

testemunha dita Antonia de Almeyda fol. 144. vers. a quem o dito Bartholomeu Gonsalves pedira escrevesse ao dito Padre Diogo de Areda viesse assistir ao fazer do dito testamento, por nesse tempo estar em Odivellas, & ser sua parenta, que depois de feito o dito testamento, perguntara ao dito Padre Areda a quem ficava a administração da Cappella da defunta, lhe differa, que ao dito Bartholomeu Gonsalves, & por sua morte aos parentes da testadora, & que indolhe dar as graças o dito Bartholomeu Gonsalves, de lhe haver feito vir o dito Padre assistir ao dito testamento, ella lhe differa, que lhe pezava de não ficar a successão para seus herdeiros, & que o dito Bartholomeu Gonsalves respondéra, já isso estava arrematado, com o que contesta a outra testemunha Francisco Guedes Pereira fol. 159. vers. & a dita Antonia de Moraes, & jura, que encontrando no Pelourinho desta Cidade ao dito Pedro Alvarez Mora, se lhe queixára do que havia feito no dito testamento; porque logo, que o vira fechado com o dito Bartholomeu Gonsalves em huma casa, & depois souberão, que elle tinha o dito testamento, murmuravão, que algũa falsidade havião de fazer nelle. O dito Pedro Alvarez lhe respondéra, que o testamento o teria, em quanto elle quizesse, & que depois de falecido o dito Bartholomeu Gonsalves, o dito Pedro Alvarez cobrara por justiça os ditos sincoenta mil reis da viuva, que ficou do dito Bartholomeu Gonsalves, com titulo de emprestimo, que havia feito ao dito seu marido, sendo, que o dito Pedro Alvarez era pobre, & o dito Bartholomeu Gonsalves rico, & não necessitava de emprestimo do dito Pedro Alvarez. Mostraſe mais por parte do A. que o oppoente Ioseph Pereira de Veras, não he parente da dita Dona Catherina de Pina, como jura a testemunha contra producentem fol. 215. & q̃ o articulado no artigo sinco fol. 86. em que diz, que hia a casa da dita Dona Catherina, antes de casar com o Doutor André Valente, por ser sobrinho, he falso; porque da Certidão do Parocho fol. 175. que o oppoente foi bautizado em 26. de Março de 1618. & que oito annos antes de seu nascimento, era cazada a dita Dona Catherina com o dito Doutor no anno de 1610. sendo já Padroeiro da dita Ermida da Ascensão, que era da dita Dona Catherina sua mulher, & que as testemunhas d'elle oppoente fallão no dito parentesco de ouvida confusamente, sem affirmarem o grao, & humas, que o pay, outras a mãy era parenta, não declarão se o dito Pedro Gonsalves era o mesmo de quem descendia a dita Dona Catherina, & que os pays da dita Dona Catherina erão ne-

bres, & os do oppoente humildes, & sua avô Regateira da Ribeira, & que nunca na sua vizinhança se ouvira fallar em tal parentesco de trinta, & quarenta annos a esta parte, senão depois desta causa movida. Por parte do dito oppoente se mostra a fol. 205. que era fama na sua vizinhança, que Maria Pires mãy d'elle oppoente era parenta da dita Dona Catherina de Pina, & que como taes se tratavão, porém esta fama de ouvida. E o mais contra o testamento, & vicio articulado pelo A. na primeira meya folha, que asima está articulado pelo dito A. & assim o offerceco em seus artigos de opposição dict. fol. 86. E por parte do R. Tristão Guedes de Queirós se mostra, que a dita Dona Catherina em seu testamento com que faleceo fol. 349. depois de dispor de seus bens, fazendo obra pia com o encargo de Cappellaens, & mais legados nelle declarados, & padroado da dita sua Ermida da Ascensão, junto das ditas suas casas grandes da Calsada do Congo, nomeara por administrador da dita sua Cappella, que instituiria, & padroado, a seu pay o Doutor Bartholomeu Gonsalves de Castello Branco, & seus descendentes, precedendo o macho à femea, & que em defeito delles chamara hum seu parente mais chegado a fol. 350. que para as Cappellas, que mais tinha, nomeava dito administrador, annexando mais à dita obra pia as Cappellas, que tinha, com prohibição de alhear, & que por falecimento da dita Dona Catherina, succedera na administração das ditas Cappellas o dito seu pay, o qual dera conta no Luiz dos Residuos do dito testamento, ut fol. 345. tres annos depois de falecida a dita instituidora, & que no dito Luiz, senão duvidara do dito testamẽto, & q̃ por falecimento do dito seu pay succedera na dita administração seu irmão Ruy Gonsalves de Castello Branco, que faleceo sem filhos, por cuja morte succedera elle R. na dita Cappella, por ser o parente mais chegado ao ultimo possuidor, & que o A. não prova ser o parente mais chegado da dita Dona Catherina, como se vê da testemunha fol. 135. contra producentem, & que approvão estava elle R. diante, na fórma da vocação da dita Dona Catherina, que primeiro chamou aos descendentes do dito Bartholomeu Gonsalves seu pay. Mostraſe mais da inquirição do R. a fol. 256. que elle não possuia as atafonas da Porta da Mouraria, & que as ditas casas da Calsada do Congo as acrescentara, & fizera nobres, como estão, o dito Doutor André Valente, & a dita Dona Catherina sua mulher, & que senão acha vinculado o direito do Padroado da dita Ermida, & que assim podia passar a estranhos, & que nos

bens da dita Luiza Mendes, senão pôde considerar feito vinculo, porque o encargo de missas, que por somente, não induz morgado, & que o testamento da dita Dona Catharina estava em duas folhas de papel, & que só a primeira meya folha de papel do dito testamento, estava meia desapegada, & mal tratada, por haver muitos annos, que se fez, & que o dito Bartholomeu Gonsalves seu pay, fora hum Julgador authorizado, & de bons procedimentos, & justiça, & consciencia, & que delle senão podia presumir fizesse com o dito Pedro Alvarez Moreira a falsidade no dito testamento, que o A. articulou, de tirar a primeira meya folha, que nelle estava, & pôr outra em seu lugar, para nella acrescentar a successão de sua geração, & que os ditos sincoenta mil reis, que se julgáram ao dito Pedro Alvarez, forão de emprestimo, que havia feito ao dito seu pay Bartholomeu Gonsalves, como se relata na sentença fol. 183. & não pelo titulo, que o A. diz. Prova mais o R. que o dito Pedro Alvarez Moreira, era homem de verdade, & que pessoas muito graves o buscavão, & fazião delle muita estimação, & que as primeiras tres meyas folhas do dito testamento estão rubricadas pelo Tabellião Leão Ricardes, que foi o que o approvou, com o seu sobrenome Ricardes, o qual fora homem de muita verdade, & que nunca ouvera pessoa, que se queixasse delle em seu officio, & que no dito Juizo dos Residuos jurara o dito Padre Diogo de Areda, & o dito Pedro Alvarez, que a testadora praticára com elle a fórma do dito testamento, & que não se podia presumir, que diante della se fizesse a dita falsidade, sendo Religioso tão authorizado, & de virtude, & que senão prova, que a testadora quizesse dispôr em outra fórma daquella, que está no dito testamento, nem a isso fosse constrangida por medo, força, ou engano, & que sem estes requisitos, não tem direito algum o A. & oppoente contra o disposto no dito testamento, & que chamando a instituidora em primzeiro lugar ao pay delle R. se deve presumir, que quiz se perpetuasse na sua descendencia, como elle R. he, & que assim se deve julgar. O que tudo visto, & o mais dos autos, disposição de Direito em tal caso, & as mais circumstancias, & conjecturas, que o dito testamento dicto fol. 349. resultão ibi, que na folha inteira, que está no meyo do dito testamento, senão vem as marcas em ambas suas meyas folhas, como na primeira, & quarta da approvação, a que a primeira devia responder, por ser feito em duas folhas iguaes, como jura a dita testemunha Antonia de Moraes, que as dera, & assim se deve

presumir, & a primeira rubrica. Ricardes na primeira meya folha, supposto della senão haver feito exame com as duas seguintes, parecerse diferente, assim a primeira letra Ricardes rubricado, com outras rubricas, & o theor das palavras do dito testamento na primeira meya folha, em que se argue a falsidade, & ser supposta em lugar da que a testadora mandára escrever nesta isso ibi significar a Bartholomeu Gonsalves Castello Branco, para elle, & seus descendentes, & na segunda isso: Na segunda regra nomea o dito Bartholomeu Gonsalves, & mais pessoas, que elle ouverem de succeder, na fórma da clausula, assim posta, de que se pôde presumir na dita clausula, nomeara mais pessoas, como a A. articula: & continuando na dita fol. 2. vers. ad medium, ordena, que fazendo se Mosteiro na dita sua Ermida, havendo se licença, como declarou, diz, que nelle concedera dous lugares in perpetuum, hum para pessoas de minha familia, & sangue, & outro para os parentes de meu marido, &c. E não falla, em que nos ditos lugares, haja de entrar filha, ou descendente algum do dito Bartholomeu Gonsalves, no que mostrão não estar tão esquecida a testadora, de sua familia, que ordena, tẽ que primeiro succedesse na dita administração, & padroado toda a descendencia do dito Bartholomeu Gonsalves: & a palavra Gonsalves no fim da ultima regra da primeira meya folha do dito testamento, que não parece tão corrente como as mais, para melhor fechar a regra, & porque tudo se deve attender para a resolução delle tão grave, em que julgo haverse cometido vicio na primeira meya folha do dito testamento dicto fol. 349. E que na que a testadora mandára escrever, não chamára para succeder na dita Cappella ao R. mas seus parentes mais chegados, que declaro, & julgo ser o A. a quem tambem pertencem as outras Cappellas, que instituirão os pays da dita Dona Catharina, por mostrar ser o seu parente mais chegado, & que o oppoente Joseph Pereira de Veras, não he da geração da dita Dona Catharina instituidora, & nesta fórma condeno ao R. largue, & abra mão das ditas Cappellas, de que está de posse, assim a que instituiu a dita Dona Catharina, como as de seus pays ao A. com os rendimentos da lide contestada em diante, tẽ real entrega. E pague o R. as tres partes das custas destes autos, & o oppoente a quarta parte. Lisboa 21. de Mayo de 1671. Joseph Botelho de Lemos.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatium. Ubi fuit confirmata: Iudices. Leyte. Rego.

Quæ proximitas requiritur ad ſucceden-
dum in maioratu, vel aliqua qualitas requi-
ſita in conſanguinitate, tempore mortis ul-
timi poſſeſſoris, multis iuribus, & DD. tenet
Roxas de incompatibil. maior. p. 1. cap. 4. num.
25. & ſeqq. Olea de ceſſ. iur. & act. tit. 3. q. 4.
num. 1. & 2. ubi inquit, quod.

131 Controverſa res eſt apud interpretes, ut
aſſerit *Caſtilib. lib. 5. contr. cap. 91. num. 41.*
An in maioratus ſucceſſione proximitas
tempore mortis ultimi poſſeſſoris, ſeu dela-
tæ ſucceſſionis ipſius maioratus, adeo ſit at-
tendenda, vel etiam ſi ex poſt facto naſcatur
alius proximior, nullum jus habeat; an ve-
ro poſſit maioratum avocare ab eo, ad quem
ſemel ſucceſſio delata fuit: in quo articulo,
poſt longam, & doctam diſputationem re-
ſolvit *Molin. lib. 3. de Hiſp. primog. cap. 10.*
habilitatem, ſeu proximitatem tempore mor-
tis ultimi poſſeſſoris eſſe inſpiciendam, ne-
que attendi proximitatem, vel qualitatem
eorum, qui nec nati, neque concepti erant
tempore delatæ ſucceſſionis maioratus, qui
neutiquam poterunt ſemel admiſſum ſucceſ-
ſorem excludere, quam ſententiam duode-
cim validiſſimis fundamentis comprobat, ſe-
quitur *Marius Cutell. de donat. contemp. ma-
trim. 2. tom. tract. 2. diſc. 1. ſpec. 6. à num. 78.*
Pereir. de iur. ind. 2. tom. lib. 2. cap. 18. n. 90.
doctiſſimus *Auguſt. Barboſ. de iur. univerſ.*
Eccleſiaſt. lib. 1. cap. 8. num. 137. in fin. Quod
ſine dubio procedit in Hiſpaniæ primogenijs,
à qua ſententia in iudicando, & conſulendo
recedendum non eſſe proſententur, *Addentes*
ad Molin. num. 1. verſ. verum quidquid, qui in
anniverſarijs, & Capellanijs eandem ſenten-
tiam poſt innumeros admittunt, ſequitur
Valentia Illuſtr. juris ad tit. ff. de liberis, &
poſthum. in L. Gallus cap. 2. num. 9. videndus
omnino *Caſtilib. diſc. cap. 91. à num. 1. & per*
tot. Qui licet in eadem ſententia perſiſtat, eam
tamen limitat, ſi appareret, aliam fuiſſe
mentem, & voluntatem defuncti, qui voluit
proximior tempore mortis revocabiliter
ſuccedere, & ſub conditione, niſi ex poſt fa-
cto alius proximior naſcatur, qui ſi tempore
delatæ ſucceſſionis in rebus humanis eſſet,
eum excluderet, videndus *Cyriacus lib. 2.*
contr. 206. & ex Fuſar. de ſubſtitution. queſt.
318. Cenſal. ad Peregrin. de fideicommiſſ.
art. 27. fol. 145. Flor. de Men. ad Gamam
decis. 27. num. 4. qui ſequuntur diſtinctio-
nem, quam *Caſtilib.* probavit, & explicant, ex
quibus præſumatur voluiſſe inſtitutorem
maioratus, ſemel admiſſos ad ſucceſſionem
excludi per poſtea natos, quorum ſententia
veriſſima videtur: quatinus *Cabreros de A-*
vendaño de metu lib. 2. cap. 9. à n. 22. & 28.

indiftinctè aſſerat, poſtea natum, in quo cõ-
currit qualitas prælativa ſucceſſionis, qui ſi
natus eſſet tempore delationis maioratus, ſuc-
cederet, excludere eum, qui præoccupaverat
ſucceſſionem, videndus *Guurb. de ſucceſſ. feud.*
§ 2. gloſſ. 4. à num. 46.

Hactenus *Olea*, & ultra quos refert idem
tenent *Xuaves alleg. 12. num. 1. Luca de fidei-*
commiſſ. tom. 10. diſcurs. 7. num. 9. & 10. &
diſcurs. 8. & ſeqq. Mier. p. 1. de maior. q. 2. n.
2. & 2. p. q. 6. num. 40. Gut conf. 1. num. 13.
Valenz. conf. 23. num. 153. & 83. num. 2. &
27. Caſtilib. lib. 3. cap. 15. num. 2. & lib. 5. cap.
90. num. 20. Cald. de poteſt. elig. cap. 10. &
conf. 15. num. 21. & ſeqq. Caſſanat. conf. 26.
num. 20. & 21. Fuſar. de ſubſt. q. 318. n. 11.
Bellon. conf. 63. num. 52. Lara de capel. lib. 2.
cap. 9. num. 59. Molin. de juſt. diſp. 634. Gri-
vel. dec. 108. & Nos diximus Forenſ. reſol.
cap. 4. num. 26. & ſeqq. Altograd. conf. 60. n.
25. & 26. tom. 1. & tom. 2. conf. 66. num. 13.
Capyc. Galeot. contr. 48. & num. 18. & ſeqq.
cum multis *Roxas de incomp. maiorat. p. 5.*
cap. 2. Naglio de ſacr. Aud. lib. 1. cap. 6. dec.
17. num. 25. & 26. facit Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.
ibi: *Eſficando por ſua morte algum filho, &*
tit. 37. ibi: Antes da ſua morte, ou ao tempo
della, & tit. 100. §. 8. & 13. ibi: Por ſua mor-
te ficarem filhos, & tit. 101. ibi: Por ſua mor-
te, & tit. 104. §. 5. ibi: Se ao tempo da ſua
morte, & tit. 105. ibi: Ao tempo da ſua mor-
te, & ibi: Se ao tempo da ſua morte não tiver
deſcendentes.

Probat hęc opinio Iureconſultorum
legum lationibus, ex text. in *L. ſi æros ff. opt.*
legat. L. 1. §. ſi quis L. proximum ff. unde cog-
nat. L. ſi quis filio ex hæredato §. non fuiſſe ff.
injuſt. rupt. L. ſi cognatis ff. de reb. dub. L. non
oportet ff. leg. 2. L. ſi quis cum haberet ff. de
ſuis, & legitim. hered. L. Titius ff. eod. L. vivo
eo ff. eod. L. item Prator ff. eod. §. cum autem
verſ. plane inſt. de hered. quæ abinteſt. def. L.
omnia 32. §. ſin. ff. leg. 2. L. intervenit ff. leg.
preſt. L. Paulus §. Paulus ff. bon. lib.

Duodecim fundamenta allegat pro hac
opinionem *Molin. d. cap. 10. lib. 3. n. 4. uſque*
ad 15. pro affirmativa octo à num. 16. uſque
ad 25. Et pro negativa concludit, & princi-
palia fundamenta ejus ſunt, quod ſucceſſio
in ſuſpenſo, & in pendentem eſſe nequit, quæ
ſtaret, ſi ſtatim non devolveretur illi, qui
tempore delatæ ſucceſſionis proximior in-
venitur, quod tempus ad ſucceſſionem inſpi-
citur, & non attenditur ad jus ſuperveniens
illius, qui ex poſt facto ſupervenit, aut natus
fuerit, ſed tantummodo ad exiſtentes in re-
rum natura, quia in conditionibus confi-
derandum eſt principium primæ exiſtentæ;
pulle

132

133

134

nullo habito respectu ad id, quod ex post facto succedit, atque ita quod admissus unus proximior tempore delatæ successionis, perpetuo manet admissus, & durare debet, donec ipse, & omnes ejus descendentes supererunt, siquidem semel exclusus durante causa exclusionis, semper manet exclusus, quia contrariorum eadem debet esse disciplina, & quando ex existentia causæ alicui jus quæsitum fuit, non est privandus illo jure, etiam si causa postea defecerit, & ideo ubi extantibus masculis, fæmina non succedit, si tempore delatæ successionis, masculus non adest, fæmina debet admitti, adeo, ut etiam si masculus postea conceptus, & natus sit, fæmina semel admissa ab eo non excluditur, quia actus semel perfectus, & consummatus, non vitatur, etiam si deveniat ad casum, à quo incipere non potuit, & quia sicut non potest quis mori, pro parte testatus, & pro parte intestatus, quoad bona, similiter non potest mori pro parte testatus, & pro parte intestatus quoad tempus, quia de re ad tempus validum est argumentum, & si dominium bonorum maioratus posset esse aliquo tempore in pendentem, pro illo tempore maioratus institutor intestatus moreretur, quod fieri non potest, prout hæc omnia perpendunt juribus, & scriptorum autoritatibus, comprobant *Molin. d. cap. 10. lib. 3. num. 1. usque ad 16. & Add. & alijs ex supra relatis, & optime Roxas d. p. 5. cap. 2. num. 17. & seqq.* quibus alia argumenta non parum conducibilia cumulari possunt.

36 Primo, quia quod illi, qui nondum nati sunt, non eodem fruuntur privilegio, quod jam nati, ut tradit *Mier. de maior. 2. p. 9. 6. n. 60.* Secundo, quia jura substitutionis, & fideicommissi, in vivum tantum cadunt, non in mortuum, vel non natum, quia hi duo æquiparantur, ut tenet *Sesse dec. 50. n. 47. vers. deinde quia tom. 1.*

36 Tertio, quia ad dignoscendum, an quis sit habilis ad successionem, tria tempora considerantur, nempe tempus, quo testamentum conditum est, & tempus, quo testator decessit, & tempus purificatæ conditionis, *L. si alienum 49. §. in extraneis, ff. de hered. instit. Ruin. conf. 65. num. 5. vol. 3. Surd. conf. 125. n. 9. Mier. p. 1. q. 2. num. 53. & seqq.* & cum in nullis ex his temporibus superveniens successor natus fuisset, non potest asserere esse habilem, aut capacem ad successionem, ut tenet *Grivel. dec. 108. per tot.*

37 Quarto, quia jus quæsitum facilius conservatur, quam de novo acquiritur, & difficilius excluditur quis à jure jam quæsitum, quam à jure quærendo, *L. filiusfamilias ff.*

solut. Menoch. conf. 71. num. 5. & 6. Castilb. lib. 3. contr. cap. 18. num. 8. Et cum successor existens tempore mortis possessoris, acquirat successionem maioratus, antequam natus sit proximior superveniens, difficilius excludi debet, quia facilius concefitur retentio, quam petitio, *L. cum notatis ibi per Bald. Cod. de fideicommiss. exornat Castilb. d. cap. 15. num. 9. & seqq.*

Quinto, quia in dispositione conditionali, facta favore liberorum, quis debet esse de liberis tempore advenientis conditionis, ut per *text. in L. intervenit ff. leg. præstand. Alex. conf. 91. num. 5. lib. 1. & agnoscit Honded. conf. 49. num. 10. tom. 2.* Dicens, quod quando testator substituit filios alienjus sub aliqua conditione, illi tantum censentur vocati, & inclusi, qui extant tempore evenientis conditionis; non autem alij, ergo, &c.

Sexto, quia semel hæres non desinit esse hæres, *L. etsi sine §. sed quod ff. minor. Surd. conf. 125. num. 10.* & eadem ratione semel successor, non desinit esse successor. Septimo, quia fideicommissa, & maioratus regulantur à causa intestati, *Gloss. verbo nominati sunt, in L. cum ita §. in fideicommissis ff. leg. 2. Menoch conf. 106. num. 81. Odd. conf. 45. n. 37. Peregrin. conf. 47. num. 16. lib. 1. & de fideicommiss. art. 29. num. 10. & seqq.* ad hoc enim, ut quis admittatur ad successionem intestati, inspicitur tempus delatæ successionis, ut judicetur, an sit capax, & possit succedere, nec ne, *L. si quis cum haberet ff. de suis, & legitim. hered. §. proximus inst. de leg. agnat. success.* Ergo idem in successione ex testamento, ut natus post conditionem eventus non sit admittendus, prout argumentatur *Fusar. q. 3 18. num. 58. pag. 278.* Ex quibus elicitur etiam septimum fundamentum.

Octavo, quia sicuti in dispositione simplici sui natura, attenditur tempus purum ipsius dispositionis, ad hoc ut producat ad effectum, *L. cedere diem ff. verbor. ita quoque in dispositione conditionali, quæ sui natura incerta est, debet attendi tempus purificatæ conditionis, L. 1. Cod. de pact. Bart. in L. 1. in princip. ff. cond. & demonstr. Fusar. ubi proxime n. 59.*

Nono, quia fideicommissum purum, & purificatum, post eventum conditionis æquiparantur, *L. ult. §. Titius ff. vulgari, Menoch. conf. 830. num. 4.* Sed in fideicommissis puris illi soli succedunt, qui extante tempore mortis testatoris, & alij postea nati excluduntur; ergo pariter in fideicommissis conditionali purificato admitti solum debent, illi qui extant tempore purificatæ conditionis, eleganter exornat *Menoch. conf. 106.* Ubi etiam

etiam in fideiſcomiſſo conditionali quomodo computetur proximitas, & purificato, an detur retrotractio, de qua re late in ſententia, de qua infra, idem *Menoch. conf. 566. n. 10. & ſeqq. & conf. 830. num. 5. Fuſar. ſupra numer. 60.*

142 Decimo, quia quando qualitas requiritur ad effectum alicujus diſpoſitionis, qualitas ipſa debet ad eſſe tempore, quo diſpoſitio ad effectum producitur, *Alciat. reſponſ. 101. num. 10. lib. 9.* Ergo qualitas filiationis, vel agnationis requiſita ad fideiſcomiſſi ſucceſſionem debet ad eſſe tempore delatæ ſucceſſionis fideiſcomiſſi, ut perpendit *Fuſar.* ubi ſupra *num. 61.* quia in ſucceſſionibus vacantis tempus inſpicitur, *L. 1. §. ſi quis proximior ff. unde cognat. Alciat. d. conf. 105. n. 8. lib. 9. Bellamer. dec. 723.*

143 Undecimo, quia diſpoſitio conſiderari debet ſecundum tempus, in quo confertur, *L. Titia cum moreretur ff. uſufr. legat. Fuſar. ubi ſupra num. 62.* Sed ſubſtitutio de filiis, vel agnatis, collata eſt in tempus purificatæ conditionis, ergo illud tempus attendendum erit.

144 Decimo ſecundo, quia quando quis eſt vocatus ad ſucceſſionem, ſi ſemel ſucceſſit, vocatio, incluſio, & ſubſtitutio exinguitur, ſi nullus alius exeat tempore delatæ ſucceſſionis, qui poſſit ſucceedere, *L. cum teſtamento in princip. ff. h. eredit. inſt. L. ſi mater §. 1. ff. vulgar. & ſubſtitutio ſemel extincta amplius non revivifcit, L. qui res §. arcam ff. ſolut. ſed tempore delati fideiſcomiſſi qui erat natus, ſucceſſit, ergo quoad poſtea natos ſubſtitutio evanuit, ut ostendunt *Alex. conf. 13. n. 6. lib. 4. Menoch. conf. 566. num. 15. & conf. 830. num. 18. & ſeqq.* ut approbat argumentum hoc *Peregrin. de fideiſcomiſſ. art. 22. n. 7. verſ. ſecundo quia, Fuſar. ſup. n. 64.**

145 Decimo tertio, quia ſicuti inter natos remotior excluditur à proximioſe, *L. cum ita §. in fideiſcomiſſo ff. leg. 2.* à fortiori jam nati excludunt natiſcitur, qui non ſunt in rerum natura, *Peregr. d. art. 22. num. 72. verſ. tertio, Fuſar. ſup. n. 68.*

146 Decimo quarto, quia ſi nati admitterentur, ſequeretur abſurdum, quod ſucceſſio ſemel obtenta varieretur, quod fieri non debet, ut per *Peregr. d. art. 22. n. 72. verſ. primo, Menoch. conf. 830. n. 30. cum ſeqq.*

147 Decimo quinto, quia unicum fideiſcomiſſum non poteſt diverſis temporibus cedere, ſed ſemel tantum, *Bart. in L. cum ff. quando dies leg. ced.* ſi ergo nati, & natiſcitur ad idem fideiſcomiſſum admitterentur, ſæpius ceſſiſſet dies fideiſcomiſſi, quo argumento utuntur *Peregrin. d. num. 72. verſ. ſexto, Menoch. ſu-*

Pars II.

pra, Fuſar. proxime num. 71.

Decimo ſexto, quia conceptus poſt eventum conditionis reputatur inferioris gradus, ut ex *Ruin. Menoch. conf. 830. n. 10. & ſeqq. Fuſar. ſupra num. 72.* Ergo non poteſt excludere jam natum, qui habetur pro proximioſe.

149 Decimo ſeptimo, quia ſi fundator maioratus, aut capellaniæ vocat proximioſe conſanguineum Sacerdotem, & in ejuſ defectum Parochum alienjuſ Eccleſiæ, & tempore vacationis non inveniatur Sacerdos inter conſanguineos, & propterea admittatur Parochus, ſiſque ſuſcitetur inter eum, & aliquem conſanguineum inſtitutoris, qui lite pendente efficiatur Sacerdos, non ex hoc retractabitur admiſſio Parochi, ſed ipſe poſſidebit capellaniam, dum vixerit, quia juſ ſemel quaſitum, ex ſupervenientia conditionis non tollitur, ut poſt alios tenet *Gutierr. conf. 2. num. 19. & 28 Spino in ſpecul. teſtam. gloſſ. 4. num. 70. & 71. Cevalh. com. contra com. 9. 693. n. 25. & 26.* Et ex eadem ratioſe dicendum eſt, quod ſemel admiſſum ad maioratus ſucceſſionem, quamvis remotior exiſtat, non eſt excludendus à proximioſe, qui poſtea natus, & conceptus ſit, ut clamant jura, & D. D. citati, & oſtenſum fuit in doctiſſima deliberatione, de qua infra. Atque ita ſemper attenditur ad proximitatem tempore mortis ultimi poſſeſſoris, & purificatæ conditionis, ad cujuſ effectum datur retrotractio ad tempus mortis ultimi poſſeſſoris, & repræſentatio, ſecundum quod regulari debet ſucceſſio, ut optime judicatum fuit in caſu ſequenti, & tenet *Menoch. conf. 106. per tot.* in quo fundata fuit ſententia Iudicis cauſarum civilium, de qua ſtatim, & de hoc maioratu loquitur *Valaſc. conf. 82.*

No feito de Antonio Rabello de Vaſconcellos, como administrador de ſeu filho Ioaõ, contra Luis da Cunha de Sã, & ſeu filho Antonio da Cunha de Sã, Eſcrivão Manoel Ferreira de Lemos, ſe deſe as ſentençaſ ſequentes.

Acordei, &c. Recobo os embargos da embargante Ioanna Ferroa de Caſtello Branco, revogando a ſentença embargada, os julgo por provados, viſtos os autos, & appenſos juntos, deſ quae ſe prova, que os bens, de que ſe trata, forão julgados por de Capella, ou fideiſcomiſſo da familia, & que não podião, conforme a Direito, vir a eſtranhos, que era Briolanja de Vaſconcellos, mãy da R. Dona Luiza de Noronha, a quem os deixou Catherina de Campos, irmaã da inſti uidora; & poſto que nas ſentençaſ, que ſe deſe nos appenſos, iſto expreſſamente ſe não deſeclaraffe, com tudo nas tençoens ſe acha

E

se acha assim declarado, & resolutivo por palavras dispositivas, & expressas, o que basta para se entender, que assim está julgado, por quanto as tenções são as almas das sentenças, & como este ponto estava decidido, & determinado, não se podia tornar a deferir o contrario na sentença embargada, conforme a Direito: além de que consideradas as palavras do testamento de Ioanna de Campos, & a forma de sua disposição, foi vista, conforme a Direito, & melhor opinião dos Doutores, induzir Capella, ou fideicomisso da familia, & que não pudesse vir a estranhos, & sendo necessario assim o julgo, & declaro, porque ainda que faltasse alguma circumstancia das que os DD. apontão, como he a prohibição de não alhear, ouve outras que bastão para se julgar o sobredito, como foraõ chamar os parentes dos Ferroens, ou Casteis Brancos, & querer nelles conservar a sua memoria, com obrigação de missas in perpetuum, & outras que se colhem das palavras do mesmo testamento: & visto outrossim, como a primeira disposição da testadora Ioanna de Campos, caducou por falta de se não dar cumprimento à condição do casamento dos sobrinhos, posto que seu marido Luis Lopes satisfez de sua parte com a nomeação que delles fez em sua vida, como está julgado no appenso D. por sentença deste Senado fol. 109. na volta, como confessa em muitas partes destes autos a mesma R. Dona Luiza de Noronha fol. 414. & fol. 420. na volta, ficou entrando a segunda disposição da dita Ioanna de Campos dos parentes mais chegados; & assim posto que Catherina de Campos irmã da instituidora entrasse na successão destes bens, como parenta mais chegada, como confessa a mesma R. Dona Luiza de Noronha, com tudo por sua morte os não podia deixar a Briolanja de Vasconcellos, mãy da R. estranha totalmente de sua geração, antes devia succeder nelles o parente, ou parenta mais chegada da dita testadora, a qual quiz que nam sabbisse de sua geração dos Ferroens, & Casteis Brancos, como expressamente parece de seu testamento: & ainda que a R. & sua mãy possuirão estes bens por espaço de muitos annos com o titulo de herdeiras de Catherina de Campos, com tudo não se pôde dizer, que houve prescripção, que lhe dê direito para os nam largar á Autora, por quanto sempre Briolanja de Vasconcellos, & a R. sua filha foraõ interpoladas com muitas demandas, com as quaes posto que a prescripção estivesse começada, ficou interrompida, conforme a Direito, & as sentenças, que a R. & sua mãy alcãçãõ em seu favor, lhes não justificaõ a sua posse, por quanto nellas expressamente se declarou, que nam tinhaõ nenhum direito,

para lograrem, & possuirem os ditos bens, & que as absolvião por os Authores não terem anção para os pearem naquelle tempo, porque ainda que depois da morte da dita Catherina de Campos, irmã da testadora muitos parentes pertendessem a successão destes bens por parentes mais chegados, cõ tudo foraõ excluidos por defeito de anção; porque uinda não huviã faltado à primeira disposição da testadora, nã a condição do casamento dos sobrinhos, antes estavaõ muitos nomeados por Luis Lopes, marido da dita testadora para se effectuar o dito casamento, & se dar à execucao a vontade da testadora, & que senão pôde considerar nos termos presentes cõtra a A. por quanto como o dito casamento dos sobrinhos se não effectuou nunca, & alguns dos nomeados casaraõ com pessoas estranhas, & outros morreraõ, & esta nomeação ha 70. annos que se fez, & não consta que haja vivo nenhum dos nomeados, em que se possa effectuar o dito casamento, no qual caso, conforme a Direito, a primeira disposição da testadora, caducou, & expirou de todo, & se deve nestes bens succeder pela segunda disposição, em que chama os parentes mais chegados; & visto como a A. prova que he a parenta mais chegada que ha da dita Ioanna de Campos, como se vê da dita inquirição, & de outras inquirições, que se fizeraõ por outros juizes sobre estes mesmos parentes, & sobre esta mesma causa entre as mesmas partes. Julgo, & declaro, que a ella lhe persencem os ditos bens da testadora Ioanna de Campos, nos quaes condeno a R. Dona Luiza de Noronha, & mando lhos largue, & abra mão delles, com os fructos da lide contestada em diante. E pague as custas dos autos, em que outrossim a condeno. Lisboa 9. de Janeiro de 1646. Com Juizes de Commissão.

Vistos estes autos, libello dos AA. George Mascarenhas, & Ioanna Ferroa de Castello Branco sua mulher, contrariedade dos RR. Antonio Gonsalves, & sua mulher, prova dada, & papeis juntos, & o mais processo. Mostra-se Ioanna de Campos em seu testamento deixar o remanecente de seus bens a seu marido Luis Lopes Madeira, para que por sua morte ouvesse o uso, & fructo delles sua irmã, & que hum sobrinho do dito seu marido casaria com huma sobrinha da testadora, & lhe ficaria a dita fazenda por morte de ambos, com obrigação de hum anal de missas, & outros encargos perpetuos, & que não querendo o dito Luis Lopes Madeira dixer o seu, senão fizesse o dito casamento, & neste caso ficasse a dita fazenda a seu parente, ou parenta mais chegada, com o dito encargo, & mostra-se o tal casamento num haver effecto, pelo dito Luis
Lopes

Lopes Madeira fazer varias diſpoſições, & aſſim ficou da armetade da teſtadora para vir ao parente mais chegado com o dito vinculo, por cujo reſpeito ſe fizeram partilhas entre Catharina de Campos herdeira da inſtituidora, & Antonia de Lemos ſegunda mulher do dito Luis Lopes Madeira, & nellas caberem á parte da dita defunta, & Cappella, que inſtituiu, as caſas da contenda, que eſtão neſta Cidade no Beco dos Refinadores, com o que ficáraõ as ditas caſas adjudicadas á dita defunta inſtituidora, & pelo conſequente ao ſeu parente mais chegado, ou como allienaveis, com os encargos com que erãõ deixados os mais bens, ou como ſucceſſão de Cappella. Moſtraſe eſtar julgado por ſentença final a ſer a A. Ioanna Ferroa de Caſtello Branco, parenta mais chegada á inſtituidora, & a ella pertencerem os ditos bens. Por parte do Reo ſe allega, ſerem as ditas caſas foreiras em mil & oitocentos reis, & que por aſſim ſer, nam podia a dita teſtadora annexar a Cappella, de que ſe trata, em prejuizo do dito Senhorio, & que no caſo preſente, lhe nam pôde obſtar, por quanto poſto que em alguns caſos eſteja julgado, que os bens foreiros podem ter encargos de miſſas, com tudo mais ſeguida opinião, & que mais ſe practica, he, que os prazos fa-teoſins podem ſer annexados a Cappellas, & a ſentença do appenſo he dada em diſferentes termos, que não faz exemplo para os caſos, de que ſe trata, antes he em muito favor dos Authores os exemplos do dito appenſo grande juntos a fol. 74. & 82. Além do que ainda em caſo que as ditas caſas não pu-de-rãõ ſer vinculadas, ſempre havia de ſucce-der a A. parenta mais chegada da inſtituido-ra. O que tudo aſſim viſto, & o mais dos au-tos, diſpoſição de Direito no caſo, & como a aução dos AA. não preſereve pelos titulos dos RR. os condeno larguem aos Authores as di-tas caſas, com os fruõtos da lide conteſtada em diante, & lhe deixo ſeu direito ſalvo con-tra a peſſoa de quem as houverãõ, ou contra quem lhe parecer, que o tem. E os condeno nas cuſtas dos autos. Lisboa 25. de Julho de 1647. Bernardo Correa de Faria.

Ab hac ſententia fuit appellatum ad Sup-plicationis Senatam, & ibi fuit confirmata à Iudicibus. Leytaõ, Marchaõ, & Souſa. Die trigeſimo Auguſti 1647.

152 Viſtos eſtes autos, libello do A. contrarieda-de dos Reos, artigos de oppoſição do oppoente ſeu filho Pedro da Silva Ferroa, mais artigos, & provas dadas. Moſtraſe, que Ioanna de Cam-pos em o teſtamento com que faleceo, deixou vinculados os bens, de que ſe trata, declaran-dõ, que ſuccederia nelles ſeu marido Luis Lo-

Pars II.

pes Madeira, & por ſua morte Catharina de Campos, irmaã da teſtadora, que ambos no-meariaõ hum ſobrinho, & hũa ſobrinha para ca-zarem, & ſuccederem neſte vinculo, & em falta deſte casamento ſuccederia o parente mais chegado á teſtadora da familia dos Ferroens, ou dos Campos. Moſtraſe, que nam tiveram effeito aquellas nomeações, & casamento, com que caducou a diſpoſição dellas, como ſe julgou, & ficou pertencendo a ſucceſſão ao pa-rente mais chegado da inſtituidora. Moſtraſe, que deixando a dita Catharina de Campos eſtes bens a Briolanza de Vaſconcellos, os poſſu-hio, & ſua filha Dona Luiza de Noronha, con-tra a qual alcançou ſentença Ioanna Ferroa de Caſtello Branco, por ſer parenta mais chegada da inſtituidora, & ſe julgar ſerem eſtes bens de Cappella, ou fideicommiſſo de fa-milia, fazendoſe menção neſta ſentença de ou-tra, em que tambem aſſim fora julgado. Mo-ſtraſe, que a dita Ioanna Ferroa por virtude da dita ſentença entrou na poſſe deſte vinculo, & que por ſua morte lhe ficarãõ dous filhos de ſeu primeiro marido, a ſaber Joãõ Ferroa de Caſtello Branco, que ſuccedeo no dito vin-culo, & Dona Brites Ferroa Caſtello Branco, avõ do A. Antonio da Cunha de Sã Ferroa. Moſtraſe, que por morte do dito Joãõ Ferroa ſuccedeo ſua filha, que foi cazada com Diogo Leite do Amaral, de que ficou Dona Luiza Ferroa Caſtello Branco ultima poſſuidora, que faleceo ſem filhos, por morte da qual ſe meté-raõ os RR. de poſſe dos ditos bens, com pre-texto de ſer a R. filha do dito Joãõ Ferroa le-gitimada. Moſtraſe porẽm, que os bens, de que ſe trata, não ſão livres, ſenãõ vincula-dos, por eſtar aſſim julgado por duas ſenten-ças, & que o A. por ſer filho legitimo de Do-na Margarida, filha legitima de Dona Bri-tes, & o parente legitimo mais chegado da in-ſtituidora, porque a R. ainda que ſeja filha do dito Joãõ Ferroa, foi havida ſendo elle caza-do, & nam pôde ſucceder neſtes bens, porque nam foi admitida na inſtituição, nem tambem ſeu filho, porque ainda que ſe prove, que ha fi-lho legitimo dos Reos, & eſtava exiſtente ao tempo que faleceo a ultima poſſuidora, ſendo ſeu parente mais chegado legitimo, & ſe diga, que ſua mãe era filha natural do dito Joãõ Fer-raõ, & nam eſpuria, por quanto a houve de Dona Francisca da Silva, mulher nobre, que elle enganou com promeſſa de casamento, ſin-gindoſe ſolteiro, nam ſe prova eſte engano le-gitimamente, nem ainda que aſſim fora, podia excluir ao A. que he legitimo, & de deſcen-dencia legitima, & mais eſtando em igual graõ ambos com a inſtituidora, por ſerem ambos biſnetos da dita Ioanna Ferroa, á qual ſe

E ij

Julgou

ingou este vinculo por parenta mais chegada da instituidora, que conforme a instituiçãõ assim se deveo regular os parentes, & nam ao parente mais chegada à ultima possuidora, por ser assim expressa clausula da instituiçãõ, que a Ley do Reyno neste caso nam reprovou, antes expressamente admitio. O que tudo visto com o mais dos autos, julgo não ter direito o oppoente para excluir o A. como pretende, & condeno aos Reos larguemo ao A. os ditos bens vinculados, de que se trata, com os fructos da individua occupaçãõ, até real entrega, que se liquidarãõ. E paguem os Reos, & os oppoentes as custas dos autos, em que os condeno. Lisboa 30. de julho de 1674. Ioão Vanvessem.

Ab hac sententiã gravamen ad Supplicationis Senatam fuit interpositum, & fuit confirmata à Iudicibus: Oliveyra. Doctor Cerveira. Die nono Martij anno 1675.

