 61. Giovan. conf. 97. num. 9. Botiller de success. ab intest. theorem. 3. num. 38. Mart. de success. leg. 4. p. q. 21. art. 4. numer. 12. & 13. Marota forens. cap. 12. num. 3. Capyc. Latr. dec. 108. n. 14. & dec. 146. n. 1.*

588 Et in nostris terminis, vocatus, seu substitutus, sub conditione si primus institutus non habuerit liberos, non potest succedere liberis existentibus, vel quatenus durat spes eos habendi, *L. Lucius ff. hered. instit. L. ex facto §. si quis autem ff. ad Trebel.* per quæ jura id dixit *Bart. in L. liberorum num. 18. ff. verbor. sign. & pro ista Bart. doctrina est text. in L. inter agnatos §. fin. ff. und. leg. cum aliis ponderatis per Molin. lib. 3. de primog. cap. 10. num. 20. Fontanel. de pact. nupt. 2. p. claus. 6. gloss. 3. num. 24. optime *Gan. dec. 27. num. 8. Gratian. forens. cap. 774. num. 4. & 5. Masrill. dec. 266.**

589 Neque obstant in contrarium adducta. Nam præsumptiones non impediunt extinctionem fideicommissi contra testatoris voluntatem, & etiam illis intervenientibus per supervenientiam filiorum expirat fideicommissum, & non habet locum substitutio sequens, ut est text. in d. aut. de rest. fideicommiss. & est cōmunis resolutio, prout testatur *Rovit. d. conf. 34. num. 4. & seqq. & ibi observat. & optime Leon. d. dec. Valent. 60. num. 16. & seqq. tom. 1. Rosa consult. 42. num. 33. & seqq. ubi optime.*

590 Conjecturæ enim non sufficiunt ad fideicommissum inducendum, nisi quæ sint necessariæ, expressæ, aut valde probabiles, & in jure scriptæ, quia voluntas testatoris non sufficit ad inducendum fideicommissum, nisi

transierit in dispositionē, ut exornat multis juribus, & DD. *Leon. d. dec. 60. lib. 1. num. 17. & seqq. & num. 29. judicatum,* & in nostro casu est text. expressus in *L. 1. Cod. cond. insert. ibi: Nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur,* eleganter *Rosa conf. 42. numer. 33. & seqq.*

Neque in hoc casu obstant conjecturæ à nobis propositæ, & consideratæ. Nam ad primam, de digressionē ad plures gradus substitutionum, de qua n. 574. respondetur, non sufficere ad inducendum fideicommissum perpetuum, sed ad hunc effectum communiter est reprobata, ex *Mantic. lib. 11. tit. 3. n. 13. de conject. ult. vol. Menoch. de præf. lib. 4. præf. 76. num. 53. Farin. dec. 486. num. 6. & seqq. tom. 2. ubi optime, & de ratione & tenent alii citati à Fusar. d. q. 480. num. 56. cum aliis Cutel. dec. 28. num. 54. vers. nec etiam obstat progressus, optime *Ramon. conf. 100. n. 69. Leon. d. dec. 60. num. 36. & seqq. optime in fortiori casu de substitutione in infinitum, idem Ramon. conf. 61. n. 38.**

Ad secundam de substitutione compendiosa relata n. 575. usque ad 579. respondetur, quod in nostro casu solum invenitur fideicommissaria substitutio comprehensa absque substitutione vulgari, quia quando substitutio compendiosa invenitur scripta cum verbis obliquis in omni tempore, solum comprehenditur substitutio fideicommissaria, *Menoch. de præf. lib. 4. præf. 52. num. 17. Trentacinq. de subst. p. 4. cap. 7. num. 18. vers. imo non continet, Caphal. conf. 793. ubi dicit communem, Intigriol. de subst. q. 13. q. 22. num. 3. Peregrin. de fideicommiss. art. 34. n. 6. & seqq. late Rosa consult. 42. per tot.*

Quæ resolutio est constans in nostro casu, quia verba substitutionis sunt: *Instituo, nomino, declaro, ordino, relinquo,* multoties repetita in institutione, & substitutionibus, ut ibi: *Fiquem, ficar d.* quæ verba posita in substitutionibus sunt obliqua, ut in terminis tradit *Rota apud Durand. dec. 339. p. 1. num. 69. & seqq. ibi: Verbum per quod fuit facta substitutio Alphonsi, est obliquum cum idem importet, quod verbum lego sive relinquo quæ sunt verba obliqua.* Idem tradit *Menoch. conf. 483. numer. 6. optime Angel. conf. 158. num. 5. Ripa in L. Centurio num. 98. ff. vulgar. de qua re vide late Rosa consult. 42. num. 6. & seqq.*

