

rebus, acuta difficultatum tela, & adversa objectionum jacula hinc inde magna dexteritate propulsando, & pro enucleando clientulorum jure adverso Marte, & infestis signis strenuissime dimicant, laudem ergo merentem non mediocrem.

358 Confirmetur ergo iudicatum à meretissimo Prætoris Curiali, quoad exclusionem Reæ, ut evictum est, revocetur quoad exclusionem Actoris, quem legitimum hujus maioratus esse puto, sic confirmata, & revocata sententia, & gravamini processus non deferro, nec licentijs petitis. Lisboa 6. Ianuarij de 1666. Doctor Basto.

359 A qua sententia fuit petita revisio, & fuit concessa, & revocata hæc sententia, confirmata fuit alia Prætoris Curialis, & tenor sententiæ revisionis talis est.

360 *Acordam em Relação, &c. Vistos e les autos, Provisão do dito Senhor, porque manda rever as sentenças nelles dadas, havendo respeito às Tenções dos Desembargadores, que sobre ellas informaraõ. E visto outrosim a supplica do oppoente Antonio de Saldanha. Aggravado he o agravante pelos Desembargadores dos agravos, Juizes Commissarios deste feito, em revogarem a sentença dada a seu favor pelo Corregedor do Cível da Corte, como successor do posthumo Dom Luis de Oliveira seu primo, netos ambos do ultimo possuidor do morgado Luis Francisco de Oliveira, por se dizer, que no tal posthumo, nam concorriaõ as qualidades da instituiçãõ, baram, legitimo, & leigo; repetidas nella varias vezes, por naquelle tempo da successãõ, senãõ verificar a qualidade de macho, que requeria existencia real de nascido ao tempo da morte do ultimo possuidor, que no posthumo senãõ dà, podendo nascer monstro, & ainda que em alguns casos se repete o posthumo por nascido, procede por ficção nas successoens regulares, mas nam nos morgados irregulares, em que ao tempo determinado da morte do possuidor, ha de ter o successor as qualidades da instituiçãõ no sentido proprio das palavras, & nam per ficçoens, que só se inventaraõ para as causas de Direito, & nam para as disposiçoens do homem, & que concorrendo todas as qualidades da instituiçãõ no A. Christovão de Almada de varaõ existente, & lidimo leigo, devia preceder ao posthumo por tambem ter vocaçãõ particular por filho de irmaõ, que o instituidor chamou, para por este modo se entroncar outra vez a agnaçãõ fieta em falta da verdadeira, de que o morgado que foi instituido. Revogando sua sentença, vista a instituiçãõ, & o mais dos autos, de que consta, que este morgado nam he de agnaçãõ, mas de masculinida-*

de, que se induz da vocaçãõ dos machos, chamados geralmente filhos, netos, & bisnetos, com exclusãõ sòmente de femeas, em que se incluem os baroens, filhos de femea. & chamando particularmente os filhos da irmaõ Ouzenda Peres, & a Clerigos, em que se não conserva a agnaçãõ, excluindo tambem as linhas de outro irmaõ, que tinha, a quem nam chamou para o morgado, deixando he legados. Nem o A. supplicado tem a vocaçãõ especial, ou singular, que diz nos termos que aponta, por não ser filho, ou descendente da irmaõ Ouzenda Peres, mas da linha de Men Peres, primeiro chamado, por ser filho de Dona Magdalena de Lancaastro, irmaõ do ultimo possuidor; nem se pôde dizer, que no tempo da delaçãõ do morgado senam verificavaõ no posthumo Dom Luis as qualidades da instituiçãõ de macho, lidimo, leigo, por naquelle tempo estar no ventre, de quatro mezes & meyo, em que era duvidoso seu nascimento, porque havendo consideraçãõ, a que por vezes se achaõ na instituiçãõ as palavras, se ouver filho, he o mesmo, que se dissesse, se acontecer, que haja filho, o que se verifica no posthumo concebido já animado, nem em toda a instituiçãõ, se achãõ clausula alguma de existencia de filho nascido, mas sòmente de filho deixado, que se verifica no que está no ventre, porque já existe realmente, & como o supplicante Antonio de Saldanha succedeo no direito do posthumo D. Luis, do qual se lhe dirivou pelas habilitaçõens dos autos, & ser certo, que a Ley, que dispoem dos filhos posthumos, procede assim nas disposiçoens legaes, como testamentarias, conforme a opiniam de Acurcio, que nam se achando comumente reprovada, se deve guardar neste Reyno como Ley, & ser outrosim certo, que da parte da Ley, senam dá ignorancia, ainda que se duvide da parte do homem, & se defere logo o morgado pela vontade tambem presumpta do instituidor, que sabendo como Letrado a Ley, admite o posthumo, como se fora nascido, o nam excluio, nem dispoz, que só os nascidos se admittissem, mas antes em toda a instituiçãõ se vê respeito aos que haviãõ de nascer, & nas vocaçõens do morgado fallou nove vezes pela palavra, ouver, ou ouvesse filho, & os Doutores, que fallãõ em exclusãõ de posthumo animado, procedem, quando para isso ha vontade expressa, ou presumpta do instituidor, que nos termos presentes senam verifica das palavras da instituiçãõ, ou fallãõ no concebido ao depois da morte do possuidor, ou no caso que se trata succeder por representaçãõ, o que se não accomoda ao caso presente, & como a verdade da disposiçãõ da Ley, que reputa aos posthumos por nascidos nos casos a elle uteis, qual

qual he o de que se trata, deva preceder a allegação da vontade presump̃ta do instituidor, que se quer arguir sem fundamento na existência de filho nascido, em que o instituidor nam fallou em toda a instituiçã: tudo o que considerado, & como nos termos da instituiçã, de que se trata, foi visto o instituidor conformarse com a disposiçã de Direito. Iulgaõ, que os morgados, de que se trata, pertencem ao supplicante Antonio de Saldanha habilitado. E mandaõ, que o supplicado lhos restituã, ao qual condenaõ nas custas dos autos, & mandaõ, que ao supplicante se entregue a causaõ depositada. Lisboa 20. de Março de 1671. Mousinho. Sousa Serrãõ. Cerqueira. Sousa. Marchãõ. Pereira de Sousa. Faria. Oliveira. Cardoso.

361 Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus, quæ latæ fuere ad cõcessionem revisionis.

Ut muneri inuncto satisfaciam sequentia præsuppono.

362 Primò illustrissimi supplicans, & supplicatus, non descendunt ab alio fratre, vel sorore Archiepiscopi Bracharenſis hujus maioratus institutoris, sed solum à fratre Mendo Peres cum hac differentia, quod supplicans non solum est ipsius Mendi directus descendens; sed & nepos ex filia Ludovici Francisci de Oliveira ultimi possessoris ejusdem maioratus; at supplicatus est transversalis, filius sororis ipsius ultimi possessoris, ut non dubitatur.

363 Secundo, quando dictus Ludovicus ultimus possessor decessit, ejus filia Domina Maria de Oliveira uxor Domini Didaci à Menezes, à mensibus quatuor, & medio conceptum, & animatum habebat in utero filium legitimum postea natum, & vocatum Dominum Ludovicum à Menezes, sicque per eum, & alios fratres intermedios, & absque sobole mortuos, derivatum extat in nostram supplicantem, omne illud jus acquisitum eidem Domino Ludovico originario posthumo, & ita quando hic loquimur de eo, idem intellige de supplicante, vel è contra cum ad intentum purificentur.

364 Tertio, in successione maioratus ante omnia attenditur institutoris voluntas, & dispositio, ut omissis alijs apud nos est, Ord. 4. tit. 100. §. 3. ibi: *Porque, o que elle ordenar, & dispuzer, se cumprirá.* Unde primo vocatus præfertur, quamvis sit remotior descendens, vel cognatus, ut ex *L. cum ita §. in fideicomisso*, ibi: *Qui nominati sunt, ff. legat. 2. cum alijs recognoscit doctus supplicati Patronus in sua responsione num. 4. & clare probat Ord. dict. §. 3.* Hinc est, cur sup-

plicans, & supplicatus sudant ad invicem, se habere vocationem institutoris, & adversarium exclusionem.

Supplicans atq; se institutione extare vocatum uti masculum legi inum descendentem à Mendo Peres, & ab ultimo possessore ejus avo in ejus linea verè intruncatus fuit maioratus, per contrarium extare postpositum, ipsum supplicatum, uti transversalem, filium sororis ultimi possessoris, cum secundum ordinariam juris, & Doctorum traditionem, & ipsamet perpetuam naturam maioratus, ille non transivit de linea possessoris ad aliam diversam, dum extat possessoris descendens, ut in terminis ex *Cap. 1. de natur. & success. feud.* tradunt videndi noster *Franciscus à Sousa ad L. femina p. 1. à num. 279. Gam. Valasc. Gabr. Perer. Molin. Castilh. Surd. Cyriac. & alij, cum quibus Senator Sous. de Macedo decis. 16. num. 5. Olea de cess. jur. tit. 3. §. 4. num. 35. idem Castilh. lib. 3. contr. cap. 15. à num. 52.* Vbi advertit fratrem non esse de linea alterius fratris, cum quilibet suam constituat.

Deinde nos, ut non dubitatur, sumus in casu, quo nullus est masculus descendens ab alio fratre institutoris Ioañe Peres, nec ab ulla ex sororibus institutoris Oazenda Peres, Maria Peres, vel Theresia Peres vocatis in institutione à fol. 7. cum seqq. & solum concurrunt, supplicans, & supplicatus uti descendentes à dicto fratre Mendo Peres per fæminam intermediam, & ad minus recta linea dicuntur vocati ab institutore, si noster supplicans non est satis clare vocatus, in casu, quo versamur, dici debet omissus, in quo institutor nullam fecit vocationem alicujus ex pertendentibus. Cum ergo casus dicatur omissus, recurrendum est ad ordinariam juris dispositionem, cum qua in dubio, quilibet institutor se conformare videtur, ut absque controversia fatentur Doctores, & ipse supplicatus non ostendat nostri supplicantis exclusionem, nec expressam vocationem, & præferentiam sui ipsius, ut ex ipsa institutione maioratus patet, & clarius infra demonstratur; fit evidens nullo jure potuisse auferri maioratum à supplicante masculino legitimo descendente à Mendo Peres, & ab ultimo possessore proximior contra aliam in materia expressam, & ordinariam regulam *Ord. 4. tit. 100. §. 2. ibi: Succederá o parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo do sangue do instituidor.* Et cõsiderando verisimilem mentem institutoris (quamvis esset ordinarius homo, & multo magis cum esset Archiepiscopus Hispaniarum Primas, Princeps Ecclesiasticus, juris, & æqui-

æquitatis possessor, & observator, ut non dubitatur) potius, ut par est credere interrogatus, nunc responderet, quod in nostro casu, ubi nullus extat masculus ex masculis aliorum fratrum, vel sororum vocatarum, præferatur masculus directus, legitimus descendens à fratre Mendo Peres, & ab ultimo possessore, qualis est supplicans, & postponatur transversalis ultimi possessoris alterius lineæ, qualis est supplicatus: Nos enim, qui nunc vivimus, & iudicamus, tenemur interpretare voluntatem mortuorum conformem juris dispositioni, & in sensu à prudentibus non reprobato, ut doctus supplicati Patronus recognoscit, & in terminis maioratus tradit Lusitanus *Fragos. de regim. reipubl. p. 3. lib. 9. disput. 19. §. 4. à num. 2.* & passim alij Doctores, & sane quilibet mediocriter prudens, durum, vel absurdum reputabit, quid in dubio, mortuo ultimo possessore maioratus, excludatur ejus directus, legitimus descendens, & proximior, in quo urgentius, & directa memoria illius conservatur, & præferatur transversalis ultimi possessoris, repugnante prædicta ordinaria natura maioratus, & illa juris regula, ne fiat transitus de linea possessoris in aliam, & *Ord. dict. lib. 4. tit. 100. §. 3.* ubi proximior ultimo possessori præfertur. Item refragante decisione, vel ratione *text. in L. liberorum 220. in fin.* ibi: *Etenim idcirco filios, filiasve concipimus, atque edimus, ut ex prole eorum, earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus, ff. de verbor. significat. Bonus text. in §. item vetustas inst. de heredit. abintestat. ibi: Sed cum nepotis, & pronepotis nomen commune sit utriusque, tam qui ex masculis, quam qui ex feminis descendunt, & ibi: Ne ij, qui ex transversa linea veniunt, potiores ijs habeantur, qui recto jure descendant.* Et abhorrente, quod institutor excelsa dignitate, & cæteris virtutibus præditus, voluisset se cum juris dispositione in casu à se non declarato conformare, igitur verus successor fuit ille nepos Ludovicus, & per eum, & cæteros intermedios, noster supplicans.

367 Non obstat à supplicato allegatum, quod supplicans non est directus descendens masculus ex masculis Mendi Peres, sed per feminam intermediam filiam ultimi possessoris, cum tamen institutor vocasset Mendum, & suos solos descendentes masculos ex masculis, sicque satis exclusisse supplicantem ex femina progenitum.

368 Imprimis cum supplicatus similiter solum descendat ab ipso Mendo per feminam transversalem ultimi possessoris, non possum

non mirari, cur supplicatus dicat voluisse institutorem masculos ex masculis dicti Mendi succedere debere, & non masculi ex femina illius, si ita esset, exclusus erat supplicatus, & in iudicio, non debebat audiri cum libello in iudicio, & petitione hujus maioratus.

Deinde receptissima differentia est inter casum, in quo institutor generaliter, absolute, & perpetuo exclusit aliquam personam, vel aliquod genus personarum, ut institutio nostra exclusit, & perpetuo inhabilitavit feminas, ibi: *Mando, que mulber nenham de meu linhagem, nem estranha, nunca seja herdeira na Oliveira, nem em estes herdeamentos, &c.* Et inter casum quo solum excludit respectively ad alias personas, quas prius resolvit præferre, in hoc ultimo enim casu, non est perpetua exclusio, & inhabilitatio, sed tamen temporalis prælatio concessa prius vocatis, at illis extinctis, cessat impedimentum, & cessari suo ordine succedunt, ne maioratus pereat, dummodo, qui præterdat succedere, sit alius capax, & proximior ultimo possessori de sanguine institutoris, ut in terminis tradunt *Gratian. forens. tom. 4. cap. 695. num. 17. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 17. per tot. & ibi addentes, Castilb. lib. 5. contr. cap. 143. §. unic. à princ. & passim Doctores.* Et apud me expressa est *Ord. 4. tit. 100. §. 3.* ubi ait, fore prius observandum, quod institutor ordinavit, & sic præferendos, quos ipse prius vocavit, at quia, ipsis vocatis extinctis, durat maioratus in cæteris de sanguine institutoris, posuit *Ord.* inter eos regulas succedendi, v. g. quod succedat proximior ultimo possessori, qui sit de sanguine institutoris, item, quod inter æquales in gradu præferatur masculus, quamvis junior: item declarando, quando repræsentatio admittatur, ut patet ex dicta *Ord. 4. tit. 100. in princ. & §§. seqq.* Hinc traditur à Doctoribus ad maioratum admitti suo ordine, & tempore, quemlibet de sanguine institutoris, quamvis sit in meliori gradu, ut cum pluribus tradit *Barb. ad Ord. dict. tit. 100. §. 2. num. 6.* & passim alij Doctores, plene institutio non exclusit absolute, & perpetuo masculos ex feminis progenitos, imo sæpissime illos vocavit saltem in illis tribus generalibus vocationibus descendendum trium sororum institutoris Ouzendæ, & Theresiæ Peres: igitur noster supplicans non habet exclusionem. Deinde isto quod in prima vocatione Mendi Peres vocasset tamen descendentes Mendi masculos ex masculis: & his extinctis statim prius vocasset masculos ex masculis alterius fratris Ioannis Peres, & sic simi-

ſimiliter ſuo ordine in tribus illis generalibus vocationibus deſcendentium maſculorum ex dictis tribus ſororibus : Hoc inquam nullatenus fuit ſimplex, abſoluta, & perpetua excluſio, vel inhabilitatio maſculorum deſcendentium à Mendo per ſæminam intermediam : ſed ad multum excluſio temporalis, dum durarent maſculi directe deſcendentes ex maſculis : at nos ſumus in caſu, quo nullus vivit, qui ſit maſculus deſcendens ex maſculis prædicti Mendi, alteriusve fratris Ioannis Peres, vel trium illarum ſororum inſtitutoris: ergo noſter ſupplicans uti maſculus directus deſcendens à Mendo, & ab ultimo poſſeſſore, quamvis per ſæminam intermediam, non ſolum in noſtro caſu non eſt excluſus, imo admiſſus cenſetur, ſicque evanuit allegatum contra eum.

370 Ad aliud fundamentum, quod ſicut inſtitutor poſt deſcendentes Mendi maſculos ex maſculis, voluit deſcendentes maſculos ſuarum ſororum Ouzendæ, Mariæ, & Thereſiæ Peres, & nullus maſculus ex eis ſit, ita hæc vocatio accommodari debet in ſupplicato illuſtriſſimo Chriſtophoro de Almada uti maſculo filio ſororis ultimi poſſeſſoris ex illa receptiore Doctorem ſententia, quod ordo datus in primis vocationibus cenſetur repetitus in ſequentibus.

371 Reſpondetur ſupplicatum non eſſe deſcendentem ab ulla ex tribus illis nominatis ſororibus inſtitutoris, nec ab ulla alia ſore ipſius inſtitutoris, ut dicat, quod ſicut inſtitutor voluit maſculos deſcendentes ab illis ſuis tribus ſororibus : ita in defectum illorum voluiſſe maſculum deſcendentem ex alia ſore ipſius inſtitutoris.

372 Similiter nullus maſculus deſcendens à Mendo, & ab ultimo poſſeſſore per ſæminam extaret, tunc bene diceret ſupplicatus, fore admittendum uti maſculum ex ſore ultimi poſſeſſoris, at in noſtro caſu adest ſupplicans maſculus, legitimus deſcendens à Mendo, & ab ultimo poſſeſſore ejus avo, & proximiore, & nullus vivit maſculus deſcendens ex tribus ſororibus inſtitutoris, qui eum excludere intendat, quis ergo, quæſo, ipſum ſupplicantem regeneravit, vel reproduxiſſe in verum filium maſculum ex ſore inſtitutoris, ut uti talis prætendat excludere ſupplicantem nepotem ultimi poſſeſſoris, habeatur, & fingatur uti genitus à ſuamet inſtitutoris ſore. Si hoc merum mendacium eſt, & mera fictio, quis abſque expreſſa inſtitutoris, vel legis diſpoſitione talem fictionem, vel mendacium introducere voluit in præjudicium tertij, noſtri, ſcilicet, ſupplicantis maſculi deſcendentis, & proximioris

ultimi poſſeſſoris, contra receptas juris, & Doctorem traditiones, de quibus in *L. ſi forte §. bi: Veritatem enim ſpectamus, non quod quis finxit ff. Caſtreſ. pecul. L. denique 19. ff. ex quibus cauſis juncta regula L. 2. §. merito ff. ne quid in loco publico cum ſimilibus, ubi gloſſ. & ſcribentes, & in terminis Carrança de partu cap. 2. §. 4. num. 10. Giurb. in ſtatutis meſſan. p. 1. cap. 1. gloſſ. 4. num. 8. Valenzuel. conf. 23. à nam. 77. & paſſim alij Doctores.*

Deinde illa traditio: Ordo datus in primis vocationibus cenſetur repetitus in ſequentibus, fundatur in verifiſimili mente inſtitutoris, & in partitione rationis inter vocationem, & caſum expreſſum, & inter omiſſum ab inſtitutore: quæ veriſimilitudo, & paritas rationis deſcendunt in præſenti ſupplicato, & potius aſſiſtunt ſupplicanti: nam inſtitutor vocavit maſculos ex illis, tribus ſuis ſororibus nominatis Ouzenda, Maria, & Thereſa Peres, & nullibi expreſſit de deſcendente ſororis ultimi poſſeſſoris, ut poſſet excludere deſcendentem maſculum ab ultimo poſſeſſore, in cujus linea maioratus fuit intruncatus, ut ſolum ex inſtitutione patet. Quo ſuppoſito, ſi nunc ſupplicatus propter id ipſum, quod eſt filius ſororis ultimi poſſeſſoris, & propter conjunctionem ſanguinis, quam dicta ſua mater habuit cum ultimo poſſeſſore, deducit veriſimilem mentem inſtitutoris: cur veriſimiliorem non deducit ſupplicans maſculus legitimus nepos, proximior, & de actuali linea ejusdem ultimi poſſeſſoris, juvante etiam ad ipſum illo.

Propter quod unumquodque tale, & illud magis tale: & illo maior natus vincit minorem, &c. Iuncto quod ſi ſupplicatus non haberet illud eſſendi filium ſororis ultimi poſſeſſoris, alia via maioratum prætere non poterat, ut non dubitatur, veriſimilius ergo credendum eſt de Archiepiſcopo inſtitutore, voluiſſe in noſtro caſu ab eo non expreſſo, ſe conformare cum ordinaria juris, & maioratus natura, & diſpoſitione, ſecundum quas deſcendens proximior ultimi poſſeſſoris præfertur, nec de ſua linea fit tranſitus ad aliam, ut ſupra jam notavimus, nec ſupplicatus eſt deſcendens inſtitutoris, ut pro ſe allegare valeat deciſionem *L. cum avus ff. cond. & demonſtr. cum ſimilibus.* Igitur ſupplicans, vel ille Dominus Ludovicus à Menezes legitimus eſt, vel fuit ſucceſſor hujus maioratus.

Quare reſecatis ſuperfluis ad aliud recurrit fundamentum, nempe, quod ille originarius poſthumus Dominus Ludovicus à Menezes tempore mortis ultimi poſſeſſoris

373

374

375

ejus

ejus avi erat in utero matris, & quod ipsa institutio vocat conditionaliter tempore mortis dicti ultimi possessoris descendente masculum, legitimum, laicum, baronem cum repetitis verbis: *A sua morte filio primeiro, lidimo, leigo, & barom.* Quæ verba, & qualitates illarum videntur excludere in utero existentem, & requirere jam realiter natum in confirmationem hujusmodi: plura videntur ponderat doctus supplicati Patronus, & sapientissimi Senatores, qui pro eo sententiam protulere.

376 At salva eorum autoritate, jam anno præterito, quando hic processus ad aliud intentum, ad nostras pervenit manus, & nunc iterum, & multoties tota ipsa institutione considerata, & alijs pro supplicante adductis, non potuit acquiescere placito, & sententiæ ipsorum Senatorum: Imo secundum juris veritatem potius credo confirmandam debere sententiam Præsidis Curialis pro supplicante prolatam, ut & iuste placuit meritis Senatori, ac Collegæ in sua deliberatione, sed quia in enervanda hac difficultate existentia in utero, totus, ut puto, vertitur cardo hujus contentionsis, & quamvis super ea tot utrinque erudite sint collecta, ut non de novo dicendi, sed eligendi videatur locus, tamen, ut magis, quod sentiam, declarem, præsuppono sequentia.

377 Primo, quando in casu occurrenti non ostenditur Lex, stylus, aut consuetudo nostri Regni, tenemur in materia nutritiva peccati judicare secundum sacros Canones omittis legibus imperialibus juris communis: ubi vero materia non fuerit nutritiva peccati secundum ipsas leges imperiales ob solam bonam rationem, in qua niti solent, ut totum clarius præscripsit *Ord. 3. tit. 64.*

378 Secundo, ille Dominus Ludovicus à Menezes tempore mortis ultimi possessoris ejus avi, erat in utero conceptus jam à mensibus quatuor, & dimidio, & extabat animatus, ut non dubitatur.

379 Tertio, ipse Ludovicus sic in utero animatus vere, & legaliter erat, & dici debebat, filius, homo, legitimus, laicus, & baro, seu masculus, ut clarius infra sigilatim demonstrabitur.

380 Quarto, ipse sic in utero animatus, secundum gravissimos Auctores, poterat ante partum, signis, vel conjecturis cognosci, an esset masculus, pro quo doctus supplicantis patronus refert autoritatem *Ancharrani*, & aliorum, quibus adjicies *Valenz. conf. 198. num. 91. melius Carranç. de part. cap. 1. §. 2. n. 38.* ubi ad hoc ipsum refert *Aristotel.* & *Valesium.*

Quinto, ad minus interim, & in dubio est 381 præsumendum, quod sit masculus, vel quod utilius sit ipsi sic in utero existenti, ut in terminis tradit videndus *Az. ved. L. 8. lib. 5. tit. 7. num. 8. novæ recopilationis, Giurb. de feud. cap. 118. §. 2. gloss. 12. num. 57. vers. quæ sententia, ibi: Sed quod femina nascatur, expectandus non est tristis eventus, & adversæ fortunæ casus, L. inter stipulantem 83. §. sacram ff. verbor. Castil. lib. 3. contr. cap. 19. num. 207. ibi: In dubio extat, Valenzuel. dict. conf. 198. num. 91. juncto bono textu in L. 1. §. sed & si incertum sit ff. ventre in possessionem mittendo, & junctis generalibus regulis, L. qui in utero 7. & 26. ff. statu homin. L. antiqui 3. ff. si pars heredit. pet. cum similibus, in quibus antiqui prudentes semper infimilibus voluerunt prospicere libero ventri, &c. Iterum videndus *Azevedo* supra, ubi iudicatum refert, imo aliquando favorabilior est causa partus in utero existentis, quam pueri, quam nati, ut ex dict. L. 1. §. & generaliter ff. illo tit. de ventre in possess. cum alijs, & gloss. *Bart. Gratian. Carranç.* & alijs tradit *Valenzuel. dict. conf. 198. n. 88.**

Sexto, attenda amplissima facultate testatoribus data per *L. 12. tabul. ibi: Ut quisque legasset suæ rei, ita jus esto, liceat posthumo quoque alieno legare, & fideicommittere, &c.* Et quamvis per mediam jurisprudentiam, seu juxta Iurisconsultos *Stoycos*, seu *Stoicæ* sapientiæ sectatores, qui ipsum in utero existentem parum, aut nihil (minus bene, ut infra) reputabant hoc ipsum alteratum esse: tamen *Imperator Iustinianus*, & hoc emendavit, & tam institui, quam & legari posthumo alieno statuit, ut notant omnes per text. in §. posthumo quoque alieno, & §. posthumus autem alienus inst. de legat. principium inst. de bonorum possess. L. filiusfamil. 16. ibi posthumus ff. testament. bene cū alijs videndus *Carranç. de part. cap. 2. §. 1. à num. 263. usque 266.*

Septimo, ante *Iustinianum*, & magis post 383 eum supra proxime, ipse in utero existens reputabatur natus, vel cum prærogativa nati, ut non immerito edocet *Mising.* videndus in §. cum autem num. 5. inst. de rust. in omnibus sibi utilibus, quæ integra in tempus nascendi ei reservabantur, ut absque discrepantia notant Doctores per *L. qui in utero 7. & 26. ff. stat. homin. L. antiqui 3. ff. si pars heredit. L. quod diximus 231. ff. verbor. significat. L. cum inter 14. Cod. fideic. libert. cum similibus, & solum est conditio inhærens, quod vivus nascatur, juxta *L. is cui 18. in fin. ff. quando dies legat. cum similibus,* de quibus cum *Accurs. Balduin. Pinel.* & alios notat*

notat Carrançã ſupra dict. cap. 2. §. 4. n. 49. & paſſim alij Doctores: ratio dicta hieſionis, vel prærogativæ nati, traditur ab eodem Carranç. dict. §. 4. n. 13.

384 Octavo, hæc ipſa prærogativa nati quoad utilia habet locum etiam, ut ſuccedat poſthumus in univerſo Regno, ſitque Rex illius excluſis cæteris, quos excluderet, ſi mortuo Rege natus eſſet, ut in terminis tradunt cum Gregor. Lop. & Giurb. in ſtatut. Meſſan. p. 1. cap. 1. gloſſ. 4. num. 86. optime cum varijs exemplis Valenzuel. dict. conſ. 198. n. 89. cum ſeqq. Vbi obſervarunt ipſi Regi adſtrac in utero exiſtenti, juramentum, & homagium præſtandum: imo, & coronam ventri ſuille impoſitam, & quod magis eſt, & ad noſtrum caſum valde notabile, idem Valenz. ſupra num. 9. ex planibus notat idem eſſe, quamvis ad Regnum ſolus maſculus vocetur, & fœmina excludatur, ut apud Francoſ. & Perſas idem Valenz. n. 99.

385 Nono, ipſa prærogativa nati, & regul. dict. L. qui in utero cum ſimilibus, habet locum, non ſolum in ſucceſſionibus legitimis abinteſtato, ſed & in diſpoſitionibus teſtamentarijs, v. g. fideiſcommiſſis, & ſimilibus, ut eſt expreſſa ſententia Accurf. in dict. L. qui in utero 26. verbo legitimæ, ibi: Idem eſt de teſtamentarijs, ut inſt. de bonor. poſſeſſ. in princ. & ff. de teſtament. L. filiusfamilias 6. §. poſthumus, quibus tamen adſtange L. fin. ff. ventre inſpiciendo, L. Neratius 7. ff. man. teſtam. L. is cui 18. ff. quando dies legat cedat cum ſimilibus, tradunt, & ſequuntur id ipſum cum alijs Peregr. de fideiſcommiſſ. ar. 22. num. 72. Fuſar. de ſubſt. q. 2. 18. num. 35. & ſimiliter referendo Molin. Mantic. Intergril. Petr. de fideiſc. & alios noſter Aug. Barboſ. tract. de verbis appellativis verbo filius num. 10. & 11. Et hoc ipſum tenent Doctores, qui poſthumum admittunt ad ſuccedendum in maioratu, & in teſtamento, & ſimilibus inſtitutio, de quibus infra, & cum ſit opinio Accurf. juribus, & Doctores ſtabilita, ſine dubio ut Lex apud nos ſervanda eſt propter Ord. 3. tit. 64. §. 1. & adeo conceptus admittitur in fideiſcommiſſis, & ſimilibus, ut fore admittendum, quamvis teſtator hoc modo vocaſſet filios procreatos, ex alijs Doctores reſolvit Fuſar. dict. q. 318. n. 50. juncto n. 55.

386 Decimo, magis accedendo ad noſtrum caſum, dict. regul. L. qui in utero cum ſimilibus habet locum in ſucceſſione maioratus, taliter, quod in hoc Regno contrarium judicari nequeat, niſi inſtitutor clare contrarium diſpoſuerit (tunc ſuccedet alia Ord. 4. tit. 100. §. 3. ibi: Porque o que elle diſpuzer ſe compri-

ra) & ſupra dictum patet, quia non ſolum regula dict. L. qui in utero cum ſimilibus invenitur generalis, ſed Accurf. ut ibi proxime, eam intellexit in diſpoſitionibus teſtamentarijs, & noſtra Ord. dict. lib. 3. tit. 64. §. 1. ſubſeque judicare ſecundum opinionem Accurf. quando non invenitur communiter reprobatis per moderniores Doctores, & lectis ipſiſmet Doctores non reprobant Accurf. imo eum admittunt in ſucceſſione maioratus, ut cum pluribus recognoſcunt meritiſſimi Senatores in ſuis deliberationibus huius proceſſus, & nos ſtatim multos referemus, & quotidiana iudiciorum praxis teſtatur.

387 Hiſpani in ſuo Regno Caſtellæ, in quo viget Lex 45. Tauri transferens ipſo jure poſſeſſionem maioratus mortuo ultimo poſſeſſore in ſequentem legitimam ſucceſſorem, quod & translata cenſetur in ventrem, ſeu in utero exiſtente, inquam, ſi vere jam natus eſſet uti legitimam ſucceſſorem transferetur, ut in terminis reſolvant Mier. de maiorat. p. 3. q. 2. Greg. Lop. lib. 3. tit. 23. part. 4. gloſſ. 1. Molin. de primog. lib. 3. cap. 12. n. 24. & ibi ejus additionatore, num. 15. Molin. de juſt. tract. diſput 626. num. 4. Caſtilib. lib. 3. controverſi. cap. 19. num. 207. Azaved. L. 8. lib. 5. num. 7. & 8. noſtra recopilat. Avenaño reſponſ. vel conſ. 28. Paz. de tenuta tract. 2. cap. 68. n. 18. Tiraq. & alij cum quibus Carrançã de parit. cap. 2. §. 4. n. 41. & 51. Giurb. in ſtat. meſſan. p. 1. cap. 1. gloſſ. 4. num. 84. melius in tract. de feudis cap. 118. §. 2. gloſſ. 12. num. 57. ubi & pro hoc referunt Gutierrez. Lar. Anton. Fab. & alios Villa Diego in ſua politica tit. forma de libel. 11. num. 160. Narbona, & alij, cum quibus Olea de ceſſ. jur. tit. 3. q. 4. num. 26. Valenz. conſ. 96. Vbi clare ſentit, vel reſolvit poſthumum ſuccedere in maioratu, ad quem ſoli maſculi vocantur, & ſolum quantum ad translationem poſſeſſionis ait, quod prius examine- tur, an mulier vere prægnans ſit, ut in ventre translata declaretur juxta L. 1. ff. ventre inſpiciendo, idem Valenz. conſ. 198. n. 106. & 116. Imo (quod multum notabile eſt ad noſtrum caſum) quando Doctores ſtatim referendi reſolvant poſthumum ſuccedere in maioratu, & poſſeſſionem in eum cenſeri translata, quamvis à ſucceſſione maioratus fœmina excludatur, & ſolus maſculus vocetur, & ſolum gravant, quod ex parte ventris detur interim cautio reſtituendi fructus interim perceptos, ſi poſtea maſculus non naſcatur, & Valenzuel. ſupra ſolum cum alijs ſentit fore prius examinandum, an vere prægnans ſit, ne caviloſe nomine ventris,

detineatur possessio, & prædictum successio-
nis posthumi, & translationis possessionis, in
hoc ipso casu, quando solus masculus voca-
tur, resolvunt, quamvis in contrarium in-
stet sequens jam natus, agnatus, masculus, ut
satis resolvunt *Mier. Castilb. Villa Diego su-
pra, Giurb. de feud. supra dict. §. 2. gloss. 12. n.
57. Carrança supra dict. num. 51. Valenzuel.
supra, Avend. & alij, cum quibus Olea supra,
Azevedo supra, ubi iudicatum in magna cau-
sa ait, & idem refert Giurb. supra proxime,
ubi & Gutierr. & alios citat. Nec iuste quis-
quam arguet prædictos Doctores affirmare
in ventrem, vel posthumum transferri pos-
sessionem virtute dict. L. 45. Tauri, quia in
vocationibus legis, & in utero conceptus ad-
mittitur, quamvis solus masculus ad succes-
sionem maioratus ab institutore vocetur, ex
hoc tamen non collegi sentire ipsos Do-
ctores, succedere posthumum in prædicto
maioratu, ubi similis Lex non datur, prout
non datur in nostro Regno, ut alias visus
fuit distinguere eruditissimus Senator inter
vocationes legis, vel institutoris in delibera-
tione fol. 1020.*

388 Nam quod primo supponunt, & sua men-
te resolvunt prædicti Doctores, est, quod in
tali maioratu est legitimus successor ipse in
utero conceptus, qua legitimitate successo-
ris præcognita, & præhabita; tunc subin-
travit particularis illius Regni Castellæ, &
L. 45. dispositio, quæ Lex circa legitimum
successorem præsupponendo ipsummet le-
gitimum, solum de novo addit translatio-
nem possessionis in eum ipso jure, ut sunt
clara verba dict. L. 45. Tauri relata à Gom.
ibi: *En el sequente en grado, que segun la
disposicion del mayorazgo deviere suceder en
el, &c.* Et singulis Doctores consideratis,
qui de prædicta Leg. 45. agunt, illum
successorem, in quo habere locum resolvunt,
prius, uti necessarium antecedens, esse legiti-
mum, & qui alias succedit in maioratu, vo-
lant, & resolvunt, qui enim vult consequens,
& necessarium eius, antecedens velle vide-
tur, *L. ad rem mobilem, L. ad rem legatam
ff. procuratorib. cum vulgaribus*: sit ergo, ip-
sos, & alios Doctores tenere, succedere in
utero conceptum, quamvis institutor à suc-
cessione exclusisset feminas, & solos vo-
luisset masculos, & multo magis tenerent in
nostro casu, ubi ille nepos Ludovicus ulti-
mi possessoris, jam erat animatus, & sic ho-
mo, legitimus, laicus, baro, vel masculus, ut
jam supra, & clarius infra.

389 Quod autem non noceat posthumo, ut
succeedat, quod institutor vocet masculum, &
ex sequentibus ostenditur.

Nam imprimis non invenitur Doctor ple-
næ autoritatis excludens posthumum ex
eo solo, quod institutio, non feminas, sed
masculos vocat, per contrarium tenent tres
proxime relati Doctores, qui magnæ sunt
autoritatis, & non solum legitimum suc-
cessorem sentiunt, sed & in eum translata
censeri possessionem, cum alias in ordinaria
illius acquisitione, animus, & corpus, ex par-
te acquirentis desideretur.

Secundo, considerata generali dispositione
dict. L. qui in utero cum similibus indistincte
loquuntur, nulla facta differentia, quando
vocantur feminæ, vel soli masculi, imo ma-
gis procedunt, quando solus masculus ad-
mittebatur, nam loquuntur de legitimis hæ-
reditatibus, ad quas saltem ex L. 12. tabular.
soli agnati vocabantur, &c. & Accurs. citare
prædictam L. qui in utero dispositionem,
qualiter intellexit in testatoris dispositio-
nibus, & est à Doctores approbatus, & ita se-
cundum eum in hoc Regno iudicandum
juxta Ord. 3. tit. 64. §. 1. ergo potius succe-
dunt regulæ, ubi Lex non distinguit, nec nos
distinguere debemus. Lex generaliter lo-
quens, generaliter debet intelligi, *L. non di-
stinguemus 32. ff. receptis arbitris, L. de pre-
tio ff. publiciana actione*, maxime quando
nulla concludens ratio differentie appareat,
quod sufficit, ut non removeatur posthu-
mus, ex eo quod soli masculi vocantur, *L. il-
lud 31. alias 32. ff. ad Leg. Aquil. cum simi-
libus.*

Tertio, in omnibus fere maioratibus, vel
expresse institutores vocant, & præferunt
masculos, vel quamvis omittant, ad ipsum
intelligitur, quamvis in æquali gradu mascu-
lus sit junior juxta Ord. 4. tit. 100. §. 1. &
tamen illa communissima Doctorum senten-
tia, & praxis regulariter, & generaliter ad-
mittit posthumum ad maioratum, ergo vel
talis Doctorum sententia erat reprobanda,
quod esse non poterat propter Ord. dict. lib.
3. tit. 64. §. 1. jubentem sequi opinionem
Accurs. vel æqualiter admittenda, quamvis
institutor solos masculos velit successores:
nec perturbat, quod interim ignoramus, an
in utero sit masculus, nam ultra quod, ut su-
pra notavimus num. 16. quod vel signis cog-
nosci ante partum potest, vel ad minus inte-
rim præsumendum est, quod est masculus,
vel quod ipsi in utero existenti utilius fue-
rit. Deinde si per contrarium solæ feminæ
ab institutore vocentur, utique excludere-
tur in utero conceptus, cum interim incer-
tum etiam sit, an femina nascatur (cum, &
in dubio præsumatur masculus, ut supra)
plene non vidimus Doctores, ullamve sen-
tentiam

tentiam iudicalem, quæ tali casu poſthumum excludat, igitur nec excludi debet poſthumus mafculus, & ſi utroque casu utrique excluduntur, nimis reſtrieta ſit regula generalis *dict. L. qui in utero*, & indiftincta opinio Doctorum, & *Accurf.* eam ad diſpoſitionem neceſſariam ampliant. Nec ſatisfacit, quod poterit verificari, quando nec ſolus mafculus, nec ſola fæmina vocantur, ſed quilibet, vel ſit mafculus, aut fæmina, quaſi tunc non ſit conſiderabilis noſtra incertitudo, an in utero exiſtens ſit mafculus, vel fæmina, cum quilibet naſcatur, ſuccedendi capax ſit. Nam & tunc illud ſtatim repræſentatur inconueniens, v.g. ſi jam nata ſit filia, & poſtea matre prægnante, pater, vel poſſeſſor maioratus decedat, utique hoc caſu filius mafculus in utero excludetur, cum ejus ſoror dicere aduerſus eum poſſet, non ſumus in caſu, quo ego ſenior fæmina per ſolum fratrem mafculum excludi poſſum: plane admittere tales ineptas diſtinctiones eſſet occaſionare abſurda, innovare lites, & vel planam, & indiftinctam regulam *dict. L. qui in utero*, & receptas Doctorum ſententias, igitur, &c. Præterea, ſi illa conſiderata incertitudo apud nos, an mafculus, vel fæmina naſceretur, noceret poſthumo, vel poſthumæ, utique, & in ma oratu, quo mafculus, vel fæmina ſuccedere poſſunt, alia verſatur incertitudo ipſius in utero exiſtentis, an naſcatur, & an naſcatur monſtrum, &c. & ſic omnino excludebatur facultas ſuccedendi in utero conceptus, ut eruditè in terminis notat videndus *Azevedo dict. L. 8. lib. 5. tit. 7. num. 8. novæ recopilat.* & cum alijs iudicatum refert. Ulterius, quando ultimus hujus maioratus poſſeſſor deceſſit, incertitudo conſiderata, an Dominus Ludovicus ejus nepos in utero tunc exiſtens, eſſet mafculus, vel fæminæ, non erat incertitudo omnimoda, ſed tamen quoad nos, qui per ſigna, vel indicia penetrare non voluiſſemus, an mafculus, vel fæmina eſſet. Similis autem incertitudo, tamen quoad nos, & quæ omnimoda non eſt, non nocet, ut in terminis, & magno maioratu iudicatum refert *Azevedo ſupra proxime.* Accedit, quod attenda rei veritate, prædictus Dominus Ludovicus, quando ejus avus diem clauſit extremum, jam erat animatus, uti à menſibus quatuor, & dimidio conceptus, & ita jam extabat, & dici poterat filius, homo, legitimus, laicus, baro, vel mafculus, ut liquido ſubſequuta nativitas detegit, & ſupra notalli, & infra clarius demonſtratur, & ſic, tamen, quoad nos verſabatur incertitudo, planè talis incertitudo ſecundum jus non nocet cum rei veri-

Pars II.

tas attendatur, *L. cum ad præſens 37. cum ſeqq. ff. ſi certum petatur §. conditiones, quæ ad præſens inſt. verbor. cum ſimilibus*, notat in terminis noſtris *Azevedo ſupra dict. n. 8.* nec contemni debet exemplum relatum à ſupplicantis patrono in hæc ſupplicatione fol. 29. ex *Mieres* ibi relato, quando v.g. mortuo ultimo poſſeſſore, immediatus ſucceſſor in veritate vivit, nos vero, quia in die, vel fine mundi eſt, ignoramus, poteritne dici noſtram incertitudinem ei nocere, quo minus, ſi poſtea appareat, admittatur, minime quidem: igitur & admitti debebat Dominus Ludovicus, quem jam talem fuiſſe nativitas detegit. Corroboratur, quia magis nocet difficultas, vel impoſſibilitas in contractibus, quam in ultimis voluntatibus, cum hæc rejecta impoſſibilitate ſuſtineantur, contractus vero corruant, *L. non ſolum 30. ff. actionib. & obligat. L. obtinuit 3. ff. conditionib. & demonſtr. cum ſimilibus*, notat in terminis maioratus *Molin. de primog. lib. 2. cap. 12. num. 34. Molin. de juſt. diſput. 206. & 611. num. 2.* Et paſſim alij, & tamen ſi partes conveniant ſub conditione de præterito, vel præſenti, ab eis penitus ignorata, & de facto ſaltem impoſſibilis, quod ſtatim ſciatur ab eis: nihilominus, ſi attenda rei veritate, vera eſt ipſa conditio, non moratur obligatio, & ſtatim ipſi contrahentes adſtringuntur juxta *dict. L. cum ad præſens dict. §. conditiones, quæ ad præſens cum ſimilibus.* Ratio eſt, quia licet inter ſe contractum facere, vel non facere, ſit quid facti, & in poteſtate contrahentium, *L. conſilio 7. ff. cura ore furioſi, L. ſicut Cod. de obligat. & actionib. cum ſimilibus*, ipſa tamen obligatio à contractu, quem celebrare volvere, reſultans eſt juris, & juxta princip. *inſt. de obligat. ibi: Obligatio eſt juris vinculum, qua neceſſitate adſtringimur, &c.* Unde cum apud jus, ipſamque legem, omnia certa ſint, quæ revera ita ſe habent, licet à nobis ignorentur, merito ipſa Lex ſtatim obligat prædictos contrahentes, quando adjecta conditio in ſe vera eſt, plane noſter maioratus non in contractu, ſed per teſtamentum inſtitutus extat à fol. 6. verſ. & quamvis in poteſtate fuit inſtitutoris, illum non ſuſtinere, vel ab ejus ſucceſſione excludere hunc, vel illum, tamen ubi conſtituit maioratum perpetuum de uno in alium, & moritur ultimus poſſeſſor, ſubintrat Lex, & ſua virtute deſert jus ſuccedendi ſequenti legitimo ſucceſſori, *Olea de ceſſ. jur. & act. tit. 3. q. 4. n. 13. ibi: Statim actu veloci legis, &c. Larrea 2. p. decif. 51. num. 32. & decif. 52. num. 6. Salgad. in labyrinth. creditor. p. 2. cap. 9. num. 6. & cap. 14. num. 15. Molin. de primog. lib. 3.*

K ij

cap.

cap. 10. num. 6. & 35. Et passim alij, ut similiter in potestate testatoris erat, non legare rem Titio, ubi tamen legavit, ipsa Lex à morte testatoris transtulit dominium rei legatae in Titium, quamvis ignorantem, *L. à Titio 66. ff. de furt. L. cum filius 79. §. surdo, & muto ff. legat. 2. cum similibus, ubi Gloss. & scribentes, Gom. 1. var. cap. 1. num. 6. vers. & cap. 12. num. 7. ubi Aylon, Pichard. in §. si eadem res num. 62. inst. de legat. Nil ergo mirum in nostro casu, quod Lex detulisset successionem hujus maioratus, mortuo ultimo possessore, illi Domino Ludovico à Menezes ejus nepoti, masculino, laico, legitimo, & proximiori, de lineaque actuali ipsius possessoris, cum attentata veritate talis tum temporis jam esset, & animatus in utero, & Lex praedicta sciret, licet à nobis ignorata, ut ultra dict. *L. cum ad praesens 37. dict. §. conditiones, quae ad praesens, cum similibus, & quae de certitudine legis scientiae cum bonis exemplis tradunt Olea tit. 3. q. 4. num. 43. Gom. L. 45. Taur. num. 111. vers. quinto. Pichard. in §. fin. num. 14. inst. de hered. qualis. Greg. Lop. lib. 3. tit. 23. part. 4. gloss. 1. Carrança de partu cap. 2. §. 1. num. 263. & passim alij. In individuo nostri casus, etiam ipsa & dicitur certa ejus, qui in utero est, antequam nascatur, ut est bonus recte ponderatus in *L. cum quidam 30. §. suum heredem ubi gloss. summarium, & alij scribentes ff. acquirend. heredit. Olea supra dict. num. 43. Unde, nec ex parte nepotis Ludovici, quando ejus avus ultimus possessor decessit, deficiebant (attentata rei veritate) qualitates desideratae in institutione, v.g. *filho, lidimo, leigo, barom*, nec ex parte legis dabatur ignorantia, vel incertitudo illarum, quo minus ipsi Ludovico jam animato in utero non detulisset successionem hujus maioratus, quam absque ulla dubitatione haberet, si jam realiter esset natus, praesertim, quando per ordinariam, & generalem regulam dict. *L. qui in utero, cum similibus, & receptam Accursij* sententiam in legalibus, & testamentarijs dispositionibus utilibus posthumo, pro nato, vel cum prerogativa nati ille habeatur, & quando noster institutor contrarium tamen disposuit in nostro casu, ut statim elucidabitur.***

392 His omnibus suppositis, & consideratis, resolvo, quantum ego intelligo, verum, & legitimum successorem hujus maioratus fuisse Dominum Ludovicum à Menezes, qui tempore mortis ultimi possessoris ejus avi, erat in utero conceptus à mensibus quatuor, & dimidio, & sic jam animatus.

