

just. disp. 615. num. 8. tradit in terminis Castilb. dict. cap. 12. à num. 78. usque 81. Plane noster institutor est nobilissimus alto à sanguine Regum, & expresse iussit nomen, & arma deferre, ut ex institutione patet, & clarius supra ostenditur; igitur, &c.

17 Tertia numeratur, quando vocavit successores legitimos ex legitimo matrimonio natos; ex alijs tenet *August. Barb. dict. Authent. ingressi num. 15. At noster institutor, etiam de suis descendens, illos tamen vocat, qui sint legitimi ex legitimo matrimonio nati, & non alios, quamvis extent à Principe legitimati, ut patet fol. vers. & sequitur; igitur, &c.*

18 Quarta, quando institutor sæpius loquendo in institutione de Monachis, & Monasterijs, nihilominus eos [cum facile posset] ad successionem non vocavit, ut satis deducitur ex traditis à *Sanch. supra dict. cap. 5. num. 26. Gratian. Forens. cap. 481. num. 83. Cald. de nominat. q. 6. numer. 16. ubi jura, & Doctores: plane noster institutor in scriptura, seu testamento à fol. cum seqq. sæpissime fuit loquutus in Monachis, & Monasterijs, & non solum, non vocavit, sed ex supra, & infra adductis, satis expresse exclusit, igitur, &c.*

19 Quinta conjectura, quando invenitur expressa alienandi prohibitio, cum tunc subsistente maioratu in Monasterio penitus extraneo à sanguine institutoris, & familiæ, ad successionem illius præelectæ intelligatur penes tale Monasterium alienatum, ut in terminis, ad exclusionem Monasterij sic resolvit, & judicatum refert *Mend. in prax. dict. p. 1. lib. 3. cap. 15. num. 15. Plane in nostra institutione, non solum adest expressa alienandi prohibitio; sed insuper expressa contra alienantes privatio, & ne forte, si sola facultas avocandi alienata remaneret immediato successoris; quia hic tanquam filius, & sub potestate alienantis ob ejus reverentiam, vel aliunde poterat non avocare generaliter, non indulsit cuilibet ex cognatis accusare alienationem, & sibi habere maioratum, quamvis dicta alienatio fieret pro dotanda filia possessoris, alia ve justa (ut repræsentaretur) causa annullata, semper est in omni casu ab ipso institutore dicta alienatio, &c. ut totum patet ex institutione fol. & vers. igitur, &c.*

20 Sexta est, quando talis institutor successoris expressit vocationem, quæ statui, & personæ Monachorum, vel Monialium, eorum ve Monasterijs repugnans appareat, ut in terminis *Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. num. 95. ibi: Et quorum vocationi-*

bus Monachorum successio repugnat, &c. & ex alijs Castilb. dict. cap. 12. a num. 62. usque 64. in fin. Cabed. decis. 133. num. 9. usque pen. Plane considerato nostro institutore nobilissimo, ejusque institutione, & vocatione successorum cum clausulis, & oneribus, de quibus in scriptura à fol. vers. cum seqq. & à nobis supra, & integra consideratis, valde repugnans extat hujus maioratus successio Monialibus, & Monasterijs, igitur, &c.

Septima tandem illa ab omnibus utriusque sententiæ Doctorum approbata est conjectura, quando onus successoribus injunctum, ita sit personale successoris, ut honeste per alium substitutum nequeat impleri; imo præcise debeat verificari in ipsomet successore. Ita *Cabed. (communis sententiæ maximus defensor) in eadem decisione 133. num. 9. vers. pen. Gam. decis. 6. num. 1. & 6. Flores de Men. vers. secunda conclusio, Valasc. conf. 101. num. 6. Fr. Emmanuel Rodrig. dict. q. 79. art. 12. §. 3. principaliter, & §. præterea, Phæb. decis. 13. num. 5. & 7. vers. 1. Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. n. 95. Molin. de just. disput. 623. num. 3. vers. fin. Sanch. supra dict. lib. 7. cap. 15. num. 23. ibi: Quod ea conditio à Monachis impleri nequeat, eo modo honorifico, ac eo splendore, quem institutor intendit, &c. Castilb. dict. cap. 12. num. 41. Aug. Barb. in dict. auth. ingressi num. 16. ubi putat sufficere ad exclusionem Monachi, quod ille absque superioris obedientia onus injunctum implere non valeat; & Doctores ibi multos refert, & quod ex onere personali injuncto excludatur Monachus à successione feudi tradunt ex alijs *Gam. & Phæb. supra, & plura adducens Marius Cultelli de donationibus discursu 2. partita 4. à num. 33. & 34. Blasius Michalorius tract. de duob. fratrib. p. 3. cap. 48. à num. 19. & tandem neminem inveni [cum non paucos revolverem] qui hoc neget, &c.**

Plane omnibus, & singulis, qui futuri essent successores hujus maioratus, expresse, imo & conditionaliter, personalissimum onus supposuit, & injunxit institutor, ibi: *Mando, que todos os que possuirem este morgado, sejam obrigados a lbe deixar as terças de suas terças, & com esta condição deixo este morgado, a quem nelle ouver de succeder. Item lbe deixem as terças de suas terças, sob pena de perderem o morgado, &c.* His sane verbis noster institutor nobilissimus, pro augmento maioratus, & memoriæ, &c. dilucide, sole clarius, & substantialiter (ut puto) eos solos voluit in futurum successores, qui vel jam haberent bona, vel ex se essent capaces,

capaces, ea ſibi iſtis, dum viverent, acquirendi (ut bene aliàs notat text. in *L. ſi creditor. 5. in ſin* ibi: *Et perſonam, quæ poteſt, donec vivit, acquirere ſeparationibus*) illa namque repetita verba, *de ſuas terças*, ſupponunt in perſona, de qua loquantur, dominium, ut *de dictione ſuus*, ex *L. Quintus 2. §. argento, ubi Bart. num. 3. ff. auro, & argento cum ſimilib.* notat *Cald. de empt. cap. 10. num. 1. & 2. Menc.* & alij cum quibus *Aug. Barb. tract. de dictionib. verbo ſuus 398. numer. 1.*

Item in prædictis verbis repetitis ab inſtitutore, ibi: *Sejão obrigados a lhe deixar as terças de ſuas terças, &c.* videtur deſiderare, quòd ſint perſonæ teſtabiles, vel ſaltem hæreditatem habendi, & ſic tertiarum capaces, &c. conſiderando ad hoc materiam ſubjectam, in qua verſamur, perſonam loquentis, & in teſtamento item, quod verbum relinquo de ſe convenit ultimæ voluntati, ut ex *L. 1. §. ult. ubi gloſſ. ff. tabel. exhibendis* cum alijs, & ex *Menoch. conf. 344. num. 2.* ait *Aug. Barb. de dictionibus dict. ſeu dictione relinquo 346. num. 1.* prout etiam ultimæ voluntati, ſeu tempori mortis ex materia ſubjecta conveniunt dicta verba ibi: *De ſuas terças*, juxta tradita à *Gam. deciſ. 103. num. 4. verſ. in ſecundo caſu, Valaſc. de partit. cap. 19. num. 5. & cap. 20. n. 4. Percir. deciſ. 67. num. 4. & deciſ. 78. juncta Ord. lib. 4. tit. 82. & tit. 97. §. 4. cum ſimilibus.* Cum ergo capacitas acquirendi, & habendi ſibi bona, ſicut etiam, eſſe teſtabilem, vel capacem habendi hæreditatem, & tertiam, quam relinquere valeat, ſi res perſonaliffima, & talis, quæ non niſi à perſona ipſa, de qua actum fuerit, regulariter, & per ſubſtitutum non poſſit impleri, ſeu verificari in Monacho, vel Moniali, quæ ob paupertatis votum incapax de ſe eſt habendi proprium, & magis habendi hæreditatem, aut tertiam ſuam juxta *Authenticam ingreſſi Cod. ſacroſ. Eccl. cum vulgaribus*, ſit planum, ab hoc maioratu extare excluſam noſtram Monialem ex adjectione prædicti oneris, de ſe (ut ſupra conſideratur) perſonaliffimi, reſpectu cujuſcunque ſucceſſoris, & tale, quod omnino, & in perpetuum deficit in Moniali profeſſa, quin per ſubſtitutum impleri valeat, ne ab eo ad acquirendum ſibi bona, ex quibus tertiam tertie relinquat, capacitari queat.

His ſuppoſitis, conſideremus iterum, & non immerito, inſtitutorem, & inſtitutionem hujus maioratus, & quòd ille vocavit, exiſtente jam profeſſa noſtra illuſtriſſima Moniali, ut verificantur duo priores nume-

rata conjecturæ, & illa Monialis ſecundum jus, ut rationes illius excludatur.

In primis inſtitutor eſt nobiliſſimus alto à ſanguine Regum noſtrorum, & de tali ex *Ord. 4. lib. tit. 100. §. 5. ex traditis à Caſtilh. lib. 3. cap. 12. num. 80.* multo facilius creditur reſpexiſſe ſuam memoriam, nobilitatem, familiam, & ſplendorem, & augmentum illius, &c. Deinde in inſtitutione ſatis clara verba, & clauſulas reliquiſſe, prædicta omnia ſuadent, &c. dum ſpecialiter ſuam regiam nobilitatem memorat, & in ſepulchri lapide ad poſteritatem imponendam decernit fol. Item dum fol. verſ. & adjecta cauſa, ibi: *Por honra, & memoria deſte morgado, &c.* ait fol. quatuor de hac inſtitutione fieri libros, metale coopertos cum ſuis, dos Eças, armis infixis, & ſingulis ferreis catenis, ad omnium in futurum memoriam permanentes in quatuor publicis designatis archivis hujus Civitatis. Item dum fol. juſſit ſucceſſoribus, non niſi de conſenſu parentum matrimonia contrahere, data ex non obſervantia facultate parentibus, eos à maioratu privandi, præſcrutando prudenter, quod minorum judicio fragile, & captionibus expoſitum eſt, ut aliàs conſideravit *Prætor in L. 1. ff. min.* & ſi futurus ſucceſſor, juvenis adhuc, ſine conſenſu patris in uxorem ducat, facile decipi poſſet, anichilando nativum, nobilem, & regium ſplendorem, &c. Item dum etiam juſſit fol. verſ. & ſequenti, quòd iſti ex ſuis deſcendentibus ſoli eſſent ſucceſſores, qui ex legitimo matrimonio eſſent nati, & non aliter, quamvis à Principe legitimi; hi namque cicatricem illegitimitatis non amittunt, & ob id, indignos reputavit, &c. Item dum fol. verſ. excluſit illos ſucceſſores, qui Deo, vel Regibus eſſent infideles, vel totaliter delinquentes, qui bonorum conſiſcationem mererentur, declarando ſtatim, ſe à parte antea prædictos excluſiſſe, & hujus maioratus omnem etiam pro vita poſſeſſoris delinquentes conſiſcationem ſuſtuliffe, &c. Item dum ſucceſſoribus juſſit nomen, & arma ſua dos Eças deferre, ut patet fol. verſ. ibi: *E toda via o que o poſſuir, ſe chamarã Deça, &c.* in qua ſola adjecta obligatione aſſumendi dictum nomen, & famam dos Eças, hujus ſtemmata, vulgo Armas, tanquam conſequens illius antecedentis juſſiſſe ſatis videtur, facta ad id conſideratione, non ſolum vulgaris traditionis, qui vult antecedens, vult, & conſequens; ſed quod noſter inſtitutor, & in ipſo totali eſſe hujus maioratus, ſcilicet in prædictis quatuor inſtitutionis libris (ſupra conſideratis) quamvis eſſent

corpora absque intellectu, ut tantum recognoscerent splendorem, voluit perdurare in perpetuum dicta stemmata, seu arma, & sic multo magis in rationalibus, & ejus ipsis successoribus, de eadem familia dos Ecas ex præcepto denominandis, maxime cum nobilissimus, & regio fulgens sanguine esset institutor, de quo juxta utrumque *Molin. & Castilb.* supra in versiculo secunda conjectura est, & si nihil de obligatione ferendi nomen, & arma declarasset; voluisse erat præsumendum, & declarandum, &c. Item dum pro maiori augmento familiae, & maioratus singulis, qui futuri essent successores, imposuit præcisam obligationem relinquendi tertiam suarum tertiarum ipsi maioratui annexandam, & insuper propriam successorum legitimam, si hanc sine scrupulo conscientiae relinquere valerent, ut patet fol. vers.

26 Et tandem ultra prædicta, ipsum maioratum ita splendidum, & integrum voluit in familia conservari, ut non solum ordinariam alienandi prohibitionem adjiceret, sed etiam ob factam alienationem, privationem, modo illo jam supra considerato, vers. secunda conjectura, dicitur, &c. Quid igitur amplius desiderabitur? Imo ex huc usque traditis, satis verificantur in nostro casu, omnes, & singulae supra cum Doctoribus relatæ conjecturæ, quibus à successione maioratus Monachi, vel Moniales, eorum ve Monasteria excludi debent; ad quod ita responderet noster institutor nobilissimus, si vivus interrogaretur, quæ est altera exclusionis Monachorum conjectura, in hac eadem quæstione summe à Doctoribus cõmendata, cum in jure pro disposito habeatur, quod à testatore verisimiliter fuisset responsum, ut ex juribus, & Doctoribus tradunt in terminis *Mier. de maiorat. 2. p. 9. 3. n. 18. Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. num. 91. Molin. de just. disput. 623. num. 4. vers. quoniam*, quos refert, & sequitur *Castilb. dict. lib. 3. cap. 12. num. 59. & 60.* maxime cum institutor sepe fuisset loquutus in institutione de Monasterijs, & Monachis, & cum facile posset, eos ad suum maioratum non vocasset, unde negligere iustus fuit juxta illud vulgare, si voluisset expressisset, &c. Et iterum maxime, cum singulis, qui futuri essent successores, adjecisset conditionem relinquendi tertiam suæ tertiarum, quod onus in sui suppositione est personalissimum, & omnino defecit in Monacho, & Moniali, ut supra notavimus; quando enim in aliqua persona, vel in aliquo contractu, à loquente cum tali persona, & in tali contractu, aliqua

vera adesse supponuntur (ut in successoribus supposuit institutor capacitatem habendi tertiam, quam relinquere possent) nisi talia supposita verificentur, illa persona, vel ille contractus non tenet juxta tradita ex alijs per *Salgad. in labyrinth. creditor. p. 2. cap. 10. num. 23. & p. 3. cap. 1. num. 89.* & regulariter termini habiles supponuntur à supponente, juxta vulgaria.

Ad omnia, quæ pro Moniali nostra adducuntur, vel adduci possunt, vel potest responderi cum *Castilho dict. cap. 12. num. 62.* scilicet de te non loquitur institutio hujus maioratus; vel secundum *Molin. de just. disp. 623. num. 5.* successio Monialis, vel Monachorum repugnat menti, & institutioni institutoris, imò excludi debent, cum mens fit, quæ prævaleat juxta *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.* Igitur, & ego hanc illustrissimam Monialem, quamvis sororem, & filiam possessorum maioratus, ab eo excludo, cum eam ex mente, & vocationibus, & totius institutionis contextura, ex qua voluntas elicitur, ut ex *L. numis ff. leg. 3. cum alijs juribus, & Doctoribus tradit Mend. in praxi lib. 3. cap. 15. num. 14.* excludere non possint, sic meritissimo Pretore Curiali confirmato. *Vlyssipone 24. Decembris 1665. Lamprea.*

Illustris inter illustres agitur quæstio, an scilicet maioratus institutus sub conditionibus, quod successores, nomen, & arma institutoris ferant, partemque suorum bonorum adjungant, transire possint ad Monasterium, prædictaque gravamina ab illo adimpleri virtute Monialis, quæ de sanguine institutoris descendit, & ultimo maioratus successoris proximior apparet.

Videbatur dicendum, nostram illustrissimam Monialem succedere posse; quia per professionem, nec amisit jura sanguinis, nec per illam definit esse de genere institutoris, ut ex *Bart. in auth. si qua mulier num. 5. Cod. sacros. Eccl. cap. 118. 9. 1. cap. ultim. 19. 9. 3. Gam. decis. 6. num. 4. Phœb. decis. 13. numer. 19.* ubi etiam, quia nec amisit jura civitatis; & *decis. 63. num. 11. Vaz. alleg. 29. num. 112. Molin. de just. tract. 2. disp. 140. num. 19. & disp. 179. num. 5. alter Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. num. 73. & num. 80. Surd. cons. 557. num. 14. & 15. Pelæes de maiorat. 2. p. 9. 3. num. 16. Martha cons. 141. numer. 17. Cyriac. controu. 476. num. 23. Cesar Argel. de acquir. possess. 9. 8. art. 26. n. 678. 681. & 686.* ex ea ratione, quia maioratus jure, etiam sanguinis differtur, ut tenet *Molin. lib. 1. cap. 8. Gam. decis. 174. num. 16. Carvalh. ad cap. Raynald. p. 4. cap. 1. num. 226.* quia non capit ab ultimo possessore, sed à primo

à primo inſtituente, *L. 3. ff. interdic. & religioſ. L. unum ex familia §. ſi de ſalcidia ff. legat. 2.* refert plures Felis in *informat. pro Roder. de Moura p. 1. num. 30. & 167. & 169. Pereir. deciſ. 25. n. 9. & deciſ. 48. n. 3. in fin.*

30 Hac tamen reſolutione non obſtante, certiffimum in jure eſt, quòd Monialis poſt factam profeſſionem, non ſibi ipſi, ſed tantum Monafterio acquirere poteſt; in acquirendis namque vice ſervi, aut filij-familias fungitur, prout magis Monafterio expedit, *Cap. in præſentia de probation. cap. ſi qua mulier 19. q. ſin. authent. ingreſſi Cod. ſacroſ. Eccl. Cabed. 1. p. deciſ. 163. num. 1. Phæb. deciſ. 13. num. 6. Egid. in L. ex hoc jur. p. 2. cap. 4. à num. 1. Caldas de nominat. q. 6. à num. 1. Molin. de juſt. tract. 2. diſp. 140. num. 19. Clar in §. teſtamentum q. 30. Navar. de regul. tom. 2. art. 45. 30. 42. proficendo namque à ſe propriam abdicavit voluntatem, *Cap. non dicatis 12. q. 1. cap. ſin. de ſepult. in 6. & pro mortua habetur, Cap. placuit 16. q. 1. L. Deo nobis Cod. Episcop. & Cler. §. illud, & §. ſi quis autem in auct. de Monach. & non habet, nec velle, nec nolle; Gam. deciſ. 308. num. 1. Molin. de juſt. tract. 2. diſput. 140. num. 19. Egid. L. Titia p. 1. num. 49. ff. de condit. & demonſtr. Phæb. deciſ. 13. n. 2. unde quemadmodum filius, & ſervus, patri, & Domino acquirat, ita etiam non ſibi, ſed Monafterio acquirat. Spino de teſtamens. gloſſ. rubricæ 6. p. num. 2. & 3. Fr. Emmanuel Rodrig. 2. tom. de regular. q. 30. art. 12. Pereir. deciſ. 95. num. 32. Cabed. 1. p. deciſ. 163. num. 1. Molin. de juſt. tract. 2. diſp. 140.**

31 Ergo dicendum apparet, quòd ſi noſtra Illuſtriſſima Monialis, ex ſua perſona ſuccedere non poteſt in maioratu; ſaltem quoad illa vixerit, poterit Monafterium maioratum retinere, cum ſit capax bonorum in communi, ex text. in *L. Cornelio Felici ff. jure ſiſci, Molin. de juſt. tract. 2. diſp. 140. num. 15. & 16. & tom. 3. diſput. 623. alter Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. n. 68. Mier. de maiorat. 2. p. diſt. 9. 3. num. 17. & 32. Menoch. conf. 54. num. 11. & 12. & 32. & 33. Mantic. de conjeſt. lib. 8. tit. 12. à num. 25. Fr. Emmanuel Rodrig. reg. tom. 2. q. 78. art. 12. Caſtilh. quotidian. lib. 3. cap. 12. à num. 51. & 56. maxime quando non exigat onus perſonale, ſed tale, quod ab ipſo Monafterio poſſit adimpleri, ut eſt ſolutio penſionis. Valaf. conf. 101. n. 6. Gam. deciſ. 6.*

32 Quæ reſolutio etiam procedit, ſeu maioratus ſit inſtitutus de bonis patrimonialibus ſimpliciter, ſeu inſtitutus ſit ad conſervandam familiam, inſtitutorisque memo-

riam, licet contradicat *Caſtilh. lib. 3. cap. 12. num. 57.* dicunt namque, qui in hoc caſu loquuntur, Monafterium fore ſuccedendum ad interuſum, dum vixerit Monachus; intelligendo de ſucceſſione temporanea, & non perpetua, ſentit *Cabed. deciſ. 33. num. 9. & deciſ. 36. num. 7.* dicens ſucceſſurum tunc Monafterium viventi illo Monacho, additque rationem, quòd tunc familiæ conſervatio non extinguitur intenta à teſtatore, ſed conſervatur per ſequentes in gradu, qui eo Monacho defuncto ſucceſſuri ſunt. Tenet *Cevall. quæſt. ſuis cõmunibus q. 143. num. 7. Gam. deciſ. 6. num. 25. & 4. Valaf. conf. 101. num. 7. tom. 1. Flor. de Men. in addit. ad dec. Gam. 6. num. 2. conclus. 1. & lib. 1. variar. cap. 16. §. 2. num. 5. Cald. de nominat. emph. q. 6. num. 3. verſ. nec etiam, Mantic. de conjeſt. ult. volunt lib. 8. tit. 12. n. 25. Molin. de juſt. diſput. 623. num. 3. tom. 3. alter Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. num. 45. 71. Caſtilh. contr. lib. 3. cap. 12. n. 64.*

Cujus opinionis fuit Author *Decius 33 conf. 259 num. 2. & 3.* quem *Pelaes* contrarium dixiſſe exiſtimavit in *1. edit. 2. p. q. 3. n. 35.* quem noſter *Barboſa, & Gam.* ſequuti fuere, exiſtimantes *Decium* fuiſſe loquutum de ſucceſſione perpetua, cum tantum de temporanea alloquutus eſſet, ut teſtatur *Flor. de Mena in addit. ad deciſ. 6. Gam. n. 3.* & ita intelligit etiam *Molin. de primog. cap. 13. num. 91. 94. Padilha in L. cum accuſiſſime num. 44. Cod. fideicom. Gutier. can. lib. 1. cap. 32. n. 29. Sanch. ad præcepta decal. lib. 7. tom. 2. n. 18.*

Vnde cum pro comperto habeamus, Mo-
naſterium poſſe ſuccedere temporaliter in
maioratu, quoad Monachus vixerit; id ta-
men limitatur, quando ex inſtitutione Mo-
nachus à ſucceſſione excluditur, tunc enim
eo ipſo, quòd ſucceſſor profeſſionem emit-
tit, tranſit maioratus alterius ad alium vo-
catum. *Molin. de juſt. tract. 2. diſput. 623. n. 3. & 16. Sanch. diſt. cap. 15. num. 10. & 30. Cov. primo variar. cap. 19. num. 11. verſ. quartum, Cabed. deciſ. 133. num. 10. verſ. nec, Molin. ibi;* quia ſcilicet ubi intervenerit talis prohibitio expreſſa, vel tacita, Monafterium non ſuccedit; id cum multis dicit *Caſtilh. lib. 3. cap. 12. n. 41.*

Plane licet in inſtitutione non reperia-
tur voluntas expreſſa ad ſuccedendos Mo-
nachos, ſatis tamen tacita, ex præſumpta
fundatoris colligitur, non aliam ejus fuiſſe
intentionem; quæ demonſtratur ex eo, quia
voluit, quòd ſucceſſores cognomen funda-
toris habuiſſent, ipſius arma portarent, par-
temque bonorum adjungerent maioratui;

in hisce terminis, cum hæc omnia immortalitatis memoriam denotent, qua fere omnes successores repræsentant pompam, gloriam, nomen, familiam, & cætera omnia, quæ homines naturaliter exoptant, per Monialē nostram adimpleri non possint, sit dicendum, quod nomen fundatoris extinctum maneret, si institutio Monachos comprehenderet; si namque de hoc casu conditores maioratum cogitassent, expresse prædictas successiones prohibuissent, tanquam propriæ intentioni, & desiderio, conditionibus, & gravaminibus contrarias: tenet *Pelaes de maior. q. 3. 2. p. num. 18.* cum multis *Castilb. lib. 3. contr. cap. 13. n. 54.*

- 36 Et ratio est; quia ex Moniali successione per tempus vitæ suæ, memoria institutoris penitus supprimitur, atque aboletur, nec nomen, nec arma institutoris, nec ejus familiæ, ac maiorum, eo tempore videntur, nec apparent; & credendum non est, institutorem, qui ex familiæ conservatione motus fuit ad primogenium instituendum, voluisse facere vocationem, ex qua ejus memoria per Monachū supprimeretur, qui pro mortuo in sæculo reputatur, & utique talis familiæ memoriæ conservare non potest: tenet *Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. num. 84. & 91. & 93. & lib. 3. cap. 5. in fin. & lib. 2. cap. 14. num. 9. Gutierr. quest. can. lib. 1. cap. 22. num. 29. Menoch. de præsumpt. 88. num. 5. Tapia auth. ingressi verbo sua cap. 16. num. 10. Cod. sacros. Eccl. Flor. de Mon. lib. 1. var. q. 16. §. 2. num. 3. & addit. ad Gam. decis. 6. num. 2. conclus. 6. vers. quarta conclusio est, Cov. lib. 1. variar. cap. 19. num. 11. Padilb. in L. cum acutissimi num. 44. Cod. fiduciæmiss. Alvarad. de coniect. lib. 2. cap. 3. in princip. num. 4. vers. recte quidem, Fusar. de subst. q. 429. num. 55. Sanch. ad præcepta decalog. lib. 7. tom. 2. cap. 15. num. 19. 22. & 23. Castilb. lib. 3. contr. cap. 12. n. 54.*

- 37 Qui omnes constanter affirmant sic admissum esse universali Hispaniæ consuetudine, qua hucusque, nec visam, nec auditam est, Monasteria in hujusmodi maioratus ex professi persona succedere, ex verosimili institutorum voluntate, qui censentur nullatenus velle maioratus hos ad Monasteria pervenire; imo id valde abhorrere, ut pote qui ad perpetuam familiæ conservationem, ejusque decus instituuntur.

- 38 Comprobantur prædicta; quia gravamen ferendi arma, & nomen fundatoris, cum ab eo sit institutum, ut memoria ejus duret, & splendor generis continuo fulgeat, & familiæ honor semper coruscet, denique, ut perpetuo successores instituentis, ejus nobilita-

tis radijs illustrentur, ex text. in *L. filius fam. §. pater ff. legat. 2. L. Titio §. fin ff. auro, & argento legat. L. legatum ff. usufruct. L. 3. §. regula ff. juris, & fact. ignor.* impleri non potest, nisi per personam capacem, quæ semper memoriam feudatoris conserveat, eamque posteritati commendat; nomen quippe, & arma ferre, est quoddam specimen immortalitatis à fundatore exoptatum, ut armis successores utantur, non solum in scriptis, sed ut plurimum uti solent nobiles, clarique sanguine viri, in monumentis, in ædificijs, in scutis, in tapetibus, ubi arma contexta trahunt, & in domibus depingere jubent, *L. qui liberalitate ff. oper. public. L. fin. in fin. Cod. statuis, Casan. catal. glor. 1. p. concl. 11. 12. & 13. Mexia lib. 3. de nobilitat. cap. 6. colum. penult. in fin. Garibai in cap. 33. Chron. Hispan. cap. 5. Moreno de Vargas de la noblez. 1 de Hesp. nba discurs. 13. 14. 15. 16. 18. & 19. Barb. ad Ord. lib. 5. tit. 92. ut sic familiæ, agnationis, & domus memoria conserveatur, his enim insignijs memoriam perpetuam effici, & pene immortalem, tenet *Molin. de primog. cap. 14. num. 1. & seqq. late Cald. Percir. in L. si curatorem verbo, vel adversarij dolo num. 70.* & ita in simili casu contra nostram illustrissimam Monialem in Senatu nostro nuper audi judicatum, in quo tantum de gravamine nominis, & armorum instituentis agebatur.*

Vnde si Monialis illustrissima ob prædictam inconveniens ex persona propria, jam non potest succedere, nec bona propria habeat ad vincendum; quomodo ferendum, Monasterium, quod respectu fundatoris omnino extraneum consideratur, solum lucri faciendi gratia, velit prædicto gravamini parere, & illud adimplere, cum Monialis, quæ poterat, in oblivione silet, & in sæculo mortua reputatur, & Monasterium jure jam extincto per professionem Monialis, succedere non potest, voluntate fundatoris resistente, ut tenet cum multis *Castilb. lib. 3. contr. cap. 12. num. 54. Molin. de just. tom. 2. disp. 140. eleganter Sanch. ad præcept. decalog. lib. 7. cap. 15. num. 27. & 42. Molin. de primog. lib. 2. cap. 13. num. 77. & 9. & cap. 14. num. 9. ubi num. 8. refert secundum aliquos: nec per feminas prædicta gravamina impleri posse; & rationem præstat *Pelaes de maiorat. 2. p. q. 6. num. 23.* quod jam hodie ex generali consuetudine non habet locum, nisi quando aliud apparet expresse, aut tacite, ut impræsentiarum; quare cum oppositor noster Emmanuel proximior agnatus sit de sanguine instituentis, in quo*

quo nominis splendor, familie memoria potest conseruari, in quo est aptitudo reperitur ad vinculandam illam quotam bonorum à fundatore desideratam ad augmentum maioratus, existimo, tam ex his, quam ex alijs à præcedenti doctissimo Domino, lato, & aureo calamo perpensis, illum esse hujus maioratus legitimum, & dignum successorem; unde claudamus rivos, sat enim prata biberunt. Vlyssipone 8. Februarij 1666. Marchão.

40 Monialis licet ultimi possessoris maioratus soror, non tamen ad illius successione[m] opponens admittenda venit, quia, & si Monasterium bonorum non capax in vita Monialis ad successione[m] maioratus admittatur; quanto bona ipsius vinculo supposita familie favore non conservandæ respiciunt, non posse transire in Monasterium, directe, nec indirecte, mediante persona Monialis potest professionem potest concurrere qualitas ista conservandæ familie, nec saltem ipsa Monialis vita durante; supprimeretur enim toto hoc temporis spatio splendor, decus, nomen, & memoria familie: unanimi consensu in proposita specie attestantur, Mant. Dec. Rip. Paris. Vass. Bero. Alciat. Daran. Vegg. Pancirol. Cov. Palib. Old. Rustic. Frantac. Alban. Pur. Franc. Menoch. Peregr. Intrigl. Mangil. Rot. Molis. Castilb. Gutierr. Cevall. Viv. Pelas. Fusar. Barris. Gall. Garciar. Grat. Borgnin. Mantie. Mistrilb. Feber. Thom. quos refert, & sequitur Alograd. conf. 96. num. 18. & 19. ubi multos, & cumulat, & hanc veriore[m] dicit; sic est All. ad Molin. lib. 1. cap. 13. n. 95. Olea de cess. iur. tit. 3. q. 4. n. 28.

41 Et hoc, ut in proposita specie, indubitanter procedit; quia fol. & fol. expresse Moniales exclusæ inveniuntur, & ideo, sic etiam opponentem Monialem excludendam iudicabimus, ut in terminis resolvunt, ex ea potissimum ratione, infra referendi; quia testator bonis suis legem imponere potest, & individuo, quod bona non veniant ad Moniales. Decius conf. 250. num. 3. 4. & 5. Mantie. de conject. lib. 8. tit. 12. num. 29. Cov. variar. cap. 19. num. 11. Gutierr. canon. lib. 1. cap. 32. num. 30. Peregr. de fideicommiss. art. 28. num. 82. Cevall. com. q. 192. num. 10. Boss. de matr. cad. 11. num. 652. & 654. ubi multos cumulat Menoch. videntus de presump. lib. 4. presump. 83. à num. 3. Farin. 2. p. decis. 486. num. 3. & 4. Fusar. de substit. q. 420. n. 18. & ibi num. 25. vers. quamvis, ab hac opinione non esse recedendum in consulendo & iudicando: Alograd. dict. conf. 96. n. 22. & 23. Barb. vot. decis. 26. num. 25. ubi

dicit certi, & indubitati juris esse, & lib. 3. de iure Ecclesiastico cap. ult. num. 6. ubi plurimos refert concordantes Tambor. de iur. abb. disp. 11. q. 4. n. 15.

Neque obstat objectum, scilicet conditionem, seu formam in prima vocatione impositam, non censeri repetitam; respondetur enim, quòd ex identitate rationis, & conservatione familie condita forma, seu ordo in prima institutione appositus in omnibus descendentibus censetur repetitus. Menoch. conf. 926. num. 19. Gratian. Forens. cap. 808. per tot. & ibi à num. 8. & num. 12. Castilb. lib. 2. cap. 4. num. 14. & lib. 4. cap. 9. num. 38. Gam. decis. 307. num. 5. ubi sic resoluit cum Bart. & latius decis. 354. num. 1. Flor. ad Gam. decis. 27. num. 8. Cabed. decis. 143. num. 4. p. 1. Reynos. observ. 64. à num. 35. Pheb. decis. 104. à num. 52. decis. 126. num. 27. à num. 6. Ramon. conf. 100. v. 405. Alograd. conf. 62. num. 9. Adl. ad Salgad. post Libyr. decis. 100. num. 17. ibi: Ne plus remittitur, quàm proximioribus tribuisse videatur: & posse non sane pro hac veritate plurimos; alios afferre, quos consulto omitto.

43 Sic igitur consequens, quòd Moniali opponente exclusa, tam ex voluntate instituentis expressa, quàm ex tacita ratione conservandæ familie à Doctoribus prenotata, Actor ultimi possessoris, Reo gradu proximior omnino præferri debet. L. Jurisconsulti 10. in princip. ff. de grad. aff. L. 2. ff. de suis, & legit. hæred. §. si plures in 2. de legis. agnator. success. §. si autem plures, & §. si vero nec fratres in auth. de hæredib. ab intest. venientib. Bursat. conf. 450. num. 4. Mirescot. lib. 1. resol. 3. num. 31. & lib. 2. resol. 80. num. 21. Hinded. conf. 4. num. 1. lib. 1. conf. 70. n. 1. eodem lib. conf. 2. num. 14. conf. 12. num. 3. lib. 2. Peregr. conf. 5. num. 6. lib. 3. Surd. conf. 571. à num. 1. Pheb. 2. p. decis. 104. numer. 3. Giurb. ad stat. cap. 12. gloss. 3. à num. 1. Valens. conf. 23. num. 167. Fusar. q. 483. à num. 1. & q. 688. num. 96. Cyriac. contr. 477. num. 4.

44 Neque obstat objectum qualitatis in consanguinitate non deductæ; sufficit enim, quòd in libello proximitas, secundam institutionis tenorem deducta fuit, ut ipsi is vocatione perpensa, illum omnino præferendum censeamus, alio se proximior non probante, ut multis comprobatur Surd. conf. 5. num. 6. Pheb. 2. p. decis. 104. num. 3. vers. est etiam recepta sententia, Cancer primo variar. cap. 5. num. 50. Farinac. 2. p. decis. 693. num. 2. Menoch. conf. 816. num. 52. ex quibus dignissimum Carialem Prætozem, nunc amantissimum collegam indubius confirmarem.

marem. Lisboa 7. de Junho de 1661. Cabral.

45 **V**eanimiter omnes sapientissimi Domini Illustrissimum Comitem uti remotiorem in uno gradu excludunt, solaque superest controversia inter Monialem opponentem Blācam de Vilhena ultimi possessoris sororem, & Dominam Luciam de Menezes; sed in vanum contendit Monialis, cum institutio illam excludat expresse fol. Quæ quidem prohibitio, & exclusio in successione maioratus valida, & receptissima est, quæ in odium Ecclesiæ non apponitur, sed aliamente, perpetuationis scilicet successorum, & splendoris familiæ. Late Gratian. 5. forensi. cap. 986. per totum, Sanch. in decalog. lib. 2. cap. 15. à num. 6. Cabed. 1. p. decis. 133. n. 6. & 9. Castilb. 3. quotidian. cap. 12. num. 37. plures additio ad Molin. lib. 4. cap. 13. à num. 77. cum seq. latissime Lara de vita hominis cap. 30. ex num. 125. cum seqq. nec refutit, quòd illa qualitas, ne sit Monialis, appositata est in filijs testatricis, non vero in alijs, quoniam cum maioratus sit dispositio perpetua, quæ tractum habet successivum, qualitas in primo gradu posita comprehendit per repetitionem secundum, & ceteros gradus, docet Bart. in L. 1. Cod. impuberem, & alijs Pereir. decis. 21. num. 3. vers. iuvat, & forma succedendi primo gradu data comitatur ceteros successores; Cabed. 1. p. decis. 143. num. 4. Phæb. 2. p. decis. 104. num. 62. Reynof. observ. 64. à num. 35. & hæc sufficient confirmato dignissimo Curiali Prætorre. Ulyssipone 15. Octobris 1661. Teixeira.