Et licet in nostra dispositione inveniatur verba cōmunia, inducta per substitutiones, & alia, *L. jam hoc jure 4. vers. sed si aliter,* ibi: *Hoc communi verbo ff. vulgar. ubi notat Bart. & ceteri, Nata conf. 68. numer. 4.* Quibus intervenientibus invenitur comprehensa

henfa fu  
deicommi  
n. 9. Men  
Nih  
ta in fu  
tantum  
fideico  
turio n  
optime  
elegan  
cer. var  
vers. bi  
phn. de  
num. 67  
Lucius  
tituti f  
nepote  
tineret  
tum fu  
diem c  
ta deco  
pos tes  
bertos  
verbis  
esse, u  
tis del  
fideic  
stituti  
fuisse  
cum  
resolu  
quis, &  
fideic  
relicta  
mus, &  
accep  
fin ff  
ber. P  
tur. 1  
127. n  
Fusan  
sult. 4  
N  
6  
sidera  
ad he  
tis, v  
garen  
dis d  
genu  
fideic  
non  
tum  
conf.  
ne p  
de in  
tur.  
pre

hensa substitutio vulgaris, ex *Peregrin. de fideicommiss. art. 34. num. 16. & 67. Surd. dec. 38. n. 9. Menoch. de præs. lib. 4. præs. 53.*

Nihilominus tamen verba communia posita in substitutione rei certæ obliquatur, & tantummodo comprehenditur substitutio fideicommissaria, ut notarunt *Bart. in L. Centurio num. 18. ff. vulgar. Castr. cons. 16. num. 7. optime Trentacinq. de subst. 4. p. cap. 2. num. 17. eleganter Berol. cons. 102. num. 34. vol. 2. Cancer. var. lib. 1. cap. 1. num. 12. in noviter auctis vers. hinc Farin. dec. 231. lib. 3. num. 2. Serraphin. dec. 584. num. 2. lib. 1. Durand. dec. 239. num. 67. & seqq. & est text. in terminis in L. Lucius 88. §. filiam ff. leg. 2.* Ubi pater instituit filiam suam hæredem, & substituit nepotem, & casu quo non fuisset hæres, pertineret ad libertos medietas fundi: Dubitatum fuit; utrum si filia, & nepos ultimum diem clauderent extremum, antequam è vita decessisset testator, & successisset alius nepos testatoris ab intestato, pertineret ad libertos medietas fundi? Et respondit J. C. his verbis: Videri legitimorum fideicommissum esse, ut eis præstarent. Atque ita licet libertis deberetur dimidium fundi, fuit per viam fideicommissariæ substitutionis, & non per substitutionem vulgarem, quia quamvis verba fuissent communia, & ut talia concepta, tamen cum substitutio fuisset de certa fundi parte, resoluta fuerunt verba communia in obliquis, & ita sola comprehensa fuit substitutio fideicommissaria, sicuti in nostro casu, in quo relicta fuerunt bona certa, ut Villa, & domus, & licet fuisset vulgaris, extincta fuit per acceptationem primi vocati, *L. si mater §. ff. vulgar. L. post aditam Cod. de impuber. Peregr. art. 15. num. 3. Mantica. de conjectur. ult. vol. lib. 5. tit. 2. in fin. Thesaur. dec. 127. num. 8. Faquin. contr. jur. lib. 4. cap. 64. Fusar. q. 67. de qua re est videndus Rosa cons. 42. per tot.*

Neque subsistere potest, quod possit considerari substitutio vulgaris in fideicommissum, ad hoc ut præmortuis intermediis substitutis, veniat ad successionem ultimus per vulgarem comprehensa in compendiosa, ex dictis à *Fontanell. dec. 40. num. 13.* Quia istud genus, aut species substitutionis vulgaris in fideicommissum non agnoscitur in iure, quia non invenitur text. de illa loquens, sed tantummodo aliqui DD. ut inquit *Cassanat. cons. 3. num. 28.* & non solum absque ratione juris, sed est contra *d. L. post aditam Cod. de impuber.*

Et quando substitutio ultima indicaretur, ac si immediate facta fuisset, & ex hoc prætextu non caduissent ultimæ propter

caducationem substitutionum intermediorum, ex *L. unic. §. pro secundo, & §. sin autem Cod. caduc. tollend. Fusar. q. 469. num. 37. & 73. & ex L. quandiu ff. acquir. hæred. Præs. de interpret. ult. vol. dub. 4. fol. 2. num. 1.* Ob id quod videatur testator deficientibus mediis gradibus posteriores substitutos specialiter vocasse, etiam casu quo medii gradus caduarentur, *d. L. unic. §. pro secundo, ibi: Nisi, & in hunc casum.*