Vistos estes autos, &c. Mostrase por parte do A. que no anno de 1569. fizera Ioanna de Campos o solemne testamento, que vee a fol. 18. & nelle instituiria hum morgado de seus bens, chamando para a sua successãõ em primeiro lugar a seu marido Luis Lopes Madeira, & que por sua morte no caso em que inda fosse viva Catherina de Campos, irmã della instituidora, succedesse nos ditos bens vinculados a dita sua irmã, & que continuando a fórma, que se havia ter na successãõ dos ditos bens, por morte de qualquer dos sobreditos, que ultimamente falecesse, ordenara ao dito seu marido Luis Lopes Madeira, que cazasse hum de seus sobrinhos com outro dos della instituidora, & q̄ tendo effeito os ditos cazamentos, succedessẽ em tal caso os taes sobrinhos, & q̄ no caso porẽm, que não tivessem effeito, chamava para a successãõ dos ditos bens vinculados o parente mais chegada a ella instituidora. Mostrase entrar na successãõ dos ditos bens o dito Luis Lopes Madeira, marido da dita instituidora, o qual vindo a falecer da bi a huns annos, & fazendo seu solemne testamento, nelle ordenara os ditos cazamentos dos sobrinhos, fazendo varias substituiçõens nelles para a successãõ do dito morgado. E por quãto neste tempo se achava viva a dita Catherina de Campos irmã da instituidora, succedera no dito morgado, na fórma da dita instituiçãõ, & q̄ falecendo, estando porẽm neste tempo ainda pendente a condiçãõ dos ditos cazamentos, se metera na posse dos ditos bens Briolanja de Vasconcellos, como herdeira instituida pela dita Catherina de Campos, não tendo razãõ de parentesco algũ cõ a instituidora, & q̄ possuindoos na dita fórma como bens livres, & depois sua filha D. Luiza de Noronha, vindo ultima-

mente a caducar a condiçãõ dos cazamentos dos sobrinhos, por huns serem mortos sem cazarem, & os mais haverem cazado com outras pessoas, & tendo seu effeito nestes termos a ultima vocaçãõ do parente mais chegada à instituidora Ioanna Ferroa, tratada de reivindicar os ditos bens vinculados, de q̄ estava de posse a dita Briolanja de Vasconcellos, & sua filha D. Luiza de Noronha sem lhes pertencer por direito algũ a sua successãõ, & q̄ com effeito fora julgada a successãõ do dito morgado à dita reivindicante Ioanna Ferroa, por mostrar ser o parente mais chegada à instituidora, & em virtude da dita sentença entrara a ser possuidora do dito morgado, & q̄ morrendo succedera nelle seu filho Ioão Ferrão, & discorrendo nesta fórma a successãõ do dito morgado pela descendência da dita Ioanna Ferroa, viera ultimamente possuir o dito morgado o R. pela pessoa de seu filho menor Antonio da Cunha de Essa, q̄ era bisneto da dita Ioanna Ferroa, por ser filho de D. Margaida Ferroa, mulher do R. a qual era filha de D. Brites Ferroa, filha de dita Ioanna Ferroa. Mostrase mais por parte do A. não pertencer o direito desta successãõ ao filho do R. senãõ ao filho delle A. Ioão Rabello; por quanto no tempo em q̄ entrou no dito morgado a dita Ioanna Ferroa, de quem o R. deduzia o direito para ser delle successor o dito seu filho, fora em razãõ da dita Ioanna Ferroa mostrar contra a verdade ser naquelle tempo, em q̄ reivindicou o dito morgado, o parente mais chegada à instituidora, sendo q̄ o não era, por lhe preceder Marcos Ferrão, que em tal tempo era menor, por ser filho de Ieronimo Ferrão, irmão mais velho inteiro, & legitimo da dita Ioanna Ferroa, & como tal lhe precedia pela prerogativa do sexo, & idade, & por esta razãõ he hoje o legitimo successor delle o filho do A. por ser filho do dito A. & de sua mulher D. Anna Maria Ferroa, q̄ era filha do dito Marcos Ferrão, filho do dito Ieronimo Ferrão, que era o parente mais chegada à instituidora com precedencia à dita sua irmã Ioanna Ferroa, por lhe assistirem as qualidades do sexo, & idade, & que assim como no tempo, em que se julgaõ o dito morgado à dita Ioanna Ferroa, era vivo o dito seu sobrinho Marcos Ferrão, representando este a pessoa de seu pay Ieronimo Ferrão, como representava, ficava preferindo a dita sua tia nesta successãõ da mesma sorte, que o dito seu pay lhe preferia, & que além deste direito da representaçãõ, que assistia ao dito Marcos Ferrão, lhe competia a successãõ do dito morgado, em razãõ de se haver deferrido a seu pay Ieronimo Ferrão em sua vida no tempo em q̄ morrera Catherina de Campos, por ser o parente mais chegada pela retroaçãõ, q̄

ſe devia fazer com a deficiência da condiçãõ dos cazamentos ao tempo que morrera a dita Catherina de Campos ultima poſſuidora, de cuja ſucceſſam ſe tratava. Moſtraſe finalmente viver ſempre o dito Marcos Ferraõ em huma ſua quinta, no termo de Aldea Galega da Merciana, & o A. na ſua quinta do Trucifal, cuja auſencia foi a cauſa de lhes faltar a noticia deſte direito, que tinham para a ſucceſſam deſte morgado, & a teve agora o A. tirando a certidãõ fol. 6. cum ſeqq. com o que pelo pretexto da dita auſencia, & ignorancia, nam podia ter lugar preſcripção algũa, de que o R. ſe quizeſſe ajudar, & que aſſim pelas razões referidas, ficava bem manifeſto ſer o R. injuſto poſſuidor do dito morgado, & dever ſer condenado em fazer delle reſtituição ao A. com os fruços da individa occupaçãõ. Por parte do R. ſe moſtra, que ſendo todo o fundamento do A. para a ſucceſſam deſte morgado deduzido de ſer ſeu filho deſcendente de Ieronymo Ferraõ, & que eſte por ſer irmão inteiro legítimo, & mais velho da dita Ioanna Ferroa, era a quem havia pertencido o direito da ſua ſucceſſãõ no tempo em que fora julgado à dita ſua irmã Ioanna Ferroa, ſendo a tal fraternidade o principal fundamento, não ſe proveva in facto pela inquirição do A. com o que ficava o A. carecendo da acção intentada, pois ſenão achava provado o ſeu fundamento, & q̃ ainda nos termos em que provada eſtivesſe a dita fraternidade, carecia de acção por lhe obſtar a preſcripção de mais de 40. annos, porque deſde o anno de 1646. em que o dito morgado havia ſido julgado à dita Ioanna Ferroa, andara até o preſente em ſua deſcendencia, reſidindo ultimamente depois de varias ſucceſſões na peſſoa do R. por pertencer a ſeu filho menor Ioãõ da Cunha, biſneto da dita Ioanna Ferroa. E ſuppoſto que as ſucceſſões dos morgados não admittiſſem a dita preſcripção de 40. annos mais que contra aquelle poſſuidor, cõtra quem tinha complemento a dita preſcripção, & não contra os futuros ſucceſſores, ſe limitava eſta regra, quando o que preſcreve era do ſangue do inſtituidor, por quanto eſte tal ainda q̃ eſtivesſe em linha poſterior, ou em grao inferior, podia preſcrever contra os futuros ſucceſſores, que eſtavaõ em melhor linha, ou em grao avêriajado. Moſtraſe mais, que nunca ao dito Ieronymo Ferraõ em ſua vida ſe lhe havia deſerido a ſucceſſãõ do dito morgado, por quanto quando morrera ainda eſtava pendente a condiçãõ dos cazamentos dos ſobrinhos, & a vocação que primeiro tinhaõ da inſtituidora em ſeu vigor, que obrava não haver tido effeito a vocação poſterior, & ultima do parente mais chegado, que ſe quer attribuir ao dito Ierony-

mo Ferraõ, & que aſſim como a dita condiçãõ dos cazamentos viesſe a caducar ao depois da morte do dito Ieronymo Ferraõ, ficando entãõ extinta a vocação dos ditos ſobrinhos, neste tempo ſe deſeriu a dita ſucceſſãõ ao parẽz mais chegado, que em tal tempo foſſe a inſtituidora, & concorrendo eſta qualidade com a dita Ioanna lhe fora juſtamente julgado, ſem que lhe obſtaſſe a precedencia, que no tempo antecedente lhe fazia o dito Ieronymo Ferraõ ſeu irmão, pois ſenão achava vivo, como era neceſſario ao tempo que caducou a condiçãõ dos ditos cazamentos, o qual era o que ſe devia attender para a realidade do parenteſco mais chegado à ultima inſtituidora, & menos o dito Marcos Ferraõ ſeu ſobrinho, pois ella o precedia em grao, & nam ter lugar nestes termos o beneficio da representaçãõ, conforme a Ley do Reyno. Moſtraſe finalmente, que ſendo como foi a dita Ioanna Ferroa a verdadeira poſſuidora, a quem fora julgado o dito morgado como parente mais chegado à inſtituidora, o fora tambem ſeu filho Ioãõ Ferraõ, & ultimamente pertencia legitimamente a ſua ſucceſſãõ ao R. poſſuidor pela peſſoa de ſeu filho menor Antonio da Cunha, biſneto da dita Ioanna Ferroa, & unico ſeu deſcendente legítimo, & o filho do A. ſer o parente tranſverſal da dita Ioanna Ferroa, & que aſſim de qualquer modo que eſte negocio ſe conſideraſſe, ſempre o A. carecia da aução preſente intentada contra o R. O que tudo viſto, com o mais dos autos, diſpoſição de Direito neste caſo, & como eſteja provado com toda a concludencia, q̃ por morte de Luis Lopes Madeira, primeiro uſufructuario deſte morgado, tivera intrancia na ſua ſucceſſãõ a dita Catherina de Campos, irmã da inſtituidora chamada no teſtamento por morte do dito Luis Lopes Madeira; & que por morte da dita Catherina de Campos ſe metera na poſſe dos ditos bens vinculados Briolanja de Vaſconcellos, & ſua filha Dona Luiza de Noronha poſſuindoos, como bens livres, pelo titulo de herdeiras da dita Catherina de Campos ſem lhe pertencerem, pois nam tinhaõ vocação da inſtituidora para a ſua ſucceſſãõ, nem razão algũa de parenteſco com ella, para ſe poderem ajudar da vocação ultima do parente mais chegado. Mas por quanto neste tempo eſtava pendente a condiçãõ dos cazamentos dos ſobrinhos, que impedia a ſua ſucceſſãõ, como tambem ſer intrancia a ultima vocação do parente mais chegado; os primeiros por ſe eſtar eſperando o complemento da dita condiçãõ, na forma diſpoſta pelo dito Luis Lopes, & os ultimos por eſperarem que ella caducaſſe com a deficiência dos ditos cazamentos, nesta indeſſerença foi logrando os ditos bens a dita Dona

Briolania de Vasconcellos, & sua filha D. Luiza de Noronha, & vindo depois a caducar a dita condiçãõ dos cazamentos, & ter intrancia com effeito a vocaçãõ ultima do parente mais chegado, tratou a dita Ioanna Ferroa da reivindicacãõ do dito morgado, como parenta que se considerava mais chegada à instuidora, & lhe foi julgado o dito morgado, & som effeito o possubio em sua vida, & na mesma conformidade se foi continuando a successãõ dos ditos bens na descendencia da dita Ioanna Ferroa por mais de 40. annos, até ultimamente entrar na sua successãõ o R. pela pessoa de seu filho Antonio da Cunha, bisneto da dita Ioanna Ferroa, a quem se havia julgado o dito morgado com a deficiencia dos ditos cazamentos, pertencendo legitimamente a dita successãõ na falta dos ditos cazamentos a Marcos Ferrão, que por nam ter noticias deste negocio, assim por ser de pouca idade, como por viver ausente na sua quinta de Aldea Galega da Merciana, senam oppoz à causa da reivindicacãõ, que se intentou contra a dita Dona Briolanja de Vasconcellos, & sua filha Dona Luiza, sendo certa que se deduzira o seu direito, devia preferir à dita sua tia Ioanna Ferroa, por quanto sendo o dito Marcos Ferrão, como era filho legitimo do dito Ieronimo Ferrão, como está legalmente provado nestes autos, nem por parte do R. se duvide desta filiacãõ, & estar exuberantemente provado, que o dito Ieronimo Ferrão era irmão inteiro, & legitimo da dita Ioanna Ferroa, por assim o deporem as testemunhas da inquiricãõ do A. & constar com toda a evidencia pelos documentos fol. 334. & 337. nam se pode duvidar, que preferia para a dita successãõ a sua irmã Ioanna Ferroa, pela qualidade do sexo, no qual direito ficou succedendo o dito seu filho Marcos Ferrão; era sem duvida ficasse excluida a dita sua tia Ioanna Ferroa, sem que obste a allegaçãõ, que se aponta por parte do R. de que a dita Ioanna Ferroa fora a legitima successora do dito morgado, por quanto no tempo em que caducara a condiçãõ dos cazamentos ordenados dos sobrinhos, era ella a que se achava no tal tempo com a qualidade de parente mais chegado, por ser já neste tempo morto o dito seu irmão Ieronimo Ferrão, & a Marcos Ferrão seu filho preferir ella pela prerogativa do grau, por quanto sendo como era a dita vocaçãõ dos cazamentos condicional, nam se deve attender para haver de ter lugar a vocaçãõ posterior do parente mais chegado com respeito ao tempo em que veyo a faltar a dita condiçãõ, para que succeda o parente, que no tal tempo se achar mais chegado, mas ha de se ter consideraçãõ do parente, que

era mais chegado ao tempo da morte do ultimo possuidor, em razam do beneficio da retrotraçãõ introduzido por direito nas successões condicionaes, pois assim como no caso em que enche a condiçãõ, se faz retrotraçãõ ao tempo da morte do ultimo possuidor, fingindose por este modo pertencer-lhe a successãõ desde a hora em que morreo o ultimo possuidor, assim tambem è converso no caso em que venha a caducar a dita condiçãõ, se faz retrotraçãõ, fingindose nam haver tal vocaçãõ, com que sempre o termo ad quem, he o q. se ha de attender para a averiguaçãõ de se saber a quem se deferio a successãõ por morte do ultimo possuidor; & assim como no caso presente no termo, ad quem, que foi o tempo em que faleceo a ultima possuidora Catherina de Campos, fosse o em que se deferio esta successãõ, a quem por direito pertencesse, & supposto que estava invisivel pela contingencia da condiçãõ dos cazamentos, que estava pendente, se veio ao depois a declarar com a deficiencia da dita condiçãõ, fingindose pela dita retrotraçãõ, que a vocaçãõ dos sobrinhos não tivera em tempo algum existencia, & só ouvera a vocaçãõ do parente mais chegado, que tivesse a tal qualidade ao tempo da morte da ultima possuidora Catherina de Campos: & como no tal tempo quem tinha a dita qualidade era o dito Ieronimo Ferrão, por ser vivo nesse tempo, por quanto falecera no anno de 1624. sendo de idade de 70. annos, & a dita ultima possuidora morreo no anno de 1583. fica sendo certo, que a elle se deferio a dita successãõ, & não a sua irmã Ioanna Ferroa, pela preferencia que nelle se achava, & de mais pela qualidade de varaõ, & assim existir nelle a qualidade requerida na vocaçãõ ao tempo della, & da successãõ, que teve seu comprido effeito por morte da dita Catherina de Campos, posto que pendente da condiçãõ dos cazamentos, com cuja caducaçãõ se deve entender, & haver por não escrita, o que nam concorre na dita Ioanna Ferroa, em quem existio somente a qualidade requerida ao tempo que caducou a condiçãõ, mas nam ao tempo da successãõ, nem menos teve a qualidade de chamada, que he necessaria, & nam só a requerida, porque esta nam basta em quem nam foi chamado, como ella o nam foi, stante a pessoa de seu irmão, que foi o chamado, o qual direito porque se lhe deferio a dita successãõ ajudado pelo beneficio da retrotraçãõ, transmitio em seu filho Marcos Ferrão, & deste foi discorrendo na sua descendencia, & está hoje radicado na pessoa do filho do A. Ioam Rabello, como neto do dito Marcos Ferrão, & seu unico descendente, & bisneto do dito Ieronimo Ferrão, a quem se deferio o dito mor-

morgado. Nem menos tem accomodaçam no caso presente a prescripçam lineal de que o R. se quer ajudar, para excluir ao A. por quanto como esteja provado por toda a inquiriçam do A. que o dito Marcos Ferrão sempre vivera ausente desta Corte na sua quinta, no termo de Aldea Galega da Merciana, & o A. na sua quinta do Trucifal, ignorantes do direito que tinham a esta successam, & ainda agora tiveram delle noticia, tirando a certidam fol. 6. estando nesta ignorancia he certo, conforme a Direito, lhes nam poder prejudicar a dita prescripçam; & assim julgo pertencer a successam do dito morgado, de que se trata, ao menor João Rabello de Vasconcellos, filho do A. E condeno ao R. a que lhe largue o dito morgado com a restituicao dos fructos da lide contestada até real entrega, que se liquidarã na execuçam, & nas custas dos autos. Lisboa 20. de Julho de 1678. Antonio Leytam Rombo.

155 Ab hac sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatum, & ibi fuit confirmata à Iudicibus. Almeyda. Vanvellem. Quifel. Die vigesimo quarto Decembris 1680. Et fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

156 Gravissimas, quæ ad processus decisionem conducere videbantur, quæstiones, mirifice unus, & alter celeberrimi Curiaë causarum patroni, tam in iure, quam in facto accerrime in exponendo dimicantes, & excitarunt, & subtili methodo digerentes, è juris visceribus plurima ingeniose eruentes, pro suo unusquisque clientulo firmo pede resolvere nixi sunt, magno Doctorum apparatu exornantes, & fortissimis in iure rationibus concludentes: Nos vero, quorum pro munere injuncto, præcipua mens esse debet ad veritatis scopum limare argumenta, brevitatem, quoad possibile fuerit, sectantes, superflua, quæ videbuntur, quamquam gravissima ea sint, & à doctissimis patronis adamussim discussa inspiciantur, vel omitemus, vel leviter attingemus, cum nil proficuum addi possit, ac ea tantum, quæ animum nostrum moveant ad causæ decisionem, pro viribus differemus.

157 Totius controversiæ fundamentum dedit testatrix Ioanna de Campos in verbis elogij sui fol. 19. vers. & 20. quæ transcribere utriusque partis patroni sum fol. 299. tum fol. 388. vers. quæ nos omittere nolumus, ibi: *Item a mais de toda a minha fazenda deixo ao dito meu marido Luis Lopes, para que elle coma os usos fructos em sua vida sómente, & por sua morte, sendo caso, que elle faleça primeiro, que minha irmaã Catherina*

de Campos, ficarà tudo a ella em sua vida della, com tal condiçãõ, que elle dito meu marido tomarà hum sobrinho seu, ou sobrinhos, com outro meu, & os cazarà, & lhe deixarà a dita fazenda por morte de ambos, com obrigaçãõ de missa rezada para sempre. E sendo caso, que elle Luis Lopes nam queira deixar o seu, entam o casamento nam serà, & ficarà entam a minha fazenda ao parente, ou parenta a mim mais chegada.

Suum hoc testamentum approbavit Ioanna fol. 22. anno 1569. cum quo ultimum vitæ diem clausit, successit Ludovicus usufructuarius, & per decem annos vita functus sobrinus non copulavit matrimonio, sed ad ultimas vitæ clausulas secundo nuptus, uxoris primæ memoriã recordans anno 1576. fol. 234. scripturam quasi testamentariam approbavit, quæ subsequitur fol. 232. in qua ac si primæ dictæ suæ defunctæ uxoris de bonis ad libitum disponere posset, plurimas sobrinorum, qui inter se matrimonium inirent, nominationes, & substitutiones fecit tam in nominatorum filijs, quam nepotibus, prout ibidem videri potest, ibique fol. 234. sibi facultatem revocandi, & aliter nominandi reservavit, casu quo ex secundo matrimonio filios haberet; emoriens postea anno 1579. fol. 231. testamentum suum approbavit, in quo factas nominationes post tempus mortis suæ ratificavit, & à primæ uxoris testamentarijs conditionibus divertens hæreditatem suam secundæ uxori Antoniaë pro ejus vita fruendam reliquit fol. 227. restituendam sobrinis post dictæ secundæ uxoris mortem, si juxta suas nominationes factas matrimonium contraherent, & d. fol. 227. ad primæ uxoris hæreditatem morte cogente substitutæ Catherinaë demissam respiciens clausulam addidit, quod dicta substituta emortua, antequam sobrini per eum nominati nuptias contraherent, primæ uxoris hæreditas apud consanguineum deponeretur, qui cautionem daret sobrinis, cum nuberent restitutorum, quod itidem observari iussit circa suam hæreditatem post secundæ suæ uxoris mortem.

Catherina per sororem Ioannam Ludovico substituta, ejusque secunda uxor hæres gravata, eo mortuo hæreditatem suam ab hæreditate primæ uxoris partitione facta, separavit anno 1582. prout ex termino fol. 140. & seqq. post quod hæreditas Ludovici secundam suam uxorem sequuta ad extraneos usque adeo devoluta fuit, quod nusquam posthac hæreditati primæ uxoris iterum annecteretur, ut evidenter colligitur ex petitione Procuratoris Cappellarum fol.

134. & vers. oblata anno 1612. fol. 133. hæreditas Ioannæ etiam per substitutam sororem Catherinam extraneis prorsus delata fuit, patet ex sententia fol. 135. vers. & seqq. & sæpe alibi; & quod magis est, sprete clausula depositi apud consanguineum faciendi sub cautione juxta dispositionem Ludovici fol. 227. vers. & seqq. omnibus, qui petierant, consanguineis clausa est janua per unam, & alteram Senatus sententias fol. 136. & 238. anno 1587. iterum fol. 242. anno 1588. postea fol. 282. 292. & 295. anno 1611. & 1612.

160 Et quamquam per dictas Senatus sententias stabilitum fuisset, hæreditatem Ioannæ vinculo perpetui maioratus subjectam esse, quia tamen gravissimis illis Patribus visum fuerat Ludovicum conditionibus uxoris primæ Ioannæ fol. 20. sufficienter paruisse fol. 232. & 227. dum conditionem nubendi pendere arbitrabantur, consanguineis actionem denegarunt usque ad annum 1646. quo in favorem consanguineæ Ioannæ Ferroa primo sententia lata fuit fol. 13. confirmata fol. 16. vers. satius putantes Patres illi gravissimi maioratus bona apud omnino extraneos præter institutricis votum per 63. annos libere fruenda vagari, quam proximioribus consanguineis à testatrice vocatis deferre, tot namque anni elapsi sunt ab anno 1583. quo Catherina moriens extraneis reliquit vinculata bona fol. 138. & 278. usque ad annum 1646. quo pro dicta consanguinea prima sententia lata fuit.

161 Hoc quantum iniquitatis præ se tulerit, nemo est, qui non videat, mihi vero iniquius patescit, cum pro certo habeam, Ludovicum conditionibus testamenti primæ uxoris fol. 20. ibi, *Tomará, & cazará*, minime paruisse, dum in vita sobrinos matrimonio non conjunxit, sed tantum in testamento post decem decursos annos sobrinos nominavit, qui contracturi erant post ejus mortem matrimonium, seu potius eorum parentes, quorum fidei cõmissit, ut filios, quos vellent matrimonio invicem copularent, extendens ad Sebastiani cujusdam nepotes, non ne hoc ipsum in proprijs terminis decidit venerandæ authoritatis magister, *Valasc. cons. 82. vers. fin.* optime sane per inevitabiles juris rationes ab eo expensas, videatur quæso per totam illam consultationem: frustra ergo conditionis implementum expectabatur, cum emoriente Ludovico, quin sobrinos in vita sua matrimonio conjungeret juxta testatricis præceptum dict. fol. 20. ibi: *Tomara, & cazara*; certum esset potestativam illam conditionem omnino defecisse, ac

per consequens maioratum illico deferri debuisset proximiori consanguineo juxta vulgares juris regulas.

Accedit, quia Ludovicus juxta ejusdem testatricis præceptum præcisè tenebatur per mortem suam, & Catherinæ substitutæ copulatis sobrinis bona relinquere, tam testatricis, quam sua propria ex verbis ibi d. fol. 20. *Elhe deixarà a dita fazenda por morte de ambos, & sendo caso que elle Luis Lopes nam queira deixar o seu* (quod intelligi debet juxta disposita proxime ibi, *por morte de ambos*) *entam o casamento nam seja, & ficarà entam a minha fazenda ao parente, ou parente a mim mais chegada.* Plane Ludovicus Antonia secundæ uxori hæreditatem suam reliquit deferendam sobrinis, qui nuberent per mortem suam, & Catherinæ substitutæ, idest, *por morte de ambos*; sed post mortem dictæ secundæ suæ uxoris: ergo conditioni appositæ d. fol. 20. non paruisse censendus est, cum jam lippis, & tonsoribus pateat conditionem illam potestativam adimpleri per eum debuisset in specifica forma, non aliter, nec alio modo, cum conditio inducat formam omnino servandam, ita ut minimus etiam illius defectus vitiet actum, plures referens *Reynof. observ. 44. n. 9. Peg. forens. cap. 1. num. 60. & seqq. Portug. de donat. reg. tom. 1. lib. 1. prelud. 2. §. 2. numer. 55.*

His suppositis cum extra dubium jam sit Hieronymum Ferraõ de Castelbranco Actoris proavum, à quo ipse jus suum dirivat, fratrem fuisse legitimum, & germanum Ioannæ Ferroa de Castelbranco, à qua Reus jus sibi accipit, attestante ipsa Ioanna, ejusque viro Georgio Mascarenhas in articulis fol. 338. & seqq. & confirmantibus testibus ab eisdem productis à fol. 343. cum seqq. prout judicatum cernitur fol. 353. approbante Senatu fol. 355. nominis identitatem ostensa per subscriptionem mandati fol. 334. quibus omnibus jam Reus assensit fol. 404. n. 3. dubitari non potest defecta conditione per mortem Ludovici, dicto Hieronymo, exclusa sorore Ioanna, maioratam delatum fuisse, tum quia masculus, qui sorori etiam in alternativa, *parente, ou parente mais chegada*, præferri debuit, & si junior esset, *Gabriel Pereir. dec. 122. num. 1. & 2.* tum quia ætate maior, ut probant testes fol. 98. 111. 125. & 131. præcipue quia proximiores ambo erant, tam Ioannæ institutricis, quam ultimæ legitimæ possessoris sororis Catherinæ, quippe qui earum erant patrueles fratres, ut deduxit dicta Ioanna Ferroa soror Hieronymi fol. 269. vers. & firmavit

mavit sententia fol. 275. & nemo alius proximior reperiretur, ut exactis patet, & quod Hieronymus eo tempore, quo dicta Catharina ultima possessor legitima decessit anno scilicet 1583. ut per sententiam fol. 278. vers. ad fin. & supposuit altera fol. 138. jam in humanis esset, colligitur aperte, quia ipse anno 1624. vitam exhalavit fol. 143. septuagenarius, ut per testes fol. 112. vers. & 130. igitur, &c.

164 Fateor dictas sententias in contrarium latus urgere nimis, sententia namque declarans nullitatem actus præjudicat omnibus interesse habentibus, cessante in hoc casu regula, *res inter alios acta, &c. Cancer. 3. var. cap. 17. num. 41. Nogueroi. alleg. 19. num. 19. & alleg. 15. num. 48. videndus à numer. 45.* prout etiam acta fabricata super validitate, aut nullitate testamenti etiam in alia causa, & inter diversas personas, *Salgad. in labyrinth. credit. p. 1. cap. 23. num. 31. & eodem modo quando sententia super facto obligationis profertur, vel super validitate, aut nullitate instrumenti, Valeron. de transact. tit. 5. q. 3. num. 56. & 57. præcipue quando agitur de legitimitate, & statu personæ, Nogueroi alleg. 36. num. 16. Salgad. sup. n. 29.* Igitur cum per dictas sententias iudicatum fuerit dispositionem testamentariam Ioannæ institutricis effectum habere non potuisse, dum conditionis implementum expectabatur, ita ut interim vocati proximiores consanguinei in defectum conditionis actionem non haberent, item quod Ludovicus nominando in testamento sobrinos, qui post ejus mortem matrimonium essent contracturi, sufficienter uxoris conditionibus paruerit, sequitur quod dictæ sententiæ antecessoribus Actoris, & omnibus ex dicto testamento interesse habentibus etiam non citatis nocumento sint.

165 Imo etiam si sententiarum iniquitas ex actis appareat suppositis receptis Doctorum traditionibus, & apertis juris principiis, quo casu nullitate laborant, ex his quæ *Salgad. sup. cap. 12. num. 23. & seqq. & p. 3. cap. 9. n. 2. & 6. optime Cancer. 2. var. cap. 15. num. 56. & seqq. qui num. 59. & seqq.* perbelle notat ad explicationem *Ord. lib. 3. tit. 75. §. 2.* Quod & si sententia contra jus litigatoris lata jus faciat ir retractabile inter partes, fallit tamen, ubi ejus iniuitas est notoria, quæ ex solo ejus tenore, aut actorum inspectione apparet, *Pereir. de Souf. de revisionib. cap. 64. num. 1. & seqq. Hermosilb. ad L. 32. gloss. 1. art. 8. tit. 5. part. 5. num. 291. post alios Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 58. §. 25. num. 8.* Tamen cum post eas latus 30. anni, & plures

transacti sint, jam eis contravenire Actor non potest, cum jus dicendi nullas ultra 30. annos non porrigatur, *Barb. ad Ord. lib. 3. d. tit. 75. in princip. num. 1. Gabriel Pereir. dec. 76. num. 8. vers. sed puto verius, Salgad. de reg. protelt. p. 4. cap. 3. num. 115. Phæb. 2. p. dec. 183. in fin. Pereir. sup. c. 6. n. 4.*

166 Sed subsistendum, regula namque illa tunc locum habet, quando de nullitate sententiæ principaliter agitur, ad quod 30. anni viam excludunt, non si incidenter per viam exceptionis de nullitate tractetur, exceptio namque perpetuo durat, *Barb. ad L. 3. num. 172. Cod. de præscript. 30.* Deinde ut sententiæ latæ alijs noceant, requiritur quod ipi successores sint contendenti illius, contra quem sententiæ latæ sunt, & quod ipse legislator legitimus esset contradictor, ex cõmuni pluribus relatis docuit *Castilb. quotidianar. lib. 5. cap. 157. n. 28.* dari namque semper debet identitas aliqua vera, aut interpretativa, seu repræsentativa, ut sententiæ noceant, *Castilb. sup. cap. 104. num. 26. Girrb. dec. 20. num. 2. Cancer. cap. 17. num. 190. cum seqq. 3. var. post alios Peg. forens. cap. 4. num. 77. & seqq. Cyriac. contr. 591. n. 78.* Plane, ut supra ottensum est, Hieronymus, qui tanquam proximior legitimus erat contradictor, nec litigavit, nec ad iudicium usquam vocatus fuit, nec successor ullo modo litigantium considerari potest; ergo quoad illum, ejusque successores sententiæ perinde inefficaces censeri debent, ac si res nulla iudicata extitisset per text. in *L. cum non iusto ff. de collus. detegend. optime Cald. Pereir. forens. lib. 1. q. 23. num. 85. vers. restringenda est etiam superior, & vers. sed prima opinio*, ubi ex alijs tenet, quod ut regula, res inter alios, limiteretur, necessarium erat, quod actum esset cum eo, cujus principaliter intererat, tunc enim sententia omnibus sequentibus noceret, alias secus, exornat *Castilb. d. cap. 157. num. 28.*

167 Præterquam quod etiam si demus sententias illas contra consanguineos omnes effectum sortiri, ad hoc ut pro certo habeatur Ludovicum conditionibus paruisse, ne uxoris hæreditas proximiori deferretur, dum pendentium conditionum effectus expectabatur, ob quæ contendentes consanguinei interim ab agendo repulsi sunt, putarem ego conditionis implementum ultra 30. vel 40. annos expectari non oportere, cum hoc spatium omnem actionis expectationem inefficacem reddat, *princip. instit. de perpet. & temporalib. act. probat Barb. ad L. omnes 4. n. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. & illo spatio quodcumque jus quærendum præscribitur,*

tur, idem *Barb. ad L. 3. num. 153. sup. eod.* prout etiam executio sententiæ, & iudicis officium, *Barb. proxime num. 154. 159. & 160.* cum enim conditionis, si nupserit, implementum in legatis ultra triennium à pubertate non porrigatur, *Bart. in L. 2. §. adfiliior. per text. ibi Cod. quando, & quibus quarta pars debeatur, communiter receptus, ut per Gratian. forens. tom. 2. cap. 137. num. 9. & seqq. & tom. 3. cap. 154. num. 2. & seqq.* ubi exornat, quippe quod æquum sit potestativam conditionem, quam primum esse adimplendam, *L. hæc conditio si in capitolium ff. de condit. & demonstrat. Æquitas postulat, quod in præfenti conditionis implementum inter sobrinos de nuptijs contrahendis, quod à viro gravato in vita sua fieri testatrix optavit in dictis verbis fol. 20. Tomará, & cazará, quæ ad ipsum dirigi aperte constat, ultra 30. annos post ejus mortem non porrigatur.*

168 Plane si annos numeremus ab anno 1579. quo gravatus Ludovicus occubuit, adimplentur anno 1609. & 40. anno 1619. si ab anno 1583. quo substituta ultima possessor decessit, 30. anni adimplentur anno 1623. & 40. anno 1623. ergo si per id temporis conditionem defecisse censendum est ex supra notatis, sequitur, quod Hieronymo institutricis, & primæ substitutæ sororis fratri patrueli, & proximiori consanguineo, qui adhuc vitales carpebat auras, maioratus deferri debebat exclusa Ioanna sorore, ut ostensum manet, obiit namque dictus Hieronymus anno 1624. ut fol. 143. septuagenarius, ut supra probatum ostendimus.

169 His ergo ductus inevitabilibus juris principijs sententiam iudicis confirmarem, quin necesse sit ad retrotractionis fictionem recurrere, quæ mihi tuta in ultimis voluntatibus non apparet ex his, quæ apposité infinitos referens tradit *Fusar. de substit. q. 318. num. 30. & seqq. qui num. 33. Menoch. tantum laudat conf. 106. num. 78.* ubi opinionem suæ contrariam recitat, & fundamenta jactat *Castilh. lib. 5. cap. 90. numer. 27. ad fin. Portug. de donat. reg. tom. 1. lib. 1. prælud. 2. §. 2. num. 6.* Quamquam multum in consideratione sit deficiente conditione dispositionem perinde haberi, ac si nunquam fuisset facta, *Portug. supra num. 11. & §. 1. num. 31.* ubi quod conditio habet oculos retro, sed quia circa hoc iudicium nostrum inferere modo non cogimur, omitto; opinio vero *Sous. de Macedo* circa repræsentationem inter omnino transversales ordinationem nostram violat, nec ultra fratres, fratrumque filios ultimi possessoris admittit Senatus.

Supererat tantum præscriptio allegata circa lineam Hieronymi, & formam succedendi, de quo *Cabed. Gabr. Pereir. August. Barb. & Larrea* laudati fol. 319. num. 145 & fol. 428. vers. num. 4. tutiorem censeo contrariam sententiam, quam pluribus relatis defendit *Castilh. d. lib. 5. cap. 93. §. 9. per tot. qui num. 9. & seqq. Cabed. & Gabr. Pereir.* opinionem reprobat, & argumentis in contrarium satisfacit; confirmetur igitur iudicatum. Vlyssipone 8. Octobris anno 1679. Araujo.

171 Verba institutionis, ex quibus pendet decisio præfentis controversiæ, hæc sunt fol. 19. vers. & 20. *Item a mais de toda a minha fazenda deixo ao dito meu marido Luis Lopes, para que elle coma os usos, & fructos em sua vida sómente, & por sua morte, sendo caso que elle faleça primeiro que minha irmã Catherina de Campos, ficará tudo a ella em sua vida della, com tal condicam, que elle dito meu marido, tomará hum sobrinho seu, ou sobrinhos com outro meu, & os cazará, & lbe deixará a dita fazenda por morte de ambos, com obrigaçam de missarexada para sempre, & sendo caso, que elle Luis Lopes não queira deixar o seu, entã o casamento nam seja, & ficará entã a minha fazenda ao parente, ou parenta mais chegada.*

172 Institutrix Ioanna cum hac dispositione decessit, & ejus maritus Ludovicus usufructuarius successit, & per decem annos vixit, & sobrinos matrimonio non conjunxit, sed tantum in scriptura fol. 232. & testamento fol. 227. in fine nominavit sobrinos, qui contracturi erant matrimonium post ejus mortem, & Catherina per sororem Ioannam Ludovico substituta eo mortuo successit.

Totius controversiæ dubium est, an conditio, quam institutrix Ludovico apposuit de conjungendo matrimonialiter sobrinos, & eis sua bona relinquendo in supra relata dispositione in illis verbis d. fol. 20. *Com tal condicam, que elle dito meu marido tomará hum sobrinho seu, ou sobrinhos com outro meu, & os cazará, & lbe deixará a dita fazenda.* Cum Ludovicus in vita sua non conjungeret sobrinos matrimonio juxta voluntatem institutricis, defecit, judicandum puto, quod Ludovicus non implevit conditionem, dum in vita sobrinos matrimonio non conjunxit, sed tantum in testamento illos, qui erant contracturi matrimonium, nominavit, ut in nostris terminis decidit *Valasc. consult. 82. num. 12. vers. præterea,* quia matrimonium erat celebrandum in vita sua, ut ibi, *tomará, & ibi, & os cazará;* quæ verba sunt personalissima, & soli ipsi Ludovico dirigun-

170
 riguntur, *Gratian. forens. cap. 644. num. 23.*
 & 24. & denotant factum viventis, quia
 mortui non operantur, & conditio exigie
 formale, & ſpecificum implementum, *L.*
Mevius L. qui heredi ff. de condit. & de-
monſtr. Menoch. conf. 243. num. 24. Pere-
grin. de fideicom. art. 16. num. 121. Fuſar.
de ſubſtit. q. 454. num. 24. Caſtilh. contrav.
tom. 5. p. 2. cap. 118. Larr. alleg. 40. num. 11.
 nec aliter, nec alio modo impleri poteſt,
Larr. alleg. 29. num. 32. Cyriac. contrav. 62. n.
 43. optime *Portug. de donat. reg. lib. 1. præ-*
 lud. 2. §. 2. n. 55. & 58.

171
 174 Et non ſolum defecit conditio ab inſtitu-
 trice Ludovico appoſita, quoniam in vita
 ſua ſobrinos matrimonio non copulavit, ſed
 etiam quia Ludovicus juxta voluntatem, &
 præceptum ejus uxoris inſtitutricis præciſe
 tenebatur poſt mortem ſuam, & Catherinæ
 ſubſtitutæ copulatis ſobriniſ bona ſua re-
 linquere, non tantummodo inſtitutricis, ſed
 etiam ſua propria, ut pateſcit ex verbis diſ-
 poſitionis d. fol. 20. ibi: *E lhe deixará a dita*
fazenda por morte de ambos, & ibi: *E ſendo*
caſo, que elle Luis Lopes nim queira deixar
o ſeu; quod intelligi debet juxta diſtam diſ-
 poſitionem, ibi: *Por morte de ambos; então*
o casamento nam ſeja, & ficarã então a mi-
nha fazenda ao parente, ou parente u mim
mais chegada.

172
 175 Plane ex teſtamento Ludovici d. fol. 227.
 verſ. conſtat, quod ille Antoninæ ſecundæ
 uxori hæreditatem ſuam reliquit in ejus vi-
 ta, & per ejus obitum ſobriniſ, qui nabe-
 rent, non per mortem ipſius Ludovici, &
 Catherinæ ſubſtitutæ, id eſt *por morte de am-*
bos, ut tenebatur, ſed poſt mortem dictæ ſux
 ſecundæ uxoris; ergo etiam Ludovicus non
 implevit conditionem derelinquendo bona
 ſua ſobriniſ copulatis matrimonio, cum hæc
 per eum in forma ſpecifica impleri debuiffet,
 non aliter, nec alio modo, ideoque dicen-
 dum eſt, quod conditio defecit per mortem
 Ludovici, cum in ſua vita ſobrinos mati-
 monio non copulaſſet, nec eis ſua bona poſt
 mortem ſuam relinqueret, itaque defecit
 eorum vocatio, ac per conſequens ſucceſſio
 maioratus deferenda erat proximiori con-
 ſanguineo per obitum Catherinæ juxta ſe-
 cundam vocationem.

176 Indubium eſt, quod Actoris proavus
 Hieronymus Ferrão de Caſtelbranco, eo
 tempore quo Catherina ultima legitima
 poſſetrix deceſſit anno ſcilicet 1583. ut per
 ſententiam fol. 278. verſ. ad fin. & ſuppoſuit
 altera fol. 138. in humanis erat, ut pateſcit
 per certitudinem fol. 143. ex qua conſtat,
 quod ille deceſſit anno 1624. ſeptuagena-

rius, ut per teſtes fol. 122. verſ. & 130. verſ.
 & patruelis frater erat, tam Ioannæ inſtitu-
 tricis, quam ultimæ poſſetricis legitime ſo-
 roris Catherinæ, ut deduxit Ioanna Ferroa
 ſoror legitima dicti Hieronymi fol. 269.
 verſ. & firmavit ſententia fol. 275. verſ. &
 nemo alius conſanguineus proximior repe-
 riebatur, ut ex actis rectè patet, igitur ei ſuc-
 ceſſio maioratus delata fuit per obitum ulti-
 mæ poſſetricis Catherinæ defecta conditio-
 ne per mortem Ludovici.

177 Et dubitari non poteſt, quod dictus Hie-
 ronymus ſucceſſit excluſa dicta Ioanna Fer-
 roæ ſore, tam quia maſculus erat, &
 præferri debuiffet, & ſi junior eſſet, *Ord. lib.*
4. tit. 100. §. 1. Pereir. dec. 122. num. 1. & 2.
 Tum quia ætate maior erat, ut deponunt te-
 ſtes fol. 98. 111. 125. & 131. & quod dictus
 Hieronymus Actoris proavus; à quo ipſe
 jus ſuum dirivat, frater ſit legitimus, & ger-
 manus dictæ Ioannæ Ferroæ, à qua Reus jus
 ſibi accipit, acceſtantur ipſa Ioanna, ejuſque
 vir Georgius in articulatis fol. 338. & ſeqq.
 & confirmarunt teſtes ab eis producti à fol.
 343. verſ. cum ſeqq. prout judicatum cer-
 nitur in ſententia fol. 353. quam approbavit
 Senatus fol. 355. nominis identitate oſten-
 ta per ſubſcriptionem mandati fol. 334. verſ.
 quibus omnibus jam Reus aſſenſit fol. 404.
 n. 3.

178 Et licet ſententiæ, de quibus agunt certi-
 tudines à fol. 222. nimis urgere videantur,
 cum per eas judicatum eſſet diſpoſitionem
 Ioannæ inſtitutricis effectum habere non
 poſſiſſe, dum conditionis implementum ex-
 peſtabatur, ita ut interim vocati proximio-
 res conſanguinei in defectum conditionis
 actionem non haberent, item quod Ludo-
 vicus nominando in teſtamento ſobrinos,
 qui poſt ejus mortem eſſent contractari ma-
 trimonium, ſufficienter uxoris conditioni-
 bus paruerit; quia ſententia lata in cauſa
 maioratus omnibus ſucceſſoribus nocet,
Molin. de primog. lib. 4. cap. 8. Peregrin. de
fideicom. art. 53. num. 46, Pinel in L. 1. p. 3. à
num. 48. Cod. bon. mater. Giurb. dec. 1. num.
 15. *Pereir. dec. 26. n. 11. & dec. 52. n. 15.*

179 Nihilominus tamen prædictæ ſententiæ
 non poſſunt elidere reſolutionem noſtram,
 quia ut ſententia lata in cauſa maioratus ſuc-
 ceſſoribus noceat, requiritur, quod ipſi ſuc-
 ceſſores ſint deſcendentes illius, contra quem
 ſententia lata eſt, & præſtendant ſuccedere ex
 perſona ipſius, non vero ex jure ſuo pro-
 prio, & quod ipſe litigator legitimus eſſet
 contradictor, cum pluribus *Menoch. conf.*
 501. num. 3. eleganter *Valenz. conf. 60. n. 27.*
 & 28. ubi quamplurimos refert, *Caſtilh.*
quotid.

quotid. lib. 5. cap. 157. n. 28. Girrb. dec. 20. num. 2.