46 **Q**uæ dicta sunt, & iudicata in his sententijs, doctissimisque deliberationibus, iudicatum etiam in terminis referunt Leon decis. 31. p. 3. Olea de cession. jur. tract. tit. 3. §. 4. num. 28. infinitos refert Roxas de incomp. maiorat. p. 7. cap. 5. num. 93. & n. 4. & seqq. agit, quæ Monasteria sint, vel non capacia ad succedendum, vel excludi debeant à successione, & num. 71. inquit, quòd non potest succedere, quando inveniatur exclusus Monachus, Monialis, aut Monasterium, & num. 72. de exclusionē tacita, & ex quibus inducatur, & num. 79. ponit exclusionis exemplum, quando institutor inquit, se velle, quòd bona nunquam exeant de familia, sed in illa conserventur ad nobilitatis splendorem, & num. 81. quando dixit, quòd succedant filij ex suo corpore nati, & num. 82. & 83. & num. 86. quando maioratus est agnationis, aut masculinitatis, in quibus excluditur etiam Monasterium, & ibi multos Doctores refert, & numeris sequentibus exor-

nat, & num. 94. 95. & 96. quia quando maioratus habet annexam jurisdictionem, & num. 97. quando habet annexam qualitatem Regni, Ducatus, Marchionatus, Comitatus, Baronie, & numeris sequentibus explicat, & num. 102. quid in militibus Ordinum Militensium, & Militarum, & ibi multos refert, & eleganter exornat. Et ita iudicatum fuit in casu sequenti, de quo supra mentionem fecimus.

No feito de Manoel da Silva Deça com 47 as Freyras de Santa Clara, se deu a sentença seguinte, Escrivão João Bautista Pereyra.

Vistos estes autos, libello das AA. a Madre Abbadessa, & mais Religiosas do Convento de Santa Clara desta Cidade, opposiçam de Manoel de Sousa da Silva Corte Real, confissão, & protesto do R. Christovão de Almada, mais artigos recebidos, instituição do morgado, & mais documentos juntos, & provas por partes das AA. & oppoente dadas; Mostrase pela das AA. pedirem ao R. lhe largue o morgado dos Eças, que instituiu Dom Pedro de Eça, & ultimamente possuo Dona Luiza de Sá, mulher do R. por ser o instituidor terceiro avo da A. Dona Antonia Deça Corte Real, & Mendonça, Religiosa no dito Convento, a qual outrossim era irmã inteira da ultima possuidora, & que sem embargo de ser Religiosa, devia succeder no dito morgado, & ficar pertencendo ao dito Convento, por ser capaz de possuir morgados, & bens em commum, & não dererem ser excluidas da successão, senão quando pelo instituidor se declarar expressamente. E por parte do oppoente se mostra, que as AA. são incapazes de succederem neste morgado, porque ainda que expressamente não foram excluidas, o foram com tudo tacitamente, por quanto o instituidor dispoz, que os possuidores trouxessem, ou Armas dos Eças, & usassem do seu appellido, & que fossem obrigados a lhe annexar as terças de suas terças, para seu mayor lustre, & aumento, a que as AA. nam podião satisfazer, & ficavaõ excluidas da dita successão, que se devia devolver a elle oppoente, por ser quarto neto de Dom Garcia Deça, avo do instituidor, & o parente barão mais chegado aos ultimos possuidores, que foram Dom Diogo Deça, & sua irmã Dona Luiza Deça, mulher do R. & como tal se lhe devolver a successão em falta da A. Dona Antonia, que por Religiosa era incapaz della. E por parte do R. se mostra confessar elle não succeder no morgado, antes estar prompto para o entregar a quem pela justiça lhe fosse mandado, com declaração, que por quanto no libello se pedião alguns

alguns bens por de morgado, não o sendo, & lhe pertencerem como herdeiro universal de Dona Luiza sua mulher, por meyo de hum filho, que de entre ambos nasceo, que faleceo pouco depois de sua mãy, protestava de requerer sobre isso seu direito na execução da sentença, por se não ficar embaraçando esta causa da successão com a da liquidação. O que tudo visto, & o mais dos autos, & disposição de Direito, conforme ao qual regularmente os Conventos podem succeder nos morgados em vida dos legitimos successores, que nelles são Religiosas, com tudo não são expressa, ou tacitamente excluidas; o que se verifica no caso em que os instituidores lhe põem clausulas, condiçoens, que os Mosteiros não podem cumprir per sy, ou per outrem, & como na instituição deste morgado se mande além de outras clausulas annexas à terça da terça pelos successores, o que não podem satisfazer as A.A. pelos bens do Convento, nem a A. Dona Antonia pelos seus particulares, pois os não tem, & os possuir em commum, & ter condição, que consiste em dar o que as A.A. não podem cumprir, nem ter de effeito annullar offerta, que as A.A. fazem de annexar da terça da A. Dona Antonia, por quanto ainda que lhe fossem alguns bens patrimoniaes julgados em partilha, este será caso, que existão, não poder alhear as A.A. & annexalos ao morgado, sem expressa dispensação de Sua Santidade, nem em caso algum se pode verificar nas A.A. que tenham terça para annexar, por quanto a terça supõem parte da herança, & a herança morre, & o Convento nunca morre; nem de seus bens pode chegar nunca caso em que se possa fazer terça, & muito menos dos bens da A. Religiosa, por quanto os não tem, nem pode possuir, nem ter à hora de sua morte cousa propria, nem pode dispor della, por ser prohibido por Direito, & Decretos dos Concilios; além de que, logo que o instituidor por esta clausula ficou excluindo o Mosteiro como incapaz, por ser ella de qualidade, que senão pode cumprir, senão por pessoas, que ou em acto, ou em potencia tivessem bens, ou os podem ter, com que logo se ficara devolvendo a successão ao oppoente, como parente mais chegado, & capaz para o cumprimento das condiçoens, o que depois se não podia retrahir pela offerta, em caso que valida fosse, & como todas as vezes, que se tem posto em pleito esta questão, sobre a clausula de annexar a terça, se julgou contra os Conventos, de que ha muitas sentenças dadas pelos maiores Letrados dos nossos tempos, de que nestes autos se allegão alguns exemplos, & outros, que eu alcancei, sem constar haver

sentença em contrario desta doutrina, as quaes fazem direito para semelhantes casos, quando não ha Ley, nem Doutor, que diga o contrario; & como ultimamente se mostra, que as A.A. estão de posse dos juros vinculados: Julgo pertencer este morgado dos Eças ao oppoente, & condeno de preceito ao R. lhe largue os bens que delle possuir com os frutos, & rendimentos do dia da morte de seu filho, & da dita Dona Luiza sua mulher, até real entrega, & condeno as A.A. a que na mesma forma lhe larguem os juros, & bens, que do dito morgado possuirem, com os rendimentos da indevida occupação, que tudo se liquidará na execução da sentença, & condeno as A.A. nas custas dos autos. Lisboa 23. de Fevereiro de 1665. annos. Gaspar de Abreu de Freitas.

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

Acordão em Relação, &c. Não são aggravadas as aggravantes pelo Corregedor do Civil da Corte; confirmação sua sentença por seus fundamentos, & o mais dos autos, & condenão as aggravantes nas custas delles. Lisboa 13. de Fevereiro de 1666. Marchão, Lamprea.

No feito de petição de revista do Padre Diogo de Oliveira com Felipa Governada, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A. o Padre Diogo de Oliveira fol. 5. contrariedade da R. Felipa Governada, mulher que foi de Antonio do Casal Neto fol. 26. prova de huma, & outra parte dada, papeis, & instrumentos juntos; Mostrase por parte do A. pelo testamento fol. 8. instituir o Padre Diogo de Oliveira Sacerdote do Habito de S. Pedro huma Cappella, & morgado em contia de dous mil & quinhentos cruzados de bens de raiz nas propriedades contheudas no rol fol. 7. & nomear em primeiro lugar por successora da dita Cappella a sua irmã Ines de Oliveira, mãy delle A. & por sua morte, ou se primeiro que elle morresse, fosse herdeira sua filha Maria, & por sua morte seus filhos, & consequentemente chamara logo a elle A. por seu nome proprio appellativo para successor da dita Cappella. Mostrase mais pelo A. que posto que Maria fosse chamada por morte de sua irmã Ines de Oliveira, o fora conditionalmente, não só pela condição tacita, se vivesse mais que a dita Ines de Oliveira, mas ainda com outra expressa, se a dita Ines de Oliveira morresse primeiro que elle instituidor, & que nenhuma das ditas condiçoens succedera: porque Ines de Oliveira vivera mais

que

que o instituidor, & Maria de Oliveira substituida falecêra cinco annos antes, que a dita sua irmã mãy delle A. primeira nomeada, & que assim conforme a Direito, todas as vezes que os primeiros graos da substituição eraõ ordenados condicionalmente, nam tendo effeito as condiçoens, & caducando o primeiro grao, todos os seguintes ficavaõ caducando, & que nestes termos não havendo lugar a vocação de Maria de Oliveira, por não succeder nenhuma das ditas condiçoens ficára pertencendo a elle A. a successão da dita Capella, por ser filho macho, & mais velho da possuidora Ines de Oliveira, tẽ ser chamado pelo instituidor por seu nome proprio, cuja tençã fora preferir, & antepor a elle A. na successão, porque depois de assim o chamar, ordenara, que em quanto a dita Capella andasse nos descendentes de sua mãy Ines de Oliveira, fosse livre dos encargos que deixava aos mais successores, donde se via ser o mais amado do instituidor. Mostrase mais pelo A. que sem embargo de todo o referido, se investira na posse Diogo do Cazal, filho da dita Maria de Oliveira, o qual havia doze annos, que estava Religioso na Companhia de Jesus na India, & que tinha nella feito as profissoens costumadas de seu Habito, & que ausentandose o dito Padre Diogo do Cazal para a India, se metêra de posse dos bens da dita Capella Antonio do Cazal Neto, & a possuira até o tempo de sua morte, na qual ficára continuando a R. sua mulher, & a retinha injustamente sem titulo, que valido fosse, & que posto que o dito Padre Diogo do Cazal fizesse doação, ou trespasso, ou cessão da dita Capella, ou de seus frutos ao dito Antonio do Cazal, & por esta razão elle, & a R. o possuifsem, fora injustamente, & tambem porque o dito Padre Diogo do Cazal quando fora para a India era menor. Mostrase mais pelo A. haver hũa clausula expressa na instituição, que em caso que alguns dos possuidores fizessem profissão em a'guma Religião, passasse logo a successão ao parente mais chegado, & assim que em caso negado, que a successão lhe pertencêra, tanto que fizera profissão na dita Religião, ficára incapaz de possuir, & resolutivo o direito que tinha, & da mesma maneira as pessoas em quem o ouvesse trespassado. Mostrase mais pelo A. dispor o instituidor, que em quanto menores possuifsem a dita Capella, não fossem senhores dos frutos, & se depositassem para se empregarem em bens que se avinculassem a ella, & que em caso que o dito Padre Diogo do Cazal fora justo possuidor, succedêra, & a possuira desde seu nascimẽto, até idade de vinte annos, & sendo seu pay

Felipe do Cazal muito rico, & tendo com que o sustentar, cobrara os ditos frutos, & os gastara contra a disposição do testamento, com o mais que se contem do decimo quinto artigo em diante, em que o A. trata da liquidação dos frutos, & damnificação das propriedades, para os haver da R. & seu marido, por ficarem por herdeiros do dito Padre Diogo do Cazal. Por parte da R. se mostra, que posto que o testador chamasse em primeiro lugar a Ines de Oliveira, com tudo preferira a sua descendencia não só a Maria sua filha segunda chamada, mas a todos seus descendentes. Mostrase mais pela R. que o Padre Diogo do Cazal era filho de Maria de Oliveira, preferindo na vocação aos filhos de Ines de Oliveira, & que por assim ser tomara posse da dita Capella à vista, & face do A. ha mais de trinta annos, de que bem se inferia entender o A. que elle era o legitimo successor, pois nunca lhe contradissera sua posse, & que em caso negado que o A. tivera direito, ou aução para pedir a dita Capella, se lhe tinha prescripto. Mostrase mais pela R. que havendose de ausentar para a India o Padre Diogo do Cazal, fizera seu Procurador a Antonio do Cazal Neto seu tio, & marido della R. para cobrar os frutos da dita Capella, & lhos desse, & a seus filhos em quanto durasse sua ausencia, & por esta via lhe pertencião, & que em todo o rigor do Direito o Padre Diogo do Cazal era o possuidor, posto que Religioso fosse, por quanto não era professo da terceira profissão, como se requiere na Companhia, & que era vivo, morador na Cidade de Cochim, & que não tinha lugar a clausula do testamento nesta parte, porque se devia entender quando já nam pudesse ser expulso da Religião. Mostrase mais pela R. que o A. demandara a Felipe do Cazal, pay do dito Padre Diogo do Cazal, sobre haver de empregar em bens de raiz os redditos da dita Capella de todo o tempo de sua menor idade, & se julgãra haverse de alimentar o menor dos ditos redditos, sem embargo da clausula do testamento. Mostrase mais pela R. que nem ella, nem seu marido foraõ herdeiros do dito Padre Diogo do Cazal, & que somente possuem em seu nome, & como seus Procuradores, em virtude de titulo particular, em tanto que dos mesmos redditos lhe mandara tudo quanto o dito Padre havia mister; & que em tudo o mais procedia o A. sem fundamento, maiormente em lhe pedir satisfação de encargos. O que tudo visto com o mais que dos autos resulta, & como o dito Padre Diogo de Oliveira no testamento, & instituição da dita Capella fol. 11. chamou em primeiro lugar a sua irmã Ines

Ines de Oliveira, & por ſua morte, ou ſe primeiro que elle morreſſe, a Maria filha mais moça da dita Ines de Oliveira, & morrendo ſem filhos a Diogo ſeu filho mais velho, que he o A. no que foi viſto o dito inſtituidor preferir Maria chamada em ſegundo lugar, & ſeus deſcendentes aos filhos da primeira chamada, ainda que varão foſſe, & mais velho como era o A. que já exiſtia ao tempo da inſtituição, & que a ſucceſſão da dita Capella lhe viesſe depois de extinta a linha de Maria, ſem embargo de não chegar a poſſuir, & caducar a condição no primeiro grau da ſubſtituição, a dita Ines de Oliveira a poſſuir alguns annos depois da morte do inſtituidor, te ſer já morta a dita ſua irmã Maria chamada condicionalmente, & conſiderando o rigor das palavras da inſtituição, em que o teſtador preferio a linha de Maria à de Ines de Oliveira, conformandome com a mais ſeguida reſolução dos Doutores. Julgo a Diogo do Cazal filho da dita Maria de Oliveira chamada em ſegundo lugar, por legitimo herdeiro, & ſucceſſor deſta Capella, & que ſoy bem metido de poſſe della pela expreſſa vocação que o inſtituidor fez dos filhos da dita Maria de Oliveira, preferindo o filho mais velho da dita Ines de Oliveira, & preferindo expreſſamente, & por palavras direitas à linha de Maria de Oliveira; viſto outroſim como tanto que faleceo Ines de Oliveira, logo o dito Diogo do Cazal ſe inveſtio na poſſe da dita Capella, & haver poſſuido deſde ſeu naci-mento até o tempo que ſe embarcou para a India, que foraõ mais de vinte annos, a olhos, & face do A. ſem contradicção alguma; antes ſe mostra haver o A. reconhecido ſeu direito, aſſim em lha não demandar, como tambem em o deixar poſſuir com ſciencia, & paciencia, tratando ſõmente de pôr em arrecadação os renditos da dita Capella adquiridos por todo o tempo da menoridade do dito Diogo do Cazal na forma do teſtamento, & clauſula fol. 13. por lhe pertencer a ſucceſſam da dita Capella, ſobre que ſe deu a ſentença fol. 95. porẽm viſto como na dita inſtituição fol. 13. ſe acha aquella clauſula, ſe o herdeiro da dita Capella ſendo parente ſe fizesſe Religioſo em qualquer Religião, tanto que profeſſaſſe, vagaaſſe para o mais chegado, & aquella particula, qualquer, no modo com que falla o teſtador, conforme a Direito, inclua em ſy todas as Religiões ſem exceção, com o mais que por parte do A. ſe conſiderou para conjecluradamente ſe entender, que o teſtador fallára de toda a Religião, qualquer que foſſe: Julgo haver o dito Diogo do Cazal perdido o direito da dita Capella tanto que

profeſſou na Religião da Companhia, & ſucce-derlhe logo o A. Diogo de Oliveira, na forma da dita clauſula, por ſer o parente mais chegado, & chamado neste caſo por ſeu nome proprio appellativo, para a ſucceſſão da dita Capella, & por intruſo nella ao Padre Diogo do Cazal do dia da profeſſão paſſados os dous annos do Noviciado, na forma dos Eſtatutos da Companhia em diante, & da meſma maneira Antonio do Cazal Neto, & a R. ſua mulher, que ficarão poſſuindo os bens, & renditos da dita Capella do tempo que o dito Padre Diogo do Cazal ſe auſentou para a India, aonde ſe meteo na dita Religião, & por nullos, & de nenhum vigor a doação, & teſtamento que o dito Padre Diogo do Cazal lhes fez para effeito de lograrem em vida delle dotador os ditos bens, & renditos delles, do dito dia da profeſſão em diante, ſalvo na parte dos bens livres dotados, & de que os deixou por herdeiros, por quanto o dito Padre Diogo do Cazal, como dito he, tanto que profeſſou na dita Religião, logo ficou perdendo todo o direito da poſſe, & propriedade dos ditos bens, & ſe ficou continuando em o A. legitimo ſucceſſor delles, & em caſo que pudera ter vigor a dita doação, & teſtamento, ſeria ſõmente daquelle tempo, em que o dito Padre ſe auſentou, ſe emancipado foſſe, até o dia da profeſſão, em que a R. & ſeu marido deviam fazer deſcricção dos ditos bens, & Capella, tanto que à ſua noticia viesſe; & vindolhes à noticia, como veyo, o que conſta dos autos, que a R. ajuntou a fol. 77. & não deſiſtiſſem, ficarão ſendo poſſuidores de mã ſe, por ſerem ſabedores da dita clauſula, & terem em ſeu poder a inſtituição em que ella ſe continha, & incorrerão no commiſſo da injuſta retenção, não tendo legitimo titulo, nem ſendo ſucceſſores, ou parentes do inſtituidor. O que tudo melhor conſiderado, condeno a R. Felipa Governada abra mão dos bens da dita Capella conſeuidos no rol fol. 7. fazendo plenaria reſtituição delles ao A. com todos os fructos do dia da profeſſão do Padre Diogo do Cazal, que fez paſſados os dous annos do Noviciado, como dito he, te real entrega, os quaes ſe liquidarão na execução deſta ſentença; & aſſim mais haverã todos os renditos do dia que o dito Padre ſendo menor ſuccedeo na dita Capella, até o tempo de ſua profeſſão, viſto como neſtes autos não conſta da emancipação, abatidos os alimentos que lhe forão julgados pela dita ſentença a fol. 95. ſem embargo de ſer contra a dita clauſula fol. 13. por quanto a dita ſentença foi dada em juizo contraditorio a favor de Felipe do Cazal, pay do dito Padre Diogo do Cazal, contra o A. que poſto que ap-
pellaſſe

pellasse della, como não seguiu a appellaçam no tempo devido, ficou passando em cousa julgada, & os ditos redditos, abatidos os alimentos, que se alvidrarem, haverá o A. pela fazenda do dito Felipe do Casal, ou de seus herdeiros, para o que lhe deixo seu direito reservado, & liquidará outrossim todas as perdas, & danos, que se acharem feitos nas propriedades da dita Capella, do dito dia da profissão até real entrega, para os haver pela fazenda da R. & seu marido defunto, a quem o dito Padre deixou por seu herdeiro, assim dos redditos da dita Capella, como também dos bens livres que tinha, como parece da doação, & testamento fol. visto outrossim como a R. por morte do dito seu marido no inventario, & partilhas que fez com seus herdeiros, partio os frutos dos bens desta Capella, como se mostra a fol. 121. querendo o filho da R. Felipe do Casal, que a partilha se fizesse dos bens da dita Capella, & de o Luiz, assim o não mandar agravou, como se vê fol. 123. & nam querer assinar o termo da partilha, confiando em seu agravo, reconhecendo porém sempre a R. o direito do A. no requerimento que fez sobre a restituição dos frutos fol. 128. & o que importarem as perdas, & danos depois da dita liquidação feita, se empregará também em bens de raiz, que se ajuntarão á dita Capella, para que vá em augmento; & julgo outrossim nam estarem obrigados os bens da dita Capella aos encargos que o dito Padre Diogo do Casal deixou quando se ausentou, & que a R. está obrigada a elles, por quanto lhe ficará bens livres, que ficou herdando por morte de seu marido, na forma do dito testamento; & pague a R. as custas dos autos, em que outrossim a condeno. Arrayolos 8. de Janeiro de 1650. João de Oliveira de Miranda.

50 Ab hac sententia fuit appellatum ad Auditorem, qui sequentem protulit sententiam.

Bem julgado foy pelo Luiz em julgar por legitimo successor da Capella, de que nestes autos se trata, a Diogo do Casal, filho de Maria de Oliveira; confirmo nesta parte sua sentença por alguns de seus fundamentos como o mais dos autos: mas não foy por elle bem julgado, em julgar que o dito Diogo do Casal perderá a administração, & direito que tinha nesta Capella, por haver entrado na Companhia de Jesus, revogando nesta parte sua sentença, vistos os autos, & disposição do testador, que mandou que entrando em qualquer Religião o successor desta Capella, fazendo profissão, perdesse o direito della, & passasse ao parente mais chegado, em os quaes

termos, conforme a Direito, se requeria para a administração desta Capella passar a outro successor, & ficar privado da dita administração o dito Diogo do Casal, que fizesse profissão de sorte que nam pudesse tornar ao mundo, & deixar de ser Religioso; & visto outrossim como as pessoas que entram nos conventos da Companhia de Jesus para effeito de ficarem Religiosos, he necessario que fação terceira profissão, o que se nam mostra por parte do A. que fizesse o dito Diogo do Casal, & ainda conforme o Direito, senam dizem verdadeiramente Religiosos os Padres da Companhia. O que tudo visto com o mais que dos autos consta, absolvo a R. do contra ella pedido pelo A. ao qual condeno nas custas dos autos de ambas as instancias. Villa Viçosa 2. de Junho de 1650. João Peixoto de Sá.

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

Acordão os do Desembargo, & c. Bem julgado he pelo Ouvidor em revogar a sentença do Luiz; confirmão a do Ouvidor por alguns de seus fundamentos, & o mais dos autos, & pague o appellante as custas delles. Lisboa 18. de Agosto de 1650. De Azevedo, Pereira, Velho.

Et fundata fuit hæc sententia in sequentibus deliberationibus.

Iam placuit Senatui in appenso fol. 54. vers. controversiam hanc legitime contra R. agitandam fuisse, licet possessor tantum esset fructuum maioratus, de quo contenditur. Præsens vero inspectio nunc est, an ipsa in dicta possessione debeat sustineri; & duplici fundamento eam repellere nervose contendit A. ex fol. 4. Primum erat, quia cum Maria vocata prius quam mater è vita discederet, caducaverat ejus nominatio, & locum habuisse vocationem disponentis expresse factam in ipso fol. 10. Secundum fundamentum fuit, quòd licet Didacus maior filius verus diceretur Capellæ, seu maioratus successor, & administrator, per professionem tamen factam, illius jus jam esse extinctum. De primo nulla ratio habenda videtur, ex bonis fundamentis relatis fol. 197. quod vero attinet ad secundum, immatura mihi videtur A. petitio, & amplectenda omnino Auditoris sententia à fol. 174. que satis fulcitur orationibus utriusque instantiæ in favorem R. adductis; & hic à fol. 194. agnoscimus expressa testatoris verba fol. ipsis tamen adimpletum non cernitur ob illam professionem primam factam à Didaco maioratus vero administratore in Societate Iesu; disponens enim, qui jurant dif-

diſpoſitionibus conformatur ex *L. conſciuntur Cod. jur. codicil. cum vulgar.* ſine legitima cauſa voluit juri quæſito ipſi Didaco vero maioratus poſſeſſori præjudicium afferre, nam licet hic vere Religioſus ſit, ut proſequitur Patronus à fol. 184. cum ipſe ante tertiam profeſſionem dominium, & juſ dicti maioratus ortum ex ſententia non deperdat ſecundum Conſtitutiones Societatis Jeſu, & advertit Patronus fol. 198. poſſeſſio per R. accepta ejus nomine virtute donationis fol. 83. viribus ſuſſistere debet, & in ea ſuſtinenda erit, dum ipſe Didacus tertiam ſolemneſſimam profeſſionem non emiſerit, & factus ſit inhabilis ad retentionem dicti maioratus. Vnde Auditoris ſententiam amplector omnino, & juſdicem revocarem juxta ejus placitum. Vlyſſipone 26. Julij de 1650. Velho.

Contrarium mihi videtur ad conſpectum clauſulæ fol. 512. nam Religioſi Societatis Jeſu ſunt verè, & proprie Religioſi, dum expleto biennio novitiatus primam profeſſionem emittunt, ut per *Molin. de juſt. tom. 1. diſp. 139. num. 3. & 6. Leſſ. de juſt. lib. 2. cap. 4. dub. 5. num. 27.* & hæc profeſſio eſt vera, & propria profeſſio, ut eleganter reſolvit *Sutr. tom. 4. de religione lib. 3. cap. 5. num. 2.* & ſic de eadem intelligi debet mens, & clauſula inſtitutoris; nam ſi inſtitutor Religioſos excludere voluit, ut declaravit; quomodo hic Religioſus eſt admittendus contra expreſſa verba, & inſtitutionem inſtitutoris, ut in ſimilibus terminis reſolvit *Sanch. ad præcepta decalogi lib. 7. cap. 15. n. 4. Cabed. deciſ. 133. num. 6. verſ. & caſum, Molin. de juſt. traſt. 2. diſp. 623. numer. 3.* quamvis enim hic Religioſus ante factam ultimam profeſſionem maioratum, aut Capellam habere, & poſſidere valeat, tamen propter voti paupertatis obſervantiam prædictam Capellam adminiſtrare non poteſt abſque Superiorum facultate, *Molin. de juſt. d. diſp. 139. ex num. 6.* & ſic inſtitutor non hunc Religioſum, ſed aliam profeſſionem, aut Religionem non obligatum admittere voluit; quia ſi hunc admitteret, & aliam quemcunque alterius Religionis Religioſum profeſſum admittere voluiſſet, dummodo religio in communi capax eſſet bonorum; quia hi Religioſi, & profeſſi in maioratu, & Capella ſuccedere non prohibentur, ex *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 13. n. 68. & ſeqq. Sanch. ad præcepta Decalog. lib. 7. cap. 15. num. 16.* Si ergo alterius Religionis profeſſum ab hac Capella excludere debemus, etiam profeſſum hunc Societatis Jeſu debemus excludere; quia ad hunc effe-

Pars II.

ctum nulla inter unam, aut aliam profeſſionem invenitur differentia, & hanc fuiſſe inſtitutoris mentem exiſtimo, & ſic à Judicis ſententia non diſcederem, tam ex ſupradictis, quàm ex alijs fundamentis relatis à patrono fol. 582. & ſeqq. quoad fructus vero hujus Capellæ tantummodo Ream condemnarem à tempore litis conteſtatæ; quia non mihi ſufficiens videtur mala fides à Judice conſiderata, ſuppoſita contradictione opinionum præcedentium deliberationum. Vlyſſipone 4. Auguſti 1650. Mello.

Qui Religionis Societatis Jeſu vult explicare naturam, Gordianos nodos ſolvere conatur: inveniet namque illud obſcuriſſimum juris enigma; *ubi vota, & contractus ex una parte obligant, ex alia claudicant: profeſſio pro Religioſo tenet, pro Religione vero non arcet;* ſed de eo quid ad nos.

Quod ad præſens dubium attinet, ego dicerem cum prioribus Dominis, conditionem inſtitutionis de qua fol. 12. non adveniſſe moveor, quia verba illa, *tanto que profeſſar,* debent intelligi cum effectu, ut eſt vulgare: plane profeſſio, quam emiſit Religioſus de quo in præſenti, quamvis pro nunc effectum, & nomen habeat profeſſionis; tamen ut quotidie videmus ad non profeſſionem facile redigetur, Religioſo repulſam paſſo. Cum ergo dicta profeſſio poſſit de facili, & à communiter accidentibus deſinere eſſe, non poteſt dici, quòd vere, & realiter profeſſio ſit, cum conditio ex vulgatis debeat eſſe durabilis: quibus viſis, ne dicta repetam à ſapientiſſimis, Auditorem cum Dominis laudarem. Vlyſſipone 15. Auguſti de 1650. De Azevedo.

Ab hac ſententia petita fuit reviſio, & fuit prolata ſequens.

Acordaõ em Relaçãõ, &c. Viſtos eſtes autos, Alvarã do dito Senhor, porque os manda deſpachar em grao de revista, he aggravado o aggravante pelos Deſembargadores dos agravos, em confirmarem a ſentença do Ouvidor, & revogarem a ſentença do Juiz; revogando ſua ſentença viſtos os autos, clauſula da inſtituição da Capella, & morgado de que ſe trata, conforme à qual he excluido da ſucceſſãõ delle qualquer parente, que ſe fizer Religioſo em qualquer Religiãõ, tanto que profeſſar; & como ſe prova que Diogo do Caſtal depois de haver ſucedido na dita Capella ſe fez Religioſo da Companhia de Jeſus, & nella fez profeſſãõ ha mais de dez annos, como ſe vê de ſuas cartas apreſentadas pela R. termos em que ficou vagando a dita Capella, & pertencendo ao A. como parente mais chegado, & chamado na inſtituição; condenãõ

Ecc

AR

a R. a que abra mão da dita Capella, & a restitua ao A. com declaração, que saindo da Religião o dito Diogo do Casal lhe ficará seu direito reservado para tratar delle, & condemnãõ a R. nas custas dos autos. Lisboa 27. de Agosto de 1652. Sousa, Abreu, Pinheiro, Salas, Andrada Fontoura, Almeyda.

Hæc sententia fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

57 In præsentia duplex insurgit dubium. Primum, utrum testatores, & maioratum institutores possint tacite, vel expresse Ecclesiam, vel Ecclesiasticas personas ab hereditate, vel maioratu excludere, si hæres institutus factus fuerit Monachus, & proximiores agnatos vocare, ac substituere. Secundum, utrum Religiosi Societatis Iesu, qui peractis duobus probationis annis tria simplicia vota publica Paupertatis, Castitatis, & Obedientiæ perpetuæ in Societate emisserunt, sint vere Religiosi professi, quoad intentum de quo agitur. Primam quæstionem adeo late ex hinc inde fundamentis, & Doctorum autoritatibus tractavit, Menoch. lib. 4. præsumpt. 83. argumenta utriusque sententiæ, tam affirmantis, quàm negantis recensendo, ut supervacaneus, & inanis videretur labor noster in illis huc adferendis, nisi sententiam nostram exponere jussi essemus.

58 Illud primo loco sciendum est, quod non infimæ notæ, imo magni nominis existimant illam conditionem, quæ Monasterium, sive Ecclesiam, aut Ecclesiasticas personas repellit pro non scripta habendam esse per text. quem ad id expressum putant in Auth. Sanctissim. D. Episcop. §. sed hæc præsent. coll. 9. ibi: Istius modi conditiones invalidæ, & pro non scriptis sint; ubi Imperator decidit, quod si hæres fuerit institutus pure deinde gravatus restituere sub conditione, si liberos non procreaverit, vel si absque liberis decesserit, & Monasterium ingrediatur, tunc substitutio sub ea conditione facta invalida existat, & pro non scripta habeatur. In quo consistat vera hujus decisionis ratio non levis est difficultas, ut colligitur ex notatis in L. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebell. & in cap. in præsentia de probationib. Costa in L. cum tale §. si arbitrato amp. 11. Gam. decis. 316. receptius tamen, & probabilius est, sicut æquius, & securius, ut nova hæc decisio sit inducta speciali favore Religionis, & tacitæ, contemplativæ, & piæ causæ, quæ semper, & ubique præcipua, & favorabilis est, juxta text. in L. Deo nobis Cod. ad Episcop. & Cler. Tirrag. d. pia causa à princip. vertitur enim

favor hic in eo quod Lex præsumit, quòd sicut testator liberos gravati prætulit substitutis, eodem modo credit Lex, quòd si de Religione cogitasset, vel non gravasset hæredem, vel sub hac conditione profitendi substitutum excluderet, est enim par credere, quòd testator animam propriam, & gravati (quarum interesse vertitur in Religione, & pia causa juxta text. in cap. mancipia, & ibi notata de rer. permut.) præferre voluit testator substitutis, non minus quàm liberos gravati, tenent Cov. lib. 1. variar. cap. 19. num. 11. Mant. de conjectur. lib. 1. tit. 7. num. 7. Alvarad. de conject. mente testator. lib. 2. cap. 3. num. 3. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 12. num. 54. Pelæus cod. tract. 2. p. 9. 3. Cald. de nomin. 9. 6. num. 10. & esse communem affirmat Costa in cap. si pater 1. p. verbo, si absque liberis num. 68. Guter. lib. 1. canon. quæst. cap. 32. num. 20. & 26. ubi hanc sententiam receptissimam appellat, docuit olim insignis præceptor Roderic. Lop. à Veiga in privat. schol. ad rubric. ff. de liber. & posthum. à n. mihi 93. cum seqq.

His consequens est Imperatorem solummodo invalidare voluisse eam conditionem, quæ Ecclesiasticam, aut Ecclesiasticas personas excludit ex præsumpta mente, & voluntate testatoris, non autem adversus expressam voluntatem, si enim de contraria mente constiterit, non erit locus decisioni, imo admittetur substitutus juxta testantis placitum, cessat enim præsumptio in qua Lex fundatur, & per consequens decisio illius locum sibi vindicare nequit. Argum. text. in L. ille, aut ille §. cum in verbis ff. de leg. 3. L. continuus §. cum ita ff. de verbor. Menoch. d. præsumpt. 83. num. 16. & hanc esse receptissimam sententiam post Covar. d. cap. 19. num. 8. & 11. & alios citatos per Menoch. ubi proxime tenet Guter. d. lib. 1. cap. 32. num. 26. Molin. d. num. 54. Castilb. lib. 3. quotid. cap. 12. num. 54. Sanch. in Decalog. lib. 6. cap. 15. num. 4. Costa ubi proxime, Cabed. 1. p. decis. 133. num. 6. nec est pat. credere voluisse Imperatorem jus substituto à principio quæsitum sine ulla ipsius culpa auferre, & bona testatoris contra expressam ipsius voluntatem Ecclesiam retinere, adversante regula de qua in L. 1. Cod. sacros. Eccles. L. traditionibus Cod. de pact. L. in remandata Cod. mandat. nec enim quis cogendus est propria bona in pios usus expendere, præcipue cum Ecclesia sit mater justitiæ, & æquitatis, cujus benignitas temporalia sua magis largiri solet, mitiusque cum omnibus agere. Pinel. L. 2. de rescind. 2. p. cap. 4. n. 33. in fin.