Adhuc nostra resolutio est vera, quia eadem caducatio substitutionum intermediorum, quæ considerari potest, facit caducas sequentes, & ultimas substitutiones, virtute quarum substitutus prætendit bona relicta, quia unæ in nostro casu dependent ab aliis, & quando anteriores caducant, caducant sequentes, & ultima dependens ab illis, *L. si mater §. 1. L. qui habebat ff. vulgar. Mastrill. dec. 266. Castill. tom. 6. cap. 181. n. 44. Cassan. cons. 2. & 3.*

Et quando substitutiones sunt inter se connexæ, & dependentes, ut in nostro casu, idem tenent *Conan. lib. 9. comment. cap. 7. pag. 388. lit. B. & C. Paris. cons. 18. num. 7. & cons. 86. num. 5. Cassanat. cons. 2. num. 33.*

Et quando substitutiones sunt ipsorum bonorum, ut in nostra specie, idem tenent *Cassan. d. cons. 2. num. 37. & 38. Hond. cons. 65. num. 34. vol. 1. & cons. 54. num. 37. vol. 2. Mastrill. d. dec. 266. num. 3. & 6. Menoch. cons. 1137. num. 71. & 72. Castill. dec. 151. n. 25.*

Èo maxime, quando sumus in defectu conditionis, juncto cum caducitate relata, quo casu extra dubium est, non admitti ultimum substitutum, cum multis *Oldrad. cons. 177. Surd. cons. 170. num. 10. Decian. cons. 91. num. 11. Sesse. dec. 50. num. 8. usque ad 30. lib. 1. Gratian. forens. cap. 774. num. 9. Cassan. cons. 2. num. 3. Suelas. cons. 47. Castill. d. cap. 181. num. 45. Censal. ad Peregr. art. 5. vers. 6. Ramon. cons. 30. num. 21. & fundatur in dispositione text. in *L. qui habebat 47. ff. vulgar. qui loquitur in pupillari, & etiam est text. in *L. si mater 33. §. si filius ff. vulgar. de qua re sunt videndi ad multa Cassanat. cons. 3. num. 7. Fontanell. dec. 41. & seqq. & 160. Amat. var. resol. 40. num. 15. & per tot. Cancer. p. 1. var. cap. 1. nuu. 153. & seqq. Suel. d. cons. 47. Fusar. q. 469. & seqq. Durand. dec. 239.***

Nec etiam conditio sine filiis censetur repetita in vulgari, *Fontanell. dec. 42. num. 9.* quia non congruit substitutioni vulgari, sed solum fideicommissariæ, *Fusar. q. 58. num. 1. Fontanell. dec. 43. num. 12.* Licet alii dicant

contrarium, & quod æqualiter censeatur appo-  
sita in vulgari, atque in fideicommissaria, ut  
probat *text. in L. jam hoc jure num. 4. ff. vul-  
gar. de qua re vide Fusar. q. 252. n. 1. Castill.  
lib. 5. cap. 97. num. 13. Bellon. conf. 6. n. 8. Fonta-  
nell. dec. 42. n. 3. & 4.*

603 Et ideo si sola de per se substitutio vulga-  
ris admittit conditionem sine filiis, sicut fi-  
deicommissaria, comprehensa in compendio-  
sa, influit æqualiter conditionem si sine li-  
beris in vulgari, atque in fideicommissaria, ut  
docent *Alex. in L. cohæredi in princip. ff. vul-  
gar. Menoch. conf. 243. numer. 7. Cæpbal.  
conf. 649. Cassanat. conf. 3. num. 24. ubi deci-  
sum.*

604 Et quidquid sit de hoc, quamvis substitu-  
tio sit compendiosa, continens vulgarem, &  
fideicommissariam, licet enim casus vulgaris  
videatur accidisse ex capite impotentia, tan-  
quam non potuerit hæres fieri propter obi-  
tum ante testatoris, aut propter existentiam  
filia, & nuptiarum, non potest talis substitu-  
tus admitti ad hujusmodi substitutionem,  
quia conditio defecit, sub qua facta fuit ea-  
dem substitutio, & in nostro casu defecta  
conditio, sub qua facta fuit substitutio, non  
solum sequens substitutus, sed & alii po-  
steriores excluduntur, *Gratian. forens. cap.  
747. n. 1. & seqq. Peregrin. de fideicommiss. art.  
15. n. 7.*

605 Ad tertiam conjecturam deductam num.  
580. circa qualitatem bonorum, responde-  
tur in terminis propositis nihil concludere,  
ut in terminis respondit ad tale argumen-  
tum, *Leon. d. dec. 60. numer. 38. Ramon. conf.  
100. num. 80. usque ad num. 92. Fusar. q. 480.  
num. 77. Add. ad Molin. lib. 1. cap. 11. num. 11.  
usque ad 17.*