180 Plane Actor non est descendens illius, contra quem sententię latę fuerunt, nec ejus proavus Hieronymus, qui tanquam proximior legitimus erat contradictor, nec litigavit, nec ad iudicium usquam vocatus fuit, & Actor ex suo jure proprio pręterdit succedere, ergo prędictę sententię ei nocere non possunt, ex toto tit. ff. & Cod. res inter alios acta, & ex tit. Cod. quibus res iudic. non nocet.

181 Et quando prędictę sententię omnibus consanguineis nocere potuissent, & quia cōditio, ut in eis iudicatum invenitur, non defecit per mortem Ludovici, quia ille conditionibus paruit nominando in scriptura, & testamento sobrinos, qui post ejus mortem contracturi erant matrimonium, & non erat deferenda successio consanguineo proximiori, dum effectus conditionum pendentium spectabatur; iudicandum videtur, quod cōditio defecit in vita Hieronymi, quoniam Catharina ultima possatrix decessit anno scilicet 1583. ut per sententię fol. 278. vers. ad fin. & supposuit altera fol. 138. & Hieronymus decessit anno 1624. fol. 143. & a tempore mortis Catharinę usque ad tempus mortis Hieronymi fuerunt transacti quadraginta anni, & quando institutor apposuit successori conditionem, ut nupserit tali personę, huiusmodi conditio est adimplenda intra terminum trium annorum post pubertatem, quibus transactis successor non debet amplius admitti, L. 2. §. ad filior. Cod. quando, & quib. quarta pars debeat lib. 10. ubi Bartol. Mantic. de coniect. lib. 11. tit. 18. à num. 25. Gratian. forens. cap. 137. num. 9. & 10. tom. 1. & cap. 254. à num. 2. usque ad n. 10. tom. 2. Mier. de maiorat. 1. p. 9. 50. numer. 94. Cum ergo ex actis constet, & sit in confesso, quod matrimonium inter sobrinos non fuisset celebratū post pubertatem intra terminum triennij à lege pręfixum postea intra quadraginta annos, in quibus omnis actionis expectatio inefficax redditur, princip. inst. de perpet. & tempor. act. Barb. ad L. omnes 4. num. 4. Cod. de prescript. 30. vel 40. annor. & illo spatio quodcumque jus quærendum prescribitur, idem Barb. ad L. 3. num. 153. Cod. eodem tit. pro comperto habendum est, quod successio maioratus Hieronymo deferenda erat, quia in humanis erat, quando conditio defecit, licet per obitum Ludovici non defecisset.

182 Non solum his fundamentis successio maioratus Hieronymo Actoris proavo delata fuit, sed etiam quia licet expectandum esset

tempus, quo matrimonium inter sobrinos celebratum non fuit, semper maioratus successio Hieronymo deferenda erat tanquam proximiori tempore, quo decessit Catharina ultima possatrix, quippe maioratus neque per momentum vacare potest, sed statim actu veloci legis possessorem, & successorem quærit, eum scilicet, qui tempore delatę successionis proximior invenitur, Peregrin. de fideicommiss. art. 22. num. 72. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 10. num. 39. & 40. Valent. illustr. lib. 3. tract. 4. cap. 2. num. 9. Olea de cess. jur. tit. 3. q. 4. num. 14. Portug. de donat. reg. p. 2. lib. 1. cap. 11. n. 75.

Per mortem ultimę possatrix Catharinę maioratus vacare non poterat, & sobrinos quærere nequibat, non solum propter eorum incertitudinem ratione nominationum, sed etiam quia adhuc matrimonium non erant contracturi, & ante implementum conditionis nullum jus eis erat acquisitum, & non nisi post impletam conditionem succedere poterant, ex L. si quis sub conditione ff. si quis omiff. caus. testament. Surd. conf. 91. num. 11. Peregrin. de fideicommiss. art. 43. num. 9. Menoch. conf. 452. num. 42. Quare consanguineum proximior, qui inveniebatur, quæsivit, & cum Hieronymus esset proximior, ei successio delata fuit; nam quavis dispositionis effectus debeat esse in pendentem, donec conditio purificetur, interim tamen dominium non debet esse in aere, sed sequenti successori revocabiliter deferendum erit, ita ut si illud jus, & dominium incipiat competere vocato sub conditione, resolvatur, & ad eum devolvatur, Molin. de primogen. d. cap. 10. num. 35. Roxas de incompat. p. 5. cap. 2. n. 50. Ex quo sequitur, quod licet successionis effectus potuisset esse in pendentem, dum sobrini matrimonium non contrahebant, dominium tamen proximiori consanguineo Hieronymo per obitum Catharinę delatum fuit non pleno jure, & irrevocabiliter, sed tantum revocabiliter, si conditio matrimonij inter sobrinos impleta esset, sed cum hæc implementum non haberet, tunc dominium Hieronymo pleno jure, & irrevocabiliter acquisitum fuit.

Ultimum fundamentum, & magni ponderis, quod considerari potest in favorem Actoris, in eo consistit, quod matrimonium inter sobrinos effectum non habuit, ut est in confesso, qua de causa maioratus Ioannę sorori Hieronymi iudicatus fuit: igitur si conditio matrimonij inter sobrinos à testatrice non esset imposita, succedebat in maioratu proximior consanguineus per mortem ultimę possatrix Catharinę: ergo idem dicendum

dum eſt appoſita conditione, quæ impleta non fuit, quia defectus conditionis facit, ut diſpoſitio habeatur, ac ſi nunquam fuiſſet facta, quoniam habet oculos retro, *Tiraquel. in L. ſi unquam verbo revertitur num. 177. Cod. de revoc. donat. Valaſc. conſult. 82. num. 11. Larrea alleg. 98. num. 5. & 6. Canc. lib. 1. variar. cap. 8. num. 213. Surd. de alim. tit. 5. q. 4. num. 1. Caſtilh. cod. tract. cap. 41. num. 2. Portug. de donat. reg. lib. 1. pralud. 2. §. 1. num. 31.*

185 Quam ob rem cum conditio de conjungendo matrimonialiter ſobrinos impleta non eſſet, datur retroractio, & reſolvitur conditio, ac ſi à principio appoſita non fuiſſet, & attenditur tempus teſtamenti, vel tempus, quo ſucceſſio erat deferenda, ſi conditio non eſſet appoſita, & non attenditur, nec conſideratur tempus, quo implementum non habuit, *L. neceſſario §. 1. ff. de pericul. & commod. rei vend. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 175. num. 12. & conſ. 106. per tot. Ubi defendit, quod debet attendi proximitas tempore teſtamenti, & non tempore non implementi conditionis, & num. 85. reſpondet juribus à doctiſſimo Patrono adductis in favorem Rei, & eleganter, & eruditè omnibus, & alijs objectionibus in contrarium perpenſis ſatiſfacit ſapientiſſimus Patronus Aſtoris.*

186 His omnibus conſideratis meritiſſimi Iudicis ſententiam libenter complector, & veriorẽ judico opinionem, quæ tenet, quod una linea non præſcribit contra aliam niſi tempore immemoriali, quam ſententiam ſequuntur *Caſtilh. lib. 5. cap. 93. §. 8. num. 8. Molin. de primog. lib. 4. cap. 10. num. 3. Valaſc. in juſt. acclamat. 3. p. §. 2. num. 29.* Igitur judicatum laudarem. Ulyſſipone 31. Auguſti 1680. Quifel.

187 Late, & doctiſſime in prima deliberatione, quæ evanuit obitu deliberantis collegæ noſtri, qui meliori fruitur ævo, hujus negotij ſeries explanata fuit, & perpolitã à præcedenti Domino ſapientiſſimo, cui ego accedo, nec aliquid addo, ne dicta repetam, & tempus conteram ad alia neceſſarium. Ulyſſipone 26. Novembris 1680. Vanveſſem.

188 Iam in hoc proceſſu non dubitatur de germana fraternitate Hieronymi proavi Aſtoris cum Ioanna, quæ primo bona, de quibus contenditur, vinculata ſibi vendicavit, hoc namque clarè patet ex depoſitionibus teſtium, ac inſtrumentis, quo ſuppoſito non dubitarem maioratum, de quo contenditur, ad Aſtorem pertinere per jus per proavum ejus acquiſitum, ex ea ratione, quia perpenſa, & ponderata verba inſtitutionis à

Pars II.

fol. 19. verſ. & 20. conditionalia ſunt, & ex defectu implemẽti conditionis nulla redditur talis diſpoſitio, ac ſi conditio ſcripta non fuiſſet, *L. ſi quis ſub conditione ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. Galganet. de condit. & demonſtr. 1. p. cap. 87. num. 4. Peregrin. de fideicom. art. 43. num. 9. Tiraquel. de retract. §. 1. gloſſ. 2. n. 21. Menoch. conſ. 452. n. 42. Surd. conſ. 91. n. 11.*

Deinde diſpoſitiones teſtamentariæ ad unguem obſervari debent, ut voluntates teſtatorum perfectè adimpleantur, *L. qui libertis §. hæc verba ff. de vulg. L. qui hæredi ff. de condit. & demonſtr. Menoch. conſ. 243. n. 24. Fuſar. de ſubſtit. 4. 454. num. 24. Peregrin. de fideicom. art. 16. num. 121. Caſtilh. contr. tom. 5. p. 2. num. 118. Larrea alleg. 40. numer. 11.* Cum hoc de jure ita ſit, illa diſpoſitio teſtamentaria impleta non invenitur quoad ſobrinos, neque quoad Ludovicum maritum, bona namque ſua prædictis non reliquit, ſicque bona illius maioratus ad proximiorẽ conſanguineum ſpectant, & ita ad Hieronymum, tam ex ratione ſexus, quam ex eo quod ſenior erat,

Defunctaque ultima poſſetrix adhuc vivente Hieronymo, ut in rerum natura erat, tum temporis jus ſuccedendi in tali maioratu ad eum devolutum acquiſitum fuit, & exinde Aſtori, qui per eum vindicare prædicta bona pertendit, & juſte quidem, nam proximitas à tempore mortis ultimi poſſeſſoris deſumenda eſt, *L. 1. §. ſciendum ff. de ſuis & legit. hæred. L. omnino 32. §. in fideicom. ff. de leg. 2. Molin. de primog. lib. 3. cap. 9. num. 14. & 15.* Sicque ad Aſtorem jus ſuccedendi perveit, & in eum ex *Ord. lib. 4. tit. 100.* ſuccedere debet; circa ſententias in favorem Ioannæ, atque Rei prolatas, & circa præſcriptionem, ac repræſentationem, factis dictum remanet à ſapientiſſimo Patre, qui primo deliberavit tali modo, ut nihil dicendum ſuperẽſt, niſi tantum cum eo, & cum ſecundo Domino etiam eruditiſſimo convenire in confirmationem judicis ſententiæ, Ulyſſipone die 21. Decembris anno 1680. Almeйда.

Atque ita manet probatum neceſſariam eſſe capacitatem, & proximitatem tempore mortis ultimi poſſeſſoris, & non attendi ad jus ſuperveniens, ut diximus *Forenſ. cap. 4. num. 26. & ſeqq. & tenent citati à Roxas de incompat. p. 5. cap. 2. n. 15. & ſeqq.*

Sed his non obſtantibus, quamvis hæc ſententia tot argumentis, & authoritatibus ſit fulcita, contrariam affirmativam, quod proximior natus, & conceptus, poſt delatam ſucceſſionem excludat remotiorẽ, qui eo

F

tem

tempore admissus fuit, sequuti sunt pluri-
mi Senatus eximiae auctoritatis, & erudi-
tionis, & inter eos Senatus Mantuanus, ut
per *Surd. dec. 230. Cōsiliū Neapolitanum,*
de quo testatur *Franch. dec. 169. Rot. Rom.*
dec. 593. num. 2. & 3. apud Farinac. Senatus
Gracionopolitanus per Guid. Pap. dec. 511.
num. 2. Senatus Mesanensis dec. 67. apud
Giurb.

193 Defendunt hanc resolutionem post lon-
gam disputationem, & testantur esse verio-
rem, & magis conformem voluntati institu-
toris, *Bald in L. peto §. fratre in fin. ff. leg. 2.*
Roman. cons. 134. num. 4. vers. quoad quar-
tam, & cons. 438. num. 10. & 13. Paul. Castr.
cons. 247. num. 3. vers. nunc venio vol. 1. So-
cin. senior cons. 19. num. 5. & cons. 86. n. 11.
vers. comprobatur vol. 3. & cons. 51. num. 45.
vol. 4. Ruin. cons. 22. num. 7. cons. 35. num. 14.
vers. secundo respondetur, & cons. 122. n. 16.
vers. secundo vol. 2. Socin. junior cons. 126. n.
53. lib. 1. & cons. 172. num. 6. & seqq. lib. 2.
Nata cons. 649. per tot. tom. 6. Roland. cons.
70. num. 47. lib. 3. Cephal. cons. 38. num. 57.
vol. 3. Triaq. de retract. lign. §. 1. gloss. 9. num.
88. Menoch. cons. 97. num. 79. & 404. per tot.
& cons. 500. num. 9. vers. quarta est dubita-
tio, & cons. 1213. num. 20. 21. & 22. Iason in
L. quoties a 1. num. 2. vers. secundo limita
Cod. de fideicommiss. Ancharr. cons. 220. n. 2.
Paris. cons. 71. num. 27. tom. 4. Dec. cons. 468.
num. 29. & cons. 498. num. 20. Guilharm. Be-
nedict. in cap. Raynuntius verbo, & soboles n.
49. de testam. Decian cons. 60. per tot. vol. 1.
Zancus in L. haeredes mei §. cum ita ff. ad
Trebel. num. 262. Boer. dec. 172. num. 6. Petra
de fideicommiss. q. 11. num. 582. & seqq. Iser-
nia in rubric. de eo qui sibi, & haered. suis n. 1.
Curt. Iun. cons. 140. num. 3. tom. 1. Cels. Hugo
cons. 26. num. 47. vers. & hoc, Magon. dec.
Florent. 91. num. 18. Peregrin. dec. 150. n. 25.
Faquin. lib. 4. contr. cap. 188. per tot. ubi res-
pondet ad contraria, Thesaur. lib. 3. forens.
cap. 84. num. 8. ubi reprobatur Molin. Alex.
Raud. de analog. lib. 1. cap. 34. num. 320. us-
que ad num. 340. Mandel. de Alba cons. 759.
num. 3. & tenent quos allegavimus Forens.
resol. d. cap. 4. num. 105. in secunda impressio-
ne, Roxas de incompat. maior. p. 5. cap. 2. n. 32.
& optime Hieronym. Palma Nepos alleg. 43.
& num. 8. & seqq. de qua re vide Olea in add.
noviss. pag. 46. eleganter Raud. de analog.
cap. 34. num. 325. & seqq. Thesaur. forens.
lib. 3. q. 84. & in filio Banniti Luca tom. 10.
de maiorat. divers. discurs. 10. n. 5. & seqq. &
discurs. 29. num. 11. & 12. alios refert alter
Luca de linea legal. art. 12. num. 53. pag. 243.
vers. alij, & pag. 242. vers. Cabrer. de met.

lib. 2. cap. 9. num. 22. & num. 30.

Et quamvis aliqui DD. loquantur in ca-
su successionis delatae per alienationem, &
non per mortem, eadem ratio militat in
utroque casu; quia cum sit certa, & indub-
itabilis, inclusio, & substitutio vocati in ca-
sum alienationis, idem dicendum est de illa
in mortis casum; nam in casum alienationis
jam erat jus quaesitum ei, qui tempore alie-
nationis natus erat, & solum deficiebat sen-
tentia, non quae jus daret, sed declararet, &
sic jus erat perfecte quaesitum, & hoc non
obstante, dicunt DD. natum post alienatio-
nem, si est proximior, posse avocare succe-
sionem jam delatam, & continuatam in na-
tum, & obtinere debet, dummodo natus sit
ante sententiam declaratoriam, ut tenet idem
Molin. d. lib. 3. cap. 10. num. 44. quem se qui-
tur Petra d. q. 11. num. 584. plusquam vi-
ginti DD. q. 318. num. 107. & 115. Castilh. d.
lib. 5. cap. 91. num. 51. Giurb. in cons. Senat.
Messan. p. 1. gloss. 4. num. 106. Ruin. cons. 22.
lib. 2. Peregrin. de fideicommiss. art. 22. n. 75.
Costa de retractat. lib. 2. cap. 7. Mart. de suc-
cess. leg. p. 1. cap. 22. Flores de Men. ad Gam.
dec. 27. Salzed. de repraes. lib. 2. cap. 2. numer.
28. Alvarad. lib. 2. cap. 3. num. 102. ibi: Si
vero tempore alienationis rerum maiore pro-
ximior Titius erat ultimo possessori, sed nas-
catur Sempronius, qui illum antecedit in linea,
& gradu, licet verum sit, quod hoc casu in
successione maiore dies alienationis, & dies
mortis aequiparentur, ut fatentur omnes, qui de
hac re loquuntur, nihilominus quia iudicis
declaratio requiritur, postulante Titio priori lo-
co nato, & equitas suggerit proximior postea
ante vindicationem, & declarationem istam
natus, puta Sempronius, admittendus est: & haec
verba quasi referunt etiam Molin. d. n. 44.
vers. sed quamvis, Castilh. d. cap. 91. num. 49.
vers. quod, & ex Olea Nos diximus d. cap. 4.
forens. num. 100. in una, & altera impressione,
& vide infra num. 415. & Roxas de incompat.
d. cap. 2. p. 5. n. 33. & seqq.

195 Probatur haec resolutio ex text. in cap. 1.
de eo qui sibi, & haeredibus suis Masculis, ut
interpretatur, quos refert *Molin. d. cap.*
10. num. 25. Peregrin. dec. 150. num. 25. Hugo
Cels. cons. 26. num. 48. & probat text. in L.
in substitutione §. 1. ff. vulgari, & L. si quis
haeredem 7. Cod. de inst. & subst. & pro hac
refert Molin. octo fundamenta d. cap. 10. n.
16. usque ad 25. videlicet, quod in primoge-
niorum successione, semper vocatur sequens
conditionaliter in defectum proximioris, seu
in defectum filiorum alienus, & ad hoc ut
purificetur haec conditio, & fiat locus sub-
stitutioni sequentis, necessario expectanda
est

est mors illius, cuius filij præcedere debent, quia vocatur ſequens ſub conditione negativa, & admitti non debet, niſi prius conſtet contrariam conditionem affirmativam adimpleri non poſſe, ut per *Molin. d. n. 16.* & ſic vocatus ſub conditione negativa, ſi ante contrariam affirmativam defectum petat, ante tempus petere videtur, unde donec eſt ſpes, quod ſubſtitutio in perſona primo loco nominatim locum habere poteſt, ceſſat ſubſtitutio illorum, qui eis deficientibus vocati ſunt, *L. cum teſtamento in princip. ff. hæred. inſtit. L. ſi mater §. ſin. ff. vulgar. L. quando à 3. ff. acq. hæred. quod etiam tenet alter Molin. de juſt. tom. 3. diſp. 634. col. 4. in fin.* Et qui eſt vocatus ſub conditione, ſi primus inſtitutus filios non habuerit, non poteſt ſuccedere, quando durat ſpes habendi liberos, quæ datur uſque ad mortem, *L. Lucius ff. hæred. inſtit. L. ex factò §. ſi quis autem ff. ad Trebel. Molin. n. 20 d. cap. 10.*

196 Præterea in legato factò familie, ubi datur ſucceſſio ſecundum gradus prærogativam, non ſolum ſubſtituti cenſentur hi, qui tempore mortis teſtatoris ſunt in familia, ſed etiam naſcitur, *L. peto §. fratre, ubi gloſſ. verbo ex familia ff. leg. 2. ex quo text. & gloſſ. ibi inquit Bald. in finalibus verbis,* quod ſi tempore mortis teſtatoris reperitur unus tantum proximior in familia, ſed ſperatur in futurum alium in eodem gradu naſciturum, licet admittatur is, qui eo tempore reperitur proximior in familia, non tamen admittendus erit ſimpliciter, ſed præſtita cautione de reſtituendo pari naſcitur, & concludit, quod conditio generalis, ſuccedat Titius, ſi Mævia filios non habuerit, abſque relatione ad mortis tempus ultimi poſſeſſoris, defecit, quocunq; tempore Mævia liberos habuerit, & ſubſtitutus in defectum liberorum excluditur, *L. hæc conditio ff. cond. & demonſtr. L. in ſubſtitutione primo reſponſo ff. vulgar. L. cum pater §. fidei tuæ ff. leg. 2. L. ſi ita fuerit ff. eod.*

95 197 Ex voluntate namque diſponentis etiam præſumpta pluries hi, qui tempore mortis ejuſdem, nec nati, nec concepti ſunt, ad ejuſ ſucceſſionem admittuntur, & includuntur, excluſis hiſ, qui eo tempore nati inveniuntur, vel ſimul cum illis, *L. ſubſtitui, L. ex factò ff. vulgar. §. proximior inſtit. de legitim. agnat. ſucceſſ.* Et tunc non eſt inconveniens data voluntate tacita, aut expreſſa, quod dominium bonorum, ſive juſ ſucceſſionis remaneat in ſuſpenſo, ut probat *text. in L. in ſubſtitutione 31. ff. vulgar. ibi: Placuit prudentibus, ſi quocunq; hæres fuiſſet, L. ſi quis hæredem 7. Cod. de ſubſtit. ibi: San-*

Pars II.

*cimus, quocunq; completa fuerit conditio, ſive mortis tempore, ſive poſt mortem, conditionem videri eſſe completam, & rationem præſtat in verſ. quod, tenent Faquin. lib. 8. contr. cap. 4. Raudenſ. de analog. lib. 1. cap. 34. num. 320. & ſeqq. Petr. de fideicommiſſ. q. 11. num. 552. Menoch. conſ. 97. num. 79. Boer. dec. 172. num. 6. Magon. dec. 91. num. 21. Franch. dec. 179. num. 20. Guid. Pap. dec. 511. num. 2. optime Farin. dec. 593. num. 3. Peregrin. de fideicommiſſ. art. 22. num. 73. Faſar. q. 318. num. 79. Molin. de juſt. d. diſp. 634. col. 11. verſ. ad ſecundum, Mier. de maiorat. 2. p. q. 4. illat. 8. Sanch. de matr. lib. 3. diſp. 91. Caſtilb. d. cap. 91. num. 48. verſ. conſiderandum, Cabrer. de metu lib. 2. cap. 9. num. 28. uſque ad 42. Quorum verba licet notabilia ſatis ad propoſitum ſunt, & nel videar moleſtus, ſilentio omittere ea deſtinavi, ſubſcribit *Surd. dec. 125. num. 41. & Roxas d. cap. 2. p. 5. num. 73. & ſeqq. Olea citatus ſupra numer. 38.**

Et in maioratu diſtinguens, inter vocatio- 198 nes limitatas vacantis tempore, ubi procedit regula, ſive à contrario, ſi reſpiciunt ad tractum ſucceſſivum, quod in quolibet tempore, quo verificetur voluntas, obſervari debeant, etiam ſi ex poſt factò naſcantur vocati, ad hoc ut hi obtineant, defendit ex altero *Molin. d. cap. 10. num. 15. & 25. Molin. de juſt. d. diſp. 634. ſequuntur Raud. d. cap. 34. num. 118. Caſtilb. d. cap. 91. num. 43. & 48. verſ. Hactenus, Cabrer. d. cap. 9. num. 29. & ſeqq.*

Quod procedit, non ſolum ubi manifeſta 199 eſt voluntas, verum etiam quando per con-jecturas induceretur, *L. licet Imperator ubi Bart. ff. leg. 1. cum alijs de quibus Mier. de maior. 2. p. in princip. num. 21. & q. 6. num. 164.* Et in terminis in favorem poſtea natorum, *Paris. conſ. 71. num. 8. lib. 4. Peregrin. conſ. ſin. num. 4. verſ. quod igitur lib. 5. Fuſar. q. 318. num. 92. Theſaur. d. q. 84. n. 12. lib. 3. Caſtilb. d. cap. 91. num. 43. & n. 48. ibi: Nam in pendentem eſſe poteſt ex voluntate, præſumptaque inſtitutoris mente. Roxas ubi ſup. n. 76. d. cap. 2. p. 5.*

Et jura dicentia, quod is, qui tempore 200 mortis, nec natus, nec conceptus eſt, non poteſt ſuccedere, intelligenda ſunt in diſpoſitione pura, & non in condicionali, nam in ea non tempus mortis, ſed tempus purificationis conditionis attendendum eſt, *L. eum qui poſt ff. cond. & demonſtr. L. intervenit ff. leg. præſtand. L. eum pater §. hereditatem ff. leg. 2.* In eo namque caſu in ſuſpenſo eſt ſucceſſio, donec adimpleatur conditio, & per vocatorum nativitatem ſucceſſio eſſe valet,

F ij

quod

quod adeo verum est, ut nullus DD. qui sequuntur *Molin.* videtur contrarium tenere in casu voluntatis expressæ, aut tacitæ, vel conditionis, ut videre est per illos, & per eundem *Molin. d. cap. 10.* quinimo in hanc inclinatur partem sub *num. 35.* sicque explicat ejus *Add. Castilb. d. cap. 91. num. 43. in medio, Roxas d. num. 76.*

201 Hæc sunt fundamenta *Molin.* pro hac parte altius exornata, & comprobata, ut legenti patebit, & nunc addo alia non minus efficacia. Primum est, quando natus post delatam successionem est persona prædilecta, & ad quam testator habuit maiorem affectionem, seu dilectionem, debet includi, & admitti, in exclusionem minus dilecti, & jam nati, *Dec. conf. 38. num. 4. vers. tertio, & conf. 468. num. 29. Cæphal. conf. 318. n. 29 & seqq. ibi: Et in hac materia illi, qui sunt magis dilecti, præferuntur, etiam si eo tempore in rerum natura non fuerint. Surd. conf. 125. n. 16. & 17. Menoch. conf. 1213. num. 20. & 21. ibi: Atque magis dilectus nondum natus, si nascatur, post eventum conditionis admittitur excluso jam nato. Fusar. q. 318. num. 78. vers. porro, & ponit exemplum in casu Roman. conf. 134. relato à *Molin. d. cap. 10. n. 25. vers. ex quibus, & hanc sententiam sequuntur Paris. & alij citati à Fusar. supra, & ultra eos Menoch. conf. 1213. num. 24. Farin. dec. 593. num. 1. Franch. dec. 159. n. 13.**

202 Et cum hæc dilectio ex conjecturis colligatur ex dictis à *Cassan. conf. 42. num. 29. Gratian. cap. 621. num. 16. Menoch. lib. 4. præf. 16.* & ex alijs, semper postea natus admitti debet, quia licet jam natus, & existens tempore mortis successisset, non intravit irrevocabiliter, & absolute, sed revocabiliter, & donec nascatur prædilectus, quem testator prætulit, & si vivus existeret, succederet, & ita cum sua causa, ut scilicet nascente postea prædilecto resolvatur viventis inclusio, seu admissio, ut post alios tenet *Surd. d. conf. 125. num. 50 cum seqq. Castrenf. d. conf. 247. num. 5. lib. 1. Roland. conf. 70. num. 48. vol. 3. Thesaur. d. q. 84. num. 8. vers. non obstat lib. 3. Boer. dec. 172. num. 6. Petr. d. q. 11. n. 586. Fusar. d. q. 318. num. 79. Magon. dec. Florent. 91. num. 23. vers. & dato, Peregrin. de fideicommiss. art. 22. num. 73. Castilb. d. cap. 91. num. 43. *Molin. d. disp. 634. col. 7. in fin.**

203 Secundum fundamentum elicitur, ex eo quia si testator vocat filios nascituros, nati post conditionem eventum admitti debent, ut firmiter citati à *Fusar. q. 318. n. 86. Surd. conf. 125. num. 30. Magon. dec. 91. num. 22. Peregrin. d. art. 22. num. 76.* licet contrarium teneant, quos refert *Fusar. supra num. 95.*

quas opiniones concordat *num. 97.*

Et de nascituris testatorem censisse dicitur, non solum quando hoc expresse dictum est, sed etiam si tacite, ut si tempore testamenti filij non extarent, nam in ea specie de necessitate dispositio ad nascituros refertur, *Paris. conf. 71. lib. 4. num. 8. Peregrin. d. conf. ult. num. 4. vers. quod igitur lib. 5. Fusar. d. q. 318. n. 92. Surd. d. conf. 125. n. 34. Thesaur. d. q. 84. n. 12. lib. 3.*

Tertium motivum deducitur, quia ubi subest dubium, an primo, vel secundo loco vocati, aut iclusi admittendi sint, in tali dubio pronunciandum est in favorem primo vocatorum, *L. qui ff. hered. inst. l. 1. Cod. edict. Div. Adrian. tollend. l. quoties ff. usufr. Farin. dec. 593. num. 2. lib. 2. noviss. præsumitur enim testatorem magis dilexisse eum, quem primo loco nominavit, L. publius §. Titia ff. cond. & demonstr. Surd. d. conf. 125. num. 27. & 31. Ubi cum alijs argumentatur, atque ita licet proximior ex filio secundo succedat, si postea nascatur filius, ex primo succedere debet, quia secundo loco vocatus non admittitur, donec extat hæres, aut filius primo loco scriptus, *L. cum in testamento ff. heredib. instit.**

Quartum fundamentum est, quia includere, & admittere eum, qui natus est tempore cedentis fideicommissi, quodammodo fuit sub conditione, si proximior, & prædilectus non nascatur, & eo nato perinde est, ac si jam natus non fuisset admissus, quia per supervenientiam proximioris, & magis dilecti fingitur remotiorem nunquam successisse, & admittitur proximior, ut tradit *Surd. conf. 125. num. 49. vers. secundo, ita evenit, quando aliquis substitutus est ad tempus, nam eveniente tempore, tenetur hæreditatem restituere substituto, Menoch. conf. 501. num. 6. & seqq. Surd. d. conf. 125. n. 51.*

Quintum fundamentum, deducitur ex eo, quia legitime constitutum retractatur, quando causa, propter quam factum fuit, ad non causam devenit; tunc enim quantumvis legitime factum fuerit, rescinditur, ex *L. si fullo ff. cond. sine caus. ubi notat Bart. retractatur enim ibi sententia lata contra fullo, qui amiserat rem sibi traditam ad puliendum, si contingat rem ad dominum redire, ad quod etiam est text. in *L. in commodato §. fin. ff. commod. & in L. si sine ff. rem ratam haber. Surd. conf. 125. num. 56.* Et sic in specie nostra non existentia posthumi vocati, fuit causa successionis proximioris tempore mortis, nam si posthumus extaret, succedere debebat, & non proximior, & cum ex post facto supervenisset, defuit causa ad-*

missionis

missionis proximioris, & ad non causam re-
ducitur, & ideo nihil mirum, si maioratum
restituatur.

208 Sextum fundamentum est, quia quando
adest voluntas testatoris expresse, vel præ-
sumpta, quod voluerit etiam post eventum
conditionis natos admitti, tunc enim cum
voluntas totum faciat in maioratibus, *Ord.*
lib. 4. tit. 100. §. 3. L. ex facto ff. hæred. inst. L.
in conditionibus ff. cond. & demonstr. Illa so-
la expectanda est, & admitti debent quocun-
que tempore nati, ut jam probavimus supra,
& tenent Menoch. conf. 830. n. 18. & conf.
404. num. 5. & 6. & conf. 413. num. 60. vers.
quinto, & num. 61. Fusar. d. 9. 318. num. 77.
Surd. dec. 125. num. 41. vers. prædicta, Ma-
gon. dec. Florent. 91. num. 21. vers. præterea,
Franch. dec. 169. num. 20. Castilb. d. cap. 91. n.
42. & seqq. ubi quod opinio Molin. intelligi
debet in casu valde dubio, & quando non
constat de voluntate testatoris, secus vero
quando de illa apparet, & n. 43. dicit, quod
sufficit tacita, seu conjecturata, & præsump-
ta voluntas, quæ ex verbis, & tenore dispo-
sitionis deducatur, Mantio. de conjectur. ult.
vol. lib. 5. tit. 15. n. 21. in fin.

209 Ex hac enim resolutione satisfit uni ex
principalibus fundamentis *Molin.* cum quo
defendit suam opinionem; videlicet quod
dominium, & voluntas testatoris, non pos-
sunt stare in pendenti, nam ex voluntate te-
statoris non est inconueniens, quod domi-
nium sit in suspenso, ut jam supra diximus,
& tenent *Peregr. d. art. 22. num. 73. Farin.*
d. 9. 593. num. 3. tom. 2. noviss. Surd. d. conf.
125. num. 34. 35. & 43. Castilb. d. cap. 91. n.
43. Molin. de iust. d. disp. 634. col. 2. vers. ad
secundum, Fusar. d. 9. 318. num. 108. & num.
109 & est resolutio Bart. in L. fin. ff. com.
præd. num. 5 & in L. ususfruct. n. 7. per text.
ibi ff. stipul. servor. Molin. d. cap. 10. num. 27.
& 28. Menoch. conf. 1213. num. 18. & 19. op-
timate Paz. de tenent. p. 1. cap. 10. n. 30. cum seqq.
Vbi concludunt, quod substantia dispositio-
nis in actibus morientium pendere non po-
test; secus vero esse in effectibus successio-
nis, quia pendere optimo jure possunt, ut
etiam concludit *Palma d. alleg. 43. per tot.*

210 Et in terminis juris communis (cujus
dispositio in hoc Regno servanda est, ex *Ord.*
lib. 3. tit. 64.) *Molin.* habuit pro magis vera
opinionem, quam defendimus, & affirmativa,
ut advertit *Castilb. d. lib. 5. p. 2. cap. 91. n. 48.*
& fundamentum, cum quo ab ea recessit, &
sequutus fuit contrariam negativam, fuit
Lex 45. Tauri, secundum quam statim mor-
tuo possessore maioratus transfertur domi-
nium, & possessio civilis, & naturalis in suc-

Pars II.

cessorem, absque eo quod possit stare in pen-
denti, nec per momentum: sed hæc senten-
tia sic generaliter sumpta vera non est, nec
admittenda in nostro Regno, in quo absque
actuali apprehensione non transfertur pos-
sessio maioratus, ut ex *L. cum hæredes ff. ac-*
quir. poss. diximus Forens. cap. 5. n. 60. & seqq.
& neque etiam in Regno Castellæ vera est,
quia ubi datur vocatio conditionalis, & con-
ditio est, & relata ad tempus vacationis ma-
ioratus, suspenditur successio, donec voca-
tus nascatur, aut conditio reducatur ad im-
possibile, & in hoc casu receditur ab opinio-
ne *Molin. alter Molin. d. disp. 634. numer. 7.*
vers. Ego, & idem defendit Raudens. d. cap.
34. de analog. num. 118. & seqq. & matura
deliberatione definiendum esse proficetur,
Castilb. d. cap. 91. n. 48. vers. & hætenus, &
vers. è contrario.

Ceterum doctrina *Molin.* procedit, quan-
do immediatus successor est certus, & cogni-
tus, tunc successio pendere non potest res-
pectu institutoris, nec respectu successoris, sed
statim transfertur in possessionem maiora-
tus; at vero quando dubitatur, quis sit legi-
timus successor, & circa successione[m] datur
competentia inter duos, aut plures, quam-
vis successio pendere non possit respectu in-
stitutoris, ex *L. fin. Cod. com. præd.* tamen
pendere potest respectu successoris, ut con-
siderat *Molin. d. cap. 10. num. 28.* Nam quam-
vis quoad legem persona successoris semper
certa sit, *L. cum quidam §. suum hæredem ff.*
acquir. hæred. & in eum ipsa lex possessio-
nem transferat, quoad nos vero cum perso-
na sit in certa, antequam per sententiam de-
claretur, hæc incertitudo facit, quod ex sen-
tentia declaratione pendet, an sit unus, vel
alter legitimus successor, & quoad eum, &
quoad effectum successione[m] dispositio insti-
tutoris in pendenti est.

Et præcisum non est, quod *Lex 45. Taur.*
statim transferat possessionem in successo-
rem, absque eo quod stet in pendenti, quia
per aliquam causam, aut conditionem potest
in suspenso stare, ut diximus, & tenet *Ca-*
stilb. d. cap. 91. num. 48. vers. considerandum,
ut succedit in legum dispositione, in qua
transfertur dominium de una in alteram
personam ipso jure, quia dantur casus im-
peditivi d. translationis, & in quibus trans-
latio dominij pendet ab effectu, & conditio-
nis purificatione, de quo est elegans *Gloss.*
verb. successerit in L. cum hæreditas ff. depo-
sit. quam *gloss.* sequuntur, & explicat *Paul.*
ibi vers. in text. ibi, & esse notabilem, & men-
ti tenendam firmanz Alex. num. 24. laz n. 5.
in L. si filius qui patri ff. vulg. & compro-
bant

bant, quos refert *Castilb. d. cap. 91. num. 48. vers. considerandum*, & idem sentit *Gloss. verbo jura in L. cum heredes ff. acquir. hered.* ut bene perpendit *Castilb.* ubi proxime.

Et magis dubiam facit opinionem *Molin.*
 213 illa consideratio, quod ante *Legem Taur. 45.* eandem translationem dominij, & possessionis concessit, *Lex part. 7. tit. 4. part. 5. & Lex Taur.* solum addidit esse faciendam, quamvis bona fuissent in tertij potestate, & non datur dubium, nisi quod in successione concessa à Lege partite, in d. translatione potuerat habere, suspensio, & successio potuerat stare in pendenti præcedente conditione, vel alias si ex forma dispositionis ita colligatur, ut in *L. si post diem 5. ff. quand. dies legat. cedat,* & in *L. unie. §. si autem aliquid sub conditione Cod. caduc. tollend. l. 34. tit. 9. part. 6. ubi Gregor. Lop. gloss. 4. verbo antequæ cumplisse la condicion,* aut quod testator potest disponere, quod illud, quod est transmissibile, non transmittatur, & considerandum esse ad institutum nostrum, ait *Cast. d. cap. 91. n. 48. vers. præterea.*

214 Et quando per *L. 45. Tauri* maioratus haberent insitam à natura dispositionem, quod successio non potuisset stare in pendenti, concluderat argumentum, quod ad natum proximiorum transferretur possessio, sed non concludebat, quod natus ex post facto non habuisset melius jus ad avocandam successione, quasi primus successerit conditionaliter, vel revocabiliter, ut supra diximus, & advertit *Molin. d. cap. 10. num. 36.* & post eum *Castilb. d. cap. 91. num. 48. vers. rursus.*

215 Posito tamen, quod opinio *Molin.* observanda esset irrevocabiliter ad favorem nati proximioris tempore mortis ultimi possessoris, intelligi debet, quando absque controversia successit, aut si finita lite erat natus proximior, qui si existeret, succedere debebat, quia si lis pendebat, aut se opposuit, resolutio communis, & vera est, succedere debere natum ex post facto, & excludere jam admissum, ut fatetur *Molin. d. cap. 10. n. 44. & 45.* quam sententiam sequuntur *Castilb. d. cap. 91. num. 49.* & si *Olea*, quem allegavimus, *Forens. d. cap. 4. n. 100.*

216 Et licet hæc duæ opiniones fuissent æqualiter probabiles, sequenda erat affirmativa, quam sequimur, & defendimus contra *Molin.* & secundum aliquos DD. ex distinctione communiter recepta, cum qua istæ opiniones concordantur, scilicet, quod si tempore, quo cessit dies conditionis, extabat aliquis ex vocatis per testatorem, ipse succedat irrevocabiliter, quia invenitur natus, & vo-

catus, & non erat, qui eum præcederet; si vero non extabat, expectandus est nasciturus, nam alias dispositio testatoris non haberet plenum effectum, ut eleganter declarat *Surd. conf. 125. num. 40. Fusar. q. 318. num. 53. Menoch. conf. 413. n. 32. & 33. & conf. 698. num. 14. Cephal. conf. 318. num. 23. & seqq.* Vel etiam quando erat conceptus, in qua re nullus dubitat, ut videre est per *Molin. Castilb. Olea supr. de qua re Roxas d. 5. p. cap. 2. num. 17. & seqq. Palma Nepos d. alleg. 43. & num. 8. & seqq. eleganter Raud. de analog. cap. 34. num. 325. & seqq. Thesaur. lib. 3. forens. q. 84.*

Ad quam distinctionem est superfluum recurrere, quia nostra resolutio est vera ex juribus, & illius principijs, & DD. & decisis supra ponderatis in hac materia, ex quibus respondetur ad fundamenta *Molin.* & contra eum hanc opinionem sequitur ultra citatos *Marta de success. leg. 4. p. 9. 21. art. 16. n. 21. & seqq.* qui omnino videatur, quia est elegans, & copiosus locus, & his non consideratis, nec ita resolutis, sed altius explicatis, judicatum fuit, aliquibus Senatoribus contradicentibus, & reluctans in causa Ioannis de Saldanha cum Christophoro de Almada, & D. Didaco de Menezes circa maioratum de Oliveira in gradu revisionis, apud Notarium Dominicum Ludovicum de Oliveira, ut constat ex sententijs, & deliberationibus seqq. quorum tenor talis est.