393 Primo, quia Ludovicus, sic in utero conceptus, & animatus, jam erat filius, homo, le-

gitimus, laicus, baro, vel masculus, ut clarius infra. Item erat directus descendens à Mendo Peres fratre institutoris, & nepos, masculus, legitimus, descendens, & proximior ultimi possessoris ejus avi, in cujus linea maioratus fuit intruncatus, de qua possessoris linea, in aliam non fit transitus. Item erat, qui pro se verisimiliorem mentem institutoris habebat, quam supplicatus, qui erat transversalis ex sorore ultimi possessoris, & alterius lineae, in quibus terminis ex regula *Ord. 4. tit. 100. §. 2. ibi: Mais chegado ao ultimo possuidor, & c. cum similibus, & ex receptissimis juris, & Doctorum sententijs, de quibus supra à num. 4. cum seqq.* in dubio, quilibet institutor, & multo magis noster, se videtur conformare, praedictus Ludovicus erat legitimus successor nostri maioratus, ut & absque ulla dubitatione iusta, succederet, si jam natus esset, quando ultimus possessor ejus avus decessit. Praesertim, quia regulariter (ubi contrarium institutor non disposuerit) is, qui in utero est, tempore mortis ultimi possessoris, succedit in maioratu, quavis de successione illius excludatur femina, & solus masculus vocetur, cum interim, & quod sit masculus, vel quod utilius fuerit ipsi in utero existenti, praesumendum sit juxta supra tradita à n. 22. cum seqq.

Et ulterius, quia noster casus, in quo verisimur, saltem erat dubius, & uti talis iudicari debebat per ordinariam juris regulam, ut ex *L. commodissime ff. de liber. & posthum. cum similibus*, tenent absque dubio, imo vulgariter DD. Plane ordinaria regula sic ab *Accurs.* & caeteris Doctoribus intellecta, & recepta, & ob id in hoc Regno omnino sequenda propter *Ord. 3. tit. 64. in princ. & §. 1. admittit regulariter posthumum ad successionem maioratus, ut & supra notasti ad num. 22.* ergo praesens lis decidi potius debebat pro Ludovico originario posthumo, & in consequentiam ex derivato jure pro supplicante, & nullatenus pro supplicato; sufficit enim cuilibet, pro se habere regulam, dum contra eam clara, specifica, & sufficiens non ostenditur limitatio, quamvis adversarius sit alias persona multipliciter privilegiata, ut est optimus text. in *L. in fraudem 16. in fin. ibi: Quis generalis est ista determinatio, ff. de testam. militis, Accurs. Bart. Tiraq. Molin. Menoch. Cald. & plures alij, cum quibus videndus noster Aug. Barbos. in rubr. de regul. jur. lib. 6. à num. 1. cum seqq.* Vbi bene ampliat semper in dubio pro regula iudicandum, dum in contrarium clara non ostenditur limitatio, & c.

Restat, an institutio hujus maioratus ex-

preſſe, vel tacite in noſtro caſu limitaret illam regulam contra ſupplican- tem, vel Ludovicum originarium poſthumum.

398 Sed quia ad id, & ſimilia tota ipſa ſcrip- tura legenda, & conſideranda eſt, ut ex *L. Maxia 44. ibi: Totius ſcripturae ff. man. te- ſtament. & DD. notat noſter Mend. in pra- xi lib. 3. cap. 15. num. 14. juncta L. incivile 14. ibi: Niſi tota lege perſpecta, ff. de legibus cum ſimilibus.* Ego non ſemel, ſed ſæpiſſime totam noſtram inſtitutionem legi, & conſideravi, & nec tacitam, & minus expreſſam inveni limitationem, ut poſthumus noſter excluderetur. Primo, quia nulla in ea inve- niuntur verba, quibus inſtitutor expreſſiſſe, ſe noluiſſe ſuccedere in ſuo maioratu ipſos exiſtentes in utero tempore mortis ultimi poſſeſſoris, vel quod ſoli ſuccedant, qui illo tempore jam eſſent realiter nati: imo nec in ipſis multiplicatis vocationibus, & ſubſtitu- tionibus filij, nepotis, & aliorum deſcen- dentium addidit ullum verbum, *nascido, on nascidos*, ut ex hac ſaltem ſimpliciter prolata additione, *nascido, on nascidos*, deduceretur aliquod argumentum excluſionis contra exiſtentes in utero. Conſiderate, quæſo, inſtitu- tionem à fol. 6. & meretiſſimum Colle- gam, ejus verba ad intentum ponderantem in deliberatione à fol. 1033. junctis quæ do- ctus ſupplicantis patronus pro hoc ipſo tra- dit. Secundo noſter inſtitutor non fuit vul- garis homo, ſed Bracharenſis Archiepiſcopus Hiſpaniarum Primas, Princeps Eccle- ſiaſticus, juris, & æquitatis cultor, & obſer- vator, ut non dubitatur, & uti talis ma- ſciebat in utero exiſtenteſ admitti ad maio- ratum ſecundum ordinariam, & receptiſſi- mam juris, & Doctorem ſententiam, niſi in- ſtitutor clare excludat ipſos poſthumos, & tamen iterum, & ſæpiſſime lecta inſtitutione, eos non excluſit, cum facile poſſet id ipſum exprimere: ergo in utero exiſtens, non tam excluſus, quam vocatus ab ipſo inſtitutore dicendus erat, maxime quia inſtitutor, ut ex inſtitutione patet, acordatiſſimus, & vigi- lantiſſimus extitit circa omnes, & ſingulos ſucceſſores in futurum, expreſſando ſtatim plurimas vocationes, & ſubſtitutiones, tam generales, quam magis particulares. Item excluſendo generaliter omnes fæminas, & etiam filios, omneſque deſcendentes ſui pri- mi fratris Mendi Peres, quos ſuſcepit à Guimare Munis, ejus tum temporis vivæ uxoris, declarando ſimul, ſolum voluiſſe deſcendentes ejuſdem fratris Mendi Peres, quos ex alia poſtea legitima uxore ſuſcepit, & tandem alia plura prudenter, & minu- tatim diſpoſuit, quin in ulla parte inſtitutio-

Pars II.

nis addidiſſet, voluiſſe pro ſucceſſore ipſum in utero conceptum, vel ſolos voluiſſe, qui tempore mortis ultimi poſſeſſoris jam eſſent realiter nati, nec (quod magis eſt) ſimpli- citer ullum filium, nepotem, aut deſcenden- tem cum additamento, *nascido, on nascidos*, vocavit: igitur inſtitutor potius voluit in utero conceptos; præſertim, quia ipſe inſti- tutor expreſſit quinque generales vocatio- nes ſucceſſorum ad hunc maioratum. Pri- mum, illius fratris ſui Mendi Peres, & om- nium ab eo deſcendentium maſculorum ex maſculis, qui non eſſent à dicta uxore Gui- mar Munis. Secundum, generalem vocatio- nem fecit de filio, nepote, & cæteris deſcen- dentibus maſculis ex maſculis alterius fra- tris Ioannis Peres. Tertiam, quartam, & quintam ſimiles generales vocationes deſcendentium maſculorum ipſarum trium ſo- rorum Onzendæ, Mariæ, & Thereſiæ Peres, & in ipſis quinque generalibus vocationibus alias multas fecit magis particulares filij, ne- potis, vel alterius deſcendentis cujuſlibet ex dictis quinque fratribus, & ſororibus; ſed tamen in nullo ſucceſſore addidit, vel requi- ſivit, quod eſſet jam natus, ſed ſolum, & ad multum declaravit, ibi: *Filho lidimo, leigo, barom*: cur ergo excluſi à maioratu potuit Ludovicus in utero conceptus, & animatus, qui vivus, & capax natus fuit, & quem ob id ſolum, quod tum temporis in utero erat, in- ſtitutor non excluſit, & jus ipſum vocat pro legitimo ſucceſſore, & quem idem jus, eadem- que Lex non ignorabat, jam eſſe in veritate, filium, hominem, legitimum, laicum, & ba- ronem, vel maſculum, ut jam ſupra ex ſci- entia, & certitudine legis notavimus, & infra clarius.

399 Accedit, quod inſtitutor noſter habuit in- tenſionem ad naſcituſos, dum perpetuum voluit maioratum, & ſucceſſores in illo, dum futuros deſcendentes illorum quinque fra- trum, & ſororum voluit, & magis reſpectu deſcendentium fratris Mendi Peres, à quo ſolo deſcendunt noſter ſupplicans, & ſuppli- catus, nam cum illo tempore eſſet uxoratus cum Guimare Munis, declaravit, ſtatim vo- luiſſe ad hunc maioratum deſcendentes à prædicta Guimare, ſed illos, quos ipſe Men- dus poſtea ex alia uxore legitimos habuiſſet, ut patet in inſtitutione, junctisque ad inten- tum ex *Parifio, Succino, Peregr. & alijs tra- dit Fuſar. de ſubſtit. q. 318. num. 92. & 93.* Plane quando inſtitutor habuit intenſionem ad naſcituſos, facilius admittitur in utero conceptus, *Peregr. de fideicommiſſ. art. 22. à num. 72. Molin. Menoch. Inter gliol. Parif. Pe- tra, & alijs, cum quibus Auguſt. Barb. tract. de*

K iij

verb.

verb. appellativ. verbo filius num. 10. & 11. *Fusar. dict. 9. 318. num. 11. 35. & n. 50. junct. num. 55.* Adeo, ut in illa quaestione, an conceptus, & natus post mortem ultimi possessoris, & jam acquisitum maioratum ei, qui tum temporis proximior extabat, talis sic postea conceptus, & natus uti proximior possit auferre maioratum ab ipso proximo. In hac inquam quaestione ultra quod aliqui Doctores simpliciter admittunt omnes fere Doctores, quando institutor habuit intentionem ad nascituros, ut in terminis resolvit *Griuelo decis. 108. num. 2.* & novissimis decisionibus in fine tractus *Blasii Michalorij de duobus fratribus decis. 8. num. 10.* ubi refert *Peregr. dict. art. 22. à num. 73. usque 76. Surd. & alios Doctores, & judicatum, & decis. 10. num. 13. & 14.* Ubi Doctores, & est recepta limitatio in praedicta quaestione, magis ergo admitti debebat Ludovicus, qui in ipsomet tempore mortis ultimi possessoris ejus avi, & quando lex successionem deferre volebat, jam extabat in utero à mensibus quatuor, & dimidio animatus, & in veritate jam erat filius, homo, legitimus, laicus, baro, seu masculus, quæ solæ ad multum fuere qualitates desideratæ ab institutore in futuro successore, quas qualitates adfuisse illo tempore in Ludovico ipsa Lex non ignorabat, ut ex *L. cum quidam 30. §. nunc heredem ff. acquir. h. eredit.* & Doctores ibi notavimus, & in fortiori casu notat *Olea videndus de cess. jur. tit. 3. 9. 4. num. 43.* ubi ait, *Legem esse ex nunc jam certam ejus, qui concipiendus est: igitur, &c.* Et tandem facit, quod re adhuc integra, vel pendente lite super hoc maioratu, vivus, & capax natus fuit Ludovicus, & facilius debebat admitti, *Flor. ad Gam. decis. 27. num. 4. Olea de cess. jur. dict. tit. 3. 9. 4. num. 24. & 25.* Et ipsa nativitas Ludovici cum talem jam antea, quando vocavit maioratus, extare, non per fictionem retrotractivam, quam per solam declarationem quandam, vel detectionem demonstravit, ut bene in terminis notat *Giurb. ad stat. Mensan. p. 1. cap. 1. gloss. 4. num. 96.* ibi: *Cumque fictio hac declarativa sit potius, quam inductiva extremi illius habitantem non requirit, &c. text. in l. heredes palam 22. §. si quod post factum testamentum, ibi: Nihil enim tunc dat, sed datum significat, ff. de testament. l. adeo 7. §. cum quis, ibi: Cum enim grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, qua est d. regit, ff. acquir. rer. domin. cum similibus.* Ergo legitimus successor fuit Ludovicus, & nullatenus exclusus ab institutore, nec etiam tacite per

qualitates desideratas in successore, ibi: *A sua morte filio primario didimo, leigo, baronali & singulas perentramus, Valenz. cons. 29. à n. 137. cum seqq.* Ubi ex alijs Doctores bene notat, quod declaratio retrahitur ad tempus actus declarati, &c.

Quantum ad illa verba à sua morte scilicet, & pissime inventa.

Quod per ea institutor non induxisset conditionem, conatur ostendere doctus supplicantis patronus, & eruditissimus Senator in sua deliberatione, eos videt, dum exponunt ipsa verba à sua morte, propter alios respectus ibidem enumeratos fuisse per institutorem adhibita. At esto, quod conditionaliter intelligantur: ipsamet conditio habendi, vel non habendi filium tempore mortis impleto, vel defecit per existentem in utero, non solum ad succedendum in legato, vel fideicommisso juxta *L. is cui 18. ff. quando dies legat. cum similibus,* sed ut ipsa libertas inexistimabilis, & omnibus rebus favorabilior, *L. libertas 16. & 17. ff. regul. jur.* impediantur, *L. Neratius 7. ff. man. testament.* ubi & invenies illa verba *cum moriar,* quibus assimulantur illa à sua morte: nequaquam interest in dict. *L. Neratius,* non fuisse datam libertatem sub conditione habendi filium *cum moriar,* & verificatur conditio, ut impediatur in dict. *L. Neratius.* Magis ergo in utero conceptis verificabitur ad successionem maioratus sui ipsius utilis, & favorabilis, cui per jus, & receptam *Accurs.* & Doctorum sententiam omnia commoda integra ei conferrentur, ut supra, & multo magis implevit conditionem ille Ludovicus jam animatus, sicque filius homo, &c. ut infra.

Quantum ad verbum filio neto.

Negari juste nequit, in utero existentem, & jam animatum non esse, nec dici posse filium ad intentum successionis maioratus, & similitum, nam nullus apparet Doctor, qui ex hoc, quod institutor vocat pro successore filium, nepotem, &c. excludat in utero conceptum, & animatum tempore mortis ultimi possessoris: imo satis clare ex mente omnium admittitur, ut ex his patet, alias clauditur via, & impracticabilis est illa receptissima sententia, quod posthumus succedit in maioratu, quam nos observare tenemur propter *Ord. 3. d. tit. 64. §. 1.* ut jam supra non semel notavimus. Accedit, quod si intueamur juris regulas, expressa est illa, non videtur sine liberis decessisse, qui prægnantem uxorem

uxorem reliquit: item alia regula juris, intelligendus est mortis tempore fuiffe, qui in utero relictus est, *L. si quis pregnantem 148. ff. regul. jur. L. intelligendus 153. ff. verbor. signif. cum similibus.* Item alia regula, nomen filiarum, & in posthumum cedere questionis non est, *L. nomen filiarum 164. ff. verbor. significat.* hinc *Ulpian. in L. si quis filiabus 5. ff. testament. tutel. & Iulian. in §. si quis filiabus inst. quod testamento tutores dicunt, tutor datus filijs, vel filiabus, posthumus, & posthumæ datus videtur, ea statim adhibita ratione, ibi: Quia filij, vel filie appellatione, & posthumus, & posthumæ continetur, gloss. & Doctores in dictis juribus, Fab. in jurisprudent. tit. de tutel. princip. 1. illat. 36. Hinc quævis, ut jam supra, libertas inæstimabilis, & omnibus rebus favorabilior sit: tamen ita data, si filius mihi nullus sit, cum moriar, Stichus liber esto, & prægnante uxore decedat, nato posthumus impeditur libertas, *L. Neratius 7. ff. man. testament.* Item quævis conditio debeat regulariter impleri infra specifica, *L. qui heredi 44. ff. condit. & demonstr. cum similibus,* & alias existentis in utero tum reputatur natus, & superstes, ut sibi, non ut alij profit, *L. qui in utero 7. ff. stat. hom. L. quod dicimus 231. ff. verbor. significat.* Tamen si quis alicui legaverit, quandoque Titius liberos habuerit, ei 100. lego, si Titius prægnante uxore decessisset, jam intelligitur Titium legatarium impleta conditione decessisse, & legatum valere, si tamen postea posthumus natus vivus fuerit, juxta expressam *L. is cui 18. ff. quando dies legat. gloss. & scribentes, & Iulian. seu inquam Cujac. lib. 37. Digestorum Iulian. similiter conditio si sine liberis decesseris, restitue, deficit prægnante uxore relicta, si vivus postea nascatur, *L. fin. ff. ventre inspiciend. Giurb. in stat. Messan. p. 1. cap. 1. gloss. 4. num. 85.* infiniti Doctores cum quibus, & receptissima sententia *Fusar. de subst. 9. 418.* & passim alij, quibus adjunge constitutionem *Sixti 5. adversus abortivos,* quam refert *Carrança de part. cap. 16. §. unico n. 4.* ibi: *Deo servitium suæ creaturæ admittit, qui liberos prius vita privavit, quam illi à natura propriam lucem accipere, &c.* & ibi: *Eodemque tempore diro hoc flagitio privantur liberis parentes, qui generarunt vita felici, qui geniti sunt, &c.* Et tandem, vel ut ad sensum ostenditur, nam respectu patris generantis, ita ubi primum generat filium, actum perficit, ut quævis ipse pater statim decedat, jam posthumus ut nascatur, nil à patre dependeat, unde bene notat *Gam. decis. 325. n. 2.* ibi: *Quia secundum illum infirmus etiam***

ea morte, qua mortuus fuerit, generare potuit, &c. Ex his ergo fit evidens in utero relictum esse, & dici debere filiam defuncti, & de hoc dici cum filio decessisse. Neque aliquid obstat, *L. qui filiabus 17. ff. legat. 1.* ubi si quis filiabus alicujus legat, non intelligitur de posthuma sensibile, nisi in aliqua parte testamenti mentionem de ea fecerit. Nam in dicto text. non excluditur posthuma à legato, quia posthuma non sit filia, & filiarum appellatione non continetur. Imo, quia est, & continetur juxta jura. Tertio fuit argens ratio dubitandi, ibidem ratio vero decidendi, cur ibi non admittitur posthuma, processit, quia testator legando de præfenti filiabus alicujus, tum temporis existentibus, & nochi, non cõsetur legare simul posthuma ab eo incognita, ut alias in suis casibus est bonus text. in *L. si quis ita 16. §. si quis cum ignoraret ff. testament. tutel. cum similibus.* Unde bene noster *August. Barb. tract. de appellat. verb. filius num. 1.* ex alijs ait decisionem dict. *L. qui filiabus* procedere in legato de præfenti, secus in dispositione de futuro, quæ est noster maioratus abhinc trecentos annos conditus, imò non decem, & undecimum, cum pluribus Doctores resolvit conceptum in utero admitti ad fideicommissa, ut & resolvit *Fusar. dict. 9. 318. num. 35.* quævis vocentur filij procreati, *Fusar. supra num. 50. junct. num. 55.* & absque dubio, quando institutor habuit intentionem ad nascituros, ut jam supra tradidimus: igitur, &c.

Quantum ad id, an sit homo, vel animal ad intentum.

Apud Jurisconsultos Stoicos, seu Stoicæ sapientiæ sectatores, is, qui in utero, antequam nasceretur, nec verus homo, nec in rebus humanis dicebatur, præsertim in aliquibus certis casibus declaratis in iisdem legibus Jurisconsultorum jura, & Doctores tradunt eruditissimi Senatores, & doctus supplicati patronus, tamen re iterum perpensa ab illis primis I. C. & sequentibus, qui omnino negare non potuere ipsum in utero existentem, jam aliquod reale esse, & cum esset naturale genito, & vivo prævidendo insuper absurda inde resultantia, si ipse in utero existens, dum realiter, & de facto non esset natus, penitus pro nihilo haberetur: cum in omnibus sibi utilibus pro jam nato, vel cum prærogativa nati, ut erudite edocet *Misynger. videndus in dict. §. cum autem n. 5. inst. de tutel. reputarunt L. qui in utero 7. & 26. stat. hom. L. antiqui 3. ff. si pars hereditat.*

ditat. petatur, L. cum quidam 30. §. 1. ff. acquirend. heredit. cum similib. Carranç. de part. cap. 2. §. 4. à num. 2. & à num. 12. Vbi jura, & Doctores, & passim alij, nec de hoc quisquam dubitat, insuper eadem re melius perpensa à Philosophis, Medicis, & Theologis uti peritioribus in arte, ipsi affirmarunt in utero existentem jam animatum (cum essentia hominis consistat, seu componatur ex corpore, & anima) esse verum hominem cum vero corpore, & anima rationali, immortalis, & capace habendi æternam gloriam Dei optimi maximi, cujus jam vera creatura est, vel per contrarium non habendi ipsam æternam gloriam, si pro dolor, ante partum, & susceptum Baptismatis Sacramentum fiat abortus, ut referendo jura, auctoritates, & Doctores magistraliter tradit Valent. illustr. tom. 3. tract. 4. de liber. & posth. cap. 1. num. 1. 2. 9. & 10. Amaya lib. 3. observat. cap. 1. §. 2. num. 4. Imo, quod semper in consideratione esse debet, id ipsum plusquam satis declararunt Ius Canonicum, sapientissimi Patres, & Pontifices, ut in terminis fatetur idem Carranç. de partu cap. 16. §. unico num. 52. melius 53. Valent. supra dict. cap. 1. num. 1. 9. & 10. ubi referunt Cov. Mol. Faschin. & alios Doctores: Item, & loca Iuris Canonici, & juniores Summos Pontifices v. g. Sixtum 5. in sua constitutione 87. adversus abortivos transcripta per Carranç. supra dict. cap. 16. §. unico n. 4. ibi: Quis enim non detestetur tam execrandum facinus, per quod nedum corporum, sed quod gravius est, etiam animarum certa jactura sequitur, quis non gravissimis suppliciis damnet illius impunitatem, qui animam Dei imagine insignitam, pro qua redimenda Christus Dominus noster pretiosum sanguinem fudit, æternæ capacem Beatitudinis, & ad consortium Angelorum destinatam, à Beata Dei visione exclusit, Deo servitium suæ creaturæ ademittit: & ibi: Et nimis enim impudenter contra Dei voluntatem se opponit, qui, ut supra Hieronymus ait, dum natura recipit, semen receptum confovet, confotum corporat, corporatum in membra distinguit, dum inter ventris angustias Dei manus semper operatur, idemque corporis, & animæ creator est, impie despicit bonitatem Dei, qui hominem plasmavit, fecit, & voluit, & c. Item idemmet Carranç. dict. num. 4. Valent. supra dict. num. 10. referunt aliam constitutionem 8. Gregorij XIV. & Doctorum. Vnde jam hodie non videtur posse affirmari absque labe peccati, ipsum animatum in utero existentem, non esse verum hominem, cum essentia illius in corpore, & anima rationali, & immortalis, quibus jam patitur, consistat:

sicque non tam Philosophi, Medici, & Theologi, sed & Ius Canonicum, & noviores Pontificum Constitutiones, ut supra, & Carranç. supra dict. num. 53. Valent. conf. 198. numer. 87.

Ex prima Stoicorum substitutione, vel opinione in utero existentem, quamvis animatum, non esse hominem, resultavit apud illos abortum, ut ex L. si mulierem 8. ff. ad L. Corneliam de sicar. L. si quis aliquod 38. §. si quis abortionis, L. Cicero 39. ff. de penis, L. 4. ff. extraord. cognit. cum similibus, tradit ex alijs Valent. dict. cap. 1. n. 8.

Per contrarium vero ex illa secunda, certa & probata sententia Philosophorum, Medicorum, & Theologorum, imo & ipsius Iuris Canonici, & Summum Pontificem, verum jam esse hominem, resultavit homicidium esse, & pœna homicidij fore plectendum, ut bene refert, & sequitur idem Valent. videndus supra cap. 1. n. 10. Carranç. dict. cap. 16. §. unico n. 53. & 54.

Quia tamen secundum ipsam Philosophorum, Medicorum, & Theologorum, imo & Iuris Canonici, & secundum Pontificum declarationem extabat periculum peccati in affirmando hominem non esse, & homicidium non dari, & in dubijs, & in materia scrupulosa peccati, Ius Canonicum, & quod securius sit, sequendum erat, merito Accurs. Bart. & alij Doctores, & praxis judicialis ubique gentium recepta, deviarunt ab illa prima sententia Iurisconsultorum Stoicorum, & resolvère homicidium committi, pœnamque homicidij ordinariam fore irrogandam, ut in terminis referendo Accurs. Bart. Decian. P. Gregor. & Greg. Lopez. Cov. Gom. Molin. Fachin. Sanch. Solorzan. Gratian. Aug. Barb. & alios multos tradunt Carranç. supra dict. cap. 16. §. unico num. 13. & 53. Valent. iterum videndus dict. tom. 3. tract. 4. cap. 1. num. 9. Vbi bene notat, quod si Iurisconsulti Stoici existimassent animatum in utero esse jam hominem, non negarent in ejus abortu pœnam homicidij, cum iidemmet Iurisconsulti fateantur, quod si ex poculo abortionis, vel amatorio, homo, vel mulier periissent, ultimum supplicium fore imponendum, in dict. L. si quis alicui 38. §. si quis abortionis ff. de penis. Et magis in nostro Regno teneamur in judicando deviare ab illis Iurisconsultis Stoicis negantibus hominem esse, & homicidium committi, non solum quia Accurs. & Bart. & alij omnes Doctores, & praxis ubique gentium recepta se ab illis in hac parte deviarunt, sequendo in materia scrupulosa peccati Sacros Canones, & decreta juniora Pontificum, sed quia habemus

bemus ſpecialem Ord. 3. tit. 64. id ipſum nobis jubentem, & quod in hoc, & ſimilibus caſibus, ubi verſabitur periculus peccati, negligamus Leges Iuriſconſultorum, & Imperatorum, & ſolius Canonici juris diſpoſitionem amplectimur, & multo magis facere debemus in caſu, de quo contenditur, reſpectu quod inſtitutoris noſtri maioratus, cujus principale jus, non Stoicorum, & Civile, ſed Canonicum, & Summorum Pontificum, & Theologorum, cum eſſet Archiepiſcopus Bracharenſis, Hiſpaniarum Primas, ſicque Princeps Eccleſiaſticus, juris ipſius Canonici profeſſor, & cuſtos, ut nō dubitatur. Vnde ſi juxta ſupra reſoluta, etiam in materia pænali eſt reſtringenda, & vulgaria, ut homicidium ſit, & pæna illius militet, is qui in utero animatus eſt, jam verus homo intelligitur, quanto magis ad ſucceſſionem maioratus, favorabilem rem, & utilem ipſi in utero exiſtenti. Et quando apud ipſos Iuriſconſultos Stoicos in utilibus pro nato reputabatur, omniaque commoda ei in tempus naſcēdi integra reſervabantur, dict. L. qui in utero cum ſimilibus, quarum legum diſpoſitio non ſolum generalis eſt, ſed & ab Accuſ. & communiter Doctōribus intellecta in diſpoſitionibus teſtamentarijs, & ſpecialiter in ſucceſſione maioratus, taliter quod aliud in eo judicari in noſtro Regno non poſſit, ut ſupra notaſti. à num. 22. cum ſeqq. ubi nec nocet quo minus ſuccedat poſthumus, quod fæmina excludatur, & vocetur maſculus, &c.

Quantum ad illa verba, filio primeiro, lidimo, leigo, barom.

404 Suppoſito, quod in poſthumo originario, illo ſcilicet Domino Ludovico à Menezes in utero exiſtente jam animato, ex ſupra reſolutis verificabatur qualitas filij, & hominis, ſeu ei non nocebat, quo minus ſuccedere non poſſit, utique non nocet illa qualitas primeiro; nam in veritate primus, & proximus deſcendens maſculus ultimi poſſeſſoris ejus avi erat, quia ante eum nullus exſtat animatus, ut non dubitatur.

405 Similiter verificabatur, vel non nocebat illa qualitas leigo, cum qualitas laicalis naturalis omnibus ſit, & quilibet laicus naſcatur, ut non dubitatur. Item nec nocuit ultima qualitas barom, ſeu maſculus, quia attenda juris veritate, quam in hoc Regno judican-do ſequi tenemur, maxime in noſtro caſu, & reſpectu noſtri inſtitutoris, qui Archiepiſcopus, juris Canonici principaliter obſervator erat, Ludovicus tempore mortis ſui

avi jam erat, & dici debebat homo, & maſculus, nec apud jus, ipſamque legem, quæ mortuo ultimo poſſeſſore maioratus, ſua virtute quærit ſequentem legitimum ſucceſſorem, eique deſert ſucceſſionem, ignotum erat, extare jam hominem, & maſculum, cum Lex certa ſit de omnibus, quæ attenda veritate, certa ſunt, licet apud nos incerta ſit, & ignorata extant, ut ſingula ſupra probata reliquimus à num. 22. uſque 27 & num. 31. imo in individuo oſtendimus Doctōres ſentientes poſthumum ſuccedere in maioratu, quamvis ille rigorosæ agnationis ſit, & ſoli maſculi vocentur ad eum, & in Regno Caſtellæ, ubi viget particularis L. 45. Tauri in tali caſu, in talem poſthumum translata poſſeſſio dicatur, quanvis agnatus, proximus, & jam natus, repugnet, dicendo incertum eſſe, an maſculus naſcatur, & ſolum ex parte poſthumi præſtabitur cautio reſtituendi fructus interim perceptos, ſi forte maſculus non naſcatur, &c. & ex generalitate dict. L. qui in utero, intellecta generaliter per Accuſ. in diſpoſitionibus teſtamentarijs, & alijs juridicis rationibus oſtendimus non impedire, quo minus poſthumus, noſterque Ludovicus in utero animatus exiſtens, qui poſtea vivus, & capax natus fuit, ſuccedere in hoc maioratu valeret, ut ſupra ad num. 22. uſque 28.

Neque obest conſil. Surdi, nam loquitur, quando vocatio fuit de filio, vel filijs natis: at in noſtra inſtitutione, nec verbum quidem naſcido, ou naſcidos, ut expendimus ſupra.

Nec obest, quod Capycius Galeot. & alij Doctōres reſolvunt, ceſſare repræſentationem per clauſulam, ſuccedat filius maior, qui fuerit ſuperſtes tempore mortis.

Nam ultra quod plures, & magni nominis Doctōres contrarium reſolvunt, ut cum utroque Molin. Matienſ. Gutierr. Flor. de Men. & alijs Caſtilb. lib. 3. contr. cap. 19. à num. 34. Ille caſus diſſimilis valde eſt, nam filius maior, qui deceſſit, penitus jam non eſt, nec eſſe poteſt, cum mors omnia ſolvat, & ſpiritus vadens non redeat, text. in au. th. de nupt. §. deinceps collect. 4. cum ſimilibus; at in noſtro caſu Ludovicus vere jam exſtat in utero vivus, & animatus, ſicque vere erat filius, vel nepos ultimi poſſeſſoris; imo & homo, legitimus, laicus, baro, ſeu maſculus, ut ſupra, & ejus nativitas totum liquido declaravit, & deregit, & totum per relationē ad ipſam nativitatem uti ſignū inducibile certum jam erat, L. hæc venditio 7. §. hujusmodi, ibi: Magis enim ignoratur, quanti emptus ſit, quam in rei veritate incertum

406

407

tum est, ff. contrahend. empt. ubi Bart. & alij scribentes, L. certum est 6. ff. reb. credit. cum similibus, & magis certum erat apud ipsam legem, quæ est, quæ mortuo ultimo possessore, sua virtute statim querit sequentem legitimum successorem, & actu veloci ipsius legis in eum defert successionem, vel succedendi jus, ut bene jam supra notasti n. 26. & optime notat Olea de cess. jur. tit. 3. q. 4. num. 13. ibi: *Actu veloci legis, Valent. illustr. tom. 3. tract. 4. cap. 2. num. 9.* & Lex semper certa est eorum, quæ attenda veritate certa sunt, & in individuo ejus, qui in utero est, antequam nascatur, ut ex bono text. in dict. L. cum quidam 30. §. suum heredem ff. acquirend. heredit. & Doctores notarunt supra; imo quod magis est, ait Olea supra dict. q. 4. num. 43. legem ipsam certam jam esse ejus, qui nondum conceptus est, sed in posterum concipiendus.

408 Nec obest, quod admissio posthumo, successio maioratus, & dominium rerum illius esset in pendentem, vel in aere, quod foret contra juris regulas, imo absurdum.

Nam in viribus subsisteret hæc argumentatio, nullus posthumus in nullo maioratu succedere poterat, cum semper prædicta difficultas considerari poterat, hoc autem affirmare, esset absurdum, igitur, &c.

409 Deinde falsum potius videtur, successionem, vel dominium maioratus interim pendere; imo ipsa Lex, quæ certa jam erat Ludovici in utero animati, vivi, & cum cæteris qualitatibus, legitimi, laici, & baronis, vel masculi, in eum statim detulit dominium, jusve successionis maioratus, illa verba in hærente consideratione resolutiva, si vivus natus sit, prout in veritate vivus, & capax natus Ludovicus fuit, ut non dubitatur, & quando ipse posthumus aboriatur, seu non nascatur, vivus, & capax, tunc ex ipsius legis scientia, & veritate, & ex defectu prædictæ resolutivæ conditionis, talis posthumus nunquam censetur vocatus, sed ille, qui semoto posthumo tempore mortis ipsius ultimi possessoris admittendus erat, ut in terminis terminantibus figurando casum notat videndus Carrança de partu. cap. 2. §. 4. n. 51. vers. Et ego &c. & in effectu nostra responsio, ut evitetur proxima considerata difficultas, non solum stabilitur, ex decisione, & verbis text. in L. Neratius 7. ff. man. testam. L. is cui 18. in fin. ff. quando dies legat. cedat. cum similibus loquentibus de conditione resolutiva, sed in terminis ex ijs, quæ Molin. lib. 3. cap. 10. num. 35. Menoch. & alij, cum quibus decisio Rot. Rom. novissimæ post tract. Blasij Michalorij de duobus fratribus

decis. 8. num. 21. & melius decis. 10. à numer. 15. & 17. Olea videndus dict. q. 4. num. 47. ubi & Castilb. refert Valent. supra dict. tom. 3. tract. 4. cap. 2. num. 9. Unde non est in consideratione illa nominata difficultas, quod interim erat in pendentem successio, vel dominium alius, ut notavimus, omnis posthumus ab omni maioratu excludendus esset, quod est ridiculum, cum & in toto Regno succedat, &c.

Nec obest illa consideratio sapientissimi Senatoris fol. 1019. n. 32. ibi: *Præsertim quia testator expressis verbis vocavit masculum vere existentem, & illum ad oculum demonstrans, ut patet fol. 6. vers. ibi: E se aquelle filho de Men Peres ouver à sua morte filho lidimo, leigo, barom, o dito lugar de Oliveira, & outros herdamientos, como dito he, si quem a esse seu filho primeiro.* Et notanda est decisio illa, a esse, quæ latine dicitur, ipsi, quæ quidem dictio est personalissima Cald. &c. non, inquam, obest prædicta consideratio.

Nec obest decisio 148. Grivelij, cujus casus longe diversus à nostro, ibi: *An admitteretur, qui post mortem ultimi possessoris conceptus, & natus fuit: an in nostro casu, de jam concepto, & animato Ludovico, quando ejus avus decessit, & in quo, veritate juris, omnes, & singulæ qualitates desideratæ ab institutore jam militabant, ut supra ostendimus, igitur, &c.*

Nam cum institutor exclusisset filios Mendi Peres ex actuali uxore, Guimare Munis, cum qua ad præsens erat matrimonio copulatus, & dixisset, solum voluisse successores maioratus filios prædicti Mendi, quos postea ex alia legitima uxore suscepisset, ut patet fol. 6. vers. ibi: *E mando, que à morte do dito Men Peres meu irmaõ, o dito lugar da Oliveira com todos seus direitos, & com suas pertencas, & outros sim os, outros herdamientos, & possessoes, que lhe eu deixo, si quem a seu filho primeiro, lidimo, leigo, & barom. E se o ouver, que não seja filho de Guimar Munis, com quem hora he cazado esse meu irmaõ, mas de outra mulher lidima, &c.* Ut magis se declarasset, exclusisse dictos filios à Guimare Munis, & solum voluisse filios ab alia, posuit subsequenter in eodem fol. 6. vers. ibi: *E se aquelle filho de Men Peres, &c. idest filius ab alia uxore, non à Guimare Munis, non vero adhibuit prædicta verba, ut eis posthumum Ludovicum in nostro casu exclusisse videretur contra juris, & Doctorum receptas regulas, de quibus supra.*

Deinde cum noster Ludovicus jam esset tempore mortis ejus avi animatus, & sic cum

cum qualitatibus filij, hominis, legitimi, laici, baronis, vel masculi, & hanc veritatem saltem Lex, quæ delationem successione maioratus facit, certo sciret, & de jure inutilibus, qui in utero est, reputetur ut natus, vel cum prærogativa nati, tam in successione legis, quam hominis, ut est recepta sententia *Accurs.* à qua in judicando in hoc Regno discedere non valemus propter *Ord. 3. tit. 64. §. 1.* & noster institutor, non requiritur fillet in futuro successore, quod esset natus, nec ullum verbum *nascido, ou nascidos* adhibuisset, ut singula jam supra exposuimus, & fateatur idem sapientissimus Senator dict. fol. 1019. dict. n. 32. seu inquam fol. 1248. ibi: *Quia licet loquutus non sit per verbum nascido, &c.* Quid quæro deerat in ipso Ludovico, ut ei non accommodaretur sensus prædictorum verborum, ibi: *E se aquelle filho de Men Peres, & ibi: Fiquem a esse seu filho, &c.* Non ne, ut sæpissime ostendimus, Ludovicus erat jam filius, & persona cum corpore, & anima rationali, & immortalis, qui postea vivus, & capax natus fuit; ita quidem, & ita nec illud personalissimum consideratum à prædicto Domino dict. fol. 1019. n. 32. dici potest defuisse in ipso Ludovico, imò sufficienter in ejus persona tempore mortis ultimi possessoris ejus av. adfuisse. De alijs contra Ludovicum, & in consequentiam, ex derivato jure contra nostrum supplicantem adductis non curamus, quia non adstringunt, & invenies solutiones apud doctum supplicantis patronum, & meretissimum Senatorem in deliberatione.

414 Et tandem iterum dicimus, ad minus non erat noster casus, dubius, & in dubio, tenebantur Iudices judicare pro regula, & pro posthumo, quem ordinaria regula, & receptissima Doctorum sententia admittit ad maioratum. Vnde ex his omnibus revidendam sententiam puto, ut supplicans postulat. *Ulyssipone 9. de Julho de 1668. Lamprea.*

Hanc deliberationem sequutus fuit Doctor Franciscus da Cruz Freyre, qui requiescat in pace, & doctissime deliberavit, ut videri potest in processu apud eundem notarium, & ita manet justificata dicta sententia.