606 Ad quartam citatam num. 581. circa posi-  
ta in conditione respondetur, in nostro casu  
non dari vocationem expressam filiorum,  
quia solum conditionaliter fit de illis mentio  
in casu mortis, sine nuptiis, aut filiis, quod  
fuit factum ex abundantanti, quia regulariter  
substitutio in casu mortis filii adfavorem ali-  
cujus, intelligitur si sine filiis decesserit, *L.  
cum avus ff. cond. & demonstr. L. cum acutis-  
simi Cod. fideicommiss. vers. si quis. Ex quo se-  
quitur nullam ex hac conditionis mentione  
vocationem oriri posse, præcipue cum natu-  
ra conditionalium verborum, sit nullatenus  
disponere, atque ita isti filii non intelliguntur  
vocati, licet censeatur eis reservata legitima  
successio, id est, quod excludant substitutos,  
si pater è vita decedat absque testamento, ut  
docet *gloss. in L. Lucius 85. ff. hæred. instit.  
Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. n. 1. Fusar. q.  
437. Cutel. dec. 7. n. 19. & per tot.**

Et licet non ignorem, quod multi DD.  
inducunt conjecturas, ad hoc ut filii positi  
in conditione, censeantur vocati, de qua re  
pro una, & altera parte agunt DD. *Rust. in  
speciali tract. quando liberi positi in conditio-  
ne censeantur vocati lib. 1. Castill. lib. 2. contr.  
cap. 12. Fusar. q. 437. Menoch. conf. 135. num. 4.  
& conf. 393. & conf. 481. Honded. conf. 65.  
num. 17. Cæpbal. conf. 251. num. 72. Turret.  
conf. 12. num. 12. Peregrin. conf. 91. num. 28.  
& seqq. lib. 1. Mantie. de conject. ult. vol. lib.  
11. tit. 2. Gam. dec. 338. num. 4. Fontanell. de  
pact. nupt. claus. 4. gloss. 24. Molin. de rit.  
nupt. lib. 3. cap. 27. Ramon. conf. 100. nu-  
mer. 4.*

Et in hac controversia admittantur ex vo-  
luntate testatoris, & disponentis interveni-  
entibus conjecturis ad hoc sufficientibus, &  
à jure approbatis, ex quibus veniunt vocati  
dispositive filii, positi in conditione, ut uno  
ore tradunt *Decian. conf. 3. n. 48. lib. 1. & conf.  
103. num. 10. lib. 2. Trentacinq. de subst. p. 4.  
cap. 11. num. 23. Surd. dec. 162. Fontanell. d.  
gloss. 24. num. 7. Cassan. conf. 4. quamplures  
conjecturas ad hoc expendit *Mastrill. dec.  
153. num. 20. & dec. 121. num. 10. Molin. de  
contract. disp. 207. lib. 1. Capyc. Latr. dec. 1.  
num. 3. & seqq. & ibi Add. Sesse dec. 65. num.  
20. tom. 1. Cancer. var. tom. 1. cap. 1. de subst.  
n. 78.**

Attamen in nostro casu non inveniuntur  
conjecturæ consideratæ à DD. in similibus  
terminis, quia simpliciter fuerunt filii sub-  
stitutorum positi in conditione, in casu defi-  
cientium filiorum, & nuptiarum, absque ulla  
qualitate, ut tenet *Cutel. dec. 7. num. 22. 23.  
& 24.* Quia fideicommissum, & substitutiones  
aliorum fuerunt positæ in clausulis inferiori-  
bus, & casu quo primus vocatus absque fi-  
liis, aut nuptiis decessisset, quæ omnes cessa-  
runt per existentiam filia superviventis per  
arg. à contrario censu, *L. inter socerum 26.  
& cum inter ff. pact. dot. ibi: Convenit, ut in  
matrimonio sine liberis detuncta filia dos pa-  
tri restituatur id actum intelligi debet, ut libe-  
ris superstitibus filia defunctæ dos retineatur.*  
Et ex eo probatur, quia obligatio restituendi  
dotem post mortem mulieris datam sub con-  
ditione, si sine liberis decesserit, cessat super-  
stitibus filiis, & libera remanet marito, *Barb.  
in L. si cum dotem in princ. num. 25. vers.  
cæterum, & num. 33. vers. insertur, Cutel. in  
tract. de don. tract. 2. disc. 3. part. 6. num. 55.  
usque ad 60. & ad idem sunt duo textus ex-  
pressi in terminis ultimarum voluntatum, in  
*L. uxori 31 ff. quando dies leg. ced. L. filius-  
familias & cum quis ff. leg. 1.**

Et etiam est regula indubitabilis, quod 610  
quali-