218 *Vistos estes autos, libello dos AA. exceção peremptoria dos RR. em nome de seu filho D. Luis, recebida por principio de contrariedade, & acabada, replica do A. artigos de opposição dos RR. recebidos, contrariedade a elles do A. replica, & treplica sobre os mesmos artigos, & os de habilitação recebidos, artigos de opposição de Ioão de Saldanha, em nome de seu filho recebidos, contrariedade a elles do A. & dos RR. aonde também contrariarão a aução do A. sobre Val de Sobrados, exceção peremptoria dos mesmos RR. recebida por principio de contrariedade, acabada, mais artigos recebidos, papeis juntos, prova por todas as partes dada. Mostrase instituir D. Martinho, Arcebispo que foi de Braga, o morgado da contenda, nomeado de Oliveira, chamando para a successão delle em primeiro lugar a seu irmão Men Peres, & a seu filho lidimo, barão, & leigo, & em falta do filho leigo filho Clerigo, & que assim fosse por netos, & bisnetos, & por todos aquelles, que descendessem do dito Men Peres direita linha, & extinta ella se mostra chamar ao filho de outro seu irmão Ioão Peres, com a mesma repetição de filho lidimo leigo, & barão, & em falta delle o*
 filho

filho Clerigo, & que aſſim foſſe por netos, & biſnetos, & por todos ſeus deſcendentes, que deſcendeſſem do dito Ioaõ Peres direita linha, & que em falta della ſuccedeſſe o filho, neto, ou biſneto lidimo leigo, & barão, & em ſua falta Clerigo, de ſua irmã Ouzenda Peres, & que aſſim foſſe, por netos, & biſnetos, & por todos ſeus deſcendentes direita linha de ſuas irmãs Maria, & Thereſa Peres, declarando que ſenaõ ouveſſe leigo lidimo, & barão, nem Clerigo da dita Thereſa Peres ſua irmã, nem de nenhum de ſeus irmãs, nem de ſuas irmãs, que entaõ ficaffe o dito morgado ao Clerigo mais chegado, & melhor de ſua linhagem, & morto hum ficaffe ao outro, & que aſſim andaffe ſempre; mandando por ultima clauſula, que mulher nenhuma de ſua linage, nem eſtranha nunca ſeja herdada no dito morgado; & que todos os ſucceſſores, mantiveſſem, reſiſſem, & melhoraffe os bens delle. Moſtraſe ſucceder no dito morgado o dito Men Peres, & diſcorder a ſucceſſaõ por ſeu filho, & deſcendentes até Luis Francisco de Oliveira, que faleceo em 11. de Junho de 1664. ſem deixar filho barão ſenaõ filhas femeas, & a mais velha ſer a R. Dona Maria de Oliveira, & ficar cazada com o R. Dom Diogo de Menezes, & prenhe de ſinco mezes, & parira hum filho Dom Luis de Oliveira, & Menezes. Pertende o A. Chriſtovaõ de Almada a ſucceſſaõ do dito morgado com fundamento de ſer filho de Dona Magdalena de Alencastro, irmã inteira, & mais velha do dito poſſuidor Luis Francisco de Oliveira, & ſer de agnação na linha do dito Men Peres, & Ioaõ Peres, & conſervada artiſcioſamente nos deſcendentes baroens das irmãs, & que não podia ſucceder nelle o dito Dom Luis, filho dos RR. por ſer deſcendente de femea, & que o dito morgado requeria por condiçãõ o ſer nacido, & exiſtente ao tempo, & hora da morte do poſſuidor, o que ouveſſe de ſucceder, & que o dito Dom Luis nacera depois da morte do dito ſeu avo Luis Francisco de Oliveira, & neſtes termos, nam era havido por nacido, nem ſe podia dizer exiſtente ao tempo da morte do poſſuidor, & que ainda que nos ditos termos ſe ouvera por nacido, & exiſtente, nam era barão de barão, & por tanto não podia ſucceder, antes ſe devolveva a ſucceſſaõ a elle A. por ter vocação propria, em razão de ſerem chamados os filhos das irmãs do inſtituidor, nam havendo barão de barão, elle A. ſer filho da irmã do dito poſſuidor Luis Francisco de Oliveira, & aſſim havia de excluir a R. por ſer femea, & tambem a ſeus filhos, por nam ſerem baroens de baroens, & pelos meſmos fundamentos allega, que deve excluir ao

oppoente Fernaõ de Saldanha, por outroſim ſer filho de femea, qual he Dona Ines Antonia de Tavora, filha do dito poſſuidor Luis Francisco de Oliveira. Por parte dos RR. ſe formou a exceção peremptoria de carencia de aução, que lhe foi recebida por parte de contrariedade ao dito libello do A. na qual, & em ſeu acreeſcentamento deduziraõ ſer o R. Dom Diogo de Menezes cazado com a dita R. D. Maria de Oliveira, filha mais velha do dito poſſuidor Luis Francisco de Oliveira, & que o dito morgado era de masculinidade, & como tal ſuccedera nelle o dito ſeu filho Dom Luis de Oliveira, & Menezes, & lhe nam era de impedimento naſcer depois da morte do dito ſeu avo; por quanto era certo em Direito haverſe o concebido no ventre com alma racional por nacido para todas ſuas commodas ſucceſſoens, & que o dito Dom Luis ao tempo da morte do dito ſeu avo estava concebido de ſinco mezes, & tinha alma racional, & que em ſeu nome tomara poſſe do dito morgado, & era o legitimo ſucceſſor delle. Moſtraõ os Reos, que por morte de ſeu filho Dom Luis, trataraõ de habilitar para o dito morgado a outro ſeu filho Dom Pedro, provando, que em nome do dito ſeu filho Dom Pedro ſe tomara poſſe dos bens do dito morgado. Moſtraſe, que falecido tambem o dito Dom Pedro ſe oppoz a eſta causa o oppoente Fernaõ de Saldanha, por ſer pay, & legitimo administrador Ioaõ de Saldanha, a fim de excluir o A. & RR. com fundamento de ſer filho do dito Ioaõ de Saldanha, & de ſua mulher Dona Ines Antonia de Tavora, filha ſegunda do dito poſſuidor Luis Francisco, & ſer o dito morgado nam de agnação, mas de ſimples masculinidade, & como tal haver ſuccecido nelle o dito Dom Luis de Oliveira, filho dos RR. por ter vocação propria, em razão de eſtarem chamados eſpecialmente os netos, & que ainda que nacceſſo depois da morte do dito ſeu avo Luis Francisco, estava concebido no ventre, & com alma racional ao tempo da ſua morte, & como tal o Direito o havia por nacido, para ſeus commodos, & ſucceſſoens, & que nam havia na inſtituição as palavras da exiſtencia, nem a condiçãõ de ſer nacido ao tempo, & hora da morte do ultimo poſſuidor, o que ouveſſe de ſucceder, & que ainda que a ouvera, o concebido na dita forma exiſtia realmente, & que por tanto, nam podia tocar a ſucceſſaõ ao A. por ſer tranſverſal, & da linha contentiva, a ſervir na linha effectiva do poſſuidor Luis Francisco o dito ſeu neto Dom Luis, & o A. nam ter vocação propria, em que ſe fundar, por ſer filho da irmã do poſſuidor, & da primeira linha de Men Peres, & ſer couſa diferente

vocaçam dos filhos das irmaãs do possuidor, das quaes o A. nam he descendente, nem podiam succeder em quanto ouvesse descendentes da linha de Men Peres, & do ultimo possuidor, de que nam havia de fazer salto a successam aos descendentes de suas irmaãs. Mostrase, que depois do oppoente se oppor com os ditos fundamentos, se defenderaõ os R.R. allegando ser o morgado de Oliveira de agnação, & como tal nam poder succeder nelle o A. nem o dito oppoente, como descendentes de femeas, & que ella R. posto que tambem o seja, se reputa por agnada, & por ser filha do ultimo possuidor succedera no dito morgado, & que era caso omisso na instituiçam, a exclusão da filha do ultimo possuidor, & que além disto estava dispensada, & commutada a vontade do instituidor, para como a tal filha do possuidor haver de succeder por hum Breve do Papa Pio IV. & sentença, que em justificação de suas promessas dera o Senhor Cardeal Delegado Dom Henrique, em que se declarava, que se do ultimo possuidor nam ficassem filhos, ou descendentes baroens leigos, ou Clerigos, herdasse a filha do ultimo possuidor, contra a qual defeza diz o oppoente, que os R.R. confessáraõ nos autos, que por morte do dito seu pay, & sogro succederam os ditos seus filhos netos baroens do dito defunto, & serem possuidores em nome dos ditos seus filhos, & que ainda que agora dissessem o contrario, a verdade era, que succederãõ os ditos filhos dos R.R. & que a R. por ser femea, & como tal excluida clara, & expressamente por negativas universaes, examinadas, & postas em clausula separada, & no fim de todas as vocações, que comprehendia todas, & quaesquer femeas, sem deixar lugar a interpretaçoens algumas, nem podia succeder, nem era caso omisso sua exclusão; porque posto que seja filha do possuidor, he femea, todas as quaes estaõ excluidas sem exceçam, mas universal, & indefinitamente pelas ditas negativas, & que nunca mulher nenhuma da linhagem do instituidor, nem estranha, succedia no dito morgado, nem nos ditos herdamentos, & que nam he este o caso do Breve do Papa Pio IV. & sentença que por elle dera o Senhor Cardeal Delegado; por quanto no dito Breve a sentença se declarava, que se do ultimo possuidor não ficassem filhos, ou descendentes baroens, leigos, ou Clerigos, entãõ no dito caso herdasse a filha do ultimo possuidor, a qual dicção, eo caso, era taxativa, & senãõ podia extender a outro caso, & que como por morte do dito possuidor Dom Luis Francisco de Oliveira, ficara descendente lidimo, & barãõ, q era o dito seu neto Dom Luis filho da R. nam era este o ca-

so da dispensação, ou commutação do dito Breve feita a favor das femeas, além do que mais allega, & oppoem contra o dito Breve a sentença de justificação nas premissas, de que diz se devia tratar neste luizo secular. Finalmente se allega por parte do dito oppoente, que por morte do dito Dom Luis, he succedera no dito morgado seu irmaõ Dom Pedro, tambem filho do R. & que a este por falcer menino, sem descendentes, nem irmaõ barãõ, succedera elle oppoente Fernãõ de Saldanha, por ser o seu parente barãõ mais chegado, & neto do mesmo possuidor Luis Francisco de Oliveira descendente da mesma linha effectiva do primeiro shamado Men Peres, & comprehendido expressamente na vocaçam feita em primeiro lugar de seus descendentes baroens; & que por tanto a elle oppoente pertencia a successão depois da morte do ultimo possuidor D. Pedro filho dos R.R. os quaes allegaõ, & tinha tambem allegado o primeiro oppoente Antonio Luis de Oliveira, de que nam ha que tratar, por desistir haver outro morgado, chamado de Val de Sobrados, instituido por Dom Rodrigo Bispo de Lamego, filho do Arcebispo instituidor do da Oliveira, & que o deixara a seu tio Pedro Peres de Oliveira, a quem o Arcebispo seu pay deixara o morgado de Oliveira, & como senam achava instituiçam do dito morgado de Val de Sobrados, se devia presumir regular, & como tal pertencia a successão delle á R. posto que femea, porque regularmente estas succedem em defeito de baroens da mesma linha, & grao. E por parte do A. & oppoente se mostra, que a herdade de Val de Sobrados, nam he morgado separado, nem diverso, por quanto senam mostra, nem ha instituiçam delle, nem os R.R. provaõ, que a ouvesse, nem se conclue, pelo que acerca disso juraõ as suas testemunhas, as quaes se referem ao que leraõ em alguns nobiliarios, porque como se enganaõ em dizerem, que o dito morgado de Val de Sobrados fora deixado a Pedro Peres, a quem ficara tambem o da Oliveira, sendo que este foi deixado a Men Peres, & nam a Pedro Peres, que em toda a instituiçam senam nomea, & ao dito Men Peres foi dada a dita instituiçam por morte do Arcebispo instituidor, padesssem o mesmo engano, & falta de noticia em dizerem, que ouvera o tal morgado de Val de Sobrados instituido pelo dito Bispo de Lamego, nem os Tabeliarios tem credito, fora do que toca ás geraçoens, & parentescos, & menos no que dizem, contra o que consta por outros documentos, & provas, além de que se diz, que sempre a dita herdade de Val de Sobrados, andara unida ao morgado de Oliveira, sem nunca se tratar como morgado sepa-

ſeparado. O que viſto, & o mais dos antos, diſpoſiçãõ de Direito neſte caſo, & como conſta, que a dita herdade de Val de Sobrados he huma meſma couſa com o morgado de Olivei-
ra, & que ſeja morgado ſeparado, & diſverſo ſenam prova, que conclua, contra o que aſſim ſe moſtra, & ſobre tudo a ſucceſſãõ unida, que ſempre ſe obſervou em todos os poſſuidores, que ouve, oficon fazendo da meſma natureza do da Oliveira, & como eſte ſe prova ſer de ſimples masculinidade, & nam de agnaçãõ, porque a excluſãõ de femeas tacita, ou expreſſa em ambas juntas, & a vocaçãõ de baroens, conforme a melhor opiniãõ, que reconheceraõ muitos da contraria, nam fazem o morgado de agnaçãõ, por poderem ſer chamados os baroens, & excluidas as femeas a reſpeito de outras couſas, que explicaõ os DD. & viſto outrosim como das palavras da inſtituiçãõ ſe moſtra ſer de ſimples masculinidade, pois em todas as vocaçõens ſe chamaõ netos, & deſcendentes, & da univerſal todos aquelles, que deſcendem direita linha, ſem dizer, que ſõ ſe chamaõ baroens de baroens, na clauſula fol. 8. ſe declara, que ſenam ouveſſe filhos de ſua irmaõ Theresa Peres, ou deſcendentes della, nem de nenhum de ſeus irmaõs, nem de ſuas irmaãs, ſucceſſe o Clerigo mais chegado, & melhor de ſua linhagem, nos que claramente chamou todos os deſcendentes baroens, ou foſſem de baroens, ou de femeas; além de que ſe a tençãõ do inſtituidor fora excluſãõ os baroens deſcendentes de femeas, o declarara, quando logo immediatamente expreſſou, que nam queria, que mulher nenhuma de ſua linhagem, nem eſtranha, nunca ſucceſſe no dito morgado, nem nos ditos herdamentos, & continuara dizendo, mulher nenhuma, nem ſeus deſcendentes, poſto que baroens ſejaõ, ou diſſera expreſſamente, que faça morgado de agnaçãõ, a que ſe junta ſer inſtituido por tranſverſal, ſer encargo de miſſas, mandar que os poſſuidores conſervaeſſem os bens, & os reſiſſeſſem, chamar igualmente os deſcendentes de dous irmaõs, & de tres irmaãs, & allegarem os proprios RR. que tinhaõ mais outro irmaõ chamado Pero Peres, ao qual nam chamou, nem aos baroens, que delle deſcendeſſem, como tambem nam chamou a ſeu irmaõ Ioaõ de Oliveira, nem a ſeu filho Martim de Oliveira, nem ſeus deſcendentes baroens, ſendo que no meſmo teſtamento lhe deixou legados; nam mandar, que ſe chamaſſem do appellido, nem que trouxeſſem as Armas, & o chamar em todas as vocaçõens Clerigos, que ſuprimem a agnaçãõ, & perpetuar nelles ultimamente a ſucceſſãõ, com o mais, que ſe considera pelo oppoente, que tudo

neſte Reyno faz ſer o morgado de ſimples masculinidade, & nam de agnaçãõ, como as partes querem, & os Reos tambem nos antos confeſſaraõ varias vezes ſer de masculinidade, & attento a nam ter o Authõr a vocaçãõ, que introduz por filha de irmaõ do dito poſſuidor, em quanto havia neto deſcendente do meſmo poſſuidor, que poſto nam foſſe nacido ao tempo de ſua morte, o Direito o ha por tal, para todas ſuas commodas heranças; & ſucceſſoens, por eſtar em ſua vida concebido no ventre com a alma racional, & nam haver na inſtituiçãõ a condiçãõ, que exiſta nacido ao tempo, & hora da morte do ultimo poſſuidor o que ouveſſe de ſucceſſer, com o que nam he neceſſario examinar, o que neſtes termos ſe acha nos Conſelhos allegados de Surdo, cujos fundamentos ceſſaõ por ſe tomar por eſte na ſua deciſãõ, o dizer, que o diſponente uzara da palavra nascidos, acrescentando, que a tal diſpoſiçãõ nam incluia os poſthumos, por eſtes nam ſerem nascidos, mas nascidouros, & como a palavra nascidos, nem pelo modo, que a traz, Surdo ſenam acha no caſo preſente, mal podem adaptarſe a elle os ditos Conſelhos, nem as palavras da inſtituiçãõ, eſta morte, obraõ contra o referido caſo alguma; pois além de nam dizrem, que ſeja nacido, eſta morte, ſe deve considerar, que dellas uſou o inſtituidor; por quanto em todas as vocaçõens, que fez, declarou, que os que chamava poſſuiſſem os ditos bens por todos os dias de ſua vida, & por iſto diſſe, os que por morte haviam de ſucceſſer, uzando das duas palavras, eſta morte, porque antes della, nam podiam os ſeguintes poſſuir, & eſte he o verdadeiro ſentido, & nam o que quer o A. de exiſtirem nascidos, & de nam ſerem havidos por taes os concebidos no ventre, como os ha o Direito, com cuja diſpoſiçãõ o teſtador he viſto conformarſe; maiormente nam havendo, como nam ha outra preſumpçãõ, que excluã eſta, antes viſta, & considerada bem a dita inſtituiçãõ, o que ſõ ſe colhe della he, que a vontade do inſtituidor, foi, que o dito morgado foſſe poſſuido por baroens, ſem fazer differença dos concebidos, ou nascidos, havendo que niſto tinha diſpoſto o Direito claramente. E como finalmente o Breve do Papa Pio IV. em q. a R. ſõ funda para haver de ſucceſſer, poſto que femaã, a ſeu pay Luis Francisco de Oliveira, & a ſentença de iuſtificaçãõ das premiſſas declare expreſſamente, que nam ficanda do poſſuidor filhos, ou deſcendentes baroens, leigos, ou Clerigos, entãõ no dito caſo, herde a filha do dito poſſuidor pela diçãõ taxativa, eo caſo, que nam ſe pode extender a outro diſverſo, & contrario, qual he o preſente, em que do dito poſſuidor ficou ſeu
neto

neto Dom Luis já concebido com alma racional, que nos termos do mesmo Breve deve succeder, & assim nam he necessario averiguar sua vontade, ou invalidade, nem della se ha de conhecer neste Juizo, ou remeterse ao Ecclesiastico, como os RR. requerem; os quaes confessárao varias vezes, que pelo dito Breve se commutou a vontade do instituidor, para succeder a filha do ultimo possuidor, nam ficando delle filhos, nem descendentes. Julgo serem todos os bens hum só morgado, & que nelle succedeo por morte do dito Luis Francisco de Oliveira seu neto Dom Luis de Oliveira, & Menezes, filho dos RR. & delle foi legitimo possuidor pela pessoa do R. seu pay, & seu legitimo administrador, & que por morte do dito Dom Luis succedeo seu irmão Dom Pedro, tambem filho dos RR. & delle foi legitimo possuidor pela dita pessoa de seu pay, & por tambem ser falecido o dito Dom Pedro, lhe succedeo no dito morgado o oppoente Fernão de Saldanha, por ser o seu parente barão mais chegado, & todos descendentes do dito possuidor Luis Francisco de Oliveira seu avo, em cuja linha o dito morgado se intrincou, & da linha, & descendencia do primeiro chamado Men Peres, & nam poder fazer salto á linha da irmã do dito Luis Francisco, cujo filho he o A. havido, netos delle, & que o dito oppoente exclue ao dito A. & RR. aos quaes condeno abraõ maõ de todos os bens do dito morgado, & o restituã ao oppoente Fernão de Saldanha, & por elle ao dito seu pay legitimo administrador seu, com os fructos, & rendimentos do dia do falecimento do dito Dom Pedro, filho dos RR. até real entrega, que se liquidarã na execuçam desta sentença. E pague o A. & R. as custas dos autos, excepto as que tocarem á opposiçam de Antonio Luis de Oliveira, que desistio, o qual pagará as que respeitarem á dita sua opposiçam. Lisboa 14. de Junho de 1662. Manoel de Tovar de Vasconcellos.

219 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatuum, & Princeps noster ejus decisionem commisit Senatoribus sequentibus, qui deliberarunt, & subscripserunt sententiam, cujus tenor, & deliberationum sequens est.

220 Acordam os do Desembargo, & c. Que vistos estes autos, & Provisão do dito Senhor, pela qual manda despachalos por Tençoens pelos Juizes abaixo assinados nesta instancia dos agravos, que da sentença do Corregedor do Cível da Corte interpuzeraõ o A. Christovão de Almada, & os Reos Dom Diogo de Menezes, & sua mulher Dona Maria de Oliveira, por cujo falecimento se habilitáraõ seus

filhos, & aggravando João de Saldanha como pay, & legitimo administrador de seu filho Fernão de Saldanha, & por faiecer, se habilitou seu irmão Manoel de Saldanha, mas recebem os embargos dos Reos, vista sua materia. & autos, nem ao agravo do processo interposto ha que deferir, nem a licença que pedem. E deferindo aos merecimentos da causa. Nam são os Reos aggravados pelo Corregedor da Corte, em julgar, que o morgado de Val de Sobrados, nam he separado do da Oliveira, & que ambos andaõ juntos no mesmo successor, & em condenar aos RR. abraõ maõ delles, com seus fructos, & rendimentos; & porém he aggravado o A. Christovão de Almada pelo dito Corregedor, em mandar restituillos ao oppoente, & nam a elle Author, com os fructos da lide contestada em diante. Revogando nesta parte sua sentença, cumprase o confirmado por seus fundamentos, & pelo mais dos autos, os quaes vistos, & como pelo testamento, & instituiçam do Arcebispo de Braga Dom Martinho, se mostra ordenar, que no morgado da Oliveira, succederia em primeiro lugar seu irmão Men Peres, & depois succedesse seu filho barão legitimo, & leigo, que ouvesse a sua morte, & depois delle ao filho do primeiro filho, se o ouvesse á sua morte, & que assim hiria o dito morgado para sempre por netos, & bisnetos, & por todos aquelles, que descendessem do dito Men Peres direita linha, & que se por ventura Men Peres á sua morte nam tivesse filho barão legitimo, como dito era, & acontecesse, & abi o ouvesse, & á sua morte desse filho nam ficasse abi filho barão legitimo, nem Clerigo, entãõ chamou pela mesma maneira o filho barão de seu irmão João Peres, & o filho desse filho, que lhe ficasse á sua morte, da qual forma de disposiçam se vê clara, & evidentemente, que o instituidor chamou sempre para a successão deste morgado na linha direita de Men Peres, aquelle seu filho, neto, bisneto, ou outro qualquer seu descendente, que tivesse as qualidades de barão legitimo, & leigo á morte do ultimo, que succedeo, & possuidor, por o instituidor restringir sempre, & repetidamente suas vocaçoes, & substituiçoens dos que haviam de succeder a esse tempo, & assim quiz, que o successor fosse já nascido, & realmente existisse ao tempo da morte do ultimo possuidor; porque nam existindo nascido, podia ter nesse tempo as qualidades, que o testador requeria, antes tudo era incerto na masculinidade, & na pessoa, podendo nascer hum monstro, & haver hum aborto, de que se conclue, que para ter as qualidades, que queria o testador ao tempo da morte do ultimo possuidor, era precisamente necessario,

ser

ſer naſcido, & realmente exiſtente, & ſõmen-
te eſtas qualidades concorrem no A. porque ao
tempo da morte de Luis Franciſco de Olivei-
ra ultimo poſſuidor deſtes morgados, he nam
ficou filho algum barão, & ſõ o A. ſeu ſobri-
nho filho de ſua irmaã mais velha D. Mag-
danella de Alencaſtro, era já naſcido, & ba-
raõ legitimo deſcendente por linha direita do
dito Men Peres, como conſta da Arvore da
geraçã, da qual eſtas partes nam duvidaõ,
& concorrendo ſõ nelle à morte do ultimo poſ-
ſuidor as qualidades, que o inſtituidor reque-
reo, a elle logo ſe lhe deferio a ſucceſſã, & ſe
adquirio o Direito della, & nam ao oppoente,
que neſſe tempo nam era ainda, nem concebi-
do, & para ſe deferir ao A. a ſucceſſã, he
nam era impedimento eſtar neſſe tempo a dita
Dona Maria de Oliveira prenhe de quatro
mezes, & meyo, & depois parir hum filho ma-
cho, chamado Dom Luis, & ſe reputar em Di-
reito o que eſtã no ventre, por naſcido, para ſuc-
ceder em heranças, & morgados. Porque iſſo
procede por ficção da Ley, & para as heran-
ças legitimas, que a Ley defere, & em morga-
dos ordinarios, & regulares, que tambem ſe re-
gulaõ pela diſpoſiçã das Leys, mas nam em
morgados, em que os inſtituidores diſpoem em
outra forma, & requerem qualidades differen-
tes, & que a tenha quem ouver de ſucceder,
& em certo, & determinado tempo, porque en-
tãõ ſe ha de guaraar a vontade do inſtitui-
dor, como Ley, & aſſim he o morgado, de que
ſe trata, em que o inſtituidor chamou para a
ſucceſſã ao deſcendente de Men Peres, que
ouveſſe à morte do ultimo poſſuidor, & foſſe
barão, o que ſõ ſe pôde verificar no que já
exiſte realmente, & he naſcido; porque as pa-
lavras dos teſtadores ſe haõ de tomar no ſen-
tido proprio, & natural dellas, & nam por
ficções da Ley, que ſõmente inventou para as
cauſas de Direito. De mais de que, he confor-
me a commum reſoluçã dos Doutores, que
quando os teſtadores para legados, & fideicom-
miſſos, chamaõ geralmente filhos, nam ſãõ vi-
ſtos chamar o que eſtã no ventre, nem poſthu-
mo, quando em alguma parte do teſtamento naõ
fizeram mençã de poſthumo, ou ſaltarem con-
jecturas, que o contrario perſuadaõ, o que ſe
nam pôde considerar neſte caſo; pois o teſta-
dor nam fez mençã em parte alguma do te-
ſtamento de poſthumos, & nam ha conjecturas
em contrario para os admitir, eſtando o A.
com todas as qualidades da inſtituiçã à mor-
te do ultimo poſſuidor. Pelo que julgaõ, & de-
claraõ ao A. Chriſtovaõ de Almada por le-
gitimo ſucceſſor deſtes morgados, & como a tal
condenã os RR. lhos reſtituaõ com os fru-
tos, & rendimentos da lide conteſtada até

real entrega, que ſe liquidarã na execuçã
deſta ſentença, & nas cuſtas dos autos até a
oppoſiçã do terceiro oppoente, & dabi por di-
ante condenaõ aos ditos RR. na metade das
cuſtas dos autos, & ao oppoente na outra ame-
tade dellas. Lisboa 7. de Janeiro de 1666.
Teixeira. Silva, & Souſa. Baſto.

Et tenor deliberacionum eſt ſequens.

Magnam, ac difficilem cauſam nobis de-
cidendam offert proceſſus iſte, magnam, quia
in ea agitur de duobus maioratibus, à duo-
bus Illuſtriſſimis Præſulibus, Martino, ſci-
licet, Bracharenſi Archiepiſcopo Hispania-
rum Primatè, & Roderico Epifcopo Lame-
cenſi inſtitutis, ampliffimorumque reddi-
tuum, inter illuſtres ſucceſſionis eorum præ-
tenſores. Difficilem, quia pendet à graviffi-
morum Doctorum reſolutionibus inter ſe
pugnantium, difficilioremque redditam ex
abundantiſſimis Doctiffimorum Patrono-
rum perorationibus, in quibus unusquiſ-
que clientuli ſui jus propugnat, ut nimis ar-
duum ſit dijudicare, cujus eorum partis ſit
jus. Verum, ego diſpoſitionibus, ac volun-
tate Actoris Archiepiſcopi adhærendo, re-
ceptioribusque Doctorum opinionibus pro
viribus rem conabor aperire.

Atque ante omnia gravamini proceſſus in-
terpoſito, cui deferri Reus poſtulat, non de-
ferrem, ut pote quod Reus poſtea ad Sena-
tum ſupplicavit, nihilque ibi egit de prædi-
cto gravamine, juxta formam Ord. lib. 3. tit.
20. §. fin.

Neque item de foro licentiæ à Reo petita, qua
intendit probare, quod tempore mortis
ultimi poſſeſſoris Ludovici Franciſci vive-
bat adhuc mater Actoris, atque ei obſtabat,
non poſſe etiam in ſua propria perſona ſucce-
dere. Tum quia in facto verius eſt contra-
rium, neque in hoc proceſſu iſtud in du-
bium revocatum eſt unquam. De jure etiam
contrarium verius eſt, quamvis enim id te-
nuerit Menoch. conf. 172. num. 30. verſ. de-
cimo. Surd. conf. 316. num. 16. verſ. Reſpon-
debam lib. 3. Tamen incapacitatem matris,
etiã viventis, non obſtare filio maſculo,
quando vult ſuccedere jure proprio, & ex
propria perſona, quaſi ipſa mortua repete-
tur, ex text. in L. ſi necem 4. §. ſi deportatus ibi,
nec impedimento eſt talis patronus, qui loco
eſt mortui ff. bon. libert. reſolvunt in termi-
nis late Valenzuel. conf. 97. a num. 132. cum
ſeqq. Rubens Alexand. conf. 22. n. 14. Man-
tic. de conjectur. lib. 8. tit. 18. num. 48. & 40.
ubi Menochium reprobatur, & cum eo Caſtilh.
3. contr. cap. 15. ex num. 72. cum ſeqq. ubi n.
73. aſſerit contrarium tenuiſſe eundem Me-
noch. conf. 318. num. 30. lib. 4. idem Caſtilh.

tom. 6. cap. 129. ex num. 27. *Lalius Altogradus* 2. tom. conf. 66. num. 2. vers. nec refert usque ad num. 7.

224 Ad merita igitur deveniendo, insequendo ordinem processus. Primo agemus de jure Actoris. Secundo de jure Rex Dominae Mariae. Tertio de jure tertij oppositis. Quoad Actorem Christophorum jus suum adstruere conatur. Primo quia institutor perpetuo prætulit masculos eos solos invitans, nulla mentione facta de fæminis in casu aliquo; imo eas omnino, & perpetuo eas exclusit, quia stante masculorum vocatione, absoluta, & omnimoda fæminarum exclusionem, vel maioratus sit agnationis, ut vult patronus Actoris, & agnoscit Rex patronus in hac instantia, in linea Mendi Peres (in qua sumus) vel tantum sit masculinitatis, ut concedit opponens, semper masculus etiam remotior, & alterius lineæ excludit fæminas proximiores ex optima, & receptissima doctrina *Bart. in L. cum avus num. 4. ff. condit. & demonstr. tradunt Gregor. Lop. in L. 3. tit. 13. part. 6. verbo mugeres q. 21. vers. & not. & vers. si vero conditor maioris. Burgos de Paz in proæmio Leg. Tauri n. 123. cum seqq. Mantica de conjectur. lib. 8. tit. 18. num. 4. & 57. & lib. 11. tit. 15. num. 1. late Molin de primog. lib. 3. cap. 5. ex numer. 30. ubi num. 37. dicit ita in praxi servari ab Aven-daño, qui plurimos refert in L. 40. Taur. gloss. 9. num. 47. & 48. Alvarad. de conjectur. ment defunct. 2. p. cap. 3. num. 654. optime in terminis videndus Valenz. 2. tom. conf. 113. num. 97. ubi etiam si masculus sit remotior alterius lineæ, & gradus, Cassanat. qui late conf. 50. num. 32. vers. sed omissa cum sequentibus usque ad 37. Peregrin. conf. 16. n. 2. lib. 1. & de fideicommiss. art. 25. numer. 11. Castilh. 2. contr. cap. 4. num. 72. & seq. Marius Musa decis. 65. ex num. 6. cum seqq. latissime idem Castilh. tom. 6. cap. 129. a n. 3. cum seqq.*

225 Secundò, quia institutor in omnibus vocationibus, ac substitutionibus, quas facit de filiis, nepotibus, pronepotibus, ac descendentes, tam fratrum, quam sororum suarum, semper vocavit illum masculum, qui reperiretur, & superstes esset tempore mortis ultimi possessoris, ut patet discurrendo per institutionem, quam veram esse, & testamentum Archiepiscopi in confesso est, nullusque dubitat. Nam dicit post vocatum primum fratrem Mendum Peres fol. 6. vers. ibi: Mando, que à morte do dito meu irmão Mendo Peres, & ibi, *fiquem a seu filho primeiro lidimo, leigo, & barão* & ibi, *fiquem a esse seu filho primeiro, & ibi, & senam ouver lido-*

mo, leigo, & barão, & ibi, & ouver filho Clerigo, & c. haja o dito lugar, & fol. 7. ibi, & assim mando, que vâ para todo sempre por netos, & bisnetos, & por todos aquelles, que descenderem do dito Mendo Peres, & finitis masculis de linea Mendi Peres, vocavit, & substituit masculos descendentes ex linea altera fratris Ioannis Peres, ut dicit. fol. 7. ibi: *E se por ventura Mendo Peres à sua morte nam ouvesse filho barão, & c. & ibi: E se acontecesse, que abi ouvesse à sua morte daquelle seu filho no ficasse hi seu filho leigo, lidimo, barão, nem Clerigo, como dito he, mando, que o dito lugar de Oliveira, fique ao filho lidimo, leigo, primeiro, & barom de meu irmão Ioaõ Peres, por aquella maneira, & c. & ibi, & se esse filho de meu irmão Peres ouvesse filho barom, leigo, & lidimo à sua morte, fiquem he os ditos herdamentos, & c. & ibi, & se hi no ouvesse filho leigo, barom, & lidimo do dito Ioaõ Peres, nem de seu filho, & hi ouver filho, ou neto Clerigo de algum delles, fiquem he esses herdamentos, & ibi: Com aquella maneira, & ibi: E assim mando, que vâ para todo sempre por netos, & bisnetos, & c. Et in eadem forma, & eisdem vocationibus, & conditionibus post extinctos masculos à fratrum lineis descendentes disposuit circa filios masculos, nepotes, pronepotes, ac alios descendentes ex sororibus Ouzendæ, Mariae, & Theresiæ. Ecce qualiter Archiepiscopus institutor expressis verbis toties repetitis, & geminatis vocat, substituit, & invitat illum tantummodo masculum, qui extiterit, & superstit, vel reperiat tempore mortis ejus, qui maioratum possidet, ibi, *à sua morte, & tam in conditionalibus ibi: Se ouver, & ibi, fiquem a seu filho, & ibi, haja o dito lugar.**

De jure vero est, quod si ad fideicommissum substituat, is, qui tempore mortis graviter reperiat, ipse admittatur, non vero, illi, qui eam qualitatem non habent eo tempore mortis, *L. cum pater 79. §. hereditatem o 1. ff. legat. 2. ibi, qui eo tempore vixerint, L. cum ita 33. §. in fideicommissio ff. eodem, L. in substit. 31. ff. vulgari, L. ex facto 17. §. penult. ff. ad Trebel. L. unum ex familia 69. §. rogo in fin. ff. legat. 2. L. pater filium 36. §. filiam ff. legat. 3. bene Surd. conf. 375. num. 31. vers. ultim.* Et si eo tempore mortis aliqua qualitas requiratur, is, qui eam habet eo tempore, succedit, ut in specie in maioratibus tradunt, *Decius conf. 63. a num. 2. Alciat. respons. 119. ex num. 2. cum seqq. lib. 9. late Valasc. de iur. emphyt. q. 50. num. 13. in fin. cum seqq. Costa de patruo, & nepote 1. p. ex 12. Cald. conf. 15. num. 21. 25. 28. & 29. & lib. 1. receptar. q. 19. num. 21. Gabr. Percir. decis.*

decif. 116. num. 3. verſim 2. infinitos refert
Molin. lib. 3. cap. 8. n. 19. verſ. quod autem,
late Surd. conf. 403. à num. 57. Mantio. de
conject. lib. 11. tit. 6. num. 3. 6. & 7. Menoch.
conf. 830. per tot. Peregr. conf. 33. à num. 16.
lib. 3. & de fideicommiſſ. art. 29. à num. 1. uſ-
que 13. optime in propoſito Valenz. 1. tom.
conf. 23. num. 101. 104. 153. 157. & 160. &
conf. 97. num. 26. Capicius Galleot. 1. tom.
contr. 48. num. 18. 27. cum ſeqq. & 47. Aven-
daño L. 40. Tauri gloſſ. 8. à n. 11. cum ſeqq.
Caſtilh. 5. contr. cap. 91. num. 45. Ioan. Tan-
glius de ſacro Rota Rom. Auditorio lib. 1. cap.
6. decif. 17. num. 21. verſ. præterea, Altograd.
1. tom. conf. 60. num. 25. & 26. Cum ergo
tempore mortis Ludovici Franciſci ultimi
poſſeſſoris Rea exiſteret fœmina, Actor vero
ſuperſeſſet maſculus, Rea non poterat admit-
ti, non habens qualitatem maſculinitatis ab
inſtitutore requiſitam; imo vero exclude-
batur ab Actore eam qualitatem eo tempo-
re habente.

227 Et confirmatur primo, quoniam de jure
eſt, ut qualitas requiſita ad ſucceſſionem ad-
ſit in ſucceſſore, aut ſubſtituto, eo tempore,
quo ſucceſſio defertur, aut dies fideicom-
miſſi cedit, L. non oportet 52. ff. legat. 2. L.
eum qui 104. ff. condit. & demonſtr. L. inter-
venit 24. ff. legat. præſt. L. 1. §. proximum ff.
unde cognati, cum pluribus alijs iuribus, &
in maioratibus tempore mortis ultimi poſ-
ſeſſoris tradunt in ſpecie Molin. lib. 1. cap. 13.
num. 36. Caſtilh. 3. contr. cap. 15. à num. 2. cum
ſeqq. & 5. tom. cap. 90. num. 5. & 21. Surd.
conf. 125 num. 114. & plurimis relatis Larr,
2. p. decif. 52. num. 19. Valenz. 1. tom. conf.
83. à num. 3. cum ſeqq. Subindeque cum Rea
tempore delatæ ſucceſſionis maioratus defi-
ceret qualitas maſculinitatis, eamque habue-
rit Actor, ad ipſum, non vero ad illam, dela-
ta eſt ſucceſſio.

228 Confirmatur ſecundo ex relatis verbis
inſtitutionis, ibi: Si hi ouver, & ibi: Si hi no
ouver, quæ verba reſpiciunt tempus, quo va-
caret maioratus, & ſucceſſio eius deferenda
eſſet, nam dictio illa, hi, noſtro idiomate
præſertim antiquis temporibus, & hodie,
abi, idem ſignificat, ut latinè, tum temporis,
vel tunc, quod clarius expreſſit teſtator, ibi:
E ſe hi no ouver à quel tempo filho, nem neto,
nem biſneto, &c. Igitur teſtator diſpoſitio-
nem, vocationem, & ſubſtitutionem reſtrin-
xit ad illum maſculum, qui tum temporis
exiſteret, ac ſuperſeſſet, nam dictio illa, tum,
vel tunc, reſtringit diſpoſitionem ad per-
ſonas extraneas cū qualitate requiſita, dict.
L. in ſubſtit. 31. ad fin. ff. vulgar. L. 4. §. fin.
ff. de condit. & demonſtr. L. lujuſmodi 64. ff.

Pars II.

verbor. obligat. tradunt in ſpecie Decius conf.
64. alias 63. ſub num. 2. verſ. non enim ſuffi-
cit, docet Bart. in L. qui ſe patris n. 3. Cod.
unde liberi, Avendaño L. 40. Taur. gloſſ. 8. ex
num. 30. Surd. conf. 544. ſub num. 16. verſ.
3. Fuſar. de ſubſtit. q. 3. 18. à n. 82. cum duob,
ſeqq. & q. 282. num. 31. poſt plures optime
Tanaglia d. decif. 17. num. 26. Igitur Actor
maſculus tempore mortis ſuperſeſtes excludit
Ream.

229 Tertio, quia deficient maſculi agnati,
cum autem teſtator ſemper prætulit maſ-
culos fœminis, ſuccedere debet Actor, & ſi
cognatus, & deſcendens ex fœmina, quod ſa-
tis expreſſit teſtator, nam poſt vocatos om-
nes maſculos ex fratribus deſcendentes, il-
lis exactis, ſoretis ſororibus, vocavit cog-
natos maſculos illarum, ut ſol. ibi: E ſe acõ-
teceſſe, que hi non ouveſſe filho, nem neto ludi-
mo, leigo, & barom, nem Clerigo do dito meu
irmaõ Ioão Peres, que del deſcendefſe direita
linha, como dito he, mando, que o dito lugar
da Oliveira, & outros herdamentos com ſa-
bemfeitoria, & com todos ſeus direitos, & ſas
pertencas, ſiquem ao filho primeiro, ou a neto
leigo, ludimo barom de minha irmaã Ouzenda
Peres, & em aquella maneira, &c. Et ita cir-
ca alios maſculos deſcendentes ex alijs ſoro-
ribus diſpoſuit, ex quo manifeſtum apparet,
quod deficientibus agnatis maſculis fra-
trum, voluit teſtator maioratum devenire
ad cognatos, excluſis filiabus, nepotibus, ac
alijs fœminis deſcendentibus à fratribus,
etiam ſi cognati ſint ex alijs lineis, & gradi-
bus. Quare vel conſideremus teſtatozem in-
ſtituiſſe maioratum agnationis, aut nudæ
maſculinitatis, ſemper Actor uti maſculus
excludit Ream fœminam.

230 Quoniam ſi agnationi proſpexit teſtator,
cum extinctis maſculis, agnatis deſcendenti-
bus ex fratribus ea vere continuari non po-
terat, cenſendus eſt eam voluiſſe conſervare
modo poſſibili per fictionem, & artificialiter
in maſculis cognatis, excluſis omnino fœ-
minis, ut ex text. in auth. quibus modis na-
turales efficiantur §. filium collat. 7. ibi: Feci-
mus eum velut ex quadam machinatione cog-
natum, & L. ſi ſervus legatus 27. §. 1. ff. adi-
mend. legat. ibi: Novus enim homo videtur
eſſe, tradunt in terminis Paul. Caſtr. conf.
40. num. 5. & conf. 91. num. 4. lib. 2. Cephal.
conf. 196. num. 20. lib. 2. Menoch. conf. 172. n.
36. lib. 2. poſt alios Caſſanat. conf. 20. n. 29.
Martha de ſucceſſ. legali p. 1. q. 1. art. 2. num.
5. verſ. conſtare autem, Fuſar. de ſubſtit. q.
499. num. 13. verſ. ſextus caſus, poſt plures
Tanaglius de ſacro Audit. lib. 1. cap. 6. decif.
17. num. 11. & 12. Lex de vita hominis cap.
30. n.