415 Quæ maxime habere locum debent, quando ille, qui tempore delatæ successione proximior, nondum occupavit successione, & possessionem, nec maioratum agnovit, & re adhuc integra natus, si proximior sit, illum excludit, *Fusar. de subst. q. 318. num. 100. Palma alleg. 43. num. 17. & seqq.* Vel vocavit natos, vel nascituros ex aliqua, aut aliquo, *Fachin. lib. 4. contr. cap. 88. & vide Menoch.*

conf. 413. Castilh. d. cap. 91. num. 43. 44. & 48. & Molin. de just. tom. 3. disp. 436. n. 15. Et si lite pendente super contraventione, aut successione, natus, vel conceptus sit proximior, ante sententiam finalem au succedat, vel excludat proximior tempore delatæ successione, affirmative resolvunt uterque *Molin. unus de just. disp. 634. vers. quando delatio tom. 3. alter de primog. lib. 3. cap. 10. num. 44. & ibi Lima in Add. vers. & id ipsum in natis lite pendente, & tenent alij quos Ego ipse refero forens. cap. 4. num. 103. 104. 105. 106. Olea de cess. jur. & act. tit. 3. q. 4. num. 22. & 24. & in Add. num. 4. Roxas de incomp. p. 5. cap. 2. num. 60. 61. 62. 66. & seqq. & ibi Doctiss. Aquila in add. ubi eleganter, Luca de linea legal. art. 12. num. 52. vers. 51. & num. 53. pag. 241. & num. 54. 55. & 56. vers. limitant.* Et etiam ultra eos vide *Gregor. sintagm. jur. lib. 26. cap. 16. Fusar. d. q. 328. n. 107. 115. & num. 120.* qui explicant, & declarant, & vide supra n. 194. & tenet *Castilh. lib. 5. cap. 91. num. 49. & 51. Girrb. ad stat. p. 1. gloss. 4. num. 106.* & licet loquantur DD. in casu contraventionis, idem procedit in casu mortis, ut tenet *Castilh. contr. tom. 5. cap. 91. num. 4. vers. sed si replices, & vide etiam Olea d. tit. 3. q. 4. per tot.* Et ita semper succedere debet vocatus, licet non existat tempore delatæ successione, ut consulu ad favorem Misericordie dos Fornos contra Patres Societatis Iesu Collegij Conimbricensis, in institutione facta ab Emmanuele Cabral de Figueiredo, ubi inveniebantur hæc verba: *E se em algum tempo nesta Villa ou ver Casa da Misericordia, nam havendo herdeiro legitimo, como asima digo, sera a Misericordia desta Villa herdeira, & administradora deste meu morgado.* Et cum defecisset hæres legitimus, & vocatum esset Collegium, & tempore mortis hæredis non existeret Misericordie erectio, successit d. Collegium, & postea erecta fuit domus Misericordie, resolvi anno 1677. habere jus ad reivindicanda bona relicta, ex aliquibus fundamentis, de quibus supra num. 190. & seqq. & secundum meam opinionem mota fuit lis, & audivi juxta eam judicatum fuisse, sed non vidi processum propositum apud Conservatorem Conimbricensem, & probatur ex verbis: *E se em algum tempo, quæ comprehendunt omne tempus, DD. in L. Centurio ff. vulgar. L. Iulianus ff. leg. 3. Honded. conf. 55. num. 42. Menoch. conf. 399. & tunc succedere debet superveniens, & avocare successione, ex dictis à Magon. dec. Florent. 91. num. 21. Surd. conf. 125. num. 41. & seqq. Molin. de just. disp. 634. à num. 5. cum*

alio Molin. lib. 3. cap. 10. n. 15. & 25. Thesaur. 9. 84. forens. lib. 3. num. 8. Raud. de analog. cap. 34. num. 118. Cast. d. cap. 91. num. 43. & 48. Cabrer. de metu lib. 2. cap. 9. n. 29. & seqq. Castilb. d. cap. 91. n. 48.

416 Quae dicta sunt, procedunt, non solum in concepto in vita possessoris, vel post mortem, & natum; sed etiam jam existenti in rerum natura, quia licet sciat, aut ignoret litem agitari inter alios consanguineos remotiores, potest post sententiam latam a vocare successionem à victore, cui iudicatus fuit maioratus ex allegatione suae proximitatis, & si probaverit esse proximior, & victorem esse remotior, obtinebit, non obstante sententia, ut iudicatum fuit in causa Ioannis Freyre de Mello com o Conde Pombeiro D. Pedro de Castello Branco, anno 1672. Escrivão Domingos Luis de Oliveira, aut Manoel Soares Ribeiro, & na causa de Antonio Rebello de Vasconcellos, de qua supra num. 154. & seqq. ubi etiam iudicatum, & decisum fuit non obstare praescriptionem unius lineae contra alteram, in praesudicium successorum, ut tenent etiam DD. quos Ego ipse refero in comment. ad Ord. tom. 2. ad Reg. Sen. It. Anlici §. 39. cap. 2. pag. 264. n. 79. 80. & 81. ubi iudicatum, & etiam vide tom. 9. in comment. ad rubr. tit. 33. num. 432. Ord. Regn. & etiam resolutum fuit in casibus seqq. & succedere debere proximior non obstante possessione, nec praescriptione.

417 No feito de apelação de Bartholomeu Roqueda Costa, & appellante Manoel de Siqueira Manso, Escrivão Antonio Soares de Siqueira, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos de causa civil, cujo conhecimento foi cometido a este meu Juizo por Provisão Real a ella junta, libello do A. contrariedade dos RR. a fol. 50. replicada pelo A. a que o R. nam treplicou, papeis, & inquiriçoes por huma, & outra parte, & o mais, que consta dos autos, se mostra pelo A. que desde tempo immemorial, ha mais de duzentos annos, anda annexo á familia dos Siqueiras da Villa de Proença o morgado da contenda sempre entroncado nos filhos mais velhos, cuja instituiçã, & tombo está em poder dos RR. o qual morgado encabeçando se na pessoa de Francisco de Siqueira, cazado com Anna Mansa, antigos possuidores delle, nasceraõ tres filhos legitimos, o mais velho Gaspar de Siqueira, & Sebastião de Siqueira filho segundo, & Baltesar, filho mais moço, & que morrendo sem filhos o dito filho mais velho, depois de succeder no morgado por morte de seu pay, ficara pertencendo o dito morgado a seu irmão Sebastião de Siqueira, filho segundo, de quem

fos filho de legitimo matrimonio Pedro de Siqueira, pay de Maria de Siqueira da Fonseca, mulher que foi do A. Bartholomeu Roqueda Costa, dos quaes he filho legitimo, & mais velho o A. menor Diogo de Almeyda de Siqueira, a quem pertence o morgado, como bisneto de Sebastião de Siqueira, & nam os herdeiros descendentes de Baltesar de Siqueira ultimo irmão, que sem embargo de ser mais moço, se meteo de posse do morgado, o qual por sua morte foi a seu filho Francisco de Siqueira pay do R. Manoel de Siqueira, possuindo elles o morgado da contenda com má fé, sabendo pertencia aos descendentes de Sebastião de Siqueira, & o que mais he, alheando, & dissipando os bens do morgado, & sem satisfazerse á obrigação annual das missas, contra a forma, & clausulas do testamento do instituidor, por onde se devia julgar, nam só, que os RR. eraõ indignos administradores, mas que a elles lhes nam pertence o morgado senam só ao menor Diogo, filho delle A. & de Maria de Siqueira da Fonseca, neta do segundo filho de Sebastião de Siqueira, concluindo serã os RR. condenados, a que restituão os bens do morgado, & papeis da instituiçã, & tombo, com os fructos desde a individua occupaçã, & real entrega. Por parte dos RR. se allega, & articula, que Francisco de Siqueira bisavo delle R. gozou o morgado da contenda, & por sua morte succedeo nelle Baltesar de Siqueira avo delle R. & que morto elle succedera seu filho Francisco de Siqueira, pay delle R. que o goza, & está de posse delle por falecimento do dito seu pay, pelo que carece o A. de auçã, por estar o morgado encabeçado na linha do R. por taõ repetidos, & successivos actos de successã desde tempo immemorial, sem contradiçã alguma de algum descendente, o que basta va, para se mudar a ordem da successã, por onde pede seja absoluto, & julgado ter prescripto todo o direito do morgado. O que tudo visto, & o mais dos autos, forma da Ley, & disposiçã de Direito por huma, & outra parte, & como se prove, que morto o ultimo possuidor Gaspar de Siqueira, em quem como mais velho se tinha encabeçado o morgado por direita successã, & que estando em seu segundo irmão Sebastião de Siqueira ausente fóra da Comarca, se metera de posse do morgado Baltesar de Siqueira, sem lhe pertencer, como jurã ao quarto, & septimo artigo do libello as testemunhas das inquiriçoes das Villas do Sardoal, & Monção, & na dita Villa de Proença a Nova, as testemunhas Simão Themudo Freyre, & sua mulher, & o Padre Pedro da Fonseca & Meirelles, & Margarida Mansa, sem constar o contrario de todas as inqui-

inquiriçõens, poſſuindo o dito morgado indi-
vidua, & intruzamente, contra a antiga forma
da ſucceſſãõ do dito morgado ſempre encabe-
çado nos filhos mais velhos, como jurãõ uni-
formemente as teſtemunhas; & ultimamente,
como ſe prova, que a mãy do A. menor, he filha
da Pedro de Siqueira, & eſte ſer filho legiti-
mo do dito Sebaſtião de Siqueira, como con-
cordãõ ſem duvida algumas teſtemunhas das
inquiriçõens ao ſexto artigo do libello, & ao
ſegundo da replica. Julgo, & declaro, perten-
cer o morgado da contenda ao A. menor, como
viſneto do dito Sebaſtião de Siqueira, a quem
pertencia directamente o morgado por mais ve-
lho que Balthazar de Siqueira, nem obſta a
poſſe, que o R. allega, pois ſenão prova, ter fi-
do pacifica ſem contradicção, mas antes inquie-
ta com a contradicção do litigio, que o dito Pe-
dro de Siqueira intentou contra o dito Balthe-
ſar de Siqueira, o que claramente ſe prova pe-
los teſtemunhos ao terceiro, & quarto artigo
da replica, por falta dos quaes requiſitos, jul-
ga nam dar ſe da parte do R. preſcripção, ou
poſſe immemorial, & não poder o dito morgado
encabeçar ſe no dito administrador intruzo Bal-
thazar de Siqueira, pela mãy fé, que lhes obſta-
va, pois ſe metera de poſſe, ſem mais titulo,
que por ſer auſente ſeu irmão mais velho, nem
pode, nos termos em que ſe prova, que os bens
do morgado ſe dividirão pela maliciõſa tranſ-
acção feita entre Pedro de Siqueira, & Bal-
thazar de Siqueira, conſiderar ſe ſer feito eſte
morgado tranſito para a familia do R. pois in-
da ficou parte da fazenda do morgado na fa-
milia do A. & ſõ fizera tranſito, ſe todo o
morgado paſſara vinculado, & indiviſo como
he ſua natureza ſer indiviſo, ou ſe a primei-
ra linha do A. menor eſtivera extinta, já na-
da poſſuindo do morgado, em razão do que con-
deno aos RR. a que reſtituãõ o morgado da
contenda; & os bens delle, que ſe prova poſſui-
rem ao A. com os fructos da indiviſa occupa-
ção, até real entrega, no que ſe liquidarem. E
pague outroſim as cuſtas, em que o condeno.
Castello Branco o primeiro de Julho de 1680.
Pedro Nunes Tinoco.

418 A qua ſententia fuit appellatum ad Sup-
plicationis Senatium. Ubi fuit confirmata. Ju-
dices. Quifel. Monteiro. Lopes Oliveira.
Sylva & Soufa.

Et hæc ſententia fuit fundata in delibera-
tionibus ſequentibus.

419 Quamvis ex his actis non conſtet de illa
maioratus institutione, de illo jam dubitari
non licet, cum de tempore immemoriali con-
cluderetur probetur bona tanquam vincularia
poſſideri, quando ſufficiebat, quod curſu
elapſo quadraginta annorum tranſirent de

Pars II.

ſucceſſore ad ſucceſſorem verba, quando in
iudicio diviſorio intrant, ut quidquid
à principio libera fuiſſent, vincularia iudice-
rentur per regulam text. in L. cum de benefi-
cio de præbend. lib. 6. tradunt Gam. deciſ. 215,
num. 1. Val. conſ. 111. num. 8. & conſ. 132. n. 18.
Reynof. obſerv. 22. num. 21. Pereir. de Caſtr.
deciſ. 52. num. 13. Addentes ad Molin. lib. 2.
cap. 6. uſque ad num. 53. verſ. ſuperior, Ca-
ſtilh. lib. 5. cap. 93. §. 8. n. 10.
Dicto vinculo ſuppoſito, de quo Reus, 420
nec dubitare videtur, quia quamvis indire-
cte illud fateretur fol. 63. conveniunt Acto-
res, & Rei Franciſcum de Siqueira poſſeſſo-
rem fuiſſe maioratus, & à filiis illius Seba-
ſtiano, & Balthazare ſe descendere; quis ta-
men maior fuerit, Sebaſtianus, an Balthazar,
hujus tamen proceſſus probationes nos di-
cere tenemur; quia ex illo pendet intentæ
ſucceſſionis deciſio, cum ſola primogenita li-
nea extincta ad ſecundam devolvatur maio-
ratus ſucceſſio, & tertie non fiat additus de
jure ordinatio, eleganter Paul. de Caſtr. conſ.
164. num. 5. p. 2. Alvarad. de conjectur. ment.
de ſancti lib. 2. cap. 3. §. 3. num. 45. verſ. ad-
vertendum, Molin. lib. 3. cap. 6. n. 31. Mer. 2.
p. 9. 6. num. 70. & 9. 7. num. 29. Reynof. obſerv.
23. num. 6. Caſtilh. lib. 3. cap. 15. num. 52.
Fontan. p. 1. deciſ. 34. num. 12. & 13. Et mihi
ſatis probatum videtur per teſtes fol. 43. 50.
& per primos teſtes fol. 64. & ſeq. & 66.
verſ. Sebaſtianum ſecundum filium ſenio-
rem, Balthazarem tertium juniorem dicti
Franciſci fuiſſe; quando dicere valeat, fere
omnes teſtes de auditu eſſe, quia cum testi-
ficentur de antiquo, probant Gabr. cõmun. tit.
de teſtib. concluſ. 3. num. 1. Mascard. concl.
104. num. 1. Surd. 410. num. 73. Garc. de nobi-
lit. gloſſ. 18. §. 1. Farin. q. 69. num. 125. Maxi-
me, qui de auditu vago non teſtificant, ſed
ſuis maioribus, & quando, tam ipſi teſtes,
quam illorum maiores perſonæ nobiles ſunt,
prout in præſenti inveniuntur. Et ita pro
Actore, qui à dicto Sebaſtiano filio ſecundo
legitimo descendit, maioratus ſucceſſionem
determinarem: quando Reo proficiat patris
avi, & proavi poſſeſſio ejuſdem maioratus, &
ſucceſſio, quæ cum fuerit à principio inſta
in perſona dicti Balthazaris, non illi plus ad
ſuccedendum jus præſtare poteſt, quam ipſe
proavus Balthazar à principio habuerit,
præſcriptionem immemoriam allegare ri-
diculum ſane eſt; cum certe conſtet de pri-
mo ſucceſſore inſta, & quod una linea cõ-
tra aliam in primogenijs ſucceſſionem, ſeu
ordinem ſuccedendi præſcribere poſſit mi-
nori, quam immemoriam præſcriptionem cum
Caſtilh. lib. 5. conſ. cap. 93. §. 9. Flor. ad Gam.
1. deciſ.

decis. 93. non admittimus, sicque laudamus
judicatum. Ulyssipone 10. die Maij 1681.
Sylva & Sousa.

Convenio. Lopes Oliveira.

421 Cum præcedentibus, & amantissimis So-
dalibus convenire mens mea petit, solum in
condemnatione fructuum indebitæ occupa-
tionis, usque ad realem bonorum maioratus
traditionem dubitarem, quamvis me non la-
teat, quod mala fides Actoris, seu antecesso-
ris successori noceat, idque sive res sit mo-
bilis, sive immobilis, *L. cum hæres ff. de di-
vers. & tempor. præser. L. si mala fide Cod.
comm. de usucap. §. si diutina inst. de usucap.
Panorm. cap. 2. num. 8. & cap. si diligenti n.
29. de præscript.* Et est ratio, quia hæres uni-
versalis personam defuncti repræsentat, il-
lique succedit in omnibus juribus, & oneri-
bus, eaque de causa, quasi una omnino re-
putatur persona defuncti, & hæredis, &
quia illa una possessio habuit vitiosum ini-
tium, tota possessio juris fictione vitiosa re-
putatur, agit, & defendit *Molin. de just. disp.
65. n. 4. & 6.*

422 Et moveor ex eo scilicet, quia invenio,
quod Balthasar Rei avus fuit, qui injuste, &
absque alio jure, morte ejus fratris Gaspa-
ris hujus maioratus possessoris, qui absque
filijs diem perfolvit extremum, in possessio-
nem illius maioratus intravit, ex eo tantum-
modo, scilicet, quia Sebastianus utique etiam
Actoris avus, erat absens, in illo neutiquam
bona fides considerari convenit, imo in ma-
la fide Rei avus inveniebatur, cum sciret,
quod iste maioratus sibi non competeat, in
possessionem illius intrasset, & quamvis illa-
met mala fides in ejus filium successorem, &
Rei patrem transfret, Reum jam tertium
maioratus possessorem continuavit, & crede-
re debemus non scienter de mala fide ejus
avi, continuata in patre suo, imo quod ju-
ste existimasset, se juste possidere, & ad dis-
cernendum alicujus bonam, vel malam fi-
dem, respicienda est uniuscujusque propria,
non alterius conscientia, vel opinio, *L. 1. §.
Julianus ff. de itinere, actusque privato*, quod
fit, ut is dicatur possidere bona fide, qui cre-
dit, se justè id facere, & ut dicitur, nullum
habens in corde figmentum, nec dolum, *L.
qui à quolibet ff. de contrahend. empt. L. bonæ
fidei emptor ff. verbor. signif. is vero, qui cor-
de aliud credit, quam quod dicatur, is mala
fide possidet, & contrahit, L. res bona ff. de
contrahend. empt. L. bonam fidem Cod. de act.
& obligat. & qui secum deliberans, & judi-
cans omnino credit rem ad se pertinere, is
possessor est bonæ fidei, neque non potest ve-
re à jure induci mala fides, cum in factò con-*

sistat, hoc est in conscientia mea, *L. bonæ fi-
des ff. de acquir. domin.* Ideo Reum tantum-
modo condemnare ad solutionem fructus
à tempore litis contestatæ, usque ad realem
bonorum maioratus traditionem. Ulyssipo-
ne 1. Ianij ann. 1681. Monteiro.

Quoad fructuum solutionem tertij Do- 423
mini suffragium sequor ex doctrina *text. in
L. qui in alterius ff. de regul. jur. & cap. cum
quis de regul. jur. in 6. & DD. per Menoch.
conf. 90. num. 74.* habentem, successorem bo-
nam fidem habentem, etiam si primus mala
fidei possessor fuisset, bonam fidem habere
præsumi, & cum Reus sit nepos, & tertius
possessor, hic pro se præsumptionem bonæ
fidei; quapropter eum ab condemnatione
fructuum cum tertio Domino excusarem.
Ulyssipone 6. Ianij 1681. Andrade Rua.

Cum primo, & secundo Dominis conve-
nio. Quisela.

No teito de appellação de Luis Gonçal- 424
ves de Sousa de Macedo contra Ioaõ de Ilhoa
de Vasconcellos, & sua mulher, Escrivaõ
Ioaõ de Mattos Terra, se deu a sentença se-
guinte.

*Acordaõ em Relaçãõ, &c. Vistos estes au-
tos, libello do A. Luis Gonçalves de Sousa de
Macedo, a quem assiste o Procurador da Fa-
zenda, contrariedade, & acrescentamento, &
acabamento della dos RR. Ioaõ de Ilhoa de
Vasconcellos, & sua mulher Dona Marcelina
Manoel de Aragaõ, mais artigos recebidos,
papeis, & documentos juntos, & provas por hu-
ma, & outra parte dados. Mostrase, que Dom
Iorge Manoel, teve duas filhas, a mais velha
Dona Briolanja de Aragaõ, & a segunda Do-
na Maria Manoel, que foram suas herdeiras
dos bens, que ficaraõ por sua morte na Idanha
a Nova, & em Alcochete, & em huma Liz-
ria, chamada da Condessa, ou Chichareira,
no termo da Villa da Azambuja, os quaes el-
las possuirãõ sempre por indiviso, sem fazerem
partilhas, & depois foraõ para Castella a ca-
zarem com dous irmaõs Castelhanos, Dona
Briolanja com Dom Pedro Barrantes Mal-
donado, & Dona Maria Manoel com Dom
Alonso Barrantes Maldonado, vivendo sem-
pre até suas mortes em a Villa de Alcantera,
Reyno de Castella, & possuindo sempre os di-
tos bens por indiviso, sem nunca fazerem
partilhas, & por ser mais velha a dita Dona
Briolanja, ella, & seu marido cobraãõ os
fructos dos ditos bens, & os arrendavaõ, con-
fessando, que ametade delles, eraõ da dita sua
irmaã Dona Maria Manoel, como largamen-
te se declara na certidaõ offercida pelo R.
no artigo segundo da treplica fol. 170. vers. &
o artigo 11. fol. 178. vers. & seguinte, por fa-
lecer*

lecer primeiro a dita Dona Briolanja sem filhos, dispoz da sua ametade, na forma de seu testamento a fol. 247. da qual aqui se nam trata, & falecendo depois a dita Dona Maria Manoel, & ficando della, & seu marido cinco filhos, tres machos, Dom Affonso, D. Iorge, & Dom Pedro Barrantes, & duas femeas Dona Isabel de Aragaõ, & Dona Maria Manoel, dispondo em seu testamento a fol. 287. que vay copiado a fol. 200. instituiu todos os seus filhos em suas legitimas, & do terceiro, & quinto instituiu conforme as Leys de Castella morgado, que tomou nos ditos bens da Idanha, & na Lizria da Chibareira, aie onde abrangesse, & chamou em primeiro lugar ao filho mais velho Dom Affonso, & em segundo a seu filho Dom Iorge, & em terceiro a Dom Pedro, & em falta dos machos a sua filha Dona Maria Manoel, & em ultimo lugar a filha Dona Isabel, que he a mãy da R. Dona Marcelina Manoel de Aragaõ, & se mostra, que todos estes filhos machos os primeiros D. Affonso, & Dom Iorge foram a Indias de Castella com seu pay D. Alonso Barrantes Maldonado, onde faleceo, & dos filhos senão sabe rova certa, & se tem por mortos, com o que ficou succedendo na casa, & morgado Dom Pedro Barrantes de Aragaõ, o qual cazou com Dona Ioanna de Suniga, & deste matrimonio teve hum filho, que he vivo, de idade de treze para quatorze annos, & assiste na Villa de Madrid, & que a outra filha Dona Maria Manoel cazou com Francisco Barrantes Maldonado seu parente, do qual matrimonio nascerão quatro filhos, dous machos, hum chamado Dom Pedro Barrantes, que se ausentou por hum a pendencia, que teve em Alcantera, & se nam sabe delle, & outro chamado D. Alonso, que depois veyo a falecer sem filhos, & duas femcas, huma Dona Maria, & outra D. Patreilla, que estão no Convento das Comendadeiras da dita Villa de Alcantera, & que tratando se de se fazer partilhas destes bens, por nelles terem suas partes Castelhanos, denunciou dellas Dona Isabel de Tavora, & o dito Senhor lhe fez merce dellas, & fructos, que lhe tocassẽ, na forma das ordens do dito Senhor, assim das que ella possuia, como das que se achassẽ em poder de terceiro, tiradas por demanda, na forma das ditas, como se vé do Alvará fol. 140. por falecer sem lograr a dita merce, & de pouca idade, fez o dito Senhor a mesma merce, na mesma forma ao A. como se vé do Alvará a fol. 24. em razão do que deu contra os RR. o libello, em que lhe pede lhes dem a parte, que pertence dos ditos bens aos Castelhanos, & seus fructos. E por parte dos RR. se mostra, que ella he filha legítima

de Dona Isabel de Aragaõ, que foi filha dos ditos Dona Maria Martel, & Dom Affonso Barrantes Maldonado, a qual veyo a cazar neste Reyno com Ioão Pessoa de Aragaõ, seu primo, conforme o testamento da dita Dona Briolanja, que lhe dotou em morgado a sua parte, & que fazendo o dito Senhor merce da Lizria da Condessa, ou da Chibareira a Dona Antonia de Mendonça, mulher de Pedro de Mendonça Furtado, para effeito de se pagar de humas sentenças, que tinha contra Pedro Barrantes, como parece do Alvará a fol. 174. vers. a dita Dona Isabel de Aragaõ, mãy della R. & ouvera a seu favor as sentenças fol. 157. vers. & fol. 181. vers. em que se lhe julgou toda, assim pela ametade, que tocava a dita Dona Briolanja, como dotada, como pela outra, que tocava a sua mãy Dona Maria Manoel, como sua herdeira, & que a dita Dona Isabel possuira estes bens em sua vida por este titulo, & por sua morte sua filha Dona Ioanna de Aragaõ Manoel, & sua filha Dona Isabel de Tavora, & que ainda que os bens foram de morgado, estavam prescriptos contra os Castelhanos, & que tambem em tanto tempo se presume feitas partilhas, ficando es Castelhanos com os bens de Castella, & que a dita Dona Isabel com os de Portugal, & que outrossim ella R. Dona Marcelina he neta da dita Dona Maria Manoel, de cujos bens se trata, & lhe compete a dita administração dellas, & tambem por ser sobrinha dos dous Castelhanos, & que por o A. nam fazer menção de todas as ditas cruzas ao dito Senhor, he o Alvará, que alcançou, subrepticio, & nullo. O que tudo visto, & o mais dos autos, & como ainda hoje são vivos em Castella filhos de Dom Pedro Barrantes de Aragaõ, & de Dona Maria Manoel, filhos da dita Dona Maria Manoel, de cujos bens se trata, em que tem parte os ditos Castelhanos, & principalmente no morgado, que ella instituiu, por serem todos chamados, primeiro que a dita Dona Isabel de Aragaõ, & como a sentença, que ouve contra Dom Pedro de Mendonça, era pela parte, que lhe tocava a Dona Briolanja, por serem as sentenças havidas contra seu marido Dom Pedro Barrantes Maldonado, & ainda que tambem se lhe julgasse a parte de Dona Maria Manoel, foi por ella allegar falsamente, que todos seus irmãos erão mortos abintestado sem descendentes, como parece do artigo 5. fol. 154. & o dito Pedro de Mendonça nam provar o contrario, que era a verdade; o que não pôde prejudicar ao dito Senhor nesta causa, onde agora se mostra ficarem filhos dos ditos irmãos, & como no dito artigo 5. confessou a mesma Dona Isabel, que da dita D.

Maria Manoel ficáraõ cinco filhos, que nomea, & que entre elles nam ouve partilhas, do que resulta má fé, com que se enuestio de posse dos mais bens, assim de morgado, como das legitimas dos Castelhanos, a qual má fé passou a seus herdeiros, com o que além da falta do tempo se exclue a allegação de prescripção, & a presumpção de que se fizeram partilhas, pois a dita Dona Isabel confessou, que nunca se fizeram, a qual confissão fez depois de os Reynos de Portugal, & Castella estarem separados, & sem haver comunicação de hum para outro. E assim senam pode presumir, que ouve partilhas, & que os bens estão por indiviso, nem se prova subreção do dito Alvará do A. pois o dito Senhor nam ser obrigado a dar os bens dos Castelhanos aos RR. & poder delles dispor como fosse servido, como fez dandoos ao A. em remuneração de serviços, que lhe competiam. Pelo que mando, que neste Juizo, sendo parte o Procurador, se fação partilhas dos ditos bens da Idanha a Nova, & Lizyria da Condessa, ou Chichareira, & de Alcochete, partindo se em duas partes iguaes, huma para a dita Dona Briolanza, & outra para sua irmã Dona Maria Manoel, do que a ella couber se farão tres partes, duas das quaes se partirão em cinco quinboens, para as legitimas de cinco filhos nomeados da dita Dona Maria Manoel, & a terceira, para o morgado, que instituiu, & as quatro partes das legitimas de quatro filhos, que ficãõ em Castella, & o que tocar ao vinculo do morgado se adjudicará ao A. na forma do Alvará do dito Senhor, & a quinta parte das legitimas, se entregará aos herdeiros da dita Dona Isabel de Aragão, segundo a parte, em que forem herdeiros, & quanto aos fructos se liquidarã desde a novidade de 1671. por diante, para delle se fazer partilha na sobredita forma. E condeno aos RR. nas custas dos autos. Lisboa 29. de Janeiro de 1677. Teixeira. Doutor Cerveira. Pereira de Sousa. Leitão. Foi presente o Procurador da Fazenda.

425 Atque ita non obstante negligentia, aut impossibilitate, cursu temporis, aut praescriptione, debet succedere proximior jam existens, aut ex post facto natus, aut superveniens, si fuerit capax successionis, nam si tempore vacationis erat Monachus Ordinis incapacis maioratus successionis, licet frater junior tempore mortis ultimi possessoris accipisset possessionem, & in successionem intrasset, non potest admitti pendente nullitate professionis, licet à Monasterio expulsus sit, & in saeculo existat, sed post litem finitam agere debet contra fratrem juniorem successorem, & habilem, capacem, proximior-

remque tempore delatae successionis, ut iudicatum fuit in causa seq.

No feito de appellação de Manoel do Cã 426 to de Castro contra Sebastião do Canto de Castro, Escrivão das Ilhas Antõnio de Siqueira da Gama, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A. Manoel do Canto de Castro, exceção prejudicial do R. Sebastião do Canto de Castro, & seu tutor o General Sebastião Correa de Louroela, contrariedade do dito A. à dita exceção, mais artigos recebidos, prova por testemunhas, & documentos dada. Mostra se por parte do A. querer reivindicar os morgados, que ficãõ por falecimento de seu pay João do Canto, por ser o filho varão mais velho, que existia ao tempo da morte do dito seu pay, dos quaes o R. está de posse sem titulo algum, que valido seja, por ser seu irmão mais moço, & lhos nam querer largar, sem contenda de juizo. Por parte do dito R. se allega, que o A. entrara na Religião do Serafico Padre S. Francisco do Convento desta Cidade; & nella professára solemnemente, & continuára professo ultra quinquennium; & que tratando o d. A. de annullar a dita profissam, alcançára hum Breve de Sua Santidade, para conhecer da dita nullidade os Reverendos Vigario Géral deste Bispaço, & o Padre Guardiãõ do dito Convento, de que tendo noticia elle R. pedira vista, & viera com embargos pelo prejuizo, que lhe resultava em o A. sahir ao seculo para administrar os ditos morgados, & por lhe nam receberem os ditos embargos, appellára, & mandára vir rescripto em grao de appellação, que fora accrescido ao Reverendo Vigario Géral, & Guardiãõ da Cidade de Lisboa, os quaes como Juizes Apostolicos mandarãõ inhibir aos ditos Juizes à quibus compulsar os autos a seu juizo, & citar ao A. para esse effeito. E que estando a causa nos termos referidos, o Reverendo Padre Provincial desta Provincia Fr. Estevão da Purificação, julgára por nulla a dita profissam do A. sem ouvir a elle R. no que cometéra o notorio attentado, & usurpação de jurisdicção, por a causa estar affecta no dito juizo dos Juizes Apostolicos; o qual dito Padre Provincial outrosim estando nesta Ilha Terceira fora inhibido por mandado dos ditos Juizes Apostolicos, & dando se por inhibido, se fora para a Ilha de S. Miguel, & nella dera a dita nulla sentença, em virtude da qual o dito A. sahira ao seculo, & que assim em quanto pendia, & se nam determinava a causa da validade, ou nullidade da profissam, não tinha o dito A. aução para tratar da causa do dito libello, por lhe obstar a sobredita validade da

da profiſſão como peremptoria, & prejudicial, & com maior razão, por na instituição deſte morgado entrarem excluidos as Religioſas, & Frades. Defendefe o A. contra a dita exceiçãõ, dizendo, que a cauſa, que tivera com a Religião ſobre as nullidades da dita profiſſão, eſtava finda por ſentença do dito Padre Provincial, que a determinara em virtude de huma Patente do Reverendo Padre Geral da ſua Ordem; porque ſuppoſto que a dita cauſa foſſe começada perante os Reverendos Vigario Geral, & Guardiãõ de S. Francisco deſta Cidade ſe empatava ſeu procedimento com varios requerimentos, & recuſações feitas por parte do R. ſem que elle pudette ſer parte na dita cauſa, nem tivesse direito para a impedir, das quaes ſemrazões, & força, que o R. faz a elle A. tendo noticia o dito Reverendo Padre Geral, mandara ao dito Padre Provincial, que juntamente com o Ordinario conheceſſe da dita cauſa; & quando o Ordinario recuzaſſe, a ſentenceaſſe per ſy ſõ, como defeito fizera pelos merecimentos dos autos, & ſentença junta, que nelles ſe via; pelos quaes ſe mostravam nam ſer o A. Frade, por ſer violentado à profiſſão, ſem conſentimento da vontade, & ſem conſentimento outrosim da dita Religião, que lhe faltara com os votos para ſer admitido à profiſſão, & que a appellaçam interpoſta pelo R. fora ſõ recebida no devolutivo; & tanto, que aggravando para o Juizo da Coroa de tambem nam ſer recebida no ſuſpenſivo, nam tivera provimento. Pelo que na eſtando a cauſa ſuſpenſa pela dita appellaçam, ſe bem julgado pelo dito Padre Provincial, & ſua ſentença eſtava taõ juſtificada, como ſe manifeſtava pela prova, em que a fundara; pelo que fora valida a dita ſentença, & que elle R. por eſtar poſſuindo, & deſfrutando os ditos morgados, nam tratava, nem trata mais, que de ailaçoens, para impedir a elle A. ſeu direito. O que tudo viſto com o mais dos autos, diſpoſiçãõ de Direito, & como ſendo o R. admitido a ſer parte na dita cauſa, pelo prejuizo, que della lhe podia resultar, nam podia o dito Padre Provincial ſentenciar a dita cauſa à revelia do dito R. ſem elle ſer citado. E ouvido principalmente, por a ſentenciar ſem dar Procurador, & deſenſor por parte da Religião; nos quaes termos, quando muito ſõ pode ſurtir effeito a dita ſentença, a respeito da dita Religião, a que nam impugnou, & nam a respeito do dito R. que eſtando admitido em Juizo, & ſendo intereſſado, & nam eſtando excluido de parte, neceſſariamente deva ſer citado, & chamado, aſſim conforme a Direito, como porque na meſma Patente do dito Reverendo Padre Geral

Pars II.

ſe ordenava, que o dito A. pudette fazer manifeſtos os fundamentos de ſua cauſa a todos aquelles a quem pertenceſſe, que nam ſõmente era a Religião, mas o dito R. que eſtava como intereſſado admittido, & nam tinha ſido excluſo. Pelo que julgo a dita exceiçãõ prejudicial por provada, & mando, que na do libello ſe ponha ſilencio, em quanto ſe nam julgar a que eſtã pendente perante o Vigario Geral deſte Arcebiſpado, & Guardiãõ do Convento deſta Cidade, em que o R. eſtã admittido. E deve ſer ouvido, ou lançado de parte. E condeno ao A. nas cuſtas dos autos da execuçãõ em diante. Angra 21. de Agoſto de 1671. Manoel Bicudo de Mendonça.

A qua ſententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatam. Vbi lata fuit ſententia ſequens. 427

Acordam os do Deſembargo, &c. Bem julgado he pelo Corregeador das Ilhas, em mandar ſuſpender a cauſa, & ançãõ do A. em quanto pende o litigio ſobre a validade da profiſſão perante os Juizes Eccleſiaſticos; & nam ha ſentença, que paſſe em cauſa julgada. Conſirmaõ ſua ſentença por alguns de ſeus fundamentos, & pelo que dos autos conſta. E condeno ao appellante nas cuſtas dos autos. Lisboa 31. de Janeiro de 1673. Leytãõ. Ribeiro.

Hæc ſententia fundata fuit in deliberationibus ſequentibus. 428

Appellans professionem emiſit in Religione Seraphici, in qua per quinquennium commoravit, & à Summo Paſtore reſcriptum impetravit pro infirmanda professione, ventilataque cauſa coram iudicibus reſcripti, & appellato ad impugnationem admittito fol. 146. jam appellans non poterat ad Generalem Seraphici recurrere, nam electa una via ad aliam non datur recursus, L. post diem 7. ff. de leg. cõmif. maxime devoluta ad Pontificem jam cauſa. Unde non obſtante ſententia Delegati Generalis, quæ apparenter multis ſcater nullitatibus, non aliter appellans audiendus eſt pro ſucceſſione prætenſi maioratus, niſi prius coram Delegatis Pontificis profeſſio invalidetur, interim namque obſtat exceptio incapacitatis. Igitur confirmandus eſt Præſes. Vlyſſipone 17. Julij de 1672. Doctor Tavares.

Cum de cauſa profana ſucceſſionis bonorum ageretur, incidit quæſtio ſpiritualis de validitate profeſſionis, de qua noſtrum non eſt agere, nam licet aliquibus olim placuerit ſæcularem de ſpirituali cauſa incidenter cognoscere poſſe, Bald. in L. 2. Cod. de Carbon. edict. & in L. quoties Cod. de judic. Menoch. remed. 5. retin. à num. 331. plures alij, quos citat Valaſc. conf. 159. num. 9. verſ. con-

L. iij

trariam,

trariam, ex ea ratione quia iudex aliàs incompetens, ratione incidentiæ fit competens, *d. L. quoties, L. nulli Cod. de iudic. L. pariter ff. de liber. caus. text. in cap. de prudentia de donat. inter, Gutierr. de jurament. p. 1. cap. 16. num. 7. Barb. in L. Titia num. 21. ff. soluto, Mart. de iurisdic. p. 2. cap. 8. ex num. 12. id tamen asserere temerarium est, ut ait *Oliva de foro eccles. p. 1. q. 8. num. 6. & asserendum indubie de spirituali neque incidenter laicum cognoscere posse, Valasc. ubi supra n. 6. Castilb. tom. 5. cap. 105. à num. 3. Barb. in d. L. Titia num. 22. Nogueroi. alleg. 23. n. 40. Fermosin. in cap. tuam de ord. cognit. q. 1. à n. 4. sunt optima, & formalia iura in d. cap. tuam, & in cap. lator 5. & in cap. causam 7. qui filij sint legitimi. Non obstante traditione prædicta, ex text. in L. quoties. & in L. nulli deducta, procedit quippe respectu iudicum incompetentium tantum, non omnimodo incapacium, quales sunt laici in spiritualibus.**

430 Inde est, quod si spiritualis incidat causa in principali profana, tenetur Iudex istius spirituales articulum remittere ad Ecclesiasticum, & in principali supersedere, etiam parte non opponente, donec quæstio spiritualis coram suo iudice decidatur, *d. cap. tuam, d. cap. lator, Val. sup. num. 14. Castilb. num. 3. Oliva num. 12 & 13. Fermosin. d. loco q. 2. à num. 1. usque ad 6. Idque in specie, de qua agimus, cum de bonorum successione disceptatur, & incidit contentio super nullitate professionis, Castilb. d. num. 3. Fermosin. d. loco q. 4. n. 2. vers. etiam si. Vnde cum non sit nobis fas cognoscere de viribus professionis A. nec de objectis nullitatibus sententiæ circa illam prolata, sed huiuscemodi quæstionem remittere ad Ecclesiasticum teneantur, interim in causa supersedendo, id ita iudicare non dubitarem confirmata sententia.*

431 Neque obstat, quod jam per Ecclesiastici Iudicis sententiam, cui laicus tenetur stare, decretum sit nulliter factam fuisse A. professionem, ipsumque sæculo restitutum, in quo degit, relicto jam Religioso habitu, quo casu talis videtur iudicandus, qualis de facto invenitur: nam ommissa validitate, aut nullitate sententiæ, de qua immerito iudicavit Præses alias doctissimus, de facto (de quo quidem nudo cognoscere etiam in re spirituali nostrum est, *Barbos. d. num. 22. Castilb. d. loco num. 5. Nogueroi. d. alleg. 23. num. 137. Oliva supra num. 8. & 9. Valasc. n. 9.*) non extat sententia, quæ rem iudicatam producat, cum super illius validitate adhuc extet contentio nata ex inhibitoria à fol. 55.

accepta fol. 59. alio post hac addito litis articulo, ut A. Religioso carui reddatur, ut ostenditur fol. 59. & 60. de his omnibus cognoscere possumus, tantummodo an de facto extent? Et cum de facto extare constant, subsequitur super ipsa sententia, qua A. nititur, pendere litem, dumque ipsa apud Ecclesiasticum non terminatur, cogimur supersedere in causa successione, ex dictis superioribus videndi *Castilb. d. loco num. 7. Fermosin. d. q. 2. n. 6.*

Verum quidem est, posse A. aut terminari petere à Iudice Ecclesiastico, intra quem causa terminetur, *Val. d. loco num. 15. Oliva num. 15. ex text. in d. cap. lator, vel petere sequentem, ut citius terminetur, eam, si dolose appareat, protelari, Valasc. sup. à num. 17. Sed pariter verum non posse interim agi de successione bonorum, dum A. status non declaratur per sententiam, quæ transeat in rem iudicatam. Vlyssipone 20. Ianuarij 1673. Leytao.*

Si postea annullata fuerit professio, aut è Monasterio ejiciatur, an possit maioratus bona reivindicare, & avocare successione ex post facto iure superveniente à fratre juniore, qui tempore mortis erat capax successione, vide *Cuel. de donat. discurs. 2. part. 3. num. 54. usque ad fin. & part. 4. & part. 5. & vide Torr. de pact. fut. success. lib. 2. q. 25. n. 10. & seqq.*

Si autem consanguinei sint in æquali gradu, linea, & sexu, tunc tempore mortis ultimi possessoris legitimi, nullus secundum juris dispositionem succedere potest, quia maioratus est individuus, sed per iudicium fortis decidenda est quæstio, & successio, & secundum sortem ablatam ab uno puero, iudicanda est successio, ut decisum, & declaratum fuit in causa sequenti.

No feito de appellaçõ de Luis de Barros Henriques contra Dona Maria Theresa, Escravaõ Manoel Ferreira de Lemos, se deu a sentença seguinte.