Non

60 Non me latet aliter ſentire contrariæ opinionis ſectatores, imo prædictam conditionem licet expreſſam à teſtatore reſpuendam eſſe, & pro non ſcripta habendam, ne talis conditio impedimento ſit vitæ contemplativæ, quæ altioris ordinis eſt, ut ex *Paulo, Alexand. Salicet. Bart. & alijs* refert *Gama dec. 3. 19. num. 2.* ita ut contra expreſſam teſtatoris voluntatem Monafterium excluſo ſubſtituto admittendum eſſe, teneat *Bald. in auth. niſi rogati num. 4. Cod. ad Trebell. Argum. text. in L. Deo nobis, Cod. de Episcop. & Cler. cui aſſeritur Bart. in d. Auth. de ſanctiſſim. Episcop. num. 4.* facilimo tamen negotio huic objectioni ſatiſfit, ſi advertamus quòd quamvis actus per quem intenditur impedimentum Religionis omnino ſit turpis, tamen ubi id non intenditur, ſed alter finis licitus, & honeſtus licet per accidens, exinde impediatur religio præter intentionem actus, non proinde turpis cenſetur, ex *L. 1. ff. de authorit. tutor.* ſepe enim fit, ut licita ſit, & valeat diſpoſitio teſtatoris, qua expreſſim cavet, ne Monachus, aut Monafterium ſuccedat, ne ve eis hæreditas, aut legatum acquiratur, quoniam per eam diſpoſitionem non intendit teſtator Religionem impedire, ſed alium finem bonum, & honeſtum; quia ſcilicet memoriæ defuncti conſervatio, & Reipublicæ amplificatio per illuſtres, & amplas domos maioratus, & ſimilia bona, quæ maioratibus annecti ſolent, non ita effectum fortiuntur, ſi ad Monafterium deveniat maioratus, ut conſiderat *Molin. d. cap. 13. num. 84. & 96. Guter. d. q. 32. num. 30. Covar. d. num. 11. Menchac. ſucceſſ. creat. §. 21. ex num. 179. Peregr. de fideicom. art. 28. num. 82. Cabed. 1. p. deciſ. 133. n. 6.*

61 Hæc brevitati ſtudento ſit ſatis deliberare, cætera contrariæ partis fundamenta miſſa facio, quibus pleniffime ſatiſfacit *Menoch. d. præſumpt. 83. in ſignis Veiga d. loco à num. mihi 97.* Concludo igitur, quòd à cõmuni, & receptiſſima ſententia non eſt recedendum in hoc Regno, ex *Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1.* & ſuſtinendam eſſe clauſulam, de qua teſtator impræſentiarum, per quam Religioſus profeſſus à ſucceſſione huius Capelle excluditur fol. 12. verſ. in appenſ. ac per conſequens Actorem eſſe admittendum.

62 Quoad ſecundum dubium pro conſtanti tenendum eſſe arbitror Religioſos, qui in Societate Ieſu poſt peractum biennium probationis, tria ſimplicia vota Paupertatis, Caſtittatis, & Obedientiæ emiſerunt, cum voto aſcendendi ad alios gradus ad arbitriũ Generalis prædictæ Societatis, vere, & pro-

prie Religioſos eſſe; quod evidenter convincitur ex eo, quòd Summi Pontifices non ſemel decreverunt, dum apoſtaſiæ crimen eos incurrere, ſi à Societate diſcederent, ſtatuerunt, & excommunicationis pœnam ipſo factò, quod *Gregorius XIII.* proprio motu, & ex certa ſcientia definiit anno 1582. ut tradit *Molin. de juſtit. tom. 1. tract. 2. diſp. 139. num. 3. & 6. verſ. non ſolum, Suar. tom. 4. de Religion. lib. 3. cap. 5. num. 2. Fr. Manuel Rodrig. queſt. reg. 1. p. q. 56. art. 1. Azor moral. 1. p. lib. 13. cap. 7.* eſtque indubitata conſuſio, ſiquidem à Sede Apoſtolica definita reperitur, & pluribus ſtabilitur fundamentis, quæ referre ſupervacaneum puto, & videri poſſunt apud *Suar. & Molin. ſupra citatis locis.*

63 Hæc reſolutioni inevitabiliter annectitur alia, videlicet prædictos Religioſos, qui tria illa vota ſimplicia emiſerunt, eſſe vere profeſſos, nam ſecundum juris diſpoſitionem non poteſt dici Religioſus, neque Religionem ingreſſus, qui non ſit profeſſus, *Menoch. d. præſumpt. 83. num. 74. Gratian. diſceptat. forenſ. tom. 3. cap. 481. num. 7. Molin. de juſtit. diſp. 140. n. 1. verſ. contrarium,* & ex hac ratione novitiuſ ante probationis annum, licet gaudeat privilegio fori, & ſit perſona Eccleſiaſtica, ut per *Biccium 2. p. deciſ. 121.* non tamen dicitur Religioſus ob defectum profeſſionis emiſſæ, ſeu emittendæ, *Molin. d. diſp. 140. num. 1. Cancer. variar. reſol. tom. 2. cap. 1. num. 117. cum ſeqq. Tiraqueſ. de retract. tit. 1. §. 1. gloſſ. 8. num. 21. Flor. var. queſt. lib. 2. q. 21. §. 4. numer. 198.* licet quoad prærogativas, immunitates, & exemptiones gaudeat privilegijs Eccleſiaſticis perſonis conſeſſis, ut per *Flor. eitato loco, Guter. canon. queſt. lib. 2. cap. 1. num. 107.* tamen non eſt proprie Religioſus, & in juris rigore ante profeſſionem manet laicus, ex *text. in cap. Religioſo de ſententia excomm. lib. 6.* nec efficitur de corpore communitatis ante profeſſionem, *Cap. porreſtum de regular. Guter. d. cap. 1. numer. 107. Girrb. conſ. crimin. 15. num. 8. Molin. de primog. lib. 2. cap. 9. num. 52.* Vnde neceſſario convincitur, meo videri, quòd ſi prædicti Ieſuitæ ex decreto, & definitione Summorum Pontificum, poſt tria illa vota emiſſa ſunt vere Religioſi; fatendum eſt illam primam profeſſionem veram eſſe, & vere dici profeſſos, aliàs enim de Societate, & corpore communitatis non eſſent per jura, & Doctores ſupra proxime citatos: videndus *Suar. d. tom. 4. lib. 3. de Religion. cap. 5.* Quod ſatis eſt, ut effectum fortiiri valeat clauſula, de qua eſt ſermo d. fol. 12. per quam teſtator Religio-

fos excludere voluit, ut in simili casu resol-
vit *Sanch. in Decalog. lib. 7. cap. 15. num. 10.*
& 31. *Cabed. d. decis. 133. num. 6.* Nec per-
cipio quomodo adversante testatoris mente
possit Religiosus obtinere hujus Capellę
administrationem, obstante paupertatis vo-
to, quod stare nequit absque Superioris per-
missu, & facultate. *Molin. d. disp. 139. num. 6.*
Ex quibus, & alijs quę a docto patrono ad-
ducuntur fol. 182. eam seqq. quę transcri-
bere non curo, sententiam fol. 201. novo
examine indigere puto. Vlyssipone 10. Au-
gusti 1651. D. Luis Gomes do Basto.

64 Ex triplici fundamento intendit suppli-
cans à maioratus, vel Capellę successionē
supplicatam excludere. De duobus tamen
nulla ratio habenda est; convincuntur enim
ex actis, & integerrimi Iudices utriusque in-
stantię illis aures non prębuerunt. Tota
ergo disceptatio est circa tertium fundamē-
tum, quo supplicans contendit, quod licet
Didacus in administratione hujus Capellę
succederet, attamen ubi primum in Religio-
ne Societatis Iesu, peracto biennio, tria vo-
ta emisit, ex dispositione institutionis exclu-
sus censetur. Hęc disceptationi ansam prę-
buerunt verba institutionis fol. 12. in hunc
modum ibi: *E mando, & quero que se o ber-
deiro de minha Capella se fizer Religioso de
qualquer Religião, tanto que professar vague
para o mais obegado.* Hęc sunt verba insti-
tutionis; pro solutione tamen hujus du-
bij supponendum est, quod Didacus filius
Marię primo loco vocatę Religionem So-
cietatis Iesu ingressus fuit, & in ea peracto
biennio, tria vota emisit, deponunt testes
de auditu à fol. 29. cum seqq. & ostenditur
ex Epistolis ejusd. Didaci à fol. 73. & licet
recognitię non sint à supplicata productę
fuerunt, & ita contra illam legitimam effi-
ciunt probationem. *L. post legatum ff. his
quibus, ut indign. Gam. dec. 46. num. 3. Surd.
dec. 67. Mascard. conclus. 916. Cyartin. con-
trov. 1. p. cap. 153. n. 24.*

65 Deinde supponendum est, controversum
esse, an conditio excludens Religiosos à ma-
ioratus, vel Capellę successionē valida sit?
Et quamvis gravissimi AA. existiment d.
conditionem pro non scripta habendam esse
per text. in *Auth. de sanctissim. Episcop. §. sed
hoc pręsenti coll. 9.* contrarium tamen ve-
rius, & receptius est, ut per *Mantic. de con-
jectur. lib. 11. tit. 18. num. 71. Menoch. de prę-
sumpt. lib. 4. pręsumpt. 83. à num. 18. cum
seqq. Guter. canon. lib. 2. cap. 25. num. 7. Mo-
lin. de primog. lib. 2. cap. 12. num. 11. alias 14.
alter Molin. de justit. tom. 1. disp. 207. ad fin.
Sanch. de matrim. lib. 1. disp. 34. num. 11. ad*

*fin. Cabed. dec. 133. p. 1. num. 6. Flor. ad Gam.
dec. 6. concl. 6. & lib. 1. variar. q. 16. §. 2. n. 5.
late Castilb. lib. 3. cap. 12. num. 36. cum seqq.
& lib. 6. cap. 162. num. 11. Fontanel. de pact.
2. tom. claus. 3. gloss. 6. p. 6. num. 3. Sanch. in
Decalog. tom. 2. lib. 7. cap. 15. num. 3. & de
hac sententia dubitare non licet propter
dispositionem *Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1.**

Quo supposito, dicendum existimo Dida-
cum ex clausula exclusum censeri, & ex eo
quod tria vota emisit in Religione Societa-
tis Iesu, neque necessarium esse, quod
tertiam professionem emitteret. Moveor ex
eo, quia institutor iussit, quod ubi primum
vocatus professionem emisit, successio ad
alterum vocatum deferatur, quod in prę-
senti contigit; nam professio consistit in il-
lis tribus votis substantialibus, scilicet Ci-
vilitatis, Obedientię, & Paupertatis in Re-
ligione approbata, & illis emissis, vere, & rea-
liter dicitur professus, *Cap. cum ad Mona-
sterium de statu Monach. cap. Religioso de
sentent. excomm. lib. 6. & in Clement. 1. de
Religios. domin. Bellarmin. lib. 2. de Mona-
ch. cap. 4. tom. 2. Vasq. 1. 2. q. 96. art. 4. disp.
165. & cap. 5. num. 44. Azor 1. p. lib. 11. cap.
23 q. 5. Sanch. in Decalog. tom. 2. lib. 5. cap.
1. num. 14. & 21.* Cum ergo iste Didacus in
Religione approbata tria vota emitteret,
vere professus censeri debet.

Deinde, quia licet DD. dissentiant, an il-
li, qui tria vota emiserunt in Religione So-
cietatis Iesu ante tertiam professionem sint
vere Religiosi ex natura rei, an vero ex pri-
vilegio, omnes conveniunt in eo, quod vere
sunt Religiosi; nam vota illa simplicia, quę
emittunt, sat est ad constituendos illos Re-
ligiosos, & de hoc dubitare non licet; defi-
nitum enim est per Decretum Pontificis
Gregorij XIII. anno 1584. in extravag. ascen-
dente; & probant *Ribadeneira in Constitut.
Societat. Iesu cap. 25. alias 29. Vasq. disp.
165. cap. 309. num. 94. & 95. Sanch. d. 2.
tom. lib. 5. cap. 1. num. 26.* qui affirmat hoc
tanquam dogma fidei censendum esse. *Ma-
lin. tract. 1. disp. 139. num. 5. Soar. de Relig.
tom. 4. lib. 3. cap. 4. P. Telles in Chronica So-
cietatis 1. p. cap. 24. num. 5. Azor d. 1. p. lib.
3. cap. 7.* ubi varia S. Pontificum decreta
adducit; quod adeo verum est, ut si post
prędicta tria vota à Religione discedant,
crimen apostasię committant, ut constitu-
tum est per Bullam Pij V. anno 1571. & per
alteram Gregor. 13. anno 1584. tradunt *A-
zor. d. cap. 7. Molin. d. disp. 139 n. 7. Soar. d.
tract. 4. lib. 3. cap. 1. & 2. Sanch. d. 2. tom. lib.
6. cap. 8. n. 8. & 11.*

Cum ergo isti emittentes tria vota veram
emitt-

emittant professionem, & vere, & proprie sint Religiosi; nescio quo jure possumus affirmare Didacum, de quo in presenti, ex dispositione testatoris exclusum non esse à successione hujus Capellæ.

69 Eo vel maxime; quia supposita dicta clausula institutionis, ea fuit intentio, & voluntas instituentis, ut bene vinculata in familia conserventur, juxta ea quæ *Memoch. conf. 185. num. 9. Ramon. conf. 3. n. 66. Surd. conf. 240. num. 14. Fontanel. dec. 349. num. 10. p. 2. Castilb. lib. 3. cap. 12. num. 14.* quæ sane voluntas in forma specifica non impletur, si prædicti Religiosi admittantur, ut in terminis resolvit *Sanch. d. 2. tom. lib. 7. cap. 15. sub num. 4.* & testatur ita decisum esse in Senatu Vallisoletano.

70 Neque in contrarium me suadet illud fundamentum, scilicet quòd isti Religiosi ante tertiam professionem, quam vocant quatuor votorum, sunt capaces succedendi in maioratu, ut resolvunt *Molin. disp. 628. num. 1 tom. 3. Sanch. d. cap. 15. num. 3.* si ergo sunt capaces succedendi, cur Didacus in hoc maioratu succedere nequit?

71 Sed ad istud fundamentum dupliciter respondetur. Primo, quòd Didacus postquam tria vota emisit, ad presbiteratus ordinem ascendit, ut ostenditur ex epistola fol. 80. & sic ad statum coadjutorum specialium fuit coadoptatus juxta Bullam Pauli 3. de qua *Azor d. cap. 7. Soar. d. tom. 4. lib. 7. cap. 3. num. 10. Telles d. cap. 24. Molin. d. disp. 139. num. 4.* Plane isti coadjutores sunt incapaces cujuscunque domini, ut per *Molin. d. disp. 139. num. 7. Sanch. d. cap. 15. num. 8. Molin. ubi proxime disp. 623. n. 2. Telles d. cap. 24. num. 1. Soar. d. lib. 7. cap. 3. numer. 10.*

72 Secundo respondetur, quòd licet iste Didacus inter coadjutores speciales non connumeretur, adhuc argumentum non concludit; nam prædicti Religiosi emittentes tria vota tantum non succedunt in maioratu, & in alijs bonis, ut illa retineant tanquam propria, sed ut renuntient, & distribuunt cum Superioris facultate ex Statuto ejusdem Religionis, *Molin. d. disp. 139. num. 71. Soar. d. lib. 7. cap. 6. num. 213. cum seqq.* & cum contingere possit, quòd illa renuntiet in favorem extranei (ut facere potest) extinguetur nomen familie contra intentionem testatoris; in terminis sic respondet *Sanch. d. cap. 15. n. 4.*

73 Alterum fundamentum contra hanc resolutionem adducitur, videlicet, quòd dicti Religiosi antequam emittant tertiam professionem à Religione expelli possunt, ut fa-

Pars II.

tentur supra relati, & palam est; unde videtur dicendum, quòd clausula institutionis in illis locum habere nequit. Sed respondetur, quòd hæc professio ex parte Religiosi est simplex, & pura, & adeo illum obligat, ut si à Religione discedat, apostata censendus est, ut supra diximus; at vero ex parte Religionis est conditionalis, idest si Religioni placuerit; & ita prædicta vota ex parte emittentis sunt perpetua; ex parte Religionis acceptantis non acceptantur, ut perpetua, sed intentio illius est juxta Constitutiones à Sede Apostolica approbatas, quòd tandiu maneat legatus votis quandiu duxerit in illa retinendum: constat ex *Extravag. Gregor. 13. Vasq. d. disp. 165. cap. 86. Valencia 12. q. 6. disp. 6. punct. 7. Sanch. d. 2. tom. lib. 5. cap. 1. num. 11.* Unde cum isti Religiosi omnino ex sua parte sint obligati, quamvis ex eo, quòd Religioni non placuerunt, ab ea expellantur, non exinde dici potest, quòd vere non sint Religiosi, & professi ad effectum, ut clausula excludens Religiosos verificari non possit; & licet expelli possint, hoc quòd per accidens contingeret, & accidentia, & tristes eventus in jure attendendi non sunt ad effectum ut actus aliàs reprobatus validus fiat: probat bonus text. in *L. inter stipulantem §. sacram. ff. verbor. L. si in emptione §. omnium vers. sed neque ff. contrab. empt. §. item contr. inst. de inutilib. stipul. post alios resolvunt Petr. Greg. synth. jur. lib. 25. cap. 4. Fab. lib. 19. conjectur. cap. 2. Donel. de jure civil. lib. 2. cap. 20.*

Eo vel maxime; quia ubi primum iste 74 Religiosus dicta tria vota emisit, statim vere dicitur professus, ut probatum est; & ita stante prædicta clausula institutionis, illico successio hujus Capellæ ad sequentem vocatum delata fuit juxta ea, quæ *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 2. num. 3. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 3. num. 32. Sanch. d. cap. 15. n. 31. Castilho d. lib. 3. cap. 12. num. 102. cum seqq. & lib. 5. cap. 162. num. 30. Molin. d. 3. tom. disp. 623. num. 2.* Neque voluntas, & intentio testatoris volentis, ut professus in aliqua Religione à successione Capellæ excludatur, & statim sequens admittatur, pendere debet ab illo eventu, si dictus Religiosus placuerit, vel non placuerit Religioni.

Neque etiam in contrarium me movet 75 alia consideratio doctissimi Senatoris fol. 211. desumpta ex alia clausula institutionis, fol. 12. ubi testator jubet, quòd si maioratus successor Monialium Religionem ingrediatur, redditibus maioratus pro vita potiat; ex qua clausula infert sapientissimus Senator, clausulam, de qua supra, in d. Religiosus

giosis Societatis locum non habere; quia argumentum, meo iudicio, non concludit ex diversitate rationis; nam Monialis ex licentia Superioris predictos redditus in suos usus convertere potest, & illi sunt maxime necessarii ad victum, & vestitum, ut ait *Azor d. 1. p. lib. 12. cap. 9. q. 7.* & nos videmus. At vero Religiosis Societatis omnia necessaria ad victum, & vestitum, & ad alios usus licitos tribuuntur, ut palam est; unde nil mirum si Moniali redditus Capellæ concedat testator tanquam alimenta, juxta ea quæ *Carvalh. in cap. Raynaldus 4. p. cap. 1. numer. 92.* alijs vero Religiosis deneget.