30. num. 115. *Castilb. tom. 6. cap. 133. n. 12. 13. & 14. Marius Musa decis. 65. num. 12. vers. Rursus, qui in individuo loquitur.*

231 At si testator solam masculinitatem adspexit, & prætulit sexum, similiter Actor, ut masculus ratione sexus Ream fæminam excludit, *ex text. expresso in cap. 1. de eo, qui sibi, & heredibus masculis.* Vbi deciditur, quod quando dispositio concipitur ad favorem masculorum, & ijs deficientibus vocantur fæminæ, masculus ex fæmina etiam remotior excludit omnino fæminam, etiam proximiorē, & quamvis *text.* iste loquatur in feudo, at tamen quia ejus decisio conformis est juri, eam Doctores etiam intelligunt in maioratibus, ut tradit sic resolvens Gregor. *Lop. in L. 3. tit. 13. part. 6. gloss. verbo mugeres q. 21. vers. & adest manifesta ratio, & vers. præterea quando, Ioan. Gracia de nobilitat. in divis. operis num. 33. Molin. lib. 3. cap. 8. n. 9. & expresse Bald. in auth. cessante n. 5. Cod. legit. heredib. sequuntur Menoch. conf. 172. num. 36. lib. 2. Mantio. lib. 8. tit. 18. num. 58. Franciscus Bursat. conf. 229. numer. 14. cum seqq. lib. 3. Cæphal. conf. 251. num. 42. cum seqq. & num. 70. & 71. lib. 2. Surd. conf. 349. num. 1. & 2. & conf. 407. numer. 35. & seq. lib. 3. post plures *Castilb. 5. contr. cap. 93. à num. 18. cum seqq.* Et ratio manifesta est, quia testator in hac vocatione masculorum, & illis deficientibus vocans fæminas, non prospexit ad lineas, aut gradus, sed tantummodo ad qualitatem sexus, sive masculinitatis, & hanc prætulit omnibus fæminis, ut docuit eleganter Bald. in *L. in multis in 1. lectura num. 3. ff. statu homin. quem sequitur communis, ut per Gregor. Lop. ubi proxime, Gabr. 6. communium tit. de statutis concl. 6. num. 2.* Sicque dum extant masculi, fæminæ etiam proximiores in linea, & gradu nullatenus admitti possunt, si ergo hæc procedunt, quando in defectum masculorum fæminæ vocatæ sunt, sola inspecta masculinitate, multo magis procedunt in specie nostræ institutionis, ubi omnino, & absolute non solum testator vocavit masculos perpetuo, sed nullatenus fæminam ullam in aliquo casu vocavit, imo expresse illas perpetuo indistincte, & absolute exclusit.*

232 Neque replicari potest, quod testator in præfatis verbis, tantum admisit cognatos filios, ac descendentes sororum, non vero cognatos descendentes ex fratribus, cumque Actor non sit de lineis sororum Archiepiscopi, sed de linea fratris Mendi Peres, ut ex arbore genealogica, quæ ab omnibus in confesso est, non potest intelligi vocatio cognatorum ex lineis sororum in cognatis linea-

rum fratrum, sicque in presenti in linea fratris Mendi, quinimo videtur iste casus omissus in lineis fratrum, *ex reg. L. commodissime ff. liber. & posthum. cum vulg.* Atque ita maioratum deficientibus masculis agnatis mansisse ordinarium, ac regularem, ob idque Ream uti proximiorē in linea, & gradu admittendam esse, Actoremque excludere juxta vulgaria maioratus regularis, & ordinarij, ex his quæ latè *Molin. lib. 3. cap. 4. ex n. 4. cum seqq.*

Facile enim respondetur, quod dispositio 233 testatoris declaratur, & intelligitur juxta id, quod expresse in alia parte testamenti, *L. qui filiabus 17. L. si servus plurium 53. §. fin. ff. legat. 1. L. quaesitum 12. §. Papinianus quoque ff. fundo instruct. L. si frater 5. L. quamvis 15. Cod. fideicommiss. & antecedentia declarantur per sequentia dict. L. si servus plurium §. fin. dict. L. quamvis, ibi, tamen, quia inferioribus verbis testamenti, & ita post Cynum docet Bald. in *L. legatorum petitio 34. §. per text. ibi, ff. legat. 2. & per text. opt. in L. si cum fundam 126. ff. verbor. signif. late Mantio. de conjectur. lib. 6. cap. 13. à num. 4. & ideo forma, & ordo succedendi data in una parte testamenti data etiam censetur in alia, quando testator digressus est ad plures gradus substitutionum, *L. potest 36. L. vel singulis 37. ff. vulgar. L. penult. Cod. impuber. Valenzuel. conf. 23. num. 120. Cabed. 1. p. decis. 143. num. 4. Gam. decis. 354. n. 4. Ramon. conf. 100. n. 405. Castilb. 4. contr. cap. 9. n. 38.***

Vnde cum testator cognatos ex lineis sororum vocaverit deficientibus masculis in lineis fratrum, exclusis absolute omnibus fæminis, eodem modo dicendum est in cognatis de lineis fratrum, ut earum cognati uti masculi admitti debeant exclusis omnino fæminis, & Rea, nec dici potest iste casus omissus, cum voluntas testatoris expresse deprehendatur ex cognatis sororum, quo casu, quando voluntas colligitur ex expressis in testamento, habetur pro expressa, ut docuit notabiliter Bald. in *L. unica Cod. his, qui ante apertas tabul. num. 10.* late comprobans, sequitur *Decius conf. 205. num. 5. & valde notandum asserit Valasc. 2. tom. conf. 171. n. 10. Paris. qui comunem testatur conf. 87. num. 18. & conf. 86. num. 21. & 22. lib. 2. post plures late Mantio. de conjectur. lib. 3. tit. 19. num. 15.* Nullo ergo modo dici potest casus hic omissus, quinimo expressus censeretur debet. Hæc sunt potiora fundamenta, quibus Actor se ad hanc successionem vocatum asserit, Reamque excludendam fore.

Pro Rea.

Proparte vero Illustrissimæ Reæ non pau- 235
ca,

cæ, neque omnino contemnendæ stant iuris rationes, quibus se vocatam contendit, Actoremque, ac opponentem ab hac succeffione esse removendos.

236 Primò, quia ipsa est filia primogenita Ludovici Francisci ultimi possessoris horum maioratum, in quem ipsi ingressi sunt, & uti primo nata, primum caput constituit juxta celebre, & ab omnibus receptum *Pauli Castr. consilium* 164. & cum sit de linea ultimi possessoris, ac lineam primogenitæ constituat, non potest quis ex alia linea admitti, donec aliquis ex prædicta linea, in quam maioratus ingressi sunt, superfit, *Cap. 1. de natura succeffion. feud. ubi Afflict. num. 77.* tradunt in maioratibus *Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 14. & cap. 16. num. 30. Menoch. cons. 442. num. 10. Surd. cons. 403. num. 16. lib. 3. Castilb. 5. contr. cap. 92. cum seqq. Martha de succeff. legal. 1. p. q. 2. art. 2. num. 29. post plures Larr. 2. p. decis. 54. n. 1. Marius Muta decis. 57. num. 15. & 16. optime Valenz. cons. 97. ex num. 11. cum seqq. Pereir. decis. 59. num. 5. Febos 1. p. decis. 22. num. 8. & 9. post infinitos Giurb. de feud. §. 2. gloss. 10. num. 21. cum seqq. Fontanel. 1. p. decis. 34. num. 15.* Cum ergo Actor, & opponens sint remotiores in linea, & gradus, ac ex lineis, in quas maioratus non sunt ingressi, nullo modo excludere valent Ream.

237 Secundò, quia testator post invitatos filios masculos fratris Mendi, vocavit nepotes, pronepotes, ceterosque masculos ab eo descendentes per lineam rectam, quo casu, si in linea recta illius, qui succeffionem occupavit, & maioratum possedit, non reperitur masculus, sed solum fæmina, primogenita ipsa succedit, ut post *Tellium, & Gomes* tradit *Avendaño L. 27. Tauri num. 10.* probat late, & iudicatum testatur *Gam. dec. 354. ex num. 6. cum seqq. Gutierr. cons. 13. n. 27.* post quos *Additio ad Molin. lib. 3. cap. 5. n. 71. vers. quod fortius, Valenz. cons. 97. ex num. 199.* Et ideo cum Rea sit primogenita ex linea directa ultimi possessoris, & in ea non esset ullus masculus, ipsa succedere debet, non vero Actor, qui est in linea inflexa, & collateralis, sicut & opponens descendens ex filia secundo genita.

238 Tertio, quoniam Rea immediatè descendens, & filia est masculi ultimi possessoris, & sic agnata, & est in linea masculina, ut est *text. in §. cæterum 4. inst. de legit. agnator. succeff. ibi: Per virilem sexum descendentes, sive masculini, sive fæminini generis sint, L. lege 12. Tabular. 14. C. legit. hæred. tenet Gloss. verbo nam & si in L. Gallus §. nunc de lege ff. liber. & posth. ubi Bald. & alij, late Aven-*

Pars II.

daño L. 40. Tauri gloss. 9. num. 58. Pinel. in L. 3. num. 29. & 30. Cod. bon. mater. Marth. de succeff. legal. 4. p. q. 21. art. 26. à num. 13. Castilb. 2. contr. cap. 2. à num. 19. Sous. in L. fæminæ 1. p. ex num. 26. Ancon. Faber. de errorib. pragmaticor. decad. 28. errore 10. Quare cum testator vocaverit descendentes lineæ directæ masculorum, & Rea sit in linea masculina, ipsa in vocatione comprehensa censenda est, cum alij masculi non dentur ex linea masculina.

239 Quarto, quia Rea est filia ultimi possessoris, & de linea effectiva illius, & uti talis habet pro se intentionem fundatam, ne expellatur à succeffione per masculos remotiores alterius lineæ, & gradus, ut cum *Molin. lib. 3. cap. 4. à num. 19.* tradit *Muta dec. 57. num. 17.* cum sit odiosa, & irrationalis hæc exclusio, ut dicit *Molin. proxime.* Atque ita in specie, etiam quando conservandæ agnationis, ratione veræ, & rigorosæ testator masculos vocavit, & fæminas omnino exclusit, si deficient omnes agnati, filiam ultimi possessoris succedere debere, neque eam esse excludendam à remotiori cognato tradunt *Castilb. tom. 5. contr. cap. 91. num. 84. vers. ex his ergo, & tom. 6. cap. 143. §. unico num. 6. vers. addo nunc, & latius à num. 9. cum seqq. Vela 2. p. dissert. 49. n. 71.* & videtur casus non ster.

240 Quintò, intendit Rea se fore admittendam ex dispensatione, & commutatione Brevis Summi Pontificis Pij IV. ac sententia super eo lata à Serenissimo Cardinali Henrico, quibus Papa dispensavit, ut non obstantibus vocationibus, ac substitutionibus assignatis ab Archiepiscopo Domino Martino in suo testamento, deficientibus masculis possessoris ultimi maioratus succederet ipsius filia, & hoc servandum esse, non solum in filia Ioannis Mendes de Oliveira, sed in fæminis proximioribus filiabus, ac cæteris cujuslibet ultimi possessoris, sicque asserit, se etiam si fæmina sit, tamen ut filia, ex proximiori linea, & gradu excludere Actorem, & opponentem, masculos remotiores in linea, & gradu, quod ejus doctissimus Patronus de jure conatur defendere in perorationibus.

241 Sextò, & ultimo, præterdit Rea prædium nuncupatum de Val de Sobrados, esse diversum maioratum institutum à Domino Roderico Episcopo Lamacensi, quod comprobatur ex testibus, qui de libris genealogicis scientiam habuerint, cumque non appareat de forma, & vocationibus institutionis, asserit censendum esse maioratum ordinarium, ac regularem, subindeque dicti maioratus suc-

cessionem illi competere tanquam primogenitæ ultimi possessoris, ac potiori in linea, gradu, & ætate, nullo alio extante masculo in linea, ac gradu potiori, aut æquali. Hæc sunt illustrissimæ Reæ potissima fundamenta.

242 Et sanè, visis Actoris, & Reæ fundamentis, rimatis cunctis sedulo, sæpeque perlectis dispositionis testamenti clausulis sine nullo scrupulo deliberavi, Actorem masculum excludere à successione Ream fæminam, & si melioris lineæ, & gradus. Pro solutione vero deductorum ex parte Reæ præmittere oportet, duplicem esse maioratus speciem, unus enim ordinarius, ac regularis est, qui secundum maioratus regulas instruitur admissis ad eum omnibus primogenitis familiæ, sine ulla differentia masculi, aut fæminæ, agnatorum, vel cognatorum, sed solum observatis illis quatuor requisitis, linea, gradus, sexus, & ætas, de quibus *Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. Valasc. 2. tom. conf. 121. à num. 9. Phæb. 1. p. decis. 22. num. 12. Castilb. 3. contr. cap. 19. num. 327. & tom. 5. cap. 93. Valenz. 1. tom. conf. 97. à num. 13. Salzed. de represent. lib. 3. cap. 6. num. 2. & passim Doctores. Alter est extraordinarius, & irregularis, qui ab his regulis deflectit, quando videlicet ex dispositione institutoris successor vocatur cum aliqua qualitate, ut quando vocat masculos ratione sexus cum prælatione, & prædilectione, vel agnatos, ut agnationem conservet, de qua maioratum differentia regularis, & irregularis, *Ioseph Vela dict. dissert. 49. n. 45.**

243 Que supposito dubitari nequaquam potest, institutorem in testamento agnatos vocasse, & prædilexisse, & in eorum defectum cognatos, omninoque absolute exclusisse fæminas à successione, ut dictum manet in primo, & tertio Actoris fundamentis, & hac vocatione masculorum, saltem ratione sexus, eos prætulisse in quacunque linea, & gradu, ut ibi dictum, & probatum manet. Igitur ad fundamenta Reæ.

244 Ad primum respondetur, verissimam quidem regulam esse, non fieri transitum ex linea possessoris maioratus ad aliam, nisi deficientibus omnibus, qui ex ea linea sunt, sed hoc limitatur, quando in dicta linea non reperiuntur illi, qui habeant qualitatem à testatore requisitam, v. g. masculinitatis, nam deficiente ea qualitate, fit transitus ad proximioram lineam, in qua sit successor habens dictam qualitatem; probat in specie *Cap. 1. de eo, qui sibi, & heredibus masculis, Ord. lib. 4. tit. 100. §. 7. tradunt Peregrin. de fideicommiss. art. 27. num. 15. post alios*

*Gratian. 2. forens. cap. 213. num. 83 & lib. 4. cap. 621. num. 9. Ioseph Ramon. conf. 100. n. 422. & 448. Gutierr. lib. 2. pract. cap. 67. Grivell. decis. Dolana 109. sub num. 4. Castilb. 5. contr. cap. 93. à num. 18 Fontanell. 1. p. decis. 36. num. 11. Cum enim linea est qualitatis, & qualificata, & quærenda est ad successionem maioratus ex voluntate disponentis, quæ sola attendenda est, quia omnia regit, post multos optime *Larrea 2. p. decis. 54. n. 20. & 1. p. decis. 33. n. 6.**

Unde cum in linea Ludovici ultimi possessoris non esset Rea, masculus transitus factus ad proximioram lineam, ubi Actor masculus erat, & excludit Ream fæminam, cum maioratus extraordinarius sit, & irregularis præferens masculos agnatos, & cognatos excludens perpetuo, & absolute fæminas.

245 Ad secundum respondetur, quod resolutio Doctorum ibi allegatorum procedit in maioratibus ordinarijs, in quibus succeditur servatis requisitis lineæ, gradus, sexus, & ætatis, & tunc fæmina melioris lineæ, & gradus excludit masculos remotiores, *Gom. L. 40. Tauri num. 8. ubi Avendaño gloss. 9 ab initio, & num. 33. Molin. lib. 3. cap. 4. à principio. Mier. 2. p. 9. 6. num. 2. 20. & 21. Cald. de nominat. 9. 17. n. 36. & 38.*

246 At vero casus noster est de maioratu irregulari, & qualificato, in quo fæminæ omnino exclusæ sunt, & solum vocati, & prælati agnati masculi, & postea cognati, & tunc licet fæmina descendat ratione sanguinis per lineam directam; attamen cum ea deficiat qualitas masculinitatis, corrumpitur linea, tanquam non successibilis, & fit transitus ad aliam, in qua adsit qualitas masculinitatis, quæ etiam deciditur linea recta, habito respectu ad patrem ultimi possessoris avum, tam Reæ, quam Actoris, & omnes descendentes per lineam rectam à Mendo primo vocato juxta dispositionem testatoris, ut eleganter in proposito tradunt *Menoch. conf. 1250. ex num. 25. cum seqq. cum quo, & alijs Castilb. 5. tom. cap. 93. ex num. 24. Et confirmatur, quia institutor solum vocavit masculos, & cum adjiceret, quod succederent per lineam rectam, intelligendus est de linea recta masculorum, cum ipsi soli sint vocati, tradunt *Celsus Hugo conf. 93. num. 11. optime Valenzuel. 1. tom. conf. 97. ex num. 29. cum seqq. Marius Muta decis. 65. n. 12.**

247 Igitur cum linea ultimi possessoris defecerit, non extante masculo tempore ejus mortis, recurrendum est ad lineam patris ejus, quo casu manet ex linea directa masculorum, & succedere debet Actor, & quia descendens est masculus ex linea directa primi

mi vocati juxta vocationem teſtatoris, ut fol. 7. ibi: *Mando, que va para todo ſempre por netos, & biſnetos, & por todos aquelles, que descenderem do dito Men Peres.* Igitur vocati ſunt maſculi deſcendentes à Mendo Peres, quæ qualitates verificantur in Actore, non vero in Rea, in qua deficit maſculinitas.

249 Ad tertium reſpondetur, quod teſtator non vocat lineam maſculinam, ſed maſculos per lineam directam, & cum Rea maſculus non ſit, non procedit argumentum ex reſolutione Doctorum ibi allegatorum, uti à vocatione, & forma ſubſtitutionis nimis diverſa. Ultra quam quod verior, & receptior eſt opinio, ac reſolutio Doctorum aſſerentium, deſcendentem à maſculo non dici eſſe in linea maſculina, nec deſcendere per lineam maſculinam, ut docet *Paul. Caſtr. in L. maritus num. 5. Cod. procurat.* communiter approbatus, ut per *Fulvium Pacianum conſ. 49. num. 82.* qui late defendit ſuper quodam Ducatu Italiae à *num. 8. cum multis ſequentibus*, ubi cum communi explicat *Gloſſ. fin. in dict. L. Gallus § nunc de lege*, & expendit ex *num. 83.* Doctores, qui in contrarium allegantur, idem tenet *Caſtr. conſ. 190. num. 4. verſ. ſic dicam lib. 2.* & in maioratu communis ex *Croto in L. filiusfamil. §. Divi n. 10 & ibi Loafes num. 6. ff. legat. 1.* quod etiam fatetur *Paris. conſ. 22. num. 44 lib. 3. Pinel. in L. 3. num. 29. Cod. bon. mat. late Molin. lib. 1. cap. 6. num. 40. & lib. 3. cap. 5. n. 69. Sefſe deciſ. 49. n. 7. & 8. Celfus Hugo conſ. 120 n. 4. in fin. Menoch. conſ. 205. num. 10. cum ſeqq.* & infinitos citans *Fuſar. q. 346 n. 36. Aven- daño L. 40. Tauri gloſſ. 9. num. 63. Valenz. 1. p. conſ. 40. ex num. 25. Franciſcus Molin. de rit. nupt. lib. 3. q. 24. ex 193. cum pluribus Lælius Altogradus 2. p. conſ. 80. à num. 79. cum ſeqq. Addentes ad Molin. lib. 1. cap. 6. n. 38. Lara de vita homin. cap. 30. n. 98. verſ. ſed licet*, & hoc à fortiori procedit, quando vocatur linea maſculina directam, ut in terminis tradit, & judicatum in *Rota Romana deciſ. Paul. Duran. 2. p. deciſ. Rot. 300. num. 5. & ſeq.* eandem reſolutionem tenet *Cald. de nominat. q. 24. num. 85.* Vbi in emphyteuſis conceſſione, & maioratu, quia fæminæ finis eſt familiæ, & maſculinitatis, ſive agnationis, *L. pronuntiatio 195. §. 1. in fin. ff. verbor. ſignificat. §. 1. inſt. de legit. agnator. tutel.* Et caput familiæ fæminæ, ſive ejus lineæ, ut per dicta jura, & ideo, ut quis dicatur de linea maſculina, duo probare debet, primo, quod eſt maſculus, ſecundo, quod deſcendit à maſculo, ut *Paul. Duran. num. 6.* ubi proxime, *Ludovic. Goſadinus conſ. 87. n. 15. quem ſe-*

Pars II.

quantur *Addentes ad Molin. dict. n. 38. Fa- rinac. 2. p. tom. 1. deciſ. 203. num. 5. in recen- tioribus.*

Verum hoc ex abundantia dictum ſit, quia 250 in noſtro caſu non eſt vocatio facta pro deſcendentibus per lineam maſculinam, ſed vocati ſunt maſculi per lineam rectam, ſicque vocati lineæ maſculorum, quo caſu ceſſat omnis controverſia, & ſine dubio, non admittitur fæmina, quia maſculus non eſt, ut in terminis eleganter docet *Gregor. Lop. L. 2. tit. 6. part. 4. verbo linea de parenteſco ad fin. & verſ. ita intellige*, ubi ait hoc ab omnibus eſſe receptum.

Ad quartum: Reſpondetur verum eſſe fi- 251 liam habere intentionem fundatam ad ſuc- cedendum in maioratibus ordinarijs, & regularibus, non vero irregularibus, in quibus omnino præferuntur maſculi, & excluduntur fæminæ, ut in præſenti, nam in his per prius ſuccedere debent maſculi, etiam remotiores, excluſa filia ultimi poſſeſſoris, ut per *text. in cap. 1. de eo, qui ſibi, & hæredib.* tenet in terminis *Ancharrano conſ. 359. Cu- man. conſ. 2. Socin. in L. cum avus num. 8. ff. condiſ. & demonſtr. poſt plures Valenzuel. 2. tom. conſ. 113. à num. 96. verſ. ſecundo reſ- pondetur*, & ideo *Vela dict. diſſert. 49. n. 74. ad fin.* Cum loquitur de filia ultimi poſſeſſoris, loquitur, & ſe reſtringit ad maioratum regularem juxta conſuetudinem Hiſpaniæ, ſicque in noſtro caſu nullam dubium facit, quod Rea ſit filia, cum præferantur omnes maſculi agnati, & cognati, & omnimodo excludantur fæminæ.

Ad illud vero, quod allegatur de *Caſti- 252 llo, & Vela*, facilis eſt reſponſio, ſi advertamus ipſos caſum proponere, quo maioratus inſtitutus eſt abſolute ratione conſervandæ agnationis, & nullos vocavit maſculos, niſi agnatos, & tunc quærent, utrum deficientibus omnibus agnatis, ſuperſtite tantum fæmina filia ultimi poſſeſſoris, ipſa excludi debeat ab alio cognato remotiori: & optime reſolvunt, quod non. Et ratio manifeſta eſt, quoniam eo caſu ceſſat omnino prætenſa agnatio, quæ ſervari nequit in filia fæmina, neque in cognato, quia agnatus non eſt, & eſt cognatus remotioris lineæ, quare ne pereat maioratus, perpetuitas pereat, quam principaliter proſpexit inſtitutor, cenſendum eſt ipſam fæminam ſuccedere debere, quaſi in eo caſu maioratus maneat regularis, & ordinarius, in quo fæmina proximior non excluditur à remotiori maſculo, & in his terminis, quamvis magno cum apparatu loquuntur citati Doctores in quinto fundamento, nempe *Caſtilh. contr. cap. 91. num. 84. verſ. ex his,*

6. tom. cap. 143. num. 6. vers. addo nunc, & latius explicans à num. 9. cum seqq. Ioseph Vela dissert. 49. à num. 70. Ut ipsis perlectis patebit, cuius tamen casus hypothesis nimis diversa est ab ea, in qua sumus, quia ibi solummodo agnati ratione conservandæ omnimodæ, & præcisæ agnationis vocati sunt, & exclusæ perpetuo fæminæ, & cum deficientibus agnatis omnibus cessaret agnatio, reductus est maioratus regularis, & sic filia ultimi possessoris proximior excludit cognatos remotiores juxta regulas maioratus ordinarij, & regularis; at vero in nostro, non solum agnati vocati sunt, sed eis deficientibus cognati, ut ostensum est in tertio Actoris fundamento, & sic deficientibus agnatis, admittuntur cognati, & excludit fæminas, tanquam omnino exclusas ab institutore, & ut ab eo vocatus post agnatos, unde satis patet de jure Actoris contra Ream.

253 Ad quintum: ita lato, & eleganti calamo respondet opponentis patronus in perorationibus, ut nihil amplius addi possit, & ideo cum ibi dictis repellitur Brevis Apostolici allegatio.

254 Ad sextum etiam adamussim respondet doctissimus Patronus omnia complectens, & radicitus expendens, ut nullo pacto dubitari valeat prædium de Val de Sobrados, aut maioratum alium non esse, aut ita unitum ex antiquitate temporis multiplicatis plurimis successionebus, in successore de Oliveira, ut nullatenus dividi queat, & de utroque idem judicandum esse. Et hæc de jure inter Actorem, & Ream, quoniam vero Dominus Ludovicus, qui in ventre erat tempore mortis avi ultimi possessoris jam natus obiit, & similiter Dominus Petrus ejus frater restat, ut discutiamus jus inter Actorem, & opponentem, exclusa jam illustrissima Rea.

Pro Opponente.

255 Tertius Ferdinandus, nunc vero habitatus Emmanuel, ex eo Actorem repellere intendit, quia Domina Maria Rea, eo tempore, quo pater ejus ultimus possessor Ludovicus decessit, erat prægnans, quia ille obiit die 11. Junij 1654. ipsa vero peperit 23. Octobris ejusdem anni, ut fol. 40. sicque tempore mortis possessoris prægnans plusquam quatuor, & dimidij mensium, & tandem enixa est filium masculum Dominum Ludovicum, cui successio delata est tanquam nepoti ultimi possessoris masculino, cum vero dictus Dominus Ludovicus sine prole obierit, successit ejus frater Dominus Petrus, quo etiam sine sobole defuncto, opponens

succedere contendit, tanquam ejus consobrinius, ac proximior masculus: quod vero successio delata fuerit dicto Domino Ludovico, quamvis in ventre esset, non vero Actori, probat opponens.

Primo, quia is, qui in utero est, omnia 256 jura ei reservantur ad tempus nascendi, & quousque nascatur, *L. antiqui 3. ff. si pars hereditatis petatur §. cum autem 7. inst. de hered. quæ ab intestat.* & eo nato retrahitur ad tempus præambulum, quo conceptus est, quasi tum nasceretur, *L. intelligendus 153. ff. verbor. significat.* tradunt Pinel. 2. p. rubrica num. 36. *Cod. bon. matern. Vivius de cis 82. num. 10. Cald. dict. verbo sine curatore num. 77. Valentia illustr. lib. 3. tract. 4. cap. 2. num. 7. Lara de vita hominis cap. 1. n. 4. Giurb. de feud. §. 2. gloss. 10. num. 26.* Ergo ex dicto ventre Dominus Ludovicus, eo ipso quod natus est, censendus est natus, tempore, quo fuit conceptus, & ut natus, & nepos proximior successit ex propria persona, & Actorem alterius lineæ, & remotiorem excludit.

Tertio, quoniam qui in utero est, impedit 257 sequentem in gradu succedere, *L. 3. §. utique ff. suis, & legit. hered. L. 1. §. si quis proximior ff. unde cognati, L. fin. ff. ventre inspiciendo, L. cum quidam 30. §. 1. ff. acquir. hered. L. inter agnatos 5. §. quando ff. unde legit. Valentia dict. cap. 2. num. 8. Carrança de legit. partu cap. 2. §. 1. illat. 13. sect. 3. num. 263. Lara de vita hom. cap. 6. num. 14.* Ergo Dominus Ludovicus, quando in ventre matris erat, ut proximior masculus, impedimento erat Actori, ne posset succedere.

Conducunt multa alia privilegia, quæ tam 258 jure Civili, quam Prætorio passim ventri conceduntur, nondum edito, quasi jam in lucem prodito, de quibus late Carrança dict. cap. 2. §. 4. per tot. *Giurb. dict. §. 2. gloss. 4. ex num. 14.*

Et in specie, quod is, qui in utero est conceptus, posset succedere in maioratibus, tra- 259 dunt *Molin. de primog. lib. 3. cap. 10. num. 1. Mier. eod. tract. 3. p. 9. 2. Pat. Molin. de just. tom. 3. disp. 634. num. 2. cum seqq. Peregr. de fideicommiss. art. 22. num. 11. 12. & 13. Gratian. 4. forens. cap. 700. num. 24. Avendaño L. 40. Tauri gloss. 9 à num. 1. Castil. 3. contr. cap. 19. num. 203. & 206. & 5. tom. cap. 91 n. 2. Valenzuel. 1. p. conf. 7. num. 32. & 33. Salzed. de represent. lib. 2. cap. 2. à num. 4. Carrança dict. cap. 2. §. 4. num. 41. Giurb. dict. §. 2. gloss. 4. à num. 13. Valentia dict. cap. 2. à num. 9.* Atque ita succedente Domino Ludovico excludit Actorem, & illo moriente successit frater Dominus Petrus, eoque etiam abique

absque ſobole decedente delatus eſt maioratus opponenti Ferdinando ſuo conſobrino maſculo proximiori, cui etiam, in infantili ætate obeunti, ſucceſſit frater ejus habitatus Emmanuel. Et hæc ſunt fundamenta opponentis ſubſtantialia.

260 Ex contrario vero Actor reſpondens opponentem rejicere conatur. Tum quia opponens jus proprium non habebat, ut poſſit ſuccedere avo ſuo Ludovico ultimo poſſeſſori, cum tempore, quo ille mortuus eſt, opponens, nec natus, conceptus erat, quod in conſeſſio eſt, quo caſu nequaquam ſuccedere valet, etiam ſi poſtea natus ſit, quia eo tempore nullam cogitationem cum avo haberet, nec in rerum natura eſſet, & probant L. ſi quis filio exheredato 6. in fin. princip. ff. injuſto rupto, L. 1. §. ſi quis proximior ff. unde cognati, L. 1. §. ſciendum in fin. L. Titius 6. cum duobus ſequentibus ff. ſuis, & legit. §. cum autem 7. verſ. plane & ſi conceptus inſt. de hæredib. quæ abinteſtat. docet Gloſſ. in L. ſi quis filium Cod. inofficioſ. teſtament. ibi communiter Doctores, & in L. fin. Cod. ad Orphician. reſolvunt in ſpecie in maioratibus Molin. lib. 3. cap. 10. à num. 3. & num. 38. & lib. 1. cap. 13. num. 36. ubi addentes verſ. 1. & verſ. verum quidquid ubi, quod hoc tenendum eſt in iudicando, & conſulendo, late Caſtilb. 5. contr. cap. 91. à num. 3. cum ſeqq. Tanaglius de ſacræ Rot. audit. lib. 1. cap. 6. deciſ. 17. à n. 21. verſ. Præterea, Surd. conſ. 375. à num. 19. verſ. 3. ſuadetur, & deciſ. 230. à num. 1. & late diſputans, & contrarijs reſpondens Salzedo de repræſent. lib. 2. cap. 2. à num. 21. cum ſeqq.

261 Tum etiam quia Dominus Ludovicus (unde opponens vult ſibi jus dirivari) qui erat in utero matris, ſuccedere nequibat, neque obſtare poterat Actori, quoniam ut jam dictum eſt in ſecundo fundamento ejus, teſtator illum ſolum maſculum invitavit ad ſucceſſionem, qui exiſteret, & ſuperſtes eſſet tempore mortis ultimi poſſeſſoris, at vero Dominus Ludovicus, quamvis in utero eſſet, non exiſtebat realiter in humanis, L. ſed ſi plures 10. §. 1. ff. vulgari, L. 1. in princ. L. ubicunque 7. ff. ventre in poſſ. mittend. L. generaliter 24. §. ſervo ejaſ ff. fidei commiſſ. libertat. L. ſi quis 7. §. de fructibus ff. except. rei judic. L. nomen filiar. 164. ff. verbor. ſignificat. L. cum inter veteres 14. Cod. fidei commiſſ. libert. quinimo, nec in rerum natura, ut docuit Conſult. Pomponius in L. quod in rerum 24. ff. legat. 1. & Juſtinianus in §. ea quoque res 8. inſtit. de legat. Nam fætus dum non editur, ſed tantum in utero eſt, portio- nem viſcerum matris, & ſpem animantis

tantum, non vero hominem eſſe, neque animal omnes Iuris-Conſulti cenſuerunt unanimiter, L. 1. §. ex hoc reſcripto ff. ventre inſpiciend. L. ſi mulierem 8. ff. ad leg. Cornel. de ſiccar. L. Cicero 39. ff. penis, L. 2. ff. mort. inferendo, Papinian. in L. in lege Falſidia 9. ff. ad Leg. Falſid. tradunt Acuſſ. verbo proſit in L. qui in utero 7. ff. ſtat. homin. Bald. in dict. L. cum inter veteres, & poſt Alberic. Annaniam, & alios, Tiraq. in L. ſi unquam verbo ſuſceperit liberos num. 148. & ſeq. Donel. de jur. Civil. lib. 5. cap. 25. Pinel. lib. 2. ſelectarum cap. 1. Amaya lib. 3. obſervat. cap. 1. §. 2. Carrança de legit. part. cap. 2. à num. 5. cum ſeqq. poſt plures Valentia dict. tract. 4. cap. 1. num. 3. in fin. Petr. Gregor. ſyntaxmata lib. 7. cap. 1. num. 10. Surd. conſ. 375. num. 35. & 36. Salzed. dict. lib. 2. cap. 2. num. 5. Edmundus lib. 1. obſervat. cap. 16. Si ergo fætus in utero conceptus, neque in humanis, neque in rerum natura eſt, neque homo, vel animal, ſed tantum portio viſcerum matris, & ſpes animantis, non latenus dici poteſt ipſum eſſe maſculum illum vocatum à teſtatore exiſtentem, & diſperantem tempore mortis ultimi poſſeſſoris.

Præſertim, quia teſtator expreſſis verbis 262 vocavit maſculum vere exiſtentem, & illum ad oculum demonſtrans, ibi: E ſe aquelle filho de Men Peres onver à ſua morte filho teigo, tidimo, & barom, o dito lugar de Oliveira, & outros herdamentos, como dito he, ſiquem a eſſe ſeu filho primeiro, &c. Et notanda eſt dictio illa, a eſſe, quæ latine dicitur, ipſi, quæ quidem dictio eſt perſonaliffima, Cald. de extinct. cap. 13. num. 34. Phev. 1. p. deciſ. 4. n. 7. Gratian. 1. forenſ. cap. 104. num. 13. ubi quod demonſtrat perſonam ad oculum, ut etiam dicunt Surd. conſ. 53. num. 11. & deciſ. 210. num. 18. Menoch. conſ. 705. num. 30. Et excludit omnes alias perſonas, Iason in L. filiusfamilias §. Divi in 2. lectura n. 181. ff. legat. 1. & ibi Ripa num. 111. verſ. & idem ſi, Tiraq. de retract. convention. al. §. 1. gloſſ. 6. num. 25. & deciſum tradit Farinac dec. 619. num. 3. p. 1. in recentiorib. quare cum is, qui in utero erat, demonſtrari, & oſtendi non poſſet ad oculum, non poteſt dici ipſum eſſe maſculum vocatum à teſtatore.

Quinimo, ſolus Actor, qui tempore mor- 263 tis ad oculum demonſtrabatur, ipſe ſolus erat vocatus, ut eſt text. optime in L. unum ex familia 69 §. rogo in fin. ff. legat. 2. ubi: Et ita demum petere poſſit unus, ſi ſolus morante eo ſuperſuerit, & in propoſito Barr. in L. quintus §. argento num. 10. ff. auro, & argen. legat. poſt plures Valenz. conſ. 23. num. 153. cum ſeqq. ubi num. 155. dicit, quod non

est inesse productum demonstrari non posse, ex *Bart. in L. demonstratio falsa in princ. ff. condit. & demonstr. & probat text. in L. si nominatim 34. ff. eodem*, & cum dictus Dominus Ludovicus non existeret realiter, neque masculus inesse productus esset verè, non poterat demonstrari, sed solus Actor.

264 Quod magis corroboratur, quoniam testator semper vocavit masculum ex stentem, & superstitem tempore mortis ultimi gravati, ac possessoris, & hoc indubitabili signo vocatus idem est, ac si eum proprio nomine vocaret, & demonstraret, *L. si nominatim 34. ff. condit. & demonstr. L. scribit 36. §. fin. ff. aur. & argen. L. nominatim 88. ff. legat. 3. tradit, & late exornat Valenzuel. in terminis conf. 23. à num. 157. & conf. 97. num. 28. 31. & 32. Menoch. conf. 442. num. 6. lib. 5. Cappycius Galleot. 1. tom. contr. 48. ex num. 24. cum seqq. Fusar. qui alios refert de subst. 9. 371. num. 73. ubi num. 75. dicit, quod hoc fortius procedit, quando testator verbis geminatis superstites vocaverit, *Mantic. de conjectur. lib. 3. tit. 6. num. 10.* Vbi dicit, quod testator hunc tantum superstitem admittit, & alios excludit.*

265 At vero etiam per rerum naturam incertum, & impossibile est, si ille, qui in utero est, scire, an sit masculus, an femina, ut dicit *Ancharranus conf. 354. Angel. in L. Arehusa col. 2. ff. stat. hom. Avendaño respons. 28. n. 2. Surd. conf. 375. num. 44. Valenz. conf. 96. num. 7. Valasc. 2. tom. conf. 129. num. 6.* ubi etiam dicit eum *Avendaño*, etiam, qui in utero est, nullam habere qualitatem, subindeque non verè dici posse dictum Dominum Ludovicum in utero inclusam esse masculum, & multo minus vocatum, ut bene in terminis arguit *Avendaño dict. num. 2. vers. 5. facit*, sicque habere qualitatem à testatore quaesitam tempore mortis ultimi possessoris, & ad allegata in contrarium respondet Actor, & in individuo videndus omnino est *Surd. conf. 375. n. 44. & 45.*

266 Ad primum de *Lege, qui in utero cum similibus*, quibus deciditur, eum, qui in utero est, perinde haberi, ac si natus esset in illis, quæ sibi utilia sunt. Respondet primo, quod dictæ leges intelliguntur, quando voluntas disponentis æque cadit in non natis, sicut in natis, ut cum *Corrusio* sic dictas leges intelligente tradit *Valasc. dict. conf. 129. num. 14. vers. nec obstat.* At vero ex dictis planum manet, diversam dari in præsentem voluntatis dispositionem inter natos, & non natos, cum testator expresse masculum extantem, & superstitem tempore mortis ultimi possessoris vocaverit, de illis vero, qui in ventre

essent, nullo in casu mentionem faceret, & ratio differentiarum esse posset, quia testator magnam habuit attentionem ad opera pia, quæ impleri iussit, quæ non ita implerentur succedente ventræ, sicut per masculum jam natum, & verè extantem.

Secundo respondet prædictas leges non loqui per rei veritatem, sed per fictionem juris ad aliquos legum effectus, ut denotant verba dict. *L. qui in utero 7. ibi, perinde observari, dict. L. penult. ibi: Intelligi in rerum natura esse:* explicat eleganter *Cujac. lib. 19. questionum Papiniani ad L. in lege 9. ff. ad L. falsid. & post Bald. Aretin. & Angel. Surd. dict. conf. 375. à num. 43. Carrança dict. cap. 2. à num. 15. & latius §. 4. ex numer. 13. Valentia dict. tract. 4. cap. 1. num. 5. Salzed. dict. cap. 2. num. 8. & ideo dicta ficta tantum operatur quoad aliquos effectus Civiles juris, ut optime *Marcellus in dict. L. penult. ibi, in toto pene jure Civili, & non quoad omnes*, ut bene explicat *Carrança dict. §. 4. n. 3.* introductaque est in odium legum caducariarum Iulæ, & Popææ, *Cujac. in dict. L. in lege falsidia, Carrança dict. cap. 2. n. 15. Valentia dict. n. 5. & propter legitimas hæreditates, quæ ab ipsa lege deferuntur, ut notabiliter tradit Anton. Faber Jurisprudentiæ Papinianæ tit. 4. princ. 3. illat. 3. confut. 4. Schifordiger. tract. 16. q. 4. Carrança dict. §. 4. num. 14. & 15. Valentia dict. cap. 2. num. 10. Salzed. dict. cap. 2. num. 8. & ultra rationes, quas ipsi tradunt, ex eo etiam merito factum est, quia sola lex æquitate suadente ob favorem publicum fingere potest, homo vero fingere non potest, *L. si forte 8. ff. Castrensi Peculio, L. Codicillis 91. §. fin. ff. legat. 2. docent Bartol. in L. si is qui pro emptore num. 21. in fin. & 24. Iason num. 174. ff. usucap. Aymon conf. 134. num. 33. post plures Valasc. de jur. emphyt. q. 50. n. 6. & tom. 2. conf. 148. num. 8. Giurb. de feud. §. 2. gloss. 2. num. 20.* Atque ob hanc rationem verba, & dispositiones hominum non sunt civiliter, & per fictionem intelligendæ, sed vere, & naturaliter, *ff. fideicommiss. 76. ff. cond. & demonstr. L. ex ea parte 121. §. Insulam ff. verbor. L. fin. Cod. his qui veniam etat. ita in maioribus tradunt Gam. decis. 307. numer. 6. Pereir. decis. 116. num. 2. Molin. in proæmio num. 5. cum pluribus Cassanat. conf. 58. num. 20. Larr. 1. tom. decis. 34. num. 18. Valenzuel. conf. 23. num. 104. Galleot. contr. 48. numer. 39 Vela dissert. 49. num. 106. post alios Salzed. lib. 3. cap. 14. num. 22. ubi num. 23 addit, quod si verba ad duplicem sensum Civilem, & naturalem trahi possunt, tunc potius ad naturalem trahenda sunt, dict. §. insulam L. 3. §.***

3. §. hæc verba ff. negot. gest. post alios *Castilb. tom. 6. cap. 13 1. à num. 8.* quare fictio dictarum legum nihil prodest opponenti, neque obest Actori, qui vere superstes erat tempore mortis ultimi possessoris, & agatur de dispositione hominis, qui fingere non potest, & non de dispositione legis, neque de hereditate legitima, quæ à lege defertur, sed de dispositione testamentaria, cujus verba naturaliter intelligenda sunt.