Acordam os do Desembargo, & c. Recebem os embargos do A. embargante Luis de Barros Henriques, & do oppoente Fernão Martins de Sousa, & Aronguia, & para effeito de reformar a sentença embargada pelo modo abaixo declarado, os julgão por provados, & nam recebem os embargos da R. embargante. E reformando a dita sentença embargada, nam foi bem julgado pelo Luiz dos Orsaõs, em absolver a R. da restituçãõ do morgado, de que se trata, revogando sua sentença, vistos os autos, pelos quaes se mostra, que o instituidor delle chamar Lourenço, deixando cinco filhos por elle nomeados, & no primeiro, que se chama

mou Ieronymo, &c. Morgado, que inſtituio, de-
 clarou, que ficando delle filhos machos, lan-
 çariaõ sortes na fórma ordenada na inſtitui-
 çãõ, & nam ficando filhos machos, havendo
 femeas mais de huma filha, pelo dito modo lan-
 çariaõ sortes, para que acabandoſe a agnição
 daquelle primeiro filho, entrariaõ á ſucceſſam
 deſte morgado todos os outros quatro filhos, ou
 os que vivos foſſem, ſendo mais de hum, ou ſeus
 descendentes, lançando sortes os que eſtives-
 ſem em igual grao, para haver o morgado
 aquelle em que cahiffe a ſorte; & porque fal-
 tou a ſucceſſãõ da geraçãõ do dito primeiro fi-
 lho, herdou eſte morgado por vidas em os deſ-
 cendentes dos outros, dos quaes foi ultima pos-
 ſuidora Dona Ieronyma de Magalhaens, que
 nam deixou descendencia, falecendo no anno
 de 1627. no qual tempo ſe achãraõ em igual
 grao Luis de Aronguia pay do oppoente, que
 era ſegundo neto do inſtituidor, por ſer filho de
 Dona Leonor de Barros, filha de Francisco
 Lopes, ſegundo filho do inſtituidor Dom Anto-
 nio Fayo, & Miguel Fayo, que tambem erã
 ſegundos netos do inſtituidor, por ſerem filhos
 de Bernardo Fayo, filho de Diogo Lopes, que
 foi quarto filho do inſtituidor, & por haver de-
 manda entre elles, ſe puzerãõ em ſequeſtro os
 bens deſte morgado, & ſem a cauſa ſe ſenten-
 ciar, nem ſe lançarem sortes entre os tres ſo-
 breditos, que eſtavãõ em igual grao, & ſendo
 em o anno de 1672. ſe meteo de poſſe dos bens
 do dito morgado o Doutor Francisco Lopes de
 Barros, avo da R. & no meſmo anno fez con-
 certos com os ditos Antonio, & Miguel Fayo,
 por huma eſcritura publica, em que deſiſtiraõ
 da pertençãõ do dito morgado, & lhe não con-
 tradifferãõ a poſſe, que havia tomado, antes a
 approvãraõ, confeſſando que o dito Doutor
 Francisco Lopes de Barros, era mais chegado
 parente, & lhe pertencia eſte morgado, por ſer
 biſneto do inſtituidor, & neto de ſeu filho ſe-
 gundo Francisco Lopes, que cazando com Vio-
 lante Alvarez, tivera della huma filha cha-
 mada Leonor Alvarez, mãy do dito Doutor
 Francisco Lopes de Barros, & depois diſto no
 fim do meſmo anno o dito Luis de Souſa, pay
 do oppoente, demandou por hum libello ao dito
 avo da R. para reivindicar o dito morgado, &
 ſem haver contrariedade no mez de Outubro
 do anno ſeguinte, elle, & ſua mulher por hum
 termo feito nos autos por baſtante procurador,
 deſiſtiraõ da dita aução, & confeſſãraõ, que o
 dito Doutor Francisco Lopes de Barros, que de-
 mandavaõ, era o parente, a quem pertencia eſ-
 te morgado, & lhe largavaõ a pertençãõ, &
 direito, que nelle tinhãõ, & pudeffem ter, re-
 nunciando nelle para ſempre, tudo o que lhes
 tocãſſe, & o meſmo fez o oppoente ſeu filho no

meſmo dia, por outro termo, que aſſinou peſſo-
 almente nos meſmos autos, conſtando agora
 neſte o contrario, do que confeſſãraõ naquel-
 les, por quanto ſe acha, que o dito Francisco
 Lopes, ſegundo filho do inſtituidor, foi caza-
 do com Eiena de Proença, de que teve ſomen-
 te duas filhas, Catherina Lopes de Aſtaide,
 avo da A. por ſer mãy de Francisco Lopes de
 Barros ſeu pay, & a dita Dona Leonor de
 Barros, avo do oppoente, ſem que ſe moſtre,
 que o dito Francisco Lopes tiveſſe outro caza-
 mento, nem que o avo da R. foſſe ſeu descen-
 dente, nam tinha com elle parenteſco, ou com o
 inſtituidor; & neſte caſo, ainda que o A. &
 oppoente, nam moſtrem claramente, que elles
 ſejaõ os parentes mais chegados, & que não ha-
 ja outros, que os precedãõ, nam he baſtante
 para a R. ficar de poſſe do dito morgado ſen-
 do eſtranha, por nam provar parenteſco com o
 inſtituidor; porque o que he parente, tem di-
 reito para a excluir do morgado, ficando ſu-
 jeito ao largar, a quem moſtre ter melhor di-
 reito nelle, por ſer mais juſto, & conforme à
 vontade do inſtituidor, que antes tinha, & poſ-
 ſua o morgado hum descendente, que hum eſ-
 tranha. Portanto, & o mais dos autos, julgãõ
 nam ter direito a R. para poſſuir eſte morgado,
 nem o R. em ſeu lugar habilitado; & por
 quanto o A. & oppoente ſe achãõ em igual
 grao, por ſer cada hum delles terceiro neto do
 inſtituidor, ſe devem lançar sortes por aquel-
 le modo & fórma dada pelo inſtituidor; &
 que ainda que ao tempo, que faleceo a ultima
 poſſuidora Dona Ieronyma, foſſe vivo o pay do
 oppoente, que era hum grao mais chegado, que
 o A. que já tinha ſeu pay falecido; nem por
 iſſo podia ſucceder puramente, nem lhe era
 devolvida a ſucceſſãõ deſte morgado, pois pen-
 dia de sortes, que ſe deviaõ lançar entre os di-
 tos Antonio, & Miguel Fayo, de que não uſã-
 rãõ, antes as renunciãraõ; & poſto que niſto
 nam pudeffem prejudicar aos ſucceſſores, nem
 o oppoente aos ſeus, & ſomente a ſy prejudi-
 caſſe. Com tudo, como ſenam poſſa agora tra-
 tar daquellas sortes, de que naquelle tempo ſe
 puderãõ valer, & ſe acha o A. & oppoente em
 igual grao, & ſomente pertencẽores a eſte mor-
 gado para reſoluçãõ deſta cauſa. Mandãõ, que
 ſe tirem as sortes com os nomes de ambos na-
 quella fórma, que o inſtituidor deu na inſti-
 tuiçãõ; & ſuccedendo ſahir a ſorte pelo A.
 condenãõ ao R. lhe largue os bens do dito
 morgado, com os fruítos da lide conteſtada em
 diante, que ſe liquidarãõ. E ſe ſahir a ſorte
 ſobre o oppoente, por elle haver renunciado o
 direito, que tiveſſe a eſte morgado para ſem-
 pre, & por iſſo nam poder entrar nelle, com
 que o R. tem direito para o reter em quanto for

vivo o oppoente; por sua morte o largará a seus descendentes, ou a quem tocar, conforme a disposição do instituidor, & será logo obrigado a dar fiança de usar, & tratar bem as fazendas, & pertencas deste morgado. E pague as custas dos autos de ambas as instancias. Lisboa 4. de Novembro de 1679. Vanvessem. Doutor Alvarez Coelho. Doutor Cerqueira.

436 Fundata fuit hæc sententia in Iudicio fortis, de quo, & quando sit locus, & plura de Sortibus, vide apud Valeron. de transact. tit. 6. q. 2. num. 35. & 36. ubi multos refert, & ultra eos Larr. dec. 45. num. 39. Fontanel. dec. 527. num. 3. Tirag. de primog. q. 17. n. 18. 19. 21. & 27. Pacian. de locat. cap. 9. num. 25. & 26. & Nos aliqua diximus in comment. ad Ord. tom. 5. ad tit. 67. §. 14. num. 13 pag. 363. & in deliberationibus sequentibus factis in dicta causa.

Ad conspectum elegantissimarum deliberationum, quæ in hoc processu inveniuntur scriptæ, ubi veritas de facto cernitur, ex quibus de jure artis delitiæ reperiuntur exhaustæ, nil de novo dici potest, solumque floribus mutuatis ex vasto, & amæno rure exarato ex fol. 643. florida corona victori tribuenda sorte, ut testator in præsentis constituit, efformari poterit.

Ad negotium A. R. & opponens jam pridem in hac causa validissime disputarunt, fortiaque diversis opposuerunt pectora rebus, auctaque difficultatum tela, & adversa jacula hinc inde magna dexteritate propulsarunt, sed post Senatus Consultum fol. 660. quoad Capellæ, de qua agitur, proprietatem redacta est familia ad duos, solumque circa proprietatem contendere possunt A. R. & opponens, nil enim probavit, nec denuo demonstrat R. circa institutoris consanguinitatem, nec ultimæ possetricis proximitatem.

Defectu tamen probationis ex sui parte non obstante, adhuc ipse tentat R. negotij decisionem mensurandam non esse ex sui juris demonstratione, sed regulandam secundum Actoris, opponentisque probationes, cum ipse in dispositione *Leg. final. Cod. de reivend.* & licet alienam possideat Capellam, illam solum suam intensionem probanti restitueri cogi debeat, ut bene impræsentiarum considerat *Guurb. de feud. gloss. 9. §. 2. num. 4.* cum vero, nec A. nec opponens probationes requisitas in *cap. licet ex quadam 47. de testib.* demonstrant, R. conservari debere fortiter instat.

Hoc vero proposito mihi non placet, invenio namque de facto plenam probationem circa ascendentiam A. & opponens cum

instituto Laurentio, ambo enim illius abnepotes clare demonstrant descendentes ex Catherina, & Leonora filiabus Francisci institutoris filij, ut cernitur ex documentis à fol. 469. juncto anteriori, & bono fol. 152. cum quo conveniunt, quæ denuo demonstrantur, quæ omnia indubiam ad intentum faciunt probationem, ex *Castilb. lib. 5. cap. 122. num. 25. Cyarlin. forens. tom. 1. cap. 23. num. 36. Par. de instr. edition. tit. 1. resolut. 3. §. 5 n. 54.*

Et re vera si negotium istud decidatur in jure A. & opponens mihi indubitanter placet illa doctissima delib:ratio eximij Senatoris, qui in pace quiescat scripta fol. 647. quæ in medio extat tertium locum occupans, alias inter quatuor scientificas deliberationes.

Libenter inquam adhærere n suffragio in medio aliorum scripto prudentissimi Iudicis destinandam sortilegio causam pronuntiantis, non ignarus certe rationis scopum collimasse, ut pote qui à medio nunquam deflexit, liceat ergo cum epigrammatographo exclamare, aut nunquam, aut virtus nunc fuit in medio.

Dictum deinde suffragium in medio aliorum, quæ scripta extant ab alijs sapientissimis Iudicibus, in quibus diserte, omnibusque Rhetorices pigmentis venuste disceptatum invenitur, illam imprimis habuit sortis felicitatem: & qui pro sortibus suffragium primo tulit, felicior sortem proculdubio habuit in votis, quod ut consequeretur, necesse erat, qua de causâ illius sententiæ non possum non convenire, qui medius inter reliquos pro sortilegio stetit, non enim melatet manus etiam Apostolicum sortito contigisse, quando cecidit fors super Mathiam: Samuel quoque non nisi conjecta sorte ad folium evexit Saulem: insuper Sacerdotalia ministeria sorte olim distribuebantur, ut videre est apud *Lucam cap. 1.* sorte exivit, ut incensum poneret.

Neque minus huic sententiæ facient humaniorum literarum oracula: marinum siquidem imperium ductis sortibus Neptunus attestante *Virgil. Aneid. 1.*

*Non illi imperium pelagi, sævumque tridentem,
Sed mihi sorte datum.*

Quid memorem Romanos rerum Dominos? Ij profecto Magistratus suos, & præfecturas sortiebantur, ut ab omni ambitionis injuria, & inimicitiarum peste (ut ait *Tacitus lib. 10.*) florentem Rempublicam prohiberent. Syracusis denique nullis non sæculis

tonuit

conuic hic mos apud quos Dionysium augurium cepisse Monarchæ ex littera M. quæ ipsi forte obtigerat, Plutarchus Author est in apophtegmatibus: alias orbis gentes, ac nationes, ne longus fiam, prætermitto, per multæ vero sunt, in quibus diuiforia, & deiciſorie fortes præcipuo in more habebantur.

A. Negotium sic itaque istud forte ueniebat decidendum contra iuris regulas, quæ dictabant extincta linea primi filij Hieronymi uocati in ultima possitrice Hieronyma ſucceſſionem deferendam filia maiori ſecundi reſtatoris filij iuxta diſpoſitionem *text. in cap. 1. de uir. ſuc. feud. Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. num. 20. Caſtilh. lib. 5. contr. cap. 93. §. 7. num. 30. Souſ. de Maced. deciſ. 16. Peregr. conſ. 42. num. 6. Pax de tenuit. 1. p. cap. 38. num. 12. Mur. de ſucceſſ. 1. p. q. 12. art. 1. u. 7.*

Tuncque ſecundum regulas ueniebat inquirendum, quænam ex dictis Catharina, & Leonora nata maior fuiſſet, iſtique, & ejus deſcendentibus erat ſucceſſio tribuenda, & cum quæ ex illis prius lucem uidiſſet, liquide non conſtet ex actis, & ſi enim documenta fol. 481. faciunt pro opponente, obſtant tamen ab ipſo producta fol. 529. tali caſu turbida in probatione negotium forte erat componendum iuxta *L. ultimam Cod. comm. de legat. L. ſi cum ambo ff. de jud. Tirag. de primog. q. 17. n. 18. cum ſeqq. Valer. de tranſact. tit. 6. q. 6. n. 35.*

Hæc uero ſecundum iuris regulas procedebant, ac in caſu præſenti prout in omnibus regula ſequenda eſt teſtatoris uoluntas, dummodo bonis moribus non repugnet, hominum uerecundiam, aut exiſtimationem non offeodat, & ſic iuxta teſtatoris diſpoſitionem adhuc forte erat negotium componendum, & ſi certe conſtaret qualisnam ex filiabus Franciſci natu eſſet maior.

Teſtator enim in diſpoſitione fol. 21. linearum prærogatiuam omnino abſtulit, uoluitque inter filios in eodem gradu conſtitutos forte ſucceſſionem concedendam, & hoc idem reiterauit, an omni ſubſequenti concurſu aliorum deſcendentium, ut fol. 21.

Neque obſtat conſideratio patroni A. fol. 668. uerſ. 22. ubi tentat teſtator ſortes ſolum admiſiſſe in fratribus, non uero in alijs diuerſorum parentum deſcendentibus, prout impreſentiarum, quod etiam propoſuit opponente patronus fol. 562. ſortes in hoc caſu impugnans filio antecedenti, contrarium enim cernitur in diſpoſitione fol. 21. & idem A. patronus ſortibus inclinauit fol. 48.

Deinde uero iuris ratio, ſic poſtulat, nam ſi dicta Leonora, & Catherina, è quibus A.

& opponens ſuum jus dirivant, contenderent, forte negotium dirimendum quilibet mediocriter doctus percipiet, & faretur ejuſdem A. patronus fol. 48. plane eadem debet præſtari diſpoſitio in A. & opponente, ne contra notiſſima iuris principia admittamus plus iuris in cauſato, quàm in infrequenti potentiæ cauſa, ſiquidem ambo pari exiſtant in gradu.

Sorte itaque componendum negotium A. patronus propoſuit fol. 487. licet aliud tentet fol. 584. §. 1. quamuis §. 1. & fol. 589. illas admittat, & eas poſtea impugnet fol. 807. §. ult. & tandem documentis nouiter productis oppreſſus ad ſortes aliquo modo inclinaret fol. 776.

Sortes inquam petebant cauſæ termini, tempore quo ſcripta fuit illa deliberatio ſcientifica, & poſtea eadem ueniebat uia ſequenda uſque ad fol. 862. antequam enim conſtaret de documentis ibi productis, ſupponebatur tempore mortis ultimæ poſſetricis Hieronymæ, æqua lance Actorem, & opponente parentem Ludovicum propugnare.

Plane ex dictis documentis contrarium patet, tempore enim quo dicta obiit Hieronyma, ſtatim iuris uirtute delata eſt ſucceſſio legitimo ſucceſſori, tempore inquam, quo dicta obiit Hieronyma, in humanis non extabat Actoris pater, licque impoſſibile erat ſucceſſionem ei deferri, opponente tamen pater uivebat, & multo poſt tempore produxit, ut conſtat ex dictis documentis ex fol. 862. Vnde tali delationis, ſcilicet, tempore ſortes nullo modo poterant præſtari inter patrem opponente, & patrem Actoris, qui mortuus erat, cumque opponente pater proximiori extabat in gradu, quàm Actor, ſortes præſtari non poterant, ſed ſucceſſio delata fuit dicto Ludouico opponente parenti, qui tunc temporis A. præcedebat, eſt namque A. abnepos inſtitutoris, & opponente pater erat pronepos.

Plane inter deſcendentes diſpari gradu exiſtentes, non datur ſucceſſionis controverſia, cum proximior ſemper remotiorem excludat iuxta *L. cum ira §. in fideicom. ff. legat. 2. Molin. de primog. lib. 1. cap. 2. num. ſin. Caſtilh. tom. 3. cap. 27. num. 17. & tom. 4. cap. 8. à princip. Ramon. conſ. 100. num. 483. Far. q. 484. num. 134. Fontanel. lib. 1. dec. 34. num. 12.* Nec teſtator aliud conſtituit, cum ſortes tantum præſtari iuſſit inter exiſtentes in eodem gradu, ut clare patet fol. 21.

Cum itaque tempore, quo obiit dicta ultima poſſetrix, ſucceſſio capellæ non potuit eſſe in pendentem, repugnat enim ejus naturæ,

ut ejusdem vacaret dominium, juxta dispositionem *L. à Titio ff. de furt. eleganter Solorz. de jur. indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 2. n. 35. Olea de cess. jur. tit. 3. q. 4. num. 24.* Agnoscit Iudex in sententia fol. 517. sicque indubitanter tempore mortis ultimæ possessoris delata fuit successio Ludovico opponentis patri, cui obstaré non poterat Actoris jam mortuus pater, nec Actor ipse in remotiori gradu extaus.

Hac demonstratione oppressus Actoris patronus, eam evadere cupiens, suadere tentat, non bene accommodari institutoris dispositioni, illam enim supponit conditionalem, ut pote à sorte pendentem, sicque ante sortis expeditionem nullum jus quæri potuisse successoribus tanquam à conditione dependens, cujus ante existentiam nil ponitur in esse juxta *L. si post diem §. si sub conditione ff. quando dies legat. ced. & alia multa de quibus fol. 877.*

Et re vera ita necessario fatendum foret, si dispositione conditionali versaremur, ante enim illius implementum nil acquiri posset opponentis patri, incertum nanque erat debitum iri, juxta ea de quibus in *L. unic. Cod. cad. tol. cum vulg.* Sed negotium tempore mortis ultimæ possessoris, ut supra, terminis erat valde diversis, quia testator solum admiserat sortes inter opponentis patrem, & Actoris parentem, non in concursu occurrenti inter diversis gradibus constitutos, sic seruitur in dispositione fol. 20. sic fatetur A. patronus fol. 875.

Hac nova demonstratione, ut pote ex documentis noviter productis emanata, suadere tentat doctus opponentis patronus fol. 689. totaliter excludendum Actorem, supponitque ille jus quæsitum Ludovico opponentis patri in ejus linea intruncatum per omnes ejus descendentes dirivari debere, transitumque ad aliam lineam fieri non posse juxta vulgaria juris principia, quod forte contemnendum non esset, si regulari versaremur in successione, hæc vero irregularissima est non admittens linearum prærogativas, sed semper inter eodem gradu existentes, licet diversarum linearum sortes petens.

Et sic licet consideretur Actoris Ludovicus opponentis pater verus successor tempore mortis ultimæ possessoris; imo & quod magis fuerat, & si succederet in hac Capella, cum per ejus obitum solus mansit filius Ferdinandus opponens, & non Actor frater, inter quos sortis intraret eventus, adhuc inter ipsum opponentem, & Actorem sortem practicandam esse non infeliciter dici poterit

visa dispositione institutoris fol. 22. à principio. ubi non curatur de lineis, nec transitus de una ad alteram prohibetur, sumus tamen in casu diverso, & in quo opponentis non successit pater, & in quo regulato jure ex personis A. & opponentis sortem inter illos introducendam tetigi à principio §. 4. & nunc existimo.

Contra supradicta non leviter instat A. virtute desistentiæ factæ ab opponente Ferdinando, ejusque patre Ludovico fol. 111. primo ob contraventionem mandati institutoris, de quo fol. 24. ipsos à successione exclusos extare, deinde tanquam jura sua renuntiantibus amplius non dari regressum, sicque ipsum meliori gradu, solumque, & sine sortis concursu inveniri.

Quoad primum in nihilo mihi videtur contraventionem in desistentia dict. fol. 111. voluntati institutoris dict. fol. 24. ibi enim tractat ipse de administratoribus actualibus, qui in detrimentum, & præjudicium ipsius Capellæ bona alienavit, non vero in illo, qui ob dubium litis eventum transigit, vel dimisit, ut opponens, ejusque parens fecit, bene ostenditur fol. 872.

Quoad secundum, & supposito, quod illa demissio non fuit voluntatis institutoris contraventionis, sed solum contractus celebratus inter opponentis patrem, ipsumque opponentem, & avum R. indubitanter sequitur ex illo Actori jus nullum acquiri posse, solum enim transigentibus, non alijs obesse, & prodesse potest juxta *Cap. 1. de transact.* ibi: *Jura sua jura inquam competentia transigentibus*, notat *Peregr. decis. 165. num. 2.* in fortiori casu *Valeron. de transact. tit. 1. q. 6. per tot.*

Dictæ desistentiæ præjudicium solum potest introduci respectu opponentis Ferdinandi, & R. quid ex ea inter eos resultet, judicamus, quod ipsi opponenti noceat, & si facta super bonis Capellæ dubitari nequit ex *L. cum pater §. libertis ff. leg. 2. L. fratres Cod. de transact. L. posteaquam Cod. de pact. Valent. illustr. tom. 2. tract. 2. cap. 11. num. 2. Molin. de primog. lib. 4. cap. 1. num. 16. ubi Maldon. Valer. de transact. lib. 4. q. 2. numer. 39.*

Ipsam tamen desistentiam nullum nocuum causare posse successoribus desistentis, nisi in vita ipsius, in comperto est, juxta *L. peto §. fratre ff. legat. 2. L. si dictum §. si compromisero ff. de evict. Noguierol. allegat. 25. num. 326. Valer. de transact. tit. 3. q. 2. n. 9. cum seqq.*

Vnde fluit, quod si sors ceciderit super Actorem, Reum ei statim restituere debere

capellam cum fructibus à lite contestata, si vero eligatur opponens, cum ejus vita durante vigeat dimissio, conservandus est Reus, restitutionem tamen illico faciat descendens opponentis eo mortuo, ejusque vita durante cautionem præstabit ipse R. de bene utendo, & fruendo.

Neque in contrarium inclinant pro opponente allegata minoritas, tempore, quo desistentiam fecit, neque quod ex falsa causa supponitur emanata, nec tandem solum respectu Doctoris Francisci fuisse celebratam, eoque mortuo evanuisse.

Non primum, & si roboretur autoritate *Leg. si profundo vers. sed contra Cod. de transfact. & quæ Cald. in L. si curatorem verbo læsis ex num. 153.* quia minor ætas non probatur tempore desistentiæ, & si probaretur, adhuc impresentiarum obstaret doctrina, de qua *Surd. conf. 284. num. 24. Peg. forens. cap. 4. num. 13. Larrea decis. 55. per tot.* deinde quadriennium post illam elapsum est, seroque medicina paratur juxta *L. ultimam Cod. de temp. in integ. rest. cap. 1. de rest. in integ. Cald. verbo infra legit. temp. per tot. Ord. lib. 3. tit. 41. §. 6.*

Non secundum desistentiæ, namque motiva non ortum habuerunt ex falsa causa, sed ex rationibus, quæ in processu patent ex testibus fol. 205. & quæ non multum latent in actis.

Maius dubium continet tertia propositio, nempe dictam desistentiam restrictam fuisse ad personam Doctoris Francisci, sed certe illa lecta contrarium cernitur, totum enim jus suum respectu istius successione in sua vita dimisit opponens in illo verbo, *para sen. pre.* quo non invento forte aliud judicaretur: ex quibus in totum convenio cum dicto tertio scientifico suffragio, & isto modo annuerem impedimentis A. & opponentis, & rejicerem R. objectiones. *Vlyssipone Aprilis 15. de 1678. Cerqueira.*

Importuna, & incomprehensibilis processus moles meliori certe indigebat Atlante, & neque inter assiduas nostri muneris inquietudines, hæc inveterata, & nobilis controversia illo sane, quo desiderabat materia, resolvi poterat splendore, imo longissimum exoptulabat consilium, quin alterius negotij intermissio multoties studium interrumpisset, & examinasset. Verum quia antiquissimam hanc licem hoc tantum impedire fundamento esset partibus odiosum, spreta verborum concinnatione necessarium fuit nostrum proferre arbitrium.

Difficilis inter nobilissimos A. R. & opponentem super successione hujus maioratus

vertitur controversia, R. fundamentum in eo consistit, quod tanquam proximior institutori præferendus est A. & opponenti, & tandem, quod semper ad illum spectat maioratus, eo quod A. & opponens legitime non probant conjunctos esse institutori, cum ei sufficiat dicere, non sunt de familia, *Surd. conf. 24. num. 1. Menoch. conf. 117. n. 8. Peregr. de fideicom. art. 11. n. 37. & conf. 36 num. 2. lib. 1.*

Hæc sunt potiora R. fundamenta, cum alia, quæ in illius favorem considerantur, contra juris notissimas regulas proponantur. Verum hæc ejusdem farinae sunt, si processus probationes examinentur. Nam primum tollitur, cum R. nec unicum exceptione maiorem habeat testem, qui asserat institutori conjunctum esse, imo potius A. & opponentis testes contrarium concludenter affirmant, & hoc idem confirmat certitudo fol. 879. ubi nobilissima institutoris progenies exhauritur, quin inter illius successores R. familia enumeretur.

Ita etiam eliditur, & enervatur secundum R. fundamentum, cum A. & opponens affirmant probent descendentiam, & proximitatem, & in æquali gradu conjunctos esse institutori, ut constat ex documentis fol. 146. juncta certitudine fol. 670. idem asserunt testes pro Actore producti à fol. 189. optimus testis fol. 215. cum seqq. Et iterum idem etiam concludunt documenta à fol. 459. cum seqq. & certitudines fol. 469. videantur etiam certitudines, & documenta à fol. 808. quæ omnia latissime, & eleganti calamo ponderantur in allegationibus fol. 534. & in eruditissimis deliberationibus fol. 647. & denique hanc resolutionem elegantissime absolvit primus, & amantissimus sodalis, cujus sententia ego circa exclusionem R. & consanguinitatem A. & opponentis indubie amplector, esset enim contrarium asserere veluti in meridie caligare.

Hæc sunt, quæ in præsentis processu, sine levissima hæsitacione resolvuntur, cum nil evidentius probari possit, quam R. extraneum institutori esse, nilque etiam concludentius in re antiqua, quam A. & opponentem ab institutore descendere. Dubia tamen præsentis litis controversia inter Actorem, & opponentem vertitur: An scilicet forte sit resolvenda maioratus successio juxta institutionis tenorem fol. 21. & 22. vel tantum ad Actorem spectet in pœnam contravenientis opponentis, vel eo quod illius successioni renuntiavit in termino fol. 111. vel etiam tantum ad opponentem pertineat, eo quod Ludovicus illius parens, tempore, quo

mortua fuit Hieronyma, quæ maioratum possidebat, proximior institutori extabat.

Deveniendū tandem ad resolutionem, ego summopere excogitata præsentis controversiæ quæstione, & altius pressa institutionis juris, & præsentis facti forma dispositione, & serie, firmiter teneo maioratum ad A. jure successionis pertinere; res sane in hoc processu nova, & quæ in causa, quæ tot Iudices, quot dignissimos, & eruditissimos Senatores habuit, ego non ausus fuisset asserere, si præcise coactus non essem proprium interponere arbitrium.

Pertinet inquam ad A. maioratus, eo quod unicus, & proximior invenitur successor, qui ab institutore descendat, hæc enim sunt qualitates, quæ successorem ad maioratum admittunt, scilicet, quod sit consanguineus, & quod sit proximior, ad *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 8. à num. 1. Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 47. Cald. receptar. lib. 1. q. 19. & cons. 15. num. 37. Castilb. contr. lib. 5. cap. 9. num. 61. & 62.* Unde cum hæc omnia in A. inveniuntur, ad illum maioratum pertinere confeso.

Neque prædicta Ord. & citati D.D. eo quod loquuntur in proximitate respectu ultimi possessoris, quæ regulariter attendi debet, ut cum pluribus disputat *Castilb. dict. lib. 5. cap. 93. à num. 1. cum seqq.* perperam præsentis speciei adaptatur ubi quam proximior esse Hieronymæ consanguineum non edocemur, quoniam cum A. sic proximior institutori, & alius non detur successor præter opponentem, qui illi ad successionem repellitur, incassum disceptaretur in præsentis, quis sit proximior, parumque, aut nihil interfasset probatio proximitatis Hieronymæ, quando unicum tantum habemus successorem.

Ex hoc etiam fundamento sortis electio à testatore ordinata locum habere non potest in hoc casu, cum A. unicus inveniatur maioratus successor, in quibus terminis successionis jure ad A. spectat maioratus, cum in unico tantum sortis electio locum habere non possit juxta *text. in L. utrum ff. de assignand. libert. §. d. tur autem inst. de assign. libertor.* comprobatur late *Larr. decis. 52. n. 7. & 8. Castilb. lib. 2. contr. cap. 13. à num. 10. 11. & 14. cum seqq.*

Videamus nunc, quare A. unicus invenitur maioratus successor, quando simul opponens, æqualiter institutori conjunctus in maioratu etiam succedere intendit, & si opponentem à præsentis successionem excludimus, maioratum indubie A. judicamus. Ad quod præsupponendum est, quod mortua Hiero-

nyma, tunc temporis ad successionem hujus maioratus simul concurrebant Michael, & Antonius fratres, & æqualiter institutoris pronepotes, atque Ludovicus opponentis pater, constat ex scriptura fol. 81. vers. & ex certitudine fol. 832. ac tandem ex testibus cum seqq. fol. 887.

His suppositis verum est dicere, quod tunc temporis inter Antonium, Michaellem, & Ludovicum in æquali gradu institutori conjunctos sors maioratus judicabat juxta institutionis tenorem, quæ semper inter æqualiter proximos sortem admittit, ut primus, & amantissimus sodalis eleganter consideravit, & facit *text. in L. hæredes mei §. 7. §. fin. ff. ad Trebel. & ibi gloss. verbo prescriptos, L. cum pater 79. §. à te peto, & §. hæreditatem q. 1. ff. de legat. 2.* Attamen Michael, & Antonius, antequam sortis fortuna advenisset in favorem Senatoris Francisci, spei illi ante sortis existentiam considerate renunciarunt in scriptura fol. 121. anno 1642. unde ad Ludovicum opponentis patrem maioratus jure successionis fuit translatus ex infra dicendis, cum tunc temporis unicus fuisset institutori proximior consanguineus ex juribus supra consideratis.

Fuit inquam ad Ludovicum opponentis patrem translata maioratus successio, eo quod æqualiter successores, & in æquali gradu existentes Michael, & Antonius juri futuro, & sortis spei renunciarunt in dicta scriptura fol. 121. atque ita cum prædictum jus, & spem alienassent, illam perdidisse extra dubium est, prout in specie in feudo resolvit *text. in cap. 1. §. Titius si de feud. sit contr. inter Domin. & agnat.* comprobatur latissime omnino videndus *Mench. conf. 58. num. 26. & 27. cum seqq.* quapropter Ludovicus factus fuit unicus maioratus successor, ad quem sine dubio spectabat maioratus.

Delata sic ad Ludovicum maioratus successione Ludovicus, de quo regulari debet successio, quamvis maioratum non possidisset, *Marbians. in L. 5. recopilat. lib. 5. tit. 7. gloss. 3. num. 2. Pax de tenu. 1. p. cap. 33. n. 34. & 35. Gam. decis. 93.* huic successionem renunciauit anno 1643, in termino fol. 110. atque ad Senatorem Franciscum maioratum transtulit, & alienavit, cum hoc idem importet prædicta renunciatio, ad *text. in L. si quis delegaverit ff. de donat. Menoch. conf. 371. n. 17.* Unde ex eodem fundamento, supra considerato, maioratus incepit pertinere ad A. & opponentem in æquali gradu institutori conjunctos, ut juxta institutionis tenorem inter illos sors maioratus judicasset, vel etiam ad opponentem jure successionis maioratus fuit

fuit translatus, cum unicus ultimi ſucceſſoris tempore alienationis, & renuntiationis extaret ſucceſſor, quod quidem parum intereſt in præſenti.

At quia ſortes electioni, vel ſucceſſioni maioratus opponens renuntiavit in termino fol. 111. ex diſpoſitione *text. in dict. cap. 1.* vel jus futuræ ſucceſſionis, vel ipſum maiortum perdidit, tum ex prædicto fundamento, tum etiam quia in prædicto termino alienationi à parente factę conſenſit, optimus *text. in L. quoties ab omnibus, ibi: Aut quibusdam vendentibus alij conſenſerint, Cod. de fideicom. text. in L. cum pater §. libertis, ibi: Qui non vendidit ceterorum partes, & qui non conſentit, &c. ff. de legat. 1. L. nihil proponi §. 1. ff. de legat. 1. eleganter Menoch. dict. conf. 58. à n. 2. cum ſeqq.*

Igitur quia tunc temporis nobiliſſima opponens filia adhuc non exiſtebat, cum renuntiatione facta fuiſſet anno 1643. illaque fuiſſet nata anno 1646. ut conſtat ex certitudine fol. 897. illico ad A. jure ſucceſſionis (cum alius non daretur æqualiter conjunctus ſuc. eſſor) maioratus ſpectavit cum ſuppoſita opponens renuntiatione, & alienationis conſenſu maioratus ſucceſſio, quia in pendentem eſſe non poterat ad A. proximior, & unicum ſucceſſorem, ſtatim irrevocabiler fuiſſet translata, prout in terminis reſolvit *Molin. de primog. lib. 1. cap. 12. n. 35. & melius lib. 1. cap. 16. num. 32. & 33. per tot. Mant. de conjectur. lib. 7. tit. 10. n. 30. Mier. de maiorat. 3. p. 9. à num. 4. 5. & 6. & num. 13. Valenz. tom. 1. conf. 83. num. 48. Girb. de ſucceſſ. feudal. §. 2. gloſſ. 10. num. 48. bene Rovit. conf. 15. num. 34. & 35. faciunt quæ Solorzan. de jur. Indiar. 2. tom. lib. 2. cap. 6. à n. 46.*

Quod ita indubie procedit, ut illico transferatur in ſucceſſorem immediatum maioratus, etiam ipſo ſucceſſore ignorante, ex diſpoſitione *text. in L. cum pater §. ſurdo, & muto ff. de legat. 2. text. in L. fin. §. fin. Cod. commun. de legat.*

Ex his ergo concluditur, quod maioratus, qui ad Ludovicum, Michaellem, & Antonium pertinebat, non ſors ſucceſſorem eligeſſet, vel tantum ad opponentem, vel inſimul ad illum, & A. ſpectare incepit, ut probant jura ſupra conſiderata, quæ etiam concludunt ad A. nunc pertinere hujusmodi ſucceſſionem, eo quod illico ad illum fuit translata propter renuntiationem, & alienationem opponens, ac per conſequens opponentem excludendum eſſe à præſenti ſucceſſione, de ſe enim conqueratur opponens, qui nobiliſſimam maioratus ſucceſſionem,

vel ſpem ita inciviliter dimiſit, *argum. text. in L. quod quis ff. de regul. jur.*

Hęc ita mihi videntur in præſenti negotio, quin obſtent, quæ pro nullitate renuntiationis in favorem opponens conſiderantur. Non obſtat primum fundamentum à ſapientiffimo Præceptore proſcriptum fol. 657. ſcilicet, quod hujusmodi renuntiatione, ut pote facta ſine inſinuatione, valere non poterat juxta *Ord. lib. 4. tit. 62. in princip. ac ideo nullius eſſe momenti, opponentemque, adhuc ſalvo manente antiquo ſortis jure, ad ſortes una cum A. eſſe admittendum.*

Quoniam reſpondetur renuntiationem illam factam fuiſſe, tempore quo jus renuntiatum pendebat à ſorte, prout idem digniſſimus Præceptor affirmat, primus, & amantiſſimus Sodalis tueretur, & ego viſa institutione etiam exiſtimo, quæ actum redebat conditionalem juxta *text. in L. cum pater §. hereditatem verſ. nec fideicommiſſi, & ibi gloſſ. verbo non fuerit ff. de legat. 2. gloſſ. verbo ſuſcepisset in L. hæredes mei §. fin. ff. ad Trebell.* Unde quævis renuntiatione ad validitatem indigeat inſinuatione, hoc tamen intelligendum eſt in renuntiatione juris jam conſtituti, & liquidi, non vero in renuntiatione juris non puri, & liquidi, infinitos referre in terminis *Barboſ. ad Ord. lib. 4. tit. 62. in princip. num. 1. Caſtilib. lib. 8. contr. cap. 11. n. 8. verſ. primo namque, Cald. de emp. cap. 24. num. 2. bene Cancr. var. 1. cap. 8. num. 4. in fin.*

Plane jus renuntiatum illiquidum, & non purum erat, cum illiquidum, & non purum ſit, quod à conditione pendet, *L. cedere diem 213. ff. de verbor. ſignificat. §. ſub conditione 4. verſ. ex conditionali inſt. de verbor. obligat.* Ergo quia renuntiatione jus non liquidum continerebat, ſine inſinuatione fuit valida.

Non obſtat etiam ſecundum fundamentum ab eodem ſapientiffimo Præceptore expoſitum, ſcilicet, quod in donationibus, vel alijs contractibus gratuitis adjecta pœna, qui illam ſolvit, liberatur, nec tenetur adimplere contractum. Quoniam hæc nihil interfunt in præſenti, nam quid intereſt, quod opponens liberetur ſolvendo pœnam, ſi renuntiatione, & alienatio fuit valida ſaltem quoad præjudicium opponens, ut in ſimili conſideravit *Menoch. dict. conf. 58. num. 16. in fin.* & illico quod facta fuit ad A. ex diſpoſitione legis, fuit maioratus irrevocabiler translatus. Igitur quamvis opponens nunc potius pœnam ſolvere, quam contractum adimplere voluiſſet, ſed maioratum ad A. irrevocabiler acquiſitum, ad illum retrocedere retuleret, prout in ſimili, & in fortioribus terminis

nis resolvunt, *Mario Cutell. de donat. inter patr. & fil. tract. 1. discours. 2. partic. 4. numer. 33. & num. 40. Giurb. de success. feudal. §. 2. gloss. 4. num. 43. Cassanat. conf. 26. num. 12. cum seqq. Surd. conf. 370. num. 15. & 16. Peregrin. lib. 2. conf. 24. à num. 24. faciunt quæ Castilb. lib. 5. contr. cap. 91. à num. 60. cum seqq.*

Ex his ergo, & alijs fundamentis pro temporis angustia prætermisissis, junctis etiam, quæ à sapientissimo Præceptore considerantur à fol. 656. ut hæc renunciatio opponentis neutiquam transactio judicetur, ego **A.** impedimenta fol. 662. probarem, & ad illum jure successionis maioratum pertinere judicarem rejectis impedimentis fol. 680. sic revocata Senatus, ac Iudicis sententia. Ulyssipone 4. Augusti 1678. Carneyro.

Ego etiam cum sapientissimis Dominis præcedentibus Reum à jure successionis hujus maioratus excluderem, quia totum fundamentum juris sui in eo consistit, quod tanquam proximior institutori præferendus est, & debet judicari legitimus successor; verum hoc fundamentum eliditur, quoniam sedulo examinatis testibus à Reo productis fol. 313. quibus prætendit probare consanguinitatem cum institutore, nec unicum exceptione maiorem habet testem, qui deponat institutori conjunctum esse, imo potius Actoris, & opponentis testes contrarium plene, & concludenter affirmant, deponentes Reum non habere consanguinitatem cum institutore, & sunt testes omni exceptione maiores, ut bene demonstravit opponentis patronus fol. 543. & hoc idem comprobatur certitudo fol. 879. cum seqq. ubi progenies institutoris ostenditur, quin inter illius successores Rei familia enumeretur.

Nec confessio, ac recognitio consanguinitatis avi Rei facta à transigentibus in scriptura transactionis, eum facit consanguineum proximiorum institutori, nec est sufficiens ad probationem parentellæ, & consanguinitatis, esset enim in manu nostra sine probatione legitima, facere aliquem consanguineum ex sola nuda confessione, & recognitione, qui re vera non est consanguineus, quod est absurdum, *L. non nudis, L. non epistolis Cod. probat. Mascard. de probat. lib. 1. conclus. 309. 409. 410. cum seqq. Phab. 2. p. decis. 126. n. 43. & 44.*

Quod confirmatur, quia quando agitur de successione maioratus, feudi, aut fideicommissi, non à recognoscente, sed à maioribus relictis, ad quam filius à patre voluntarie recognitus, & ut talis habitus, admittendus non est, nisi constet vere ejus filium esse,

quia si forsan ille minus perpenso consilio filium recognovit, non potuit agnatis, & successoribus ex actu voluntario præjudicare, *Pont. tom. 2. conf. 3. per tot. & præcipue à n. 41. quem ad id refert Censald. in addit. ad Peregr. de fideicom. art. 23. vers. quæ conjectura, Valeron. de transact. tit. 3. quæst. 2. n. 12. & in fortioribus terminis confessionis factæ in transactione à possessore maioratus eam non nocere agnatis, & quod ex actu voluntario non præjudicetur successoribus, tenet Molin. de primog. lib. 4. cap. 10. Olea de cess. jur. tit. 3. quæst. 4. num. 32. Giurb. decis. 108. num. 11. nec sententia etiam virtute talis confessionis lata præjudicet successoribus, Fusar. de substit. q. 622. num. 27. addent. ad Molin. de primog. lib. 4. cap. 8. n. 2. vers. sexto limitatur, Mier. de maiorat. 4. p. 9. 14. à n. 4. multis relatis Scobar. de puritat. sanguin. 2. p. 9. §. 2. n. 20.*

Ex quibus omnibus judicandum est, quod confessio, & recognitio consanguinitatis avi R. erga institutorem, facta à transigentibus in scripturis transactionis, nec sententia virtute confessionis, ac recognitionis lata faciunt R. consanguineum proximiorum institutori, nec sunt sufficientes ad probationem parentellæ, & consanguinitatis cum illo, ut in terminis *L. 11. Taur.* multis comprobatur *Castilb. tom. 6. contr. cap. 125. à num. 12. Camil. Borrell. in sum. decis. tom. 2. tit. 3. num. 58. Gratian. discept. cap. 562. num. 78. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpta 53. num. 33. Valeron. ubi supra num. 15. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 2. à num. 159. Merlin. decis. Rot. 716. per tot. tom. 2. Noguero. allegat. 25. num. 326.* Igitur refellerem exceptiones fol. 731. in quibus Reus prætendit, quod judicetur legitimus successor hujus maioratus de jure Actoris, & opponentis iudicium interponere non possum cum tantum circa exclusionem Rei mihi dicere liceat. Ulyssipone 18. Septembris 1678. Quifel.

De quæstione in hoc processu agitata jam prout satis biberunt, nil addendum superest, solum in electione arbitrij totus labor versatur, non equidem circa Reum impedimenta, de quibus fol. 731. eo quod jam per supra citatos DD. præcedentes uniformiter sunt rejecta, imo circa impedimenta, tam ab Actore oblata, quam ab opponente producta.