76 Rursus in Religiosis specialiter provisum est, quod ubi primum fuerunt professi, successio ad sequentem vocatum devolvatur, & in Monialibus quod redditibus Capellæ potiatur pro vita, & non est bona argumentatio illa quæ fit de casu expresso ad alium non expressum. *L. servo manumisso. ff. pecul. legato, Fontanel. decis. 246. p. 1. num. 9. Gratian. cap. 522. num. 3. Surd. decis. 456. num. 8.* Ex quibus, & alijs quæ consulto omitto processum hunc revisione dignum iudico. Vlyssipone Septemb. 3. de 1651. Sebastião da Guarda Fragofo.

~~~~~

## C A P. XIX.

De Clericorum inclusionem, vel exclusionem à successione maioratus, non solum propter Clericatum, sed etiam ratione incapacitatis contrahendi matrimonium, & habendi filios, descendentesque legitimos; & an possint ab institutore excludi, & includi, & ex hac exclusionem censeantur etiam exclusi impotentes, & mulieres generationis incapaces propter ætatem, aut incapacitatem; & quid si superveniat qualitas Clericatus post successione?

### SUMMARIVM.

1 Clerici possunt vocari ab institutore, & ex

hac vocatione censeantur laici exclusi, & Clerici inclusi.

2 Clerici possunt à successore maioratus excludi, & hæc exclusionis clausula est valida.

3 Clericus potest excludi propter Clericatum; & si propter illum excludatur, requiritur quod sit Clericus tempore successione; quia si fuerit laicus, & postea inveniatur Clericus, non privatur à successione, & *nn. seqq.*

Sicuti Clericus potest ad maioratus successione vocari, & includi, ita ut ex hac vocatione, & inclusionem censeantur exclusi laici, & tantummodo inclusi Clerici, ut multis rationibus resolvit *Valenz. conf. 53. per tot.* & vidi iudicatum in unis causis de Abrantes, Portalegre, & Castello de Vide, & late in hac specie concludit *Roxas de incomp. maiorat. p. 1. cap. 9. num. 12.* & *seqq.* ubi has quæstiones tractat, & resolvit, & *Luca de linea leg. art. 8. num. 70. alter Luca theatr. verit. & just. tom. 10. discurs. 63. usque ad 67.*

Ita etiam potest Clericus excludi, à maioratus successione, & talis exclusio observanda ad unguem est, ut multis tenet *Mier de maior. 2. p. 9. 4. num. 160. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 13. num. 99. alter Molin. de just. & jur. disp. 622. num. 6. in fin. ibi: Si tamen in creatione maioratus apposita esset clausula, quæ Clericos ab eo excluderet, tunc Clerici in eo non succederent, ut est perspicuum. Roxas ubi supra, Luca proxime.*

Dummodo de illa in institutione expresse appareat, ut tradit *Molin. d. cap. 13. n. 100.* & *ibi Addentes ubi supra, alter Molin. & tunc requiritur quod sit Clericus tempore delatæ successione, nam si post successione superveniat qualitas Clericatus, non venit excludendus, sed potius est conservandus, & includendus in successione ex regulis de quibus *Castilh. lib. 3. contr. cap. 15. num. 2.* & *seqq.* & multis citatis in *tom. 1. cap. num. & seqq.* & iudicatum in specie fuit in casu *seq.**

No feito de agravo do Beneficiado Antonio Pereira de Araujo com Gabriel da Costa Pereira, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Desembargo, &c. Bem julgado foi pelo Corregedor, em mandar que as obras das casas, & paredes da Orta, & Pumar, que se fizeraõ na quinta do Oiteiro, que tocava, & possue o R. fossem avaliadas por officiaes, que bem o entendessem, & do que importasse na avaliação das ditas casas, & mais



mais obras, que os AA. & R. fizeram, em qua-  
to moração, & estiverão juntos, não entrando  
as obras da cozinha, & outras, que fossem  
feitas na dita quinta pelo R. depois de se apar-  
tar dos AA. & se acabar entre elles a socie-  
dade, se abatessem os quarenta mil reis, que o  
R. tomou a juro aos irmãos da Misericordia  
da Villa da Barca, & os vinte mil reis, que o  
R. pediu, & pagou a Francisco Barbosa; & o  
que ficasse do preço da avaliação das ditas  
casas & obras feitas pelos AA. & R. se par-  
tisse entre os ditos AA. & R. respeitandose a  
parte, que cada hum tinha nas heranças de  
seu pay, & mãy, & em absolver o R. da peti-  
ção dos AA. sobre o preço do prazo de Ton-  
vedo, que o R. possui, & dos vinte mil reis, que  
o A. o Beneficiado Antonio Pereira diz, pa-  
gara pelo R. a Francisco Barbosa; como tam-  
bem em declarar, que ao A. o Prior Bento  
Pereira pertencia o morgado, que sua mãy in-  
stituiu, & nelle o nomeou sem embargo da  
clausula, que a dita testadora lhe poz, de nam  
poder succeder Clerigo no dito morgado, &  
que o dito Prior nam he obrigado ao dote pe-  
dido pelo R. & em absolver os AA. do pedido  
pelo R. dos gastos que com elle tinha feito no  
tempo, que como hospede o teve em sua casa,  
& do trigo, milho, & vinho, que o R. diz fi-  
cara ao A. Antonio Pereira nas casas onde  
depois de apartado ficou vivendo o dito An-  
tonio Pereira. Mas em absolver o R. do pre-  
ço das quatro pipas de vinho, que o R. em seu  
depoimento confessa haver vendido dos frutos  
das vinhas do Outeiro, & Cavadas, depois de  
apartado dos AA. & que estavam já recolhi-  
dos no tempo da separação da sociedade entre  
os AA. & R. em declarar, que o Beneficiado  
Antonio Pereira nam era obrigado a satisfa-  
zer a promessa do dote, que fizeram ao R.  
quando casou, foi por elle menos bem julgado:  
cumprase o confirmado por alguns de seus fun-  
damentos, & o mais dos autos; os quaes vi-  
stos, & como o R. confessou vender no anno de  
1671. as quatro pipas de vinho, procedidas  
dos frutos das vinhas do Outeiro, & Cava-  
das, que pertencem tambem aos AA. por esta-  
rem, & viverem em sociedade com o R. como  
irmãos, colhendo os frutos dos bens, que lhe  
ficarão de seu pay, & mãy, & estar já recolhi-  
do o dito vinho ao tempo, que se separarão, se  
acabou a dita sociedade; & visto outrossim,  
como as qualidades em que o R. fez a confis-  
saõ em seu depoimento, se podem, conforme a  
Direito, separar, & o R. as não provou; &  
como tambem se mostra o Beneficiado Anto-  
nio Pereira prometer ao R. seu irmão no tem-  
po que casou, toda a fazenda, que o dito An-  
tonio Pereira possuia, & lhe tocava das legi-

Pars II.

timas de seu pay, & mãy, como tambem as de  
seu irmão o Prior Bento Pereira, de quem di-  
zem tinha procuração para esse effeito, &  
nessa forma se fez escritura de dote, na qual  
se dotou o R. com a fazenda dos ditos seus ir-  
mãos os AA. aceitando o dito dote, estando a  
tudo presente o dito Beneficiado Antonio Pe-  
reira; nos quaes termos, he obrigado a satis-  
fação do dito dote: Mandão, que abatido o  
custo, que se mostra fazer o R. na poda, & ca-  
va das ditas vinhas, que se liquidarã, o di-  
nheiro que restar do preço das quatro pipas de  
vinho, se reparta igualmente entre os AA. &  
R. & condenaõ ao A. Antonio Pereira resti-  
tua ao R. os bens que possuia, & legitimas que  
lhe pertencião por falecimento de seu pay, &  
mãy, do tempo que lhe fez a doação para o ca-  
samento, como tambem o que importar a fa-  
zenda, & legitimas do dito seu irmão o Prior  
Bento Pereira, de quem se obrigou o dito Be-  
nificiado Ioaõ Pereira entregaria a procura-  
ção, para se fazer a doação da fazenda do  
dito Prior ao R. quando casou, com declara-  
ção, que assim ao Beneficiado Antonio Perei-  
ra, como ao Prior Bento Pereira ficarão bens  
bastantes para poderem sustentarse, confor-  
me o estado, & qualidades de suas pessoas; &  
paguem os AA. & R. as custas dos autos igual-  
mente. Porto 27. de Janeiro de 1678. Mon-  
teiro, Casado, Vieyra.

Et fundata fuit hæc sententia in delibe- 5  
rationibus sequentibus.

Inter fratres tres accerrime disceptatur;  
sed ad quid auri sacra fames mortalia pecto-  
ra non cogis? Quilibet ipsorum, mortuis pa-  
rentibus, licet Reus maior nativitate exti-  
tisset, pro socio gerebat, ut ex testibus con-  
tra producentem fol. 67. liquet; societas  
enim præsumitur ex actuum continuatione,  
L. queritur §. qui impletur ff. locat. L. cum  
rebus §. fin. ff. de precar. Valas. conf. 63. n. 3.  
Giurb. in messan. cap. 8. gloss. 3. num. 9. ideo  
divisione non facta, censetur inter filios re-  
novata illa societas parentum; Giurb. pro-  
xime gloss. 12. num. 7. & lucrum, seu fructus  
ex illa societate provenientes omnibus per-  
tinent; Ord. num. 4. tit. 96. §. 7. & 8. & in eis  
transmittitur actio. Giurb. dict. gloss. 12.  
num. 3.

Quare Actores petunt 15. dolia vini, que 6  
societate finita anno Domini 1671. in Villa  
do Oiteiro ad quam Reus domicilium tran-  
stulit, remanserunt producta ex fructibus  
societatis; ideo illorum æstimationem divi-  
dendam esse sentio, non omnium 15. sed ta-  
men duodecim, quæ Reus fatetur fol. 35.  
vers. vendidisse, & quodlibet illorum per  
7U700. teruntios, ex quorum calculatione

Ece iiij

ex:



expensas procurationis, & fossas vinearum anno illo confessas ab Actore fol. 88. deducendas arbitror, quia fructus non dicuntur, nisi deductis expensis, *L. fructus ff. solut. matrim. Ord. in 4. tit. 48. §. 6.*

7 De meliorationibus per erectionem domorum, & parietum gestis in Villa do Oiteiro, quam Reus possidet, non hæsitatur, nec nos hæsitare debemus, quod pro illis repetendis competat actio *L. qui except. §. si pars ff. de condition. indebit. L. domos, L. quod si nulla, L. si modo nulla ff. de leg. 1.* cum proveniant ex fructibus societatis, ex qua satisfieri debet; *Gam. decis. 110. num. 2.* maxime data scientia, quod res erat restituenda, & meliorans non erat Dominus; *Cyriac. de expensis cap. 4. num. 3.* ideo socius meliorans rem societatis, illa finita, expensas repetere potest, *L. si fratres §. si quis ex socijs ff. pro socio, Garc. de expens. cap. 19. num. 4. & 3.* aliàs non daretur iniquitas, scilicet, ut cum jactura aliena, idest sociorum, locupletaretur possessor rei melioratæ, quod jus non patitur; *Grat. supra cap. 6. num. 22. & cap. 7. num. 2.* imo statuit quod socius pro utilitate societatis socios obliget, *L. si cum plures ff. de exercit. act. Giurb. in messan. cap. 9. gloss. 2. n. 49.*

8 Quæ quidem melioramenta, ut conferantur, & dividantur, æstimanda sunt secundum tempus restitutionis, *Giurb. in messan. cap. 15. gloss. 12. num. 3. Valas. de part. cap. 6. num. 25.* & ita praxis observat secundum eundem *Valasc. de jur. emphyt. q. 25. n. 28. in fin.* ex quorum calculo, addita æstimatione 170. modiorum parvulorum tritici, quos Actor Antonius Pereira de Araujo reperisse domi da Ponte da Barca fol. 89. fatetur, deducendi erant tertium illi, quod Præsens decrevit fol. 137. quorum debita, cum contracta reperiantur tempore meliorationum, in utilitatem societatis gesta præsumuntur, *Giurb. in messan. cap. 9. gloss. 11. a num. 6.* ac per consequens ex bonis societatis satisfieri debent; *Gam. decis. 110. num. 29. Giurb. proxime num. 3.* cætera vero æqualiter inter fratres dividenda erunt, licet unus plus in societatem contulisset; quia societate inita absque declaratione partium, quas unusquisque ab illa deducere debet, æqualiter dividitur lucrum, *L. si non fuerit 29. ff. pro socio, Giurb. supra cap. 8. gloss. 3. num. 2.* In æstimatione meliorationum tantum ratio habenda erit, quoad gesta ante nuptum Rei.

9 A cæteris per Actores petitis civiliter Præsidem judicasse sentio, sicut Actores à reconventionem absolvendo; quia non pro-

batur dotis promissio ex defectu testium, qui etiam in dote legitimi esse debent. *Alex. conf. 13. num. 11. vol. 1. Socin. lun. conf. 12. n. 15. volum. 2. Novel in tract. de dote p. 9. privileg. 12.* Item quia reconvenientes fatentur fol. 11. vers. insimul illis dotem fuisse promissam, & cum in ætate illa non dum matrimonium initum erat, minime per testes dos probari possit, ut judicatum refert *Cabed. 1. p. decis. 31. num. 3.* ideo in simili casu se Actor præparavit cum Regio diplomate, teste *Pereir. decis. 53. n. 1.*

Et dato quod per testes probari possit, 10 nullus eorum deponit promissionem illam fuisse acceptatam nomine fratris, & confratri; & tunc resolvitur in pollicitationem, quæ nec de jure Civili, seu Canonico producit obligationem, ex *Panormit. in cap. cum inter ad fin. de elect. Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. num. 62.* & favore dotis, *Barb. 3. p. L. 1. num. 15. ff. solut. matr.* pollicitatio enim non dicitur pactum, sed pacti pars; *Sanch. de matr. lib. 8. disp. 79. num. 19.* secundum quem si fuerit per modum contractus onerosi, qualis est dos respectu viri, præsens, & tacens non censetur consentire.

Deinde, donatio, seu dotis promissio, cum 11 sit de omnibus bonis, præsentibus, & futuris, ut reconvenientes fatentur, sustineri nequit, & favore matrimonij, *Fontanel. de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. gloss. 9. p. 4. num. 12. & 18. Menoch. conf. 92. num. 15. Fachin. lib. 5. contr. cap. 87. Mont. in L. pactum quod dotale num. 22. de pact. Tiraq. in L. si unquam verbo libertis num. 52. Cod. de revocand. secundum quem, & Fontanel. proxime prædicta resolutio procedit, licet sub speciali promissione, vir seu fæmina ad contrahendum matrimonium dolo inducatur.*

A vinculo per reconvenientes petito, ea 12 ratione, quia Actor reconventus Benedictus Pereira de Araujo esset Clericus, qui, & cæteræ personæ Ecclesiasticæ ab illius successione reperiuntur exclusæ, reconventum absolverem; quia tempore delationis prædicti vinculi reconventus habilis ad succedendum erat, ad quod tamen attendere debemus, licet postea qualitas exclusiva superveniat, ut lata manu scripsit *Castilb. tom. 3. cap. 15. a n. 2. cum pluribus sequentibus.*

Ab expensis hospitalitate gestis fratrum, 13 etiam Actores reconventos absolverem; quia dato quod probarentur, prædictæ expensæ, donatæ inter fratres præsumuntur, *Mascard. de probat. concl. 555. num. 101.* ita confirmato, & reformato Præside. Portu de Abril 18. de 1677. Aguiar.

Discordiam inter fratres difficilime com- 14 ponere



ponere poſſunt extranei, dum enim proprium ſanguinem diverſi perturbant humores, adverſus iſtum ſycophantam nullū eſt pharmacum, nec nota medella; ut tamen hæc diſſonantia aliquantulum componantur, pro viribus remedia ex arte, ſequentibus ingredientibus applicabimus, per partes tamen diſcurrere fas eſt ſequendo libellum.

85 Primò igitur agendo de quindecim dolijs vini, quorum portiones petunt Actores à R. fratre, quia ea vendidit poſt ſeparationem à domo communi, in qua remanſerunt, fateatur Reus in deſiptione fol. 35. verſ. quod vendidit duodecim dolia, pretio articulo 7 U 700. terunt. pro quolibet dolio, quorum octo erant alterius fratris Religioſi, qui non petit; ex alijs ſolvit debitum, & aluit familiam: contra hanc confeſſionem nihil apparet, ſicque approbata cenſetur, nam licet iuramentum de veritate dicenda datum in deſiptione juxta diſtinctionem, de qua *Gabr. Percir. deciſ. 68. num. 5.* non admittatur cum qualitate, qua non probetur; attamen cum Actores ex defectu prebationum, ad hoc iuramentum Iudicis auctoritate Ream compellerent, omnia contenta in ipſius jurantis reſponſione, confiteri, & approbare videntur, nec illam confeſſionem qualificatam poſſunt pro parte acceptare, & pro parte repudiare, ut eſt cõmunis ſententia *Bart. in L. Aurelius §. idem quaſiuit ff. de liberat. legat. Iason in §. item ſiquis o 2. num. 21. & ſeq. inſt. de action. Boer. q. 243. num. 5. Menoch. de arbit. lib. 2. centur. 1. caſ. 98. n. 21. & aliorum quos reſert Cald. de empt. cap. 19. n. 31.*

16 Unde hæc eſt Doctorum certa reſolutio, reſponſionem poſitionibus, & confeſſionem deponentis cum aliqua qualitate, in totum acceptari debere, vel in totum rejici, ex *Menoch. & alijs dict. caſ. 93. num. 24.* eo vel maxime, quia qualitas in terminis propoſitis eſt connexa, ad quod facit *text. in L. in hoc iudicio ff. fam. erciſcund.* ubi probatur, quòd in connexis ſententia acceptari non poteſt pro parte, & pro parte improbari: late diſſert, & expendit, & reſolvit ex multis eleganter *Cald. dict. cap. 19. ex num. 31. uſque ad num. 44.* ſicque habemus in praxi, ex *Phæb. 2. p. areſt. 30. verſ. ſcias autem.* Nec dubium eſt, quòd qualitas confeſſionis Rei tempore actus intervenit, cum & ipſe fateatur dolia, quæ remanſerunt, & vendidit, ac eorum ſolutionem, & expenſas in alimentis conſociorum fratrum; quam deſiptionem adjuvat Actor in alia fol. 100. dum fateatur, quòd redditus comedeant ſimul, & non negat octo dolia vini

eſſe alterius fratris, licet ſibi ejus bona data fuiſſe aſſerat, quod non probat; ex quo manet conſuſio, quòd aut confeſſionem Rei admittere debent Actores cum ſua qualitate, aut ille eſt abſolvendus ab hac parte, ſiquidem nullo modo probatur aliter ex reſolutis ab eodem *Cald. dicto loco. cap. 19. num. 38.* Nec curandum eſt de octo dolijs fratris Religioſi, ſiquidem nec petit, nec ejus jura poſſunt Actores proſequi, cum non habeant mandatum, ad *text. in L. loci corpus §. competit ff. ſi ſervit. vendic. L. ſiquis emptionis §. ſin vero nullum Cod. præſcript. 30. cum vulgaribus.*

17 Secundo loco petunt Actores expenſas factas in ereptione ædium, quas in ſocietate habebant in Villa do Oiteiro, eo quòd prædictam Villam, & ædes Reus poſſidet ſolus, & ex ratione petendi convincuntur Actores; quia dum aſſerunt ædes erectas fuiſſe ex fructibus hæreditatis, quam in cõmuni ſocietate occupabant, & expenſæ prædictæ ſocietatem concernerent, & ejus augmentum de corpore univerſitatis fieri cenſentur, ex *Alexand. conſ. 130. num. 22. in 5. volum. argumento text. in L. cum duobus §. quidam ſagariam ff. pro ſoc. tradit Gam. deciſ. 110. num. 29. Deciſ. Gen. 68. numer. 10. Garc. de expenſ. cap. 19. num. 10. ad quod facit Ord. lib. 4. tit. 44. §. 10.*

18 Cum vero ſocietatis Lex deſideret omnem æqualitatem §. & quidem inſt. de ſocietate, L. ſi non fuerint ff. pro ſoc. ex hac ratione deſcendit, quòd alter ex ſocijs, actione pro ſocio poteſt agere, pro eo quod plus ad ſocium pervenit, L. verum §. ſi cum tres, L. actione §. ſi communis ff. pro ſoc. *Paul. de Caſtr. conſ. 26. num. 1. volum. 2. Valenſ. conſ. 143. num. 8.* expenſasque factas in re cõmuni, repetere poteſt à conſocio pro parte competentis, L. ſi fratres §. ſiquis ex ſocijs ff. pro ſoc. compensatione præhabita, L. 1. §. præterea ff. de contrar. vel. action. tutelæ, L. 2. in ſin. L. atqui natura §. non tantum, L. ſi hæreditaria, L. qui in aliena in princ. ff. negot. geſt. *Valenſ. proxime num. 16.* ac proinde cum finita ſocietate inter fratres contententes Reus cum ædibus remanſerit ex cõmuni factis, facto computo reddituum, qui de cõmuni deducuntur juxta prædicta, pecunia credita pro erigenda domo, Reum gravat, qui petivit, non autem Actorem, qui inciviliter agit pro hac partita. Nec de alia fol. 120. verſ. conſtat ad domum factam fuiſſe; fiat autem æſtimatio, & imputatio juxta ſententiam Præſidis, quam in hac parte ſequor.

19 Tertio petit expenſas factas in pariete hortus,



hortus, & pumarij, de quibus eadem ratio habenda est.

Quarto utique petit Actor collationem Casalís do Touvedo, eo quod emptum à parentibus constante matrimonio, & cum Reo remansit. Ab hac tamen petitione Reum absolvere intendo ex duplici capite; quia nec constat emptum fuisse Casale constante illo matrimonio, siquidem facultas concessa ad vendendum fol. 117. vers. non probat emptionem, de qua aliter non constat; & tamen constat de collatione hujus Casalís in sortem imputati matri contententium ex certitudine fol. 104. & fol. 119. quòd licet ex hac imputatione filiorum præjudicium sequeretur, quia mater tanto minus acquisivit de bonis cõmunibus Casalís, quæ bona cum marito possidebat; attamen facta simul collatione emphyteusis, jam amplius ad collationem non potest venire juxta *Ord. lib. 4. tit. 97. §. 23.* ne scilicet detur collatio in infinitum per *text. in L. fideicommissa 11. §. si quis decem ff. legat 3. Cabed. 2. p. decis. 111. num. 7. Carvalh. in cap. Reynald. 4. p. cap. 1. num. 195. de testam. à princ. quod aliter Valasc. de part. cap. 13. num. 109. & Cald. de nominat. q. 18. num. 23.* quæ ratio infinitatis virandæ fortiter urget, aliàs enim ego in præsentí casu si factum probaretur, sequeretur sententiam doctissimi *Carvalh. ad cap. Reynald. 4. p. cap. 1. num. 197.* & collationem admitterem; quia cum mater emphyteusim in suam portionem, & medietatem acciperet, post ejus mortem filius nominatus conferre debet alijs fratribus ob præjudicium consideratum, ne detur inæqualitas inter fratres, ob quam vitandam introductæ sunt collationes, *L. ultim. Cod. commun. utriusque judicis, L. inter filios Cod. fam. ereiscund. Valasc. de partit. cap. 12. n. 12.*

Quinto petit Actor Antonius Pereira 21. reteruntia, quæ solvit pro Reo cuidam Francisco Barbosa da Costa, à qua parcella Reum absolvere placet, jam enim supra dictum est, hoc debitum Reum onerasse, nec illud solvit Actor, ut inquit, nec probat, unde repetere non potest; & hæc de actione proposita prælibasse satis est.

20 Quoad reconventionem, ut mutuas laudes sibi prædicent fratres, mutua petitione reconvenit Reus Actores fol. 11. vers. & primo petit ab Actoribus omnia bona hæredata, & acquisita per ipsos, eo quòd illa sibi promiserunt, tempore quo egit de matrimonio contrahendo cum Rea uxore, cujus promissionis prætextu pactum fuit matrimonium, & dotem sibi fecit Reus, ut constat ex scriptura fol. 11. vers.

Promissionem deductam, sub qua con- 21  
ventum fuit matrimonium, quoad me plene probant testes fol. 76. & 81. corroborantque alij fol. 59. vers. & alij late usque fol. 78. nec negant Actores in depositionibus fol. 88. vers. ac epistolis recognitis fol. 96. & seqq. nec aliter faciunt impedimenta de affinitate, & consanguinitate testium, quia & par affectio consideratur in eis respectu contententium, qui fratres sunt, & illi mediatores contractus, qui regulariter per affines inter nobiles agitur; & *Ord. lib. 3. tit. 56.* in Edicto probatorio tales non excludit, mihi que lata promissio dotis probatur per ea, quæ optime agendo de materia differit ex alijs *Gabr. Pereir. decis. 54. à num. 7. Cabed. arest. 72. Phab. 1. p. arest. 23.*

Cum autem promissio dotis idem sit ac 22  
dotis traditio, *L. qui actionem ff. de reg. jur.* dos namque tantum promissa dicitur dos, quia non traditione, sed constitutione, sequuto matrimonio fit dos, bene sequitur, quòd Actor promissor obligatur ad dotis promissæ traditionem, sequuto matrimonio, ut scripsit *Angel. conf. 77.* ubi ait statutum, deferens partem dotis marito, si uxor sine liberis decedat, non solum habere locum in dote data, sed etiam in promissa; quia dos promissa dos est, tenet idem *Angel. vers. 180.* & alij multi, quos congerit *Valasc. conf. 3. num. 1. & 2. conf. 137. num. 2. & conf. 153. num. 8.* idem enim judicatur de dote promissa, ac de dote data, *L. fin. ff. de dot. promission. L. si pater ignorans ff. solut. matr. L. 1. vers. & si tantum promissa ff. de collat. dot.* gaudetque dos promissa omnibus dotis privilegijs. *Roland. de lucro dotis q. 6. n. 6. Joseph. Ludovic. decis. Perus. 21. num. 9. & 12. L. post mortem 44. vers. sed his ff. admin. tutor. L. si quis mandato 29. in fin. ff. negot. gestis Valens. conf. 150. n. 59.*

Vnde promissa dos semper debetur se- 23  
quuto matrimonio, sive à patre, sive ab extraneo promissio fiat, *L. promittendo ff. de jur. dot. L. si pater, L. fin. Cod. dot. promiss. Gom. L. 50. Tauri num. 16. & 13. Mantie. de tacit. & ambig. lib. 12. tit. 16. à princip.* ex alijs *Phab. decis. 153. num. 2.* præ omnibus insignis *Barbos.* late disputando, & distinguendo 3. p. *Leg. 1. ff. solut. matr. à princip.* ubi resolvit pro dote promissa, licet ex pacto nudo actionem bonæ fidei dari marito, vel ex præsumpta stipulatione dotis favore, ut ibi videre est n. 4. & 5.

Quinimo, & ex simplici pollicitatione dos 24  
peti potest, licet enim ex pollicitatione nulla datur actio, *L. 3. ff. de pollicitat.* quæ regula, cum sit generalis, etiam dotes compre-  
hendere



hendere debet, *L. in fraudem §. fin. ff. milit. testam.* attamen intelligi non debet de ea pollicitatione, quam quis facit præſenti, & tacenti, ut in caſu de quo agimus, ubi præſens erat promiſſor, & Reus frater Convētus, ac reconveniens, hæc namque promiſſio attentata figura pollicitatiōe eſt, quia continet ſolam promiſſionem offerentis, *L. pollicitatione Cod. de donat. ante nupt. L. pactum ff. de publican.* attentata tamen juris præſumptione, magis pactum eſt; quia præſens, & tacens videtur conſentire in ſibi favorabilibus, *L. qui patitur ff. mandati Barb. ſupra num. 14.* Ac proinde cum præſens eſſet Actor promittens, & frater dotatus, non tantum ex dotis promiſſione, ſed pollicitatione actio competit, & tenetur Actor promiſſionem adimplere, ſaltem bonorum ad ipſum pertinentium, ad id enim tantum, quod facere poteſt obligatus remanſit, deducto ſcilicet ne egeat, & eſſe alieno, *L. uxor, L. inter eos, L. Neſenius §. fin. ff. de re jud. §. ſed, & ſiquis inſt. de act. Cardoſ. verbo donatio n. 35.*

25 Quia licet Actor pro fratre abſente, ſimul ejus bona promiſit, ut inquit prædicti teſtes, attamen mandatum non oſtendit, & pro facto alieno, nec obligatur, nec valet donatio Rei alienæ ſine conſenſu Domini, *L. ſicut Reus ff. de fidejuſſ. L. ſtipulatio iſta ubi Bart. & alij ff. verbor. Cardoſ. verbo donatio n. 22.*

26 Cum tamen Actor reconventus, ſub fide de mandato contraxerit, ut plene inquit teſtes; tenetur facere, ut frater Prior adimpleat illam promiſſionem, quam pro eo fecit, promittens enim factum alienum, intelligitur, ſe facturum, & curaturum, ut tertius adimpleat juxta *text. in L. inter ſtipulantem verbo ſcribent ff. verbor. §. viceverſa inſt. de inutilib. ſtipulat.* quod ſi non fecerit ſemper tenetur ad intereſſe, *Gam. deciſ. 32. n. 2. verbo additio, Cardoſ. verbo promiſſio num. 26.*

27 Non eſt dubitandum de probatione dotis per teſtes ex generalitate *Ord. lib. 3. tit. 59.* quia ipſa ſe limitat in §. 11. circa promiſſionem inter fratres, ad quod faciunt, quæ *Cabed. 1. p. areſt. 72. & Phæb. 1. p. areſt. 23.* Abſit etiam defectus in promiſſione dotis; quia de omnibus bonis præſentibus, & futuris, ut conſiderabat Dominus, cujus anima requieſcat in ſpe ſalutis, & de donatione non eſt ſermo, ſed de dotis promiſſione, & hæc de præſentibus bonis facta fuit, ſine mentione futurorum, nec mobilium, & immobilium, quod ita eſt interpretandum, licet non expreſſerit promiſſor, omnium bo-

norum de præſentibus loquutum fuiſſe, juxta *text. in L. fin. C. que res pignor. L. ſi ita ff. de aur. & argent. legat. Gam. deciſ. 206 num. 3. & deciſ. 386. num. 5. Clar. §. donatio q. 19. num. 2. & ſeqq. Cardoſ. verbo donatio n. 12.* Nec ex promiſſione ſpoliati remanent fratres cum beneficia habeant, quorum fructibus ad ſatietatem vivere poſſunt, pro quo facit doctrina *Cov. var. 3. cap. 12. n. 1. Gam. deciſ. 339. num. 2.* Iamque ſatis de promiſſione dotis.

Secundo petit Reus reconveniens maioratum inſtitutum per matrem ex reſiduo tertij in bonis ab illa nominatis fol. 111. & quidem non inciviliter petit, viſa forma inſtitutionis conditæ ad maſculos ſeniores, & ob clauſulam excluſivam Clerici, & Monachi, eſt namque reconveniens maſculus, & maior, poſſidens vero Clericus, & minor, ſed mater inſtituens naturali conditione mulierum affecta continuando juridicam diſpoſitionem ſibi met contraria, & moris eſt mulierum, poſſeſſorem nominavit filium Benedictum. Nunc Prior digniſſimus de Figueirò, qui licet poſtea Clericus fieret, attamen cum maioratus nullam habeat juridiſtinctionem, aut dignitatem annexam, non inconvenit, quod poſſideat Clericus, vel Monachus ex communi ſententia, de qua *Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. num. 77. Pelæes de maiorat. 2. p. q. 13. num. 11. Gam. deciſ. 6. num. 1. ubi Flor. verſ. 6. conclusio,* præcipue cum à prima inſtituente ſimul cum generali diſpoſitione, ſit nominatus, & matris voluntas in omnibus ſit ſequenda, quæ potuit excipere hunc filium à generali forma, & ejus diſpoſitioni omnino ſtandum eſt per notata ad *L. cum ita §. in fideicomiſſo ff. legat. 2. Molin. de primog. lib. 1. cap. 2. num. 27. Cabed. 1. p. deciſ. 121. n. 2.*

Nec ex hac ſpeciali vocatione filij, qui poſtea creatus eſt Clericus, derogata, cenſetur excluſio Clericorum, & Monachorum generalis; nam clauſula appoſita ad qualiſicandum unum caſum, vel capitulum, non refertur ad alias, nec egreditur illum caſum, vel capitulum, *L. filium in princ. ff. quando dies legat. cedat, tenet Bart. in L. fin. ff. reb. dub. Alex. conſ. 158. n. 2. lib. 6. cum alijs per Valenſ. conſ. 85. n. 3. & conſ. 151. n. 30.*

Tertio petit reconveniens, expenſas factas in hoſpitalitate fratrum in domo propria poſt matrimonium, quas tamen fruſtra petit; quia inter fratres donatæ cenſentur, nec probat ex proprio matrimonio expendiſſe, ſed contrarium conſtat per teſtes fol. 48. ex quorum dictis parvi pendo dictas expenſas, utens arbitrio de quo *Molin.*



*lin. lib. 1. de primog. cap. 27. num. 6. Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 145. num. 496. rei modicitatem, & quia victus ratione expensum est, ut considerat Scobar cum alijs de ratioc. cap. 25. n. 56. & 60.*

31 Ex quibus, & quæ à doctis patronis deducuntur, disertissime sententiam Præsidis solida eruditione plenam confirmare, declarare, & in paucis revocare placet. Portu 29. Septembris 1677. Cazado.

32 Vereor, ne repetita medicamina discordiam, quam bonorum cupiditas concitat inter hos fratres, potius quam sanent, durius exacerbent; sed quando citra languentium dolorem profuere collyria? Aut curarunt medicamenta? Quare medicorum exemplo, qui ne diutius afflicterentur ægroti, illis haustu celeri in suavia, & amara pharmaca solent propinare; quid sentiam in præsentis controversia, breviter exponam.

33 Ex quindecim dolijs vini per Actores petitis, duodecim tantum se vendidisse Reus in sua depositione fatetur dicto fol. 35. vers. quorum octo pertinebant ad alterum fratrem Religiosum nomine Ioannem ab Incarnatione, qui non petit, alia vero quatuor ad hos fratres colligantes pertinebant; vina namque, quibus plena erant, ex uvis Villarum de Cavadas, & Oiteiro erant confecta, prout ipse Reus ibidem declarat: circa octo dolia, inanis videtur Actorum petitio, per ea, quæ dominus præcedens doctis considerat; neque enim documenta aliqua donationis (quam sibi factam de legitima fratris Religiosi à Monasterio Sancti Ioannis Eborensis asseverat) producit, aut ostendit Prior Benedictus.

34 Quare circa numerum doliorum standum videtur Rei depositioni, adversus quam nihil afferunt, aut probant Actores; imo ex illorum dispositionibus fol. 87. vers. & fol. 100. apparet vineas da Igreja nimium adauctas, ac melioratas esse, unde verosimile est, illas uberiores vini copiam annuatim reddere debuisse. Secus dicerem de alijs quatuor dolijs, ex quibus debitum exsolvisse, & aluisse familiam deponit Reus; hoc tamen minime probat, quod facere tenebatur; nam in iuramento veritatis, quod à parte exigitur in depositionibus ad articulos qualitati iuratae non creditur; quia in eo solum credendum est parti in his, quæ contra ipsam faciunt; *Pereir. decis. 68. num. 5.* neque enim confessio prodesse, imo nocere solet in confitentibus juxta *L. publica §. ultim. ff. depositi. L. de ætate §. 5. ff. de interrog. action. eo vel maxime;* nam cum Reus præfata vini dolia vendidit, jam fra-

tres à communione, in qua degebant, recesserant, Priorque Benedictus procul è domo aberat; unde pecunia ex tali venditione redacta dici non potest consumpta in alienis fratribus quorum jam erat dissoluta societas; quare tanquam lucrum, quod ex præterita societate provenit, inter huiusmodi fratres cœqualiter videtur dividendum juxta *L. si non fuerit 29. ff. pro socio, Reynof. observ. 47. num. 27.* deducet tamen Reus expensas, quas fecit in putatione, & fossura vinearum, prout Actor fatetur fol. 88. quæ erant in Villis das Cavadas, & Oiteiro; nam cum vinum collectum ex Villa da Igreja non dividatur, expensa in illo facta minime attendenda est, sed dumtaxat illa das vineas das Cavadas, & Oiteiro, quæ liquidabitur.

Circa expensas factas in pariete hortus, & pumarij, nec non in erectione domus Villæ do Oiteiro cum præcedenti Domino Præsidis sententiam amplector, quæ ad unguem videtur observanda.

Quoad collationem emphyteusis de Touvedo, quam petunt Actores, satis apparet ex actis, illam à parentibus colligantium fuisse comparatam prout affirmat testis fol. 56. & alij, & ipsemet Reus fatetur fol. 36. in fin. unde cum ex certitudine fol. 104. & 119. constat, quod in partitionibus matrimonialium cum alijs bonis propter suam medietatem fuit adjudicata, illius pretium inter filios videtur dividendum, cujus hucusque participes non fuere; neque enim talis emphyteusis æstimatio soluta filijs ostenditur, neque præsumi debet juxta *L. fin. ff. de soluto;* imo fratres adhuc huiusmodi lucro carere asserit testis fol. 56. vers.

Neque ratio vitandæ infinitatis, ob quam Lex prohibuit, ne semel imputata emphyteusis æstimatio iterum sit imputanda, de qua *Ord. lib. 4. tit. 97. §. 23.* hic sibi locum vindicat, aliàs enim matris hæreditas valde diminuta, secluso pretio Casalis, quod suam adauxit medietatem bonorum, ad filios deveniret, quod neque juris ratio, neque æqualitas maxime servanda in collatione permittit juxta *L. ut liberis Cod. de collat. cum vulgar.* Deinde Reum ab onere imputationis liberare non potest simplex nominatio, quam mater in illo fecit ad hanc emphyteusim, nam exinde non colligitur animus, aut voluntas, quod in pretio emphyteusis eum meliorare ostendisset, & quod jure prælegati caperet estimationem in sua tertia computandam prout docet *Carvalh. de una, & altera 4. p. cap. 1. n. 191.*

Ex alio tamen capite, prout Rei patronis adno-



adnotavit, cum eſſe à petitione Actorum abſolvendum puto, nam ut apparet ex certitudine fol. 104. verſ. & ipſi Actores fatentur poſt partitiones jam factas, & per iudicem iudicatas, chartæ partitionum in forma, ut vocant, exactis fuerunt extractæ, quin Actores bonorum diſiſionem modo aliquo impugnaffent, aut de illius iniquitate conquererentur, unde ſententiæ iudicis acquieſſiſſe videntur juxta ea, quæ tradit *Pereir. deciſ. 66. à num. 5. Valaſc. de partit. cap. fin. num. 8. & 9.* quare jam audiri non poſſunt, niſi oſtendant ſe læſos ſaltem in ſexta parte, & quòd à tempore, quo chartæ partitionum fuerant expeditæ, adhuc annus non fuit elapſus, prout diſponit *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 19.* tradunt *Pereir. & Valaſc.* locis proxime citatis, in quibus Actores omnino deſeciſſe video.

Similiter à petitione 21 U. terunt. Reus abſolvendus eſt propter confeſſionem Actoris fol. 88. in fin.

*Circa reconventionem.*

In primo reconventionis articulo non 39 dotis promiſſio, ſed magis donatio quædam ob cauſam matrimonij continetur juxta tradita per *Valaſc. cap. 13. à num. 47. cum ſequentibus de part.* ea tamen, quæ circa dotis promiſſionem late expenduntur, & huiusmodi donationi equaliter debent adaptari; teſtium probatio mihi videtur etiam ſufficiens, nam plures numero, & nobiles, in quos ſiniſtra aliqua ſubornationis ſuſpicio difficulter cadere poteſt; & licet in aliqua circumſtantia ſint diſcordes, quod memoriæ vitio imputandum, attamen in ſubſtantia promiſſionis conveniunt, imo exinde eos non premeditato ſermone depoſuiſſe non obſcure colligitur. Et quòd Reus fraternam acceptaſſet donationem oſtenditur, nam cum uterque fuiſſet præſens, & donatarius cum prædictis bonis ſe dotaſſet, ut apparet ex ſcriptura fol. 115. ſatis per hoc donationem agnoviſſe cenſetur, prout deducitur ex *L. Pantonius 86. §. fin. ff. de acquirend. hæred.* non enim minus verbo, quàm facto voluntas cujuſque declaratur juxta *L. de quibus ff. de legib. L. recuſari 95. ff. de acquirend. hæred.*