268 Ad secundum de *L. antiqui 3. ff. si pars hered. cum concordantibus*, respondet eodem modo, quod etiam procedunt ex eadem fictione, qua antiqui voluerunt libero ventri prospicere, & non vere, ut notat *Anton. Faber dict. tit. 4. princip. 3.* explicat elegantissime *Valentia dict. cap. 2. num. 7. & 8.* & cum hæc fictio sit retrotractiva, sive translata de tempore nativitatis ad tempus conceptionis, non potest fieri in præjudicium tertij, qui interim jus acquisivit, *Cap. si pro te, cap. quamvis de rescript. in 6. docet Gloss. per text. ibi in L. si mulier 20. junctis regula L. insulam 42. §. fin. ff. solut. matr. Bart. in L. si indebitum §. 1. & L. bonorum num. 2. ff. rem ratam haberi, cum multis Tiraquel. de primogenijs q. 24. junctis his, quæ per text. in L. 2. & 4. ff. natalib. restit. resolvit Gom. L. 9. Taur. num. 64. & late Pinel. in rabr. Cod. rescind. 1. p. cap. 2. per tot. ex num. 8. & 17.* Proindeque in hoc casu fieri non poterat in præjudicium Actoris masculi naturaliter, & vere existentis in humanis, ac nati, & quia fictio veritati prævalere non debet, *L. filio quem pater 24. ibi: Ne imagine nature veritas adumbretur, ff. liber. & posthum. ubi gloss. verbo imagine, & omnes, Valenzuel. conf. 23. num. 164.* quod & optime simili comprobatur. Nam si quis ex concubina habeat filium naturalem, ac postea ducat aliam in uxorem, ex qua legitimam generat filium, defunctaque uxore matrimonium contrahat cum concubina, sicque filius naturalis primo natus fiat legitimus ex fictione retrotractiva, *Cap. tanta qui filij sint legitimi, L. cum quis Cod. naturalib. liber.* non nocebit hæc fictio illi, qui jure legitimus natus est, & is in maioratu succedet, *Molin. de primog. lib. 3. cap. 1. num. 7.* ubi verum esse proculdubio dicit, & in judicando, & consulendo sequendum, *Surd. conf. 369 num. 23. Costa de retrotractione cap. 48. casu 32. ex numer. 6. Gom. L. 9. Taur. ex num. 63. Avendaño L. 40. Tauri à num. 41. Peregr. de fideicommiss. art. 24. num. 35. Pat. Molin. de just. disput. 172. vers. merito, Cevalh. commun. q. 606. num. 21. Cassanat. conf. 26. num. 14. Giurb. ad statuta Messan. cap. 1. gloss. 4. num. 120.* Ex

ea, scilicet, ratione, quia legitimus vere natus est legitimus, naturalis autem, & si postea per fictionem retrotractivam factus est legitimus à tempore nativitatis, ea fictio nocere non potuit legitimo vero, cui antea fictionem erat jus quæsitum. Sic in proposito cum Actor vere, & naturaliter tempore delati maioratus natus, & solus masculus existeret, eoque tempore Ludovicus, qui in utero erat, neque homo, neque animal verum esset, sed viscerum matris portio, quam per fictionem intelligeretur natus à tempore conceptionis, hæc retrotractio præjudicare non potuit Actori vere nato, nec tollere jus illi quæsitum ad maioratus successionem.

269 Quod etiam maxime confirmatur ex natura successionis maioratus, quæ ea est, ut nec per momentum possit esse in pendentem, sed mortuo ultimo possessore illico defertur personæ habili proximiori extanti, & quæ habeat qualitates à testatore requisitas, ex regul. *L. fin. ff. communia præd. cum alijs probac. lib. 3. cap. 10. à num. 4. sive 15.* ubi multos adducit, & tandem sequitur *num. 38. vers. sed his omnibus, Alciat. r spons. 119. num. 9. lib. 9. Avendaño L. 40. Tauri gloss. 6. à num. 13.* plures quos adducit *Flor. de Mena in Addit. ad Gam. decis. 27. num. 4. late Fusar. de substit. q. 3 18. n. 3. & cum pluribus Addit. ad Molin. dict. cap. 10. à num. 1. usque 44. vers. verum, Tanglius dict. decis. 17. num. 2. alias 22.* quare reservatio illa, quæ in dict. *L. antiqui*, & similibus fit ventri, tempus nascendi non potest applicari huic maioratu, qui in pendentem esse non poterat, sed illico deferendum proximiori habenti qualitates à testatore requisitas.

Ad tertium respondet Actor, quod leges in ea allegatæ procedunt ex eadem fictione, *Valentia dict. cap. 2. num. 8.* Namque naturaliter, & vere, is, qui in utero est, cum homo non sit, non facit gradum, ut sequentem excludat, ut cum *Christophoro de Paz tradit Carrança dict. cap. 2. §. 1. illat. 1.*

270 Sic etiam ex eadem fictione legum procedunt privilegia juris Civilis collata illis, qui in utero sunt, quia hanc fictionem potuit lex facere, & ad ejus imitationem idem fecit prætorium jus, dando illis bonorum possessiones edicti successorij, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, & alia similia ex hac fictione demanantia; & memoror, quod dum in Senatu Portuensi gravaminum essem Senator, quod ita judicavi in quadam causa super interpretatione legis, videlicet *Ord. lib. 4. tit. 92.* Ubi, quod conceptus habebatur pro nato, quia tunc erat casus legis,

in quo tenebar sequi legum fictiones, quod non ita dicerem, si ageretur de dispositione hominis, quæ non in fictione, sed naturaliter interpretanda est.

271 Non item resistunt Doctores, qui ad successionem maioratus admittunt eos, qui in utero sunt, quia loquuntur generaliter, & in maioratibus simplicibus, & ordinarijs, cū in illis vocentur indistincte, & indeterminate omnes posteri descendentes collaterales, & consanguinei de familia, atque ita, tam nati, quam nascituri vocati censentur, quasi in certum eventum, & conditionaliter, neque tunc necesse est, quod successor sit natus tempore mortis, & sufficit, quod conceptus sit, ut eleganter notavit Socin. in *L. si cognatis num. 30. ff. reb. dubijs*, sic concilians text. in *L. cum pater 79. §. hereditatem o. i. ff. legat. 2. cum L. cum ita legatur 33. §. in fideicommissis ff. eod.* tradit Molin. lib. 1. cap. 6. n. 49. & optime videndus Salzed. de represent. lib. 2. cap. 2. num. 18. Et quia natura maioratus est, ut sit perpetuus, & ex hac ratione admittuntur concepti, ad maioratum, secus vero est dicendum in maioratibus qualificatis, & extraordinarijs, in quibus institutor certam aliquam qualitatem, certo, atque determinato tempore requirit, tunc enim is est admittendus solus, qui eam qualitatem habeat certo illo, & determinato tempore, ut in nostra hypothese, quoniam ante omnia servanda est forma data in scriptura maioratus, Molin. lib. 1. cap. 2. num. fin. Valenz. 2. p. cons. 113. num. 118. & seq. late Castilb. 6. contr. 155. in fin. Giurb. de feudis preclud. 4. num. 73. & tanquam lex, Solorzan. de jur. Indiar. 2. tom. lib. 2. cap. 11. num. 11. late exornat Salgad. de protection. Reg. 4. p. cap. 3. à n. 44. cum seqq. Et cum ex forma, & tenore hujus maioratus ille masculus vocetur, qui realiter superfit, & præexistat tempore mortis ultimi possessoris, ut probatum manet, non succedet in eo, qui natus non est, nec realiter extat, ita in specie distinguit, & judicatum dicit Grivellas de Dolana 108. Galeotus lib. 1. contr. 48. num. 43. & 47. & 57. num. 31. vers. ultimo, quod totum provenit à voluntate instituentis, qui aliam formam ordinavit succedendi, & aliam qualitatem naturalis, & veræ existentie requisivit, & non fictæ.

272 Ex quibus meritis Curialis Prætoris quoad Ream sententiam confirmarem, quoad Actorem vero revocarem. Vlyssipone 28. Martij 1665. Teixeira.

273 Latè, & abundanter ad nauseam usque utraque pars dilatavit fimbrias suas, ita ut nihil de novo dicendum, aut addendum su-

peresse videbatur: ita transcribere, nec liber, neque est nostri moris, nostri tamen muneris est ex doctrina Aristot. 4. Ethic. cap. 2. separare nonnulla, quæ in presenti controversia nobis videntur otiosa: nonnulla dispungere, & respuere, quæ libere fuerunt dicta: nonnulla, quæ sunt inutilia, & tunc scopum attingere, ex quo pendet decisio presentis causæ: quæ inter cæteras, quæ sunt de presenti in foro, capat extulit in altum, tum ex humeris Magnatum, quibus portatur, tum ex ejus substantia, & momento: adsit Spiritus Dei, & radio æterni luminis intellectum, & mentem nostram illuminet, ut uni, cui debetur, plenissime jus suum tribuatur. Adsit etiam Dei Paraclitus, ut multiplicatis radijs leniat, & cæterorum corda quietescat, ne male vertatur, quod in timore Dei judicamus.

Quoad ea, quæ sunt otiose dicta.

Illud certissimum est maioratum, de quo agit, agnationis esse in personis duorum institutoris fratrum Men Peres, & Ioannis Peres, reperiuntur enim vocati successive eorum filij, & nepotes masculi, & expresse exclusæ eorum fæminæ per clausulam generalem, quæ comprehendit omnes casus, qui non sint specialiter provisæ, ut tradit Gratian. forens. cap. 522. num. 34. Valenzuel. cons. 28. num. 97. & seq. Surd. cons. 456. num. 48. & cons. 550. num. 14. & decis. 322. num. 24. Fontanell. 1. p. decis. 246. à num. 6. Castilb. lib. 4. contr. cap. 41. num. 27. & lib. 5. cap. 95. à num. 41. per text. in *L. coheredi §. qui patrem ff. de vulgarib. L. sed & si §. hæc clausula vers. deinde ff. ex quib. caus. maior. L. uxorem §. facillime in fin. ff. de legat. 3. vel prædictæ fæminæ sint ex generatione, & instituentis familiæ, vel sint extraneæ, in terminis Castilb. contr. lib. 2. cap. 4. num. 175. ibi: Cum alijs recte constituit agnationem tunc censeri conservare voluisse, quando fæmina semper excluditur, & nullo casu admittitur, secus tamen ubi in aliqua parte dispositionis vocatur.*

275 Quod post Bald. in cons. 473. lib. 5. advertit etiam Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 9. vers. hæc tamen distinctio, Menoch. cons. 1228. num. 28. vers. 1. Lara de vit. homin. cap. 30. à num. 81. & 96. Joseph Vela dissert. 49. num. 58. Fusar. de subst. 9. 499 à num. 15. Tanaglia de sacr. Rom. Rott. audit. lib. 1. cap. 6. num. 6. & 7. judicatum dicit Castilb. supr. num. 25. vers. nos vero, sprete opinione illorum, qui tenuerunt sufficere ad maioratum agnationis constituendum clausulam, per quam

quam masculi vocantur cum quocunque alio adminiculo, verbi gratia, portandi arma, vel assumendi nomina, quam merito refutat *Larr. 2. p. decis. 53.* qui fundamenta affert *num. 9.* & fundamentis contrarijs satisfacit *num. 19.* & saniori consilio Senatus noster contrarium iudicavit, ut per *Sous. de Maced. decis. 19. num. 11.* requirendo exclusionem fœminarum expressam post vocationem masculorum, ut maioratus agnationis censeatur, & sprete opinione illorum, qui ultra desiderant.

276 Ex qua resolutione duo resultant: primum est exclusio regularis fœminarum, & earum filiorum, descendantium à duobus illis fratribus per instituentem vocatis (nisi aliqua particulari ratione, vel conjectura admittantur) quia matre absolutè exclusa, filij manent exclusi, cum enim propriam vocationem non habeant, eadem ratione excluduntur, qua mater excluditur; incapacitas enim materna influit in filios, *Mantic. de conjectur. lib. 11. tit. 12. à num. 33. usque ad 37. Ant. Gab. commun. tit. de hered. inst. conclus. 3. num. 17. Decian. conf. 3. num. 98. & 99. lib. 1. Mier. de maiorat. 2. p. q. 2. ex num. 18. Garc. de benef. 2. tom. p. 7. cap. 15. ex n. 40. latissime Castilb. lib. 5. contr. cap. 103. per tot. maxime à num. 12.* Secundum quod resultat, est nimis otiosum, esse in præſenti controversia disputare de agnatione, devenit enim successione casus ad terminos, in quibus huic disputationi non fit locus. Si enim Actor, Reus, vel opponens descenderet ab aliqua ex sororibus institutoris, tunc occurrebat disputare, si instituens vocando sororum filios masculos, & nepotes, in defectum filiorum fratrum, visus foret modo illo artificioso suscitare agnationem, vel tantummodo ad masculinitatem attendere, circa quod videndus erat *Larr. decis. 54. à num. 6. vers. ita saltem, & decis. 53. à n. 26. Cassanat. conf. 15. num. 34. & seq. & conf. 120. num. 20. vers. duodecimo, Reminald. tom. 1. conf. 23. à num. 86. Mier. de maiorat. 2. p. q. 6. in nova impressione à num. 264. Castilb. 6. contr. cap. 133. à num. 12. Vela dissert. 49. à num. 45. vers. alterum, & vers. vel ab ipso.* At cum simus extra hos terminos, & nec Actor, nec opponens, nec Rea descendant ab institutoris sororibus, imo sint omnes derivati ab illo Trunco, Men Peres, qui fuit primo loco per institutorem vocatus, æqua lance ad successionem concurrunt: & est verum dicere, quod finita agnatione Mēdi Peres primo loco vocati in Domino Ludovico, & non data descendencia masculina Ioannis Peres vocati loco secundo, nec etiam

illarum trium sororum, quarum filij masculi fuere tertio loco ordine successivo vocati, agnatio manserit extincta, & maioratus successio deferenda esset secundum ordinarios, & regulares terminos, ex resolutione de qua unus præ multis *Castilb. lib. 6. contr. cap. 143. §. unico.* Si instituens tacitè per conjecturas, vel expresse per pronunciata verba non disposuisset aliter, & alia forma, de qua nos tractabimus infra.

Et si instant pro parte Actoris dicendo, 277 quod deficiente agnatione Men Peres morte Domini Ludovici, & non data descendencia masculina Ioannis Peres, subintrat illa vocatio filiorum sororis Ozendæ, quæ est in occurrenti casu in favorem Actoris præſticanda ex vocatione expressa, hoc, ut proposuimus in principio, est nimis liberè dictum.

De libere dicto agamus.

Dico nimis liberè dictum esse, Actorem habere vocationem propriam, & expressam, 278 eo quia triplici modo quis potest dici vocatus individualiter, specialiter, & generaliter, magistraliter *Bart. in L. Titius ff. liber. & posthum. Menoch. conf. 124. num. 89. tom. 2. & conf. 200. à n. 6. Fusar. de subst. q. 359. n. 2. vers. scias autem, Surd. conf. 125. n. 17. aliàs 517. Castilb. contr. 5. cap. 93. num. 17.* Actor autem nullam habuit, nec habere potuit individualem vocationem: nullam specialem, quia institutio maioratus non devenit ad casum, in quo filij masculi, & nepotes sororum instituentis, habuissent locum: nec ipse est ex ea linea descendens, ut est in confesso: est ergo, & venit Actor generaliter cum alijs de familia, agnatione in persona Ludovici extincta, & quod Actor pro se habet, est vocatio præſumpta, & interpreta-

Nec contrarium evincit doctrina, quam 279 nobis doctus Patronus inculcat cum *Valenzuel.* & alijs citatis in sua peroratione *num. 228.* nam omnes DD. per illum ibi citati solum resolvunt, quod nos agnoscimus; nempe, quod quando disponens per plures gradus substitutionum digrediatur forma per ipsum assignata, fit in quolibet gradu observanda, & hoc etiam dicit *Cald. dict. conf. 15. num. 14. Gam. decis. 308. num. 4. ibi: Nam ordo succedendi datus primum institutis, debet & in posteris observari; Castilb. contr. 2. cap. 4. num. 14. ibi: Ordo datus inter primos nominatos servari debet inter reliquos substitutos.* Et noster *Valase. consult. 171. à princip.* loquitur de institutore disponente de fideicommissio post mortem uxoris suæ filio suo deferendo, & eo

& eo mortuo sine filijs vocavit Ludovicum suum nepotem ex filia Maria, in quo non immerito conditio illa sine liberis præsumitur repetita, quia datur vehemens juris præsumptio, quod disposita in prima vocatione, seu substitutione filij, censeantur repetita in nepote post eum vocato: in quo datur par ratio affectionis, & affectus: sed ex horum Doctorum resolutione non convincitur, quod vocatio facta filiorum, nepotumque sororum transversalis institutoris in defectum filiorum fratrum suorum repetita, in Actore nostro censeatur, datur enim distantissima ratio inter dispositionem transversalis, vel ascendens, & ad summum solum convincitur dari per argumentum in favorem Actoris vocationem præsumptam: sed quod habeat vocationem individualem, & specialem expressam, ut asserit doctus Patronus, hoc libere dictum intelligimus: unde ex dictis *num. 1.* concludimus maioratam agnationis in fratribus, & *ex numer. 3.* otiosam quæstionem in filijs, & nepotibus sororum, & *ex num. 4. & 5.* quod fuisset libere dictum habere vocationem expressam Actorem nostrum.

Eamus ad incivilia pro Rea minus bene adducta.

280 Pro Domino Reo nonnulla opponuntur incivilia: nempe dispensatio allegata, lataque super ipsam sententiam. Nam Summus Pontifex, licet habeat duos gladios, spirituales, scilicet, & temporales, quia utrumque Dominus commisit Petro, & ideo non sine causa ei dixit, Tibi dabo claves, non clavem unam, sed duas? Unam, qua claudat, & aperiat, liget, & solvat quoad spiritualia, aliam, qua ad temporalia uteretur, ut per *Ioann. Hugon. de offic. Prælat. p. 1. num. 1. inter tractatus Doctorum tom. 13. p. 2. fol. 290.* jurisdictionem temporalem habet Pontifex in habitu, non autem in exercitio: hoc etenim in Reges fuit per Ecclesiam translatum: ut *tom. 13. tract. Doctor. p. 1. num. 17. & 18. fol. 289. Iacob. dict. cons. lib. 6. à 5. num. 17. & seq. & tom. 14. fol. 106. num. 18.* & quod magis est, nec etiam sæcularis Princeps de plenitudine potestatis potest præjudicare substitutionis ad fideicommissum, vel maioratam vocatis, mutando, vel alterando conditiones, sic clausulas, ut colligitur *ex text. in L. si testamenta 10. Cod. de testament. ubi Fulgos. Roman. & Iason. communiter per Pinel. in rubr. de rescindend. vend. 1. p. cap. 2. n. 16. Covarr. lib. 3. resolut. cap. 6. à princ. Molin. lib. 1. de primog. cap. 8. ex num. 28. &*

lib. 3. cap. 3. ex num. 11. & lib. 4. cap. 3. vers. in primis à num. 1. cum seqq. neque derogare dispositioni testatoris expressæ, L. si testamentum 10. Cod. de testament. ibi: Si testamentum jure factum sit, & hæres sit capax, autoritate rescripti nostri rescindi non oportet.

Covarr. in epitom. success. ad Decret. 2. p. 281 cap. 6. num. 6. & 7. Mantica. de coniectur. lib. 11. tit. 12. num. 32. Peregr. de fideicommiss. art. 52. num. 125. & 127. Crassus de success. §. 1. num. 8. Menoch. de success. creat. lib. 1. §. 1. num. 29. Moneta de commut. ultim. vol. cap. 6. num. 29. & seqq. Molin. de primog. lib. 1. cap. 8. num. 31. & lib. 2. cap. 7. num. 32. Quæ resolutio procedit etiam ante delatam maioratus, seu Capellæ successionem: nec offenditur absoluta potestas Principis, imo potius augetur; Principis namque est, non quod libet, sed quod licet, nec ad plenitudinem potestatis, sed tempestatis pertineret destruere, mutare, vel alterare, quæ testator in suo elogio, vel institutor in instrumento disposuerat, ut tenet eleganter *Pinel. in rubr. de rescindend. 1. p. cap. 2. à princ. & num. 16. Covarr. dict. cap. 6. num. 7.* Nec in tali casu jus quæsitum est æstimandum ex parte successoris, cui sola spes succedendi in fideicommissum, seu maioratu competit, sed ex persona disponentis, cui sine dubio jus quæsitum auferatur, quando libera potestas disponendi de re propria, & de rebus suis diminuitur, nihil enim aliud est dominium, quam libertas disponendi de suo, ut per *Bart. in L. si quis vi §. differentia num. 4 ff. de acquirend. Auth. de nuptijs §. disponat collat. 4.* optime consideravit *Covarr. dict. lib. 3. cap. 6. num. 9. in princ. & in vers. tertio deducitur, Burg. de Paz. in proem. ad L. L. Tauri num. 343. & ante eos Decius. cons. 357. n. 8. vers. non obstat, quidquid sit, quando non agitur de mutandis conditionibus, vel clausulis, sed de alienandis nonnullis ex bonis, de quo videndus *Molin. dict. lib. 4. cap. 3. numer. 2.**

Inciviliter etiam opponitur pro Domino 282 Reo distinctio, & divisio maioratus de Oliveira, & de Val de Sobrados, quia nec identitas, nec diversitas præsumitur, & qui unam, alteramve allegat, illam tenetur probare, *Surd. cons. 168. num. 30. Gail lib. 2. præct. observ. 81. num. 8. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 15. num. 2. Marescot. var. lib. 1. cap. 12. num. 19. Altogr. cons. 24. num. 32.* Rea autem diversitatem non probat; imo per contrarium evincitur unum, & alterum incorporatum, quæque alij conjunctum: unde sequitur eandem naturam, tum ex regula accessio-

accessorium de regul. jur. in 6. L. etiam Cod. de jur. dos. Cap. super gratia de offic. delegat. post Menoch. & Surd. Mastrilh. conf. 115. n. 8. Castilb. contr. cap. 198. num. 21. tum quia annexi, & connexi idem est iudicium, Cap. cum singulis ubi gloss. verb. annexi de prabend. in 6. gloss. verbo connexi in cap. quanto de iudicijs, Girond. de privileg. num. 751. Novar. in praxi q. 56. sect. 1. Mend. à Castr. in praxi lib. 5. cap. 4. num. 43. late opponens in sua peroratione, Cald. conf. 15. num. fin. Larrea, qui plura adducit, decis. 67. num. 12. Mier. de maiorat. 1. p. q. 10. à num. 23. & à num. 90. & 94. & 106. citati omnes per Actoris Patronum in sua peroratione num. 234. ubi cum Mier. supra 4. p. q. 21. à num. 60. & 2. p. q. 5. à num. 47. & cum Barb. in L. cum Prætor §. fin. num. 14. ff. de iudic. advertit sufficere tempus quadraginta annorum, pro quo solet allegari illud Aretini consilium 274. & dicit in specie videndus Cassan. conf. 47. numer. 22.

83 Rejectis igitur superfluis, quæ nobis proponunt præsens iurgium nubeculis involutum, & nimis confusum, accingamur modo ad fundamenta, quibus Actor pugnat: opponens se opposuit, & Rea denique se defendit, ut omnibus examinatis, & recta mentis trutina ponderatis, deliberatio nostra in re tanti ponderis, & momenti in lucem prodeat.

Quoad Actorem.

284 Supponitur in facto versari præsens controversia circa duos maioratus ejusdem naturæ, irregularis, scilicet, institutos per duos illustrissimos Præsules, Rodericum Episcopum Lamecensem, & Martinum Archiepiscopum Bracharensem, Hispaniarum Primate, qui in ultimo elogio suo instituit agnationis maioratum in persona fratrum Men Peres, & Ioannis Peres, ea cum declaratione, & qualitate, ut vita sua durante possedisset primus vocatus, & à morte, idest tempore mortis suæ successisset filius ejus primogenitus, legitimus, sæcularis, & baro, exclusis filijs uxoris suæ, quæ tunc erat Guiomar Martins, & quod si iste filius tempore mortis suæ filium habuisset cum eisdem qualitatibus, ipse esset successor, & in defectum successisset Clericus: eisdem conditionibus expressis, & relatis, quæ observarentur per nepotes, & pronepotes in perpetuum, & prævidendo institutor casum, quod deficerent filij, nepotes, & pronepotes legitimi, & barones tempore mortis fratris sui Mendi, tunc substituit filium legitimum laicum, & baronem alterius fratris Ioannis Pe-

Pars II.

res eodem modo, & eisdem qualitatibus, & conditionibus, quas in priori successione gradu exposuerat: addidit, quod si tempore mortis istius filij fratris sui Ioannis remanisset filius baro, legitimus, & sæcularis, ipse esset successor eodem modo, & forma, & quod ita maioratus in perpetuum deferendus foret per filios, & nepotes: cogitando autem testator de agnatione forsitan tempore extinguenda, tunc fecit vocationem tertiam de filio, nepoteve sororis suæ Ozendæ, legitimo, & barone, eodem modo, & eisdem conditionibus relatis, cui successisset filius ejus legitimus laicus, & baro sub prædictis conditionibus, & in defectum successisset Clericus; & deficientibus filijs, & nepotibus masculis Ozendæ, tunc alias substitutiones fecit in filijs, & nepotibus masculis aiarum sororum: hoc polito de facto, veniamus ad jus.

Primum fundamentum pro Actore confutatur.

Primum fundamentum, quod pro parte Actoris adducitur, illud est, quod tempore, quo devoluta fuit successio morte ultimi possessoris Domini Ludovici, in quo expiravit agnationis linea à Mendo primo loco per institutorem vocato dirivata, jam mortua erat Domina Magdalena ejus mater, & ultimi possessoris soror, & ipse erat desimpeditus ad succedendum, obstaculo matris remoto: qualitas est, quæ non concurrat in alijs prætenforibus, vivebant namque eorum matres, quæ eis obstabant, quia in maioratibus, in quibus matres excluduntur, & filij vocantur, non admittuntur filij, dum matres vivunt.

Pro firmanda autem hac resolutione, quod non fiat locus filio, dum vivit incapax mater, plures Doctores adducuntur, quos omnes citat *Fusar. de substitut. q. 404. num. 8.* qui addit cum tertia opinione, de qua ibi, absurdum esse, quod mater proximior excludatur, & admittatur ejus filius remotior, & pro corroboratione hujus fundamenti stat primo, *text. in L. fin. Cod. naturalib. liber. ibi: Sed interventu sobolis naturalis, nullum jus legitimum subesse potest.* Vbi notatur, quod sicut filius illegitimus est insuccessibilis patri, ita est insuccessibilis nepos, licet ex legitimo matrimonio nascatur, tanquam procedens ex radice infecta, *Ioann. Andr. ad Specular. tit. de success. ab intest. §. 1. Alex. conf. 74. super eo lib. 5. cum alijs per Tirag. de primog. q. 12. num. 13. Torniol. conf. 83. num. 1. lib. 1.* nam ut inquit *text.* nulla consequentia po-

H test

test esse legitima ex illegitimo nascendi principio, & radice corrupta, *Bald. in L. fin. in fin. Cod. verbor. significat. & in Lege ex libera Cod. suis, & legitim.* Itat secundo, quod considerata incapacitate matris, inhabilitatur medium, unde conjungi non possunt extrema, *L. qui sella §. ultim. ff. servit. rustic. pred.* impeditur enim transitus per medium, si est inhabile illud medium, *Paul. Castrens. conf. 421. col. 2. vers. secundo sic lib. 2. plures Beccius conf. 138. num. 7.* Itat tertio, quod exclusa fœmina, excluditur masculina proles, quæ descendit ab illa, *L. si viva matre Cod. bon. mater. cap. 1. §. hoc autem notandum, qui feud. dar. poss. Ord. lib. 2. tit. 35. §. 14. ad fin. Castilh. contr. lib. 3. cap. 29. & lib. 5. cap. 103. num. 12.* Vbi dicit, quod omnes rationes, quæ militant, ut filius Baro, qui procedit de fœmina exclusa, non possit succedere, militant pariter, ut nepos legitimus ex filio illegitimo non succedat, & quod sit efficax argumentum de uno ad alterum casum, & cum eisdem rationibus arguit *Cephal. conf. 103. num. 2. & 3. & conf. 581. lib. 4. Menoch. conf. 172. à num. 1. usque 8. lib. 2. Mier. de maiorat. 2. p. q. 2. ex num. 18. usque 25. & promiscue utitur eisdem argumentis, Torniol. Beccius, Surd. & Molin.*

287 Confutatio præcedentis, & prioris fundamenti A. quidquid præcedens, & prius Actoris fundamentum, falsum sit autoritate tantorum Doctorum, & proximis rationibus corroboretur, illud tamen non convincit intellectum nostrum, supposito enim de facto, quod institutor post generalem exclusionem fœminarum admisit, & vocavit ad successionem in defectum filiorum, & nepotum masculorum ab uno, & altero fratre descendentium, filios, & nepotes prædictarum sororum, tales filij, seu nepotes, habent vocationem propriam, & expressam, vel institutor habuisset considerationem ad agnationem artificialem conservandam, vel ad masculinitatem, quod modo nõ disputamus, & per consequens intrant ad successionem jure proprio, & ex propria persona, & non jure transmissio, ex his quæ late *Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. num. 17. cum duabus sequentibus, & lib. 3. cap. 6. num. 39. Pelæes de maiorat. 2. p. q. 10. num. 4. Avendaño in L. 40. Taur. gloss. 11. num. 30. exornat Valenz. conf. 23. num. 9. & 10. lib. 1. & est in eorum favore generalis illa regula maioratum, secundum quam quicumque ex successoribus intrat ad successionem jure proprio, & non transmissio, tanquam immediatus fundatoris donatarius, *L. quandiu à 3. §. his autem ubi Bart. ff. de acquirend. hæred. L. unic. §. pro**

secundo Cod. de caduc. tollend. Menoch. conf. 1057. num. 1. & 3. & num. 53. & 59. lib. 1. Burg. de Paz. quæst. civil. 10. ex num. 40. Valenzuel. dict. conf. 23. num. 10. Molin. de primog. lib. 4. cap. 11. num. 48. quia quicumque descendens in institutione comprehensus habet ordine successivo distinctum, & separatum jus, & diversam vocationem, licet per institutorem colectivo modo conceptam, quin una pendeat ab alijs, *L. cohæredi §. cum filia ff. de vulgarib. L. unum ex familia §. si de falsidia cum similibus ff. de legat. 2.* docuit *Bart. conf. 59. num. 3. lib. 1. Paul. de Cast. conf. 164. num. 4. lib. 1. Abb. conf. 85. n. 2. lib. 1. Decius conf. 498. num. 19. Parisius conf. 72. num. 2. lib. 4. Valasc. 2. p. consult. 160. n. 7. Molin. lib. 1. cap. 8. num. 2. Valenz. conf. 60. num. 14. & 15.* Vbi cum pluribus dicit, quod successor non admittatur ad successionem prout ex nunc, sed prout ex tunc, id est à principio investituræ, & foundationis, ex *gloss. in cap. unico de feud. cogn.* ubi dicit descendentes in institutione maioratus vocatos, non acquirere jus novum, sed jam acquisitum recipere, cum *Baldo Alvarad. Prapósito, & Claudens.* tenet *Tiraquel. de jur. primog. q. 40. num. 99.* quibus accedit *Bald. in cap. 1. n. 5. an mutus, vel surdus, qui in eisdem terminis asserit, quod post mortem ultimi possessoris non dicatur successor acquirere, sed retinere: sequitur Ruinus conf. 19. n. 2. lib. 1. quos refert idem Valenz. dict. conf. 60. n. 17.* ex qua doctrina fit planum exclusionem matrum contententium nostrorum, licet adhuc tempore mortis suæ vixissent, & essent per institutionem incapaces succedendi, non esse impedimento successionem filiorum, & est resolutio *Bartol. in L. 1. §. si sit nepos in principio vers. unde prima solutio ff. de collat. dot. & in L. 1. §. si sit filius vers. sed mihi ff. conjung. cum emancip. lib. Bald. in L. si avia in 4. oppositione Cod. de liber. præterit. & in auth. cessante Cod. legitim. hæred. & Gregor. Lop. in L. 3. gloss. verbo mugeres circa medium tit. 13. part. 6.* dicit, quod licet nepos veniat, & sit natus ex fœmina, non tamen succedit, ut fœmina, sed ut masculus, plures refert ad intentum, *Castilh. lib. 3. contr. cap. 15. ex num. 70. usque ad 72. Rotta noviss. apud Farinac. 1. tom. decis. 463. num. 9. in specie Cephal. conf. 103. à num. 6. usque 321. Beccius conf. 138. num. 29. 38. & 46. vers. atque hæc equidem, Pancirol. conf. 169. n. 13. lib. 1. & est verum dicere, quod licet matres sint incapaces succedendi propter generalem exclusionem, filij tamen earum sunt habiles ad succedendum in omnibus rebus, quæ ex persona propria proveniunt, atque ita succedendi*

dendi in maioratu propria sua persona, & vocatione propria contemplatione matrum contempta, ut in præfenti casu primus omnium docuit *Bart. conf. 118. num. 1. & 2. lib. 1. Craveta conf. 127. num. 1. Tiraquel. de jur. primog. q. 40. num. 115. Beccius conf. 138. n. 29. & 30. late Paleot. de nothiis, & spur. cap. 53. late Cephal. conf. 103. num. 7. lib. 1. Gonsal. de mensib gloss. 5. in princ à num. 115. & num. 120. Garc. d. 1. p. cap. 15. n. 53. March. conf. 26. num. 31. & 32. & 36. & de success. leg. 1. p. q. 1. à 3. num. 5. & multoties ita iudicatum in *Rotta Roman. testatur Gonsal. & Garc. novissime apud Farinac. dict. dec. 463. num. 9. tom. 1. & hanc tanquam communem sequutus fuit Castilb. lib. 3. cap. 15. num. 70. & 72. Peregr. de fideicommiss. art. 26. n. 6. Petr. Cabal. conf. 1108. & licet ab hac communi discessit *Surd. reprobando distinctionem succedendi ex jure proprio, aut ex persona matris conf. 85. num. 11. & 12. cujus formalia verba retulit Castilb. dict. cap. 103. num. 24. inclinatus ad contrariam opinionem, cujus acerrimus extitit defensor dict. cap. 103. num. 11. usque ad fin. tamen tanta est vis, & pondus veritatis, quod illam non ausus fuerit inficiari, nec contrarium sequi ab illo, quod habebat amplexum, & sequutum lib. 3. cap. 15. num. 70. & 72. & ita postquam retulit *Surd. verba dict. cap. 103. numer. 24. successive ita dixit, sed quia durum videbitur à communi scribentium distinctione recedere, quam Egomet ipse amplexus sui in****

288 Et quidquid *dict. num. 24. dicat neminem posse ad successionem admitti, nisi præcedens gradus sit successibilis, quia destructo ordine, destruitur ordinabile, & ita cum non possit succedere mater, quia est exclusa, defecit successio in filijs, &c. Frivola sunt hæc omnia, & destruuntur eadem distinctione, quia supposito, quod filij, & nepotes succedunt ex propria persona, & ex jure proprio, & propria vocatione, respectu illorum, non est præcedens gradus, qui sit considerandus successibilis, vel insuccessibilis, nec radix infecta, nec medium inhabile: imo asserendum est constanter, matrem non fecisse gradum, & auferendam de medio, ac si non esset: quia filius, licet intret locum matris, non succedit eam representando, sed intrando locum vacantem ipsius matris propter exclusionem incapacis, *Succin. senior in L. Gallus §. nunc de lege num. 5. ff. de liber. & posthum. & conf. 2. num. 2. ad fin. & 3. lib. 3. ubi num. 5. dicit ita fuisse consultum per omnes Doctores Italiae, Valenz. conf. 97. num. 128. lib. 1. Rebus conf. 22. à num. 10. Mantio,**

¶ Pars II.

de conjectur. lib. 8. tit. 18. ex num. 53. & 54. lib. 5. tit. 14. num. 6. & 7. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 48. Hieron. Gab. conf. 96. num. 23. Garcia de benefic. 7. p. cap. 15. num. 53. optime Rota apud Farin. dict. decis. 463. num. 9. tom. 1. fere per eadem verba: cum quibus inanis redditur Castilbi solutio, qui recognovit, & tentavit aliud responsum n. 25. quod singulare dixit, & longo studio digestum: pondere tamen difficultatis, & veritatis oppressus confitetur tandem veram esse distinctionem.

Responsio ad Fundamenta, quibus confirmabatur primum Actoris argumentum.

Ad fundamenta autem, quæ adduximus 289 pro corroboracione supra num. 11. satisfit dicendo, incapacem pro mortuo reputari, *L. 1. §. sed si Patronus ff. conjung. cum emancip. lib. 1. ibi: Pro mortuo habetur, & secundum hoc si primus vocatus est incapax, statim sequenti substituto fit locus. L. 1. §. qui habebat ff. bon. poss. contr. tabul. ubi Bart. ait filium incapacem non obstare sequentibus in grad. 1, habet enim se ac si esset mortuus, Mol. de primog. lib. 1. cap. 9. num. 27. & seqq. Mart. conf. 183. ex num. 32. lib. 1. Torniol. conf. 83. num. 19. & 20. lib. 1. & ad effectum successionis idem est esse incapax, ac esse mortuus, defendit Mantio. de conjectur. lib. 8. tit. 18. à n. 48. ubi hunc articulum optime dirigit.*

Secundum fundamentum pro Actore refutatur, ut primum.

Secundum fundamentum, quod pro Actore adducitur, versatur circa vocationem, 290 quam dicit patronus ejus expressam, de quo jam diximus supra num. 4. & 5. libere dictum fuisse, hoc fundamentum si probasset Actor, proculdubio hoc solo obtinisset: non possumus enim negare, quod illi, qui reperiuntur expresse vocati, præferuntur in successione cæteris, licet sint in meliori linea, proximiores in gradu, vel in ætate maiores, text. est in *L. cum ita §. in fideicommiss. ff. de legat. 2. ubi gloss. verbo nominati, Bart. & Bald. Covar. pract. cap. 38. num. 6. Molin. 1. cap. 4. num. 23. Gam. decis. 160. n. 3. Valisc. conf. 121. num. 2. & conf. 179. n. fin. Valenz. conf. 25. num. 94. Castilb. qui omnes refert 5. contr. cap. 93. num. 17. Fusar. q. 359. *Surd. conf. 125. num. 17. quia ex speciali vocatione colligitur maior affectio, Menoch. conf. 200. à num. 12. & evidens voluntatis conjectura, ut patronus sapientissimus considerat cum Castilb. dict. cap. 93. num. 17.**

H ij vers.

vers. ceterum : in sua peroratione à num. 21. & in substitutionibus præfertur magis dilectus, *L. cobaredi §. qui discretas ff. de vulgar. L. Lucius §. per puerum, ubi Bart. & in L. fin. ff. ad Trebell. Paul. & Ias. in L. fin. Cod. verbor. significat. Cephal. cons. 16. num. 12. & est text. inevitabilis secundum Curtium Iuniorum cons. 57. num. 12. in dict. L. cum ita §. in fideicommissio, Corn. cons. 74. lib. 2. Succin. sen. cons. 116. vers. 3. colligitur lib. 3. Ruyn. cons. 40. num. 4. lib. 1. Menoch cons. 310 n. 7. lib. 4. Fusar. cons. 41. num. 11. & de substit. 9. 479. num. 62. Surd. cons. 225. num. 16. Sed jam supra num. 4. & 5. confutavimus hoc secundum fundamentum, non habet enim Actor vocationem individualement, nec expressam, & ad summum habet vocationem præsumptam ab argumento deductam, quæ per se non sufficit ad obtinendum: eamus ergo ad fundamentum tertium, in quo plus ponderis inveniemus.*

Tertium fundamentum Actoris adducitur, & defeniditur, illoque præsens iurgium deciditur amplexis alijs, de quibus præcedens Pat. à n. 10.

291 Dicit Actor, quod ipse solus ad hanc successionem cõcurrit illa cum qualitate, quam institutor requisivit; unde ipse solus præferendus cæteris prætenforibus: & agnoscendo, quod voluntas testatoris, & instituentis sit deducenda ab illo, quod testator reliquit per verba sua dispositum, ut tradit Bald. & Imol. in *L. quidam cum filium ff. de hæred. inst. per text. ibi, Menez. in L. unum ex familia §. si de falsidia num. 18. ff. de legat. 2. Tiraq. in L. si unquam verbo libertis n. 18. Gam. decis. 27. num. 3. Valasc. consult. 171. n. 7. text. in L. Gallus §. quidam recte ff. liber. & posth. ibi: Qui ex verbis concipi possit, quia quando verba omnino deficiunt, voluntas, quæ non transivit in dispositionem, negligitur, ut per Peregr. de fideicommiss. art. 1. n. 32. & 33. Mant. de conjectur. lib. 3. tit. 19. num. 5. Gabr. cons. 95. num. 14. & cons. 132. num. 49. vers. non obstat lib. 1. Menoch. cons. 235. num. 33. Fusar. de substit. 9. 276. num. 13. Considerat, & non infeliciter institutionis verba, & dispositionis formam, quæ non absolute vocavit filios, & nepotes, filios filiorum fratrum suorum Mendi, & Ioannis, legitimos, barones, & sæculares, sed qui essent tempore mortis, patet fol. 5. & per totam institutionem, ibi, à morte, à sua morte, &c. quæ verba toties, quoties in institutione repetita apertissime indicant voluntatem testatoris: nam verba, quæ apponuntur post*

dispositionem factam, pro demonstrativis reputantur, videndus *Giurb. de feud. cap. 118. §. 1. gloss. 6. num. 5. cum seqq.* & sic prædicta verba indicant duo voluisse institutorem; nempe, illum cæteris præferendum, qui tempore mortis ultimi possessoris esset proximior, quæ dispositio conformis est regulæ text. in *L. 1. §. si quis proximior ff. unde cognati, L. pen. §. quando ff. unde legit. L. 1. §. sciendum ff. suis, & legit. hæred.* ubi solummodo attenditur ad proximitatem, & capacitatem tempore mortis illius personæ, cui succeditur, *L. si cognatis ff. de reb. dub. L. intervenit ff. de leg. præst.* Deinde voluit testator, quod dispositio sua, nec momento temporis esset in pendentem, in quo etiam fuit conformis communi resolutioni, quæ tenet dispositiones morientium in pendentem esse non posse, ut deducitur *ex text. in L. fin. ff. commun. prædior. ubi Bald. & Albert.* pro qua resolutione pugnant duodecim fundamenta, quæ adducit *Molin. de primog. lib. 3. cap. 10. ex num. 3. cum seqq.* qui postquam fundavit opinionem contrariam, & prædictis fundamentis respondit, sequutus fuit tandem opinionem, quam reprobaverat, pro qua consuluit *Paul. cons. 16. lib. 2. Castilb. 3. contr. cap. 15. ex num. 2. & plures relati per additionem ad Molin. dict. cap. 10. numer. 1.* qui licet eodem numero dicat in illa quæstione, non agi de illo, qui tempore mortis ultimi possessoris, & delatæ maioratus successionis jam erat conceptus, ipse namque, & si ex post facto nascatur, proximior reputatur, *ex regul. L. qui in utero ff. de stat. hom. L. cõmuni §. sed si ff. communi divid. L. cum inter Cod. fissarijs libert.* quæstio illa procedit, ut videre est apud ipsum, quando vocatio, seu substitutio, & dispositio est absoluta, non quando ad tempus mortis, ut in præsentem restringitur, non enim debemus dicere otiosa verba illa, à morte, à sua morte, toties quoties repetita, cum omnia debeant esse cum effectu accipienda, & intelligenda, *Cap. relatum de Cleric. non resid. Squilant. eodem tract. cap. 2. num. 99.* Quia qualitas illa, seu tempore mortis additio, requirit realem, & actualem existentiam in humanis verificandam, & non sufficit, quod antea extitissent, & mortui essent, nec etiam, quod superveniant, ut prosequitur lato calamo paronius in sua peroratione à num. 37. ubi adducit cum Doctoribus, de quibus ibi, capitalem illum text. in *L. in substitutione 31. ff. de vulgar.* quæ utrunque casum comprehendit in verbis ibi: *Placuit prudentibus, si quandoque hæres fuisset, &c.* & ibi: *Nam ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem con-*
ditio

ditio substitutionis esset referenda, ubi gloss. verbo mortem, & Bar. verbo referenda: quæ decisio adjuvatur ex Leg. cum pater §. hæreditatem o 1. ff. de legat. 2. & tenet in terminis Castilb. 5. contr. cap. 91. num. 45. & 46. qui loquendo de vocatione facta cum relatione ad tempus mortis, ait in hæc verba: *Id ipsum dicendum erit generaliter, quoties maioratus institutor vocationes, institutionesque ea verborum forma ordinaverit, quod ad tempus mortis ultimi possessoris se restrinxerit, aut se restrinxisse videatur, tunc namque habitas, & qualitas necessaria ad succedendum eo tempore considerari, atque præcise intervenire debet, &c.*

202 Et assignat rationem ibi: *Quia unum tempus determinatum, non recepit alterius temporis functionem.*

293 In cuius confirmationem est Carol. Bardel. conf. 24. à num. 19. lib. 1. ibi: *Vnde sequitur, quod consideravit illos esse natos, & capaces tempore mortis, quia dispositio collata in unum tempus ad aliud trahi non debet.*

294 Et rationem hujus rationis deducitur ex Cassanat. conf. 4. num. 89. ubi respondendo instantiæ, quæ opponebatur de substitutione extendenda de casu ad casum, & similiter de tempore ad tempus, advertit extensionem de tempore ad tempus, non solum esse præter dispositionem, & voluntatem disponentis, sed contra ipsam: quia quando disponens se restringit ad certum tempus, visus est prohibitionem facere post illud, idem Cassanat. conf. 24. per totum, & ductus hoc fundamento, & hac ratione concludit Mantie. de conjectur. lib. 11. tit. 6. num. 5. quod si filij masculi positi in conditione debent superesse certo tempore, & illo tempore non super sint, conditio intelligitur defecisse, quamvis jam fuerint progeniti, id est, concepti, & tenet Peregr. de fideicommiss. art. 29. num. 6. quod quando affirmativa liberorum conditio est determinata, respectu certi temporis, oporteat tunc filios existere, ut purificetur, & locus sit dispositioni legis, aut hominis, eandem resolutionem amplexus fuit Capycius Galleota in simili vocatione ad tempus mortis relata contr. 48. à num. 18. tom. 1. in verbis ibi: *Cum qualitas ad succedendum in dicto maioratu debeat adesse proprie, & vere tempore mortis ultimi possessoris. Qui bene advertit, modum hunc vocationis, & substitutionis filij tempore mortis factæ, esse conditionalem, & requirere actualem superexistentiam determinato illo tempore: & num. 31. hæc protulit formalia verba: Nam hoc casu, in quo vocatur, qui tempore mortis erit maioratus, videtur expresse dispositum, quod non*

Part II.

succedat, qui non erit eo tempore maioratus, quia nemo potest admitti, qui tempore mortis non habet istam qualitatem requisitam: item sicut temporis limitatio continet certam inclusionem, ita expressam exclusionem continet quoad alios, qui eam qualitatem non habent.