Ego enim ne admittamus esse in potestate opponentis, ejusque patris successoribus suis nocere per renunciationem à semetipsis factam fol. 111. proclivior sum ad placitum sapientissimi Domini, qui primo loco deliberavit sequendo placitum illius eximij Senatoris

toris, qui meliori fruitur ævo, de quo fol. 47.

Quamvis enim opponens per renunciationem se abdicasset à jure succedendi, non se abdicavit, nec abdicare poterat à gradu, in quo naturaliter erat, unde cum instituens præcepisset, ut inter æquales in gradu sortis locus esset, certumque sit A. & opponentem esse æquales in gradu, igitur adimpleatur in eis instituentis præceptum, & secundum sortis fortunam administratio hujus capellæ commendarem juxta ratiocinationem primi sapientissimi Domini. Vlyssipone 20. Aprilis 1679. Doctor Alvarez Coelho.

Impedimenta Actoris, & opponentis, circa quæ tantum mihi dicere incumbit, recipere, & probata judicare non dubito, eo modo, quo doctissimi Domini primo, & quarto loco deliberantes resolvunt, ut Actor, & opponens periculum sortis subeant, qui in pari gradu inveniuntur, abnepotes scilicet institutoris.

Neque officit, quod tempore mortis ultimæ possidentis Domine Hieronymæ existeret Ludovicus pater opponentis, qui erat in proximiori gradu, quam Actor, eo quod Actoris pater non erat in vivis, quia non ideo transmissa fuit in opponentem succedendi certa potentia, pendeat enim à sorte, quæ mittenda erat inter ipsum, & illos consanguineos Antonium, & Michaelem Feyo, eo quod erant in gradu æquali, tanquam institutoris pronepotes, cumque omnes fugissent sortis judicium, secundum quod deferenda esset maioratus successio, nullum jus certum transmisit in opponentem pater ejus, & nunc, quia vult excludere Actorem à reivindicatione contra Ream extraneam incitata debet sorti se submittere, quoniam contendit cum Actore in gradu æquali existente, ut observetur norma ab institutore disposita fol. 21. & 22.

Neque etiam circa graduum denominationem, & proximitatem dubitari potest, constat namque ex attestacionibus factis fol. 879. per viros in genealogia eximios, & fidedignos, quibus nec Actor, nec opponens contradicere possunt, ambo namque illorum attestacionibus usi fuerunt, & licet judicialiter non deposuissent, non ideo eorum dictis minuenda est fides; quia quod approbarunt, non possunt contradicere, & ulterius conveniunt cum alijs documentis: neque contraventionem aliquam invenio in opponente, ut omnino à sortis fortuna excludatur, ut delineatum est in prima deliberatione doctissima. Vlyssipone 29. Septembris 1679. Vany effem.

Pars II.

Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus, quæ fuerunt rejectæ, & rejectio fundata fuit in deliberacionibus sequentibus.

Actor, & opponens, qui in æquali gradu institutoris maioratus linea directa contentiva tamen sunt, & in eodem gradu cum ultima administratrice, ac ejusdem sexus sunt, in quibus terminis præstandæ sortis clausula ab institutore disposita verificanda videtur, illius dubium eventum delitantes doctam sententiam diversis exceptionibus impediunt, ex quibus sine sortis periculo unusquisque sibi successione maioratus determinari vult.

Et A. exceptiones fol. 732. mihi sine ullo fun' amenco videntur, ex his quæ in eruditissimorum Patrum deliberacionibus scripta sunt, quod scilicet opponens, & illius patens, quamvis sibi possint præjudicare, renuntiando maioratus successione, vel sortem, nullo tamen modo in præjudicium suorum descendendum, qui in renuntia non intervenerunt, tertiæ personæ sunt, quibus inter alios acta præjudicare non possunt.

Exceptionum opponentis octavus articulus fol. 949. materiam novam continet, & mihi receptibilis, ut quia probata sententia quoad sortes secundum meum judicium est reformanda; non enim secundum institutionem à fol. 7. intelligo sortibus fieri locum, nisi cum maioratus successione præterentes in eadem, vel æquali linea, gradu, & sexu sint, & extra casum, quo prædicti maioratus successio sit per sortes deferenda jure ordinario successione, regularis deferatur, in successione autem regulari à tempore ultimæ administratricis mortis statim dominium, seu jus successione maioratus transfertur ad legitimum, & certum successorem, cumque opponentis pater tempore mortis Antonij, & Michaelis Feyo fuerit superstes sine aliquo consanguineo æquali, A. namque erat in gradu inferiori, & tunc temporis jam mortua esset ultima administratrix, quod statim ad certum, & legitimum successorem transfertur jus successione maioratus; acquisitum fuit confestim opponentis parenti, eo quod mortua administratrice ultima, mortui etiam faciunt consanguinei, & jus successione in illo ab ulla sorte non pendent, & dicendum jus nullo contractu, tam anteaquam, quam postea celebrato possit à se abdicare in præjudicium suorum descendendum ex supra dictis.

Et ita quia A. secundum prædictam causam non est in æquali linea cum opponente, quia opponens est in effectiva directa successoris

M ij

cessoris

cessoris parentis, A. in contentiva remotissima, inter illos fortes locum habere non possunt probatis Antonij, & Michaelis mortibus in vita Ludovici patris opponentis. Vlyssipone 28. Octobris 1681. Sylva & Soufa.

In hoc processu evolvendo, & veritate inquirenda multum temporis, multamque laboris impendimus, faxit Deus, ne oleum, & operam perdidissemus, exclusa optimo jure Rea, & eo qui melius locum se accinxit A. & opponens pro statione persistunt, impigre, & acriter praeliantes, & supposito, quod æquali gradu ultimam attingant possidentem, & uterque ad institutorem sanguinem se referat, pro constanti teneo ad sortis aliam esse admittendos, idque ex testatoris judicio fol. 21. vers. non quidem absone deducitur ad maioratum, quem instituit, Hieronymum filium vocavit, subdens, ut eo sine sobole vita functo, vel ejus posteritate extincta, ceteri ejusdem testatoris filij, quatuor erant, ad sortis fortunam admitterentur, ecce expressim explosa linearum consideratione, & prærogativa, quid enim si fors a juniorem deerrasset, plane linea ex prioritatem temporis nativitatis, eos, qui illas constituunt, æstimatur, *Molin. de primog. lib. 3. cap. 29. & 30.* ergo cum testator filios ad conversum sortis vocavit, ad lineas non respexit, sed tantum ad gradus æquitatem, & sunt quidem attente notanda verba testatoris fol. 21. ibi: *Cada hum dos ditos seus filhos, como forem vivos.* Sed quia lineæ non tam respectu nativitatis, quam etiam vocationis considerari possunt, & debent, semper enim expresse vocatus, & ab eo descendentes, quamvis remotiores, præferendi sunt, *L. cum ita §. in fideicommiss. ff. de legat. 2. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 33. & lib. 3. cap. 6. num. 2. vers. secunda consideratio, Surd. cons. 125. num. 16. Menoch. cons. 325. num. 53. Valenz. cons. 23. num. 34. Gam. decis. 160. num. 3.* in presentibus terminis, omnes filij ad sortes æqualiter admissi sunt, ex quo dici nequit lineam fuisse constitutam ex vocatione, & ne etiam dicatur, acquisitam esse lineam ex occupatione successionis sumus in terminis, de quibus nullus ex ascendentibus contententium successionem occupavit, est ergo amplectenda sententia doctissimorum patrum, qui in præsentem ad sortes recurrendum esse decreverunt. Neque obstat, quod utraque pars in contrarium alleget: non quod opponens, scilicet, quod mortuis illis Feyos absque liberis, patri suo locus aperiretur, cum quo si A. contenderet, jure proximioris gradus vinceretur, quia allegatio ista vanissima est,

inspecta forma ab institutore assignata ibi à fol. 21. ad fin. *Os que mais chegados se acharem*, id est, quod proximiores gradu existant, quibus verbis representatio excluditur, *Gam. decis. 59. num. 4.* & ideo hodie opponens ad ius, quod patri competebar, recurrere non potest, maxime statim alia illa clausula, quamvis diligenter notandam esse adnotavimus, licet *cada hum dos ditos seus filhos, como forem vivos*: quod autem opponens decimo impedimentorum articulo dicit mittendam sortem inter ejus patrem, & illos Feyos, ridiculum est, ignorat, ne nobis vivos occidendi, non vero mortuos suscitandi datam esse facultatem? Quod si fieret, & ad dictos Feyos fors declinaret, quid deinde? Iudicium inter mortuos, solus ille æternus, & omnipotens Index constituet, cum ad ejus adventum resurgemus.

Objecta ab Actore impediende facile diluuntur, toties renunciatio ab opponente parente, & ab ipso opponente facta consistit, sed frustra; nam renunciatio patris filio nocere non potuit, pluribus *Fusar. de subst. q. 597. num. 1.* Secundo ex eadem ratione, qua renunciatio ab opponente facta, ei in præsentem præjudicium non infert, quia renunciatio stricti juris est, *Carleval. de jud. lib. 1. tit. 1. disput. 2. q. 2. num. 138. Valenz. cons. 179. à n. 45.* neque extendi potest de re ad rem, de casu ad casum, vel de persona ad personam, *Cyriac. contr. 283. num. 46. Surd. cons. 426. num. 21.* faciunt quæ *Salgad. in labyrinth. p. 3. cap. 13. à num. 20.* Cum ergo dictæ renunciations in favorem Senatoris quondam Francisci Lopes factæ proponantur, non utique Actori, vel alteri cuique prodesse debent. Iudicato itaque censeo adhærendum. Vlyssipone 30. Martij 1682. Pereyra.

Convenio. Vanvessem.

Nemo sua sorte contentus vivit: uterque impediens sortem, quam illis sententia præstat, rejicere intendunt, & amplius volunt, quod istius maioratus successio per arbitrium judicum, quam per eventum sortis adjudicetur, securius quærat iudicium hominum, quam sortes eventum, sed injuste, quid magis dubium, quam omne illud, quod à iudicio hominum pendet, iudicium sortis dicitur iudicium fortunæ, cuius dux est Deus, ita *Bald. in L. fin. Cod. communia de legat. 1. notabili, & in Psalm. 30. in manibus tuis sortes meæ*, quo in loco *Divus Augustinus in 2. concione ejus Psalmi: fors, inquit, non aliquid mali est, sed res in dubitatione humana, divinam inducens voluntatem*: & ipsa verba scripta sunt in *cap. 26. q. 2.* & in sorte non est electio, sed voluntas Dei, & habetur *Proverbior.*

verbior. cap. 16. in fin. Sortes mittuntur in ſinum, ſed à Domino temperantur : & iterum ejuſdem lib. cap. 18. contradictiones comprimit ſors, inter potentes quoque dijudicat : & Iſaias 34. & miſit eis ſortem, & manus ejus diviſit illis in menſuram : ſi ergo iudicium ſortis iudicium eſt, in quo Dax eſt Deus, & cujus finis pendet à voluntate Dei, iniuſte ſane quærunť impedientes iudicium hominum, & rejiciunt iudicium Dei, optimo ergo jure ſententia impedita hujus controverſiæ deciſionem ad iudicium ſortis mittit.

Sed nimis urgent fundamenta à ſapientiffimo Domino ponderata, in ſua aurea deliberatione hunc maioratum Actori iudicat, & præcipue à fol. 920. verſ. §. At quia, ubi affirmat opponentem virtute renunciationis à fol. 111. jus ſortiandi amiſſe, quod comprobatur ex text. in cap. 1. tit. 26. lib. 2. ſi de feudo defuncti contentio ſit inter dominum, & agnatos vaſſalli §. Titius, & deficiente vice in opponente jam ad ſortes non poterat admitti, in quibus terminis non erat locus electioni, & Actori, qui ſolus remanebat, maioratus ſucceſſionem obtinebat, hanc quidem quæſtionem, quam ſapientiffimus Dominus tetigit, altiorem requirit indaginem, & ſane fateor, quod in re tam ardua, & poſtquam tanti doctiffimi viri ſubtiliter in hujus proceſſu ſerie deliberarunt, mihi ſolum incumbere jam dictis ſubmittere, attamen obligatione coactus neceſſe eſt iudicium meum interponere.

Non facilis quidem deciſionis eſt hujus quæſtionis reſolutio, an ſcilicet opponens jus ſuum renuncians illud amiſit, & priuſquam ad ſolutionem aggredior, quærendum eſt, an personale ſit hoc jus, vel non, & indifficilius ſpecialiter de hoc jure in jure reperitur, ad regulas juris recurrere neceſſarium erit, in quibus habetur, quod omne jus ad hæredes tranſmiſſibile, plerumque ceſſibile eſt, & è contrario, quid quid ad hæredes tranſmiſſibile non eſt, nec id quoque ceſſibile eſt, L. ex pluribus 24. ubi Bart. & alij ff. de adminiſtr. & pericul. tutor. L. non ſolum 67. §. ſi puella ff. de rit. nuptiar. L. ſi ſtipulatus fuerim 26. in princip. ff. de verbor. obligat. Bald. in L. ultim. Cod. de hæred. vel act. vendit. Tiraq. in tract. de retract. lignag. §. 26. gloſſ. 1. num. 47. Et cum hoc jus ad hæredes tranſmiſſibile non ſit, nec cedi, nec tranſmitti poteſt, eſt enim jus personale, quod cedi non poteſt, cum perſonam ipſam non tranſgrediatur, illud eſt jus personale, quod perſonæ adhæret, & ab ea avelli nequit, ſicut ſunt operæ officiales, L. ſi non ſortem §. libertus, & ibi Iaſon in 13. notabili ff. de

Pars II.

condit. indeb. L. pro hærede §. ſi quid tamen ff. de acquirend. hæred. L. opera in rerum ff. de operibus libert. Tiraq. ubi ſupra num. 51. Hoc jus ad ſortes vendi conceditur ab inſtitutore illi tantum in quo paritas gradus reperitur, hæc qualitas gradus inſeparabilis eſt perſonæ, cui adhæret, ergo tanquam personale jus, nec cedi, nec tranſmitti poteſt.

Eſt etiam hoc jus personale, quia extinguitur cum perſona, ſicut uſusfructus, quia ex eadem ratione jus personale eſt, L. 3. §. ult. ff. quib. mod. uſusfruct. amittat. L. 3. L. ſi domina 10. L. ambiguitatem 12. L. corruptionem 16. Cod. eod. Omne jus personale ſubſiſtente perſona ejus, cui inhæret, amplius ſubſiſtere nequit, ſive loquatur de pactis, & conventionibus in perſonam conceptis, ſive de privilegijs, & beneficijs uni alicui nominatim indultis, L. in fin. ff. de conſt. Princip. L. ex pluribus 42. ff. de adminiſtr. & pericul. tutor. L. maritum 12. cum L. ſequenti ff. ſolut. matr. L. non ſolum 8. §. tale legatum ff. de liberat. leg. L. in omnibus cauſis 68. & L. privilegia 196. ff. de reg. jur. Hoc jus ſolum conceſſum fuit habito reſpectu ad qualitatem gradus : ergo circa illam perſonam, cui qualitas gradus inhæret, extendi nequit, & cum ipſa extinguitur, ſicut etiam uſusfructus, & eodem modo, quod uſusfructus, & jus utendi, ac fruendi cedi, nec tranſmitti poteſt ex dict. L. 1. ff. de ſervit. L. 3. §. fin. ff. quibus mod. uſusfruct. amittat. L. uſusfruct. 9. Cod. de uſusfruct. L. ſi uſusfructus 69. ff. de jur. dot. §. finitur 3. inſt. de uſusfruct. tenet Petr. Barb. ad L. uſusfructus 58. à num. 1. verſ. præterea. Ubi late etiam ex eadem ratione, nec etiam hoc jus ſortiandi cedi, nec tranſmitti poterit.

Quibus ſic prænotatis ſubintrat noſtra principalis quæſtio, an opponens, qui hoc jus tranſmittere, nec in alium transferre poterat, ſi per renunciationem, & ceſſionem, quam iſtius juris fecit, illud amiſit : In qua quæſtione etiam ad uſumfructum, & ad jus utendi, ac fruendi recurrere debemus, in quo jure adeo controverſa eſt præſentis quæſtionis dubitatio, nam ceſſione uſusfructus extraneo facta, quod uſusfructus amittatur, variant DD. pro affirmativa, tenent Paul. Caſtr. Alex. Iaſon. & Ripa in L. qui Roma 122. §. duo fratres ff. de verbor. obligat. Emmanuel Mendes in repet. L. cum oportet 6. Cod. de bon. que liber. p. 2. num. 119. Lara in L. ſiquis à liberis 5. §. parens num. 70. ff. de agnoſcend. & alend. liber. Felician. de cenſib. lib. 2. cap. 4. num. 4. Gom. tom. 2. var. cap. 15. de ſervit. n. 17. Donel. lib. 10. cõmentar. de jure civil. cap. 19. pag. 536. & alij plures.

M iij

Alij

Alij verò existimant propter cessionem extraneo factam, jus utendi, ac fruendi non amitti, ex gloss. in *L. arboribus* 12. §. usufructuarius ff. de usufruct. Barb. in d. *L. usufructu* 58. num. 4. ff. solut. matr. Pinel. in *L. 1. p. 3. num. 39. in fin. Cod. de bon. matern. Vvesembach. in paratit. ff. quib. mod. usufruct. amittat. num. 5. Castilb. in tract. de usufruct. cap. 69. num. 22. cum seqq.*

Vbi late, & ibi alios refert, & horum sententia probabilior, & communior est, ut notat *Castilb.* supra, tum quia est opinio nostri *Petr. Barb.* tum quia in §. finitur 3. inst. de usufruct. ait ibi Imperator expresse, quod cedendo extraneo nihil agi: quæ phragis nihil agi idem valet, quod nullius esse momenti. Ideoque, verba ista magno cum mysterio per Iustinianum sunt adjecta, ut is declaret, talem cessionem nullam prorsus, & inutilem reddi, nec usufructus extinctionem, aut amissionem inducere.

Ex quibus omnibus jam apparet vera resolutio nostræ quæstionis, in qua opponens jus personale, & personæ suæ inhærens per dictam renunciationem in R. transmittere voluit, sed inutiliter cessit, & transmissit, & R. extraneum esse, ita ex actis probatur, in quibus pro extraneo iudicatum extat, ergo sicut usufructus extraneo cessus non admittitur, eodem modo opponens jus suum, quod extraneo cessit, illud amittere non debet, quod nullum est, nullum produxit effectum, & cum opponens, nulliter jus suum cessit, & illud non amisit, idem jus habet, quod ante renunciationem habebat, & ad fortes ingredi re debet, ac si non renunciasset, ita ut si fors super illum ceciderit, statim maioratum capiat cum fructibus à lite contestata, adhuc in vita R. cui renunciatio prodelle nequit, tanquam nulliter facta.

Quapropter admitta nullitate renunciationis, & quod per illam jus suum opponens non amisit, omnia corrumpunt fundamenta, quæ in dicta renunciatione nitentur, nec *text. in dict. cap. 1. §. Titius*, nostræ quæstioni adaptari potest, loquitur enim in jure succedendi in feudis, quod jus non est personale, imo transmitti, & cedi potest, & ad hæredes transit, nec vassallus in præjudicium proximioris agnati cedere potest feudum, quamvis in ipsius præjudicium possit, & hoc est quod textus iste decidit, ad cuius intelligentiam videndus est *Cald. de renovat. q. 13. n. 4.* eodem modo jus petendi renovationem est jus in re, cedi, legari, & transmitti potest, *Pinheir. de cens. p. 2. disp. 7. sect. 1. num. 12.* ubi alios refert. Et casus iste adeo diversus est à casu, de quo loquimur, in quo jus renunciatum mere personale est: quoniam oppo-

nens nullum aliud jus habebat, nec aliquam commoditatem, nisi tantum jus sortiendi, & dubiam spem, ut per sortem maioratum capere potuisset, & hoc tantum jus cedere poterat, & nulliter cessit, quod jus personale est, & ideo non transmittitur.

Ex quibus omnibus impedimenta A. à fol. 931. rejicerem, quorum fundamenta factis ex supra dictis subvertuntur, & impedimenta opponentis à fol. 928. reciperem, & pro probatis iudicarem, in illa parte tantum, in qua sententia jubet, quod casu quo fors illi maioratum tribuat, in ejus vita Reus non teneatur maioratum illi restituere, & in hac parte sententia reformanda venit, ut statim Reus maioratus bona restituat cum fructibus à lite contestata, tam Astori, quam opponenti, illi cui fors maioratum dederit. *Vlyssipone 24. Octobris 1682. Motta.*

Circa impedimenta fol. 932. jam evictum est, circa alia vero opponentis fol. 928. dicere tantum incumbit, & quamvis jus utendi, ac fruendi sit personale, attamen si usufructuarius tale jus cessit etiam extraneo, illud amisit tali modo, ut amplius in sua vita recuperare tale jus non potest, ut iterum usufructuarius sit, constat ex desistentia, & cessione fol. 111. quod non solum pater opponentis, sed ipse opponens desistentiam fecerunt in favorem Senatoris Francisci, & ejus descendentiæ, & usufructus perinere jam non potest opponenti in vita sua, & cum pro sua parte in suis impedimentis nihil allegatur de novo, ut sua impedimenta recipiantur, illa rejicerem cum secundo Domino, qui satis docte deliberavit, & cum tertio, cum quibus convenio in confirmationem iudicati. *Vlyssipone 23. Decembris 1682. Almeyda.*

Ad hanc consanguinitatem proximior⁴³⁷ dirimendam, iudicandamque, ad hoc ut declaretur inclusio, aut exclusio successionis maioratus, semper attenditur ad vocationem, & illa deficiente ad illas quatuor qualitates requisitas ad successionem obtinendam, videlicet, linea, gradus, sexus, & ætas, ita ut primo loco attendatur linea, secundo loco gradus, tertio sexus, quarto ætas, ut diximus *Forens. resol. cap. 4. num. 159.* & Me citato hoc in loco doctissima deliberatio, de qua in *comment. ad Ord. tom. 7. lib. 1. tit. 87. §. 4. num. 75.* & infra dicemus late *cap. sequenti*, & de linea ibi diximus, nunc tantummodo ad probandam consanguinitatem, de qua agimus, agendum est de gradu, ad hoc ut per illius considerationem resolvatur consanguinitas proximior requisita ad maioratus successionem, deficiente vocatione, aut linea.

Quia

438 Quia data vocatione, aut admiſſa linea, de qua *cap. ſequenti*, proximitas gradus non computatur, aut numeratur reſpectu ſanguinis, ſed tantum reſpectu ſucceſſionis, & dicitur proximior, qui eſt inſuſus, aut vocatus expreſſe, aut tacite per coniecturas ab inſtitutore, & tunc remotior proximior in ſanguine, & proximior vocatus, aut inſuſus in ſucceſſione, quia datur duplex proximitas una reſpectu ſanguinis, altera reſpectu ſucceſſionis, & iſta præferentiam habet illi, ex alijs *Altograd. conf. 58. num. 90. Peregrin. art. 22. num. 8. & 21. Fuſar. conf. 26. & 9. 357 num. 1. Caſtilib. lib. 5. cap. 93. num. 10. & 11. Giurb. de feud. §. 2. gloſſ. 13. n. 34. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.*

439 Prout etiam non dicitur conſanguineus proximior, ſed remotus, qui eſt in linea poſteriori, licet ſit in ſanguine proximior ultimi poſſeſſoris, *Robles de repræſ. lib. 2. cap. 30. num. 18. & 31. verſ. nam licet, Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 14. & cap. 6. num. 30. Surd. conf. 403. num. 16. Giurb. de feud. §. 2. gloſſ. 6. num. 13. & verſ. nam linea, & verſ. nec exiſtentibus, & verſ. quia linea, & verſ. ita ut linea, & verſ. ſiquidem, & verſ. uſque adeo, & n. 14. verſ. remotior.*

440 Vocatio enim habet primam cauſam ſucceſſionis, *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. & diximus forenſ. cap. 4. num. 122. in ſecunda impreſſione, & ea deficiente linea Molin. de primogen. cap. 3. num. 12. & cap. 6. num. 22. lib. 1. & lib. 3. cap. 4. num. 13. & cap. 6. num. 33. & 50. Cardos. poſt tract. de jur. accreſc. reſponſ. 2. n. 36. Valenz. conf. 57. alias 97. num. 13. Souſa in L. ſæmina num. 16. & 18. ff. de regul. jur. Fontanel. dec. 34. num. 4. & 5. Phab. dec. 22. num. 12. Robles de repræſ. lib. 13. cap. 4. num. 14. Leo dec. 1. num. 69. Cutel. ad Leg. Martin. not. 53. num. 33. verſ. quod ne, Flores var. lib. 1. q. 19. num. 21. & 32. Pereir. dec. 122. num. 1.*

441 Et cum deficiente vocatione, & linea, intret gradus iſte, cum agitur de matrimonio, computantur ſecundum Iuris Canonici diſpoſitionem, & cum agitur de ſucceſſione honorum, aut aliarum rerum, computantur ſecundum diſpoſitionem Iuris Civilis, *Cap. ad ſedem 35. q. 5. Cov. Sanch. Scobar, Gratian. Cevall. Leo, quos refert Creſp. de Valdaur. obſerv. 96. num. 5. & 6. gloſſ. in §. hætenus inſt. de gradib. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 7. tom. 1. Molin. de juſt. tract. 2. diſp. 101. Garcia de benefic. tom. 2. cap. 15. num. 23. p. 7. & num. 25. Surd. conf. 5. num. 20. de qua re diximus in comment. ad Ord. tom. 5. ad tit. 67. §. 15. pag. 378. & dicemus infra cap. ſeq.*

Nam gradus computatio, diverſo modo ſit *442* Iure Civili, quã Canonico, inter tranſverſales; fratres enim Iure Civili dicuntur eſſe in ſecundo gradu, Iure Canonico in primo, quia Iure Civili computantur, non ſolum perſonę, aſcendendo uſque ad communem ſtipitem, ſed ab eo etiam deſcendendo, uſque ad aliam perſonam, de cujus conſanguinitatis gradu quæritur, & tot dicuntur gradus, quot ſunt perſonę in utroque latere, una dempta, ut tenet *Creſpo d. obſerv. 96. num. 1. & 2.* quod Iure Canonico ſolum inſpicitur perſona remotior à communi ſtipite, & enumerantur uſque ad illud tantum, abſque eo quod alio latere deſcendatur. Et quoto gradu diſtat perſona remotior à communi ſtipite, toto gradu dicuntur tranſverſales diſtare inter ſe. Sunt autẽ tot, quot perſonę enumerantur uſque ad communem ſtipitem una dempta, *ex text. in cap. ad ſedem 35. q. 5.* Atque ita filius fratris Iure Canonico diſtat à privato ſecundo gradu, Iure vero Civili filius fratris diſtat à patruo in tertio gradu. Fratres autem patruales, ſive conſobrini diſtant in quarto gradu, proinde in ſucceſſione inteſtata patruus deſuncti præſertur conſobrino, *L. avunculo 6. Cod. com. de ſucceſſ. Parlador. rer. quot. lib. 2. cap. 15. Boer. dec. 202. L. 1. L. Iurisconſultus ff. de gradib.*

443 Quoties autem agitur de probanda proximitate, ſunt conſiderandi tres graduum ordines; nam gradus cognationis, alij ſuperioris ordinis ſunt, alij inferioris, alij ex tranſverſo, ſive à latere, ſuperioris ordinis ſunt parentes, inferioris liberi, ex tranſverſo, ſive à latere fratres, & ſoroꝛes, *L. 1. cum ſimilibus ff. de gradib.* Et quamvis quoties agitur de aliqua ſucceſſione, poſſint concurrere inter ſe ordinis ſuperioris, & inferioris ad ſucceſſionem, non eſt ita in ordine tranſverſalium, quia non poſſunt concurrere, nec ſuccedere cum alijs, quouſque omnes deficient, quamvis ſint ulterioris gradus, *L. 1. ff. de grad. verſ. itaque §. ſint autem verſ. & primo inſt. de honor. poſſ. ubi gloſſ. verbo unde, L. cum ita §. in fideiſcomiſſo, L. peto §. fratre ff. leg. 2. ubi DD. gloſſ. celebris in L. fin. Cod. verbor. ſign. verbo poſt eos, Menoch. conf. 820. num. 9.*

444 In maioratibus autem regulantur gradatim, & ordine ſucceſſivo, *L. ſi ſequens gradus ff. ad Syllan. & ibi gloſſ. verbo ſi ſequens, ubi ſubſtitutus dicitur eſſe in ſequenti gradu reſpectu hæredis, L. 5. ff. unde cognat. ibi: Sed gradu cognatorum ruruſus vocantur, Valenz. conf. 97. num. 87. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 6. num. 349. ibi: Ad quæ addo, quod ordo ſucceſſivus dicitur, quando gradatim deſer-*

ur fideicommissum, etiam inter collaterales, L. ult. Cod. verbor. sign. L. cum ita §. in fideicommissio ff. leg. 2. Et successorium edictum appellatur, cum bonorum possessio defertur, non solum de gradu in gradum, sed etiam de capite in caput, & ibi multos refert, & secundum has resolutiones resolvenda est proximitas consanguinitatis ad inclusionem successoris maioratus.

445 Tota controversia consistit in consanguinitate, & filiatione probanda, quando de ejus allegatione dubitatur, ad cujus verificationem, notandum est legitimitatem filiorum ex legibus esse, & ab eis primum sumptisse nomen, & effectum, cum enim in Imperij Romani venabulis excrecente indies viventium multitudine, natura humana jam diu peccato corrupta libidinis, & incontinentiæ turpitudine rueret in peius, leges, ut effrenatam illam morum tempestatem cohiberent, omnes, qui ex honesto coitu nascebantur, illegitimitatis macula notarunt, & à parentum successione avertere, & solos ex honesto, & iusto conjugio ortos legitimos habuerunt, & legitimitatis privilegijs condecorarunt, ut Iustinianus testatur in *auth. quibus mod. natur. efficiant. sui col. 7. Faber in jurisprud. tit. 9. princip. 2. illat. 1. optime Barra contr. forens. 42. Ramon. conf. 22. & 23.*

446 Igitur de filiis illegitimis, & legitimis, & de ejus filiatione, successione, & consanguinitate transversalium ex illis procedentibus, & ab institutore agendum erit, ut facilius nostra materia resolvatur, & cum illegitimi, & naturales, ut diximus, ante matrimonium nascerentur, de illis agendum primo loco est.

447 Quia cum prima successione causa sit liberorum, *Cap. 1. de success. frat. ibi: Mortuo enim eo, prima causa liberorum est. Cap. 1. de success. feud. auth. de hæred. & falsid. §. inordinatum*, de illis ante omnia dicendum duximus, & notandum legitimorum, & illegitimorum plures esse species, eo quod concubitus, quibus filij procreantur, varius esse possit; siquidem illecebræ multiplices esse solent, quæ parentes ad eam illicitam conjunctionem ineundam deducere potuerunt. Horum enim quidam dicuntur spurij, alij vulgo concepti, varij alij, aut maneres, aut incestuosi, seu nefarij, adulterini, sacrilegi, nothi, Hybridæ, Bastardi, quorum omnium differentias explicarunt, *Paleot. de noth. cap. 16. cum seqq. Rox. de success. ab intestato cap. 1. & 19. Conan. lib. 2. comment. cap. 16. n. 1. Plaça lib. 1. de delict. cap. 41. num. 1. quos refert Fermosin. ad rubric. de filiis præbyter. & alijs illegit. filijs pag. 178. & 179. num. 4. Barb. Telles, Fagn. & Infelix Auctor in ru-*

bric. & tit. qui filij sint legitim. Fajard. in tract. de legitim. per subseq. matr. 2. membr. per tot. Ramon. conf. 22. & 23. ad multa.

Et omnes isti illegitimi solent frequenter appellari spurij, ut prosequitur *Con. d. cap. 16. num. 4. Paleot. supra, Fermosin. n. 5. & secundum Ius Civile dicuntur vulgo quælitæ, qui non habent patrem certum, & quando sunt procreati ex parentibus, inter quos matrimonium consistere non poterat, & dicuntur spurij, licet patrem habeant certum, Fermosin. in d. rubric. num. 6. 7. & 8. Robles de repræs. lib. 2. cap. 13. num. 6. & 8. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. p. 1. num. 490. Solorzan. de parricid. lib. 2. cap. 3. vers. & filij isti, Portug. de donat. Reg. 2. tom. 3. p. cap. 8. num. 65. Guarda statim citandus, Fajard. de legit. per subseq. membr. 2. n. 52. & seqq. & per tot. Cyriac. forens. contr. 8. 9. & 203. Aug. Barb. vot. 67. Molin. de just. tract. 2. disp. 167. Pereir. de jur. ind. lib. 1. cap. 17. n. 16. & cap. 28. n. 16. & lib. 3. politic. cap. 10.*

Hi, inquam, spurij vocantur etiam bastardi, ut in *gloss. rubric. ff. de concubin. quod nomen est generale comprehendens omnes spurios, aut è contra, ut tenet Fermosin. ad d. rubric. n. 9. pag. 179.*

Quando autem isti filij dicantur nati ex damnato, & punibili coitu, & succedant, vel non, disponit *Ord. lib. 4. tit. 93. & tenet Barb. ibi, Fermosin. d. rubric. n. 10. & 11. ubi multos refert, & ultra eos Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. p. 1. num. 502. & seqq. omnibus citatis Portugal d. cap. 18. num. 76. & seqq. Præceptor Guarda in privat. schol. ad text. in cap. 2. de pignor. ad verb. filium ejus, Sanch. lib. 4. consil. cap. 3. dub. 1. & seqq. Barra contr. 42. forens.*

Inter hos illegitimos alij etiam appellantur filij naturales, qui sic dicuntur de Iure Civili, *L. penult. & fin. de concubin.* & sunt qui fuerunt procreati, ex concubina domi retenta, & hodie de Iure Canonico, & Regio dicuntur, qui nati sunt ex soluto, & soluta, inter quos non datur impedimentum ad contrahendum matrimonium, ut tenet *Fermosin. in d. rubric. num. 5. & disponit Ord. lib. 4. tit. 92. cap. innotuit de elect. cap. cæta qui filij sint legitimi, Pereir. dec. 12. Robles de repræs. lib. 2. cap. 11. num. 7. Fajard. de legitim. per subseq. num. 23. & 46. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. p. 1. num. 136. & seqq. cum multis alijs exornat Portugal d. 3. p. cap. 18. num. 36. 37. & seqq. optime Gam. dec. 322. Ozasc. dec. 154. Gratian forens. cap. 958. n. 3. Peregr. de jur. fisci lib. 3. cap. 18. n. 20. Aug. Barb. vot. 114. Noguierol. alleg. 25. Scobar de puris. p. 1. q. 4. §. 6. Larr. dec. 43.*

452 *Ramon. conf. 22. & 23.*
 Ob idque naturales vocantur, quia generavit eos natura, non honestas; & è contra quidem in illis, qui legitimi dicuntur, ex legitimo matrimonio nati, ex *cap. quod vobis, cap. causam qui filij sint legitimi. & ibi DD. Princip. inst. de patr. potestat. cum alijs Fermosin. d. rubric. num. 5. & n. 22. Carvalb. in cap. Raynald. de testam. 1. p. num. 159. ubi multa jura refert, Capon. discept. 266. à 1. 2. & 3.*

453 Quamvis enim currente tempore Romanorum, de quo diximus supra, & loquitur *Fermosin. d. rubric. num. 19. & 20.* naturalium liberorum nomen fuerit legibus cognitum, & varie ab Imperatoribus legitimationis consequendæ fuerint apertæ viæ, & ipse ex legibus primo sunt, quas postea Pontifices Romani confirmarunt, inter quas prima illa est subsequenti matrimonij, quâ primus *Constantinus Christianam Religionem* (ut credibile est) jam tum professus, constituit in *L. Divi Constantini Cod. de nat. liber. & quam postea suis quisque temporibus, Zeno, Anastasius, & Iustinianus, sicut amplexi in L. lubemus, & in L. cum quis 10. & in L. nuper 11. Cod. eodem tit. & postea confirmavit, & instituit pontificia manu, Alex. 3. in cap. tanta qui filij sint legitimi, de cujus materia ad varias quæstiones agunt DD. quos Ego ipse refero in comment. ad Ord. tom. 1. ad tit. 1. § 6. gloss. 55. pag. 223. n. 13. & 14. & ultra eos Telles Fagnan. ad d. tit. Roxas de incomp. maiorat. p. 1. cap. 4. n. 18. & seqq. apud quos videre poteris omnes circa de legitimitate quæstiones, & apud Doctiss. Aguil. ad Roxas in add.*

454 Et cum filij illegitimi prius fuissent cogniti apud Romanos ex eodem *Fermosin. in d. rubrica, de eorum filiatione, & probatione consanguinitatis operæ pretium duxi primo in loco, ad hoc ut possit constare de proximitatis probatione, ad nostrum intentum, & illi possint includi, vel excludi, ut infra dicemus, à successione maioratus; & postea dicemus de legitimitatis probatione, & consanguinitatis justificatione, adeo necessaria in hac successione controversia, ut sine illius probatione non possit causa juridice resolvi, pro cujus resolutione notanda sunt sequentia.*

455 Imprimis certissima est juris regula, quod qui se fundat in filiatione naturali tantum, debet illam concludenter probare, quia eisdem modis probanda est naturalitas, quemadmodum legitimitas, quæ tam doctè, quam copiosè, & luculenter probat in nostris terminis *Cæsar Manent. conf. 139. à num. 20.*

ut ne actum agamus, liceat ejus verba transcribere, & sunt, quæ sequuntur: *Adest tandem instrumentum transactionis, in quo ipsa expresse admisit, se nescire matrem suam; & ubi sumas incerti de matre alicujus, ille semper præsumitur spurius, Lupus de illegit. cõment. 2. §. 3. num. 41. non mirum si nunquam curavit facere capitula de matre sua, prout facere tenebatur, si talis fuisset. Malvasia conf. 54. sub num. 8. & 9. quia eisdem modis probanda est naturalitas, quemadmodum legitimitas, Abb in cap. 3. qui filij sint legit. Ruin. conf. 52. num. 2. circa medium in 5. Riminal. Jun. conf. 611. num. 33. Præf. lib. 5. dub. 4. n. 218. fol. 548. Albens. conf. 83. num. 21. Asin. dict. tit. de filiat. cap. 162. Purpurat. conf. 414. num. 2. Quod tamen sibi facile erat probare, si naturalitas fuisset; quia filiatio licet sit difficilis probationis respectu patris, facilis tamen est respectu matris, Aym. loco citato cap. 164. num. 8. & eo magis facilius in nato ex muliere soluta, Socin. Jun. conf. 67. n. 6. in 4. Hinc Bald. in L. 1. num. 34. Cod. qui accusar. non poss. triplicem esse probationem filiationis constituit, necessariam, probabilem, & præsumptam: necessariam dicit respectu matris, quia cum illa semper sit certa, tanquam facilis, probatione non necessario concludere debet, non præsumptive, sed probabiliter, prout est respectu patris. Sequitur *Decianus conf. 40. sub num. 1. in 5. Benedictus in cap. Raynutius vers. quæ filium ex eo suscipiens sub num. 15. de testament. Alciat. conf. 58. num. 8. & 9. Menoch. de arbitr. cas. 89. num. 3. & 4. Mascard. de probat. concl. 787. num. 8. Cotta in vers. filius præsumitur in fin. & Doctores ad probandam filiationem, & ejus qualitatem, semper formant capitula de patre, & matre, Fulgos. in L. quoties sub num. 1. ff. de probat. Asinus dict. tit. de filiat. cap. 150. Vbi late. Sed ubi sumus incerti de conditione matris, non possumus scire qualitatem filij, quia illegitimus filius semper sequitur conditionem matris, non patris, *Surd. de aliment. tit. 1. q. 22. num. 20. fol. 19. ideo ignorata matre filium præsumi spurium, & non naturalem, scribit Riminal. Jun. conf. 187. num. 83. & 92. text. est, & ibi Bald. in L. vulgo concepti in 1. lectur. ff. de stat. hom. Vbi si filius non potest probare, ex quo patre, vel matre natus sit, non potest dici filius, & quod non potest dici, non potest probari, idem probat text. in L. neque naturales Cod. de probat. ubi pater dicebat filiam esse ingenuam, & liberam, non servam, quia se esse talem probabat, sed Imperator inquit, quod illa probatio non concludit, quia non probat hoc esse, quod ab hoc contigit abesse, pater***

pater quidem potest esse liber, & ingenuus, sed non filia, cum possit esse, quod sit ex serva, & matre ancilla. Unde colligit ibi *Sal. num. 2. in fin.* quod filius nunquam dicitur liber, & ingenuus, quando ignoratur, vel non probatur, ex qua matre ortus sit, idem dicit *gloss. L. circa 14. in verb. ingenuitatis ff. de probat. ibi: Respondeo, quia constat fundum aliquando fuisse liberum, sed non hominem, quia servus nasci potuit, ideo ad probandam filiationem legitimam, vel naturalem, semper Doctores, ubi dixi, formant capitula de patre, & matre certis; quia ex illis duobus extremis datur filiationis qualitas, non ex uno tantum, Bald. in dict. L. neque natales num. 10. Barbat. conf. 27. col. 57. circ. med. in 1. Sed ubi mater ignoratur, non potest dici filium esse naturalem, quia si debet esse soluta, quomodo sciri potest hæc qualitas, si ignoratur substantia? Nempe quæ sit mater, non potest sciri, inquit *Beroius conf. 20. num. 25. in 2.* an quis sit legitimus, vel naturalis, nisi habeamus cognomen ejus naturalem, *Asin. dict. tit. de filiat. cap. 249. num. 2. & Anchar. conf. 225. videtur prima sub num. 5. in fin.* scribit, quod filius non potest constitui in quasi possessione, naturalis si ignoratur mater, sequitur *Barb. conf. 27. sub num. 12. circa med. in 1.* ubi sumus incerti de statu filij, ille non potest institui, nec illi aliquid legari, *Patian. de probat. cap. 17. n. 5. in 2.**

456 Addo, quod ille, qui se naturalem appellat, necessario plura dicit, & supponit, nõ dico de Iure Civili tantum, quia nunquam potest dici naturalis, nisi natus sit ex concubina indubitato affectu in domo retenta, videntibus, & scientibus vicinis, *Ruin. conf. 52. num. 2. in 5. Asin. ubi supra cap. 141.* Sed etiam apud Canonistas requiritur saltem, quod sit natus ex soluto, & soluta, & ex talibus solutis, inter quos tempore conceptionis potuerit contrahi matrimonium, *Auth. si quis liberos Cod. de natur. lib. §. ad hoc autem, Auth. ut licet matri, & avia.* Igitur omnia ista debent probari, non autem supponi, vel præsumi. Primo, quia daretur multiplicatio præsumptionum, & fictionum in eodem subjecto filiationis, quod non admittitur in jure. Secundo, quia filius necessario fundat se in tempore conceptionis, quod scilicet potuerit tunc matrimonium existere, inter patrem suum, & matrem suam, & fundans se in tempore omnino teneatur illud probare; ergo omnia ista non sunt præsumenda, sed probanda, & justificanda, neque etiam sequitur absurdum, quod plus faveamus illegitimis, quam legitimis, & naturalibus; sed isti si volunt succedere patri,

tenentur articulare matrem, & patrem, & eorum matrimonium in facie Ecclesiæ sequutum, vel quod saltem fuerint tenti, & tractari pro vero, & uxore, & ex illis simul cohabitantibus nati fuerint, & educati, *Barb. in L. filium definimus, ff. de his, qui sunt sui in L. non modis Cod. de probat. Alexand. conf. 51. num. 2. in L. par. modo,* qui dicit se naturalem, tenetur supra scripta probare, alias patri non debet succedere, ut cum multis dicit *Fermosin. ad rubric. de filijs præbyt. num. 22.*

Idem *Cæsar Manent. conf. 145. num. 18. 457* *vers. & quod filius, his verbis,* & quod filius præsumatur spurius, etiam de Iure Canonico clare scribit *Cephal. conf. 82. num. 65.* & ante eum *Gloss. in cap. transmissa in verb. spurius, qui filij sint legitimi,* & quod ubi quis instituit filium suum, nec expressit matrem, & constat testatorem nunquam habuisse uxorem, filius, ille dicitur spurius, & incapax, scribit *Alexand. in L. 3. in princ. ff. de liber. & posth. & antea in eodem numero ibi,* ecce quod Doctores, qui tenentur servare Ius Canonicum, volunt expresse, quod filius in dubio præsumatur spurius, ut non succedat patri.