40 Quapropter donator Antonius Pereira obligatus remanſit, & quod promiſit adimplere tenetur juxta modum, & formam à præcedenti Domino præſcriptam, cui præterquam donator ſit, etiam ex eo capite, quia Clericatu ſit inſignitus, privilegium, ne egeat, competit juxta: *ext. in cap. Odonardus*  
 Pars II.

*ubi communis de ſolut.*

Alter vero frater Benedictus, de cujus 41 donatione erga Reum liquido non apparet, bona ſua retinebit, & inſimul maioratum, cajuſeum inhabilem non reddit ſuperveniens Clericatus, per ea, quæ eleganter tradit *Caſtilh. lib. 3. quotid. cap. 15. à num. 2. cum ſeqq.* junctis hiſ, quæ præſes docte ponderat in ſententia.

Tandem, quòd Reus expendit, poſtquam 42 matrimonium contraxit, in hospitalitate fratrum, inciviliter repetit, neque ad id actio competit juxta ea, quæ affirmat *Pereir. deciſ. 102.* ſic in paucis reformatam Præſidis meritiſſimi ſententiam libet confirmare. Porta 12. Decembris 1677. Vieira.

Reus falſus eſt ſua in deſiſitione ad 43 Actoris articulos, duodecim vini dolia vendiſſe poſt ſeparationem ſocietatis cum Actoribus tacite contractæ. Quo ſit (cum aliter probatio quantitatis doliſorum vini ab Actore petiti, ex actis non probetur) neceſſario contra Reum dictam confeſſionem ſufficientem iudicari oportere; nec eſt curandum de qualitate confeſſionis Rei circa quatuor vini dolia, quorum pretium in ſolutione debiti Abbatis de Oleiros alimentariſque Actorum expendiſſe declarat; dicta namque confeſſio in deſiſitione facta fuit, cui ſolum creditur in hiſ, quæ contra Reum faciunt *Gabr. Pereir. deciſ. 68. num. 5.* confeſſioque Rei illi prodeſſe non poteſt, imo nocere ex *text. in L. exemplo Cod. de probat.* cum alijs allegatis ab ipſo *Pereir. dicta deciſ. num. 8. ad fin.* adductaque in contrarium procedunt in juramento litis deciſorio, & ita intelligi debet *Ord. lib. 4. tit. 52.* quia tunc qualitas eſt inſeparabilis; *Pereir. ſupra num. 7.* Reus vero probare tenebatur pecuniam ſolviſſe dicto Abbati, alimenta que fratribus præbuiſſe, quod cum ex actis non apparet, merito Reus venit condemnandus ex ſupradictis, & hiſ quæ *Phab. areſt. 60. verſ. ſi tamen aliquis.* Eo maxime; quia tempore, quo Reus vinum, de quo agitur, vendidit, jam fratris Actores ſeparati erant à Reo, & ſocietas diſſoluta. Ex quo colligitur, nil de pretio dicti vini in Actorum alimentis Reum expendiſſe: ex quibus cum proximiori collega dicerem pretium dictorum quatuor doliſorum vini tanquam lucrum ex præterita ſocietate, æqualiter inter Actores, & Reum eſſe dividendum, deductis tamen expenſis à Reo factis in ſolſione, & putatione vinearum, Villarum *das Cavadas, & Oiteiro,* Actoribus, & Reo attinentium: quæ expenſæ in ſolidum Reo, facta liquidatione, pertinent. Porta 20. de Janeiro de 1678. Monteiro. Fff A qua



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

*Acordão os do Desembargo, &c. Nam são agravados os agravantes pelos Desembargadores dos agravos da Casa do Porto, cumprase sua sentença por seus fundamentos, & o mais dos autos, excepta a parte, em que o A. Antonio Pereira de Araujo he condemnado a restituír ao R. Gabriel da Costa Pereira os bens, que possuía, & legitimas, que lhe pertencião por falecimento de seu pay, & mãy ao tempo, em que o R. casou, & em que se diz, que lhe fez doação dos ditos bens, para haver de casar com sua mulher, & bem assim, o que importar a fazenda, & legitimas de seu irmão o Prior Bento Pereira pela mesma razão da dita doação, vistos os autos; & como por elles se não mostre, que ouvesse tal doação, por tanto o absolvem da dita restituíção, & nesta parte revogaõ a sentença dos Desembargadores da Casa do Porto, & em tudo o mais a confirmaõ, & paguem as partes as custas dos autos igualmente. Lisboa 15. de Dezembro de 1678. Cerqueira, Oliveira, Araujo.*

Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

45 In omnibus sententiam inferioris Senatibus probo, & laudo ex ipsius optimis fundamentis, quæ de facto probantur, & de jure vera sunt, præterquam in promissione dotis, seu donatione ob causam matrimonij, nam ex actis, meo videri, sufficiens non resultat probatio talis promissionis, quin obstet in hac contentione illa juris resolutio, quod favore dotis verba enuntiativa dispositionem inducunt, ex L. 2. ubi gloss. Cod. dotis promission. Mantic. de tacit. lib. 2. tit. 7. num. 15. Genoa de verb. enuntiat. lib. 2. q. 32, num. 1. ubi num. 2. judicatum refert in Rot. Rom. Barb. 3. p. L. 1. à num. 16. ff. solut. matr. quippe respondetur quod donatio matrimonij contemplatione facta, est pars contractus dotalis; Merlin. controuv. cent. 2. cap. 60. à princ. & credibile est, quod si Actor Antonius promissionem fecisset, ut Reus affirmat in reconventionem, scripturam dotis non subsignasset, aut saltem de ejus præsentia in dotali instrumento mentio facta fuisset, quando in eadem erat domo, aut de procuratore, seu promissione alterius fratris Benedicti; unde cum donatio, nisi probetur, non præsumatur, Masc. concl. 1528. Cab. 1. p. decis. 117. Valasc. conf. 8. num. 9. Ord. lib. 4. tit. 31. §. 11. in fin. Actorem absolverem, sic confirmato, & reformato inferioris Senatibus placito. Vlyssipone 3. Novembris 1678. Oliveira,

Ponderatissime sane omnia, quæ controvertuntur, apud Senatam inferiorem decisam fuisse ex doctissimis illius Senatibus Patrum deliberationibus à fol. 466. usque ad fol. 475. facile est dignoscere, & dote habeatur? Late, & eleganter differuit Olea de cess. jur. tit. 1. q. 6. a num. 4. cum multis sequentibus pro affirmativa parte fundamenta, & Doctores congerit varios casus distinguendo. Pro negativa tamen, quam veriore opinatur num. 33. plures Doctores laudat, & concludentem rationem exornat n. 38. & prædictas duas sententias componit n. 47.

Video duo testes fol. 76. & vers. assertive deponere de promissione facta, præsentem partem, per Antonium fratrem Reo ob causam matrimonij bonorum omnium, tam priorum, quam fratris absentis, cujus mandatum apud fratrem alium ad hoc datum existere suavit, & exhibere promisit, & magis opinor hanc promissionem præsentem fratri factam, qui ea nixus scriptura fol. 114. vers. & sequenti de dictis fratrum bonis, quasi sibi ad contrahendum illud matrimonium dotatis subscripsit, & in contractum dotis reduxit, sub quo nuptiæ sequuntur sunt ex Olea doctrina supra, ab effectuali donatione non differre; vero enim de contrahendis futuris nuptijs sub dote ab utraque parte constituenda, serio tunc inter dotantes agebatur, in quibus terminis ex mente contrahentium idem valet promissio hic inde facta si in scripturam redigeretur, cui partes subscriberent, quod dotis constitutio; quod DD. ab Olea relati dict. n. 4. & seqq. aperte concludunt, & ipse resolvit n. 47.

Quia cum prædicti duo testes in secundo consanguinitatis gradu cum uxore Rei dotata, & interessata sint (ut ipsi declarant) & in æquali gradu, disjunctiori verò cū Actore existant, susceptum aliquantulum habeo eorum testimonium, magisque accedo ad id, quod Actor in depositione fatetur fol. 88. vers. cum quo bene ponderati concordant testes, qui nuptiali contractui interfuerunt, & principaliter intermediarunt fol. 62. bonus testis fol. 73. cæteri namque fol. 59. vers. & de auditu alieno deponunt: ex quorum dictis verosimilius colligo tempore illo, quo de contrahendis nuptijs inter Reum, ac ejus uxorem per consanguineos tractabatur, & de coæquatione contractuum nuptialium, Actorem Antonium fratrem Reum divitem, & bene dotatum persuadere tentasse, tum quia proprijs bonis abundabat, tum quia ipse Antonius, & Præsul frater Benedictus Ecclesiastici erant: alius verò Re-



Religioſus, ſoror apud Monafterium, ut Religionem profiteretur exiſtebat; ex quo ſequebatur omnia eorum bona nupto fratri, ejuſque uxori, & filiis obvenire debere, cum hæredes alios non haberent; ſub qua infalibili ſpe ipſe nubens frater dicta fratrum bona, quali jam ſua reputare poſſe, prout ipſe nimis de verbis illis, & vana ſpe confidens ſibi perſuaſit, & fecit, ſe cum dictis bonis dotato, qui frater ſubſcripſiſſet, qui præſens aderat, in ſcriptura fol. 115. & hæc, ni fallor, verba illa fuerunt jactanter eo tempore ab Antonio prolata, de quibus teſtes nimis de veritate eorum creduli animoſe deponunt, quæ in verum ſenſum declaravit ipſe Antonius deponens fol. 88. verſ.

49 Plane, quòd hoc veriſſimum ſit, nec Antonius intentionem habuiſſet ſtatim, & tempore contractus, ſe, & fratrem obligandi effectus manifeſte demonſtrat, cum namque ad ſerium obligationis contractum in ſcriptura contentum partes accederent præſente ipſo Antonio, nil ipſe in ea promiſit, nec ab eo ſtipulatum fuit, nec aſſeveratio per contrahentem fratrem circa ipſius, & fratris Præſulis bona vane promiſſa ipſe ſubſcripſit; quod aliter foret, ſi Antonius ipſe contrahens, ut promiſſor reputaretur, eum præſens eſſet, quo caſu directe cadit doctrina, de qua Olea ſupra dict. num. 47. & altera locum habet, ſcilicet præſentem, & tacentem, cum ſcienter crederet juſ ſuum illæſum durare, ſibi non præjudicare. *L. ſi cui §. non videtur ff. quibus mod. pign. vel hypoth. ſolut. L. Caius de pignorat. act. Surd. conf. 302. num. 13. & conf. 290. num. 59. vol. 1. Cyriac. contr. 441. num. 51. Larvea allegat. 50. num. 85. in ſen. fallax ergo fuit illa de alienis bonis per Reum in dicta ſcriptura facta dotatio relata ad donationes per fratres ſibi factas, quæ non exhibentur ad Ord. lib. 3. tit. 60.*

Per quæ cum præcedenti Domino meo ſententiam inferioris Senatus in hac parte reformarem, & in cæteris omnibus laudarem. Vlyſſipone 4. Decembris 1678. Araujo.

Convenio Cerqueira.

Et non ſolum propter Clericatum poteſt Clericus excludi, ſed etiam propter incapacitatem contrahendi matrimonium, & habendi filios ſcendentesque legitimos, vel ex alijs cauſis de quibus eleganter agit Roxas de incomp. maior. 2. p. cap. 9. num. 12. & ſeqq. ubi etiam agit, an ex hac excluſione ceſſentur etiam excluſi impotentes, qui carent potentia coeundi, & mulieres; de qua re, &

Pars II.

circa mulieris excluſionem propter ætatem, incapacitatem habendi filios, & Clerici incluſionem, & excluſionem vide caſum ſequentem, in cujus ſpecie nihil intactum reliquerunt in ſuis aureis deliberationibus ſapientiſſimi, ac meritiſſimi Senatores proceſſus Iudices.

No feito de appellação de Dona Francisca Diniz da Coſta Ayala contra Antonio Diniz de Ayala, & Ioão Freyre de Ayala, Eſcrivão Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguinte.

51 *Acordão os do Deſembargo, & c. Bem julgado foy pelo Iuiz em excluſir o R. da ſucceſſão deſte morgado, de que ſe trata nos termos preſentes; mas em julgar a dita ſucceſſão a A. excluſindo o oppoente nam foy por elle bem julgado, cumpraſe o confirmado por alguns de ſeus fundamentos, & o mais dos autos, os quaes viſtos, & como o inſtituidor expreſſamente quer que os que ouveſſem de ſucceſſer neſte morgado foſſem capazes de ter deſcendentes, a qual capacidade ſenam ache na A. por ſua muita idade, & aſſim pela razão, & cauſa expreſſa na excluſão dos que o inſtituidor expreſſamente excluſio, ficou a A. comprehenſivamente excluſida, & admitido o oppoente, que ainda que pelo eſtado Clerical ſe ache tambem expreſſamente excluſido pelo inſtituidor, com tudo ſe acha expreſſamente admitido no caſo preſente em que nam ha ſucceſſores para eſte morgado legitimos, & capazes de terem legitima ſucceſſão, ao que não obſta que neſte concurſo de dous excluſidos, pareça que deve ſer admitido o que ſó ſe acha excluſido, qual he a A. interpretatiuamente, por quanto ſendo expreſſa a razão da excluſão, & achandoſe neſte caſo o oppoente, ſem embargo do impedimento de ſer Clerigo, expreſſamente chamado pelo inſtituidor, elle deve ſer preferido, & pela qualidade do ſexo julgaõ pertencer eſte morgado ao oppoente, & condenaõ ao R. a que lho reſtitua com os fructos da lide conteſtada até real entrega, que ſe liquidarãõ na execuçaõ deſta ſentença, & A. & R. condenaõ nas cuſtas dos autos. Lisboa 11. de Janeiro de 1680. Pereira, Vanveſſem, Quifel, Carneiro, Andrade Rua.*

Hæc ſententia fundata fuit in deliberationibus ſequentibus.

Intricata nimis eſt in jure, & multis ſubtilitatibus materia maioratus implicata; non ita in præſenti, ubi inſtitutio fol. nullam patitur ambiguitatem, qua Actrix in defectu maſculorum vocata invenitur, quòd Rei non efficiantur, & tantum modo interpretatione nunquam viſa, & minus audita, utuntur, dicendo Actricem non eſſe capaci-

Fff ij

cem



cem ratione ætatis habendi liberos; quæ nunquam in considerationem venire potest.

Et quando de vocatione Aëtrici dubitaretur, cum sit in proximiori gradu, illa præferenda erat; *L. peto §. fratre ff. legat. 2.* nec illi jus repræsentationis officere, quod allegari etiam per Reos poterat; quia tunc locum habere posset, quando de hæreditate ascendentium ageretur. Ita sentit *Cov. Rub. in pract. quæstion. cap. ult. num. 4. vers. huic opinioni.*

53 Deinde, quia hic agitur de successione particulari, & hominis dispositione, quo casu magis cõmunis opinio est, quòd non datur repræsentatio, ut affirmat *Alvar. Valaf. de jure emphyt. q. pen. num. 28. & 30.* & maioratus hic ex actu dispositivo, non vero interpretativo probatur; & institutoris dispositio in maioratibus Lex est; *Sous. de Maced. dec. 16. L. pen. ubi gloss. voluntas ff. legat. 1.* eo magis, quòd nos hic habemus dispositionem expressam, quam sequi, & observare tenemur, ex *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Mend. à Castr. 1. p. lib. 3. cap. 11. num. 8. Phæb. 1. p. dec. 171. num. 21.* quæ docet nos, & omnis provisionem hominis legis cessare facere. *Tiraq. in L. si unquam verb. liber, n. 8. & 9. Molin. lib. 5. cap. 2. num. 27.* & cum Aëtrix fuisset in masculi defectu, ut supra ostenditur, vocata, plus ab institutore dilecta, quàm oppositæ, censeatur. *L. pupillus §. fin. ff. de condition. & demonstrat. L. cum pater §. à te peto ff. legat. 2.*

Vnde spectis alijs fundamentibus, quibus iudicis sententia corroboratur, statutum confirmetur. Vlyssipone 12. Junij de 1679. Andrade Rua.

54 Summopere dubia est præsens controversia; certant in processu nobilissimi A. opponens, & R. super successione maioratus; unusquisque existimat suam meliorem esse causam, & unicuique incapacitatis obstaculum opponitur: A. eo quòd in senili ætate prolem suscipere non potest; opponenti, cum sit Cleicus, expressa institutoris dispositio obstat; tandem R. tanquam filio naturali, & juris, & testatoris resolutio resistit.

55 Hæc est facti series; deveniamus ad decisionem, & incipiamus à R. qui facile excluditur si consideremus, quòd illius intentio, vel fundatur in dispositione juris, vel in dispositione testatoris; neutrum dici potest; nam attenda dispositione juris, & cõmunissima DD. sententia, à qua recedere non licet, filius naturalis etiam legitimatus à successione maioratus removetur. *Molin.*

*de primog. lib. 1. cap. 4. num. 46. & 48. Pelæus de maiorat. 2. p. q. 2. à num. 1. & 7. Molin. de just. & jur. lib. 1. tract. 2. disp. 174. column. ult. vers. dubium, Mena var. lib. 1. q. 16. per tot. Pereir. dec. 14. num. 7. Phæb. 1. p. dec. 97. à num. 30. Castilh. qui alios refert lib. 5. controuv. cap. 82. à num. 42. latissime omnibus citatis *Gusm. verit. 5. per totam*; quod multo fortius procedit quando institutor semper filios legitimos vocavit, prout in præsentis fol. 18. vers. ibi: *Por toda sua linha direita, & legitima, & de legitimo matrimonio.* Et paulo infra ibi: *Tambem legitima, & de legitimo matrimonio.* *Castilh. ubi sup. num. 46. Molin. lib. 3. cap. 3. à num. 3. & 31. & 34. Pereira ubi supra d. num. 7. Phæb. ubi supra, latissime idem Castilh. ubi sup. cap. 106. à num. 12. Gusm. ubi sup. numer. 76.**

Non ex dispositione institutoris, eo quòd 56 filium naturalem tantummodo admittit deficientibus filijs, & descendantibus legitimis fol. 20. ibi: *Em tal caso herdarà o morgado qualquer filho natural, & c.* ac si testator tantum voluisset admittere filios naturales deficiente legitima prole d. fol. 20. ibi: *E concedo isto por nam ficar este morgado sem herdeiros*; ne maioratus bona deficiente successore legitimo ad allodiale patrimonium reducerentur, prout ad intentum consideravit *Pelæus de maiorat. 1. p. q. 2. num. 34. Men. var. lib. d. q. 56. n. 8.* cum pluribus *Castilh. ubi supra d. cap. 82. n. 49.*

Quod optime confirmatur ex eo, nam ille 57 qui aliàs ex dispositione juris ad successionem maioratus non erat admittendus, si tamen in aliquo casu ex dispositione institutoris vocatur, extra suum casum admitti non potest. Eleganter *Paris. cons. 17. à num. 18. lib. 1. & num. 16. & num. 27. Scrad. de feud. 7. p. cap. 4. à num. 42. & 44. Surd. cons. 502. num. 14. ad fin. & num. 19. vers. & licet, Capyc. Galeot. lib. 1. controuv. 23. à n. 39. & seqq. & à num. 46.* Igitur incassum circa expressam institutoris voluntatem desiderat R. maioratum, quando legitimi successores existunt.

Nec obstat difficile illud argumentum, sci- 58 licet quòd A. & opponens ex ead. de jure, & facto causa sterilitatis exclusi in institutione fol. 21. de quo infra agendum est, eo tantum casu admittuntur in illorum jura, quando sint filij, & descendentes ultimi possessoris; plane, & A. & opponens non filij, sed ultimi possessoris sunt fratres; ergo admittendus est Reus, ac si pervenisset per illorum exclusionem casus ille, in quo defuit legitima institutoris proles, & filius naturalis admittitur. Quo-



59 Quoniam R. diſpoſitionem inſtitutoris in qua filios naturales vocavit fol. 20. ibi: *Em tal caſo*, reſtringendam eſſe ad caſum de quo loquitur, ſcilicet deficientibus legitimis, tum propter ſupra poſitum fundamentum, tum etiam quia in ſubſtitutione, ſi ſine liberis, hæc eſt illorum verborum, *em tal caſo*; virtus, quod reſtringit diſpoſitionem ad caſum, de quo teſtator loquitur. Eleganter *Menech conf. 532. à num. 7. & conf. 326. à num. 16.* cum multis alijs *Mareſcot. variar. lib. 1. cap. 99. à num. 1, 2. & 3. Caſſanat. conf. 1. à num. 30. & 32. Fuſar. conf. 18. à num. 5. & 7.* & i erum latiffime, inſuicis citatis, *conf. 95. à num. 9. & melius conf. 99. à num. 4. & 8. cum ſeqq.* Vnde cum filij naturalis ſubſtitutio ex inſtitutoris diſpoſitione ad prædictum caſum ex vi verborum limitetur, extra illum non eſt admittenda, ad *textum in L. filiusfam. §. cum erit ff. de legat. 1. L. ex factio §. ſiquis autem, verſ. aut filios ff. ad Trebel.* ac per conſequens ultima inſtitutoris clauſula fol. 21. verſic. *Porem*, ſaltem ad exclusionem naturalium intelligenda, & interpretanda eſt juxta prædictam clauſulam, in qua tantum admittuntur naturales deficientibus omnibus legitimis ſucceſſoribus, quamvis alijs ſint Clerici, & ex ſimili impotentia generandi incapaces; & quamvis alijs non ſint ultimi poſſeſſoris filij, vel deſcendentes, ( quod forſan aliter procederet, ſi ſuper ſucceſſione præſentis maioratus alij quantumcunque remotiores, ſed habiles contenderent ſucceſſores; aut hæc ad præſentem controverſiam non ſpectant, ) & ideo excludendus eſt R. à præſenti maioratus ſucceſſione.

60 Excluſo ſic filio naturali, quæſtio eſt inter A. & opponentem, & quis ſit præferendus, eſt omnis dubitatio. Ego agnoſco opponentem expreſſe excluſum eſſe in inſtitutione fol. 21. verſ. ibi: *For Clerigo de Ordens ſacras*, & ibi: *Não ſucederà*; ubi habemus expreſſam opponentis exclusionem, cū ſit Clericus in ſacris conſtitutus. De A. quid dicendum? Ego exiſtimo etiam excluſam fuiſſe ex vi prædictæ clauſulæ, quoniam præſens quæſtio eſt, an excluſo Clerico ex illa expreſſa ratione, ſcilicet quia legitimam prolem habere non poteſt, ille, qui alijs impotens eſt ad generandum, admittatur ad ſucceſſionem maioratus?

61 Hanc quæſtionem uſque adhuc tantum pertractavit *Rox. de incompatibilit. 1. p. cap. 9. num. 12.* ubi poſita prædicta quæſtione reſolvit quod quando inſtitutor maioratus excludit Clericum in ſacris conſtitutum, eo quod vult quod ſucceſſio perpetuetur per

legitimam generationem, tunc ex vi prædictæ clauſulæ expreſſæ, idem etiam cenſetur diſpoſitum quoad impotentem impotentia naturali, ſeu perpetua.

Hoc idem habemus in præſenti, nam A. 62 ſenili oppreſſa ætate, filios generare non poteſt, cum 71. annum attingat, ut probatur ex certitudine fol. 62. quæ ſane ætas ad generandum in muliere impotens eſt, ac ideo *L. Julia, & Papiæ* arcebantur à contrahendis nuptijs vir ſexagenarius, & ſæmina quinquagenaria tanquam liberorum quærendorum cauſa minime contractis, utroque conjugij ſine, & fructu deſtitutis, prout bene notavit *Narbon. de ætat. annor. 60. 9. 4. num. 3.* videndus eleganter *Bimius* in ſimili ſpeeie *lib. 2. conf. 193. à n. 1. & ſeqq.*

Hanc reſolutionem juvat optimum conſilium *ejuſdem Bimij* authoris non vulgaris, nec vulgaris eruditionis *lib. 3. conf. 297. num. 52.* ubi ſubſtitutis cuidam Hieronymæ alijs ſucceſſoribus ſi ex illa non naſcantur filij, reſolvit cum pluribus, quod locus datur ſubſtitutioni, eo quod quinquageſimum annum attingebat, cum uſque ad prædictum tempus in ſæminis vigeat ſpes ſuſcipiendæ prolis; ergo quoties exclusio fundatur in cauſa finali non ſuſcipiendæ prolis, ſæmina ratione ætatis ſterilis ex identitate rationis excludenda venit.

Igitur, quo jure admittenda eſt A. ſi teſtator illos, qui legitimam prolem habere 64 non poterant, excludit? Nescio certe; præcipue quando cenſura juris inter valde ſenes, prout eſt A. & ſteriles, ac impotentes nullum datur diſcrimen *Narbon.* ubi ſupra *num. 2. in fin.* & valet argumentum ab impedito impedimento juris prout eſt opponens, ad impeditum impedimento naturali; prout eſt A. *L. his ſolis 7. §. fin. verſ. de cæteris autem Cod. de revocand. donat. Rox.* ubi ſup. *d. num. 13.* atque etiam æqualiter in diſpoſitione juris, & hominis comprehenditur juris, & facti impotentia, notant DD. ad *text. in cap. ſuſcitatus de reſcriptis*, ubi *Auguſt. Barb. n. 1.* qui plures citat, *Gregor. Lop. part. 2. tit. 18. L. 20. gloſſ. 1.*

Quod etiam confirmatur ex illa communi DD. ſententia, quod quando exclusio fit 65 propter aliquam cauſam, quæ æqualiter militat in ſucceſſore, qui æqualiter non excluditur, atque militabat in expreſſe excluſo, ad illum etiam æqualiter extenditur comprehensive diſpoſitio. *Caſtilib. lib. 3. controverſ. cap. 15. num. 65. cum ſeqq. Mantie. de conjectur. ultim. volunt. lib. 8. tit. fin. num. 45. 49. & 71. eleganter Molin. de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 1. & 2. cum ſeqq. & num. 18.*



cum seqq. *Cephal. lib. 1. conf. 103. num. 15.*  
cum exclusio unius personæ locum habeat  
etiam in alia, in qua eadem militat ratio ex-  
pressa, notant *Scribentes ad text. in L. unica*  
*Cod. de in ius vocand.* cum pluribus *Adrian. Negurant. respons. 270. n. 23. Mier. 1.*  
*p. 9. 22. n. 16.*

- 66 Habemus tandem quod equaliter com-  
prehendit A. institutoris clausula, quæ op-  
ponentem excludit, cum in illa eadem, &  
maior generandi incapacitas consideretur,  
quapropter hujus maioratus successio re-  
gulari debet juxta secundam clausulam  
fol. 21. vers. vers. *Porèm*, ubi institutor ex-  
clusos ex prædicta causa in antecedenti clau-  
sula in illorum jura ad successionem voca-  
vit, in quibus terminis venit decidenda  
quæstio inter A. & opponentem equaliter  
incapaces. His ita suppositis, ego sine hæsi-  
tatione existimo ad opponentem maioratum  
pertinere, cum inter æqualiter exclusos ha-  
beat sexus prærogativam, quæ tum ex dis-  
positione institutoris fol. 18. vers. tum ex  
dispositione juris inter æqualiter successo-  
res victoriam præstat. *Cov. lib. 3. variar.*  
*cap. 5. num. 5. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4.*  
*num. 12. Cassan. conf. 47. num. 3. Phæb.*  
*1. p. dec. 44. num. 5. Valasc. conf. 82. nu-*  
*mer. 5.*

- 67 Habet deinde opponens odiosum ætatis  
privilegium, quod etiam inter æqualiter  
ultimo possessori conjunctos, ut senior con-  
sanguineus præferatur, semper attenditur,  
& proximior reputatur. *Valasc. d. conf. 82.*  
*num. 5. Molin. disp. 626. Phæb. ubi sup. dec.*  
*44. num. 5. vers. in super, Cald. de renovat.*  
*9. 17. num. 6. vers. at in iure.* Vnde cum in  
opponente hæc qualitates concurrant, præ-  
ferendum esse A. judicarem, cum inter  
æqualiter exclusos potius ad maioratus suc-  
cessionem admittatur, qui pro se habet ju-  
ris dispositionem, ad exemplum illorum, qui  
æqualiter vocantur. *Cephal. commun. quæst.*  
*778. num. 42. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 7. n.*  
*6. ex his sequitur pluribus citatis Castilb.*  
*lib. 5. controu. cap. 67. n. 29.*

- 68 Fundamentis à docto Judice in sententia  
expositis plene responsum præstant supra  
considerata, ubi contrarium expresse de ju-  
re ostenditur, & tantum superest responde-  
re ad illam expressæ, & extensivæ exclusio-  
nis considerationem, quæ parvi pendenda  
est, si consideretur quod in præsentis casu  
exclusio A. non extenditur, sed compre-  
henditur prout supra probatur; unde quæ  
sub ratione comprehenduntur, quamvis  
verbis omissa sint, dicuntur expressæ, *L. si po-*  
*stulaverit §. sed si negavit ff. ad L. Jul. de*

*adult. L. scio quæsitum ff. de testib.* ac per  
consequens inter A. & opponentis exclusio-  
nem differentia considerari non potest, cum  
causa finalis dispositionis utriusque incapa-  
citatem æqualiter comprehendat, ac si exclu-  
sio in utroque casu fuisset expressa. Viden-  
dus *Molin. de primog. lib. 1. cap. 8. n. 11.*  
*& seqq.*

Est adhuc obstat, quod in successione  
maioratus ille, qui expresse ab institutore  
vocatur, præferatur illi, qui tantum vocatur  
ex interpretatione. *Coff. de success. Regni 2.*  
*p. num. 11. cum pluribus Castilb. lib. 5. con-*  
*trou. cap. 92. à num. 32. ergo etiam videba-*  
*tur dicendum, quod exclusus ex interpreta-*  
*tione præferendus est ad successionem illi*  
*qui expresse excluditur; sed responderetur*  
*quod ratio quæ militat in vocatione, in ex-*  
*clusionem locum non habet; nam in vocatio-*  
*ne expresse vocatus ideo præferatur, quia ma-*  
*gis dilectus, & vocationis expressæ qualitas*  
*diversum juris constituit, atque tribuit, fa-*  
*citque quod vocatus præferatur etiam pro-*  
*ximioribus, L. cum ita §. in fideicom. ff. de*  
*legat. 2. Molin. de primog. L. 1. cap. 4. num.*  
*33. Menoch. conf. 200. num. 12. Cald. conf.*  
*7. num. 1. non ita exclusio, quæ cum jus adi-*  
*mat, & non tribuat, æqualiter obstat illis,*  
*quæ sub eadem ratione comprehenduntur,*  
*cum illa causa finalis exclusionis non admit-*  
*tat differentiam inter expressum, & com-*  
*prehensum. Molin. ubi supra dicto cap. 5. n.*  
*13. cum seqq.*

Igitur restituat R. opponenti maioratus bona cum fructibus à lite contestata, sic re-  
vocata sapientissimi Iudicis sententia Vlyf-  
sipone 14. Augusti 1679. Carneiro.

Ego etiam Reum condemnarem, ut re-  
stituatur opponenti maioratus bona cum fru-  
ctibus à lite contestata; quia attento rigore  
juris, & secundum veriore sententiam fi-  
lius naturalis, etiam legitimatus, in maiorati-  
bus succedere non potest, *arg. text. in L. si*  
*testamentum 10. Cod. de testam. Pinel. in ru-*  
*bric. 1. p. cap. 2. num. 19. Cod. de rescind. Mo-*  
*lin. de primog. lib. 1. cap. 8. num. 31. & lib. 2.*  
*cap. 7. num. 31. & lib. 3. cap. 3. num. 11. & 27.*  
*Faguin. lib. 4. controu. cap. 53. in princip. P.*  
*Molin. de justit. & jur. lib. 1. tract. 2. disp.*  
*174. col. ult. vers. dubium, Flores in addition.*  
*ad Gam. dec. 278. in 5. conclus. novissime*  
*Rox. de incompatibil. Regn. & maiorat. p. 1.*  
*cap. 6. num. 71. & seqq. attamen hanc sen-*  
*tentiam in judicando non esse amplecten-*  
*dam, quando filius naturalis est legitimatus*  
*secundum stylum nostri Regni, cum clau-*  
*sula ex certa scientia, & plenitudine potesta-*  
*tis, prout fieri solet, tenent Gam. dec. 278.*  
*num.*



num. 4. & 21. ad fin. Phab. dec. 172. num. 17.  
& 18. Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 32.  
num. 212.

Relicta hac quaestione, in institutione Reus in nostro casu presentis controversiae exclusus reperitur, quoniam Aetrix, & opponens sunt descendentes legitimi institutoris, qui filium naturalem tantummodo admisit deficientibus filiis, & descendantibus legitimis, ut patet ex clausula fol. 19. vers. in fin. & 20. in princip. ibi: *Item mando que nao ficando do dito meu neto por sua morte filhos, ou netos, ou bisnetos, nem filhas, netas, ou bisnetas da geraçao legitima do dito meu neto, de qualquer matrimonio, que seja, primeiro, segundo, ou terceiro, em tal caso herderá este morgado qualquer filho natural.*

71 Igitur cum existant legitimi descendentes institutoris, non poterat Reus succedere in hoc maioratu, quippe in deferenda successione illius observatur pro lege fundatoris dispositio. *L. penult. ubi gloss. voluntas de legat. 1. L. omnia 32. §. in fideicomisso in fin. de legat. 2. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Molin. de primog. lib. 1. cap. 2. num. fin. Cyriac. lib. 2. controvers. 269. num. 5. Castilh. quorid. tom. 3. cap. 29. n. 17.*

72 Et licet Aetrix, & opponens non sint filii, sed ultimi possessoris fratres, adhuc etiam Reus non est admittendus; quia institutor tantummodo vocavit filios naturales in clausula d. fol. 20. ibi: *Em tal caso*, deficientibus omnibus legitimis descendantibus, ut patet ex clausula d. fol. 19. vers. in fin. ibi: *Item mando*, & dispositio restringenda est ad casum, de quo loquitur, & quantumvis descendentes legitimi sint Clerici, & ex simili impotentia generandi incapaces, quoniam etiam institutor eos admisit ad exclusionem naturalium; & ita intelligenda, & interpretanda est ultima institutoris clausula fol. 21. vers. in versic. *Porém*, ut erudite ponderavit proximus dominus doctissimus; unde cum Aetrix, & opponens sint legitimi descendentes institutoris, & ejus nepotis primi vocati, non potest admitti Reus filius naturalis.

73 Quam obrem excluso Reo filio naturali, controversia vertitur inter Aetricem, & opponentem, & tota dubitatio est, quis ex illis in successione hujus maioratus est praefendus? Opponens exclusus expresse reperitur, quia est Clericus in sacris Ordinibus initiatus, & non potest habere prolem legitimam, & institutor in clausula dicto fol. 21. vers. exclusit à successione maioratus illos, ex quibus legitima descendencia haberi non

potuisset, ob idque exclusit Clericos in sacris Ordinibus constitutos, & Monachos; licet enim per se capax Clericus sit, ut in maioratu succedere possit, & conservet familiam, dum vivit, *Molin. de primog. lib. 1. cap. 3. num. 97. Pelas de maiorat. 2. p. 9. 3. n. 34. Gom. L. 40. Tauri num. 66. Mantie. de conjecl. lib. 8. tit. 8. num. 25.* attamen institutor eum exclusit ea tantummodo ratione, quippe inhabilis est ad matrimonium contrahendum, itaque ad prolem legitimam habendam, ut ostenditur ex dispositione dicto fol. 21. vers. ibi: *Que nam possa casar*; & ibi: *Com que nao possõ casar, para poderem ter, & haver descendentes legitimos*; igitur dicendum existimo, quod opponens habet expressam exclusionem: totum vero nunc etiam dubium est, si Aetrix per dictam clausulam exclusa etiam censenda sit, quae quamvis capax sit ad matrimonium contrahendum, incapax tamen probabiliter, imo naturaliter est ad habendam prolem, cum senili oppressa grate filios generare proculdubio non possit, cum 71. annum attingat, ut constat ex certitudine fol. 62. judicandum puto, quod etiam per supradictam clausulam Aetrix exclusa est; quamvis enim institutor expresse non exclusisset faeminas ob aetatem inhabiles ad habendam prolem, tota ratio exclusionis Clericorum fuit, quia legitimam prolem habere non poterant; cum ergo eadem ratio detur in Aetrice, quae ob aetatem senilem incapax est, ut filios habeat, absque dubio dicendum est, quod dispositio institutoris comprehendit etiam faeminas ob aetatem provecam inhabiles ad filios habendos, & ita Aetrix exclusa judicanda est ob aetatem senilem, ob quam filios habere non potest, & dispositio concepta in unum casum porrigi valet ad alios similes, in quibus eadem ratio, & idem effectus datur. *Peregrin. de fideicom. art. 11. num. 46. Menoch. conf. 211. num. 55. Surd. conf. 202. num. 2. Castilh. lib. 4. cap. 15. numer. 31.* & nostram quaestionem pertractavit *Rox. de incompatibilit. 1. p. cap. 9. num. 13.* ubi resolvit, quod quando maioratus conditor excludit Clericum in sacris Ordinibus initiatum, quippe vult, quod successio per legitimam prolem perpetuetur, tunc ex vi perfectae clausulae expressae, idem etiam dispositum censetur quo ad impotentem impotentia naturali, seu perpetua: ex qua resolutione comprobatum habemus doctrina *Rox.* quod clausula, quae excludit Clericum, quia non potest habere prolem legitimam, comprehendit etiam Aetricem ob aetatem senilem inhabilem ad filios habendos.



dos, ut peroptime, & erudite ratiocinatus fuit doctissimus proximus dominus in ejus aurea deliberatione.

74 Vnde cum æqualiter clausula d. fol. 21. vers. comprehendat Atricem, & opponentem equaliter incapaces, ego judicarem maioratum ad opponentem pertinere, cum habeat sexus prerogativam. *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 4. num. 52. Phæb. 1. p. dec. 44. n. 5. Valasc. conf. 82. num. 5.* cum masculus ex dispositione institutoris fol. 18. vers. feminæ præferatur, sic revocata sententia meritissimi Iudicis. Ulyssipone 19. Octobris 1679. Quifel.

75 Contentio hæc pro successione maioratus orta est inter Atricem, & Reum ultimi possessoris filium, sed naturalem, & non legitimum, ad quos excludendos accessit opponens frater ultimi possessoris, cujus & Atrix soror est.

76 Si hic maioratus secundum regulam ordinariam *Ord. lib. 4. tit. 100.* institutus foret, melius, & indubitabile jus foveret opponens, quia masculus, & senior est; *Ord. d. tit. 100. §. 1.* verum cum institutor non esset contentus dictæ Legis dispositione tantum, sed ad ulteriora processisset ex permissione ejusdem Legis *ead. tit. 100. §. 3.* noluit in hoc maioratu succedere Clericum sacris Ordinibus insignitum, sicut nec Monachos, & alios, qui matrimonium contrahere non possunt, eo quod legitimam prolem habendi sunt incapaces. Reus tanquam non legitimus à jure, & ab institutore exclusus reperitur expresse, dum aliquis de familia existat; & quamvis à tribus doctissimis præcedentibus dominis excludendum esse ab hoc maioratu jam sit deliberatum, non ideo diffinitiva esse contra eum dici potest, quoniam non respectu unius, sed respectu diversorum eum excludunt prædicti domini; primus namque respectu Atricis, secundus, & tertius respectu opponentis: si igitur sequentes dominos pro Reo deliberare jura impulerint, facultas eis non denegatur, dum respectu unius diffinitive non fuerit exclusus per tria suffragia, quapropter mihi etiam licet de jure Rei cognoscere.

77 Et quidem cum à jure, & ab institutore invenitur Reus exclusus, in hoc parum insistendum arbitror, præcipue quoniam à secundo Domino sapientissimo ejus exclusio late, ac plenissime probatur; attamen non respectu opponentis, sed Atricis hæc decernenda mihi videtur.

78 Opponentis fundamentum unicum, & totale nititur auctoritate *Hermenegildi de Rox. in tract. de incompatib. p. 1. cap. 9. n. 12.*

& 13. ubi suscitavit illam questionem subtiliter, ac perpolitò calamo exornatam à sap. secundo Domino, cui & tertius accessit, videlicet quòd quando maioratus institutor excludit Clericum in sacris constitutum, eo quod legitimam prolem habere nequit, censentur etiam exclusi impotentes ad generandum; & cum Atrix sit septuagenaria, & incapax ad prolem suscipiendam, comprehensa judicetur in illa prohibitione succedendi in hoc maioratu.