Et num. 47. tenet cum Bald. quod quando successio habet naturam relationis ad tempus mortis, attendatur prioritas, quæ tunc in rerum natura versatur: & Valenz. conf. 23. num. 159. loquendo per verba illa, qui fuerit tempore mortis, asserit, conditionem induci expressam formalem, & demonstrativam illius, qui tunc temporis mortis existit: & num. 59. quod solum consideratur maioria ejus, qui tunc in rerum natura versatur in simili vocatione, latissime Cald. conf. 75. num. 21. & 23. cum seqq. ibi: *Quoniam inspicienda est omnino qualitas eius, qui superesse deprehenditur filius maior tempore mortis paternæ: & num. 23. quod ex prædictis verbis conditio inducatur: cum quo concordant Peregr. conf. 33. à num. 16. lib. 3. qui tenet, quod quando concipitur dispositio cum verbis restrictivis ad tempus, præcise requiratur, quod vocatus existat eodem tempore: in idem est etiam Fusar. q. 318. à num. 82. & 83. Menoch. conf. 566. à n. 17. in vers. octavo, & ultimo, & in vers. his verbis, ubi concludit in hunc modum: Itaque soli Domino Anibaldi acquisita fuere hæc bona, non alijs deinde natis, quia non extabant tempore mortis.*

Agamus modo de fundamentis, quæ pro se adducit Opponens, & quia præcedens Pater sapientissimus à n. 26. nonnullis satisfecit, dicta non repetam, sed contra principalius in surgam.

Amplecto fundamento illo, quo indubius 295 moveor ad decidendum pro Actore præsens jurgium, restat enim satisfacere opponenti, & Reo, totus est opponens in eo, quod tempore mortis Ludovici agnati ultimi, esset nepos ejus in utero filie suæ senioris uxoris Domini Didaci, cui nato, & postea mortuo successit frater ejus Petrus, qui etiam pariter cum moreretur, successit alius posthumus patnelis, qui erat in utero alterius filie ultimi agnati Ludovici, & pro posthumis allegatur vulgaris text. in L. qui in utero à 2. ff. de stat. homin. L. quidam §. 2. ff. acquirend. hæredit. per quæ jura regulariter resolvitur, quod partus, qui jam est in utero, ad omnia sibi utilia habeatur semper pro nato, ex quo fit, quod transversalis alterius

H iij lineæ

lineæ non admittatur, donec est spes descendens illius lineæ, quæ est primo loco vocata, & ubique natus fuerit partus, licet post mortem possessoris ultimi, statim substitutus excludatur, expresse ita resolvit *Jacob. de Beluis. in auth. de restit. fideicom. ubi Bart. & Angel. Cagnol. in L. fin. num. 235. Cod. de patris, Roman. conf. 134. num. 5. Abb. conf. 106. num. 13. & seq. Paris. conf. 71. num. 26. lib. 4. Cephal. conf. 318. num. 24. & 46. plures per Fusar. de substit. q. 318. num. 97. Menoch. conf. 413. & conf. 496. num. 16. & conf. 566. num. 8. & conf. 698. num. 14. Peregr. lib. 1. conf. 55. num. 28. & de fideicommiss. art. 22. num. 77. Tiraq. retr. §. 1. gloss. 9. num. 82. Petr. de fideicommiss. q. 11. num. 602. Surd. conf. 125. Mart. conf. 49. à num. 8. & conf. 61. à num. 10. & conf. 168. num. 37. & 38. & conf. 138. num. 39. & de success. leg. 4. p. q. 21. art. 16. à num. 22. judicatum refert in causa gravissima in supremo Senatu Neapolit. Franq. decis. 169. num. 25. & in altera Florent. Hieronym. Mag. decis. 92. num. 43. Cavalcan. decis. 26. num. 31. p. 1. judicatum & refert Alex. Raud. de Analogia lib. 1. cap. 34. ex num. 318 usque ad 340. & hanc eandem opinionem sequutus fuit Pat. Molin. de just. & jur. tom. 3. disput. 634. contra alterum Molin. & denique ad hunc casum fideicommiss. linealis, & successivi tenuit Rotta Florent. esse expressum text. in L. si duobus ff. de legat. 1. Ubi is, qui adhuc non est in rerum natura, sed esse speratur, facit partem ad exclusionem alterius, & per prædictum text. ita judicavit, & exclusit substitutum alterius lineæ, quia donec superest spes ejus, qui speratur nasci ex vocatorum linea directa, non potest admitti alter, qui ex altera linea obliqua existat, ita ponderat Mart. conf. 168. n. 41. & de success. leg. 4. p. q. 21. art. 16. n. 21.*

Solutio ad præcedens fundamentum pro opponente.

296 At quidquid oppositio ista sit in se, & attentio jure nostro regulariter verissima, in præfenti inspectione duplici fundamento venit confutanda. Primum dirivatur ex dispositionis, & institutionis hujus maioratus forma; secundum ex vera intelligentia prædictæ legis, qui in utero, à coriphæis nostræ scientiæ sequuta, & approbata. Quoad formam patet, quia ultra, quæ dixit uberiori calamo præcedens pater n. 26. dispositio, seu maioratus institutio concepta est, ut jam diximus, & evidenter demonstratur cum relatione ad tempus mortis, qualitas autem illa superexistentiæ necessario debet naturali-

ter verificari, *L. ultim. Cod. his, qui venturam atar.* atqui partus in utero non potest dici naturaliter homo, *L. in leg. falsidia 9. in fin. ff. ad L. falsid. L. cum inter veteres 14. Cod. fideicommiss. lib.* Ergo partus in utero ex vi dispositionis rejicitur. Secundo, quia verbum à sua morte, idest tempore mortis suæ, habet vim taxationis, & restrictionis, & demonstrationem certam inducit illius personæ, in qua debet verificari, *argum. text. in L. cum certus ff. tritico legat.* atqui partus dum est in utero, non demonstratur propter occultum naturæ arcanum, ut optime pungit præcedens Dominus n. 33. ergo, &c. Tertio, quia institutor in prædictis verbis includit extremitatem temporis, *ex regul. L. 4. §. fin. ff. condit. & demonstr. L. uxorem 39. §. Scium maritum ff. de legat. 3.* intra quod realis, & jure existentia desideratur, atqui hanc non habet tunc temporis partus in utero, ergo, &c. Quarta, quia qualitas certo tempore requisita, eo tempore est verificanda, *L. cum per 77. §. hereditatem ff. de legat. 2.* ibi: *Qui eo tempore vixerint. Succin. in L. solemus ff. de condit. & demonstr. ibi: Quando super existentia liberorum requiritur certo tempore, tunc si eo tempore liberi non extant, conditio non purificatur, licet à natura extitissent.* Atqui partus in utero, non potest dici, quod existeret realiter tempore, quo successio fuit delata, ergo, &c. Quinto, quia institutor qualificavit successionem tempore mortis determinato, ut patet ex forma vocationis, atqui qualitas à testatore expressa, & requisita dispositionem declarat, ampliat, & restringit, ut per *Surd. conf. 403. n. 65. & 66.* ergo cum posthumus tunc temporis successionis non esset natus, illam qualitate non habet, qua succederet: nam qualitate non verificata, dispositio non verificatur, ut cum *Cravet. Gab. Decio, Felin. Surd. Cassanat. Gutier. & alijs tenet Castilh. lib. 5. cap. 90. num. 3.* ubi, quod qualitate deficiente, deficit actus, sub ea qualitate confectus, *L. tutelas in princ. ff. de capit. diminut. L. si ususfructus ff. quibus modis ususfruct. amittat. & solummodo sustinetur in eo, in quo qualitas desiderata per testatorem verificatur, quia in maioratus successione, habilitas, seu capacitas inspicitur attentio delatæ successionis tempore, & postmodum superveniens non prodest, Molin. 3. cap. 10. à n. 3. Castilh. contr. 5. cap. 91. à num. 5. Solorzan. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 18. num. 90. Robles de represent. lib. 3. cap. 14. num. 27. & 28. Menoch. conf. 269. num. 8. 10. & 11. & conf. 413. à num. 17. Peregr. lib. 2. conf. 33. n. 21. Marius Cutell. de donat. 2. tom. tract. 2. discurs.*

discurs. 1. spect. 6. à num. 76. Augustin. Barb. de jur. Eccles. lib. 1. cap. 8. num. 137. in fin. vers. non tamen succedit, Honded. conf. 5. n. 22. vol. 1. Thes. Forens. lib. 1. q. 34 à num. 23. Valenz. conf. 23. num. 99. & 161. Cassanat. conf. 26. num. 16. 17. & 18. Anton. Amat. p. 1. resolut. 1. num. 13. 16. 35. & 36. plures refert, & sequitur Cyriac. contr. 206. numer. 1. junct. num. 32. vers. sed utramque, Olea de cess. jur. tit. 3. q. 4. num. 1. & 2. iudicatum dicit Cabed. p. 1. decis. 208. num. 8. & denique in terminis contra posthumum consuluit Surd. conf. 375. num. 35. cum seqq. & conf. 369. num. 21. in fin. vers. postremo, Guid. Pap. decis. 511. numer. 1. vers. contigit, & 612. num. 1. vers. utrum, iudicatum dicit Grivel. decis. 108. num. 3. Thesaur. lib. 3. forens. q. 84. num. 10. Decius omnino videndus conf. 63. à num. 2. vers. unde dato, & vers. confirmatur ista conclusio, Cephal. conf. 251. n. 11. in fin. vers. 4. citati per patronum à n. 43.

297

Ad text. autem in *L. qui in utero*, in favorem opponentis allegatum multipliciter respondetur. Primo, quod cum institutor disposuisset tali forma, ut ratione temporis assignati, esset necessaria in prætenforibus realis existentia, ut probavimus supra à n. 16. posthumus in utero haberi non potest pro iam nato, quoad successionis effectum: quia superexistentiæ conditio non per fictionem adimpletur, ut optime per *Galiotam* contr. 48. num. 39. tom. 1. ibi: *Quam quidem receptissimam opinionem coadiuvat illa inconvincibilis ratio, quod hæc conditio superexistentiæ, non per fictionem, sed vere, & realiter verificanda est, cum qua ratione conveniunt, quæ adducit Valenzuel. conf. 23. à n. 153. 157. & 159. & confirmatur, quia & repræsentatio, & posthumus haberi pro nato, sunt fictiones juris, & ambulant pari passu; atqui secundum veriore opinionem fictio repræsentationis cessat, quando institutor disponit, ut ille succedat, qui tempore mortis existat, ergo etiam in posthumus debet cessare fictio, quando similis concurrat dispositio. Minorem probant Doctores, quos citat *Molin. lib. 3. cap. 8. num. 19. Cost. 1. p. de patr. & nepot. num. 9. Gabr. tit. de fideicommiss. concl. 3. num. 8. Valasc. de jur. emphyt. q. 50. num. 40. Avendaño ad L. 40. Taur gloss. 8. num. 37. Mantio. 8. de conjectur. tit. 9. n. 5. Menoch. conf. 124. num. 95. & conf. 200. n. 36. plures citat Castilh. tom. 3. contr. cap. 19. num. 137. Preceptor Cunha ad L. cum ita §. in fideicommiss. ff. de legat. 2. consequentia est necessaria. Confirmatur deinde, quia posthumus non potest pro nato haberi, nisi fictione juris, fictio autem non datur in præ-**

iudicium tertij (qual s est, qui realem habet existentiam) *Ioseph Vela dissert. 31. à n. 20. Sforcia conf. 38. num. 79. Giurb. ad stat. cap. 1. gloss. 4. à num. 103. ubi allegat Bartol. Ramon. conf. 6. à num. 34. Costa de retroract. cap. 9. casu 16. n. 8. Larrea disput. 8. à n. 51.*

Respondetur secundo, vulgarem illam, 298 & generalem regulam, *L. qui in utero*, procedere in dispositionibus legalibus, in quibus Princeps potest disponere, & sancire, non autem in testamentarijs, in quibus, ut supra diximus num. 6. & 7. non potest alterare, in hac ratione fundatur resolutio, & explicatio *Fabri ad dict. L. in sua jurisprudentia tit. 4. de ingen. princip. 3.* sicut videmus, quod repræsentatio, quæ alia juris fictio in causa testati non datur: nam omnes leges, quæ illam admittunt, in hæreditatibus ab intestato loquuntur, *L. ut intestato 3. Cod. suis, & legit. liber. §. cum filius instat de hæred. quæ ab intest. ven. Robles de repræsent. lib. 1. cap. 9. n. 25.* Et si instent, quod etiam in Prætorijs, & testamentarijs detur, ut tenet *Cujac. lib. 69. Salvi. Julian. ad L. qui in utero*, satisficit instantiæ cum eodem *Cujac.* dicendo, procedere opinionem in hæreditatibus illorum, in quibus nati posthumi futuri erant hæredes sui, quod in præsentem non datur. Secundo satisficit dicendo, procedere opinionem *Cujac.* quando testator, seu institutor, in dispositione velit, ut partus habeatur pro nato, vel ita ex eius disponendi forma colligatur, sicuti videmus, quod licet non reperitur, repræsentatio scripta in causa testati, illam potest testator introducere, ut per *Castilh. lib. 3. cap. 19. num. 282.* pro quo est bonus text. in *L. cum ita 33. §. in fideicommiss. ff. de legat. 2.* ibi: *Nisi specialiter defunctus ad ultiores voluntatem suam extenderit.* Cum tamen ex institutione nulla sit conjectura in favorem partus, seu posthumi, imo ex expressa dispositione institutoris, restricta ad certum tempus, colligatur voluisse testatorem maioratum deferri ei, qui existeret tunc temporis, & non esset in pendentem, fictionem legis, cui in utero nullatenus sit locus, ne imagine nature obumbretur veritas, ut dicit *Inris Consultus in L. filius quem pater ff. liber. & posthum. L. postliminium 19. ff. captiv. & postlim. revers. late Ioseph Vela dissert. 31. num. 9. & 12. Altograd. conf. 58. n. 83. lib. 1. qui dicit fictionem juris esse extraordinarium remedium: & conf. 83. num. 42. illam dicit restringendam, quantum maxime fieri posse: satisfacto sic opponente veniamus modo ad Ream.*

*Devenimus ad fundamenta, quæ
pro Rea.*

299 Iam diximus de fundamentis incivilliter pro Rea allegatis à num. 6. cum seqq. etiam dixit præcedens pater sapientissimus à n. 12. unum autem relictat, cui satisfaciendum cogitamus. Allegatur, maioratum agnationis esse, & nos fatemur, saltem in duobus institutoris fratribus Mendi, & Ioannis, & inde inferitur, quod cum Actor, & Opponens pariter sint cognati, nati, & primogeniti ex fæminis exclusis, & nullam pro se habeant vocationem, & posse opponi, non estis vos vocati, nec substituti, & sicut matres vestræ fuere exclusæ, ita & vos estis exclusi, *L. si viva matre Cod. de bon. mater. cap. 1. §. hoc autem notandum qui feud. dare possint, Ord. lib. 2. tit. 35. §. 14. ad fin. Bartol. in L. liber. ff. de verbor. significat. & in L. 2. §. videntum ff. ad Tertilian. Torniol. conf. 87. num. 3. Beccius conf. 138. num. 1. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 41. & 42. Castilb. contr. lib. 3. cap. 29. & lib. 5. cap. 103. numer. 12. & cum lineæ agnationis sint extinctæ in defectum masculorum agnatorum, qui restrictæ, & limitate fuerunt vocati; fæminæ uxoris Didaci, & filiæ seniori ultimi agnati Ludovici, viam ad succedendum aperiri ex natura maioratum, eorumque perpetuitate, ne alias maioratus ipse extinguatur, haud dubitatur. Quia quantumvis institutor excluderit fæminas in perpetuum, non est credendum, nec præsumendum in dubio, quod superveniente eo casu, quod masculi omnes agnati sint extincti, fæminas voluisse excludi, ita ratiocinatur *Castilb. contr. lib. 5. cap. 147. n. 4. vers. alterum autem.**

300 Attamen nec prima, nec secunda ratio multum urget in favorem Dominæ Reæ, ejusque descendentiæ, non prima, quia tunc haberet fundamentum, quando institutor expressè, vel tacite per conjecturas non providisset, vocando aliquem cognatum, aliamve personam, nam provisione data, non potest dici agnationem expirasse, & fæminas succedere, ut tenet *Castilb. dict. cap. 143. §. unico num. 13. ibi: Quod si deficient, & in dubio vocetur quis eorum, an fæmina, an masculus, &c. Vela dissert. 49. num. 52. p. 2. late per eundem Castilb. lib. 5. cap. 91. à num. 66.* Cum ergo institutor in defectum agnationis fratris sui Mendi, & alterius fratris Ioannis, filios masculos suarum sororum vocasset, jam provisit occurrentiæ casus, & voluit admitti fæminarum masculos, qui tempore mortis ultimi agnati realiter extassent.

Non viget ratio secunda de extinctione linearum agnationis, quia ut declarat idem *Castilb. dict. cap. 143. §. unic. num. 4. ad fin.* quando testator omni casu, & tempore fæminas, ut in præsentem fol. 8. vers. nec etiam in defectum agnatorum admittuntur, maxime, quando, ut proxime diximus, per institutorem fuit provisum, filios sororum vocando, ex qua dispositione fit ad præsentem terminos præsumptio, & argumentum: ad cætera autem, quæ tam pro opponente, quam pro Domina Rea adducuntur, ita abunde satisfecit præcedens Dominus, & vel esset fastidiosum repetere, vel inutile aliquid addere. Unde cum eo convenio in non deferendo gravamini processus, in non deferendo licentijs petitis, & denique confirmanda sententia meretissimi Præsidis quoad Ream, ejusque descendentiæ, & quoad opponentem revocandam. Lisboa 12. Junij 1665. Sylva & Sousa.

Ardua, & difficilis quæstio est, quæ ex proposito facto insurgit. Illustrissimus namque Martinus Bracharenis Archiepiscopus de bonis suis, in ipsius ultimo testamento disponens maioratum nuncupatum de Oliveira, de quo principaliter agitur, instituit, dictamque maioratum sic institutum priori loco ejus fratri suo Mendo reliquit, ita quod ipso Mendo vita functo filius ejus masculus, natu maior laicus, & legitimus succederet, & post eum ejus filium masculum laicum, & legitimum, & postea ceteros alios à Mendo descendentes ipsamet forma, & ordine servato ad successionem vocavit. Postmodum vero deficientibus dicti Mendi filiis, filium natu maiorem alterius fratris, scilicet, Ioannis, & ejus filium, ac descendentes sub eadem forma substituit. Quibus deficientibus tertio loco filios, ac descendentes ex quadam sorore illius ad successionem vocavit. Eisque deficientibus, filios, ac descendentes alterius, atque alterius sororis, & tandem Clericos descendentes ex vocatis ad successionem vocavit. Tandem perpetuo, ac generaliter, & absolute, atque indistincte fæminas à successione exclusit.

Contigit postea, quod finita agnatione *302* Mendi Peres primo loco vocati in persona Ludovici sine liberis masculis defuncti, & nulla data descendentiæ agnatiua Ioannis Peres secundo loco vocati. Nec etiam existente masculo ex descendentiæ illarum trium sororum institutoris, quarum filij masculi fuerunt ordine expressè ad successionem vocati; nec etiam aliquo existente Clerico institutoris agnato, seu cognato. De successione prædicti maioratus contendunt; Actor filius

filius fororis illuſtriſſimæ illius Ludovici. Opponens ejus nepos ex filia natu minori ex jure quæſito poſthumo Domino Ludovico filio Reæ illuſtriſſimæ, Rea filia natu maior ipſius Ludovici.

303 Et omiſſa illa Doctorum controverſia: An finitis vocationibus, aut perſonis nominatis extinctis maioratum finiri, & bona quamvis alienari prohibita libera remanere, & ultimum poſſeſſorem poſſe illa alienari, & hæredem etiam extraneum inſtituere? In qua partem affirmativam tenet *Pelaes de maior. 4. p. 9. 29.* negativam vero *Caſtilh. contr. lib. 5. cap. 143. §. unic. à princip. Molin. lib. 1. cap. 4. ubi ejus Addent. num. 13. verſ. ultimo* diſtingunt, cum ſine hæſitatione in judicando opinio *Caſtilh. & Molin.* ſervanda ſit.

304 Admiſſo quoque illo juris principio, quod in maioratus ſucceſſione, ante omnia ſervanda eſt forma in inſtitutione præſcripta, quamvis deroget maioratus naturæ juxta *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Molin. lib. 1. cap. 2. num. ultim. ubi ejus addentes num. 24. Caſtilh. lib. 6. contr. cap. 155. in fin. Giurb. de ſucceſſ. feud prælud. 4. num. 73. Solorzan. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 11. n. 11.*

305 Admiſſo illo, quod ſpecialiter vocati præferuntur in ſucceſſione, & ſi ſint remotiores lineæ, & gradus, ex text. in *L. cum ita §. in fideicommiſſ. de legat. 2. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 33. ubi ejus addentes, plures citat Caſtilh. contr. cap. 93. num. 17. ubi etiam de more plures refert.*

306 Tandem admiſſo, quod qualitas ab inſtitutore maioratus requiſita, ex qua declaratur, & reſtringitur ejus voluntas, debet ad eſſe; & ſi plures ſint, debent copulative concurrere tempore ſucceſſionis, *Caſtilh. contr. tom. 5. cap. 90. à n. 1. qui plures citat, Surd. conf. 403. num. 28.* Quæ pro Actore conſiderantur, & expenduntur, libenter admitterem, ſi de facto in inſtitutione vocationem aliquam ipſe Actor haberet, vel ex vocationibus factis, ex voluntate inſtitutoris præſumpta, aliqua poſſet extendi de caſu ad caſum favore illius. Vel tandem ſi de jure verba inſtitutionis operarentur, ad excluſionem poſthumi, qualitatem nacti, & naturalis, atque actualis exiſtentia illius.

307 Altera de tribus modis vocatio fieri dicitur, una eſt generalis, veluti quando teſtator diceret, ſubſtituo liberos, vel descendentes meos; & generalis appellatur, tam quia liberorum appellatione veniunt omnes in infinitum, ex text. in *L. liberor. ff. verbor. ſign.* ſicut etiam descendentium appellatione, *Menoch. conf. 85. num. 2.* quam quia ver-

ba illa ſunt collectiva, & plures gradus complectuntur, *Menoch. ſupr. num. 3.* Altera eſt ſpecialis, ſicuti quando teſtator vocat filios ſuos, nam cum ſoli filij de primo gradu, nec plures contineantur, dicitur ſpecialis, *L. Titius in princ. ubi Bart. ff. liber. & poſth.* Tertia eſt, quæ dicitur ſingularis, ſeu individua, ut quando teſtator vocat Caium, aut Seium, *Menoch. conf. 124. num. 90. & conf. 200. n. 6. Peregr. de fideicommiſſ. art. 21. à numer. 45. Fuſar. q. 359. n. 2. verſ. ſcias autem, Caſtilh. contr. cap. 93. n. 17. ad fin.*

Singularis, ſeu individua, & etiam ſpecialis 308 vocatio Actoris, neque datur in inſtitutione, neque contrarium ullo modo dici poſteſt, viſa inſtitutionis, ac vocationis forma, junctis ijs, quæ in §. præcedenti diximus. Atqui neque etiam datur generalis, nam quamvis liberos, ac descendentes Mendi, à quo ipſe descendit, fuiſſent primo loco ad ſucceſſionem vocati, & in ipſa vocatione comprehendantur omnes in infinitum, *Fuſar. q. 327. num. 1. Coſt. de ſucceſſ. reg. 2. p. num. 20. verſ. quarto, Gam. deciſ. 160. num. 3. Reynof. obſerv. 24. ex num. 23. & num. 300. cum ſeqq. Caſtilh. contr. tom. 2. cap. 22. ex num. 86.* At tamen non fuerunt vocati ſimpliciter, ſed agnationis qualitate adjecta, ut ipſe agnoſcit in perorationibus doctiſſimis, & reſolvunt *Addent ad Molin. lib. 3. cap. 5. à num. 18. uſque 25. & à num. 25. uſque ad 30.* & vocatus non dicitur, neque de ſucceſſione poſteſt agere, qui non habet qualitatem, ſeu qualitates in inſtitutione requiſitas, *Caſtilh. qui plures citat, contr. lib. 5. cap. 90. à num. 1.* Late exornatur in prædictis orationibus. Igitur dum videtur Actorem vocationem aliquam de facto non habere, cum neque habeat ſingularem, & individuan, neque ſpecielem, aut generalem.

Neque dici poſteſt vocatus ex ſubſtitutio- 309 ne, & vocatione facta filiorum ſororum inſtitutoris, nam extra illos terminos ſumus, cum Actor ab ipſis ſororibus non descendat, imo ſit filius ſororis Ludovici, & derivatus ab illo Mendo primo loco ad ſucceſſionem vocato, prout in confeſſo eſt.

Neque prædicta vocatio filiorum ſororis 310 inſtitutoris poſteſt extendi de caſu, de quo loquitur, ad caſum, de quo agimus, ex præſumpta teſtatoris voluntate, ad hoc ut dicatur Actorem ſaltem quamdam præſumptam, & interpretativam vocationem habere, tanquam ex teſtatoris voluntate in linea Mendi, cum agnationis ſit filius fæminæ, eſt omnino à ſucceſſione excluſus, *Molin. lib. 3. cap. 5. à num. 45. ubi plures citat, Mant. de conject. tit. 18. num. 20. Menoch. conf. 802. numer. 36. Fuſar.*

Fufar. de substit. q. 325. num. 10. Castilh. contr. tom. 3. cap. 29. ex num. 3. & lib. 6. cap. 129. num. 7. late exornatur in perorationibus. Igitur non potest dici ex præsumpta testatoris voluntate ad successionem admissus. Quam quia si in linea Mendi posset admitti filius sororis ultimi agnati, & possessoris ex præsumpta testatoris voluntate, à fortiori deberet prius admitti nepos ex filia ipsius ultimi agnati, argumento text. in §. Placebat vers. cum satis inst. de legit. agnat. success. quia in dubio sumitur illa interpretatio, quod testator voluerit voluntatem suam cum legis dispositione conformare, L. heredes mei §. cum ita ff. ad Trebell. Menoch. conf. 172. num. 23. & conf. 1037. num. 11. Addent. ad Molin. lib. 1. cap. 6. num. 28. & 29. & secundum jus sine controversia est, quod dum superest aliquis ex linea illius, qui semel jus primogenituræ acquisivit, nullus, qui ex alia linea procedat, admittendus est, Molin. lib. 3. cap. 6. num. 29. cum seqq. Menoch. conf. 1082. num. 9. cum seqq. Gutierr. 3. practicar. q. 66. num. 16. Gratian. forens. cap. 436. num. 12. Castilh. contr. lib. 5. cap. 93. num. 5. plures citant Addent. ad Molin. lib. 3. cap. 6. n. 30. 31. & 32. imò semper successio linea recta defertur, Molin. lib. 1. cap. 2. num. 12. ex rationibus adductis per Doctores proxime citatos. Igitur magis est præsumendum pro nepote ultimi agnati, & possessoris, quamvis sit natus ex fæmina, quam pro sororis filio, ac per consequens patet Actorem, neque interpretativam, seu præsumptam vocationem habere.

311 Eodem etiam modo claudicat alterum Actoris fundamentum, dum contendit in institutione requiri existentiam actualem successoris, tempore succedendi, quæ qualitas cum cæteris alijs, scilicet, masculinitatis legitimitatis, maiores natu tum in eo reperiebantur tempore mortis ultimi agnati Ludovici, verba namque institutionis à fol. 6. de facto non exprimunt qualitatem nati, ut posthumi exclusio inde inferatur, & hyperbolice dictum est, quod testator illum masculum vocat in omnibus vocationibus, ac substitutionibus, qui repireretur, ac superstes esset tempore mortis ultimi possessoris. Neque de jure ex prædictis verbis inducitur, quod necessaria sit in successore naturalis, & actualis existentia tempore mortis ultimi possessoris tanquam qualitas ab institutore ad succedendum requisita.

312 De facto prædicta verba illud non exprimunt, in prima namque Mendi vocatione sic testator disposuit: *Mando, que esse lugar da Oliveira, com todos seus herdamentos, &c. A*

meu irmão Men Peres, &c. E em esta condição, que esse Men Peres meu irmão em toda a sua vida haja, & possua o dito lugar, &c. Et sic substituit: E mando, que à morte do dito Men Peres o dito lugar da Oliveira com todos, &c. fique a seu filho primeiro, lidimo, leigo, & barão, se o ouver, que nam seja filho de Guiomar, &c. Et postea secundo sic substituit: E se aquel filho de Men Peres ouver à sua morte filho lidimo, leigo, & barão, o dito lugar de Oliveira, & outros herdamentos fique a esse seu filho primeiro, em sua vida, com aquella maneira, & com aquellas condições, &c. Et postea sic: E senam ouver filho leigo, lidimo, & barão, & ouver filho Clerigo, &c. haja o dito lugar de Oliveira em sua vida. Et tandem sic: E assim mando, que vâ para todo sempre por netos, &c. E que haja cada hum os ditos herdamentos, taõ solamente em sua vida de cada hum.

Secunda vocatione verbis sequentibus 313 proponitur facta: *E se por ventura Men Peres à sua morte nam ouvesse filho barom, & leigo, como dito he, & se acontecesse, que à morte daquelle seu filho nam ficasse hi seu filho leigo, lidimo, & barom, nem Clerigo, como dito he: Mando, que o lugar de Oliveira, &c. fique ao filho lidimo, leigo, primeiro barom de meu irmão Ioão Peres, por aquella maneira, &c. Et primo sic substituit: E se esse filho de meu irmão Ioão Peres, ouvesse filho barom, leigo, lidimo à sua morte, fique a os ditos herdamentos em sua vida, &c. Tandem sic disposuit in dicta vocatione: E assim mando, que vâ para todo sempre por netos, &c. que haja cada hum os ditos herdamentos, taõ solamente em sua vida. Postea sub eadem forma, iisdem verbis, & eodem modo cæteras vocationes filiorum sororum illius fecit, ut ex institutione apparet.*

Ex prædictis verbis institutionis repetitis 314 constat de facto institutorem in successione tempore mortis qualitatem nati non requirere, ut exinde inferatur posthumerum ex defectu prædictæ qualitatis in prædicto maioratu non posse succedere, cum qualitas à testatore debeat adesse tempore successionis, ut ostendimus supra, quo tempore posthumerus natus non est, & sic qualitatem nati non habeat. Constat etiam, quod testator non vocavit, ac substituit masculum illum, qui reperiretur, & superstes esset tempore mortis ultimi possessoris. In substitutione namque filij Mendi verba dispositiva sic formantur: *Fiquem a seu filho primeiro, leigo, lidimo, & barom, se o ouver, que nam seja filho, &c. In substitutione, & vocatione nepotis prædicta verba dispositiva sic formantur:*

Fiquem

Fiquem a eſſe filho primeiro em ſua vida. In ſecunda vocatione fratris Ioannis, ſic: *Fiquem ao filho lidimo, leigo, primeiro barom de meu irmaõ Ioã Peres, &c.* Et in cæteris vocationibus verba diſpoſitiva ſub eadem forma, & eodem modo concepta ſunt. Igitur conſtat hyperbolicè fuiſſe ſcriptum, quod in omnibus vocationibus, ac ſubſtitutionibus, teſtator ſemper vocavit illum maſculum, qui reperiretur, & ſuperſtes eſſet tempore mortis ultimi poſſeſſoris. Qualitas namq; e illa ſuperexiſtentia ſucceſſoris, tempore mortis ultimi poſſeſſoris in inſtitutione non requiritur, aliàs namque verba diſpoſitiva ſic debebant formari: *Fique ao filho lidimo, leigo, & barom, que ouver, & ficar ao tempo da morte do poſſuidor.* Et cum prædicta verba de facto non dentur, otioſum eſt oſtendere, quod licet prædicta verba in quaſtione patruī, & nepotis dubium eſſet, an operarentur excluſionem nepotis, & impedirent repræſentationis jus, prout conſtat ex dictis à *Cald. conſ. 15. per tot.* Attamen, quod non poſſunt operari excluſionem poſthumi, cum fictio juris ſuperexiſtat tempore mortis poſſeſſoris, ſi jam conceptus ſit, *ex text. in L. qui in utero 7. & in L. qui in utero 26. de ſtat. hom. & regula verillima, & quod idem operatur fictio in caſu ficto, quam veritas in caſu vero, & eſt vulgare per text. in L. 1. ff. adop. L. qui ad certum ff. locat.*

315 Conſtat tandem ex tenore prædictæ inſtitutionis, quod tamen in locis ſupra citatis, mentio mortis fit; in eiſque ſine dubio videtur, quod prædicta mentio mortis non inducit qualitatem exiſtentia vocati, & ſubſtituti: verba namque vocationis, & ſubſtitutionis filij Mendi continent: *Mando, que à morte do dito Men Peres, &c. fiquem a ſeu filho primogenito.* In qua oratione verba illa à morte, referuntur ad illud verbum *fiquem*, prout in conditione ſi ſine liberis deceſſerit, verba ſi ſine liberis, referuntur, & determinat verbum deceſſerit, *ex Mantic. de conjeſtur. lib. 11. tit. 6. num. 3. verſ. conſequenter.* Unde prædicta verba demonſtrant tempus, quo ſubſtituto locus fit, non autem naturalem exiſtentiam illius inducunt.

316 In ſubſtitutione autem nepotis Mendi facta ejus filio, ſic concipiuntur: *E ſe aquelle filho de Men Peres ouver à ſua morte filho lidimo.* Et in ſecunda vocatione fratris Ioannis ſic: *E ſe por ventura Men Peres à ſua morte nam houver filho.* Et iterum: *E ſe aconteceſſe, que à morte daquelle ſeu filho nam ficaffe filho.* Et in ſubſtitutione facta filio Ioannis ſic: *E ſe eſſe filho de meu irmaõ Ioã Peres houveſſe filho leigo, lidimo à ſua morte,*

317 Conſtat igitur, quod in prædictis vocationibus, ac ſubſtitutionibus mentio mortis facta eſt, non in verbis diſpoſitivis, ut qualitatem in ſubſtituto poſſint inducere, ſed in verbis conditionalibus, ex quibus reſultat conditio, ſi liberos habuerit, quæ impletur, ſi teſtator mulierem prægnantem relinquat, *ex text. in L. is cui ita legatum ff. quando dies legat. ced. Caſtilh. tom. 5. cap. 91. num. 2. in fin & conditio ſi ſine liberis deceſſerit, quam poſthumus facit deficere, ex text. in L. ſiquis prægnantem ff. regul. jur. L. jubemus §. ſi autem ff. ad Trebell. Mantic. de conjeſt. lib. 11. tit. 6. num. 9. Pelæes de maiorat. 3. p. 9. 2. num. 18. Caſtilh. contr. tom. 5. cap. 91. num. 2. Fuſar. 9. 3. 18. n. 13. & 66.*

318 De jure vero, quamvis aliquando mentio mortis ſecundum materiam ſubjectam, poſſit operari actualem exiſtentiam ex voluntate diſponentis, ſeu contrahentium, non tamen illud operatur absolute, neque ad excluſionem poſthumi in ſucceſſione maioratus, & in ſibi utilibus, cum in maioratu ſuccedat, ut demonſtrabimus infra, & ſuperexiſtat fictio juris, ut jam diximus ſupra. Neque contrarium evincitur ex Doctoribus locis ſubtiliter ponderatis in perorationibus doctiſſimis Actoris.

319 In ſpecie namque, de qua *Surd. in citato conſ. 375.* ideo poſthumus per nativitatem ſibi partem, & locum non fecit in fideicommiſſo, quia teſtator juſſit, quod donatarius Episcopus poſſet eligere, & diſponere in favorem unius ex filiis maſculis fratrum natis ex legitimo matrimonio, *Surd. ibid. num. 34. verſ. quod autem, ibi: In quo teſtator mandat diſpoſitionem fieri ad favorem unius ex filiis natis, Poſthumus autem cum eſſet in utero, non poterat dici maſculus, neque natus, ut ait idem Surd. num. 34. verſ. quod autem.* In eadem ſpecie ſcilicet, quando in diſpoſitione facta eſt mentio, jam natus, loquitur etiam idem *Surd. in citato conſ. 369.* ut patet, & *num. 22. ibi: Ad hac omnia, & alia ſimilia, quæ poſſent allegari, reſpondeo, quod procedunt, quando non eſt facta expreſſa mentio de jam natis.* In eadem ſpecie loquitur *Bald. in cap. cum in cunctis num. 10. de elect.* loquitur namque, quando teſtator poterat diſponere in favorem unius ex filiis natis, loquitur etiam *Theſaur. in citato loco lib. 3. quaſt. forenſ. 9. 84. num. 10.* Cujus verba referuntur ibi: *Qui tunc nati poſt mortem non veniunt, ſed truncata, ait namque, ſi teſtator vocaſſet liberos, qui nati reperirentur tempore mortis inſtituti, quia tunc nati poſt mortem non veniunt. Igitur non ex eo poſthumus in citatis locis non habetur pro nato, quia mentio mortis*

in eis fit, sed quia dispositiones, de quibus in dictis locis, qualitatem nati requirunt.