Ex quibus concluditur evidentissime A- 458
ctorem probare debere filiationem naturalem tantum articulando de patre, & matre, & quod erant soluti, quodque inter ipsos poterat celebrari matrimonium in facie Sanctæ matris Ecclesiæ, sicque quod est de genere capacium ad succedendum; & denique concluditur quoad præsentam successionem, nec de Iure Canonico habere præsumptionem pro se naturalitatis, imo in dubio præsumi spurium.

Quæ eo usque procedunt, ut sit certissimum, si filius prætendat succedere parentibus ex testamento, vel ab intestato, vel alio quocunque titulo, debere probare capacitatem, & naturalitatem tantum, ut tradit, & ex multis probat *Felicius Patianus in tract. de probat. lib. 2. cap. 17. num. 24.* Id quod indubitanter, & absque ulla limitatione receptum est, quando filius naturalis est Actor, quia tunc debet legitimare suam personam, idem *Patian. dict. cap. 17. num. 23. Præcis conf. 18.* qui loquitur in legato facta per patrem filio tantum naturali, & inquit, quod in dubio præsumitur spurius, & incapax dicti legati, nisi ipse probet se naturalem, & capacem, qualem se facit, quia est Actor, *Turreus conf. 67. num. 16. in 1.* loquitur in filio instituto tanquam naturali, qui volebat immitti in possessionem bonorum patris ex remedio *L. fin. Cod. de edict. Divi Adrian. toll.*

toll. & inquit, quod in dubio præſumitur ſpurius, & incapax institutionis, & quod ſola nominatio, & institutio, non conſtituit illum in quaſi poſſeſſione naturalitatis, quando tractatur de conſequenda hæreditate patris ſibi relicta, *Peregrin. conf. 41. n. 8. lib. 1.* inquit, quod in dubio filius illegitimus à patre inſtitutus præſumitur incapax, & teſtatur de communi, licet *Craveta* contrarium dicat, ſed in Reo, idem *Peregrin* in tract. de iur. fiſc. lib. 3. tit. 18. num. 12. ponit quaëſtionem, an in dubio filius præſumatur ſpurius, vel naturalis, ut ſit capax, vel incapax, & diſtinguit, aut ipſe eſt Actor, aut Reus, ſi Actor, præſumitur ſpurius, quia ad ipſum ſpectat onus probandi, *Rota novif. deciſ. 254. num. 2.* inquit, quod filius dicat ſe naturalem, ut ſuccedat, cum ſit fundamentum eius intentionis, hæc debet probare, eadem *Rota in diſcuſſ. poſt deciſ. 811. num. 10. in 1.* inquit, quod filius Actor, ſi fundat ſuam intentionem, quod ſi naturalis, debet hanc qualitatem omnino probare, & quod *Craveta conf. 166.* non audeat affirmare contrarium, licet dixerit, quod filius in dubio præſumitur naturalis, ſed loquitur in Reo, *Gutierr. pract. lib. 2. q. 112.* dicit, quod ſi filius agit, ut ſuccedat tanquam naturalis, debet probare ſe talem, quia eſt fundamentum ſuæ intentionis, *Bertrandus conf. 158. in fin. in 2. p. 1.* inquit, quod filius, agens tanquam naturalis, ut obtineat bona matris ab altero poſſeſſa, debet concludenter probare ſuam intentionem, *Trentacinq. conf. 71. n. 12. & 13. in 1.* dicit, quod aut filius eſt Actor, aut Reus, ſi Reus præſumitur naturalis, & ſucceſſibilis, non ſpurius, & inſucceſſibilis, ſecus ſi Actor; quæ omnia, & alia plurima ex auctoritate aliorum graviffimorum Doctorem adducit *Cæſar Manent. in dict. conf. 145. n. 14. 17. & 18.* & melius, & clarius idem *Cæſar Manent. conf. 136. num. 8. 9. & 10.* Ubi expreſſe tenet, quod filius inſtitutus à patre tanquam naturalis teneatur omnino probare naturalitatem, & ſic concubinatum, alias excluderetur per conſanguineos teſtatoris, quia alio non apparente præſumitur ſpurius, nec hoc caſu ſtatutæ aſſertioni patris in teſtamento, vel extra teſtamentum, quia non eſt in eius facultate facere naturalem, qui eſt ſpurius, & in dubio, quod filius illegitimus, potius præſumatur ſpurius, quam naturalis, pene infiniti Doctores teſtantur, quos allegat, & ſequitur *Manent. dict. numer. 10.*

460 Et eſt generale etiam in materia ſucceſſorum illegitimorum, quod is, qui prætendit ſucceſſionem, teneatur probare conſanguini-

nitatem per lineam legitimam, quia alias poſſet eſſe conſanguineus, & inhabilis ad ſuccedendum, puta, ſi illegitimis deſcenderet, ut ex *Iafone, Nata, Decio, Maſcardo, Oddo, & Patiano*, quos ſequitur, & tenet *Cancer. part. 1. var. cap. 5. a num. 66.* quia quamvis à jure quis præſumatur bonus, non tamen ſe poteſt fundare in iſta præſumptione ad aliquid obtinendum, ut ex *Decio in cap. ſuper literis num. 31. de reſcriptis, & in cap. Oſcius Episcopus, de electione*, concludit *Cancer. dict. loco num. 67.* Si ergo legitimi, qui ſunt Actores, concludenter debent probare legitimitatem ad obtinendum, ut etiam infra dicemus, quanto fortius naturales tantum, alias fruſtra ſtaret diſputatio Doctorem, an filius illegitimus præſumatur, ſpurius, vel naturalis, quia ſi in dubio non præſumeretur ſpurius, ſed capax ex teſtamento, vel donatione, ipſe nihil aliud teneretur probare, cum ſive naturalis, ſive ſpurius haberet intentum, & hoc modo ſemper foret capax, ſeu de genere capacium, & ſic melioris eſſet conditionis, quam legitimus, qui ſemper ubi eſt Actor, ut ſuccedat patri, tenetur probare matrimonium, verum, vel præſumptum, parentum ſuorum, alias non admitteretur, ut ratiocinatur *Manent. dict. conf. 145. numer. 12. verſ. firma igitur*, & melius concludit *Rolandus conf. 74. in 1. num. 133. cum ſeqq.* ubi inquit, ſi filius agat, vel ut naturalis, vel ut legitimus, nunquam obtinet, niſi probeſt ſe talem, quam ſequitur *Manent. ibid. n. 18.* & tenent alij infra citandi.

Atque ita vocatus tenetur concludenter, & omnino probare, ſe eſſe filium naturalem tantum patris, & non ſufficit aſſertio patris in teſtamento, nec tractatus, & habitus, ut filius naturalis, ita cenſit *Oldradus conf. 196.* omnino videndus, ubi negat naturalem eſſe filiam natam ex patre nobili, & paupercula muliere, licet ſoluti fuiſſent, *Alciat. conf. 51. num. 1. volum. 5.* ubi loquitur in legato facto per patrem filio tanquam naturali, & inquit, quod illi non creditur, *Surd. conf. 177. num. 41. & ſeqq.* loquitur in donatione facta per patrem filie naturali, & inquit, quod præſumitur ſpuria, & quod non creditur patri aſſerenti illam eſſe naturalem, quia iurimus in prohibitis, idem *Surd. conf. 384. num. 43.* inquit filium illegitimum à patre inſtitutum præſumi incapacem, & quod præſumitur ſpurius, & non naturalis, etiam ſi pater in teſtamento illum eſſe naturalem dixerit, idem *Surd. de aliment. tit. 1. q. 10. poſt n. 35.* Vbi dixit, hæc ratio non concluderet, cum quis inſtituitur tanquam naturalis, vel ubi fuiſſet, quid relictum, tanquam tali, quia

quia tunc onus probandi naturalitatem, & capacitatem, pertinet ad ipsum institutum, vel honoratum. *Reminald. Junior conf. 215. num. 7.* inquit, quod filius in dubio præsumitur spurius, non naturalis, & sic incapax, licet pater esse naturalem dixerit in suo testamento. *Mascard. conclus. 1085. numer. 4.* ubi si filius se fundat in qualitate naturali, debet illam probare, quia non statuitur assertioni patris in testamento, quod ille sit naturalis. *Menoch. conf. 318. num. 14.* inquit, quod filius in dubio præsumitur spurius, non naturalis, etiam si pater illum nominasset naturalem: & *conf. 651. num. 12. & seqq.* dicit filium institutum à patre, ut naturalem, præsumi spurium, non naturalem, & sic incapax, & patri non esse credendum, quia dicitur sequutus vulgi opinionem communem, ex qua spurij, & incapaces solent etiam dici naturales. *Guidobonus alleg. 128.* agit de filio illegitimo vocato, & substituto à patre: & *num. 3.* dicit, quod in dubio præsumitur spurius, etiam si pater nominasset naturalem in testamento, & quod non existente sobole legitima, neque ex testamento, neque ab intestato, neque inter vivos capere de bonis patris, *Patianus de probat. lib. 2. cap. 17. numer. 6.* qui inquit, etiam si pater filium nominasset naturalem, quia alio non docto, spurius præsumitur, quæ, & alia quamplurima scripsit *Manent. dict. conf. 145. n. 12. usque ad 19.*

462 Et licet *Alciatus* sibi contrarius in alio consilio, nempe in *conf. 58. num. 13. lib. 9. vers. non omitto*, voluerit, quod onus probandi (non esse naturalem) transfertur in adversarium, tamen loquitur contra communem, ut ex supra dictis patet, & non loquitur de institutione, sed de legato, nam posset conciliari, quod loquitur de legato alimentorum, quod de Iure Canonico potest capere spurius, ex testamento patris: & denique notatur *Alciatus* de varietate, & inconstantia in suis consilijs, quia cum bellica affligeretur, coactum fuisse advocaciones, responsaque consulentibus dare, unde non mirum, si pro cliente magis, quam pro veritate respondisse dignoscitur in recitato consilio, itaut nullam profecto fidem mereatur, quæ sic formaliter notavit, & scripsit contra *Alciatum*, *Radenascus in conf. 1. n. 92. lib. 1.* Et enuciativa facta in testamento, vel alio instrumento nihil probat, de filiatione naturali tantum, ut cautum est ab Imperatoribus *Valeriano*, & *Gallieno in L. neque possessio 5. Cod. de test.* dum dicunt: Neque professio, neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati præjudicat, & quæ ut

filij testamento relinquuntur juxta ea, quæ à Principibus statuta jura non debent, quod juris est idem dispositum est in *L. non nudis Cod. de probat.* dum dicitur, non nudis adsecurationibus, neque mentita professione, licet utrique consentiant, sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemnij filij Civili jure patri constituuntur, quibus, & alijs sic probat *Genus in suo tract. de enunt. verbis 9. 33. num. 1. & 2. per tot.* ubi tenet regulariter per verba enunciativa non probari, *Cæsar Manent. dict. conf. 145. num. 18. in fin.* ibi: *Et in uno instrumento dotis, ubi enunciatur naturalis ex quibusdam alijs conjecturis valde remotis inferentibus, potius ad spurietatem, quam ad naturalitatem.*

Neque probant testes deponentes de naturalitate tantum, quia debent deponere de patre, & matre certis, esse filium ex soluta, & soluto, & si deponant de patre, & non de matre, nulla probatio matris potest resultare, quia si fuit soluta, est probandum per rationem sui status, quia non erat nupta, nec in Religione professa, & cum mater non nominetur, nec sciatur, impossibile est concludere matrem solutam fuisse, sicque cum testes de ijs nullam reddant rationem, nullam facere possunt probationem, per ea quæ ex sententia Senatus sui docuit *Cancer. p. 1. var. cap. 13. num. 43.* ubi tenet, quod ad hoc ut testes probent, debent reddere rationem sui dicti, & in nostris terminis *Manent. conf. 138. num. 64. & 65.* cum illis formalibus verbis: *Pariter non concludit, quod sit naturalis, nisi probetur, quod fuerit concubina, vel soluta, licet probetur patrem solutum; & satis abunde probatum est supra, ex Manent. dict. cap. 39. à num. 19.* Vbi constat probationem respectu matris, non debere esse præsumptam, sed necessariam; quia mater semper est certa, & cum sit facilis probationis, necessario concludere debet, non præsumptive, ubi plurimos allegat ad istam indubitam sententiam confirmandam.

Deinde quando testes non deponunt de nominatione, tractatu, & reputatione filiationis certa, & indubitata, sed tantum dubitativa, & valde incerta, & varia, non probant, imo spurietatem confirmant, per ea quæ docet *Manent. dict. conf. 136. n. 15.*

Et pro clariori omnium supradictorum intelligentia, animadvertendum est, filium ad suam filiationem prætenfam probandam posse quidem ipsam juvare, & suffragari quoad possessorium filiationis, nullatenus vero quoad petitorium, ut doctè probat in nostris terminis *Fulvius Patianus de probat. lib. 2. cap. 6. num. 17. & 279.* quem sequitur pluri-

Pluribus alijs allegatis *Cesar Manent.* in dict. conf. 138. à num. 37. & num. 57. Vbi plurima argumenta, & concludentiſſimas rationes ad aliud institutum probandum cum cupioſiſſima Doctorem allegatione adducit, & late percurrit, & conf. 139. num. 42. & melius num. 44. ibi: *Quia in petitorio non ſufficit ſola nominatio, & tractatus patris, ſed requiritur, ut plene, & concludenter probetur naturalitas.* Alciat. conf. 5. num. 57. lib. 4. *Malveſia* conf. 64. num. 15. & 16. *Surd.* conf. 423. num. 40. *Puteus* deciſ. 173. num. 2. in 2. quæ eouſque procedunt, ut in caſu institutionis univerſalis conſtituitur in quaſi poſſeſſione filiationis, ut ex *Mascardo*, *Surdo*, *Rolando*, *Lupo*, *Galiaula*, *Riminaldo Iunior*, & *Riminaldo Seniore* tenet *Manent.* dict. conf. 138. num. 21. licet contrarium teneat *Valenz.* conf. 169. num. 64. & ſeqq. quia convincitur ex dictis.

466 Nec obſtant prætenſi tractatus, fama, aut nominatio probata; quia iſta poſſunt ſe habere ad filiationem ſpuriam, vel adulterinam, & inceſtuofam, atque ad naturalem, ut probat in terminis *Patianus* dict. cap. 6. num. 29. & clarius *Manent.* dict. conf. 138. his verbis: *Sic nec ex dote, vel alimentis præſtitis alicui, tanquam filie, probatur illam eſſe legitimam, vel naturalem, quia etiam ſpurie, adulterine, & inceſtuofæ debentur illa.* *Roland.* conf. 22. num. 26. in 3. *Surd.* conf. 1. num. 47. *Gabriel* conf. 26. ſub num. 5. in 1. *Menocho.* de arbitr. caſu 89. num. 78. Et caſu quo dicti tractatus, & nominatio poſſent prodeſſe filio ad poſſeſſoriam, vel ut dicitur, eſſe in quaſi poſſeſſione filiationis, hoc poſſet procedere contra patrem ſic conſententem ad eum obligandum, ut præſtet alimenta, ſeu dotem, quæ etiam filijs adulterinis ſunt præſtanda, ex his quæ docuit *Genua* de enunciatiſſis verbis lib. 2. q. 33. à num. 23.

467 Neque æquitas Canonica poteſt aliquo modo juvare prætenſionem, quia quamvis de æquitate Canonica debeantur alimenta filijs, non ſolum naturalibus tantum, verum etiam adulterinis, & ſpurijs, per ea quæ docet *Cancer.* part. 1. var. cap. 5. num. 46. tamen illa æquitas non procedit, quando filius prætenſit hæreditatem, quia tunc non poteſt ſe fundare in filiatione præſumpta, ſed concludenter debet probare qualitatem filiationis, in qua ſe fundat, ut ſucceedere poſſit, ut jam dictum eſt, ut probat *Cancer.* dict. cap. 5. num. 66. & 67. quæ eouſque procedunt, ut filius, etiam de Iure Canonico, præſumitur ſpurius, ut ex *Cephal.* conf. 86. num. 65. & ex gloſſ. in cap. tranſmiſſa in verbo ſpurius, qui filij ſint legitimi, tenet

Pars II.

Manent. dict. conf. 145. num. 18. verſ. Et quod filius, & dict. conf. 139. num. 29. ibi: *Sed etiam apud Canonistas requiritur ſaltem, quod ſit natus ex ſoluto, & ſoluta, & talibus ſolutis, inter quos tempore conceptionis potuerit contrahi matrimonium.* Auth. ſiquis liberos Cod. de natural. liber. §. ad hoc autem, Auth. ut licet matri, & avie, & in omuem eventum illa opinio, quod filius non præſumatur natus ex damnato coitu, poteſt procedere quoad effectum ſucceedendi, ut probat *Patianus* de probat. dict. cap. 17. num. 5. quem ſequitur *Manent.* dict. conf. 45. num. 18. & *Cancer.* ubi ſupra num. 60. & ſeqq. ſic conciliando dictas contrarias opiniones, ex *Gutierr.* præct. quæſt. lib. 2. q. 112. tenet *Manent.* quod æquior ſit illa opinio, ut cum filius eſt Actor, quod tunc præſumptio juris eſt contra filium, quod ſit ſpurius, his verbis, tandem diſtinguendo dixit, quod aut filius agit, ut ſucceedat tanquam naturalis, & debet probare ſe talem, quia eſt fundamentum ſuæ intentionis, & tunc procedit illa opinio, quod filius in dubio præſumitur ſpurius, & ſic incapax, aut vero eſt Reus, & poſſidet bona patris, & ille, qui agit, & dicit illum ſpurius, & ſic incapax, tenetur probare; quia tunc præſumitur naturalis, & capax, & hoc caſu procedit altera opinio, & in fine quæſtionis inquit hanc Doctorem concordiam eſſe veriſſimam, *Petra* de fideicommiſſ. q. 11. num. 223. ponit quæſtionem, an filius in dubio præſumatur naturalis, vel ſpurius, & inquit quod æquior eſt illa opinio, quod potius præſumatur ſpurius, & quod nunc ipſe adhæret huic opinioni, licet a ias tenuerit contrariū, ex quibus concluditur evidentiffime, tam de Iure Civili, quam de Iure Canonico, filium præſumi ſpurius, & ſic incapax eſſe paternæ ſucceſſionis, & non ſolum excludendum à prætenſa ſucceſſione paterna vigore teſtamenti paterni, verum etiam declarandum incapax eſſe dictæ ſucceſſionis, & quod pater non potuit inſtituere illum in teſtamento, quia tam ex teſtamento, quam ab inteſtato eſt inſucceſſibilis, per text. in auth. ex comp. Cod. de inceſtis nuptijs, auth. quibus modis naturales efficiuntur legitimi §. ſin. auth. licet Cod. de naturalib. liber. in fin. cap. tanta, cap. referente, cap. per venerabilem, qui filij ſint legitimi, & pluribus Doctorem auctoritatibus probat *Carvalh.* de una, & altera quarta p. 1. num. 491. *Fontanel.* deciſ. 415. à num. 11. ubi confirmat cum deciſ. *Senatus*, *Peguera* tom. 2. cap. 55. & in noſtris terminis terminantibus, quod non poſſit fieri ſubſtitutio in favorem filij ſpuriij tenuit *Pat. Thomas Pellicion.* quæſt. illuſtr. cap. 42. pag. 373.

N

verſ.

vers. tanta, his verbis: *Tanta est inhabilitas, ut non possit fieri substitutio in bonis paternis in beneficium spurij.* Bart. in *L. fin. ff. de his quibus ut indignis, late Peregrin. de jur. fisci tit. 18. de natural. & spur. & supra dicta procedunt, etiam in foro conscientie, Sylac. verbo filij, Covarr. in reg. peccatum p. 2. §. 8. num. 6. Molin. de just. & jur. disp. 167. Lessius de just. & jur. lib. 2. cap. 19. dubit 6. Valer. in different. utriusque fori in verbo hereditas, differ. 11. Henriq. de matr. cap. 20. §. 5. litter. T. Bertrandus Argenteus ad consuetudines Britannie tit. de Bastard. art. 450. col. 1640. litter. B. hec scripsit. Nihil in morte ex testamento, nihil in vita per contractum a patre in filium bastardum conferri posse, quod alimentorum titulum, aut causam excedat: de qua re, & successione est videndus cum multis Portug. de don. reg. tom. 2. 3. p. cap. 18. num. 35. vers. an. & num. 36. & seqq. ubi ad varias quaestiones, & diximus tom. 9. comment. ad Ord. ad lib. 2. tit. 26. Atque ita semper in nostra specie filius Actor praesumitur spurius, si non probaverit matrem esse certam, & ipsum esse naturalem, quamvis contrarium, & praesumi in dubio esse naturalem, & non spurium, teneant Bald. conf. 443. num. 4. lib. 1. Cov. de spons. p. 2. cap. 8. §. 3. num. 1. Mascard. concl. 1890. num. 2. Mantic. de conjectur. lib. 4. tit. 3. num. 21. Menoch. de praes. lib. 6. praes. 54. num. 4. Gut. 2. pract. q. 112. num. 1. Phab. dec. 68. num. 10. Thesaur. forens. q. 83. num. 2. lib. 2. Barb. vot. 114. num. 24. & in successione hereditatis, Bald. supra, Tello Fern. in *L. 11. Taur. num. 3.* Garcia de expens. cap. 2. num. 21. Paleot. de noth. cap. 20. num. 30. Lara de vita homin. cap. 7. num. 47. & 48. Surd. de aliment. tit. 1. q. 10. num. 35. & seqq. Castilb. lib. 5. contr. cap. 124. num. 1. Gratian. cap. 958. n. 24. Merlin. de legitim. lib. 1. tit. 2. q. 5. num. 41. Leon. dec. Valent. 81. num. 4. & 19. per tot. Ludovis. dec. 18. n. 24. Beroi. conf. 19. Berret. conf. 118. n. 9. & 10.*

468 Quia procedit haec opinio, quando mater est certa, & filius est Reus, ut diximus, non vero quando est Actor, quia tunc tenetur probare naturalitatem, alias praesumitur spurius, maxime si sit Actor, non vero quando est Reus, & constat esse filium, quia tunc praesumitur naturalis, & si agit, spurius, ut supra diximus, & probat text. in cap. aliter 30. q. 5. gloss. penult. in cap. lator, qui filij sint legitim. Menoch. lib. 6. praes. 54. Matienq. in *L. 9. tit. 8. lib. 5. recop. gloss. 3. n. 8. & 12.*

469 Atque ita tenetur filius Actor, qui praetendit maioratum, aut hereditatem, & agit contra tertium, probare concludenter filiationem naturalem, & esse filium, & ut dixi-

mus non sufficit assertio patris in testamento, neque etiam probatio filiationis praesumptiva, de qua statim dicemus, sed requiritur plena probatio, quia contra tertium agit de auferendo maioratu, aut hereditate, cui assertio, aut recognitio, testamentumque non potest praesudicare, nec sufficit ad obtinendum contra possessorem, nisi probatio legitima, & non praesumptiva, nec patris confessio, aut recognitio, aut tractatus ad hoc sufficiat, licet contra patrem sufficiat, non valet contra tertium, qui in his terminis absolvendus venit ut Reus, Soccin. Iun. conf. 86. num. 43. vol. 2. ibi: *Possit etiam dici, quod si aliqua praesumptiva probatio esset probata, non tamen sufficeret isto casu, cum agatur de auferenda hereditate D. Antonio eam possidenti.* Mascard. conclus. 787. num. fin. ubi similia verba refert, & concl. 788. num. 48. & concl. 790. & concl. 799. num. 7. & num. 11. ibi: *Et in his terminis quando filius vult auferre hereditatem ab alio, quod non sufficiat praesumpta probatio filiationis.* & num. 26. Cabed. dec. 73. num. 13. p. 2. ibi: *Vel quando agitur de succedendo alicui ad exclusionem alterius.* Mantic. de conject. lib. 11. tit. 12. n. 11. Menoch. conf. 461. num. 42. Merlin. dec. 716. num. 1. & 7. Gargiar. conf. 52. num. 6. Valeron optime de transact. tit. 3. q. 2. num. 15. Cyarlin. cap. 72. num. 84. & seqq. Marefcot. var. lib. 1. cap. 70. num. 3. cum alijs Castilb. lib. 5. contr. cap. 123. num. 13. & cap. 124. n. 12. & cap. 125. num. 12. Ponte lib. 2. conf. 3. num. 152. vers. sed quaeso, & vide infra num. 538. & 539. & 534. Adeo ut habeat locum, etiam quando relicta est hereditas tanquam filio defuncti, Bart. in *L. non nudis Cod. de probat. Cephal. conf. 540. num. 34. lib. 1. Menoch. conf. 81. num. 23. Mantic. de tacit. lib. 2. tit. 6. num. 8. & 9. Ludovic. dec. 362. num. 3. Mascard. concl. 999. n. 19.*

470 Quamvis contrarium etiam in maioratus successione iudicata ex praesumptiva probatione, ad favorem illegitimi, & naturalis, iudicatum fuisset in causa Dominici Soares, & in alia ejus filiae, & in causa Ioseph Fragoso Bolo, & testantur etiam pro illis iudicari, Valasc. conf. 176. num. 15. Phab. dec. 76. num. 2. Farin. dec. 199. p. 1. in posth. & dec. 444. n. 1. in recent. & Surd. conf. 1. Noguierol. alleg. 25. n. 19.

471 Quia dictae decisiones procedere debent ad evitandam extinctionem maioratus, aut vacaturam hereditatis, aut quando lis fuerit contra extraneum motam, non vero quando fuerit contra consanguineum legitimum, quia tunc non sufficit probatio praesumptiva filiationis, nec recognitio, aut confessio patris,

patris, ſed requiritur plena probatio, aliter obtinere non poteſt, & ita diſtingunt, & reſolvunt DD. citati num. 369. ex quibus mihi videtur reſolvendam eſſe quæſtionem ex rationibus, de quibus Valeron. d. 9. n. 10. & ſeqq.

472 Quando autem mater eſt certa, dubitatur de patre, tunc maior controverſia datur in probanda filiatione alicujus, ad hoc ut illius virtute poſſit ſuccedere, in caſu in quo ſuccedere poſſit. In qua dubitatione cum doctiſſimo Franciſc. Merlin. forenſ. cent. 2. cap. 84. num. 5. triplicem docuit eſſe filiationis probationem: neceſſariam in matre (ut jam diximus ſupra) quia certa eſt, probabilem in patre, cum quis dicit ſe natum ex uxore, vel concubina domi retentis, vicinis ſcientibus, de quo eſt ſermo in L. filium eum deſinimus ubi DD. ff. de his qui ſunt ſui (& infra Nos dicemus.) Tertia eſt præſumptiva ſimiliter in patre, quæ ex conjecturis à lege ad hoc approbata, & per actus extrinſecos deductis deſumitur, quo pertinet tractatus, nominatio, & alia, de quibus inferius dicendum eſt, ut tenent Surd. Menoch. Petr. Lup. Mascard. Barz. Gratian. Noguero. quos ſibi refert Merlin. d. num. 5. & ultra quos refert Valaſc. conf. 176. num. 3. & facit illud Homeri Odiſſea 1. de Thelemacho.

Ex illo natum mater me dicit, at ipſe

Nefcio nam certū quis poſſit ferre parentem.

Cum multis tradit Lup. de illegitim. cōment. 2. §. 3. n. 6. & ſeqq.

473 Et cum filiationis probatio ſit difficilis probationis, ut unico verbo notat idem Merlin. d. cap. 84. num. 6. Aug. Barb. vot. 22. num. 2. Lup. de natur. & legitim. comment. 2. §. 2. n. 1. ex L. Lucius 82. ff. cond. & demonſtr. Valaſc. conf. 176. num. 2. Garc. de nobilit. gloſſ. 20. num. 5. Noguero. alleg. 25. n. 24. Paſcalig. de virib. patr. poteſt. 2. p. cap. 2. n. 9.

470 Et reſpectu patris impoſſibilis reputetur, & difficilima dicatur, Menoch. de arbitr. caſ. 89. num. 12. Mascard. concl. 787. n. 15. Paſcal. de virib. patr. poteſt. p. 2. cap. 2. num. 9. Lup. d. §. 3. n. 6. Fontanel. de pact. nupt. clauſ. 6. gloſſ. 2. p. 4. n. 6.

474 Probanda eſt conjecturis, & præſumptionibus à jure approbata, ex quibus probatur d. filiatione, ut tenent Caſtr. Paris. Farin. Martian. quos refert idem Merlin. num. 6. Aug. Barb. vot. 22. num. 3. Surd. conf. 1. n. 40. Menoch. d. caſ. 89. num. 2. Mascard. concl. 787. n. 18. Valaſc. conf. 134. num. 2. & conf. 176. n. 2. Carranç. de part. cap. 20. n. 33. & 39. Tapia dec. 37. n. 3. Garcia de nobil. gloſſ. 20. n. 5.

475 Ab eo, qui in illa ſe fundat, ſive agat, ſive ſe defendat, dum tamen aſſerat ſe filium eſſe,

Pars II.

cum multis Caſtilib. lib. 5. cap. 104. n. 2. & in ſeudo Roland. conf. 22. n. 3. vol. 3.

Aut ſit filius legitimus, aut illegitimus, 476 quia eiſdem præſumptionibus probatur filiatione legitima, & illegitima, Caſt. d. cap. 104. num. 6. & cap. 125. n. 19. Gratian. cap. 567. n. 27. Fermoſin. ad rubric. de filiis præſby. numer. 22.

Et ad hoc non requiritur, quod omnes 477 relatae à jure, aut DD. concurrant cogulativè, ſed ſufficit, quod duæ aut tres probentur, & ſi quælibet per ſe ſufficiens non ſit, conjungi omnes debent, ad hoc ut filiatione judicetur, ut ex gloſſ. in L. 2. §. 1. verſ. legitimos ff. excuſat. tuc. tenent Bart. Surd. Menoch. Gratian. Marcian. quos refert idem Merlin. d. cap. 84. num. 7. & num. 31. & ſeqq. Surd. conf. 1. num. 52. Valaſc. conf. 176. num. 17. Menoch. caſ. 89. num. 66. Decian. reſponſ. 1. num. 121. Lup. d. §. 3. num. 26. Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. num. 35. explicat Bicchius d. Rot. 434. num. 2. & 3. ubi explicat, Maſſol. poſt tract. de ratiocin. dec. 84. num. 7. Pignat. contr. 84. n. 7.

478 Faciunt enim, quia tendunt ad eundem finem, plenam probationem, Decian. d. reſponſ. 1. num. 120. Gail lib. 2. obſerv. 97. n. 6. Becc. conf. 114. n. 39.

479 Dummodo legitime probatae fuerint, Maſſol. dec. 86. num. 22. Coccin. dec. 69. num. 12. licet contrarium, & ſufficere teſtes ſingulares, & quare, teneat Coccin. dec. 64. n. 4.

480 Probatio enim præſumptiva, ſufficit ad obtinendum ſicut vera, ut tradit Surd. d. conf. 1. n. 42.

481 Et in antiquis minus probatio ad filiationem probandam, & non ſtrictè, & concludentes, ſed leviores, Paſcal. d. cap. 2. num. 9. Gratian. cap. 554. num. 49. Carranç. de part. cap. 20. §. 4. num. 33. Caſtilib. d. cap. 122. num. 8. Raudenſ. de analog. cap. 24. n. 62.

482 Idque in omni filio, nedam legitimo, vel naturali tantum, ſed & in ſpurio locum habet, ut ex Paris. Farin. tradit, & concludit ipſemet Merlin. d. cap. 84. num. 7. in fin. & notavit Fermoſin. in rubric. de filiis præſbyteror. n. 22. Barb. vot. 22. n. 3.

483 Licet ſit habitus à muliere meretrice concubina patris, & ſolita cum alijs cōmiſceri, quia quamvis ſit extra domum, ut poteſt, ex dictis ſtatim, & tunc temporis ad alios homines acceſſus habuerit, adhuc ex aſſidua converſatione cum patre, eſt præſumptio, quod ſit illius viri, qui cum matre aſſidue converſabatur, licet tunc temporis cum alijs acceſſus probentur, ut judicavit Senatus in cauſa Emmanuelis Salvago, cum Maria da Sylva, & poteſt comprobari arreſtum ex di-

Etis statim, & ex *Surd. dec. 83. num. 2. & 3. & conf. 1. n. 57. Tapia dec. 37. num. 6.* ita resolvit *Gratian. cap. 653. num. 75. Barb. vot. 22. num. 13. Gam. dec. 152. Valasc. conf. 176. num. 4. Farin. lib. 2. crim. dec. 297. n. 2.*

484 Dummodo probetur concubinitus, & quod in domo propria, aut sua, fuerit à patre retenta concubina, aut in alia, probata tamen amicitia, & congressu, quia extra illam potest eam habere, aut propter periculum vitæ, aut ob conservandam propriam opinionem, quia forte erat persona Ecclesiastica, vel in dignitate constituta, *Mart. de success. leg. p. 1. q. 16. art. 1. num. 1. Gam. dec. 152. n. 2. eleganter Barb. vot. 22. num. 12. 13. & 14. & num. 15.* quod tunc requiritur minor probatio, & n. 36. & 37. respondet ad contraria, & optime *Merlin. d. cap. 84. n. 12. Surd. dec. 83. num. 2.* ubi etiam, quod licet probeatur rem cum alio habere, & *Mascard. concl. 788. num. 17.* de qua re *Noguerol. alleg. 25. n. 53. & 63.*

485 Et tunc nascitur præsumptio sicut in filio legitimo, quia non solum in eo, qui natus est ex uxore legitima, sed in eo, qui nascitur ex concubina, & amica domi retenta, nascitur conjectura filiationis, & filius præsumitur natus ex illis, *Surd. conf. 1. num. 42. & dec. 83. Lup. d. §. 3. infra num. 13. Mascard. concl. 788. num. 25.* & non requiritur recognitio, *Gut. lib. 2. pract. q. 112.*

486 Nam si fuerit persona infimæ qualitatis, & sit extra domum mater viri, & alios homines admisisset, & non probatur patrem rem cum illa habuisse tempore conceptionis, licet concurrant conjecturæ filiationis, tractatus, & confessio, non probatur filiatio, ut tenet *Valasc. conf. 176. num. 4.* & alij infra citandi: & iudicatum fuit.

No feito de Francisco Gomes da Silva, & sua mulher Catherina Dias contra Bento da Silva Soares, & o Capitão Francisco Barbosa Leal, Escrivão Manoel Gomes Machado, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A. contrariado dos Reos, mais artigos recebidos, treslado do testamento, carta de liberdade, certidoens, & inquiriçoens juntas. Mostrase por parte do A. estar legitimamente cazado na forma do sagrado Concilio Tridentino, com Catherina Dias, filha natural de Gaspar Dias, que a ouve de Catherina Fernandes crioula forra, sendo ambos solteiros, & sem impedimento para contratar matrimonio, se quizessem, tendo a das suas portas a dentro muitos annos em concubinato, fazendo della muita estimação, sem a deixar sabir fóra de casa, da qual quando Gaspar de Oliveira seu marido a tirou do dito

Gaspar Dias, bia já prenhe a mulher do A. que pario a seu tempo, & por filha do dito Gaspar Dias foi baptizada, tuda, & bairada por tal, porque elle a reconheceo por essa, mandandolhe o necessario para seus alimentos, & sendo mulher tratou de a cazar, & dotar com tres mil Cruzados com Iuliao Fernandes, que nam teve effeito, porque o mataraõ, & d'pois a dotou com sincoenta mil reis para cazar com o A. & por sua filha foi apregoada com o sobrenome, Dias, & que do primeiro filho, que teve, foi opa drinho, reconhecendo por seu neto, mandandolhe para o casamento, & baptizado suas vacas, & no testamento, que se apresentou, lhe deixou 150U. de legado, & que o dito Gaspar Dias fora Alfaiate, & Curraleiro, & era peão. Mostrase, que a mulher do A. he mulata de cor branca, & nas feiçoens do rosto, & no andar mostra, que era filha do dito Gaspar Dias. Mostrase, que estando o dito Gaspar Dias doente da doença, de que morreu no Aporã, incapaz de poder fazer testamento, porque tinha de idade 95. annos, & estava muito fraco, & debilitado, o persuadio o R. Bento da Silva Soares com dous Religiosos mais de S. Francisco, a que fizesse testamento, & logo de raõ traça a se fazer, na forma que se vé do treslado junto, hindoo dictando hum dos Religiosos, & escrevendo o outro, no qual escreveo para os seus Conventos desta Provincia grandiosos legados contra a prohibiçaõ da Ley das Cortes do anno de 1644. & tornandolhe à mão para escrever o seu final, o nam pode acabar de fazer, & o acabou de fazer o dito Religioso, que o testamento escreveo, no qual tendo obrigaçam de instituir a mulher do A. por sua herdeira, como sua filha natural, a preterira nelle, por onde ficou nullo, & de nenhum effeito; & se deve julgar a mulher do A. por sua unica herdeira de todos os bens, que ficaraõ na herança, de que os Reos estaõ de posse, com os fructos, & renovos da individa occupaçaõ, até real entrega. Por parte dos Reos se mostra, que Catherina Dias, mulher do A. nam foi filha de Gaspar Dias, nem elle a reconheceo, tratou, nem nomeou por tal, antes quando se lhe fallava nisso, se molestava, & o negava, a qual nasceo, & se criou em casa de seus pays Gaspar de Oliveira, & Catherina Fernandes, & que os 50V. que lhe deu quando cazou com o A. foraõ por esmola, como fazia muitas, como tambem os 150V. do legado a seu filho, entre os muitos que deixou a varias pessoas pobres, & Conventos de Religiosos, porque instituo sua alma por sua herdeira. Mostrase, que nomearse a mulher do A. por filha do dito Gaspar Dias, & assentarse no Livro do Baptismo por tal, & apregoarse

goarſe ao tempo que cazou com o A. por eſſa, foitudo introducção de ſua mãy Catherina Fernandes, & de ſeu pay Gaspar de Oliveira, para poderem herdar ao dito Gaspar Dias. Moſtraſe, que eſtando o dito Gaspar Dias fóra de ſua caſa nos ſeus curraes diſtantes doze legoas, o dito Gaspar de Oliveira lhe furtou de ſua caſa a dita Catherina Fernandes em 12. de Agoſto de 1655. & com ella depois ſe cazou, porque antes tinha entrada na caſa do dito Gaspar Dias, & amizade carnal com a dita Catherina Fernandes, que ſe dormia tam- bem com outros homens na meſma caſa, & no tempo do furto a reſpeito que o A. confeſſa ao tempo do teſtamento feito em Mayo de 1681. tinha o dito Gaspar dias perto de 70. annos, & nasceu a mulher do A. em 29. de Abril de 1656. & foi bautizada em 8. de Mayo do dito anno, & he filha do dito Gaspar de Oliveira, que com a mãy da A. dormia muitas vezes na caſa, & roſſa do dito Gaspar Dias, aonde hia de noite antes de a furtar. Moſtraſe, que o dito Gaspar Dias era homem muito abasta- do de bens com muitos eſcravos, que o ſerviaõ, & tinha cavallo na eſtrebaria, & muitas ar- mas para deſenſaõ dos Gentios, & gastaõ ſua fazenda no ſerviço de S. Alteza, por onde era eſtimado, & tratado dos homens nobres, & o Governador, & Capitaõ Geral, que foi deſte Estado, Affonso Furtado do Rio de Mendonça o poz á ſua meſa na occaſiaõ, que foi á Ca- choeira, por raziã da guerra do Gentio barba- ro, & nunca teve officio mechanico, & ſempre ſe tratou á ley da nobreza. Moſtraſe, que o di- to Gaspar Dias eſtava em ſeu perfeito juizo, & entendimento, quando fez o teſtamento, & nelle inſtituio ſua alma por ſua herdeira, re- partindo ſeus bens em obras pias, & achando- ſe a mulher do A. preſente, nam fez della ca- ſo, porque nam era ſua filha. Moſtraſe, que o dito Gaspar Dias era baixo do corpo, & a mãy da mulher do A. Catherina Fernandes tam- bem o era, & pelo contrario a mulher do A. que he muito comprida, como he tam- bem Gaspar de Oliveira ſeu pay, & nenhuma ſeme- lhança tinha a mulher do A. com o dito Gaspar Dias. Moſtraſe, que muitos filhos de mu- lates, como he o dito Gaspar de Oliveira, ſãõ de cor branca. O que tudo viſto, & o mais dos autos, diſpoſiçaõ de Direito, & como o A. não fez prova da filiação de ſua mulher Catherina Dias a reſpeito do dito Gaspar Dias, para lhe competir a aução intentada, poſto que a fi- zeffe de algumas preſumpçoens, para a quaſi poſ- ſe da filiação, que ſe deſfazem com a prova dos Reos, & pelas teſtemunhas do A. contra- producentem, que depoem tam- bem da negação do dito Gaspar Dias: João Velloſo Taveira

Pars II.

fol. 89. Bernardo Garces fol. 106. Domingos Gonſalves fol. 120. Maria Dias de Souſa fol. 146. & principalmente pelo que depoem Ma- ria Dias contra producentem, & João Rodri- gues Adorno fol. 176. da entrada que tinha o dito Gaspar de Oliveira na caſa do dito Gaspar Dias a communicar a Catherina Fernan- des mãy da mulher do A. antes de a tirar de lá, & furtar em 12. de Agoſto de 1655. tempo em que eſtava o dito Gaspar Dias auſente de ſua caſa nos ſeus curraes do Aporã diſtante doze legoas, ſendo já de idade de perto de 70. annos a reſpeito dos 95. que o A. confeſſa ti- nha quando fez o teſtamento em Mayo de 1681. incapaz da geraçã por via de regra, nam a tendo da dita Catherina Fernandes nos muitos annos antes, que o A. confeſſa a te- ve em concubinato das portas a dentro, & nas- cer a mulher do A. em 29. de Abril de 1656. como depoem contra producentem o dito João Rodrigues Adorno fol. 179. com que para os nove mezes do part ſaltãõ poucos dias, com que o Direito preſume, que he filho do dito Gaspar de Oliveira, julga carecer o A. de aução, & abſolvo aos Reos do por elle pedido, a quem condeno nas cuſtas dos autos. Bahia 23. de Abril de 1683. Goes.

Ab hac ſententia fuit gravamen interpo- ſitum ad Senatũ Braſiliẽſem. Vbi fuit confirmata à Iudicibus. Almeyda. Pitta.