Sed hæc opinio absolute sumpta in iudicando mihi tuta non est; nititur tantum auctoritate unius Doctoris, & non habet legem expressam, nec stylum judicandi, aut communem DD. opinionem, ut requirit *Ord. lib. 3. tit. 64.* sed adhuc residet cum auctore suo in materia amplissima, & quotidiana, in qua ingeniosissimi DD. insudarunt, & tractatus edidere plurimos.

Contra hæc igitur opinionem sic argui potest. Testatoris, vel institutoris maioratus dispositio est *Lex §. disponat in auth. de nupt. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.* & potest ultra Leges juris communis extendi; sed secundum *Ord. lib. 4. tit. 100.* quæ nostrum jus commune est, à successione maioratus non excluduntur Clerici, neque alij qui filios legitimos procreare nequeunt, imò admittuntur: Lex ergo, vel dispositio, quæ contra dispositionem juris communis excludit Clericum à successione maioratus, vel est correctoria juris communis, vel exorbitans à jure quocunque dato: talis Lex non extenditur de casu ad casum etiam ex maiortate rationis, ut est *gloss. communiter recepta in auth. quas actiones Cod. de sacros. Eccles. Barb. in L. si constante in princip. num. 106. ff. de solut. matrim. Ozasch. pedem. dec. 147. num. 2. Villalob. Honded. Tiraquel. Farin. & alij ab Aug. Barb. in d. auth. quas actiones num. 8. Surd. conf. 163. num. 24. Menoch. conf. 557. num. 3. & 10. Fusar. de substit. q. 5; 1. num. 146.* Si igitur in præsentī maioratus institutione Clericus exclusus reperitur, quia filios legitimos habere nequit, non ideo hæc prohibitio extendi debet ad excludendam Atricem, quæ expresse invenitur vocata, eo quod sit in ætate, in qua concipere nequit, quia esset extensio de casu ad casum contra communem DD. resolutionem, de qua supra.

Et dato ac concesso, quòd illa opinio à Roxas suscitata foret admittenda virtute comprehensionis, vel argumento quo uicitur Roxas ab impedito impedimento juris ad impeditum impedimento naturali ad excludendam Atricem, habere locum posset ad



ad favorem alicujus, qui neque à jure, neque à natura impeditus eſſet legitimam habendi prolem; non autem ad favorem opponentis, qui expreſſe exclusus fuit ab inſtitutore, & contra ipſius expreſſam voluntatem admitteretur opponens, quod jura non patiuntur; prohibitum namque alicui una via, ad id alia admitti non debet, *Cap. cum quid de reg. jur. in 6.* ubi *Dynus* exempla affert, & tenet, quòd ubi quis prohibetur admitti de Iure Civili ad hæreditatem ob defectum perſonæ, non poteſt admitti de jure Prætorio; ſic ergo in præſenti ſi opponens non poteſt ſuccedere in hoc maioratu, quia expreſſe invenitur prohibitus ab inſtitutore, non poteſt alia via admitti. *Menoch. conf. 285. n. 41.*

82 Vterius, opponentis fundamentum nititur in tacita, ac conjecturata mente inſtitutoris, tacitum namque dicitur illud, quod venit ex ratione interpretata ſimili, vel majori; *Menoch. conf. 235. num. 10.* ſed hæc tacita mens inſtitutoris non debet admitti contra expreſſam voluntatem ipſius inſtitutoris; quia expreſſum facit ceſſare tacitum, *L. expreſſa nocent ff. de reg. jur. L. nonnunquam ff. de condit. & demonſtr. Menoch. conf. 296. num. 77.* ergo ceſſat tale fundamentum.

83 Denique inſtitutor hujus maioratus uno tantum caſu admittit Clericum, quando ſcilicet filius, aut nepos eſſet ultimi poſſeſſoris, & non viveret aliquis filius, vel descendens ipſius ultimi poſſeſſoris maſculus, aut femina, ut fol. 21. verſ. ex qua diſpoſitione evidenter apparet inſtitutorem prætuliffe feminam Clerico etiam in eo caſu in quo admittit Clericum, in claris igitur non eſt locus conjecturis, & pro Actrice judicandum teneo. *Vlyſſipone 27. Novembris 1679. Vanveſſem.*

84 Et quæſtionis novitas, ac ſubtilitas digna quidem erat, quæ à præcedentibus Dominis ſapientiſſimis dirimeretur, & mihi à tantis viris ingenio, ſcientia, & integritate præcedentibus diſcere potius, quàm dicere dignius foret, & opportunius: at munus cogit, & muneris neceſſitate adſtrictus dicam, ſed apum ad inſtar in juris prudentiæ viridaria, præcedentes inquam deliberationes, advocans ex flagrantiffimis illorum floribus, quæ dicturus ſum a vide delibabo.

85 Tres ad maioratum concurrunt, actrix petens, Reus negans, & opponens utrumque excludere nixus. Reum ipſa luculenter repellit inſtitutio fol. 26. ibi: *Em tal caſo herdar à eſte morgado qualquer filho natural, ou baſtardo, ou filha natural, ou baſtarda do*

*dito meu neto; & ibi: Que por ſer acabada a linha descendente do dito meu neto, & legitima concedo iſto, por nam ficar eſte morgado ſem herdeiros.* Ex his verbis duo deducuntur: primum, diſpoſitionem illam non ſolum in filiis, filiabusque illius nepotis ſuſſistere, quaſi ultra eum gradum baſtardi abſolute admittantur, teſtator enim lineæ meminuit, quæ descendentes in infinitum comprehendit. *L. ſtimata ff. de gradib. cap. quod dilectus de conſanguinit. Alexand. Raudenſ. conf. 30. num. 133. vol. 2. Rota diverſorum 2. p. dec. 209.* Secundum: naturales non niſi deficientibus legitimis admittendos ex clauſula illa, *em tal caſo* quæ præciſe reſtringit, ut ultra eos, quos eximius Dominus ſecundo loco ſuffragatus laudavit, tenent *Menoch. conf. 117. num. 6. & lib. 4 præſumpt. 69. n. 7. Mantica de conjectur. lib. 3. tit. 19 n. 11. verſ. tertio vero.*

Deinde illa diſpoſitio in conditionalem 86 evadit, ac ſi teſtator diceret, ſi legitimi non ſint, cum ergo adhuc extent, adhuc Reo ingreſſus procluſus eſt, conditionalia namque ante conditionis eventum, neque ſunt, neque ad nos pertinent, *L. ſi ita ſcriptum §. 1. ff. de legat. 2. L. ſi filius qui patri §. cum filius ff. de bon. libert. Valaſc. 184. n. 20. Reynof. obſer. 41. n. 21.*

Nec ei quidquam prodeſt prætenſa legiti- 87 timatio, potius enim diſpenſatio dicenda eſt. *Gam. dec. 11. n. 2. & 4. & dec. 134. Cabed. 2. p. dec. 69. num. 9. Cald. ad L. ſi curatorem verbo ſine curatore num. 52. Valaſc. de part. cap. 12. num. 41. Phæb. dec. 97. n. 28. & dec. 172. num. 5. Noguero. alleg. 28. numer. 74.*

88 Exploro igitur Reo, an actrix, an vero opponens jure præſtet, videamus. Opponens ipſa inſtitutione ob Clericatum exclusus eſt, & ſolum in defectum maſculorum, ſive feminarum ad nuptias, & procreationem habilium admittitur; huic diſpoſitioni innittitur actrix, quam tamen opponens repellit ob exactam ætatem, quæ capacitem, & ſpem proliſ ſuſtulit procreandæ, verbaque inſtitutoris objicit fol. 22. verſ. ibi: *Com que nam poſſ aõ caſar para poderem ter, & haver descendentes legitimos; ſubditque: per em ſenam ou ver ſucceſſores legitimos machos, ou femeas por linha direita do ultimo poſſuidor, & ou ver algum filho, ou neto Clerigo.* Clericum ergo admittit caſu, quo ſucceſſores alij non extarent, qui legitimas nuptias contrahere, & filios ſuſcipere poſſint, & cauſam hanc clariffime expreſſit; cum igitur actrix longævo confecta ſenio ad matrimonium contrahendum inhabilis ſit, & ad ſobolem pro-



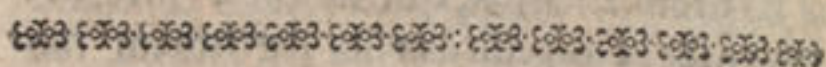
procreandam ex institutoris voluntate exclusam censenda est.

89 Neque obstabit hanc exclusionem esse interpretativam, & conjecturalem, ideoque parvi pendendam, hoc enim argumentum satis ingeniose diluit sapientis. Dominus secundo loco deliberans; & ultra ab eo dicta, si quid ultra dici potest, respondeo, argumentum procedere quando interpretatio, & verbis, & voluntate testatoris destituta est, tunc enim recte casus ille omissus dicitur; at vero quando interpretatio conjecturis fulcitur, quæ ex ipsius testatoris verbis, & expressa voluntate deducuntur, tunc casus ille, ad quem conjecturæ tendunt, non omissus, imo expressus dicendus est; plene *Castilb. lib. 4. contr. cap. 12. à n. 7. & 8.* illud enim quod similibus conjecturis evincitur non tacitum, sed expressum est. *L. licet imperator, L. si servus plurium §. fin. ff. de leg. 1. Mantic. de conject. lib. 8. tit. 1. num. 25. Surd. dec. 7. num. 51. Valasc. de partit. cap. 14. n. 19. Gabr. Pereir. dec. 57. n. 7. Gam. dec. 206. n. 3.*

90 Quæro quibus alijs verbis expressius testator declararet ad hunc maioratum illos non admittere, qui filios procreare non possint, quam ita disponendo fol. 21. vers. ibi: *Com que naõ possaõ casar para poderem ter, & haver* (notetur hæc clausulæ geminatio) *descendentes legitimos.*

91 Cum ergo actrix jam ætate sterillis sit, quis dubitabit voluntate instituentis verbis satis expressa à maioratus successione ipsam esse repulsam? Et ita apparet traditionem illam *Hermenegildi de Roxas*, quam secundus Dominus amplexus est, optimo jure esse suffultam.

92 Exclusa tandem Actrice, opponens obtinet, ut pote linea, & gradu par, sexu melior, & in præsentis casu à testatore expresse admissus, & ita pro eo judicandum. *Vlyssipone 2. Januarij 1680. Pereira.*



## CAP. XX.

De exclusionem filiorum naturalium, spuriorumque, & legitimorum, & quando dicti naturales, spurij, aut legitimati, eorumque filij legitimi possint succedere, vel non in maioratu, & censeantur inclusi, vel exclusi à dicta successione illegitimi?

## SUMMARIVM.

- 1 Filij naturales si excluduntur tacite, aut expresse, non succedunt in maioratu; at vero si non excluduntur, neque vocantur, controversum est, an succedant, & nn. seqq. & n. 35.
- 2 Filius naturalis, atque legitimatus excluditur à successione maioratus, & nn. seqq. & n. 13. 14. & 15. 19. & seqq. & 36. & 37. & seqq. 43. & seqq. & num. 54. & seqq. & n. 62. & seqq. & 83. & seqq. & 113. & seqq. & 139. & seqq. & 146. & 151. & seqq. ubi late explicatur, & n. 413. & seqq. ad omnia, & n. 507. & seqq.
- 3 In deferenda successione maioratus, observatur pro lege institutoris dispositio, & numer. 4.
- 5 Quando vocantur filij nati ex matrimonio, censeantur vocati legitimi, qui dicuntur nati ex matrimonio, & tunc censeantur exclusi naturales.
- 6 Et quid si simpliciter institutor vocavit filios, an veniant naturales, & latissime n. 413. & seqq. & 505.
- 7 Naturales an dicantur nobiles, & ex quibus conjecturis censeantur vocati, & n. 8. & n. 413. & seqq.
- 9 Legitimus an succedat in maioratu, & an dicatur tantum dispensatus, & n. 10. & 11. & n. 34. & n. 58. & seqq. & n. 91. & seqq.
- 16 Si in aliqua parte institutionis legitimi vocantur, sufficit, quod in una vocatione de illis loqueretur, ut in omnibus alijs intelligatur repetita vocatio, & n. 30. & n. 54. & 57. & n. 86. quando invenitur dictio semper, & 460. & seqq.



- 17 Legitimatione prodeſt ad hoc ut legitimatus ſuccedat ab inteſtato, & ex teſtamento, ſed non in præjudicium tertij, & nn. ſeqq.
- 21 Verba, filios legitimos, & naturales, quomodo intelligantur, & nn. ſeqq.
- 43 Et quid in filiis naturalibus mechanicis, an ſuccedant in maioratu, & quando, & n. 506.
- 46 Bona emphyteutica ad vitas, an poſſint vinculari.
- 49 Naturalis an comprehendatur in vocatione deſcendentium, & nn. ſeqq. latiffime n. 413. & ſeqq.
- 51 Virum filij naturales ſubſtitutum excludant, & quando, & ex quibus conjecturis, & nn. ſeqq. & n. 413. & ſeqq.
- 54 An filij legitimi naturalium ſuccedant in maioratu, & n. 413. & ſeqq.
- 57 Quando inſtitutor eſt nobilis præſumitur excludere naturales, & etiam filiam ultimi poſſeſſoris, & nn. ſeqq. & n. 79. & n. 413. & ſeqq. explicatur.
- 88 An ſuccedat nepos ſpurij in maioratu, & an ſpurij, & n. 113. & ſeqq. nati ex damnabili, & punibili coitu, & n. 150.
- 94 Si vocantur de genere, an cenſeantur vocati illegitimi, & nn. ſeqq.
- 100 An illegitimi poſſint nominari in maioratu, & an facultas nominandi reſtricta ad perſonam generationis comprehendat illegitimum, & nn. ſeqq.
- 337 Filij naturales, & legitimati ſuccedunt in maioratibus, & nn. ſeqq.
- 496 Inſtancialitatis quando tranſeat ad ſucceſſorem maioratus.
- 498 Quando naturales cenſeantur vocati, aut excluſi, & poſſint ſuccedere, & nn. ſeqq.
- 451 Familia an conſervetur per naturales, & an poſſint ſuccedere, & an dicantur de domo, aut agnatione.
- 462 Ordo ſuccedendi data primis vocatis; quando cenſetur repetita in ſeqq. vocationibus ad varias materias, & nn. ſeqq.
- 474 Naturales ſecundum jus Regni Portugallie non poſſunt ſuccedere in maioratibus.
- 478 Niſi deficient legitimi.
- 482 Ampliatur multis modis, & nn. ſeqq.
- 486 Limitatur multis modis, & nn. ſeqq.
- 494 Reſolvitur quaſtio, & diſtinguitur, & nn. ſeqq.
- 507 An filius naturalis, & legitimus procedens à patre illegitimo, & excluſo per ſententiam, poſſit ex propria perſona ſuccedere in maioratu, & nn. ſeqq. Vbi etiam an excludantur naturales à tranſverſalibus legitimis.

**S**I filij naturales, ſpurij, aut legitimati excludantur, aut expreſſe, aut tacite per vocationem legitimorum, nemo dubitat excludendos eſſe à ſucceſſione maioratus, ut declaratum, & judicatum extat in caſibus ſeqq. & tenent omnes infra citati. At vero ſi non excludantur, quaſtio eſt controverſa, an ad ſucceſſionem admittantur? Et pro una, & altera parte varie judicatur, ut conſtat ex ſententijs ſeqq. de qua re agunt citati in eorum doctiſſimis deliberationibus, & de naturalibus, illegitimisque agunt Molin. verit. 5. Luca de lin. leg. art. 8. n. 73. & ſeqq. Roxas de incompat. p. 1. cap. 6. §. 19. n. 106. & ſeqq. Reynof. obſerv. 53. & ibi Add. multos refert, & Fragof. de reg. reip. p. 3. diſp. 20. §. 5. num. 60. & ſeqq. & de legitimatis Roxas §. 6. & Nos diximus tom. 2. ad Ord. ad tit. 3. cap. 32. pag. 89. num. 212. ubi omnes uſque ad illud tempus allegavimus, & poſtea ſcripſit Portug. de don. tom. 1. cap. 16. n. 23. & Ade citato hoc in loco, Add. ad Reynof. obſ. 53. pag. 369. Leo dec. Valent. 1. n. 10. & ſeqq. 3. p. & judicatum fuit in caſibus ſeqq.

Et contra filios naturales, & legitimatos, judicatum fuit in caſibus ſeqq.

No feito de Alvaro Ferreira Frade, contra Ieronimo Leitão de Meirelles, Eſcrivão Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſequinte.

Acordam os do Deſembargo, & c. Não foy bem julgado pelo Iuiz dos Orfaõs em abſolver aos RR. do pedido pelos AA. em ſeu libello, revogando ſua ſentença viſtos os autos, & como por elles ſe moſtra, que o R. he filho natural do ultimo poſſuidor, que foi do morgado, de que ſe trata, & como tal, nam pôde nelle ſucceder; porque além da inſtituidora nam chamar para a ſucceſſão os filhos naturales, os excluio pela vocação, que fez dos legitimos; nem para a tal ſucceſſam lhe baſta o ſer legitimado, porque à tal legitimação nam foi cõcedida, nem ſe pôde entender em prejuizo de terceiro, & o R. moſtra ſer neto legitimo de Ieronyma da Silveira, irmã inteira da primeira nomeada, que ſuccedeo no tal morgado, de que ſe trata. Por tanto julgaõ pertencer o dito morgado aos AA. & condenão aos RR. lhes larguem os bens a elles pertencentes, com os fructos do tempo da lide conteſtada em diante, que ſe liquidarãõ, & pague o appellado as cuſtas dos autos. Lisboa 24. de Dezembro de 1680. Almeyda, Quiſel, Vanveſſem.

Hæc ſententia fuit tandata in deliberationibus ſequentibus.

In deferenda ſucceſſione maioratus obſervatur



vatur pro lege institutoris dispositio. *L. penult. ubi gloss voluntas ff. de legat. 1. L. cum ita, alias L. omnia 32. §. in fideicommissio in fin. ff. de legat. 2. O. d. lib. 4. tit. 100. §. 3. Molin. de primog. lib. 1. cap. 2. num. fin. Castilb. quotid. tom. 1. cap. 29. num. 17. Sous. de Maced. decis. 16. n. 1.*

4 In institutricis dispositio ea fuit, ut in Capella ab ea condita succederet ejus neptis Maria, & si illa matrimonium duceret cum ejus sobrino Petro, & decederet sine filijs, succederet prædictus Petrus, & decedente eo sine filijs legitimis, succederet Hieronyma eadem institutricis neptis, ut patet ex institutione fol. 10.

5 In prædicta dispositione institutrix vocavit ad successionem Capellæ filios legitimos neptis Mariæ, quoniam disposuit, quod si illa matrimonium duceret cum ejus sobrino Petro, & decederet sine filijs, succederet prædictus Petrus, & cum decederet filios ex matrimonio natos, indubium est, quod vocavit filios legitimos, quia omnes filij ex matrimonio nati legitimi sunt, *L. filium definimus ff. de his, qui sunt sui cap. 1. cum pluribus alijs textibus, qui filij sunt legitimi*; & non solum vocavit filios legitimos neptis Mariæ, sed etiam, quando vocavit filios prædicti Petri, si in Capella succederet, & filios relinqueret, eos legitimos tantum vocavit, & quando consideravit, quod succederent nepotes, & pronepotes dicti Petri ejus sobrini, semper eos legitimos vocavit, ut apparet ex institutione dicto fol. 10. & in hoc casu filius naturalis à successionem maioratus, seu Capellæ aperte videtur exclusus, quoniam filij legitimi invitati fuerunt ad successionem, licet absque exclusionem naturalium, ut in eisdem terminis *Avendanb. in L. 40. Tauri gloss. 11. num. 43. Mantio. de conjectur. ult. volunt. lib. 11. tit. 9. num. 1. Peregr. de fideicommiss. art. 28. num. 39. Surd. conf. 89. num. 36 38. 40. & 41. lib. 1. Castilb. quotid. lib. 5. cap. 82. n. 46. vers. tertius desinde casus.*

6 Et quamvis institutrix filios legitimos expresse ad successionem Capellæ non vocasset, sed tantum filios simpliciter invitasset, adhuc communis opinio tenet, quod filius naturalis non succedit, nisi ex conjecturis, & serie maioratus, seu Capellæ aliud comprehendatur, & colligatur, ut in terminis *Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 45. & seqq. Peregrin. de fideicommiss. art. 22. ex num. 81. usque ad num. 90. Mer. de maiorat. p. 2. g. 2. num. 1. & 2. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 2. 8. ex num. 13. & maxime num. 22. Pat. Molin. tom. 1. de just. & jur. tract. 2. dis-*

*put. 174. colum. ult. vers. dubium est, Gabr. Percir decis. 14. per tot. Phæb. decis. 97. per tot. & constanter defendit Flor. de Men. var. lib. 1. quæst. 16. per tot. & num. 13. hanc esse communem opinionem profiteretur, & n. 32. inquit veriore esse, & quæ debet servari in judicando, & consulendo; prout ipse vidit servari. Castilb. quotid. lib. 2. cap. 30. n. 18. & dict. cap. 82. n. 41. & 47.*

Quia cum bona maioratus de jure non pertineant nisi ad filios legitimos, institutrix in hoc videtur se conformare cum juris dispositione, quæ filios naturales excludit, & maioratus conditores principaliter agunt ad conservationem agnationis, & familiæ, nominisque, & aliarum dignitatum; hæc autem agnatio, & memoria non conservatur per naturales, qui non dicuntur nobiles, licet filij nobilium reperiantur. *Flor. de Men. dict. 9. 16. dict. num. 13. & seq. Reynos. observ. 33. num. 6 & 7. & omnes Doctores supra citati, præsertim in maioratibus à nobilibus conditis, in quibus communior sententia obtinuit, filios naturales nobilium non admitti, nisi expresse sint vocati, aut per conjecturas urgentissimas admissi, ut per textum *L. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebell. Larr. decis. 32. Flor. dict. 9. 16. num. 35. Castilb. dict. cap. 82. à num. 41. & omnes supra relati.**

Plane ex institutione dict. fol. 10. vers. recte ostenditur, quod institutrix condidit Capellam ad conservationem ejus familiæ, nominisque ejus patris; & ex testibus ab Actore productis plane probatur nobilitas ejusdem institutricis: ergo indubie judicandum est, quod Reus filius naturalis patris nobilis non potest admitti ad successionem Capellæ, de qua agitur, quoniam in institutione conservetur exclusus, cum in ea non sit expresse vocatus, nec ex conjecturis urgentissimis colligitur ejus vocatio; imo conjecturæ urgentissimæ probantur, ut naturales filij non admittantur, nempe nobilitas institutricis, & patris Rei dicto §. si quis rogatus, ubi notant omnes, & tenent supra citati locis relatis, vocatio filiorum primæ vocatæ Mariæ, nullatenus enim institutrix de filijs naturalibus ejus neptis Mariæ sensit videtur, quippe in muliere impudicitiae crimen detestabilius est, quam in viris, & non solum proprium honorem, sed famam totius familiæ denigrare solet. Ita in terminis *L. palam 43. §. 2. penult. & final. ubi gloss. verbo, quæ in adulterio, vers. quia maior ff. de ritu nupt. ideo censendum est, quod constat de voluntate institutricis, quæ voluit excludere filios naturales, ut in eisdem termi-*



terminis *Flor. de Mena dict. q. 16. numer. 33. Rox. de incompat. 1. p. cap. 6. num. 116. cum feqq. Castilb. dict. cap. 82. à num. 36. Fusar. de subst. q. 406. n. 39. Barb. de appellat. verbo jur. sign. verbo filius n. 26.*

Quam ob rem indubie Capellam, de qua agitur, iudicarem Aëtori, quia ex actis probatur, quod est nepos legitimus Hieronymę neptis institutricis, ab ea vocatę in institutione dict. fol. 10. Petrus enim ejus sobrius tantummodo ab ea fuit vocatus, si matrimonium iniret cum ejus nepte Maria, & cum constet, quod illa matrimonium duxit cum avo Rei, nullatenus ejus descendentes habent jus ad successionem hujus Capellę contentionis; & Reus non potest in ea succedere, quia est filius naturalis patris nobilis, & non est expresse vocatus, nec ex conjecturis urgentissimis admissus; nec virtute legitimationis potest succedere, quia filius naturalis etiam legitimatus non succedit in maioratibus, etiam stante clausula, quod in illis succedere potest. *Gam. decis. 278. per totam. præcipue num. 16. Parlad. rer. quotid. lib. 2. q. 6. num. 5. & 6. Reynof. dict. observ. 33. num. 10. Phæb. dict. decis. 97. à num. 27. ubi iudicatum refert Portug. de donat. reg. 1. p. lib. 1. cap. 16. num. 23. post medium, Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. n. 211.*

Ratio inter alias potissima est; quia legitimitas per rescriptum Principis non tollit jus etiam in spe quæsitum illis, qui aliis præferendi essent naturalibus filiis, in successionem primogeniturę; ideo tanquam legitimitas à Rege concessa non fuisset legitima, & transversales, vel alij substituti, qui exclusis naturalibus succedere possunt, succedere etiam debent, cum verum sit in jure, quod tale Principis rescriptum nihil in eorum præjudicium operari, nec jus suum conferre possit, ut cum multis *Roxas de incompat. p. 1. cap. 6. n. 71.*

Legitimati enim in hoc Regno, non solum vere legitimati, sed solummodo dicuntur dispensati, quia solum possunt succedere parentibus ad intestato, aut ex testamento in eo, quod voluerint relinquere. *Gam. decis. 11. num. 2. & decis. 383. num. 5. Cab. decis. 69. num. 9. Cald. in L. si curatorem verbo sine curatore num. 51. Cod. de in integ. restit. Phæb. decis. 93. num. 23. & 28. & dicta decis. 97. num. 28. & decis. 172. num. 5. Almeyd. alleg. 2. num. 22. & 23. Peg. ubi supra n. 10.*

Igitur revocato Iudice, Reum condemnare, ut restituat Aëtori bona Capellę cum fructibus à tempore litis contestatę, *Vlyssipone 18 Octobris 1680. Quifel,*

Pars II,

Vana quidem est opinio, qua Rei appellati se defendere intendunt; Reus namque licet filius sit ultimi possessoris, non est legitimus, sed naturalis tantum, & non est admittendus ad maioratum ex *Ord. expressa lib. 4. tit. 100. in princ. ibi: Filho, ou neto, ou descendentes legitimos; & ista est communis sententia: nec naturales admittuntur, nisi reperiantur vocati, ut optime perpendit primus Dominus doctissimus, cum quo convenio: nec verba institutricis fol. 10. aliud in contrarium evincunt. Vlyssipone 27. Novembris 1680. Vanvessem.*

Supposito, quod in facto Aëtores, & Rei sint conformes, solum decidendum restat, an Reus in maioratu, seu Capella, de qua contenditur, succedere possit? Et meo videri non potest; nam filij naturales in maioratibus ingredi in successionem non possunt. *Molin. de primog. lib. 1. cap. 41. à num. 45. Mier. de maiorat. 2. p. q. 2. num. 1. & 2. Castilb. quotid. lib. 2. cap. 30. num. 18. & lib. 5. cap. 82. num. 41. & alij quamplurimi; nisi expresse per institutores vocati fuerint, aut per conjecturas productas ex ipsa institutione. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Molin. de primog. lib. 1. cap. 40. num. 45. Castilb. dict. lib. 5. contr. dict. cap. 82. n. 41.*

Videamus nunc, an filij naturales in institutione, de qua agimus, vocati expresse fuissent? Et nullo modo vocati inveniuntur, imo exclusi, nam sub appellatione filiorum non veniunt naturales, etiam si legitimi sint, *L. cum lege ff. de testam. verbo enim, filios ab institutore maioratus prolato simpliciter, proprieque ad filios ex matrimonio procreatos referuntur. L. filium ff. qui sunt sui vel alien.*

Deinde in dicta institutione fol. 10. filij legitimi vocantur; sufficit, quod in una vocatione de illis loqueretur, ut in omnibus alijs intelligatur repetita vocatio. *L. si servus plurimum §. fin. ff. de legat. 1. Mantie. de conject. ul. volunt. lib. 5. tit. 1. num. 20. & lib. 6. tit. 12. num. 13. Menoch. & alij quos refert Castilb. 3. contr. cap. 82. num. 46. Cab. decis. 43. Gam. decis. 160. num. 9. Valasc. cons. 171. num. 2. & 6. Mend. in prax. 1. p. lib. 3. cap. 15. n. 13. vers. supradiçta, cumque Reus illegitimus sit in ea non comprehenditur.*

Nec ad hoc sufficit legitimitas, de quo se juvari pertendit, namque hoc valet ad bona, quę in testamento relicta fuerunt, aut ab intestato pertinere potuissent. *Carvalh. in cap. Raynaldus 1. p. num. 532. de testam. Cab. decis. 65. num. 3. Gam. decis. 11. num. 4. & 20. Nec Princeps in præjudicium tertij intelligitur plenariam legitimationem indulgere*

Ggg

appo:



apposita exorbitantia clausularum. *Peregr. de fideicommissis art. 25. num. 75. Gam. decis. 278. num. 16. Portug. de donat. reg. 2. p. lib. 1. cap. 16. num. 41.* & ita sancitum reperitur in nostra *Ord. lib. 2. tit. 35. §. 13.* quod non sit mens Principis exorbitantem legitimationem concedentis tertio præjudicare.

18 Quia propter ex rationibus adductis à primo Domino, atque elegantissime prænotatis, & etiam ex dictis à secundo sapientissimo Patre, cum eis Iudicis sententiam reformarem. Vlyssipone 22. Decembris 1680. Almeyda.

19 No feito de Dom Antonio de Aragaõ contra Rodrigo Ximenes de Aragaõ, Escrivão Diogo da Silva, se deu a sentença seguinte.

*Acordão os do Desembargo, &c. Não he bem julgado pelo Provedor das Capellas em declarar ao appellado por administrador da que instituio Fernão Ximenes, como pedia em sua petição, revogando sua sentença, vistos os autos, & como na instituiçãõ são chamados expressamente legitimos, & naturaes, debaixo da qual vocaçãõ senam comprehendem os que são naturaes sòmente, sem serem legitimos, antes estes se entendem excluidos por ella, & como por ser o supplicante appellado natural, & não legitimo, nam pôde entrar na administraçãõ da Capella, de que se trata, sem embargo de estar legitimado pela carta de legitimaçãõ junta, a qual lhe nam pôde aproveitar em prejuizo do direito adquirido em esperança certa, & por causa anterior à mesma dispensaçãõ, & legitimaçãõ aos substitutos, que o instituidor chamou em falta dos descendentes legitimos, & naturaes dos troncos, que nomeou, recebem os embargos por sua matéria, & autos, & por elles os julgão por provados, & declaraõ não pertencer a administraçãõ da Capella da contenda ao supplicante appellado, ao qual condenão nas custas delles. Lisboa 9. de Junho de 1650. Pereira, Velho, Sousa.*

20 Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

In re clara non licet immorari: naturales filij in conditione positi excludunt substitutos, bene probat *text. in L. ultim. ff. de jure delib.* in quo vel Trebatius à Labeone dissentiat, vel sententiam Labeonis non probat, nisi eo casu quo testatorem de naturali quoque sensisse appareat. Impræsentiarum constat naturales filios vocatos in defectum legitimorum ex institutione fol. 7. vers. & 8. qua vocatione tollitur dubium præsens, & cessat quæstio controversa, utrum appellatione filiorum veniant naturales? Quia locum non habet, ubi de voluntate testatoris ad-

huc conjecturata in dubio, nisi aliud colligatur ex voluntate, & qualitate defuncti, non apparuerit contrarium. *Scribentes in L. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebalian. late Gabr. Pereir. dec. 14. n. 2.*

Nec obstat dictio, & ibi: *Filios legitimos, & naturaes*; quia satisfit ultra dicta per dictum patronum proxime: quia respondetur quod quando ponitur inter personas, inter quas est ordo charitatis non abstractus à ratione debiti naturalis, tunc natura copulæ non est conjungere, sed inducere ordinem, ut sic copulati non faciant sibi partes per concursum, sed primo nominatus primo vocetur, eo deficiente vocetur sequens in ordine. Ita dicit *Gloss. singularis verbo non exprimat in L. Gallus §. quidam recte ff. de liber. & posthum. Thus. concl. 274. num. 33. Cened. singular. 50. num. 16.* confirmetur, igitur judicatum Lisboa 27. de Abril de 1650. Lemos.

Sive Trebatius à Labeone dissentiat, sive Labeo cum Trebatio conveniat, neuter Provisoris sententiam nimis propere jactam probabit, quia hoc loco verum filium accipi oportet: neque testatorem de alio loquutum esse apparet: ut lavoleni utar verbis in citata *L. ultim. ff. de jur. deliber.*

Et pro vera hujus controversiæ resolutione, in qua nullatenus dubitatur, an filij naturales appositi in conditione, substitutos excludant? Sed nimirum, an ex dispositione testatoris, quam præ manibus habemus, filij naturales pariter cum legitimis admitti debeant? Legenda quidem, & consideranda est tota instituentis dispositio, ubi enixe, & geminatis verbis, & commendationibus ostendit, se ante oculos nimium habere suorum perpetuitatem, & splendorem, ideoque lineis, ac masculinitati descendendum plurimum consulens, sic ait fol. 7. vers. ibi: *Trasporto mais, &c. a meus quatro irmaõs, & a seus quatro troncos descendentes por linha masculina legitimos, & naturaes por iguaes partes*; & statim subjicit ibi: *E seus successores machos de macho legitimos in perpetuum, precedendo, & continuando sempre o mais velho*; & ibi: *Nicolao Ximenes seu irmaõ, & seus descendentes na dita forma*, quod non semel ita ibidem explicatum, ac repetitum legimus d. fol. 8.

Plane ex hac dicendi serie, formaque, & orationum dispositione, neque juridice, neque grammaticè dici potest testatorem de filio naturali tantum loquutum fuisse, eundemque cum legitimis pariter, & indistincte admittere voluisse; tum quidem ex natura rei, in qua naturales à maioratum, Capellarumque



ſarumque adminiſtratione excluduntur  
( Capellis namque, & maioratibus ferme  
communis Lex eſt *Cald. ſi curatorem verbo  
prohiberi num. 96. Cod. de in integr. reſtit.* )  
niſi expreſſe vocati ſint, *Molin. lib. 1. cap. 4.  
num. 48. & ſeq. & lib. 3. cap. 2. num. 41. ubi  
d. num. 48. ibi: Niſi ſpecialiter, & expreſſis  
verbis vocati ſint, & ibi d. cap. 3. num. 45.* in  
quo filij ſimpliciter vocati ſunt, nunquam  
eſſe filios naturales admittendos. *Gam. dec.  
102. Flor. 1. variar. q. 16. §. 1. num. 13. Ca-  
ſtilh. quotidian. lib. 5. alias 3. cap. 42. & 82.  
Pereir. dec. 14. num. 4. & ſatis probatur in  
L. ex facto §. ſiquis rogatus o. ff. ad Treb.  
juxta verum illius ſupra intellectum, de  
quo *Molin. d. cap. 3. num. 43.* quem defen-  
dit *Cald. de nomin. q. 20. a. num. 12. Flores  
ſupra num. 19. Phæb. 2. p. dec. 171. num. 28.  
Gratian. forenſ. cap. 218. num. 13. Fuſar. de  
ſubſtit. q. 354. & 360. ex num. 4. & 361. n.  
13.* quod procedit etiam ſi legitimati ſint  
per Principem. *Reynof. cum multis obſervat.  
33. num. 10. Phæb. 1. p. dec. 97. num. 27.* qua-  
re legitimati non comprehenduntur appel-  
latione legitimorum. *Idem ibi n. 30.**

25 Tum etiam ex ipſamet diſponentis orz-  
tione, in qua ſucceſſurum legitimum, &  
naturalem eſſe jubet ac ſeniorẽ; certe ne-  
que legitimus niſi ſit naturalis, neque natu-  
ralis niſi ſit legitimus admittendus erit; id  
enim mens, & voluntas oſtendunt, idque ex  
lectione comprehenditur, illa enim parti-  
cula, & proprie vim habet conjungendi, *L.  
ea tamen ff. leg. 3.* & in præfata oratione  
utramque qualitatem copulat; quare pars  
unius copulativæ aliam declarat, ut bene no-  
tat *Surd. dec. 129. num. 9.* ita ut ſic ſenſus,  
quod ſucceſſor ſi fuerit legitimus, ſit quo-  
que naturalis, ſi vero naturalis fuerit, ſit uti-  
que legitimus; nec ſufficit eſſe naturalem  
tantum, vel tantum legitimum; nam verba  
*legitimos, & naturales,* non ſolius legis fa-  
ctum demonſtrant, ſed naturæ, quo caſu  
neque legitimati continentur, neque ij, qui  
ab initio fuerunt legitimi, ſi non ſint etiam  
naturales, & ita illa loquutio ac oratio non  
potest referri, niſi ad eum, qui ſit legitimus  
ſimul, & naturalis, hoc eſt ex juſtis nuptijs,  
ut his verbis explicat optime *Ant. Fab. de  
errorib. pragmat. decad. 35. error. 6. num. 8.* &  
profecto ubi qualitas legitimatitatis natura-  
lis requiritur, ejuſque naturalis tantum ad-  
mittendus erit. *Molin. ſupra d. cap. 3. num.  
45.*

26 Quod apertius convincitur ex ipſa diſ-  
poſitione etiam inferius ſcripta fol. 8. in fin.  
ibi: *E ceſſando as ditas linhas masculinas de  
machos legitimis, & naturales do dito meu ir-*  
Pars II.

*maõ Ruy Nunes Ximenes,* ubi teſtator ipſos  
quos nominaverat, & cognoverat, legitimos,  
& naturales appellat, cum ita ſit quod inter  
eos nullus eo tempore naturalis tantum ex-  
titiffet, quaſi poſtea ſucceſſuros ejuſdem,  
ideſt utriuſque qualitatis eſſe voluiſſet, nec  
aliter naturales intellexit, niſi quoque legi-  
timi fuiſſent.

27 Nec in hoc caſu prædictorum verborum  
alius ſenſus eſſe poteſt, nec qualitates ſcili-  
cet legitimi, & naturalis alternative aut diſ-  
junctive accipiendæ ſunt, ita ut ſufficiat al-  
teram partem eſſe veram juxta *L. plane §.  
pen. ff. leg. 1.* ac ideo ſatis ſit appellatum fi-  
lium eſſe naturalem, licet deſiciat qualitas  
legitimi, ut expreſſe cenſeatur admiſſus, nam  
ultra quam quod ex ſupra dictis convinci-  
tur, ſi hoc admitti potuiſſet, & filij legitimi,  
aut naturales ita alternative admitterentur,  
ſequeretur quod filius naturalis ſenior ejuſ-  
dem parentis, qui poſtea filios legitimos ha-  
buiſſet, legitimis eſſet præferendus, vel  
etiam fæminis legitimis, quæ vocantur poſt  
extinctionem maſculorum, hoc autem quã-  
tum à juris diſciplina diſſideat, nemo eſt qui  
ignoret.

28 Quinimo exiſtimarem, quod ſi ſapientiſſi-  
mus Dominus animadverteret ad exempla,  
quæ ſequuntur in explicatione facta, & no-  
tata ab *Aug. Barb. de diction. uſu freq. dictio  
110. num. 20.* ex quo num. 19. ipſe fideliter  
transcripſit dicta ſupra in elegantiffimo ſuf-  
fragio, nuſquam putaiſſet, quàm in diſpoſi-  
tione, de qua agimus, copulæ naturam non  
eſſe conjungere, ſed inducere ordinem, nam  
nimium diverſa eſt loquutio, de qua *Barb.  
ſupra* prout in dicto exemplo pateſcit, & nos  
latius expendere, niſi prolixior fieret hoc  
reſponſum, & valetudo ſuffragari potuiſſet,  
ex quibus Proviſor corrigatur. *Lisboa 20.  
de Mayo de 1650. Souſa.*

29 Satis dubiam reddere quæſtionem vide-  
batur ſapientiſſimi Domini ſecundo loco di-  
centis reſponſum doctiſſimum; cæterum  
conſideratis verbis, quæ ipſe fideliter tranſ-  
cripſit, magis prima placet opinio, quam ut  
communem, tam in conſulendo, quàm in ju-  
dicando affirmat, multis laudatis, *Fuſar. de  
ſubſtit. q. 406. n. 1.*

30 Certum eſt enim voluntatem teſtatoris  
ſemper obſervandam ſecundum juris rudi-  
menta, deinde verba prolata aliquid operari  
debere, *L. 3. in princip. ff. de jure jurand. L.  
ſi quando ff. legat. 1. cum alijs:* hoc ſuppoſito,  
inveniemus verba in inſtitutione, quorum  
meminit ſapientiſſimus Collega, quibus ſi ad  
conjecturatam mentem teſtatoris inſtitu-  
entis accedimus, inveniemus per filium na-  
turalem