320 Prout etiam, quando determinato tempore, & certo ad implementum conditionis existentia liberorum requiritur veluti tempore mortis, conditio intelligitur defecisse, quamvis filij fuerint progeniti, si in illo tempore non supersint, quibus in terminis loquitur *Mantic. in citato loco lib. 11. de coniectur. tit. 6. num. 5. vers. secundo, & in eadem specie loquitur Peregr. in citato loco de fideicommiss. art. 29. num. 13. & alij etiam citati, sed in prædictis locis nulla consideratio admittitur de filio posthumo, sed de filio nato, & præmortuo, quod non sufficit ad implementum conditionis, cum ex vi verborum disponentis requiratur existentia positi in conditione tempore delatæ successionis. Igitur non exinde deducitur, quod mentio mortis operatur naturalem existentiam substituti ad posthumi exclusionem.*

321 Prout etiam, quando revocatur maior natu mortuo Titio, ad quem patruus, & nepotis, ille qui vult succedere, debet esse maior natu eo tempore, & naturalis, & actualis existentia illius ad succedendum requiritur, quibus in terminis loquitur *Cald. in citato conf. 15. procedit etiam, quod refertur ex Capycio Galeo contr. 48. à num. 9. & 16. Valenzuel. conf. 23. à num. 101. Surd. conf. 403. à num. 57. Valasc. de jur. emphyt. q. 50. à num. 16. Cald. forens. q. 21. à num. 21. Pereir. decis. 116. num. 3. qualitas namque superexistentiæ tempore delatæ successionis ex voluntate testatoris ad succedendum desideratur. Attamen locus ille non habet respectum ad posthumum, sed ad filium possessoris natu maiorem, & præmortuum, ut constat ex *Cald. in dict. conf. 15. cujus verba etiam truncata referuntur. Igitur non sequitur, quod mentio operatur naturalem existentiam in substituto, & vocato, ut exinde sequatur posthumi exclusio.**

322 Prout etiam in quæstione, An proximus tempore mortis ultimi possessoris maioratus, possit præferri ab alio postea nato, veluti ex femina, quæ ad maioratum non poterat admitti? quam quæstionem pertractans *Castilb. citato in loco scilicet contr. tom. 5. cap. 91. num. 45. & 46. referuntur ex eo verba sequentia, quod quando maioratus institutor vocationes, ac substitutiones ea verborum forma ordinavit, quod ad tempus mortis se restrinxerit; tunc habitas, & qualitas necessaria ad succedendum, eo tempore præcise debet intervenire, neque qualitas proximioris postmodum nati, aut concepti in consideratione habetur ad exclusionem ejus, qui tempore mortis*

*ultimi possessoris proximior erat. Ex quibus verbis videbatur, quod posthumus in maioratu non succedit, quamvis postmodum nascatur, sed imo proximus tempore mortis ultimi possessoris. Advertendum tamen est ad ea, quæ scripserat idem *Castilb. eodem in capite num. 2. ubi ex Molin. de primog. lib. 3. cap. 10 num. 1. permittit, quod in ea quæstione non agebatur de illo, qui tempore delatæ successionis in oratus jam conceptus, ipse namque, & si ex post facto nascatur, proximior tempore mortis ex jam natis excludet, si ipse, qui conceptus est, si natus fuisset, eisdem proximior esset. In individuo, sic etiam cum *Molin. permittunt *Pelaes de maiorat. 3. p. q. 2. Menoch. conf. 413. num. 16. lib. 5. Pat. Molin. de just. tom. 3. disput. 634. num. 2. Peregr. de fideicommiss. cap. 22. num. 11. 12. & 13. prout refert idem *Castilb. dict. num. 2. In prædicta namque ait, quod conceptus pro jam nato habitus est, ex text. in *L. qui in utero 7. & 26. de stat. homin. L. communi §. sed si ff. commun. divid. & statim verbis sequentibus subdit ex *Molin. ipse *Castilb. quod quæstio præsens versatur dumtaxat in his tamen proximioribus, qui tempore delatæ maioratus successionis, nec nati, nec etiam concepti erant. Advertendum etiam est, quod *Molin. loco à *Castilb. citato scilicet lib. 3. cap. 10. resolvit, & tenet, quod proximior tempore mortis possessoris (illa limitatione, posthumi jam concepti tempore delatæ successionis supposita) irrevocabiliter succedit, & non potest excludi ab alio proximiori postea nato.**********

Quibus suppositis *Castilb. in loco citato dict. num. 45. & 46. opinionem *Molin. amplectitur. Igitur in eisdem terminis, & supposita eadem limitatione, ac per consequens verba prædicta intelligenda sunt de nato, ac concepto post delatam successionem, proximiori tempore mortis possessoris. Unde nobiscum non pugnat autoritas *Castilb. imo consequenter *Molin. resolutionem nostram amplectitur, & multo magis dum in *dict. cap. in aliquibus casibus tenet, quod proximior tempore mortis irrevocabiliter non succedit. Igitur non concluditur, quod quando dispositio refertur ad tempus mortis, requiritur naturalis, & actualis existentia substituti ad exclusionem posthumi.*****

Prout etiam non concludunt posthumi exclusionem verba illa, quæ referuntur ex *Fusar. de fideicommiss. subst. q. 415. num. 8. ibi: Declaratur secundo, ut procedat, quando simpliciter apposta est conditio, secus si est determinata respectu temporis mortis, quia tunc non deficeret conditio, nisi etiam tempore mor-*

tis determinato exiſterent filij. Loquitur namque *Fuſar.* in quaſtione illa, Vtrum filij mortui ante patrem gravatum faciant deficere conditionem fideicommiſſi, quando conditio concepta fuit ſub ea forma, ſcilicet, ſi filios ſuſceperit, vel habuerit. Igitur non loquitur *Fuſar.* reſpectu poſthumi, & ejus exiſtentie, ſed reſpectu filij nati, & mortui ante patrem gravatum. Ac per conſequens non inde inferitur poſthumi excluſio.

325 Prout etiam non concludunt, quæ referuntur ex *Menoch. conf. 417. num. 2.* ubi teſtator ſubſtituit filiaſe ſue maſculum, ſeu maſculos, ſi extabant, & verba, ſi extabant, naturalem exiſtentiam poſthumi inducunt. Illud tamen procedit, quia prædicta verba non referuntur ad poſthumum adhuc in utero exiſtente, ſed ad poſthumum poſtea natum, & præmortuum ſubſtituto, in ſpecie namque, de qua ibi, pater ſubſtituit pupilariter filiaſe ſue filios maſculos, ſi extabant, cum tamen tunc temporis nullos natos haberet, poſtea nato filio, & mortuo poſt patris obitum, quaeritur, an tranſmittat ad matrem hæredem, jus ſuccedendi ex pupilari ſubſtitutione, & reſolvitur, quod non, quia ex prædictis verbis præſumitur teſtatore, ut ſubſtitutioni locus fieret. Non ergo agitur ibi de poſthumi adhuc in utero exiſtente, ac per conſequens non inde ſequitur, quod mentio mortis operatur naturalem exiſtentiam ſubſtituti ad poſthumi excluſionem.

326 Tandem non concludunt, quæ ex eodem *Menoch. conf. 1118.* quamvis namque ibi poſthumus per nativitatem ſibi partem non faciat in fideicommiſſo, ſiquidem Ludovicus antea poſthumus, & poſtea natus, non admittitur cum Alvaſio ad revocationem caſtri alienati, & fideicommiſſo ſubjecti. Id tamen ex eo procedit, quia Ludovicus neque natus, neque conceptus erat, tempore, quo ceſſit dies fideicommiſſi, ut conſtat ex dicto *Menochij* conſilio. Igitur non inde inferitur, quod ſi eo in tempore jam conceptus fuiſſet cum Alvaſio non admitteretur ad revocationem caſtri alienati.

327 Stat ergo, quod mentio mortis de per ſe facta in diſpoſitione non operatur actualem exiſtentiam ſubſtituti ad poſthumi excluſionem. Igitur deſtructo etiam eo Actoris fundamento, cæteri omnes parvi momenti ſunt, & reſponſione non indigent.

328 Reæ illuſtriſſime fundamentis abunde, & doctiſſime ſatisfactum eſt per ſapientiſſimos Patres, maxime in ſecundo ſuffragio, ubi *num. 21. uſque ad fin.* ejus principale fundamentum originaliter videri poteſt, conſuta-

tum, & deſtructum, quoniam tranſcribendi vitium noſtri moris non eſt, imo multum abhorret à noſtro inſtituto.

Opponens vero jus ſuum ex eo dirivat. Nam tempore mortis Ludovici ultimi agnati, erat ejus nepos (poſtea nominatus Dominus Ludovicus) in utero matris Rææ, cui nato ſucceſſio delata fuit, ergoque poſtea mortuo in maioratu ſucceſſit ejus frater Dominus Petrus, quo etiam ſine ſobole deſuncto ſucceſſit Ferdinandus opponens tanquam ejus conſobrinus, ac proximus maſculus, quæ omnia cum in facto vera ſint, eſt videndum, an de jure obtineant. Et promittendum puto.

330 Quod poſthumus in maioratibus ſucceſſit, *Molin. lib. 3. cap. 10. à num. 1. Pelæes de maiorat. 3. p. 9. 2. à princ. Pat. Molin. de juſt. tom. 3. tract. 2. diſp. 634. Menoch. conf. 413. num. 16. Peregr. de fideicommiſſ. art. 22. num. 11. cum ſeqq. Fuſar. de ſubſt. q. 318. num. 10.* Adeo, quod proximior tempore mortis ex jam natis excluſit, *Molin. Pelæes, P. Molin. locis ſupra citatis, Caſtilb. contr. tom. 5. cap. 91. à princ. & maxime num. 45 & 46. Solorz. de jur. Indiar. 2. tom. lib. 2. cap. 18. n. 90. Barboſ. de jur. univ. Eccleſiaſt. lib. cap. 8. num. 137. Valent. illuſtr. tom. 3. in tit. de liber. & poſth. cap. 2. num. 6. Carrança de legit. part. de ſig. cap. 2. illat. 14. §. 2.* Nam ad ejus commodum pro nato habetur, *L. qui in utero 7. & 26. de ſtat. hom. L. communi §. ſed ſi ff. commun. divid. L. cum iter Cod. fideicommiſſ. libert. L. Titius cum ſeq. & de ſuis, & leg. Fuſar. de ſubſt. q. 318. num. 12. Molin. de primog. diſt. cap. 10. num. 1. Pelæes, Peregr. & alij, quorum meminit Caſtilb. diſt. cap. 91. num. 2. latiffime Giurb. de ſend. §. 1. gloſſ. 4. à num. 14. & gloſſ. 10. à n. 26. eleganter Carrança de part. cap. 2. §. 4.*

331 Neque obſtat, quod poſthumus in illis, quæ ex teſtamento deferuntur, pro nato non habetur, prout refertur ex *Fab. in jur. prud. tit. 4. p. 3. illat. 3. conſut. 4. Schifordig. lib. 3. tract. 16. q. 4.* cum alijs citatis. Reſpondetur namque, quod in cauſa inteſtati neceſſe eſt, ut fictio inducatur, & habeatur pro nato; in cauſa vero teſtati ſufficit, quod habeatur pro naſciturus. Ratio differentia eſt, nam in cauſa inteſtati poteſtas legis operatur ſtatim, & primo inſtanti, & illico ex ipſius legis diſpoſitione, deferitur ſucceſſio ad eum, qui ex ipſa lege vocatur. At vero in cauſa teſtati, voluntas teſtatoris poſthumum legantis, confertur aperte in id tempus, quo poſthumus naſcetur, nihilque prohibet, quo minus in id tempus conferatur, cum illa voluntas pro lege habeatur, nec prius cedat dies

dies legati, quam posthumus nascatur, quasi relictum ei sit sub conditione, si nascetur, *L. si duobus §. ultim. ff. de legat. 1. L. utrum 7. de rebus dubijs, L. ususfructus 26. de stip. seruo. L. si in personam 21. Cod. fideicommiss.*

332 Unde in primo casu, cum sibi utile sit, habetur pro nato, ut sic possit ei ex legis dispositione successio deferri. In secundo vero casu, cum tamen sibi utile sit, quod nasci, & possit, & speretur, habetur pro nascituro; quam differentie rationem sic præstat id. *Fab. in eodem loco citato. Eodem modo, cum etiam successio, & dominium maioratus, sicut in causa intestati, non possit esse in pendentem, neque per momentum vacare, sed statim actu veloci legis possessorem querat, cum scilicet, qui tempore delatæ successiois proximior invenitur, Molin. dict. lib. 3. cap. 10. num. 4. Solorzan. de jur. Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 2. num. 35. Olea de cess. jur. & action. tit. 3. q. 4. num. 13. Ideo quoad prædictam successioem habetur pro nato.*

333 Neque tandem obstat, quod quamvis fictio legis, qui in utero, locum habeat in posthumo suo, non ita procedit in posthumo alieno. Respondetur, quod posthumus alienus etiam habetur pro nato, ut in maioratu succedat, de eo namque agit *Molin. dict. lib. 3. cap. 10. ut constat ibi: Quod frequentissime contigit in his primogenijs, in quibus aliquis ad eorum successioem vocatur sub ea conditione, videlicet, si ex aliqua femina, quæ vocata fuit, masculi supersint. Iunctis verbis ibi: In qua specie, si tempore mortis hæc femina filios masculos non habuerint, postea autem nascantur, &c. In eadem specie, scilicet, in filio posthumo ex femina nato, loquitur P. Molin. de iust. tom. 3. tract. 2. disput. 634. num. 1. Castilb. dict. lib. 3. cap. 91. num. 1. pluresque alij, qui eandem quæstionem pertractant, & supra citantur. Et certum est posthumum ex filia suum posthumum non esse, ex text. in §. posthumo inst. de leg. ubi Pich.*

334 Advertendum etiam est, quod filius feminae, quando in maioratu ratio masculinitatis tamen consideratur, ad successorem venit ex persona propria, quin ei officiat incapacitas matris, *Molin. lib. 3. cap. 5. num. 48. ubi Addent. vers. secundus casus, Pelæes de maiorat. 2. p. q. 6. num. 55. vers. in hac etiam materia, Castilb. quotid. tom. 3. cap. 15. n. 57. Gam. decis. 294. Val. de jur. emphyt. q. 4. 1. numer. 5.*

335 Constat igitur ex dictis: quod Actor non potest dici vocatus, neque expresse, neque ex præsumpta testatoris voluntate, neque requiritur in institutione qualitas superexistentiæ,

ut successioi ejus locus fieri possit posthumo excluso. Rea tanquam femina in ipsa institutione indistinctè perpetuè, ac absolutè à successioe excluditur, neque maioratus omnibus in vocationibus agnationis est, ac finitis omnibus agnatis ipsa admittatur, cum imo in ultimis vocationibus masculinitatis sint, prout omnes conveniunt.

Igitur posthumus nepos ultimi agnati ex propria persona, tanquam masculus proximus, in maioratu successit, & tanquam proximus masculus ex meliori linea, & proximiori gradu eo defuncto successit D. Petro ejus frater. Eoque decedente sine sobole in maioratu successit, ex iisdem rationibus opponens Ferdinandus tunc posthumus, ejusque jus competit ejus fratri Emmanueli, tanquam hæredi suo habilitato: confirmetur ergo judicatum.

Gravaminibus interpositis in actis, in Senatu est deferendum, unde, si sequenti Domino doctissimo placuerit, conferam; licentijs petitis non defero. *Lisboa 2. de Novembro de 1665. Dorta.*

337 Adis sanctissima Trinitas, Sol sine ortu, & occasu, per obscurum locum euntem dirige servum tuum clara perpendens lumina menti.

Illustris inter Illustrissimos nobis proponitur quæstio, à venerandissimis præcedentibus patribus primi vexilli centurionibus, late, & doctissime sane agitata, qui tanto jurisprudentiæ fulgore hujus loci caliginem illustrarunt, ut omnia integra, tersa, & juris peritorum assensu suffulta reperiantur, itaut nec ab antiquioribus dictum, nec à junioribus explanatum eos latuisse pateat, mihi que non imitationis, sed admirationis spem reliquerunt. Quid ergo mihi pusillo, cui non est inexplorata ingenij proprii tenuitas, & dicendi ratio genuina, dicendum superest? Nihil profecto; imo vereor dicendi inopiam patefacere, & me hortatur illud Senecæ in declamatione: *Quis es tu, qui de facto patrum sententiam feras?* Verum quia in juncto muneri deesse nequeo, ad quæstionem accedere opus est.

338 Eruditissimis Dominis primo, & secundo loco deliberantibus verbis institutionis, de qua agitur, quæ habentur, adhærendo Actoris votis annuere placuit, meritissimi Prætoris Curialis sententiam quoad hanc partem revocando, tertius autem doctissimus Dominus opponentem melioribus auspicijs certare putavit, sequutus conjecturam, & subintellectam institutoris mentem juris dispositionibus judicio suo consonam. Nec videatur nova hæc controversia, jam diu enim

enim inter magni nominis Iuris-Consultos Servium, & Tuberonem eadem fuit controverſia, quam nobis refert Iuris-Consultus *Celſus lib. 19. Digeforum in L. labeo ff. de ſupel. legat.* Tubero enim voluntatis conjecturam ſequabatur, Servius autem verborum corticem, & Servium approbavit Iuris-Consultus *Celſus*, & ego ſi iudicij mei aliqua habenda eſt ratio *Celſum* ſequar, & ſecundum verba geminata institutionis, de qua agitur, præſentem inſpectionem decidendam eſſe puto, eo maxime quia ſpreta verborum proprietate ad conjecturam mentem recurrere periculoſum eſt, ut per *Cyriac. contr. 142. à num. 10.* quia multoties nos habemus, quæ movere, & impellere poſſunt teſtorem ad diſponendum hoc, vel illo modo, cum variæ ſunt hominum voluntates, quas nos non debemus colligere divinando, *Man. de conjectur. lib. 3. cap. 19. n. 5. & 6.*

339 Secundum diſpoſitionem, cujus verba formaliter, & fideliter transcripta habentur ad calcem hujus ſuffragij, invitatus reperitur ab inſtitutore Archiepiſcopo Domino Martino ad majoratum, de quo agitur, filius, aut nepos, qui extiterit tempore mortis poſſeſſoris, dummodo deſcendat ab aliqua ex perſonis vocatis, quæ verba toties repetita, quæ iterum referre non eſt opus, realem exiſtentiam exigunt, & non poſſunt in poſthumo verificari ex ſequentibus.

340 Secundum commune juris peritorum placitum majoratus à fideicommiſſis originem trahunt, & iſdem debeat regulari normis, exceptis aliquibus, in quibus differunt, & præcipue in eo, quod majoratus non ſpectat ad omnes de familia in eodem gradu exiſtentes, fideicommiſſum vero ſic, ex text. in *L. cum ita legatur §. in fideicommiſſo ff. de legat. 2. tradit Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. num. 7. Valaſc. de jur. emphyt. q. 50. n. 29. Surd. & Menoch. laudati à Gratian. tom. 4. forenſ. cap. 771. num. 11. explicat Parlad. quotid. different. diff. 18. in princip. & in ſſ. ſequentibus.* Si autem ad fideicommiſſum vocatus reperiatuſ is, qui tempore mortis gravati inventus fuerit, prout legitur in inſtitutione, de qua agitur, repetitis, & geminatis verbis, alius, in quo deſideratur illa qualitas ſubſiſtentia realis, & uſualis, ut ita dicamus, tempore mortis, ſuccedere nequit, ex text. in hac materia capitali, & expreſſo in *L. in ſubſtitutione ff. de vulg. & pupil. L. unum ex familia §. rogo ff. de legat. 2.* quia cenſetur vocatus ſub conditione realis exiſtentia, docent *Surd. conf. 403. num. 57.* in hæc verba: *Præterea ſicuti temporis limi-*
Pars II.

ratio continet certam incluſionem quoad eos, quibus eo tempore qualitas requiſita convenit, ita expreſſam excluſionem continet, quæ ad alios, qui eam non habent qualitatem, & ibi tantam eſſe vim limitati temporis, quod continet contrariam diſpoſitionem. *Valaſc. de jur. emphyt. q. 50. à num. 12. Cald. receptar. quæſt. lib. 1. q. 19. num. 21.* quia cum ſit clauſula poſita in certum mortis diem, in hoc caſu pro conditione habetur, *Surd. conf. 375. num. 21. Valenz. 1. tom. conſilior. conf. 23. num. 152.* his verbis: *Ille verba, que ſe hallare (quibus ſimilia ſunt verba noſtræ institutionis) ſe hi houer, & ſe hi naõ houer,* inducunt conditionem, & an videatur vocatus, qui tempore mortis fuerit inventus, ſolummodo ex text. in *L. Stichus qui meuserit ff. de legat. 1. Idem Valenzuel. num. 157. ibi: Sola perſona cenſetur vocata, in qua poteſt verificari talis conditio, Surd. dict. num. 31. ibi: Non ſuccedit, qui nondum eſt natus tempore conditionis impletæ, Peregr. de fideicommiſſ. art. 29. num. 6. ubi ita ſcripſit: Quia qualitas, que determinat verbum, per quod ſignificatur tempus, à quo diſpoſitio ſumit effectum, illo ad eſſe debet tempore, quo diſpoſitio effectum ſumit, idque per text. ubi *Bart. col. 2. in L. in ſubſtitutione ff. de vulg. Valenz. conf. 231. ubi num. 10. ſic ſcriptum reliquit, ſi teſtator, ſeu inſtitutor vocat illum, qui tempore mortis extiterit per verbum, que ſe hallare, requiritur, quod ſit vivus natus, & ſuperſtes, & ibi: Quod quod importat, ac ſi vocaſſet ſuperviventem cum majori propinquitate, tempore mortis ultimi poſſeſſoris, & num. 140. ibi: Nec debent eſſe otioſa verba illa, que ſe hallare, ſed operari omne poſſibile, quod fuerit, quia eſſet plus operari fictionem, quam veritatem, ſi contrarium diceremus. Cald. receptar. dict. q. 19. num. 21. his verbis: Si vocet filium majorem exiſtentem tempore mortis patris, qualitas illius, qui reperitur tempore mortis, debet attendi, non ejus, qui non eſt in rerum natura. *Caſtilh. lib. 5. contr. cap. 91. num. 45.* in hæc verba: *Quoties maioratus inſtitutor vocationes ea verborum forma ordinavit, quod ad tempus mortis poſſeſſoris ſe reſtrinxerit, tunc namque habitus, & qualitas neceſſaria ad ſuccedendum eo tempore conſiderari, ac præciſe intervenire debet, nec qualitas poſtmodum nati, aut concepti in conſideratione habetur.***

Quando enim inſtitutor vocat ad majoratum aliquem poſt mortem poſſeſſoris, idem eſt ac dicere, ſi extet, & reperiatuſ vivus, quia ſub hac conditione facta videatur vocatio, ex text. in *L. cum pater §. hereditatem ff. de legat. 2. ibi: Qui eo tempore vixerit.*
I ij Pereir, 241

Pereir. à Castr. decis. 116. num. 3. Cald. conf. 15. num. 21. 22. & 23. Castilb. dict. cap. 91. num. 45. & 46. & hanc esse veriore sententiam, quidquid alij sentiant, tenet Castr. dict. num. 3. & cum hoc casu censeantur vocati, qui extant nati posthumi, pro natis non habentur, Surd. conf. 369. num. 22. & conf. 375. num. 35. cum seqq. Molin. de primog. lib. 3. cap. 8. num. 19. Trabinus Capyc. Galeota lib. 1. contr. contr. 48. num. 18. in hæc verba: Confirmatur: comprobantur, inquam, prædicta, ex eo quod proximitas ad succedendum consideratur in hoc nostro maioratu non in vita ultimi possessoris, sed eo tempore, quo successio maioratus defertur, & clarissime insinuant verba illa (que lo baja el hijo varon maior legitimo, que dexare al tiempo que se finire.) Ex his namque verbis apertissime conspicitur fundatoris voluntas voluisse representationem excludere, cum qualitas ad succedendum in dicto maioratu debeat adesse proprie, & vere tempore mortis ultimi possessoris. Idemque confirmat idem Capyc. numeris 27. 39. 47. & 57. Robles de repræsent. cap. 14. num. 28. ibi: Quod cum successio naturam habeat relationis ad tempus mortis, non intelligitur vocatus, quasi primogenitus, nisi qui mortis tempore maior reperiatur, Ioannes Tanagl. de sacr. Rot. Rom. audit. lib. 1. cap. 6. decis. 17. num. 26. in hæc formalia verba: Quam ex ipsa etiam maioratus, & primogenitura institutione, cuius ea natura est, ut nec momento quidem vacare possit, sed ex instanti mortis ultimi possessoris transeat in sequentem, qui eo tempore præscriptam habeat qualitatem, sicque ex tunc purificatur illius conditio, neque aliud tempus expectari debet.

342 Quod confirmatur ex illa regula generali, secundum quam qualitates requisitæ ad succedendum adesse debent tempore, quo successio defertur, ex L. intervenit ff. de legat. præstand. L. 1. §. proximum ff. unde cognati, Castilb. lib. 3. contr. cap. 15. à num. 2. Valenz. 1. tom. conf. 83. Molin. Gutierr. Thesaur. & alij laudati à Castilb. dict. cap. 91. proxime citato.

343 Stabilitur hæc doctrina ex eo, quia licet clausulæ positæ in institutione maioratus, quæ respiciunt onera, & gravamina implenda à successoribus, regulariter non ad conditionem, sed ad modum sint referenda, quia vocationem personæ nominatæ non suspendunt, aliter dicendum in clausulis respicientibus personam nominatam, quia pro conditione habentur, Molin. lib. 2. cap. 12. à n. 13. & cap. 14. à num. 12. & utrobique addentes ad Molin. Cald. conf. 15. n. 29.

Ex supra dicta resolutione oritur decisio alterius quæstionis, non parum agitata, scilicet, quod quando testator vocat filium maiorem, qui extiterit tempore mortis, per hanc disponendi formam censeatur exclusa representatio secundum veriore, & in praxi receptam sententiam, & nepos ex filio maiori præmortuo, illum, qui erat maior tempore mortis, non excludit, quia jam erat pater vocatus functus vita, quando possessor decessit, cuius mors in conditione posita fuit, & non potest in illo verificari conditio existentiae tempore mortis, Castr. dict. dec. 116. Cald. conf. 15. num. 27. Surd. conf. 403. num. 57. Capyc. Galeot. supra citatus num. 18. 27. 39. 47. & 57.

345 Quapropter cum illustrissimus Actor sit nepos Domini Martini, patris ultimi possessoris, & descendens à primo vocato (ut est in confesso, & extabat vivus, & superstes tempore obitus ultimi possessoris, & nullus alius reperiebatur in rerum natura: Credo, nec in contrarium adduci possum, quod habet vocationem, & quod in ipsius persona concurrunt qualitates requisitæ ab institutore, nec percipio (Deum testor cordium scrutatorem) quo jure sit excludendus, supposito quod institutor ad hunc maioratum descendentes ex sororibus suis in defectum descendendum ex fratribus primo, & secundo loco vocatis admisit, & ipse sit descendens à vocato, & filius Illustrissimæ Dominae Magdalena, filia Domini Martini, & cum habeat vocationem saltem deductam à forma institutionis, & vocationum, succedit ex propria persona, nec illi obesse potest exclusio feminarum in perpetuum ab Instituto re facta, ut elegantissime ponderatum est à præcedentibus Dominis, Tanaglia dict. cap. 6. decis. 17. num. 11. & 12. Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. num. 17. 18. & 19. Pelæes eodem tract. 2. p. 9. 10. num. 4. Valenz. conf. 29. num. 9. & 10. lib. 1. Neque hoc casu potest considerari exclusio matris Actoris in generali feminarum exclusionem comprehensa, quia Actor jus suum non ex radice infecta dirivare intendit, sed ex propria vocatione, ut supra diximus, Valenz. conf. 97. n. 128. lib. 1. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 48. Mantie. lib. 8. de conjectur. tit. 18. num. 53. & 54. Institutor enim vocando descendentes ex primo vocato, censeatur invitasse omnes in infinitum, Gam. decis. 160. num. 3. Reynof. observ. 24. à n. 23. & à n. 30. Castilb. contr. 2. cap. 22. à num. 86. Fusar. de substit. 9. 327. num. 1.

Cum ergo testator habeat vocationem, modo, quo supra diximus, & qualitates ab insti-

inſtitutore requiſitas tempore mortis poſſeſſoris, admittendus eſt, & præferendus opponenti, licet proximiori, & nepoti Domini Ludovici immediati poſſeſſoris, præfertur enim vocatus omnibus alijs etiam proximioribus, & licet in illorum perſonis aliæ qualitates concurrant, de quibus inſtitutor non meminit, *Gam. deciſ. 160. Larrea 1. tom. deciſ. 33. num. 42. Caſtilh. lib. 5. cap. 93. n. 17.* in hæc verba: *Regula eadem non procedit, quando reperiuntur aliqui ſpecialiter vocati, quia hi præferuntur, etiam ſi ſint remotioris lineæ, & gradus, nec regule linearum, & graduum locum obtinent, quia ſpecialis vocatio, & diſponentis voluntas id excludit.*

347 Nec quidquam obest, quod admiſſa linea Domini Ludovici, & extante opponente ipſius nepote non poteſt fieri tranſitus ad lineam tranſverſalem Actoris, cum ſicut quilibet ex poſſeſſoribus ſuam conſtituit lineam, ita quilibet filius, ex poſſeſſoribus natus diverſam lineam conſtituit, & ſeparatam à cõmuni ſtipite, *Molin. lib. 3. cap. 4. numer. 14. Caſtilh. lib. 5. cap. 92. Valenz. conf. 97 à n. 11. Caſtr. deciſ. 59. à num. 5. Larrea 2. p. deciſ. 54. num. 1.* Nam prædicta regula, & doctrina ſibi locum vindicare nequit, ſi ex verborum, aut clauſularum conceptione aliud reprehendatur, aut quando qualitas in diſpoſitione contenta contrarium ſuadeat, ſi enim in ſecunda linea adſit perſona cum qualitate, quam ſucceſſurum habere præcepit teſtator, aut inſtitutor, locum habet tranſitus de una linea ad aliam, ut deciſum extat in *Rot. noviffim. deciſ. 100. p. 2. à num. 2.* quam tranſcripſit *Caſtilh. lib. 6. quotid. cap. 93. à n. 16. Farinac. Rot. noviffim. deciſ. 627. num. 5. p. 2. tom. 2. Peregr. de fideicommiſſ. art. 27. à num. 15. Gratian. tom. 2. forenſ. cap. 218. num. 83. idem Caſtilh. lib. 5. cap. 93. à n. 18.* Unde cum oſtenſum maneat in perſona Actoris reperiri qualitates ab inſtitutore requiſitas, ille eſt præferendus, & melioribus auſpicijs certat, quam opponens, qui tempore obitus ultimi poſſeſſoris, nec natus, nec conceptus erat, de quo non dubitatur.

¶ *Quoad Illuſtriſſimum Opponentem.*

348 Nec adverſus ſupra dicta dubium inſurgit non leve, quod Actoris jus non ſolum turbidum reddere videtur, ſed illud enervare, ut placuit ſapientiffimo Domino tertio loco deliberanti, intendit enim opponens ſuccedere in hoc maioratu ex jure derivato à perſona Domini Ludovici ultimi poſſeſſoris, qui tempore, quo obiit avus ſuus, erat conceptus in utero, & per conſequens aditum

Pars II.

præcluſit Actori ſecundum juris regulam, quæ poſthumum habet pro nato in ſibi utilibus, *L. qui in utero cum alijs citatis ff. de ſtat. homin. & cum quilibet ex filijs, ut jam diximus, ſuam diſtinctam lineam conſtituat ſeparatam à communi ſtipite, Reynof. obſerv. 23. num. 6. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 31. Giurb. de feud. cap. 2. gloſſ. 10. num. 28.* in hæc verba: *Quod Doctores ad exemplum lineæ poſſeſſoris conſiderant etiam lineam primogeniti, cuius ratione primogenitus poſſeſſores, ejuſque deſcendentes excludit à ſucceſſione reliquos fratres ſuos filios, item poſſeſſoris, & eorum deſcendentes, itant dum aliquis ſuperſit ex linea primogeniti: Cæteri cujuſcunque qualitatis non admittantur. Valaſc. conf. 171. n. 4. Robles lib. 3. de repræſent. cap. 4. num. 2. & alij citati à Giurb. dict. loco videbatur dicendum, quod ſtante opponente, in quem fuit tranſmiſſum jus derivatum ex perſonis Domini Ludovici, cui ſucceſſit frater Dominus Petrus, non poterat fieri tranſitus ad lineam tranſverſalem ultimi poſſeſſoris.*

Verum huius fundamento prima facie inevitabili plene fatiſcit ex ſequentibus (meo 349 videri.) Nam fictio, per quam poſthumus habetur pro nato introducta eſt ad hæreditates legitimas ab inteſtato provenientes, ut per *Fabrum in jurisprudent. Papin. tit. 4. princ. 3. doctiffimus Valentia primarius juris caſarij profeſſor Salmanticenſis illuſtrium quæſt. lib. 3. tract. 4. cap. 2. num. 8.* in hæc verba: *Necceſſarium omnino fuit ad legitimam hæreditatem conſequentiam, ut poſthumus pro nato haberetur, & in tempus naſcendi, omnia ei jura reſervarentur, ne alioquin eveniret, ut à ſucceſſione excluſus, nec alijs inferioribus præferri, nec in pari gradu conſtitutus partem facere poſſet. Amaya obſerv. juris lib. 3. cap. 1. §. 2. num. 25.* ubi ita: *Fatum dum eſt in utero nihil reputari ad effectum aliquem faciendi, & quamvis pro nato habeatur, hoc tamen receptum eſt fictioe quadam juris, quæ cum habet pro nato, cum de commodis ipſius agitur, antea vero quam naſcatur nihil eſſe intelligatur. Grivel. deciſ. 108. Senatus Dolani n. 2.* ubi ita: *Posteriore vero caſu, qui caſus noſter videtur eſſe, i, qui non ſunt in rerum natura tempore cedentis fideicommiſſi, non ſunt admittendi, quem admodum enim cum mortuis nullum eſt nobis commercium, ita nec cum ijs, qui tempore cedentis fideicommiſſi non ſunt in humanis, & certe ſi admitterentur poſtea nati ſequeretur illud abſurdum, quod dominum ſtaret in ſuſpenſo, & in aere à tempore cedentis fideicommiſſi uſque ad tempus natiuitatis, iterum liberorum poſtea natorum.*

Ex quibus Iuriſperiti duo inferunt, pri- 351 mum,

mum, quod fictio dictæ legis, quæ in utero operari nequit in dispositionibus testamentarijs, in quibus verba non sunt intelligenda civiliter, & per fictionem, sed naturaliter, *Peireir. à Castr. dict. decis. 116. num. 2. ibi: Vocatio filii maioris, quæ sufficit, ut intelligamus censisse de maiori naturaliter, non per fictionem, & ibi: Quia in dispositione hominis verba proprie intelligenda sunt. Valenz. cons. 23. n. 104. ibi: Verba debent operari omne possibile, quod fuerit, quia esset plus operari fictionem, quam veritatem, si contrarium diceremus: noster Gam. decis. 307. alias 308. in hæc verba: Verba cuius fit mentio alicuius personæ cum aliqua qualitate, debent intelligi de eo, qui habet vere, & naturaliter illam qualitatem, non autem fictè, vel representative per text. in L. fin. Cod. his qui ven. ætat. impet.*

351 *Larrea decis. 24. num. 18. ibi: Testantium verba, semper sunt intelligenda in sensu, & significatione naturali, non civili, & subintellecta. Carranç. dict. part. legit. cap. 2. §. 4. ibi: Dixi in sibi utilibus in utero existentem haberi pro nato, quod intelligas non fieri naturaliter, cum nondum natus homo dici non possit, sed civiliter, hoc est fictione quadam juris, & ibi, de successione testamentarijs, in quibus existens in utero non habetur pro nato, ab alijs longe diversis dependet causis. Nec etiam fictio quidquam operatur, si adversetur testatoris voluntati expressæ, vel conjecturatae, Gam. dict. decis. 307. num. 5. Menoch. cons. 357. num. 34. vers. respondetur tertio, Mant. de conjectur. lib. 11. tit. 12. num. 20. ubi ita: Cum enim testator considerat modum, non fit extensio ad casum fictum, & ibi: Quod licet alias legitimatio retrotrahatur ad tempus natiuitatis, non trahitur retro, quoad interpretationem voluntatis, Gratian. forens. tom. 3. cap. 514. num. 17. sic scribit. In casibus, in quibus aliquid retrotrahitur, nunquam intelligitur in præjudicium alterius, nisi illius, qui actum facit, ut in collatione, confirmatione, fictione, legitimazione. Tiraq. de retract. lignag. gloss. 10. num. 71. per text. in L. stipulatio de dote ff. de jur. dotium, & in L. insulam §. fin. ff. solut. matr. & est doctrina Bald. cons. 16. Menoch. dict. num. 34. cons. 357. ibi: Respondetur tertio, quod fictio est fundata in æquitate, & secundum eam regulatur, cum ergo æquitas sit pro his nepotibus, qui testatoris voluntatem habens, fictio eîs nocere non debet. Insuper dominium bonorum ad maioratum spectantium, statim post mortem possessoris transit ad vocatum in institutione, nec in pendentem per momentum esse potest, Molin. lib. 3. cap. 9. num. 4. & 6. Castilh. contr. lib. 5. cap. 112. num. 17. Gom,*

L. 45. Tauri à num. 1. Salgad. in labyrinth. cred. 2. p. cap. 9. num. 62. Valasc. de part. cap. 36. num. 27. Agnosco, quod in maioratibus regularibus, in quibus non datur specialis dispositio instituentis, cui obesse nequit fictio dictæ legis qui in utero, satis est successorem esse conceptum ad effectum, ut possit succedere; verum in præsentem institutor maioratus, de quo agitur, præcepit, quod successor extet tempore mortis, & sit masculus, legitimus, & laicus: quomodo, obsecro, possunt hæc qualitates verificari, & reperiri in posthumo, cujus non solum est incerta, sed nulla persona, & ideo, nec institui, nec exheredari poterat de Iure Civili, quia non solum est incerta, sed minus, quam incerta persona, quis enim incertior considerari potest illo, qui nec in rerum natura est, & an futurus sit, dubitatur, verba sunt doctissimi Valent. illustr. quæst. dict. lib. 3. tract. 4. cap. 2. num. 4. 5. & 6. Valasc. cons. 129. num. 6. & 7.

352 *Præcipue, quia secundum juris normas posthumus non censetur in dubio institutus, nec invitatus, nisi in aliqua testamenti parte de illo fiat mentio ex text. quem Doctores expressum appellant in L. qui filiabus ff. de legat. 1. in princ. ibi: Si mentionem aliqua testamenti parte posthumi fecit, ubi Gloss. verbo fecit, ita ait, non alias, similis Gloss. in L. qui quartam §. si quis eodem tit. verbo sentiret, ibi: Quod est si de ea fecit mentionem in testamento, ex Doctores unum pro omnibus citare satis sit, insignem, scilicet, præceptorem Roderic. Lop. à Veig. ad tit. de legat. 1. num. mihi 450. qui ex dicta lege filiabus, hanc deducit conclusionem, ibi: Collige, quod legatum relictum filiabus non debetur posthumis in dubio, sed ita demum, si de posthumis in aliqua parte testamenti sit facta mentio. Noster autem Archiepiscopus posthumos oblivioni commendavit, ut institutionem legenti patebit; subintratque doctrina Gloss. in dict. L. qui in utero ff. de stat. homin. ibi: Nisi in casu excogitato, ubi limitat dispositionem illius legis, si ex dispositione testatoris contrarium colligatur, secundum quod ex supradictis inferunt Doctores, est, quod fictio, de qua in dict. L. qui in utero, per quam fingitur natus, & in rerum natura, qui est in utero, solum prodesse valet posthumis suis, de quibus modo non est sermo, ut statim dicam, nam tempore Iuris Consultorum, quo promulgata est prædicta Lex, posthumi alieni habebant testamenti factionem passivam, nec poterant hæredes institui de Iure Civili, text. est in §. posthumus quoque alieno inst. de legat. L. Gallus §. ille casus ff. de liber. & posthum.*

ita per *Fabrum in jurisprudent. dict. tit. 4. princip. 3. illat. 3. confuz. 4. Carranga de part. legit. cap. 2. §. 4. num. 15.* sic limitans decisionem, *ex text. in dict. L. qui in utero*, ut procedat in posthumo suo tantummodo, non vero in alieno. Et quamvis olim de jure prætorio, & hodie de jure novo posthumi alieni possunt ex testamento capere, ut habetur in *§. posthumus* & in *§. sed nec hujusmodi inst. de legat.* illis prodesse nequit fictio ab antecedenti jure inventa, quæ in illorum favorem non fuit introducta, sed opus erat, ut de jure novo reperiretur concessa; nec nos fictionem inducere possumus de casu ad casum, ut multis citatis juribus, & Doctoribus, quos longum, & fastidiosum esset referre, tenet *Salmanticensis præceptor D. Joseph Vela tom. 2. dissert. jur. cap. 31. à num. 7.* in hæc verba: *Adversus quæ omnia jura proculdubio nititur contraria sententia, fictionem in præfato casu inducens, adeo quod illa admittenda non sit, cum constet fictionem ab homine absque legis auctoritate induci nullo modo posse. Valasc. conf. 148. 2. tom. num. 8.* ibi: *Et sola lex fingit, & homo non potest fingere, nec fictionem legis introductam in uno casu ad alium trahere, neque extendere.* Posthumus autem Ludovicus nepos ultimi possessoris non erat. suus hæres, nam suus dicitur ille, qui si natus esset, hæres erat illius personæ, de cujus successione agitur, *ex text. in §. posthumus inst. de legat.* Plane Ludovicus præcedebatur à matre Domina Maria, & non poterat esse hæres avi sui, ut est certo certius, nec allegatione indiget, proindeque illi prodesse non poterat fictio *dictæ Legis qui in utero.*

353 Memoro etiam, quod de asserta institutione maioratus facta à Domino Roderico Episcopo Lamecensi non apparet, nec offertur instrumentum institutionis, quæ licet in juris rigore scripturam pro forma substantiali non exigit, *Reynof. post alios observ. 22. num. 1.* tamen quando de institutione, & primæva origine non constat, oportet, quod per quadraginta annorum continuata curricula possideantur bona tanquam vinculata, & unita maioratui asserto, ut cum *Gam. Molin. Pelaes, & Menoch.* tenet *Reynof.* ubi proxime *num. 1.* vel debet probari institutio per alios modos, de quibus *Molin. lib. 2. cap. 8. n. 3. & 4.* & verificari modus succedendi saltem in duobus personis, seu successoribus juncta continuatione possessionis, *Molin. lib. 2. cap. 6. à num. 24. per text. in cap. cum de benef. de præbend. Gam. decis. 218. aliàs 219. num. 2. Pelaes 4. p. 9. 20. num. 63. & 64.* Cum autem hæc omnia desiderentur in præfenti, certius autumo prædium de Val de Sobra-

dos pertinentiam esse maioratus de Oliveira, non autem ab illo distinctum, nec separatum, hoc enim concludenter probatur ex testibus à fol. 394.

354 Quoad illustrissimam Ream, quæ ad meliora translata est, & labentem vitam immortalis, & brevem æterna commutavit, non fit mihi locus dicendi, & præclusa est via, quia extinctum est quoad exclusionem per tria suffragia præcedentium Dominorum.

355 Concludo ergo, quod sive maioratus, de quo agitur, sit agnationis, saltem in duabus vocationibus, ut placuit secundo Domino *num. 1.* & extincta sit agnatio per mortem descendantium masculorum primi vocati, sive dicamus conservatam fuisse agnationem artificiose in posteritate fæminarum, ut tenet prius Dominus *num. 9.* & tergit secundus *num. 12.* sive etiam maioratum esse solum masculinitatis, quod in dubium verti nequit, ad conspectum perpetuæ exclusionis fæminarum factæ ab institutore, semper dicere cogimur Actorem vocationem habere saltem deductam ex dispositionis forma, ut ostendit primus Dominus *num. 31. 32. 33. & 34.* ea qua solet dexteritate.

356 Nec animum nostrum in contrariam flectunt sententiam eruditissime scripta, & allegata à tertio Domino, qui ad favorem opponentis pronuntiavit, qui agnoscendo doctrinas, quibus nititur suffragium, existimo, illas locum sibi vindicare in maioratu regulari, semota dispositione particulari, in quo solum attenditur ad illas quatuor qualitates satis decantatas in materia maioratum, scilicet, linea, gradus, sexus, & ætas; non vero in maioratu irregulari, qualis est hic, de quo agimus, cujus institutio deflectit à regulis ordinarijs, quia institutor per clausulas particulares recessit à communi forma, ut ostensum manet, & in priori fateor, quod filius, qui si natus extaret, esset successor, haberetur pro nato, si est conceptus tempore mortis p fessoris per *dictam legem qui in utero*, posteriori vero non ita dicendum, per ea quæ ponderata manent.

357 Hæc dixi, quia muneris mei erat, aliqua in medium proferre, agnoscendo omnia, quæ ad præfens concernunt, non delibata tantum, sed penitus exhausta esse in doctissimis deliberationibus præcedentium Dominorum fæliciori stylo, & elegantissimo calamo, & ut compendio utar, plus in illis est, quod cernitur aspectu, quam quod ore laudari possit. Nec silentij velo contegam eximiam curam, & sollicitudinem, qua docti patroni horum colligantium validissimis incubuerunt remis, fortiaque adversis opposuerunt pectora rebus,