Et ſuadata fuit in ſequentibus delibera- tionibus.

Agitur de probanda filiatione, quod dif- ficillimum, & improbable eſt, & pene impos- ſibile, ut tenet Val. ſc. conf. 176. numer. 2. & plene probari non poteſt, Menoch. conf. 1. n. 22. & de arbit. caſ. 89. num. 1. & num. 11. & tantummodo reſolvunt DD. quod per con- jecturas probari poteſt, & meo videri, conje- cturæ minime probantur, quia quamvis probetur concubitus per plures annos, at- tamen non probatur, quod tempore con- ceptionis mater aggravantis cum alijs habe- ret acceſſum, & ſpecialiter cum Gaſpare Dias, ut dicunt teſtes fol. 194. & quaſi per totam inquisitionem probatur, quo probato talis conjectura dirimitur, ut tenet Val. ſc. ſupra citatus. Alias vero conjecturas, qui- bus filiatio probatur, non invenio probatas, ut de jure requiritur, quia fama tantummo- do non ſufficit, & minus quando teſtes non deponunt, quod talis fama orta fuit à perſo- nis fide dignis, ut tenet Mascard. concl. 791. num. 18. nec conjecturam baptiſmi proba- tam invenio, quia requiſita, quibus conje- ctura baptiſmi probatur, de quibus Surd. conf. 1. num. 45. minime probantur, ex qui- bus ſententiam laudandam, & confirman- dam

N iij

data

dam dico. Bahiæ 29. Octobris de 1683. damnatis aggravantibus in expensis, die ut supra. Almeyda.

Quæstio præsens, tam erudite, & eleganter explanatur ab utriusque partis DD. patronis, ut non sit opus illam de novo enucleare, sed resolvere, quare cum Domino sup. deliberante convenio in confirmanda Auditoris generalis sententia, quia licet ab aggravantibus proponantur multiplices conjecturæ, ex quibus arguitur filiationis quasi possessio, *Valasc. supra, Gam. dec. 225. num. 3.* hoc tamen procedit in causa alimentorum, non vero in causa petitorij, ut scilicet filius patris hæres existat, quia in hac maior, & latior probatio exigitur, *idem Gam. loco citato, & dec. 152. num. 1.* Unde cum in nostro casu præsumptiones, & conjecturæ ab aggravantibus allegatæ per alias conjecturas in contrarium urgentiores facillime diluantur, ut videre est ex fol. 292. præcipue fol. 299. ideo dicendum est Actores non probasse actionem suam, & sententiam Auditoris generalis rite prolatam sic censeo. Bahiæ 10. Novembris 1883. Pitte.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam. Vbi fuit confirmata à Iudicibus. Andrade Rua. Lopes de Oliveira. Et fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

Difficiles plerumque sunt filiationum causæ, quippe cum earum decisio ex facto pendeat invisibili, vix intellectus in utram partem secure inclinatur. Ego autem illud mihi constitui, ut ea tantum, quæ ad hujus jurgij resolutionem accommodari possint, breviter attingam, cum ex eo quod omnia, quæ circa filiationis probationem in medium proferri solent, passim apud multos inveniantur Authores, & quidem sunt vulgaria, tum etiam quia docti patroni in una, & altera instantia nihil penitus intactum reliquerunt; mihi vero, cui summa est discendi aviditas, maximum semper adest repetendi, & transcribendi tædium.

Agnosco Aetricem Catharinam non esse in quasi possessione filiationis, & consequenter agnosco, quod cum de filiatione ipsa principaliter agatur ad vendicandam defuncti Gasparis hæreditatem, ejusque testamentum infirmandum, urgentiores oportet esse probationes, eo maxime quia in testamento ipso anima testatoris instituta invenitur, quæ est circumstantia non contemnenda, saltem ut attentius procedamus.

Non tamen inde infertur filiationem oportere per veras, & omnino necessarias probare probationes, hoc namque foret pe-

nitus impossibile, sed sufficiunt præsumptiones, & conjecturæ, dummodo tamen illæ sint, quæ judicantis intellectum ad credendum firmiter, eum, qui se filium dicit, vere illius esse filium, cujus dicit, & ita communiter apud omnes receptum invenimus, & frequentissime judicare solemus.

Conjecturæ autem, aut præsumptiones quamvis quamplures ab authoribus assignari soleant, non solum in lecturis, & tractatibus, sed plerumque in consilijs, in quibus juxta facti contingentiam plures forte in uno casu, quam in alio concurrere accedit, prout etiam quamvis pauciores concurrant, fortiores tamen sunt; attamen omnes fere in id tendunt, ut post probationem mutua cohabitationis, & copulæ parentum, probentur etiam tractatus educatio, agnatio, & similia eo modo facta, quæ non convenient nisi patri, nec ex alia causa probabiliter fieri potuissent. Plures quidem, ac pene innumeros possem congerere authores, ex quibus hæc, quæ summarie proposui, colliguntur, sed non est id mei moris in causarum expeditione, omnes, qui cupiat, inveniat apud *Casilib. quotid. contr. lib. 5. cap. 104. n. 2.*

Accedendo igitur ad nostram facti speciem, illa statim in limine contra filiationem se mihi obtulit invencibilis difficultas, scilicet, quod copula inter defunctum Gasparem, & Catharinam, Aetricis parentem, eo tempore non probatur intervenisse, ex quo Aetrix concipi potuisset, imo contrarium; est namque in facto certissimum, quod cum defunctus à proprijs laribus abfuisset, nullatus ille, qui etiam Gaspar nuncupatur, Catharinam rapuit, cum qua postea matrimonio se conjunxit; hic autem raptus, non quidem incorruptæ virginis, sed corruptissimæ ancillæ die 12. Augusti anno 1655. accidit, ut constat ex denuntiationis actu fol. 489. Aetrix autem die 8. Maij sequentis anni sacrosancto baptismatis lavacro imbuta fol. 71. ut ergo filia defuncti Gasparis esse posset, probare oportebat, eodem tempore raptus matris conceptam fuisse, ex quo ad tempus nativitatis novem compleci menses transiverunt, qui est terminus à natura communiter partibus præscriptus, ut ex multis probat *Giurb. in consuetud. Messan. cap. 1. gloss. 4. num. 31.* ubi etiam, quod in dubio partus nono mense editus præsumitur, *Franc. Anton. Scalon. de testam. lib. 4. cap. 8. num. 4.* ubi, quod hæc creditur ordinaria pariendi periodus, & quamvis de decimestri partu communiter varijs in juris nostri locis agatur, & is quidem perfectior censeatur à *Carança de partu cap. 12. à num. 9.* hoc tamen ita

ita intelligitur, nempe, ut etiam paucis decimi mensis tranſactis diebus, non autem eo completo factus edatur, ut ex *Hipocrate* tradit ipſe *Carrança n. 15.*

Plane ſi de ſæmina honeſtiſſima ſermo eſſet, quæ poſtquam à marito abſuit, nulli alij ſe comiſcuit, recte inferri poſſet à marito ipſo concepſſe, ſed cum de ancilla agamus à mullato rapta, quæ ſimul ac rapta fuit, ſi illi proſtiterit, imo & jam antea cum illo conſuetudinem habuiſſe par eſt credere, cur quæro magis à defuncto Gaſpare, quam à Gaſpare mullato ſuperſtite, concepſſe credendum erit, cum tantum temporis numerari debeat à die, qua defunctus ad illam accedere deſijt, quam à die, qua ſuperſtes accedere incepit.

Aſt objicies, quod geſtus, oris ſimilitudo, & color Actricis magis ſuadent, filiam eſſe defuncti Gaſparis, quam Gaſparis ſuperſtitis. Ego quidem agnoſco argumentum illud coloris maximum apud me eſſe, alia enim contemptibilia ſunt apud noſtrates, ut per *Menoch. de arbitr. caſ. 89. num. 98. Valaſc. conſult. 176. num. 14. Caſtilh. quotid. conſtr. lib. 5. cap. 104. num. 15.* Verè tamen argumentum illud in id tendit, ut Actrix non à mullato, ſed à viro albo genita videatur, non tamen, ut præciſe filia ſit defuncti Gaſparis, neque enim perfecte probatur, quod nulli alij ſe proſtituebat, imo contrarium. Illud autem certum eſt, quod ad hoc, ut defuncti filia cenſeatur, oportet neceſſariò docere in ipſo raptus tempore conceptam fuiſſe; quod ſane difficile eſt creditu, eo magis quia defunctus Gaſpar tunc aberat.

Res autem indubitabilior ſit ex eo, quia ne dicam plures, ſed ne una quidem, aut altera ex coniecturis à doctoribus noſtris collimatis ad filiationis probationem, nobis plene, & abſque formidine partis oppoſitæ probantur.

Illa namque, quæ ex prælebanî libro deducitur, ubi Actrix tanquam Gaſparis filia ſcripta invenitur, parum, aut verius nihil omnino officit; oportebat enim oſtendere, quod de ordine, & conſenſu patris à ſacro lavaminis fonte levata fuiſſet, aliter enim, quid patri nocere poteſt, quod eo non conſentiente, imo renitente, aut ignorante, ejus nomen in libro ſit ſcriptum? Et hoc eſt, quod tradunt authores, qui de ejuſmodi coniectura ſcripſerunt, præcipue vero *Marta vot. 26. n. 7. & 8. Caſtilh. dict. cap. 104. n. 9. & 10.*

Fama etiam plene non probatur, præterquam quod potuit habere originem à matre, & vitrico Actricis, tractatus autem, edu-

catio, & nominatio, agnitioque neutiquam probantur, imo & innumeri ſunt teſtes, quibus probatur, defunctum ſemper obſtitſſe, & quidem vehementer quominus Actrix ejus veluti filia reputaretur, inter quos primus contra producentem deponit fol. 164.

Conſtitutio dotis ab homine oppido divite in ſumma 50V. quis non videt rationem tantummodo habere eleemoſynæ? Maxime quoniam defunctus ita declaravit, prout etiam parva quædam, ſeu verius minima munuſcula bubula, & ſimilia?

Denique ne ſingula percurrendo ſaſtidioſus ſiam, ego in ſumma illud cogitavi, quod cum omnis ejuſmodi probatio, in arbitrio Iudicantis ſit reſpoſita, non poſſum arbitrari Actricem filiam eſſe defuncti, qui ſemel, ac iterum à viris nobilibus, & alijs religioſis interrogatus, imo & monitus cum de animæ ſalute ageret, ſemper tamen, & conſtanter filiationem inſiciatus fuit, illud addendo, quod tanquam vir Chriſtianus animam ſuam gehennæ mâcipare deteſtabatur, prout mancipatam credebat, ſi filiam propriam non agnoſceret, ab eaque debitam auferret hæreditatem.

Accedit etiam, quod non unum tantum, ſed plura conſiderat teſtamenta, nullibi tamen ejus meminit, non quidem ex oblivione, ſed ex eo quod eam non eſſe ſuam filiam credebat, & teſtabatur, & tandem ultimum condidit elogium, in quo animam fecit univerſalem hæredem, pluraque legata pia reliquit, neque Actricis oblitus fuit, quippe cuidam ejus filio pro eleemoſyna 150U. legavit fol. 45.

Igitur ſententia inferioris Senatus mihi indubie confirmanda videtur. Ulyſſipone 14. Februarij 1685. Lopes Oliveira.

Idem placet. Andrade Rua.

No feito de Sebaſtião Moreira com Joſeph Correa Bravo, teſtamenteiro de Chriſtovão Moreira, Eſcrivaõ Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Vistos eſtes autos, petição do A. Sebaſtião Moreira, conteſtaçãõ do R. o Licenceado Joſeph Correa Bravo teſtamenteiro dativo do defunto Chriſtovão Monteiro, certidoens, teſtamento, inquiriçãoens de hũa, & outra parte juntas. Moſtrase pela parte do A. eſtar recebida com Francisca Monteiro na fórma do ſagrado Concilio Tridentino, & com ella fez vida marital de hũaas portas a dentro, a qual he filha natural do defunto Chriſtovão Monteiro, o qual ſendo ſolteiro, & ſem outro legitimo impedimento, & ſendo homem peão, a honve de Lucrecia Favella, & aſſim lhe cõ-

pece a sua herança, conforme a Direito, & por sua herdeira se deve julgar habilitada. E por parte do R. se mostra não ser a dita Francisca Monteiro filha natural do dito defunto, por quanto nunca delle foi tida, havida, nem conhecida por sua filha, antes sempre o contradisse, em tanto, que na occasião, que se apregoava para casar com o A. nomeandose por filha do dito defunto, ella lhe puzera impedimentos, nam consentindo, que por sua filha fosse apregoada, nem por sua filha cazasse: & no solemne testamento com que faleceo, declarou, que posto que de algumas pessoas fosse a dita Francisca tida por sua filha, elle a nam tinha por essa, nem o era, o que nam fizera o dito defunto, se a mulher do A. fosse sua filha, porque elle era homem bom Christão, temmente a Deos, & muito verdadeiro, & na hora de sua morte, se a dita Francisca Monteiro fora sua filha, a ouvera de declarar. Mostra se, que a dita Lucrecia Favella era hũa negra meretriz publica, depravada, & desoluta, de fonte, & rio, & nunca teve communicacão particular com o dito defunto, antes do mesmo tempo da concepção, & nascimento da dita Francisca Monteiro teve copula carnal com quantos a queria, & nunca em tempo algum o dito defunto a teve theuda em sua casa por sua manceba, por onde nam pôde dizer, que a ouvera do dito defunto. Mostra se, que tanto nam he a dita Francisca Monteiro filha do dito defunto, que se o fora, se havia de bautizar por essa, declarandose no assento fer o dito defunto seu pay, por onde se verifica, que o nam he. O que tudo visto, & o mais dos autos, disposição de Direito, & como o A. nam prova as conjecturas necessarias para prova da filiação, antes por parte do R. se prova legitimamente, que a dita Francisca Monteiro nam he filha do dito Christovão Monteiro, por quanto prova, que a dita sua mãy Lucrecia Favella, era hũa negra, publica meretriz, de fonte, & rio, & nunca o dito defunto a teve em sua casa por sua concubina, nem em tempo algum lhe prohibio a comunicação illicita, que tinha com varios homens, & ao tempo da concepção, & nascimento da dita Francisca Monteiro, teve a mesma illicita comunicação com muitos, por onde se lhe nam pôde dar pay certo, nem se pôde verificar, que o dito defunto o seja, & como o dito defunto, nunca tivesse a dita Francisca Monteiro por sua filha, nem a tratasse como filha, o que era necessario para prova da filiação, & nam sómente o tratamento de outros, porque esse presume o Direito ser falso, & errado, o que junto com a denegação, que fez o dito defunto, de que a dita Francisca Monteiro fosse sua

filha, assim quando queria casar, como no testamento, que fez estando para morrer, por onde se presume, que todos fallão verdade, donde se conclue evidentemente, que o nam he. Julgo por não habilitada a dita Francisca por filha do dito defunto, & que lhe nam compete a sua herança, nem tem direito algum para ella. E absolvo ao R. do pedido pelo A. ao qual condeno nas custas destes autos. S. Christovão 16. de Abril de 1682. Salvador de Tavora.

A qua sententia fuit appellatum ad Senatum Brasiliensem. Vbi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus sequentibus.

Meridiana luce clarior probatur hæc filiatio, indicijs, tractatu, fama viciniae, & nominatione parentum, quod possit probari indicijs, est expressus text. in cap. transmissæ 3. qui filij sint legitimi, ibi: Nisi certis indicijs: quæ quidem indicia, quamvis quoque per se non efficiant plenam probationem, ut ex Bartol. in summario text. in L. Lucius 82. ff. condit. & demonstr. & in L. 1. eod. quorum bonorum, Menoch. de arbitr. casu 89. num. 6. Attamen cum cæteris concurrentibus plenissimam probationem faciunt, ut communiter DD.

Tractatus.

Est maximum indicium tractatus ad probandam filiationem erga patrem, qui tractatus maximam præsumptionem inducit pro filio, ita ut filium releve ab onore probandi, & ne in adversarium trāsferatur probandi onus, DD. in L. quidam ff. de probat. & in L. 1. §. ad quæstionem ff. quæstorib. Barb. in cap. per tuas, Dneñas reg. 343. Cov. 2. p. de sponsal. cap. 8. §. 3. num. 6. Menoch. casu 89. num. 69. & præsumpt. 33. à num. 21. & lib. 1. præsumpt. 35. num. 32. Surd. de aliment. tit. 1. q. 112. n. 8. & hic tractatus consistit in educatione filij, ex eo quod filium educaverit, in quasi possessione filiationis illum constituit, DD. communiter, Menchac. illustr. lib. 2. cap. 85. ex num. 20. Surd. de aliment. dict. tit. 1. q. 126. num. 7. & 8. consistitque etiam in habitatione domus cum patre, & quod cum eo ad mensam assisteret filius, & vestiret eum pater, quæ omnia videntur per Mascard. de probat. concl. 795. n. 1.

Fama viciniae.

Vehemens est quoque alterum indicium, scilicet, viciniae fama, ut per text. in cap. per tuos, ibi: Nominatus communiter fuit, & habetur, de probat. L. si vicinis Cod. de nupt. dict. cap. transmissæ, ibi: A vicinia, quæ ipsum,

in filium eorum eſſe credebat, Cov. 2. p. de ſponſal. cap. 8. §. 3. num. 10. Menoch. de arbitr. caſu 89. Mascard. concl. 791. Corroboratur ex ijs, quæ tradunt DD. de vi, & auctoritate communis famæ, juxta L. 3. §. eiusdem ff. de teſtib. ibi: *Consentiens, fama confirmat, ex quibus indiſijs ſimul concurrentibus pleniffima reſultat probatio*, Cov. ſupra num. 7. Menoch. præſumpt. 39. Surd. de aliment. tit. 1. q. 112. num. 8. cum ſeqq. & conſ. 1. à num. 9. Gratian. forenſ. cap. 135. num. ult. Valaſc. conſult. 134. num. 3. & 4. Facit vulgaris regula in materia probationum, & quæ non proſunt ſingula, multa juvant, quam tradit Gloſſ. verbo legitimis in L. 2. ff. de excuſſation. tutor.

Nominatio parentum.

Tandem nominatio parentum erga filium, ſeu confeſſio, aut aſſertio eſt ex indiſijs maximum; & ex illa nominatione inſurgit maxima præſumptio pro filio, L. 1. §. Iulianus ff. liber agnoſcend. in ſin. ibi: *Pro filio confeſſio patris, cap. per tuas de probat.* & filius ejus nominatus fuit, ubi Aug. Barb. n. 4. gloſſ. in cap. Michael de filiis præſbyteror. & communiter DD. Quæ præſumptio operatur, ut filius conſtituatur in quaſi poſſeſſione filiationis, itaut in adverſarium tranſeat, & transferatur onus probationis in contrarium, L. quidam ff. de probat. & operatur, ut accedentibus alijs indiſijs plena efficiatur probatio, Aug. Barbos. dict. numer. 4. Cov. 2. p. de ſponſal. cap. 8 §. 3. num. 7. Peregr. de fideicom. art. 43. num. 66. Prodeſtque hæc nominatio contra patrem confitentem, & ejus hæredes, L. 1. ff. de confeſſis. Prodeſt etiã dicto filio, ſi fuerit dicta confeſſio principaliter propter ſe, in hoc enim caſu probationem inducit pro filio, Decius in dict. cap. per tuas, & notant DD. in L. publica §. ult. ff. de poſit. L. cum de indebito §. ult. L. generaliter Cod. non numerat. pecun. Duënas reg. 119. & non ſolum contra hæredes, ſed & contra alium tertium, Decius in dict. cap. per tuas n. 29. & principaliter, ut filijs hæreditatem patet, Menoch. de arbitr. caſu 89. num. 7. Paſſian. de probat. lib. 2. cap. 6. num. 20. & 26. Denique hæc indiſia, conjecturæ, & præſumptiones filiationis erga patrem probari poſſunt per teſtes, dict. cap. tranſmiſſa, ibi: *Neſt certis indiſijs, & teſtibus: cap. per tuas de probat.* & in hac materia ſufficere duos teſtes aſſertit Paleotus cap. 25. num. 9. Mascard. concl. 797. num. 6. L. ubi numerus ff. de teſtib. cap. in omni negotio eod. tit. & hæc præſumptio procedit etiã in concubina, ſeu ejus filio, Cap. Michael de filiis præſbyteror.

in gloſſ. verbo conſiterit, ubi DD. ſouper.

Et ex actis probentur hæc indiſia.

Clariffime, & abundanter probantur concubitus, conceptio, & partus in domo Chriſtophori Monteiro ex ſua concubina, quam plurimis annis domi retenta, indiſijs, tractatu, fama viciniæ, nominatione parentum, ut probatur concludenter ex omnibus teſtibus Actoris à fol. 16. & etiã ex teſtibus Rei contra producentem à fol. 46. videatur etiã certitudo jurata in verbo Sacerdotis fol. 112. & omnia optime allegata per Patrum à fol. 171. ergo concurrentibus tot indiſijs, & conjecturis probata remanet filiationis, & adverſarius tenebatur contrarium probare, ut ſupra aſſerimus, ſed cum teſtes Rei ſint negativi nihil probant: hujus proceſſus maior difficultas eſt an ſufficiat negatio filiationis per patrem facta in ſuo ultimo elogio? Ad cujus deciſionem prius debet narrari factum hujus proceſſus, quam plurimis annis Chriſtophorus Monteiro ſuam concubinam ſecum duxit à Villa Divi Pauli, illamque ubique domi retinuit, & tandem concepit, & peperit in domo dicti Chriſtophori, quo ipſe ſemet fatetur, & non negat, ut ex actis, & articulis probatur clariffime; peperit dicta concubina filiam Franciſcam uxorem Actoris, illamque fecit Chriſtophorus baptizari pro filia ſua, patrinofque elegendo, ut probatur ex teſtibus fol. 19. & verſ. & ex alijs, ſemperque illam cognovit ut filiam ſuam, tractavit, aluit, & nominavit, ut pater illam benedicendo, domique retinendo, & veſtiendo, ita ut cum maior eſſet, poſuit illam in domo Gaſparis Borges da Vide, ut illam docuiſſet, & eſtimaret ut filiam dicti Chriſtophori, & ſic illam ſemper aluit, & veſtivit, atque nominavit filiam ſuam, ut probatur ex teſtibus Actoris, & ex certitudine fol. 112. poſtea concubina dicti Chriſtophori matrimonium duxit, renuente illo, & voluit ſecum habitare filiam ſuam Franciſcam, noluit Gaſpar Borges illam illi tradere, niſi eſſet ad matrimonium contrahendum Chriſtophorus, Franciſcæ pater ægre tulit, non ſecum trahere filiam ſuam, quæ poſtea matrimonium contraxit cum Actore, renuente quoque Chriſtophoro patre, & contradicente. Ecce cauſa odij, & denegationis filiationis Franciſcæ declaratæ per patrem ſuum Chriſtophorum in vindictam ſui matrimonij contracti, & hæc eſt genuina veritas proceſſus hujus, & ex hoc tempore negavit filiam, & dixit matrem ejuſ eſſe meretricem, & illi impoſuit tot defe-

ctus,

etus, quos distavit odium, & vindicta.

Nunc ad questionem.

Negatio filiationis pro parente facta non potest mutare juris dispositionem, *L. nemo potest ff. de legat. 1. L. neque professio Cod. de testam. &* quamvis hæc confessio, seu negatio filiationis fiat in mortis articulo, quamvis enim nullus præsumatur immemor salutis æternæ, *L. ult. Cod. ad L. Iuliam repetund. Sanch. lib. 3. de matr. disput. 37. num. 1. Mascard. de probat. concl. 350. num. 28. & 29.* non tamen credendum est in præjudicium juris quæsitæ alicui tertio, *L. si quis in gravi 3. §. si quis moriens ff. ad Silanian. Cov. 2. var. cap. 13. num. 8. Menoch. lib. 5. præsumpt. 5. num. 17. & præsumpt. 33. num. 8. & de arbitr. casu 89. num. 26. Gutier. lib. 1. canon. cap. 38. num. 30.* Ex quo sequitur filium non teneri adhuc in foro conscientie credere matris, vel patris dicto, imo potest adhærere juris præsumptioni, *Menoch. dict. casu 89. num. 28. Mantic. de conjectur. lib. 1. tit. 14. num. 8.* Quamvis legitime probetur uxorem, vel concubinam adulterasse, vel cognovisse alium carnaliter, eo tempore, quo concepit, adhuc enim mariti, vel concubinarij filius præsumitur, & non adulteri, vel alterius hominis propter retentionem domus, *L. miles §. defuncto ff. ad L. Iuliam de adulter. Mantic. de conjectur. lib. 2. tit. 14. num. 18.* quia sicut possibile erat concipere ex adultero, vel altero homine, magis possibile erat concipere ex marito, vel amasio, qui eam in suo domo retinebat, *L. Imperatores ff. de probat. ibi: Ut spurium in actis professæ est, & ibi: Nec objicit confessio à matre jurata facta: dict. cap. per tuas de probat. ibi: Viro in contrario petito non est standum, L. 1. §. si quis ab alijs ff. de inoffic. testam. & notavit Gloss. in L. etiam ff. de probat. L. nemo potest ff. de legat. 1. L. neque professio Cod. de testam.*

Tempore conceptionis, & partus Franciscæ pater erat plebeus, ut requiritur ex *Ord. lib. 4. tit. 92.* fuit concepta, & nata in domo patris sui Christophori Monteiro, ut requiritur ex *Gloss. verbo constiterit, in cap. Michael 13. de filijs præbyterorum, ibi: Natus fuit ex illa, quam tenebat secum publica in domo pro concubina, Cap. per tuas de probat. ibi: In domo ipsius peperit, August. Barb. ad dict. cap. Michael num. 2. Cov. de sponsal. p. 2. cap. 8. §. 3. num. 8. Surd. de aliment. tit. 1. q. 9. num. 1. Mantic. de conjectur. lib. 11. n. 22. Grat. forens. lib. 1. cap. 31. num. 1. Gam. decis. 152. num. 2.* Concubinarij, & concubina poterant matrimonium contrahere; nullum

enim intercedebat impedimentum, conjecturæ omnes simul concurrunt, & indicia. Ego vero revocata sententia Auditoris Franciscam uxorem Autoris judicarem filiam defuncti Christophori Monteiro, illiusque hæredem, condemnato appellato in expensis utriusque instantiæ. Bahiæ 1. Junij 1683. Espinosa.

Agitur de probanda filiatione erga parentem, quod difficillimum est, & pene impossibile, ut tenet *Valasc. conf. 176. num. 2.* & plene probari non potest, *Menoch. conf. 1. n. 22. & de arbitr. casu 89. num. 1. & 11.* & tantummodo resolvunt DD. quod filiatio erga patrem per conjecturas probari potest, & visis probationibus maxime contestare probantur, quia quamvis probetur concubitum per aliquos annos, attamen probatur, quod eodem tempore mater appellantis habebat accessum cum pluribus, ita probatur ex tota inquisitione, & quod erat publica meretrix, & videtur ex testibus fol. 61. & quasi per totam inquisitionem, quo probato diluitur talis conjectura, & tenet *Valasc. supra citat. num. 4.* aliæ quoque conjecturæ non probantur, & de jure requiritur, quia fama tantummodo non sufficit, & minus, quando testes non deponunt, quod talis fama ortum habuit à personis fide dignis, & tenet *Mascard. de probat. concl. 791. num. 18.* nec etiam lavacrum baptismatis probatum invenio, quia requisita, quibus probatur baptismum, de quibus *Surd. conf. 1. numer. 45.* minime probantur, ex quibus, & ex fundamentis in sententia ponderatis illam confirmarem damnatis appellantibus in expensis. Bahiæ 22. Januarij de 1684. Almeyda.

Probationem filiationis naturalis esse difficilem, tradit cum multis *Merlin. de legitim. decis. 51. num. 5.* & multo antea hanc ipsam difficultatem cognovit *Homerus ibi: Ab ipso natum dicit me mater, at ipse nescio, quis potest certum conferre parentem.*

Qua de causa, tenent communiter DD. filiationem naturalem sufficienter probari per conjecturas, *Valasc. conf. 176. num. 3. Phab. decis. 76. num. 7.* Verum, quæ sint istæ conjecturæ, & quomodo probari debeant, tradit *Valasc. supra num. 17.* ubi affirmat debere simul concurrere nominationem filij, multiplicationem coitus, famam filiationis, alimentorum dationem, & collocationem in matrimonium. Attamen existimo, salva tanti viri pace, prædictas conjecturas solum esse sufficientes ad probandam filiationem, quoad effectum alimentorum, & ad petendam vero hæreditatem non sufficere, sentit *Gam. decis. 152. num. 1. alias 10.* & est opinio

Baldi

Baldi ſupra citati, licet non ſequatur *Valaſc. dict. conf. 176. in fin.* expreſſe *Phæb. dec. 44. num. 3.* ubi dicit requiri, quod probetur proprietas filiationis ad petendam hæreditatem.

Verum quidquid ſit de una, aut altera opinione, certum eſt ad probationem filiationis naturalis, tunc ſufficere conjecturas, quando ab oppoſita parte non concurrunt præſumptiones, quæ tales conjecturas diluant, videatur *Valaſc. in fin. conſult. 176.* qui Cardinalem Paleotum citat, & de quibus, cum probationibus idem dicendum eſt, quia in tantum probant, in quantum non apparet in contrarium probatio melior, ut eſt vulgare. Unde cum in noſtro caſu conjecturæ filiationis ab appellantis oblatæ per contrarias præſumptiones, & probationes à R. factas ſufficienter elidantur, ut videre eſt ex teſtibus à Reo productis fol. 46. dicendum eſt, quaſi poſſeſſionem filiationum noſtro in caſu non eſſe probatam.

Secundo, & evidentius, certum in jure eſt, quod licet filius probeat quaſi poſſeſſionem filiationis, ſi à parte contraria opponatur, quod pater tempore conceptionis diverſa fœmina, aut mater diverſo homine copulabatur, non ſufficere talem quaſi poſſeſſionem ad ſucceſſionem probatam, ex *Ord. lib. 4. tit. 92. in princip. ibi: Hæc ſo manceba.*

Tenet *Emman. Barboſ. ad prædictam Ord. in princip. num. 17.* & latius *Cald. de nominat. q. 21. num. 7. Phæb. decif. 76. numer. 12.* quæ reſolutio Ordinationis non ſolum viget in viro, ſed etiam in fœmina à paritate rationis, quia in utroque caſu ſtat eadem ratio decidendi, & eſt communis DD. reſolutio, *Phæb. dict. decif. 76. num. 16.* ubi *Gam. decif. 152. num. 2.* Unde cum probeatur evidenter ex teſtibus fol. 50. appellantis matrem meretricem eſſe, & quod tempore conceptionis multis copulabatur veris, dicendum eſt non probari filiationem naturalem, ſuper qua quæſtio eſt. Neque aliquid magis factum inveniri poteſt, ut aſſerit *Joſeph Ludovicus decif. Peruſiana 18. num. 20.* quam ex meretrice genitos filios alicujus admittere. Ex quibus cum ſapientiffimo Domino ſecundo loco deliberante ſententiam confirmatam condemnatis appellantis in expenſis. Bahiæ 18. Martij 1684. Pita.

Cum ſecundo, & tertio Dominis convenio. Soutomayor.

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatam. Vbi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus ſequentibus.

Triplici medio aggravantes filiationem probare intendunt, ſcilicet, nominatione, tractu, fama. Quoad primum nominatio, licet coram nominato fiat, niſi directæ ſit ad filiationem profitendam, vel in actu, qui ſoli filio competat, filiationem non probat, egregie *Barboſ. in rubr. 1. p. à num. 14. ff. ſolut. matr. Gam. decif. 201. num. 1.* Hoc ita actum neſtquam conſtat, imo ſatis probatur, dum matrimonium inter aggravantes publicaretur, & aggravatrix, defuncti nunc filia nominaretur, ipſum occurriſſe, negans illam ſuam eſſe filiam, ut fol. 348. neque obijciatur, hanc negationem jam filiæ non nocere, ex *L. 1. ff. de carbonian. edict. Menoch. de arbitr. lib. 2. caſu 89. num. 73.* quia iſta doctrina procelet, quando talis præceſſiſſet nominatio, quæ filiationem probaret, ac non ita in præſenti, ut ſupra dictum, eandem negationem in teſtamento fol. 287. aſſertus pater repetit, & neſtquam credendum falſo, cum morti proximas eſſet, neque alios haberet hæredes, in quorum gratiam filiam aggravatricem denegaret, & quidem notatu dignis eſt teſtis aggravantium fol. 70. quidam de nominatione, & tractatu deponit, dicit, eodem modo dictum aſſertum patrem, quem iam aggravatricis fratrem, quem nemo ejus filium eſſe aſſerit, tractaviſſe, ex quo inferitur, potius pietate, & amore, quam natura, dictum defunctum ſe aggravatrici, & ejus fratri talem ſe exhibuiſſe, & huc pertinet, quæ de tractu, alimentis, & doctrina adducuntur, notandus etiam teſtis fol. 77. quibus loqueſi terminis dicat defunctum, filiam non negaſſe, non enim talem eſſe dixit, ſed ſibi imputari.

Quoad famam: hæc ſine certo, juſtoque principio vana vox, & vanus rumor, *Cap. Oſeus Episc. de election. Mascard. concl. 749. num. 18. Carleval de jud. tom. 2. lib. 1. diſput. 3. num. 11. ad fin.* Unde ergo iſta fama à concubinata, minime cum conſtet aggravatricis matrem villiſſimam eſſe æthiopem, pluribus proſtitutam, eodem tempore, quo aſſerti patris domi morabatur, quis ergo, cum nec ipſa, ſcire poterit, à quo conceperit. Sin autem ortum à tractu, & nominatione ceperit, hic quæ de hiſce cauſis prædiximus, ſunt repetenda. Ex hiſ itaque judicatum laudarem. Vlyſſipone 11. Maij 1685. Peyerre.

Licet quaſi poſſeſſio filiationis proveniat ex tractatu, & educatione, & alijs præſumptionibus ſufficientibus ad obtinendum in judicio petitorio, & transferat in adverſarium onus probandi contrarium, ſi ad alimenta dirigatur ſupplicatio, ut tenet *Caſtilh. lib. 5. contr.*

contr. cap. 104. ex num. 5. cum seqq.

Et non deficient DD. asseverantes id procedere, si hæreditas petatur, ut cum *Bart. Petra, Trentacinq. Valasc. Integriol. Gratian. Mascard. Surd.* tenet idem *Castilh. ubi supra.*

Nihilominus tamen parvi faciendæ præfatæ conjecturæ, quando hæc veniunt elidendæ per alias fortiores, & efficaces debilitantes assertam filiationem, *Rotta per Farinac. in posthum. 1. p. decis. 164. ex num. 2. cum alijs Balthesar Thomas. videndus de legitimatione lib. 13. à num. 195. & seqq.* Et tunc non debet curari de traditis conjecturis cum obstrictione, strictior, certior, & potentior, & magis concludens, urgensque præsumptio in contrarium ex declaratione ultimi elogij Christophori ex totali repugnancia ejusdem in actu concernenti statum nuptiandi nomine filiationis, & matris depravatione, quæ omnia iudicatum stabilire faciunt, quin obstant adducta à doctissimo ejus Patrono, quibus sigillatim satisfaciunt eleganter tradita in perorationibus pro executore testamenti. Sic placet. *Ulyssip. 16. Maij 1685. Baracho.*

487 No feito de agravo ordinario, em que são partes agravante Simão da Lomba, & agravado João Pereira, Escrivão Luis de Freytas de Sampayo, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, petição do A. contestação do R. mais artigos recebidos, traslado de escrito de liberdade, inquirição juntas, & autos appensos. Mostra-se por parte do A. que he filho natural de Pedro da Lomba, morador que foi no Urubum, no rio de São Francisco, & o dito seu pay o tratou, & reconheceu sempre por seu filho, & lhe alcançou liberdade no anno de 1659. de Pedro de Abreu de Lima, & depois o teve alguns annos, & de suas portas a dentro, confessando por seu filho, alimentando, & sustentando do necessario, o qual era homem peão, curraleiro que foi de Antonio de Brito de Castro, & de Pedro de Abreu de Lima, filho de hum official mechanico de Sapateiro, & tendo obrigação de o instituir por herdeiro no testamento, que fez, o preterio, & instituiu sua alma por herdeira, o qual he nullo. Por parte do R. se mostra, que Pedro da Lomba nunca reconheceu ao A. por seu filho, antes quando o dito Pedro de Abreu lhe dizia, que era seu filho, o negava, mostrando sentimento do dito, & se o recolheu em sua casa depois de ter liberdade, foi por lhe fazer boa obra, & pelo amor de Deos, & depois se tornou para a casa do dito Pedro de Abreu. Mostra-se, que o A. era filho de hum Indio

pefscador, & de huma mullata do dito Pedro de Abreu, & pelo ser he o A. muito baixo, sendo que a dita mullata tem outros filhos, que por serem de homens brancos tem diferente cor da do A. Mostra-se, que a dita mullata, mãe do A. era mulher devassa, que tinha amizade com muitos, & varios homens, no tempo que concebeo, & pario ao A. Mostra-se, que Pedro da Lomba era bom Christão, & inclinado a fazer bem, & se o A. fora seu filho, nam tendo herdeiro algum forçado, lhe deixara seus bens no testamento, com que faleceo. O que tudo visto, & o mais dos autos, disposições de Direito, & como o A. nem articulou, nem provou as qualidades, que pela Ley do Reyno se requerem, para como filho natural de homem peam ser seu herdeiro, & podera annullar o testamento, que Pedro da Lomba fez, quanto à instituição, & preterição, julgo nam ter aução, & absolvo ao R. do pelo A. pedido, & condeno ao A. nas custas dos autos. *Bahia 14. de Novembro de 1676. Goes.*

A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatam, & fuit confirmata. Iudices. *Lopes Oliveira. Sylva & Sousa.* Et fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Filiationem improbabilem, & saltem difficilem dicit *Iurisconsultus in L. Lucius secundum vulgarem intellectum ff. de cond. & demonstr. Valasc. conf. 134. n. 2. Surd. conf. 1. num. 39. Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 1. conclus. 79. juxta illud.*

Ex illo natum mater me dicit, at ipse nescio, nam certum quis possit ferre parentem. Et cum A. ad iudicium petitorium veniat, ubi plena requiritur filiationis probatio, secundam *Bild. conf. 380. lib. 1. Alber. & Salicet. in L. non ignorat Cod. qui accus. non poss. Alciat. præsumpt. 38. num. 7. Farin. tom. 1. decis. 289. n. 4. & 5. dicit magis communem Mascard. conclus. 787. à num. 3. refert iudicatum Phæb. 1. p. decis. 44. à num. 4. difficiliore adstringitur obligatione.*

Illegitimitatis autem probatio est illa præsumptiva, de qua cum alijs duabus speciebus, naturalis, scilicet, & necessariae, agunt DD. ad *L. filium 6. ff. de his, qui sunt sui, in cap. per tuas de probat. Paleotus de notb. & spur. cap. 21. à num. 9. Menoch. de arbitr. casu 89. num. 3. quos refert, & sequitur Valasc. tom. 2. conf. 176. num. 16. Grat. forens. cap. 653. n. 79.*

Inter has igitur præsumptiones, quibus jus nostrum habet filiationem probatam, illa est prima, & præcipua, quod sicut ille præsumitur filius, qui ex uxore, & marito nascitur cohabitantibus simul, vitamque matrimoniam

rimoniam facientibus, ex text. in dict. L. filium cum definivimus ff. de his qui sunt sui, L. miles §. defuncto ff. ad L. Juliam de adult. cum pluribus Castilb. lib. 6. cap. 104. à n. 7. Giurb. de statut. cap. 1. gloss. 4. 1. p. à num. 58. ita similiter naturaliter ille naturalis filius præsumitur, qui nascitur ex soluto, & soluta, inter quos non datur impedimentum ad matrimonium contrahendum, viventibus sub uno tecto, cum cæteris qualitatibus, de quibus dicemus modo, & præsumptio, quæ exinde resultat, non admittit probationem in contrarium, ut est opinio gloss. communiter receptæ in cap. Michael. de filiis præbyter. latissime, & magistraliter Surd. decis. 83. à num. 2. ibi: Sicut natus, & c. Menoch. lib. 6. præsumpt. 83. num. 5. Trentacinq. lib. 1. variar. tit. de filiatione resolut. 1. num. 8. vers. hæc conjectur. Grat. cap. 562. n. 59.

492 Requirita autem, quæ debent cum cohabitatione concurrere, tetigit etiam Gloss. in d. cap. Michael. quorum primo illa est, quod si mulier domi propriæ retenta cum affectione maritali, & libero accessu ad illam, sine quo non resultat sufficiens præsumptio, ad probandam filiationem in plenario iudicio, Alciat. regul. 3. præsumpt. 37. num. 4. ex pluribus Mascard. concl. 789. num. 19. & quod siue libero accessu cesset præsumptio, resolvit Alex. conf. 158. num. 2. vol. 5. cum alijs Mascard. concl. 188. num. 32. sentit Surd. conf. 1. num. 44.

493 Secundum requisitum est, quod non solum cohabitatio probetur cum accessu libero, imo ulterius requiritur probatio, quod tunc temporis mulier illa non accesserit ad alium virum, Alciat. regul. 3. præsumpt. 37. num. 4. ex Gam. & alijs Phæb. decis. 76. num. 13. Farin. tom. 1. decis. 289. num. 4. & testes deponere debent, talem mulierem accessum habere non posse ad alium, quin ipsi vidissent, Ruin. conf. 9. num. 12. lib. 2. cum multis Gab. de testib. conclus. 4. num. 8. vers. 3. limita, plures quos refert, & sequitur Grat. forens. tit. 3. cap. 562. à num. 60. Ex eo, quia cum sit negativa probatio, debet coarctari ad affirmativam probabilem, Bal. in L. Actor col. 3. Ced. probat. Aymon conf. 75. num. 25. & debent testes rationem reddere, quin ipsi interrogentur, ut ex Bald. Angel. & alijs tradit Grat. for. lib. 4. cap. 789. n. 9. ex multis Surd. conf. 414. n. 81.

494 Cum ergo præcipuam conjecturam in actis non inveniamus probatam, imo potius probetur in his matrem extra domum defuncti, semper fuisse, & varios viros admisisse, & quod magis est, cum non probetur defunctum cum A. matre rem fecisse, ut re-

Pars II.

quirit Mascard. concl. 788. num. 83. Rubens decis. 314. num. 27. Vbi, quod, ut testes probent filiationem, tempus conceptionis percutire debent, non mihi fundamentum actionis probatum insignitur, quidquid de educatione, & nominatione filij probaretur, quia per se tantum sufficiunt, Grat. for. lib. 3. cap. 562. num. 74. maxime cum de auferenda hæreditate alteri agatur, Grat. d. cap. 562. n. 76. Mascard. concl. 788 n. 17.

Deinde libertatem non probat A. tempore mortis defuncti, nisi per chirographum fol. 50. qui sine testibus non probat contractum propter suspicionem antidatæ, & in istius confirmationem in presenti plurimum viget testimonium fol. 251. & defuncti declaratio in dispositione. Confirmetur igitur iudicatum. Ulyssipone 12. Februarij 1680. Silva & Sousa.