turalem esse exclusum substitutum, quemcunque alium etiam legitimum, per ea que eleganter *Mantic. de conjectur. lib. 11. tit. 12. num. 9.* & hæc est opinio *Bart. in L. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebel.* nam quoties testator, ut ipse tenet, in aliqua parte testamenti mentionem facit de filiis naturalibus, eos excludere ad successionem haud voluit; etiam *Menoch. conf. 66. num. 23.* & *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 78. numer. 31. alias 41.* alios laudat *Fusar. ubi supra n. 21. & q. 314. num. 6.* non enim abhorret naturales, qui de eis mentionem facit; & hæc opinio etiam est *Molin.* quem laudat præcedens doctissimus *Doct. lib. 3. cap. 3. n. 45.* ubi ejus *Additionator*, qui & si à *num. 41.* in contrariam tendat sententiam cum *Averdun. Castilb. & alijs*, omnes tamen unanimiter fatentur, quod quoties institutor mentionem fecit naturalium, ipsi ex vocatione deficientibus legitimis admittendi sunt ad exclusionem substituti.

31 Nec contrarium suadet ex verbis vocationis ibi: *Filios legitimos, & naturales*: quasi velit præcedens dominus illam dictionem, & esse copulativam non disjunctivam; quia respondetur ex eo, quod in una, & altera parte vocavit, *filios legitimos, & naturales*, illæ verborum geminationes magis enixam voluntatem inducunt instituentis ad excludendos substitutos, *Arg. L. Balista ff. ad Trebel.* & si dicamus illa simpliciter prolata de primo actu sunt intelligenda, nempe quod succedant filij legitimi, & in eorum defectum naturales, *Arg. L. dotis promissio ff. de jure dot.* facit deinde, quia ut dixerat primus dominus, non copulativa, sed disjunctiva videntur esse prolata verba in favorem naturalis. Deinde quia certum est, quod cum linea vocatur, filij naturales in defectum legitimorum vocati censentur ex *Peregrin. de jur. fisci tit. de naturalib. liberis sub num. 9.* & *de fideicom. art. 22. à num. 8. Gutier. præcticoar. lib. 2. q. 155. num. 2. vers. naturalis*; ergo non potest dari dispar ratio, cum filij legitimi, & naturales vocantur. Tandem quia in defectum illorum filiorum substituta est pia causa, & tunc filij naturales faciunt excludere eam substitutam ex *Fusar. ubi supra num. 47.* ex quibus hæc potius in jure, quam in facto consistunt, optime se habuit Provisor rejiciendo exceptiones, & sic ejus placitum potius cum primo domino amplector, & ex dictis respondeo subtilitatibus sapientissimi Domini secundo loco dicentis. Ulyssipone 27. Maij 1650. Gama.

32 Indubitabilis mihi apparet sententia secunda ex optimis fundamentis à doctissimo

Domino adductis; illa enim verba relata in dispositione sol. 7. & alijs locis citatis ibi: *Filios legitimos, & naturales*, non disjunctive, sed copulative intelligi oportet; cum id etymologiæ, & verbo filij conveniat, secundum ea, quæ communiter *Scribentes ad tit. qui filij sunt legitimi, & L. filium diffinimus ff. de his qui sunt sui*; alij namque illegitimi sunt, quales dicuntur naturales, & spurij; alij vero legitimi, quorum duplex est differentia: vel legitimi tantum, quia à sola lege, non autem à natura approbantur, ut sunt arrogati, & adoptivi; alij vero legitimi, & naturales simul, quales dicuntur illi qui ex justis nuptijs secundum patriæ morem procreati sunt juxta *d. L. filium* plane id disponens in locis citatis de filiis legitimis, & naturalibus loqueretur, expresse de illa ultima specie tantum intelligere voluit; neque ad naturales respicere intendit, cum nulla alia verba ultra prædicta posita cernantur; aliter enim *regul. L. in conditionibus ff. cond. & demonstr. & Lex facto §. si quis rogatus ff. ad Treb. offend.* & evenire possit, quod si filij tantum legitimi, qui adoptivi appellantur, legitimos, & naturales excluderent, quod nemo admittit in hac hypothesis, & ita ad revocationem sententiæ omnino cogor. Ulyssipone 1. Junij 1650. Velho.

Si filij tantum vocarentur in istiusmet Capellæ institutione dubitari posset, an naturales filiorum nomine includerentur, & pro naturalibus acerrimus propugnator aderat *Larrea dec. 32. per tot.* Verum vocatis filiis legitimis, & naturalibus omnis cessat disputatio, quia illis verbis expressa exclusio naturalium reperitur, & non vocatio, ut appellatus desiderat, & illius desiderio annuentes Provisor, & Patres sapientissimi, qui primo, & tertio loco dixerunt. Ita ex *Menoch. lib. 4. præf. 78. num. 67.* & *Mantic. de conject. lib. 11. tit. 9. num. 1.* tenuit præceptor *Correa 2. p. rubr. qui filij sint legitimi: mibi num. 30. vers. limitatur tamen, Honded. conf. 64. num. 5. vers. ceterum vol. 18. Giurb. de feud. §. 1. gloss. 9. num. 5. in fine*; ubi cum constitueret, naturales non admitti in feudis, addidit hæc verba (*ne quid ergo dubit sit, addidit textus, legitimo, & naturali, ut feudorum naturæ se conformem redderet*) quibus verbis asserit tunc exclusiones naturalium fieri extra omne dubium, quando vocantur legitimi, & naturales; interpretationes horum verborum factas disjunctive, & ordinative, ut post legitimos vocentur in illis naturales, anxie quærens, non inveni, imo apud omnes unanimi consensu exclusionem expressam, & interpretationem conjunctivam,



junctivam, quare ſecundo, & quarto loco differentibus ſapientiffimis accedo.

[34] Illud non parum opitulari appellato videbatur, quod naturalis eſſet, ut legitimatus à Principe, quia tales pro legitimis reputantur, & ab illis non differunt; *Auth. quibus mod. natural. efficiantur legitimi § ſit igitur licentia collat. 6.* referens non ſemel iudicatum *Phœb. dec. 172. num. 14.* & plura cumulans *Fuſar. de ſubſtit. 9. 408. à princip.* Verum quidquid ſit in fidei commiſſis in Hiſpaniæ maioratibus legitimatos Principis reſcripto non admitti, nec excludere ſubſtitutos verius, & receptius eſt, ut eleganter noſter *Gama explicat dec. 278. per tot. & ſi aliter iudicatum aſſerat in omnibus inſtantijs Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 3. & ſeqq. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 2. num. 1. alter Molin. de juſt. tract. 2. diſp. 174. Cevalb. comm. contra com. 9. 2. num. 53. Cervantes L. 12. Tauri num. 48. Honded. d. conf. 64. num. 17. Caſtilh. qui plures cumulatur tom. 5. controv. cap. 106. per tot. quibus acceſſit Præceptor communis in cap. per venerabilem qui filij ſint legitimi num. mihi 60. verſ. illud tantum omittere non duxi, tum ex dignitate inſtitutorum, tum vel maxime ex jure formato competente ſubſtitutis ſpe probabili, ex cauſa de præterito, cui Princeps in legitimatiſationis reſcripto præjudicare non intendit, ut exprimit in clauſula illa fol. 20. verſ. ibi: Mas não he minha tenção por ella ſer feito prejuizo a alguns herdeiros lidimos, ſe os ouver, & a outras quaesquer peſſoas, que algum direito hação em os ditos bens, & couſas, que aſſim lhe forem dadas, ou deixadas; & ita iudicatum refert *Phœb. & reviſionem denegatam fuiſſe dec. 97. artic. 27.* ex quibus appellatum nec ut naturalem, nec ut legitimatum admittendum ad Capellæ adminiſtrationem, de qua contenditur, firmiter aſſero, Proviſore revocato. Ulyſſipone 5. Junij 1650. Pereira.*

No feito de Manoel Correa de Lacerda com Francisco Fernandez Monteiro, Eſcrivão Manoel de Goes Pinheiro, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Vistos eſtes autos, libello do A. contrarietade do R. forma da inſtituição do morgado de que ſe trata, provas dadas; moſtraſe pedir o A. ao R. lhe reſtitua os bens do morgado, que inſtituiu Francisco Fernandez Monteiro, com fundamento de haver o dito inſtituidor, em deſeito de filhos herdeiros de ſeu neto Fernão Correa de Lacerda, chamado à ſucceſſam do dito morgado o parente mais chegado da familia, & appellido dos Monteiros, & que eſtas qualidades ſe veriſicão no A. por haver fale-

Pars II.

cido ſem filhos legitimos o dito Fernão Correa de Lacerda, & ſer o A. da dita familia, & appellido, & parente mais chegado do inſtituidor. Moſtraſe, que ſuppoſto que o R. ſeja filho natural do dito Fernão Correa de Lacerda, não foy chamado à ſucceſſão do morgado, de que ſe trata, porque quando o inſtituidor nomea para a ſucceſſão de morgado filhos ſem exprimir naturaes, ou legitimos, ſe entende de legitimos ſómente, nem he viſto ſerem os naturaes chamados, ſenão quando ao menos por conjecturas conſta da vontade do teſtador, o que no caſo preſente melhor declara a forma da inſtituição, onde o inſtituidor inſtitue em falta de herdeiros de ſeu neto Fernão Correa de Lacerda, no que foy viſto excluir os naturaes, que nam podiam ſer herdeiros do dito ſeu neto por ſua qualidade. Moſtraſe, que ainda que na inſtituição dos morgados feita por homem mecanico, ſe entenda ſerem chamados filhos naturaes, nam pôde eſta reſolução ter lugar no caſo preſente, aonde quando Francisco Fernandez Monteiro inſtituiu o morgado de que ſe trata, havia ſervido em a Villa de Zurara, onde ſervia os officios nobres, & por elles, & pelo trato de ſua peſſoa, & caſa, gozava o privilegio de nobre; nem o officio, & arte de piloto, que antes exercitava, ſe reputa por mecanico, antes o premiava ſempre os Senhores Reys deſte Reyno como nobre. O que tudo viſto, com o mais dos autos, condeno o R. a que reſtitua, & largue ao A. os bens do dito morgado com os frutos da lide conteſtada até final ſentença, & pague as cuſtas deſtes autos. Porto 12. de Fevereiro de 1662. Duarte Ribeiro de Macedo.

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Senatam Portuenſem, ubi fuit lata ſententia ſequens.

Acordam os do Deſembargo, & c. Nam he aggravado o aggravante Manoel Correa de Lacerda pelo Corregedor do Cível, em o condenar largue ao A. Iacome Carneiro de Barros os bens do morgado inſtituido por Francisco Fernandez Monteiro; nem outrosim ſão os AA. aggravados pelo dito Corregedor em abſolver o R. dos bens dos prazos pedidos no libello, & das Capellas, que ficaraõ de Maria Balthesar, & Marqueza Antonia, cumpraſe ſua ſentença por ſeus fundamentos, & o mais dos autos, & condenão o R. nas duas partes das cuſtas delles de ambas as inſtancias, & os AA. na terçaparte. Porto 11. de Janeiro de 1663. Souſa, Soares.

Heç ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

In quaſtione de qua agitur, utrum filij naturales excludant ſubſtitutum, adeo varia-



sunt Doctorum sententiæ, ut sibi ipsis contradicant, quidam affirmativam, quidam negativam partem sequentes, ut videre est apud *Costa in §. & quid si tamen 5. p. n. 78. Menoch. lib. 4. præsumpt. 78. Fusar. de subst. q. 406. plenissime Castilb. lib. 5. contr. cap. 82.* qui afferunt omnia, quæ in materia dici possunt. Resecatis ambagibus, & consideratis omnibus, quæ à doctis patronibus allata sunt, existimo optimi sententiam Præsidis confirmandam, dum R. filium naturalem à successione maioratus excludit; & in hac sententia adhæreo resolutioni *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. ex num. 41. & lib. 1. cap. 4. ex num. 45.* ubi post alios allerit, quod filius spurcius, & bastardus, & naturalis de familia, domo, agnatione, vel cognatione maioratus institutoris dici non potest, nec arma, & insignia illius deferre potest, exornat *Pereg. de fideicom. art. 22. à num. 81. & concludit ipse Molin. dict. num. 41.* quod filij naturales raro, aut nunquam admitti poterunt ad maioratus successionem, ad quam filij, & descendentes simpliciter vocantur absque adjectione verbi, legitimis, nisi ex serie institutionis aliud colligatur; non enim credendum est, maioratus institutorem familiæ decus, atque splendorem in persona filij naturalis ponere voluisse, & quod licet in fideicommissis procedant resolutiones, & dubia adducta per D. D. *ad text. in L. ex factō §. si quis rogat ff. ad Trebellian.* ad primogenij tamen successionem, in quo filij simpliciter vocati sunt, nunquam filios naturales esse admittendos *ad lib. 3. cap. 7. num. 4.* allerit, quod filius naturalis nec habitu, nec potentia, nec spe est successibilis in maiortu, sequitur *Castilb. dict. lib. 5. cap. 82. à n. 41.* ubi alios plures refert, & apud nos idem judicari constat ex *Gabr. Pereir. decis. 14. Phœb. decis. 97.*

38 Hæc, quoad maioratum de quo agitur; dixisse sufficiat pro confirmatione meritissimi Præsidis, cætera apud D. D. videri possunt.

39 In testamento fol. 17. declarat institutor, se esse administratorem cujusdam Capellæ Mariæ Balthasaris, & alterius sororis Marquesiæ Antonie: Advertendum est, quod in illis diversum jus versari potest, cum naturales matribus sint successibiles, nisi sint nati ex damnato, & punibili coitu *Auth. ex complexu Cod. incestis nupt.* & ab illis Capellis non inter ascendentes R. licet naturalis ex rationibus, & juribus adductis à *Castilb. dicto cap. 82. num. 44.* & quamvis A. in libello de prædictis Capellis non agat, poterunt tamen earum bona esse mixta cum

alijs, quæ petit; Reus enim in 13. articulo fol. de eis agit, videtur R. absolvendum ab illis.

Sic etiam videtur absolvendum ab emphyteusibus, quas institutor declarat fol. 12. qui cum non potuerint uniri maioratui, & debeant judicari secundum scripturas investiturarum, & A. non doceat, quo jure ad se pertineant, & tamen illas petat in 11. articulo libelli fol. 4. videtur quod debeat sequi absolutio, in prædictis duobus supplementa, & addita ipsius præsidis sententia. Porto 6. Junij 1662. Soares.

Resoluta à sapientissimo Domino cum suo eleganti suffragio libenter amplector; quia quoad maioratum à Francisco Gonçalves Monteiro institutum, in quo consistit principale pondus hujus controversiæ, certa est juris regula, & ab omnibus approbata filium naturalem non excludere substitutum, quando in institutione simpliciter vocantur filij, & descendentes, sine adjectione verbi (legitimi) & institutor est nobilis, honestæ vitæ, & in dignitate constitutus, tradit *Molin. de primog. lib. 3. cap. 2. n. 43. & 45. Pelæes de maioratib. 1. p. q. 51. n. 202. & 208. latissime Castilb. quotid. lib. 5. cap. 82. à num. 41. verbo asserit,* quod quando in maiortu fiunt plures vocationes, & substitutiones cum clausula, si sine filiis decesserint, nunquam naturales admittuntur, nec continentur sub nomine filiorum, & descendentium, nisi ex serie, & tenore dispositionis, & ex alijs manifestis indicijs contrarium constet, cum tales naturales, nec de domo, nec de familia, agnatione, nec de cognatione reputentur, nec arma, nec parentum insignia deferre possunt, & per consequens, nec in primogenito, & maiortu succedere valeant prosequitur idem *Molin. supra num. 45. & lib. 1. cap. 4. num. 45. cum seqq. Castilb. supra num. 41.* ubi cum alijs ait non esse credendum voluisse testatorem apponere in persona filij naturalis splendorem, & decus suæ familiæ; *Cald. forens. conf. 11. num. 28. & 29.* semper namque in successione maioratus debet inspicere nobilitas, & dignitas instituentis, cum talis nunquam de naturali sensisse intelligitur, quia ut ille inquit *num. 31.* verecundia esset ei velle, quod ad naturales, & bastardos domus sua deveniat, præcipue, quando instituens suæ familiæ consulere voluit, prout in præsentis, ut satis colligitur ex verbis institutionis fol. 10. vers. ubi: *Considerando como nenhuma casa, nem familia se podia conservar sem bens de que se sustente,* facit in confirmationem hujus resolutionis sententia, quam referi



refert *Gabr. Pereir. decif. 14. num. 4.* & quod iudicatum tradit *Phab. 1. p. decif. 97.* contra filium naturalem legitimatum ex fundamentis ab eo adductis à *num. 27. late Reynof. obf. 33. num. 4. ubi num. 11.* in filio naturali plebei ſolum contrariam opinionem ſequitur, eo quòd cum æqualiter ſuccedat cum filiis legitimis, habilis manet ad maioratum conſequendum, & extra dubium eſt filium naturalem plebei facere deficere conditionem in hoc Regno (ſi ſine filiis deceſſerit) ut per eundem *Reynof. ſupra, Coſta in cap. ſi pater, verbo abſque liberis num. 35. cum ſeqq.* In præſenti ſatis conſtat de nobilitate institutionis, & ſuorum deſcendentium, qui jam tempore factæ institutionis nati extabant, & eos nominibus expreſſis vocavit, familiam, & generationem *dos Monteiros*, ex qua proceſſit A. & eſt proximior conſanguineus, iam reſpectu inſtitutoris, quàm poſſeſſoris, & cum Reus ſit filius naturalis Ferdinandi Correa nepotis inſtituentis, & ſic incapax, & inhabilis ad ſucceſſionem huius maioratus juxta ſuperius reſoluta, merito fuit à meritiffimo Præſide condemnatus, & juſta mihi videtur in hoc puncto ejus ſententia.

Circa bona Capellarum relicta à ſororibus Mariæ, & Marqueſiæ, & circa bona emphyteutica, à quibus meritiffimus præſes Reum abſolvit per declarationem factam in ſuo ſecundo decreto fol. 285. ejus ſententiam libenter confirmo cum ſuperiori Domino. Quia Actor non oſtendit titulum, nec jus aliquod, cujus virtute poſſint dicta bona ad eum pertinere, nec de inſtrumentis emphyteuticis, nec de inveſtituris conſtat, & merito fuit Reus quamvis filius naturalis abſolutus, ex illa vulgari regula, quòd Actore non probante, venit Reus abſolvendus, & his omnibus optimum Præſidem confirmarem. Portu 9. Januarij 1663. Souſa.

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata, Judices, Baſto, Sylva & Souſa.

Et fundata fuit in deliberationibus ſequentibus.

Singillatim agendum nobis eſt de maioratu inſtituto per Franciſcum Fernandez Monteiro de emphyteuticis prædijs, filio ſuo ad maioratum vocato nominatis, & denique de Capellis per Mariam, & Marqueſiam vinculatis: quoad maioratum indubitati juris eſt, quòd quando quis naturalium deſectum, ob illegitimitatem patitur ad maioratus ſucceſſionem regulariter non admittatur. *Pereir. de Caſtr. decif. 14. num. 2. Flores var. 9. 16. 31. num. 6. Peregr. de fideicom. Pars II.*

*art. 28. num. 4. Faq. lib. 4. contr. cap. 102. Gaſp. Ant. Theſ. forenſ. 9. 5. num. 4. & 9. 117. num. 17. lib. 3. Cevalh. comm. contra comm. 9. 164. Cald. conſ. 9. à num. 40. Menoch. lib. 4. de præſumpt. præſumpt. 68. Molin. lib. 3. cap. 3. à num. 41. & licet non inſiciamur, quòd in re dubia multum conducant volūtatis conjecturæ, ut docuit *Vlpian. in L. ex factò §. ſiquis rogatus ad Trebel.* nulla in præſenti institutione invenitur, quæ in favorem Rei veretur. Neque Rei deſenſio juvari poteſt ex eo, quòd de nobilitate institutionis dubitatur, nam licet apud nos ſint filij naturales ſucceſſibiles mechanicis parentibus *ex Ord. 4. tit. 92.* ac ſi naſcerentur ex matrimonio legitimo, ut per *Molin. de juſt. diſp. 166. Pereir. decif. 12. Martb. de ſucceſſ. legal. 1. p. 9. 17. art. 1. Cald. de nominat. 9. 12. num. 59.* & licet nobilitas non præſumatur, cum ſit qualitas accidentalis, inſtitutor maioratus nobilis ſemper præſumitur, quia non vilis, & abjecta perſona reputatur attendere ad conſervationem familæ, quòd eſt finis conſtituendi maioratum, unde eo ipſo, quòd quis maioratum inſtituit, illum ſubdidit legibus naturales excludentibus, ut tenet in terminis terminantibus *Caſtilb. contr. lib. 5. cap. 82. num. 41. qui cum Flores ad Gam. decif. 2. in princ. & var. quæſt. lib. 1. 9. 16. n. 33.* ait in hæc verba.*

Vestiſijs Ludovici adherens, non reſtringit quæſtionem iſtam ad terminos dicti §. *ſi quis rogatus*, an ſcilicet inſtitutor maioratus in dignitate ſit conſtitutus, ut filios naturales excluſiſſe videatur, ſed eo ipſo, quòd quis maioratum inſtituit, videri ex ejuſdem maioratus natura, & ſine excludere naturales. Et in eodem numero, ibi: *Sed in quocunque inſtitutore id ſtatueri.*

Eo vel maxime, quando inſtitutor Franciſcus nobiliter ſe gerebat, filiamque ſuam nobili viro dederat in matrimonium, quo acquiſivit ſaltem medium nobilitatis ſtatum, ſufficientem ad excludendos naturales, ut ex pluribus reſolvit *Carvalh. ad cap. Raynald. de teſtamentiſ p. 1. à n. 457.*

Quo autem ad bona emphyteutica ad vi-  
tas, etiam juris eſt indubitati, non poſſe in maioratu vinculari. *Bocafius de cenſib. 2. p. num. 76. Corbub. de privat. ſcript. cap. 14. comparat. 49. num. 1. & 16. Cenſ. de cenſib. 1. p. cap. 2. 9. 2. à num. 2. num. 4. Lara de anni-  
verſ. lib. 1. cap. 19. num. 14. Addent. ad Mo-  
lin. lib. 2. cap. 10. num. 71.* refert multoties iudicatum *Brito de locat. §. 2. num. 54. Ca-  
bed. 1. p. decif. 130. Phab. decif. 6. Gam. de-  
cif. 70. & melius decif. 214. Caſtilb. lib. 4. cap. 13. à num. 19. noviffime Pater Pinheir.*



de censib. 2. p. disput. 4. cess. 7. à num. 144. & hoc intelligens institutor prædictus emphyteusim nominavit filio suo fol. 12. vers. & filius nominavit Reum consobrinum fol. 313. vers. quin possit Reo obstare defectus natalitius, & etenim in contrarium stylus, & praxis, de qua testatur *Phab. 2. p. decis. 161. n. 28.*

47 De Capellis nihil decidere tenemur, quia ultra petita judicare minime possumus, ex *Ord. 3. tit. 63. in princ. & tit. 66. §. 1. Cabed. 1. p. dec. 72. num. 3. Sousa de Maced. dec. 58. num. 4.* & si ad decisionem venire teneremur, Reus veniret absolvendus, nam in jure nostro de possessoris jure non curamus, sed de jure Actoris, *L. fin. ubi gloss. & Bald. Cod. reivend. & jus metimur ex persona Actoris, Barth. in auth. hoc locum num. 12. Cod. secund. nupt. & Actoris intentio fundari debet in jure suo affirmativo, non in negativo Rei, secundum Bald. in L. curæ melior col. 11. vers. idem tertio dubio ff. solut. matr. & Reo sat est, si dubiam reddat Actoris actionem. Bald. cons. 79. num. 7. vol. 2. Cravet. cons. 6. num. 27. Surd. cons. 1. n. 72. Cornaz. dec. 1. num. 11. & decis. 83. Giurb. ad stat. C. 7. gloss. 10. num. 6.* Autor autem non probat quantum desiderat intentio sua, ut concludat; venit ergo in una, & altera parte sententia inferioris Senatus confirmanda. *Vlyssipone 5. Julij de 1663. Sylva & Sousa.*

48 Sumus in institutione maioratus valde arbitraria, in qua nec legitimi specialiter vocantur, & consequenter naturales non sunt, nec censentur exclusi, imo videntur comprehensi in linea descendentiæ, & prælati collateralibus ex institutione contractus à fol. 10. vers. & seqq. & ex testamento à fol. 14. vers. quod meo judicio concordat, & ex sequentibus apparebit. Clausula institutionis contractus instituentis, celebratæ cum filio Ioanne de Paz Monteiro sic se habet à fol. 13. *Que nos ditos bens succeda sempre per via de morgado, & preceda sempre macho à femea em quanto o ouver, ou sua descendencia; nunca succeda a femea, nem parente algum transversal, em quanto durar a linha da parte, em que entraõ a successão, posto que seia femea, porque esta, quer elle instituidor, que se prefira ao macho da outra linha.*

49 Supposita latitudine arbitrij ab institutore relictæ, quatenus inquit, quod masculus fæminæ præcedat, adierit, vel sua descendentiæ, naturales comprehendere, & transversalibus, naturales præferre, qui hoc verbum descendentiæ comprehendit natura-

li significatione, & respicit filios naturales, & ex alternativa, vel masculino succedente, substituatur, ut eleganter prosequuntur citati à docto avvocato fol. 261. vers. videntur: intelligendo, vel pro, etiam, ut exponit *Calepin.* ex alijs authoribus; & hoc arbitrium corroboratur à doctoribus disputantibus, quando appellatione filiorum, si sint positi in conditione, veniant soli legitimi, vel etiam naturales, ut excludant substitutum, de qua post multos optime *Aug. Barb. de appell. verb. juris signif. appellat. 99. à n. 13.* ubi à num. 19. citat sequentes partem affirmativam, & regulam affirmativam tenentes, cõmuniter resolventes, naturales substitutum excludere, ut post *Gloss. verb. absque liberis tenent omnes in cap. in presentia de probat.* quos citat ipse *Barbos.* & dicit consentire *Bart. Angel. Alex. in L. ex facto §. siquis rogatus ff. ad Treb. & ab omnibus receptum dicit Corras. lib. 1. mesclan. cap. 7. num. 1.* & alij, quos refert, & sequitur *Duen. regul. 353. Mantic. de conjectur. ultim. vol. lib. 11. tit. 9. à num. 2. Peregrin. de fideicommiss. art. 28. num. 39. & 45.* & sic habet Reus suam intentionem in regula. Pro qua opinione adducunt *text. in L. ex facto §. siquis rogatus,* qui arbitrium nostrum confirmat in casu præsentis, in quo testator probatur humilis conditionis, & in nulla constitutus dignitate, & sic ex vi comprehensiva voluntatis dicendum est, dum in verbis: *E preceda sempre o macho em quanto o ouver em sua descendencia,* admittere naturales, quia naturaliter, & civiliter de naturalibus habet intellectum, & non debet solum civiliter intelligi de legitimis in præsentis, atque dum superest descendentiæ per lineam masculinam, & in naturali non datur saltus ad A. transversalem, nec contrarium facit clausula testamenti, si valida admittatur sine præjudicio veritatis, quia dum fol. 18. inquit: *Declaro, que nesta Capella, que fiz com meu filho João de Paz, depois delle fica a sua irmãa Dona Maria, & della a seu filho, & meu neto Fernão Correa, & na dita instituiçãõ nam fiz declaraçãõ, que sendo caso, que o dito meu neto Fernão Correa não haja herdeiros, nem minha neta Dona Mariana de Lacerda sua irmãa, fique distincta a Capella; declaro, que venha à geraçãõ dos Monteiros, que nesta terra tenho, &c.* Quia ex dicto proemio melius mens, & intentio disponentis colligitur, & quod non vocat transversales, nisi casu extinctionis descendentiæ, & descendentiæ eorum, etiam hæredibus deficientibus, ne Capella devolveretur vacans Regiæ Coronæ; & confirmatur alijs



alijs verbis: *O que Deos naõ permita*, quo magis de ſua nota deſcendentia dicta intelligantur, quàm de ignota, & incerta tranſverſalium, quam in ſolatium amiſſæ deſcendentie elegerat, & ne omnino ejus memoria extingueretur, Capella ad Regiam Coronam devoluta.

50 Ex quibus tentari poteſt, Capellam in ultimo deſcendente eſſe nominationis, & in hærede nominari poſſe, ut ſignificant verba (*Naõ hajaõ herdeiros*) & hæredes tranſverſalibus ſubſidiaribus mediante inſtitutione præferri: quibus ſic arbitratis, nulla tergiverſatione dicendum venit, ſequendo voluntatem patris inſtituentis in Reo tranſferre maioratum, Ioannem primum inſtitutum per inſtrumentum incertum à fol. 313. & tanquam contrahens ſimul cum patre inſtituente, ut patet ex ipſo contractu inſtitutionis, & ex teſtamento fol. 18. ibi: *Que neſta Capella, que fiz com meu filho Joaõ da Paz Monteiro*; & vel quaſi inſtituendo ſimul, vel teſtando de facto proprio legem contractus inſtitutionis poſſe declarare, & tale ſuum arbitrium obſervari debere, & non fruſtra teſtator loquutus, inquit: *E preceda ſempre o macho em quanto o ouver em ſua deſcendencia*, nullatenus de deſcendentia naturali filie ſentiendo, quæ eſt altera conjectura ex qualitate, ſicut ex dignitate teſtatoris, quibus noſtra regula receptior limitatur, & tanquam receptior, & verior traditur ex *d. Barb. citato loco ſupra num. 19. ad fin.* ex quibus ſic breviter adductis ex latiffime traditis per DD. in noſtro caſu, parcat authoritas Senatus inferioris, & præcedentis Domini ſapientiffimi; quia ſecundum jura, & quod in noſtro caſu æquum eſſe exiſtimavi, arbitratus ſum, ſententia revocata, & ſic aggravante proviſo. Vlyſſipone 17. Julij 1663. Cardoſo.

Addo quod ſententia revocetur in maioratu inſtituto per Franciſcum Fernandez Monteiro, proviſo Reo Emmanuelli Correa aggravante, & confirmetur in altera parte gravaminis interpoſiti per AA. Iacomum Carneiro, & uxore improvifa. Cardoſo.

Convenio Baſto.

Hæc ſententia fuit impedita cum exceptionibus, quæ fuerunt rejectæ.

Et fundata fuit in deliberatione ſequenti.

51 In illa quæſtione, utrum filij naturales ſubſtitutum excludant, variæ ſunt Doctorum ſententiæ, & adeo variæ, ut ſibi ipſis paſſim contradicant; quidam negant, quidam affirmant, ut videre eſt apud *Fuſar. de ſubſt. q. 406. Menoch. lib. 4. præſ. 78. Coſt. in*

*ſ. ſ. quid ſi tamen 5 p. num. 78.* pleniffime, & lato calamo *Caſtilh. lib. 5. contr. cap. 82.* qui omnes afferunt omnia, quæ relata in iudicando, erant ſane faſtidioſa. Reſecatis igitur ambagibus, tres caſus ſunt conſiderandi ad materiam *text. in L. ex facto ſ. ſi quis rogatus 0 1. ff. ad Trebell. primus*, quamvis in inſtitutione filij naturales fuere expreſſis verbis excluſi, quæ expreſſa excluſio cum diſpoſitione juris adjuvatur. *Pereir. de Caſtr. deciſ. 14. num. 2. Flores var. q. 16. ſ. 1. num. 6. Peregr. de fideicom. art. 28. n. 4. Faquin. lib. 4. contr. cap. 102. Theſaur. forenſ. q. 5. num. 4. & q. 117. num. 17. lib. 3. Cevalh. commun. contr. commun. q. 164. Cald. conſ. 9. à num. 40. Menoch. lib. 4. præſumpt. 68. Molin. lib. 3. cap. 3. à num. 41.* Secundus caſus eſt, quando naturales ſunt expreſſe admiſſi, voluntas quippe inſtitutoris dirigit, ut Regina ſucceſſionis materiam. *Ord. 4. tit. 100. 3. de qua Gam. deciſ. 7. num. 3. Molin. lib. 1. cap. 2. num. 22. Cabed. deciſ. 121. n. 2. tom. 1. altera Ord. lib. 1. tit. 62. ſ. 46.* Tertius autem caſus figuratur, quando naturales nec reperiuntur excluſi, nec admiſſi, & in hoc caſu ſumus, & eſt in illo probabilis, quod naturales non faciant deficere conditionem, ſi ſine liberis, ſive tacitam, ſive expreſſam. *Azved. L. 11. tit. 6 lib. 5. recopilat. num. 29. Peregr. de fideicom. art. 28. n. 43. Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 43. Menoch. lib. 4. præſumpt. 78. num. 10. Coſta in cap. ſi pater, verbo ſi abſque liberis num. 40.* ubi hanc partem nerveſe defendit, & regulam conſtituit negativam: multa *Caſtilh. 5. quotid. cap. 82. n. 24.*

Magis cõmunis opinio ea eſt, ut ad cõjecturas recurrantur, & ita intelligitur *text. in dict. ſ. ſi quis rogatus* in verbis ibi: *Mibi autem quoad naturales liberos attinet voluntatis quæſtio videbitur eſſe de quibus liberis teſtator cenſerit*, explicat inter alios *Pereir. dict. deciſ. 14. num. 4.* latiffime tradit *Caſtilh. quotid. lib. 1. cap. 82. num. 16.* & quidquid dicant infra citandi, hanc opinionem procedere, quando legitimi ſucceſſores non extant, ut tenet cum pluribus *Tiraq. tract. de nobilit. cap. 15. num. 12. & de retract. conſang. ſ. 1. gloſſ. 8. num. 6. Petra de fideicom. q. 11. num. 202. in fin. Menoch. lib. 4. præſ. 88. num. 13. Mant. de conject. lib. 8. tit. 12. n. 20. & 21. Fuſar. de ſubſtit. q. 361. num. 13. in fin. & q. 314. num. 21. Addentes ad Molin. lib. 3. cap. 3. num. 41. verſ. nos vero*, attamen ſemper eſt verum dicere, ut voluntas inſtituentis expreſſa, vel conjecturata ſufficiat, ut naturales in diſpoſitione includantur ex dicto *ſ. ſi quis rogatus L. cum pater 77. ſ. volo L. L. n.*



L. Lucius 88. § Damae ff. de legat. 2. L. hereditas 79. §. Titius ff. ad Trebel. communem dicit Menoch lib 4. praes. 78. num. 2. Faquin. lib. 4. cap. 52. Gasl. lib. 2. observat. 136. num. 4. Cald. Pereir. conf. 9 num. 27. plures per Castilb. 5. contr. cap. 82. num. 13. Larr. decis. 32. num. 4. Mantio. de conjectur. ult. vol. lib. 11. tit. 9. num. 2. Fusar. de substit. q. 406. num. 2. Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. n. 42.

At quidquid supra dicta agnoscamus, mi-  
53 remurque cum ratione elegantem perorationem pro impedimentis recipiendis, nullas invenimus ita efficaces conjecturas in dispositione instituentis, quae nostrum flectere possint iudicium, ut credamus voluisse institutorem naturales filios admittere ad substitutum excludendam, ex qua ratione compellimur impedimenta rejicere. Lisboa 29. Novembris 1663. Sylva & Sousa.

Convenio Basto.

No feito de João Coelho Aranha contra  
54 João de Lafeta, Escrivão Pedro Machado Lobo das terras da Rainha nossa Senhora, se deu a sentença seguinte.

Hey os embargos por razões, & deferindo a final, vistos estes autos, petição de força de Dona Catharina Eugenia Telles viuva de Otavio de Lafeta, contestação do R. João de Lafeta, artigos de opposição do oppoente João Coelho Aranha, mais artigos recebidos, testamento junto, prova por parte do oppoente somente dada: Mostrase pela da A. ficar em posse, & cabeça de casal dos bens que ficaraõ de Otavio de Lafeta, & o possuir elle, até o tempo da sua morte os bens declarados em sua petição, dos quaes o R. João de Lafeta se meteo de posse, cultivandoos, sendo que nelles tinha o dito Otavio de Lafeta feito muitas bemfeitorias, em razão das quaes lhe tocava a posse, & retenção destes bens, posto que fossem de morgado, contestou o R. dizendo, que os ditos bens eraõ de morgado, & que nelles não fizera seu pay defunto bemfeitorias algumas, antes damnificações nos bens do dito morgado, declarados na dita petição, & em outros, que não estavam expressados nella, que lhe competiaõ como taes, & não podia ter lugar nelles a posse, & retenção, & que na vinha chamada da Serrada da Igreja, & o pumar, que chamaõ de Francisco, & as casas com seu quintal, em que vive Maria Francisca, nam tinha cometido força, por não ter tomado posse dellas, como tambem na vinha, que está na dos Ruivos; por serem propriedades livres, & nam pertencentes ao morgado, & a vinha dos Ruivos, por lhe vir ao R. por parte de sua mãy. Mostrase vir o A. oppoente João Coelho Aranha com artigos de opposi-

ção, a fim de excluir a A. da posse, & retenção, que pertende destes bens de morgado, & a fim de excluir ao R. do direito delles; dizendo, que provando pelo testamento, & instituição do morgado de Cosmo de Lafeta, que elle o instituiria de seus bens, deixando, & nomeando nelles a sua mulher Dona Ioanna, & a Lourenço de Lafeta seu filho, & a seus filhos legitimos, & havidos de mulher recebida, & que na posse delles entrara o dito seu filho, & por sua morte seu filho Otavio de Lafeta, do qual não ficaraõ filhos legitimos, & de mulher recebida, senam o R. seu filho natural, incapaz de successão nos bens do dito morgado; por nam ser legitimo. & nascido de mulher legitima, em razão de que o dito morgado, & bens delle se devolveraõ a Dona Mariana de Lafeta, mulher do oppoente, por ser filha legitima, & havida de mulher recebida de Cosmo de Lafeta filho segundo de Lourenço de Lafeta primeiro successor deste morgado, & que assim os bens delles lhe pertencem, & não a A. & retenção delles; nem o R. tem direito algum a elles: & mostrase vir o R. com contrariedade a esta opposição, dizendo, que o testamento, & instituição dos bens de morgado, que instituiu Cosmo de Lafeta, cujo traslado lançado nas Notas, & tirado dellas, anda nestes autos, & o proprio se apresentou em casa do Escrivão; nam era o proprio testamento, & instituição, que elle fez; porque o proprio andava junto em pergaminho, & não em papel comum, como o este anda, & que em razão de não ser chamado no testamento feito pelo dito Cosmo de Lafeta, nem o tal ser lançado em Notas, se presume que Otavio de Lafeta pay do R. mudara as clausulas, & condições do dito morgado, excluindo neste aos filhos naturaes, & nascidos de mulher não recebida; por quanto a presumpção está pelo R. em ser chamado pelo instituidor Cosmo de Lafeta primeiro chamado, administrador do dito morgado, & que o ultimo possuidor delle Otavio de Lafeta, pay do R. lhe era mal affecto, & desejava por todas as vias destruillo, em razão de lhe pedir alimentos, & ser executado nelles, & que por isto publicava fazerlhe todo o mal, que podesse, & que não succedesse neste morgado, occultando a instituição delle, que andava em pergaminho, & assim era vehemente presumpção, que no chamado traslado, que lançou nas Notas, mudasse as clausulas, & condições delle, em odio do R. por ser taõ grande o que lhe tinha, que lhe impusou furtos, & querelou delle, & por casar com a filha do Doutor Sebastião da Mota, o mandou matar, & se livrara de sua morte, sem lhe fallar, até o tempo em que morreo.

O que