Vix, aut nec vix quidem in casuum occurrentia aliquis usquam se obtulit, quo urgentes adeo filiationis conjecturæ adessent, quibus quidem mihi intrepide in sententiæ revocationem ire videbatur, nisi una obesset, quæ in contrariam partem penitus vertit, quæ sane licet oculari inspectione indigere videatur, attamen cum pene impossibilis sit, Actore in Americana plaga degente, necessarium sit rem juxta testium probationem definire, qui sane uno ore affirmant Actorem ejus esse coloris, ut neutiquam iudicari possit filium fuisse mulatæ, atque viri ingenui Lusitani, hominem branco, ut videre est fol. 215. vers. 223. in fin. 229. vers. 251. vers. 254. vers. frivolum autem, & inane subterfugium Actoris, & Regionis intemperies, quæ hominum colorem effuscere solet, ei non suffragatur, quippe testes ejusdem sunt Regionis, quinimo & addunt ejusdem Actoris fratres uterinos diversi esse coloris, ex quo solo fundamento sententiam confirmo, quam alias revocaturus forem. Ulyssipone 22. Februarij 1680. Lopes Oliveyra.

At vero si probetur esse concubinam, & retentam in domo, & non habuisse ad alios viros accessus, sed tantummodo ad illum vocatum patrem, potest probari filiatio ex conjecturis sequentibus, quia concubinatus est principalis conjectura filiationis, Gam. dec. 152. Valasc. conf. 176. num. 16. Gratian. forens. cap. 562. num. 59. & 653. n. 75. Barb. vot. 22. num. 12. 13. & 14. licet sit extra domum, Valasc. & Gam. ubi supra, & ita proseguendo conjecturas.

Prima, & principalis conjectura est, quæ provenit ex solo actu faciendi baptizari filium, & paternos designandi, ut ex Surd. Gratian.

tian. Nogueroi. tradit Aug. Barb. vot. 22. n. 17. Castilb. d. cap. 104. num. 9. Merlin. forens. d. cap. 84. n. 8. Surd. conf. 1. n. 44. & 45.

498 Et ex fide baptismi probatur d. filiationem, ut afferunt aliqui DD. prout tradunt Merlin. d. cap. 84. num. 8. & 9. Scobar de pur. & nobil. proband. p. 1. q. 6. §. 4. num. 45. & 9. 11. §. 2. num. 40. & 9. 12. §. 2. num. 40. Genoa de script. privat. lib. 5. tit. de libris plebenor. q. 3. Barb. de paroch. cap. 7. num. 4. & 5. maxime intervenientibus aliquibus adminiculis, ut tenet Bicchius dec. 251. num. 9. & dec. 434. num. 6. & dec. 553. num. 2. & si non appareat ex testibus ex ratione, de qua Larr. alleg. 95. num. 27. Farin. q. 176. num. 89. & q. 153. n. 209. & dec. 402. num. 9. Nogueroi. alleg. 25. num. 57.

Sed mihi contrarium videtur, & ex tali certitudine ablata à Parocho non probari filiationem resolvo, & quod liber baptismalis non probat filiationem, ut in terminis tradunt Zeval. tom. 5. q. 4. num. 80. & seqq. ubi quæstionem ex professo tractat, atque examinat ex Mart. de jur. p. 2. cap. 8. num. 23. & alij per eos, & sancta Synodus, & constitutio sacri Concilij Trident. sess. 24. de reform. cap. 2. in tantum disposuit fidem esse adhibendam libris plebanorum, seu curatorum, in quantum ad eorum officium spectabat, scilicet, ad probandam ætatem natorum, qui per eos in sacro fontis lavamine fuerunt insigniti, vel ad probandum matrimonium eorum, qui per eos juxta formam sacri Concilij fuerunt verè conjugati, quia ad hoc persona Parochi tanquam publica fuit electa, ut notabiliter explicat, atque exornat, idem Zeval. supra, & tenet Genoa proxime, & præcipue num. 16. & seqq. Cald. in L. si curatorem verbo minoribus num. 38. vers. sed obstare, Pareja de instrum. edit. tit. 1. resol. 3. §. 5. num. 37. Barb. de paroch. 2. p. cap. 7. num. 4. & in L. cum te Cod. probat. n. 4. & in collect. ad d. concil. num. 162. Borrel. in sum. dec. tit. 22. de libris, & cor. fid. num. 25. Viv. dec. 184. num. 2. Et bene etiam advertit Mart. ubi supra num. 25. quod liber Parochi, licet de consuetudine, ut olim, & ex præcepto sacri Concilij, ut hodie, probet ætatem, nullibi tamen cautum reperitur, quod probet qualitatem natalium, unde bene succedit illud celebre dictum Bart. in L. 1. ff. ad municip. num. 8. quod per librum, & fidem baptismi, non contrahitur civilitas, Gonzales ad reg. 8. cancel. gloss. 9. §. 1. num. 105. Secundum quod recte procedit, quod affirmant, quia in omnibus decisionibus, quas congesterunt DD. nullus est qui dicat librum Parochi fidem facere ad probandam filiationem,

vel consanguinitatem inter consanguineos ad proprietatem, & maioratus successione, cum sint quamplurimi, qui de hac materia scripserunt, inter quos legi ultra citatos, Emil. dec. 314. p. 1. Viv. decis. 184. Farin. dec. 532. Ludov. dec. 55. Serafin. dec. 1138. Cavalc. dec. 12. Sforc. de rest. p. 1. q. 37. art. 9. num. 83. Mauric. de rest. cap. 321. Mascard. concl. 673. num. 1. 8. & 19. & concl. 163. num. 3. Menoch. lib. 2. præf. 51. n. 53. & 56. & alios, qui uno ore tantum affirmant libros Plebanorum, seu curatorum, fidem facere ad probandam ætatem, seu ad matrimonium probandum, quia ad hoc tantummodo fides suarum personarum fuit electa, ad eorum enim officium spectat solummodo videre eos, qui sacro baptismatis lavacro abluuntur, vel qui ad celebrationem matrimonij ante eos adhibentur, ut disposuit sacra Synodus, & notarunt DD. ut advertit Zeval. d. num. 83. & num. 87. exemplificat, & ita observari debet, quia si baptismus transit per Parochum, conceptio infantis minime, atque ita non potest habere fidem in illo actu, quem non vidit, & ita in præjudicium tertij circa filiationis probationem non facit fidem, Genoa d. lib. 5. q. 2. n. 2. & ita vidi judicatum in una causa Brasiliensi, & etiam quod non sufficiebant præconia ad nuptias contrahendas nomine patris, nec dos data, quando vocatus pater erat solitus elemosynas dare, nec concubinatus, si ad alios habuit mater accessus, & si tempus novem mensium transivit post separationem utriusque, nec postea vocatio filij in infirmitate, quia in testamento asseverat non habere filios hæredes necessarios, & negavit filium esse suum, & ad annullandam dispositionem, & petendam hereditatem hæredi instituto, non sufficere probationem præsumptivam, nec dubiam, & in controversiam deductam.

Secunda conjectura elicitur, ex fide christi-⁴⁹⁹ matis, ex qua constet patrem petijisse, & rogasse alicui nobili, ut fuisset patrinus filij, aut ille fuisset eo sciente, & non petente, Merlin. d. cap. 84. n. 11.

Tertia conjectura conspicitur ex lætitia,⁵⁰⁰ quam parentes in die nativitatis filij habuerunt, Castilb. d. cap. 104. n. 8. & seqq. Aug. Barb. d. vot. 22. n. 18.

Quarta conjectura ostenditur ex libro⁵⁰¹ privato patris, in quo per nomina, & cognomina, filij descripti sunt una cum nativitatis die, & mense, & anno, Castilb. d. cap. 104. num. 8. circa medium, & num. 11. Merlin. d. cap. 84. num. 9. Scobar de purit. p. 1. q. 11. §. 2. num. 35.

502 Quinta conjectura resultat ex nomine patris, aut avi imposito in baptismo, aut in chrismo mutato, *Merlin. d. cap. 84. num. 10.* & quare *August. Barb. vot. 22. num. 19. & 20. L. uxorem ff. manumiss. testam. ibi: Nominis patris vocatus est. Cab. dec. 73. n. 17. p. 2. Lara de capel. lib. 2. cap. 4. numer. 132. Paschal. de virib. patr. potest. 2. p. cap. 2. numer. 57.*

503 Et ex cognomine generationis, *Menoch. lib. 6. pres. 15 num. 48. & cons. 818. num. 35. Barb. in rubric. p. 1. num. 23. Albenf. cons. 83. num. 11.*

504 Sexta conjectura est, alimentorum præstatio, ex qua filiatio probatur, quamvis dictum sit, quod pietatis gratia data fuerunt, *Noguerol. alleg. 25. num. 78. Aug. Barb. vot. 22. num. 217. & seqq. Merlin. d. cap. 84. n. 15. Menoch. de arbitr. cas. 89. num. 69. Mascard. de probat. concl. 789. Surd. cons. 1. num. 46. Valasc. cons. 134. num. 4. Thomas. de legit. cap. 7. n. 370.*

505 Septima conjectura inspicitur, quando dantur vestimenta cum differentia ab alijs domesticis, puta honorabiliora, ut ex *Mascard. Petr. tenet Barb. vot. 22. num. 22. Castilb. d. cap. 104. num. 8. Mascard. concl. 789. num. 38. vers. quarto, Lup. d. §. 3. n. 35. Noguerol. alleg. 25. num. 59. Paschal. de vir. patr. potest. 2. p. cap. 2. num. 14. & 15. & 17. Tapia dec. 37. n. 3.*

506 Octava conjectura elicitur ex educatione, & consignatione pueri ad nutricem, & educatione cum honore ad scholas, *Gratian. cap. 562. num. 70. Paris. Mascard. quos refert Barb. d. vot. 22. num. 23. eleganter Merlin. d. cap. 84. num. 14. 15. 16. & 17. optime explicat cap. 87. num. 37. & 38. ubi explicat, Lup. d. §. 3. num. 35. Paschal. de vir. patr. potest. d. num. 17. Tapia sup. Noguerol. supra n. 58. Mascard. d. concl. 789. num. 38. & 795. Aug. Barb. d. vot. 22. n. 21. & 22. ubi explicat, & n. seqq.*

507 Nona conjectura probatur ex nominatione, & tractatione de aliquo uti filio, fratre, aut consanguineo, & est reciproca, & fatetur in epistolis scriptis in absentia, quamvis nominatio, & confessio non sit reciproca, & enunciative facta, dummodo sit geminata, ut optime exornat *Barb. d. vot. 22. n. 24. usque ad 31. explicat, & loquitur in donatione Merlin. d. cap. 84. num. 18. 19. & 20. & eleganter num. 31. & seqq. de tractatu, & optime explicat Cap. 87. n. 27. & seqq. Castilb. d. cap. 104. num. 12. & vers. tertia, Valasc. cons. 176. num. 20. Post. de manus. observ. 34. num. 2. Scobar de purit. p. 2. q. 6. §. 4. n. 4. Rot. Rom. dec. 238. p. 1. divers. Vbi de con-*

Pars II.

cessione secreta, & tractatu, & in confessione publica patris omnes citati resolvunt.

Maxime si nominatio, aut tractatio fuerit facta in iudicio, *L. 1. §. Iulianus ff. liber. agnosc. Mascard. 790. n. 27. & vide infra.*

Decima conjectura suffragatur ex fama publica, & vulgari traditione, & quando, & quomodo procedat, *Aug. Barb. cum multis d. vot. 22. num. 32. 33. 34. & 35. Noguerol. alleg. 25. num. 87. & n. 259. explicat, Merlin. d. cap. 84. num. 40. & 41. Castilb. cap. 104. num. 13. vers. quarta, Lup. d. §. 3. num. 45. & 46. Menoch. cas. 89. de arbitr. num. 86. & 8. Valasc. cons. 176. num. 7. & 8. Trentacinq. d. resol. 1. num. 12. in adulterino Paschal. de patr. potest. p. 2. cap. 2. num. 49. & in filio nobilis, & quare, *Tiraq. de nobil. cap. 37. num. 110. explicat Surd. cons. 1. num. 48. Scobar de pur. p. 1. q. 15 §. 3. num. 70. & 71. Aug. Barb. de potest. Episcop. p. 1. tit. 2. gloss. 17. n. 37.**

Undecima conjectura resultat ex clericali, eidem tamquam filio legitimo, eodem patre supplicante, collato, *Merlin. d. cap. 84. n. 21. & n. 23. 24. & 25.*

Duodecima conjectura oritur ex insignijs doctoratus, aut militis, & admissione ad collegium ad instantiam patris, ex *Merlin. d. cap. 84. n. 22. & n. 23. 24. & 25. & seqq.*

Decima tertia conjectura elicitur ex sententia lata pro consequendis alimentis, quæ probat filiationem non solum in possessorio, sed in petitorio, ut multis tradit *idem Merlin. d. cap. 84. num. 27. 28. & 29. de qua re, & quando prejudicet, Lup. d. §. 3. num. 61. Castilb. tom. 6. cap. 104. n. 38. & 124. num. 21. & 36. & cap. 104. num. 23. & seqq. & num. 38. Valenz. cons. 68. num. 62. Surd. de alim. tit. 1. q. 126. num. 10. De qua re vide sententiam seq.*

No feito de Alvaro Lopes sobre a justificação de Ioaõ Vas, Escrivaõ Lourenço Correa de Torres, se deu a sentença seguinte.

Julgo os embargos de nullidade fol. 12. recebidos fol. 14. que os Reos embargaraõ com outros embargos, que lhes foraõ recebidos fol. 17. por principio de contrariedade, que nam acabaraõ, por provados, vistos os autos, & prova a elles dada, & como se mostra por parte do embargante ser primo com irmão de Ioaõ Vas, que faleceo solteiro sem testamento, nem herdeiros ascendentes, nem descendentes, nem algum outro parente mais proximo em grao, que o embargante, nos quaes termos, conforme a Direito, fica sendo seu herdeiro universal, por tal o julgo. E visto como tambem se mostra, que a sentença embargada foi proferida pela justificação, que os embargados fizeraõ,

O ij sem

sem para ella ser o embargante citado, hey a dita sentença por nulla, & de nenhum effeito: & mando que os bens do dito defunto, de que os embargados por virtude da dita sentença estão de posse, sefão restituídos ao embargante, com os rendimentos da invida occupação, até real entrega. E paguem os autos. Lisboa 31. de Outubro de 1663. Antonio de Freytas Pinto.

Ab hac sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatum. Vbi fuit confirmata à Iudicibus. Lamprea. Da Cruz Freyre. Portugal. Et fundata fuit in sequenti deliberatione.

Quamvis sententia lata in causa consanguinitatis magnam faciat præsumptionem, ex his quæ *Cov. pract. cap. 13. num. 4. Valenz. cons. 105. num. 33.* tamen illud verum est, quod sententia recipit declarationem ex actis, & probationibus juxta doctrinam *Bald. in L. fin. Cod. suspect. tutor. gloss. verbo judicatae in L. siquis ad exhibendum ff. except. rei judic. Bart. in L. Iulianus verum debitorem ff. condiçt. indebit. Rota Genua decis. 164. n. 19.* ex ea ratione quia iudex secundum probationes judicare præsumitur, *L. siquis Cod. officio civil. jud. gloss. verbo verum in L. hac enim ff. suspect. tutor. Alex. cons. 49. num. 9. vol. 7.* unde dicitur, quod acta sunt vehicula ad sententiam, *Valenz. cons. 68. n. 7.* Atque ita sententia fol. 9. declaranda venit ex probationibus fol. 4. quibus animadversis appellantes videntur bonam causam non fovere, siquidem jure non probant consanguineos esse Ioannis in sexto consanguinitatis gradu, ut in supplicatione deduxerunt, & licet aliqui testes deponant de nominatione Ioannis, & Alvari parentis, non tamen probant consanguinitatem distinctis gradibus, prout facere tenebantur agendo de successione, ut probat *text. in cap. licet 47. de testib. Peregrin. de fideicõmiss. art. 43. num. 68. Carol. Tapia dec. 2. num. 4. Marescot. lib. 1. cap. 70 num. 1. Valenz. cons. 105. num. 52.* atque ita non sufficit prædicta nominatio, *Valenz. proxime num. 53. Surd. dec. 145. num. 3.* Et evidenter elicitur sententiam absque legitima latam probatione; appellantesque jure carere, præsertim stante appellati probatione fol. 23. ex qua per unum testem fol. 26. probatur Alvarum Ioannis parentem fuisse fratrem matris appellati, & licet unicus testis sufficiens non sit, tamen per alios probatur nominatio Alvari, & Ioannis, dum compos mentis erat, & quamvis nominatio per se non sufficeret, juncta tamen cum illo teste, qui de veritate deponit, plenã facit probationem, siquidem duæ semiplenæ probationes

junctæ plenam efficiunt probationem, *Alex. cons. 150. num. 28. vol. 5. Afflict. dec. 48. n. 4.* Quapropter cum illa appellati probatio sit specialis, & distincta per gradus, melior censenda est, & ex ea sententia iudicis erit sustinenda. *Vlyssipone 16. Augusti 1664. Portugal.*

Decima quarta conjectura cognoscitur ex charta legitimationis expedita ad patris preces, & ex instrumento legitimationis, in qua pater assertivè, secrete, & principaliter confessus fuit esse suum filium, & uti talem eum legitimavit, & virtute legitimationis fuit charta expedita à Senatu Aulico, prout in hoc Regno moris est ex *Ord. l. 1. tit. 3. §. 1.* Ubi late diximus: multis citatis ostendit hanc esse veram conjecturam filiationis, *Merlin. d. cap. 84. num. 34. 35. & 36. 37. 38. & 42. & seqq.*

Decima quinta conjectura oritur ex datione dotis, & collocatione in matrimonium, *Valasc. cons. 176. num. 17. Bicchius dec. 251. num. 10.* & ex transactione facta cum filio, tamquam tali, *Massol. post tract. de ratiocion. dec. 84. num. 4.* Nisi dos fuerit data causa pietatis, aut elemosynæ, ut vidi judicatum.

Decima sexta conjectura nascitur, ex institutione hæredis talis filij, quia non est verosimilis, ut quis instituat ut filius, si vere non sit talis, *Surd. cons. 1. num. 30. & 50. Roland. cons. 22. num. 24. vol. 3. ubi numer. 23.* limitat, quando relinquitur legatum, aut fideicommissum, *Barz. dec. 92. num. 13. Castilb. d. cap. 104. num. 16. Decian. respons. 1. n. 109. lib. 3. & de dote, & donatione Barb. in cap. per tuas de probat. num 3. Scobar d. 9. 11. §. 2. n. 35. & 915. §. 3. n. 28.*

Nisi avus ei reliquerit maioratum de tertia eum nominando nomine nepotis, *Gratian. forens. cap. 653. num. 71. Mascard. concl. 790. num. 16. & seqq. Noguierol. alleg. 25. numer. 79.*

Decima septima conjectura resultat ex literis testimonialibus, & sigillatis cum testium subscriptione, in quibus loquitur de filiatione, & descendencia, *Madrian. Negus. in sylva respons. & pract. 99. 9. 28. num. 32. ad med. ex Felin. in cap. post cessionem in prima conclus. num. 3.* de probat, & etiam ex armorum charta, vulgo *por brazão de Armas passada pelo Rey de Armas*, ut vidi judicatum.

Decima octava præsumptio resultat, si patruus tractet nepotem uti filius fratris, qui dicitur patris, *Menoch. cas. 89. n. 80. Surd. cons. 1. num. 51. Coccin. dec. 409. num. 9. Noguierol. alleg. 25. num. 79. Gratian. cap. 653. n. 71. Peregrin. art. 43. num. 76. & 80.* explicat idem *Gratian. cap. 135. num. 41. & dec. 216. num.*

num. 8. circa tractatum fratrum, *Patian. de probat. lib. 2. cap. 12. n. 16. & 17.*

519 Decima nona conjectura oritur ex similitudine patris, *Menoch. cas. 89. num. 97. & 102. Gratian. cap. 567. num. 30. & seqq. explicat Valasc. conf. 176. num. 14. Castilb. cap. 104. num. 15. Barb. p. 1. rubric. num. 15. ubi quando concurrunt aliquæ conjecturæ pro filiatione, Mascard. concl. 792. num. 1. & seqq. & num. 9. Intrigriol. dec. 35. num. 49. Carranç. de part. cap. 20. num. 43. & 45. & num. 59. & ex similitudine capillorum post Gratian. & alios Massol. de ratioc. dec. Rot. 17. num. 4. & 5. ubi explicat, & infra vide.*

520 Vigesima conjectura resultat ex declaratione matris dicens habere copulam cum vocato patre, *Noguerol. alleg. 25. num. 29. Gratian. cap. 562. num. 79. & post illam subsequutam dicunt testes illos declarasse, esse puerum filium utriusque, Noguerol. alleg. 25. num. 60. Telles in cap. per tuas de probat. Thomas de legitim. tit. 13. cap. 7. num. 349. & 383. Castilb. d. cap. 104. num. 12. Sed contrarium fuit iudicatum in causa Vice-Comitis de Barbacena com D. Cecilia de Menezes, Escrivão Manoel Soares Ribeiro, ex Carranç. de part. cap. 5. n. 58. & seqq.*

521 Vigesima prima conjectura resultat ex datione avi, aut patris alicujus rei magnæ, aut carrucæ aureæ, ut exemplificat *Tapia dec. 37. num. 4. Paschal. d. p. 2. cap. 2. num. 14. & 15. Noguerol. alleg. 25. num. 79. Intrig. dec. 35. num. 44. Rending. prompt. sent. jur. tom. 1. tit. 93.*

522 Vigesima secunda conjectura cognoscitur ex nominatione, & confessione facta Principi in supplicatione, dicens pater puerum esse suum filium, ex qua supplicatione probatur filiatione, *Mascard. concl. 790. n. 48. admadvertit Paris. conf. 10. n. 48. lib. 2. observat. Cæphal. conf. 137. n. 45.*

523 Et etiam extra supplicationem, & extra judicialiter factam nominationem, vel judicialiter, & confessionem à patre probatur filiatione, *Cap. per tuas de probat. ubi DD. Surd. conf. 1. n. 47. Pascal. dec. 2. num. 56. Menoch. d. cas. 89. num. 77. Castilb. d. cap. 104. num. 12. Thom. de legit. d. cap. 7. num. 349. & 383. Mancin. de confess. cap. 2. num. 202. Noguerol. alleg. 25. n. 62. Valasc. conf. 134. num. 4. & conf. 176. n. 18. Merlin. d. cent. 2. cap. 84. Barb. vot. 22. n. 24. & seqq.*

524 Vigesima tertia conjectura resultat in filiatione antiqua ex libris familiarum, & simplicia memorialia privata scripta in illis, *Alba conf. 83. num. 13. Peregrin. art. 43. num. 86. Castilb. lib. 6. cap. 123. num. 10. Pereir. de jur. ind. tom. 2. lib. 1. cap. 26. num. 34. Mas-*

card. concl. 105. num. 5. & infra dicemus, maxime si scribens fuerit defunctus, Surd. conf. 245. n. 19. & 20

Vigesima quarta conjectura resultat ex 525 verbis enunciativis circa filiationem prolatam in instrumentis antiquis, *Castilb. d. cap. 104. num. 6. & cap. 122. num. 8. Pereir. de jur. ind. cap. 26. lib. 1. num. 34. Valenz. conf. 105. num. 16. Scobar de purit. p. 1. q. 6. §. 4. num. 44. & 9. 15. §. 3. & num. 50. Et ex verbis enunciatis in instrumentis antiquis probatur filiatione, Menoch. de arbit. cas. 265. Mier. de maior. 4. p. 9. 10. num. 209. Surd. conf. 1. num. 63. Barb. in collect. ad cap. per tuas de probat. num. 3. Valenz. conf. 105. n. 16. Scobar de purit. p. 1. q. 6. §. 4. n. 44. & 9. 15. §. 3. & n. 50. eleganter Vrseol. consult. forens. cap. 80. n. 48. & seqq.*

Non est credendum, quod in dictis in- 526 strumentis fuissent factæ enunciationes filiationis, & consanguinitatis, nisi ita se habuisset rei veritas, ut in specie dicunt *Albens. conf. 83. n. 20. Cæphal. conf. 90. n. 24.*

Maxime si sint in actis, & jam in illis probata fuit filiatione ad instantiam alicujus consanguinei, *Scobar de purit. p. 1. q. 13. §. 1. numer. 17.*

528 Vigesima quinta conjectura elicitur ex amore patris, & ex actibus, per quos quis ut filius tractatur, scilicet, per gaudium, lætitiã, oscula publice in domo facta per eum, qui dicebat filium suum, *Castilb. d. cap. 104. num. 8. Petra de fideicommiss. q. 11. n. 420. ubi d. verba refert, ex Cap. afferte gladium de presumpt. Paris. conf. 10. num. 60. tom. 2. & junctis alijs per datam benedictionis, ut vidi iudicatum.*

529 Vigesima sexta conjectura resultat ex actu emancipationis facta à patre, *Soccin. conf. 89. num. 4. lib. 1. Calade mod. articul. & proband. gloss. unic. §. 2. num. 271. & ex aliquibus conjecturis in filio ex æthiope, tradit iudicatum Valasc. conf. 176. num. 15. & 20. Phæb. p. 1. dec. 76. n. 2. Rota per Farin. in posthum. dec. 199. p. 1. & dec. 444. in recenc. Surd. conf. 1. Noguerol. alleg. 25. n. 19.*

530 Et probata, & acquisita quasi possessio filiationis filio, eo invito auferri non potest à patre, ut late fundat *Merlin. d. cap. 87. n. 28. & seqq. & signanter num. 34. & 35. explicat Massol. post tract. de ratiocin. dec. 17. num. 9. & dec. 30. & num. 3.*

531 Acquisita quando dicatur, & probata quasi possessio filiationis, tradunt citati à *Merlin. forens. d. cap. 84. num. 27. & seqq. ubi de sententia alimentorum, ex alijs Menoch. cas. 89. num. 69. Mantib. dec. 295. n. 2. Valasc. conf. 176. num. 18. & 20. Post. de*

manut. observ. 34. num. 2. *Scobar de puris* p. 2. 9. 6. §. 4. num. 4. Vbi inducitur ex tractatu, & nominatione, maxime concurrentibus ad miniculis, *Castilb. d. cap. 104. num. 21* *Noguerol. alleg. 25. n. 62. & 63.* *Mancin. de confess. cap. 2. num. 202.* *Gratian. cap. 653. n. 71. cap. 754. n. 26. & 27.*

532 Filiationis proprietas quando certificetur, & dicatur probata, *Merlin. d. cap. 87. n. 27.* *Massol. d. dec. 84. n. 4.* *Valasc. conf. 176. n. 15. & seqq.* *Surd. conf. 1. & dec. 83.* *Hodiern. ad Surd. dec. 145. num. 12.* *Valasc. d. conf. 176. n. 18.*

533 Et quando est acquisita d. quasi possessio præjudicat patri, & hæredibus illius, & omnibus, qui in tractatu, & nominatione consenserunt, *Gratian. cap. 267. num. 18. cap. 562. n. 78. cap. 653. n. 72.* *Massol. de ratiocin. dec. Rot. 17. n. 13. & 14.* ubi explicat.

534 Sed ad successionem non sufficit quasi possessio filiationis, sed requiritur plena probatio in proprietate, *Lup. d. comment. 2. §. 3. num. 53.* *Castilb. d. cap. 104. num. 4. vers. rursus,* *Trentacing. d. resol. 1. de filiat. n. 7. vers. secunda,* *eleganter Pascal. de virib. patr. potest. p. 2. cap. 2. num. 27.* *Gratian. forens. cap. 562. num. 76.* *Surd. conf. 1. num. 69.* *Fontanel. de pact. nupt. claus. 6. gloss. 2. p. 4. n. 5.* *Bicchius dec. Rot. 101. num. 11.* *eleganter Massol. post tract. de ratiocin. dec. 77. num. 16.* *Gam. dec. 152. Phæb. dec. 44. n. 3.*

535 Licet contrarium, & quod sufficiat quasi possessio filiationis ad bonorum successionem, teneant *Menoch. cas. 89. num. 70.* *Mascard. concl. 789. num. 9.* *Valasc. conf. 176. n. 17. 20. & 21.* *Castilb. d. cap. 104. n. 5. vers. rursus, & vers. secundo, & vers. quarto,* *Pascal. de vir patr. potest. 2. p. cap. 2. num. 29. & 30.* *Lup. d. §. 3. num. 33. vers. declaratur,* *Noguerol. alleg. 25. num. 58. & 59.* & ad alia *Patian. de probat. lib. 2. cap. 6. num. 14. 15. & 18.* *Mantic. dec. 205. num. 2.* *Roland. conf. 22. num. 29. vol. 3.* *Surd. de alim. tit. 1. q. 112. num. 3. & 22. & quare Valasc. d. numer. 21.* *Gail observ. 97. lib. 2. num. 19.* *Hodiern. ad Surd. dec. 145. & n. fin. tradit in specie hanc resolutionem, & Surd. dec. 83. & conf. 1.*

536 Quia procedit in bonis liberis, & alimentorum præstatione, & quando ultra quasi possessionem concurrunt conjecturæ urgentiores, de quibus *Mascard. d. concl. 799. n. 25.* *Valasc. d. num. 17.* *Patian. de probat. lib. 2. cap. 6. num. 22.* *Trentacing. d. resol. 1. num. 8.* *Lup. d. §. 3. num. 53. vers. declaratur,* *Castilb. d. cap. 104. n. 5. vers. quarto,* *Hodierna d. dec. 145. n. fin.*

537 Et tunc contra patrem, aut matrem, & alios, qui tractarunt, & tractationi, & nomi-

nationi consenserunt, secus in præjudicium venientium ab intestato, *Nat. conf. 473. num. 24.* *Gratian. cap. 562. num. 78.* *Trentac. d. resol. 1. num. 7. vers. 2.* *Hodiern supra d. dec. 145. n. fin.*

Neque etiam procedit in maioratus successione, ut diximus num. 469. & tenet *Valeron. de transact. tit. 3. q. 2. num. 9. & seqq.* *Seraph. dec. 1081. num. 2.* *Magon. dec. 86. n. 17.* *Ludovic. dec. 362. num. 3.* *Gratian. forens. cap. 75. num. 41. & 51. & probat L. ordinata ff. liber. caus. & in terminis filiationis est optimus locus, Ponte tom. 2. conf. 3. n. 152. ubi postquam sequutus fuit nostram resolutionem, his verbis concludit: Sed, quæso, advertatur ad motivum, quod, ni fallor, tollit omnem disputationem, non enim potest negari, quin D. Theresia habeat intentionem fundatam de jure, adversus quam concurrat pars cum sua probatione præsumptiva, & incerta, contra quam tot, & tanta adducuntur. Videamus nunc de jure, si existente ex una parte, probatione præsumptiva, quæ alias de jure sufficeret ad obtinendum, & concurrente ex alia parte probatione certa: & proprie in casu, de quo agimus, in duobus concurrentibus ad successionem; unus qui probat suum gradum, vel suam intentionem per probationes præsumptivas, alter vero, qui eo non existente, esset successurus, probat ejus gradum, & suam intentionem plene, certe, & indubitate: quas enim probationes iudex debeat attendere, & pro quibus judicare? Et quidem pro eo, qui certas habet probationes indubitatas. Et ibi multa refert, & probatur ex verbis, text. in d. L. ordinata ff. liber. caus. ibi: Ne melioris conditionis sit, qui dubie libertatis est, quam qui certæ, optime *Bicchius dec. Rot. 101. numer. 11.* *Massol. d. dec. 77. n. 16. & dec. 84. n. 6.**

Maxime quando hæc successio maioratus 539 est adeo scrupulosa, ut ordinum dignitas, familiarumque salva sit, ut sunt verba, text. in L. 1. §. quamvis ff. de ventr. inspiciend. ex qua concludunt DD. quod quando in successione agitur de præjudicio tertij, & iste ut legitimus habet juris assistentiam, qui voluerit illum excludere, debet habere evidentem probationem, ex qua se includere debet, & non sufficient præsumptiones, ex quibus intendit filiationem probare, *Menoch. cas. 89. num. 77. & de præf. lib. 6. præf. 14. n. 51.* *Mascard. concl. 599. num. 26. & 790. n. 1.* *Ponte d. conf. 3. num. 40. & 79.* *Castilb. d. cap. 104. n. 5. & cap. 124. num. 12.* & tradit, & concludit in terminis contra filiationem, & contra filium pertendentem successionem maioratus, aut fideicommissi. *Cæl. Bicchius dec. Rot. 101. num. 11. & probant citati supra num.*

num. 469. & tenet Mascard. de probat. concl. 799. numer. 7. & 11. ibi: Et in his terminis quando filius vult auferre hereditatem ab alio, quod non sufficiat præſumpta probatio filiationis, & num. 26. Cabed. d. dec. 73. n. 13. p. 2. ibi: Vel quando agitur de ſuccedendo alicui ad excluſionem alterius, ut conſuluit Paul. conſ. 56. col. 2. Petra de fideicõmiſſ. q. 11. num. 484. Mareſcot. var. lib. 1. cap. 70. n. 3. Et quando filius eſt Actor, non ſufficit probatio præſumptiva juris, ſed requiritur aliunde probatio certa, & vera, indubitabilique, Gonzales ad reg. 8. cancel. gloſſ. 43. ſub num. 95. verſ. maxime, Ludoviſ. dec. 278. n. 6. Et iudicatum fuit in cauſa ſequenti.

No feito de Luis Alfar com Sebaſtião Lopes Ferreira, Eſcrivaõ Lourenço Correa de Torres, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Vistos eſtes autos, libello do A. Luis Alfar, contrariedade do R. Sebaſtião Lopes, & mais artigos recebidos, certidoens, & mais papeis juntos, prova a tudo dada. Se mostra, que o A. Manoel Alfar em o teſtamento com que faleceo, inſtituira duas capellas de ſeus bens com encargo de miſſas, para huma chama a Manoel Lopes Alfar ſeu ſobrinho, filho de Ioão Lourenço ſeu irmão, para outra a Luis Martins, filho de ſeu irmão Sebaſtião Lopes, & que por falecimento de cada hum delles, ſucedeffem os parentes mais chegados do ſexo masculino, com outras mais clauſulas, que induzem morgado, de que nam havia duvida, & ſe confessa por eſtas partes. Moſtrase mais que por Manoel Lopes Alfar falecer ſem filhos, ſucedera na ſua capella Sebaſtião Lopes ſeu ſobrinho, filho de Luis Martins, que foi o poſſuidor da outra capella, em que ambas ſe unariaõ, aſſim por morte do dito Luis Martins, que nam teve outro filho, mais que o dito Sebaſtião Lopes, como por morte do dito Manoel Lopes Alfar, moſtraõ ſer falecido o dito Sebaſtião Lopes ultimo poſſuidor das ditas capellas, ſem deſcendentes, & que por ſua morte ſe metera de poſſe o R. das propriedades declaradas no libello do A. que eraõ das meſmas capellas, o que tambem ſenaõ duvida, ſem lhe pertencerem, mas ao A. que era filho legitimo de Manoel Alfar, primo com irmão do inſtituidor, parente mais chegado ao ultimo poſſuidor Sebaſtião Lopes, por ſer o pay do A. primo com irmão de Sebaſtião Lopes avo do dito ultimo poſſuidor, & irmão do inſtituidor, & o R. nam tem parentesco algum, que ſe conheça com elles, para poder ſucceder nas ditas capellas. Por parte do R. ſe moſtra ſer filho legitimo de Affonſo Lopes, o qual era filho de Sebaſtião Lopes Alfar, irmão do inſtituidor Manoel Alfar, de modo que o pay

do R. & Luis Martins pay do ultimo poſſuidor Sebaſtião Lopes, eraõ primos com irmãos, filhos de dous irmãos, & aſſim ficava o R. ſendo do ſangue do inſtituidor, & o parente em grao mais chegado ao ultimo poſſuidor. Moſtrase mais pelo R. que tanto era verdade pertencer-lhe as ditas capellas, de que estava de poſſe, que Manoel Lopes Alfar, que foi poſſuidor de huma, & primeiro chamaõ a ella pelo inſtituidor, dizia que ſe havia de cazar, para que as capellas nam viessem aos filhos de Affonſo Lopes, pay do R. por quanto nam tendo elle filhos, eram os verdaderos, & legitimos ſucceſſores della, & na meſma forma Sebaſtião Lopes ultimo poſſuidor de ambas, o declarava aſſim. Moſtrase mais pelo R. que falecendo ſeu avo Sebaſtião Lopes ſe fizera inventario, & fora em elle feito tutor Ioão Lourenço, irmão do inſtituidor, & pay de Manoel Lopes, que foi elle hum dos primos chamados no termo da dita tutoria, Eſtevaõ Martins, que era outroſim irmão do inſtituidor, nomeandoſe elle por tio do orſaõ Affonſo Lopes. Moſtrase mais, que falecendo o dito tutor Ioão Lourenço, fora feito ſeu tutor Manoel Alfar, que foi o meſmo inſtituidor. O que viſto com o mais dos autos, & como o R. prova, que Sebaſtião Lopes Alfar ſeu avo era irmão do inſtituidor, pela teſtemunha fol. 60. verſ. & pela teſtemunha fol. 63. & aſſim ſe confirma pela certidão do inventario de Sebaſtião Lopes Alfar avo fol. 86. no qual forão tutores do pay do R. Ioão Lourenço, & por ſua morte o inſtituidor Manoel Alfar, & Eſtevaõ Martins, outro irmão do inſtituidor, declarandoſe no dito termo, que era tio do orſaõ Affonſo pay do R. & na meſma forma, o eraõ o dito Ioão Lourenço, & o inſtituidor, pois pelas teſtemunhas do A. conſta, que todos eraõ irmãos, como outroſim ſe ajuda a prova do R. como por muitas vezes declarão os ultimos poſſuidores deſtas capellas Manoel Lopes Alfar, & Sebaſtião Lopes, que dizem, que por ſuas mortes, pertenciam aos filhos de Affonſo Lopes, era ſeu primo com irmão, & aſſim o confeſſava o dito Manoel Lopes Alfar, como aſſirmão muitas teſtemunhas do R. o que outroſim publicava, que havia de cazar, como cazou, a fim de ter filhos, para que os filhos de ſeu primo Affonſo Lopes não ſucedeffem na Capella de que era poſſuidor: & viſto outroſim como o R. ſem a ſentença appenſa, em que as capellas ſe lhe julgãõ com fundamento de ſer do ſangue do inſtituidor, & chegado em grao ao duo ultimo poſſuidor Sebaſtião Lopes, que ainda que ſeja dada entre diverſas peſſoas, ſer tutor admiſcula a prova do R. aſſim como dizem as teſtemunhas de ſua inquirição, ſe devia julgar

publicamente lhe pertenciaõ as ditas capellas, que tambem faz prova em causas antigas, & como os ditos das testemunhas do A. são inverosimeis, por dizerem do que nam podiaõ saber, nem conhecer, por quanto consta das certidoens juntas, que Sebastião Lopes avo do R. faleceo em o anno de 1591. & que foi cazado com Anna Romaia em 1598. tempo em que as ditas testemunhas nam tinhaõ idade para os conhecer, & menos ao pay do instituidor, nem quantos filhos tinha, & como outro sim as ditas testemunhas nam declaraõ, quem fosse o avo do A. nem o conhecerem, para poderem concluir o dizerem, que era tio do instituidor Manoel Alfar, fazendo distincam dos graos, & dando clara razãõ do parentesco, como era necessario para haver de excluir ao R. que estã de posse, & como as ditas testemunhas são parentes do A. & a mais da sua inquiriçaõ, nam concluem causa, que encontre a prova do R. o absolvemos do pedido pelo A. E pague as custas dos autos. Brasil 19. de Mayo de 1676. Luis Bravo. Manoel Esteves.

Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus, quæ fuerunt rejectæ, & de ejus rejectione fuit appellatum ad Supplicationis Senatum. Vbi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Que nam foi bem julgado pelo juiz, & Ouvidor, em regeitar os embargos do appellante: revogando sua sentença, vistos os autos, & a materia dos embargos, os recebem, a parte os contrarie, se lhe parecer. Lisboa de Fevereiro 16. de 1669. Menezes. Pereira de Sousa. Marchaõ.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Ab appellatione interposita Actor destitit fol. 113. & offerens impedimenta fol. 107. rejecta fuerunt à Iudicibus fol. 116. & ab Auditore fol. 121. à quarum rejectione nobis tantum cognitio devolvitur juxta Ord. lib. 3. tit. 84. §. 8. ut ibi: *Elhe darãõ provisaõ, que por direito acharem, quanto ao contentheudo nos ditos embargos, &c. Quare mihi videtur impedimenta recipi debere, novam namque continent materiam, cum in eis contentat A. ostendere, verum esse, Sebastianum fuisse fratrem institutoris, sed illum Sebastianum non fuisse Rei avum, cum duo darentur ejusdem nominis, quæ quidem materia, nec in libello, nec in replica fuit deducta, ut videre est fol. 2. Unde nova apparet, & omnino receptibilis, ut enim vetus diceretur, deducenda erat per articulos, factis deinde probationibus, probat Ord. lib. 3. tit. 83. §. 2. Phæb. 2. p. arest. 92. Mend. in prax. p. 2. lib. 3. cap. 3. num. 20. Ord. lib. 3. tit. 20. §.*

19. vers. & se, Ord. eod. lib. 3. tit. 87. §. 10. ibi: E que já foi tratado no festo principal, &c. Et sufficiebat aliqua qualitas de novo adjecta, ut non diceretur continere impedimenta materiam veterem, Phæb. d. arest. 92. Mend. in prax. p. 2. lib. 3. cap. 3. num. 20. Quapropter multum interest, quod de qualitate de novo allegata cognoscatur; hoc namque destructo fundamento, vacillat Rei intentio: & præcipue, ut decisio hujus quæstionis maturius perpensa decidatur, & plenarijs probationibus enucleetur, requiritur omnino, quod consanguinitas specificè per distinctos gradus probetur, L. non nudis, L. non epistolis Cod. probat. ibi: Et ab utroque latere singulos gradus dicta computatione distinguant, &c. Cap. ex quadam extra de testib. Mascard. de probat. lib. 1. concl. 309. & 409. & 410. Phæb. 2. p. decis. 126. num. 44. Cabed 2. p. decis. 73. num. 13. multi à Castro in prax. 2. p. lib. 1. cap. 2. num. 96. consanguinitatis namque gradus singuli debent specificari excepto stipite, Farinac. in prax. crim. p. 2. q. 96. à num. 103. Et hac impedimentorum receptione forsan ostendat Actor, quis esset avus, & in quo gradu consanguinitatis extabat cum Stephano patre institutoris, tunc enim causa hæc clarioribus probationibus utrimque factis, facilius posset resolvi: recipiantur igitur impedimenta. Ulyssipone 26. Januarij 1669. Marchaõ. Pereira de Sousa, & Menezes conveniunt.

Et super his impedimentis lata fuit sententia sequens.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Julgaõ os embargos recebidos, por nam provados, vistos os autos, & como o embargante nam provou a materia nelles deduzida, antes o embargado pelos documentos juntos nesta instancia, mostrou, que seu avo Sebastião era irmão de Estevão Martins, pay do instituidor Manoel de Alfar, & de seu sangue. Mandaõ, que sem embargo dos embargos a sentença embargada se cumpra. E condenão ao embargante nas custas dos autos. Lisboa 23. de Mayo de 1671. Doutor Gouvea. Doutor Tavares. Pereira de Sousa.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Impedimenta deducta fol. 107. recepimus fol. 139. ex eo tantum, quia in illis materia nova deducebatur, ut factis probationibus, maturius quæstionem decideremus, sed facto examine circa probationem consanguinitatis allegatam, impediens non probavit, quod necessarium erat, ut victoriam reportare potuisset. Videtur fol. 139. victus igitur succumbat, & impedimenta non proba-