O que tudo visto, & o mais dos autos, & conſtar pelo teſtamento lançado em Notas, & pelo proprio, que Cosmo de Lafeta instituiria morgado dos ditos bens, excluindo aos filhos, que nam foſſem legitimos, & de mulher recebida: a qual condição, & clauſula tem lugar, nam ſómente no filho do instituidor, em primeiro lugar chamado, ſenam em todos os mais deſcendentes, em razão do que fica o R. por nam ſer filho legitimo, & de mulher nam recebida do ultimo poſſuidor, incapaz de ſucce-der no dito morgado, & pertencer a ſucceſ-ſão ao oppoente, por ſer filho de hum filho ſe- gundo de Lourenço de Lafeta, primeiro ad- ministrador deſte morgado, & nam ſe prova, que o teſtamento, cujo treſlado anda junto a eſtes autos, cujo original ſe apreſentou, nam ſeja o proprio, que fez o primeiro instituidor, nem que ſe lhe mudaffem as clauſulas, & condiçoens, & fórma da instituição, & nem ainda ſe articular em fórma: Iulgo o dito morgado, & bens a elle annexos ao A. oppo- ente, com os fructos da indevida occupação, até real entrega, & que as bemfeitorias, que ſe li- quidarem eſtarem feitas nelles ſe paguem à A. as quaes reſtituirá até inteira ſatisfaçam dellas, & condeno ao R. nas cuſtas dos autos. Lisboa 10. de Agoſto de 1672. Andrada.

55 A qua ſententia fuit gravamen interpo- ſitum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, Iudices, Cardoſo, Doutor Ba- lto.

56 No feito de agravo Ordinario de Ioão Rodriguez de Sà, & Menefes, & aggravado o Marquez de Fontes, Eſcrivaõ Manoel Soares Ribeiro, ſe deu a ſentença ſeguin- te.

Vistos eſtes autos, libello do A. Ioão Rodri- guez de Sà, & Menefes, contrariedade dos RR. o Marquez de Fontes, & a Marqueza ſua mulher, mais artigos recebidos de repli- ca, & treplica, documentos juntos, & prova de teſtemunhas dadas; Por parte do A. ſe mostra, que Pedro de Sà, pay de Vasco de Sà, & Menefes, instituiu hum morgado da terça de ſeus bens, que vinculou ao morgado de ſeu pay, & avo, & que Diogo de Sà, irmão do dito Pedro de Sà instituiria outro (o qual fora ſenhor, & poſſuidor de todos os bens) con- tribuendo no terceiro artigo do libello, que no ſeu teſtamento, com que faleceo, deixou a ſeu ſobrinho Vasco de Sà, & Menefes em vin- culo de morgado, para por ſua morte, virem ao parente mais chegado, & andarem na li- nha, & que em todos os ditos bens ſuccedera o dito Vasco de Sà, & Menefes, & poſſuira em ſua vida, como bens de morgado, & que elle era filho do dito Pedro de Sà, & de Vas-

co de Sà neto, & biſneto de Pedro de Sà, & terceiro neto de Francisco de Sà, & quarto neto de outro Pedro de Sà, & quinto neto de Gomes de Sà, & ſexto neto de Ioão Rodri- guez de Sà o das Galès, & que elle A. he filho de Constantino de Sà, & neto de Martim Lourenço de Sà, & biſneto de Francisco de Sà, & terceiro neto de Artur de Sà, & quar- to neto de Fernão de Sà, & quinto neto de outro Ioão Rodriguez de Sà, & ſexto neto do dito Ioão Rodriguez de Sà o das Galès, & que o R. he filho de Ioão Rodriguez de Sà, que foi Conde de Penaguião, & neto de Frã- cisco de Sà ſegundo Conde, & biſneto de Ioão Rodriguez de Sà primeiro Conde, & tercei- ro neto de Sebastião de Sà, & quarto neto de outro Ioão Rodriguez de Sà, & quinto neto de Henrique de Sà, & ſexto neto de outro Ioão Rodriguez de Sà, & ſeptimo neto de Fer- não de Sà, & oitavo neto do dito Ioão Rodri- guez de Sà o das Galès, & que vem o A. a ſer mais chegado ao ultimo poſſuidor dous graos que o R. & dizer, que a elle A. lhe pertencem os bens dos ditos morgados, & que o R. por morte do dito Vasco de Sà de Menefes, ultimo poſſuidor dos ditos bens, ſe metera de poſſe dellas, & que os RR. lhos devem largar, com os ſeus rendimentos da indevida occupação, até real entrega. E por parte dos RR. ſe mo- stra, que o dito Constantino de Sà, pay do A. foi filho natural do dito Martim Lourenço de Sà, & que como tal nam podia ſucceder nos morgados, de que ſe trata, ſenam ſendo ex- preſſamente chamados os naturaes, como não ſão nas instituições por palavras expreſſas, nem preſumptivas, que concluaõ a notaçam dellas, & nam podia ſucceder nelles, ainda que eſtiveſſe em grao mais chegado ao ultimo poſſuidor, que o R. & aſſim tambem, nam po- dia ſucceder o A. ſeu filho, poſto que legitimo, & ainda que ſeu pay foſſe legitimado por Pro- viſão Real, como foi, eſta he limitada para os casos ſómente nella expreſſos, qual não he, o de que ſe trata. O que tudo visto, & o mais dos autos, & como ſendo o pay do A. filho na- tural do dito Martim Lourenço de Sà, ainda que o A. ſeja mais chegado em grao ao ulti- mo poſſuidor, nam exclue ao R. ſendo como he legitimo, & filho de pay legitimo, & os deſcen- dentes, nam ſendo chamados, como nam ſão os naturaes por palavras expreſſas, nem ain- da preſumptivas, que induzaõ notaçam del- les, & a Proviſão da legitimaçam, ſer ſo pa- ra os casos nella expreſſos, que nam compre- hendem, eſte de que ſe trata, & diſpoſiçam de Direito; abſolvo aos RR. do contra elles pe- dido pelo A. ao qual condeno nas cuſtas dos autos. Lisboa 2. de Mayo de 1675. Ioão



Cordeirò Leytaõ. Et fuit confirmata.

57 No feito de Nuno Barreto contra Dona Anna Maria de Magalhaens, que está em poder de Manoel Pinheiro da Costa, Escrivão das appellaçoens, se deu a sentença seguinte, que está por certidão no feito grande de Francisco Iuzarte da Fonseca, & sua mulher.

*Acordão os do Desembargo, &c. Não he bem julgado pelo Iuiz, em absolver a R. do pedido pelo A. & em a declarar por legitima successora do morgado instituido por Catharina Rodriguez, & Isabel Rodriguez, revogando sua sentença, vistos os autos, & como se prova, que o A. he neto de Fernão Nunes Barreto chamado na instituição do dito morgado, depois de extinta a descendencia de Francisco Bayão, que foy chamado em primeiro lugar, & como a descendencia do dito Francisco Bayão se acabou na pessoa de Ioaõ Bayão de Magalhaens ultimo possuidor do dito morgado, cuja successão nam passou a R. sua filha, por nam ser legitima, & na successão nam serem chamados filhos naturaes, nem se presumir em duvida, que as instituidoras nobres, & honestas tivessem tenção de chamar filhos naturaes a successam do dito morgado, nem ser bastante a legitimação, que impetrou do dito Senhor, que somente a habilitou para succeder nos morgados instituidos por seu pay, nem a dita legitimação poder prejudicar a pessoas a que estava adquirido direito, como eraõ os descendentes do dito Fernão Nunes chamados na instituição em segundo lugar: Julgão pertencer o dito morgado ao A. & condemnã a R. que abra mão delle, & l'ho restitua com os frutos da lide contestada em diante, & a condemnã outrossim nas custas dos autos. Lisboa 7. de Julho de 1650. Sousa de Azevedo, Mello.*

58 Hæc sententia fundata fuit in deliberatione sequenti.

Adhoc ut naturales filij admittantur ad maioratus successionem debent expresse vocari, nam quando simpliciter est maioratus constitutus, & de filijs, & descendentibus fit mentio, naturales non admittuntur, ex *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 41. & seqq. Mena variar lib. 1. q. 16. §. 1. per tot. Balthasar Gilmen de la motu in addictionibus ad Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 41. cum seqq.* ubi eleganterque pertractat, & DD. multos refert id sequentes, qui hanc opinionem in judicando, & consulendo sequendam esse profitentur, & in nostro Senatu quotidie ita iudicatum vidi. Neque legitimatio oblata fol. 84. Reæ prodest, nam ut ex illius forma apparet habilis non reddi-

tur nisi ad maioratus successionem, ac pro illa fuerit nominata ab ipsius maioratus institutore, ut dicunt verba ibi: *E que possa succeder em morgados, & quæsqver outras heranças, & direitos que lhe forem dados, & deixados, &c.* Cum ergo hic maioratus non fuit Reæ relictus, sed Francisco Bayão, ut constat à fol. 7. Rea illum injuste possidet, & Aëtori legitimo nepoti Ferdinandi substituti spectat; deinde hoc Aëtoris jus ex ultima legitimationis clausula clarissime deprehenditur, nam ibidem dicitur: *Mas nam he minha tençam por ella ser feito prejuizo a alguns herdeiros lidimos, se os ouver, & outras quæsqver pessoas, que algum direito haiaõ nos ditos bens.* Cum ergo Aëtor ex substitutione avi fol. 7. vers. jus in his maioratus bonis haberet, eidem ex legitimatione præjudicium fieri non debet; ex quibus, relictis multis fundamentis, quæ de hac materia agentes tractant Doctores, cum supra positum sufficiat, ego Iudicis sententiam revocarem. Vlyssipone 17. Iunij 1650. Mello.

Quæstio quæ in processu ventilatur de jure communi valde dubitabilis incedet, ut est videre per ea, quæ DD. à patronis citati tradunt; sed attento jure nostro Regio faciliter tramite deambulat, nam ut nostrates commaniter factitant, legitimatedi apud nos ipso amplo legitimatorum privilegio non decorantur; imo stricta illa toga dispensationis augurantur, ut tradit *Gam. dec. 11. num. 2. cum seqq. Valasc. de partit. cap. 12. num. 4. 1. Cabed. late agens 2. p. dec. 69. n. 9. Cald. verbo sine curatore in L. si curatorem Cod integr. restit. num. 56. refert Phæb. dec. 97. num. 28.* quapropter cum jure legitimatedi non sint ex *cap. in legitimatedi*, ad maioratum quo de agitur Rea appellata admitti non debet; quòd autem illa solum dispensata, & non legitimateda sit, ultra quam hoc innatum legitimationis in Regno nostro sit dispensatio, ut supra citati tradunt; hoc colligitur ex ipso legitimationis documento, ut legitur ibi: *De meu poder absoluto dispensado com ella;* & ibi: *Esta dispensaçam lhe faço;* ex quibus manifeste apparet, Principem non aliud habuisse in votis, nisi tantummodo Ream dispensare, ut in more positum est apud nos; cum ergo legitima ex Principis voluntate proteletur, & angustetur, ut tradit *Bartol. in L. Gallus §. si forte ad fin. ff. de liber. & posth. Paul. in L. ultima ff. de his qui veniam, Cabed. dec. 69. num. 13.* & ex verbis legitimationis constet de voluntate Principis solum dispensantis, nihil est quod amplius de hac materia valeat dubitari.



60 Excluſa ergo Rea quaſi non vere legitima, ſed potius diſpenſata, mihi etiam videtur non admittenda, ex eo quia naturalis, nam ut dominus, qui primo loco eleganter de more conſideravit, naturales ad maioratum non admittuntur, niſi quando ad illum ſpecialiter vocati inveniuntur; ratio deſcendit ex eo, quia quando filij ſunt vocati ſecundum verbi naturam de legitimis eſt intelligendum, *L. filium eum ff. de his qui ſunt ſui, vel alien. L. generaliter §. cum autem conſtitut. & ſubſtitut.* cum ergo in inſtitutione, qua legitur fol. 7. cum ſeqq. filij, & deſcendentes inveniuntur vocati, planum eſt, quod iſti filij legitimi debent eſſe, non vero naturales: quibus viſis, & qua plena manu advertit patronus, ego etiam Iudicem revocarem. Vlyſſipone 5. Julij 1650. De Azevedo. Hoc metipſum placuit Doctori Souſa.

61 No feito de Fernão de Freytas de Meſquita contra Antonio de Freytas, & o Padre Ieronymo do Amaral, que eſtã em poder do Eſcrivão Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguinte, que eſtã por certidão no feito grande de Francisco Iuzarte da Fonſeca, & ſua mulher.

*Acordam os do Deſembargo, &c. Aggravado he o aggravante Fernão de Freytas de Meſquita pelo Iuiz das auçoens novas da Relação, & Casa do Porto, em julgar pertencer o morgado da Casa Nova do Baſto, inſtituido por Martim Lourenço ao oppoente aggravado Antonio de Freytas do Amaral, & o morgado da quinta de Sezim fundado por Affonso Vasques Peixoto ao A. autroſim aggravado o Padre Ieronymo do Amaral, como filho legitimo do ultimo poſſuidor Ioão do Amaral, revogando ſua ſentença, viſtos os autos, & como o beneficio da representaçam, de que o dito oppoente ſe pretende ajudar entre os tranſverſaes, que nam forem deſcendentes dos inſtituidores, quaes ſão eſtas partes, onã a Ley do Reyno manda guardar aquelle diſpoſto por Direito commum, conforme a elle nam tem lugar, & aſſim conſecutivamente nam fica pertencendo a ſucceſſam do dito morgado da Casa Nova ao aggravado Antonio de Freytas, por quanto ceſſando a representaçam, nam ſe admite a consideraçam de melhor linha; nem tambem ſe deve deferir à ſucceſſão do outro vinculo, & morgado da quinta de Sezim ao aggravado o Padre Ieronymo do Amaral, filho diſpenſado do ſobredito Ioão do Amaral ultimo poſſuidor, por ſer mais commum verdadeira reſoluçam praticada na occurrencia de caſos ſemelhantes, que os filhos naturais regularmente nam ſuccedem nos morga-*

*dos, nam tendo vocaçam dos fundadores, quando ha parentes legitimos, aos quaes pertença a ſucceſſam, como neſtes termos he o aggravante, mormente ſendo os inſtituidores nobres, & nam ſe provar em forma concludente, que Affonso Vasques Peixoto foſſe illegitimo. O que viſto, & concordarem os perrendentes na forma de ſe deferir a ſucceſſam deſtes morgados ſimultaneamente, & concorrerem na peſſoa do dito aggravante as qualidades de legitimo, & parente mais chegado ao ultimo poſſuidor requeridas pela Ley do Reyno, julgão, & declaram pertencerem lbe os ditos morgados, & paguem os aggravados as cuſtas dos autos. Lisboa 14. de Março de 1660. Leyte, Cabral, D. Baſto.*

No feito de Martim Paes de Mello contra Amaro Rodriguez Borralho, & ſua mulher, Eſcrivão Manoel Ferreyra de Lemos, ſe deu a ſentença ſeguinte.

*Acordam os do Deſembargo, &c. Nam foi bem julgado pelo Iuiz de Fóra da Cidade de Evora em abſolver a R. do morgado que inſtituiu Gonçalo Botto, pedido pelo A. & em condenar ao meſmo, que largue à R. o morgado que inſtituiu Catherina Botto, pedido na reconvençam, revogando ſua ſentença, viſtos os autos, & como ſe moſtra ſer a R. filha de Isabel Fragosa, a qual era filha natural de Antonio Fragoso, & como tal ainda admitindo ſer legitimo ſucceſſor o dito Antonio Fragoso, nam poder entrar na ſucceſſam do morgado do dito Gonçalo Botto, porque os naturaes, & os que delle deſcendem, nam podem ſucceder nos morgados inſtituidos por peſſoas nobres, ſenã em falta de peſſoas, & parentes legitimos; & como na inſtituiçam de que ſe trata, ſenã chamãrão os naturaes, antes os parentes legitimos, & ſe juſtifique ſer o A. parente em grau conhecido do primeiro inſtituidor, por ſer filho de Manoel Paes de Abreu, & eſte ſer filho de D. Isabel Botto de Abreu, a qual era filha de Antonio Gomes Botto, irmão do inſtituidor; nos quaes termos fica excluida a R. pela illegitimidade de ſua mãy, provandose nam ſó o parentesco do A. geralmente, mas em g. ao eſpecifico; a qual razam tem tanto lugar na Capella do dito Gonçalo Botto, como na de Catherina Botto, da qual pelas meſmas razons fica a R. excluida, & porque na inſtituiçam della em falta dos nomeados chama a inſtituiçam os parentes da geraçam dos Botos, & o A. ſe juſtifica na forma ſobredita; por tanto condenam a R. reſtitua ao A. o morgado inſtituido por Gonçalo Botto com os frutos da lide conteſtada em diante, que ſe liquidarã, & abſolvem ao A. do morgado inſtituido por Catherina Botto pedido na reconvençam.*



*vençam; & pague a appellada as custas dos autos. Lisboa 4. de Março de 1684. Almeyda, Maya Lacerda.*

63 Hæc sententia fundata fuit in seqq. deliberationibus.

Super duobus maioratibus sive Capellanij contenditur in hoc fastidioso processu: prima, quam instituit Gondicalus Botto de qua fol. quam A. vendicare intendit à Rea; altera est, quam constituit Catharina Botto, de qua fol. quam Rea petit ab A. per reconventionem, unius tamen quæstioni resoluta, altera sine dubio remanet; videamus igitur de petita in libello, quam dictus Gondicalus Botto instituit.

64 Hæc Capella, sive maioratus, fuit iudicata Reæ, ut patet fol. 40. in quo processu varij inveniebantur prætendentes; at vero exclusis omnibus pro Rea iudicatum fuit: qua sententia munita Actorem repellit Rea; at ni fallor, sententia illam tutam non reddit.

Pro dicta Rea iudicatum fuit, tam dicta sententia. d. fol. 40. quam in alia consequuta in Coronæ iudicio fol. 258. ex illo fundamento; quia legitimi consanguinei non inveniebantur: nam quoties institutoris legitimi consanguinei non apparent, naturales etiam ad successionem maioratus, aut Capellanix admittuntur ex fundamentis deductis à Larrea dec. 32. num. 4. cum seqq. usque ad num. 8. ubi iudicatum refert; at vero in præsentem contendit Actor legitimus se dicens; & si de legitima probatione constiterit, consanguinitatis cessat fundamentum prædictæ sententiæ, in qua A. non fuit auditus.

65 Neque facit pro Rea, quòd ea legitima sit, & de legitimo matrimonio procreata; quia illius mater illegitima probatur, & ita filia prohibita ad successionem invenitur. *Castilh. contrav. tom. 3. cap. 29. num. 3.* non potest enim causatum potius esse sua causa; sed inhabilitas medij causat inhabilitatem in extremo: igitur Rea, quamvis fuisset ex legitimis nuptijs, cum illius mater sit illegitima, veluti mater iudicanda est filia, & pro illegitima habenda quatenus ad istam successionem.

66 Tota quæstio consistit in eo, an Actor probeat suam consanguinitatem cum institutore D. Gondicallo Botto? Et quoad me satis probata invenitur, visis testibus D. Antonia de Noronha fol. 134. Patre Antonio Simoens fol. 135. Esperança de Faria, quæ 130. annos numeravit fol. 157. Petro de Vas de Villas boas fol. 158. Ambrosio Pereira fol. 159. Benedicto de Almeyda do Souto fol. 160. qui se refert ad illum egregium

consiliarium, patremque suum Cid de Almeyda, neque non alijs testibus in causa Capellanix institutæ à Catharina Botto, de quibus fol. 285. qui omnes consanguinitatem Actoris cum institutore plene concludunt, non tantum in confuso, sed plurimi gradus specificè deponunt.

Et licet aliquando in similibus gradus specificè probari debeant, tenet cum multis *Castilh. tom. 5. cap. 67. num. 43. & cap. 93. n. 54.* tamen in præsentem non requirebatur illa graduum distinctio; satis erat, quòd consanguinitas probaretur, cum non adesset alius legitimus consanguineus, ut distinguit *Mascard. de probat. tom. 1. concl. 410. num. 26. Lara de capellan. lib. 2. cap. 4. numer. 13.* quos, & alios refert *idem Castilh. d. tom. 5. cap. 122.*

De legalitate testium puto non esse dubitandum, quamvis aliqui sint Actoris consanguinei, quia isti non solum idonei testes reputantur, sed etiam cæteris idoneiores semper fuerunt habiti, quoniam alij non agnoscunt parentelam, neque descendentiā, neque illius habent notitiam, cum *Bart. & alijs tenet Scobar. de purit. sanguin. p. 1. q. 11. §. 2. num. 26. ex rationibus, & fundamentis deductis n. 3. 4. & 5.*

Neque contra dictos testes allegari potest, quòd deponunt de auditu; quia per testes de auditu consanguinitas solet probari; ut tenet cum *Mascard. Peregrin. Farin. Eman. Barbof. d. Scobar. 1. p. 9. §. 4. num. 6. & optima cum ratione; nam si testes de auditu non admitterentur, nunquam consanguinitas in antiquis probaretur, quia hominum vita brevis est, & non semper instrumenta conficiunt, quibus dicta consanguinitas posset probari, ideo per testes probatur dicta consanguinitas ex *Alexand. conf. 82. num. 6. lib. 1. Decius conf. 277. viso processu num. 7.* tenet *Gratian. discept. 969. num. 10.* qui advertit numeris sequentibus testes deberi esse graves, & deponentes ante litem motam illud audivisse à maioribus suis ex dispositione *text. in cap. licet ex quadam 47. de testib.* quæ quidem requisita in nostris testibus non deficiunt, sunt enim quamplurimi nobiles, & deponunt de auditu à maioribus multum ante litem motam, unde constanter teneo, consanguinitatem Actoris cum institutore Gondicalo satis esse probatam.*

Ad cuius comprobationem accedit, quòd iam in illa controversia Capellæ institutæ à Catharina Botto pro consanguineo istius parentelæ Actor iudicatus invenitur, ex qua est, si non in legitima possessione consanguinei;



fanguinitatis, ſaltem eſt in quadam illius quali poſſeſſione, in qua conſtitutus tuendus eſt, uſque quo contrarium probetur, ex *Gabr. Pereir. dec. 25. num. 8.* ſed in præſenti contrarium non probatur, imo potius dictæ conſanguinitatis probatio accreſcit; ergo videtur dicendum Actorem conſanguineum inſtitutoris jam eſſe iudicatum.

71 Non probatur, inquam, contrarium, quia viſis teſtibus Reæ, qui magis deponit, affirmat nūquam audiviſſe Actorem eſſe cōſanguineum, quorum teſtimonia nihil concludunt, quia deponunt tantum non audiviſſe, quæ eſt negativa: & ex eo admittuntur teſtes conſanguinei, ut ſupradictum manet; quia cæteri neſciunt parentelam, & conſanguinitatem.

72 Accedit deinde quòd Actor eſt in poſſeſſione Capellæ in hoc Cænobio Sanctiſſimæ Trinitatis, quæ quondam fuit iſtius parentelæ: *ios Bottos*; licet conſtructa à ſereniſſima Domina D. Maria filia Regis D. Emmanuelis, quæ poſtea dictam Capellam donavit cuidam Gaſpari Rabello, & ejus morte in poſſeſſione remanſit illius uxor Elena Botta: de poſitione Actoris conſtat ex certitudine fol. 136. de cæteris ex alia certitudine fol. 252. quam Rea actis adjungit contra Actorem, ſed nil contra eum facit.

73 Ex dictis mihi viſum eſt, conſanguinitatem Actoris legitime probatam provenientem ex legitimis nuptiis, quo inſpecto ad illum pertinet dictus maioratus, aut Capella à *Gondiçalo* inſtituta, quin obſtet ſententia, cujus virtute Rea eſt in illius poſſeſſione, quia dicta Capella adjudicata fuit Reæ in defectu conſanguineorum legitimorum, ut conſtat ex dicta ſententia; ibi namque nullus collitigantium oſtendit conſanguineum eſſe dicti *Gondiçali*, ex quo capite fuerunt excluſi, & Rea admiſſa in defectu legitimorum; quæ ratio ceſſat in præſenti, cum Actor oſtendat ſe eſſe legitimum conſanguineum.

74 Et noto, quòd ſententia, qua Actori iudicata fuit Capella *Catharinæ Botta*, lata fuit in oppoſitione cum denuntianti, illam eſſe vacantem, & tamen Actori iudicatur; ſi enim ibi non probaretur, quantum ſufficeret, dicta conſanguinitas, certum eſt pro vacanti iudicandum fore dictam Capellam; igitur pro comperto eſt, Actorem legitimum eſſe conſanguineum iſtius parentelæ *dos Bottos*, ac per conſequens illi pertinere maioratus omnes ab eis inſtitutos, dum non edocemur de alio legitimo proximiori, illegitimos vero, licet proximiores, non admittendos, quia ſolum in defectum legiti-

Pars II.

morum admittuntur; & cum in præſenti Actor legitimus conſanguineus probetur, licet remotior, Rea, quamvis proximior, ut illegitima excluſenda eſt à dicto maioratu, aut Capella.

75 Ex quibus omnibus, & alijs, quæ brevitate cauſa omitto, iudicatum revoco, tam quoad abſolutionem Capellæ in libello petita, quam quoad condemnationem alterius per reconventionem à Rea poſtulata, nam ex condemnatione, quam iudico contra Ream, ſequitur à fortiori abſolutionem à petita Capella per reconventionem dandam eſſe Actori. Sic placet, iudice revocato. *Vlyſſipone Decembris 22. 1683. Moraes Sarmento.*

76 Eleganter præcedens Dominus colendiſſimus utrumque actionis ſcilicet, & reconventionis nodum unico juris prudentiæ ictu reſecavit, quamvis enim tam in conditione, ſi ſine liberis, quam in maioratum ſucceſſione voluptatis queſtio videatur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit, ut inquit *Ulpian. in L. ex facto 17 §. ſiquis rogat. ff. ad Senat. C. Treb.* attamen extantibus legitimis non admitti naturales, præcipue ſi de illis non fiat mentio, ut in præſenti concors eſt Doctorum ſententia ex *Reynof. obſer. 33. à num. 4.* ubi ejus Additionator plurimos congerit, & multo melius teſtator impræſentiarum omnem tollit hæſitationem fol. 19. ibi: *Parente mais chegado*; & ibi: *Varão lidimo.* Ex quibus verbis, & ſæminas, ab ipſiſque descendentes, & illegitimos conſanguineos ab hac ſucceſſione excluſiſſe inſtitutorem palam eſt, & cum adſit hominis proviſio, quæ pro lege ſervari debet, ad legis diſpoſitionem recurrere non eſt neceſſe.

77 Et dato quòd circa illegitimos aliquod impræſentiarum ſuper-eſſet dubium, illud per conjecturas in d. L. ex facto expreſſas tolli neceſſarium eſt, ibi: *Sed hoc ex voluntate, ex dignitate, & ex conditione ejus, qui fidei cōmiſit, accipiendum erit.* Quibus verbis ad intentum adaptatis, ſi inſtitutoris voluntatem inſpicimus, tantum legitimos cōſanguineos admidiſſe proxime demonſtravimus: ſi dignitatem, & conditionem, nobilem, & non illegitimum fuiſſe conſtat, ſicque ex dicto textu nobiles, qualis eſt appellans, & non illegitimos, qualis eſt ex avia appellata, vocaſſe ad ſucceſſionem præſumitur, ex his quæ cum pluribus *Reynof. ſupra à num. 14. cum ſeqq. ubi Additionat. num. 16.* Ex his igitur conjecturis, ſi ad illas recurrere neceſſum foret, Ream excluſendam eſſe conſtabat; & multo fortius cum de expreſſa



pressa institutoris voluntate apparet; ex his igitur, & à præcedenti domino consideratis in revocationem iudicati proclivior sum.

78 Illudque solum animadversione dignum esse cenſeo, quod magis ſententiæ executionem reſpicere exiſtimo, quòd ſcilicet in poſſeſſionem bonorum petitæ Capellæ non mittatur appellans, niſi eo in Civitate Ebo- renſi commorante, juxta conditionem morandi in prædicta inſtitutione appoſitam fol. 20. ubi, & dationem Capellæ, & ademptio- nem ſub morandi conditione expreſſit; quæ quidem datio, & ademptio effectum, & tra- ditionem reſpicit, & non jus ad petendum in iudicio; non enim credibile eſt inſtituto- rem, qui legitimos conſanguineos indistin- cte vocavit, inhabiles reddere ab Ebo- renſi Civitate abſentes tempore quo ipſis maio- ratus diſolvebatur, cum tempore maiora- tus apprehenſionis huic conditioni poteſta- tivæ parere poſſint, nec antea parere de- beant, cum ſucceſſores eſſe non conſtat, prout hac durante lite non apparet: poſſe- ſionem igitur, & maioratus traditionem prædicta reſpicit conditio morandi, ideoque ſolum in illam appellantem mittendum eſſe dicerem, ſi in ſententia victor in Ebo- renſi Civitate ad faciliorem, ac commodiorem Capellæ adminiſtrationem ad Ebo- renſem Civitatem morandi animo migraverit: ſic iudicatum revocare placet. Vlyſſipone 22. Ianuarii de 1684. De Maya.

79 Satis eleganter à præcedentibus dominis dictum manet, & quoad me conſanguinitas A. cum inſtitutoribus non ſolum generica, ſed ſpecifica probatur, & utrumque ſufficit ad R. exclusionem; ſufficit generica proba- tio, quia Rei legitima contradicens non, quis enim ignorat naturales quoad ſucceſ- ſionem maioratus inſtituti per nobilem, prout in præſenti, legitimos non eſſe con- tradictores? Ex L. ex facto §. ſiquis rogatus ff. ad Trebel. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. à num. 30. & 44. Fuſar. de ſubſtit. q. 46. n. 2. Reynoſ. obſer. 53. num. 11. Mantio. de conje- ctur. lib. 11. tit. 9. à num. 6. Menoch. lib. 4. præ- ſum. 78. num. 23. & ſic ſimiliter iudicatur legitimus à naturali descendens d. L. ex fa- cto §. ex facto, Bart. in L. 2. §. viden. ff. ad Tertul. Molin. d. lib. 3. cap. 3. num. 41. Mier. de maiorat. 2. p. q. 2. num. 1. & q. 6. num. 46. Caſtilh. lib. 2. cap. 30. num. 18. & lib. 3. cap. 106. & 143. §. un. num. 11. Pereir. dec. 59. n. 2. Gam. dec. 24. in princip. ubi Flores. Plane quando legitimus non eſt contradictor ge- nericæ conſanguinitatis ſufficit probatio. Mol. de primogen. lib. 3. cap. 21. inquam cap. 9. num. 21. Patian. de probationib. lib. 2. cap.

12. num. 26. Caſtilh. lib. 5. cap. 93. num. 54. ex ea enim ratione, quia idem eſt non com- parere contradictorem, aut talem ad eſſe, qui ad ſucceſſionem non admittitur, cum impe- dire non poſſet, ut alter ſuccedat. Giurb. de feud. §. 2. gloſſ. 9. num. 96. verſ. meum vero, & c. & eſt text. in L. 1. §. filius ff. bon. poſſeſſ. contr. tabul. Medicis dec. 52. n. 2.

Filius naturalis non admittitur, neque ab illo descendentes, niſi extinctis conſanguineis legitimis, ut pluribus Caſtilh. controu. lib. 2. cap. 3. num. 1. & lib. 5. q. 67. num. 29. cumulat plures A. patron. fol. 313. ergo cõ- cluditur A. quamvis generice probaret, ad- huc victoriam reportaturum.

Præterquam ſpecifica probatio inveni- tur per certos gradus conſanguinitatis, in- ciendo à communi ſtipite, vel ſaltem à fra- tribus germanis, diſtinguendo ſuis proprijs nominibus, juxta text. in cap. tua 7. de con- ſang. Cyriac. controu. 281. num. 12. & ſeqq. quòd omne minutatim examinavi, & alle- gat primus doctiſſimus ſodalis, & impugna- tioni teſtium ſatis eleganter reſpondet, quem ſequor in revocationem iudicatis; diſ- cedo tamen à declaratione præcedentis Pa- tris, cum illa obligatio commorandi in Ebo- renſi Civitate locum non habet poſt adeptam maioratus poſſeſſionem. Vlyſſipo- ne 25. Februarij 1684. Lacerda.

Circa declarationem adductam à ſecun- do domino iſta diſplicet, ex ratione adducta à domino proximiori in fine ſuæ delibera- tionis. Vlyſſipone 3. Martij 1684. Al- meйда.

No feito de execuçaõ de ſentença de Ma- ximo de Mello de Albuquerque contra Diogo Borges da Sylva, Eſcrivão Manoel de Mendanha, ſe deu a ſentença ſeguente.

Vistos eſtes autos, libello do A. fol. 3. que ſe mandou contrariar pelo deſpacho fol. 22. em- bargos que ſe receberãõ, & julgãõ por pro- vados fol. 60. de que aggravandoſe ordina- riamente ſenam tomou conhecimento fol. 114. deferindoſe por petiçam fol. 123. ſe determinou nam foſſe o A. obrigado ajun- tar a inſtituiçam, que nunca tivera em ſeu po- der, mandandoſe pelo dito Acordãõ correr a cauſa ſeus termos, q̄ ſendo confirmado fol. 128. veyo o R. com a exceiçaõ, & lhe não foy rece- bida fol. 140. & ſendo o R. lançado da con- trariedade, ſe oppoz o Padre Frey Antonio da Sylva fol. 161. cujos artigos de oppoſiçaõ, & ſeu acreeſcentamento contrariou o A. fol. 170. verſ. & depois veyo o R. com ſegunda ex- ceiçaõ, que lhe foy recebida por principio de contrariedade fol. 194. que o R. acabou. Ma- ſtraſe por parte do A. que o Conego Rodrigo Eſte.



Esteves Fialho vinculou ſeus bens em Capella, & chamou por primeiro administrador a ſeu filho Eſtevaõ, para que andaſſe ſempre em ſeus deſcendentes por linha direita masculina, & nam feminina, & que ſendo caſo ſe acabaffe a geraçam do dito ſeu filho, viesſe a ſucceſſão a ſua filha Dona Branca Eſteves, outroſim por linha direita masculina, & que acabandoſe paſſaſſe a ſucceſſão ao parente mais chegado, de maneira que nam viesſe a femẽa, & que neſta conformidade ſucedeo o primeiro chamado Eſtevaõ, o qual faleceo ſem filhos, & por ſua morte ſucedeo o Conego Vicente Borges, por ſer o parente mais chegado por linha masculina filho legitimo de Anna Henriques, que foi filha de Branca Eſteves, ſendo o dito Conego biſneto do instituidor, & falecendo o dito Conego ſe devolveo a ſucceſſão a elle A. por ſer o parente mais chegado ſeu ſobrinho direito, filho de ſua irmãã Dona Branca Henriques deſcendente do instituidor. Moſtraſe mais por parte do A. que a nda que o R. ſe funde em ſer filho do Conego Vicente Borges ultimo poſſuidor, com tudo foi havido depois de ſer Conego, & Clerigo de miſſa, com que fica ſendo filho eſpureo, incapaz de ſucceder em morgados, & excluido expreſſamente pelo instituidor em quanto chamou linha masculina, & excluiu femẽa, nem ſer o R. legitimado lhe poder dar direito, porque a legitimação nam prejudica aos deſcendentes legitimos de legitimo matrimonio. Moſtraſe, que entre os bens, que pertencem à dita Capella, & morgado, he huma quinta, que eſtã no termo deſta Cidade a São Ioaõ dos Bem Caſados, que conſta de caſas, adegas, vinhas, & outras pertenças, & hum Casal que eſtã defronte da meſma quinta, & huns eſtios de terra no campo da Valada, & huns foros, terras, & olivães em Salva Terra, & foros de caſas a S. Ioseph deſta Cidade, de que tudo o R. eſtã logrando, & deſfrutando, & deve ſer condenado na reſtituição dos ditos bens, & frutos da indevida occupaçam. Por parte do oppoente ſe allega ſer filho do ultimo poſſuidor o Conego Vicente Borges, & como tal tomar poſſe do dito morgado, & tanto, que querendo o A. eſbulhalo da dita poſſe, como com effeito fez, dando elle oppoente força, teve ſentença a ſeu favor, de que aggravando o A. nam teve provimento, tendo elle oppoente reſtituido a poſſe, como conſta do documento fol. 143. que na cenſura de Direito o poſſuidor, que ſe acha do morgado, ſe preſume ſenhor delle, & ſendo o oppoente filho do ultimo poſſuidor, & eſtando de poſſe dos bens do dito morgado, cuja poſſe lhe foi mandada reſtituir pelas ſentenças de que faz menção acima, ſe lhe nam

Pars II.

pode tirar, nem contra elle oppoente ter direito o A. por nam ſer deſcendente do ultimo poſſuidor, como he elle oppoente, que he ſeu filho. Defendefe o R. nam ter contra elle o A. aução neſta cauſa, por ſer o papel junto a eſtes autos defeituoso, & nam ter as ſolemidades, que em Direito ſe requerem, & que outroſim na inſtituição feita pelo Conego Rodrigo Eſteves Fialho conſta chamar para a ſucceſſam deſte morgado por primeiro administrador a ſeu filho eſpureo Eſtevaõ ſendo ao tempo de ſeu falecimento legitimado, & habilitado, & continuando a inſtituição de que ſe trata, diſſe que a dita administração ſempre andaria no dito ſeu filho, & ſeus deſcendentes por linha direita masculina, & nam femenina, & que ſendo caſo, que acabaffe a geraçam, viria a ſucceſſão à dita ſua filha Branca Eſteves, outroſim por linha direita, & acabando viria ao parente mais chegado, de maneira que nunca viria à femẽa como ſão palavras expreſſas fol. 8. & conforme a Direito as vontades dos inſtituidores ſe devem obſervar inviolavelmente, & ſendo o inſtituidor Clerigo, chamando a ſeu filho eſpureo, he viſto nam ſo na cenſura de Direito, mas ainda expreſſamente aprovar a peſſoa do dito ſeu filho, & ſeus deſcendentes, devendoſe obſervar neſtes, o que ſe mandou na primeira vocação, porque eſta qualidade, & circumſtancia de eſpureo, ficou tacitamente repetida nas mais vocações, & ſubſtituições, & pelo modo com que o inſtituidor diſpoz, ainda que elle R. ſeja filho eſpureo, ficou expreſſamente chamado, ſendo legitimado como he, & por tal inſtituido por univerſal herdeiro do dito ſeu pay ultimo poſſuidor do morgado, de que ſe trata, concorrendo mais para a juſtiça delle R. querer o inſtituidor conſervar a agnaçam de ſua familia, & deſcendencia do dito primeiro chamado ſeu filho Eſtevaõ na varonia, & masculinidade de ſeus deſcendentes, excluindo expreſſamente a linha, & deſcendencia femenina; cuja clauſula exclue ao A. & por todos os fundamentos ſe conviene ſer o A. excluido deſte morgado, & tanto que pelo pay delle R. ultimo poſſuidor eſtar ſeguro em que o morgado vinha ao R. fez nelle conſideraveis bemfeitorias de valor de cinco mil Cruzados, como declara na verba de ſeu teſtamento fol. 50. & que não fizera, ſe ſenam certificára, que o dito morgado vinha a elle R. ſendo de tam bom procedimento como he notorio, & professo na faculdade dos Sagrados Canones, tendo occupado o lugar de Iuiz do Tribunal da Legacia, com o que ſempre entendeu, que o morgado da contenda pertencia ſem controvérsia a elle R. por ſer ſeu filho, & que nunca nelle podia

Hhh iij

reg



ter intrancia o A. & assim o declarou depois em seu testamento com que faleceo. O que tudo visto, & o mais que dos autos se mostra, & disposiçam de Direito nesta materia, & como seja sem duvida instituidor o Conego Rodrigo Esteves Fialho, & fizesse de seus bens a Capella da contenda, chamando para a administraçam della a seu filho Esteuaõ, & seus descendentes, & em falta destes sua filha Branca Esteves, & sua descendencia, como se vé fol. 7. vers. falecendo o primeiro chamado sem descendencia, succedeo o Conego Vicente Borges ultimo possuidor, pay do R. & oppoente, & tio do A. por ser bisneto da segunda chamada Branca Esteves, filha de sua filha Anna Henriques, de quem o A. tambem he bisneto, por ser sobrinho do dito Conego ultimo possuidor, filho legitimo de sua irmãa Dona Branca Henriques, em cuja instituiçam, disposiçam, & parentesco estas partes estão conformes, & consta pela mesma disposiçam, & testemunhas a fol. 210. por cujo fundamento assim da instituiçam, como parentesco resulta ao A. o direito de succeder, & lhe pertence este morgado, assim por ser bisneto da segunda chamada Branca Esteves, & ter vocaçãõ expressa na instituiçam, como por ser o parente mais chegado do ultimo possuidor do sangue do instituidor, & terceiro neto do mesmo instituidor por descendencia legitima, & nesta fórma pertencer ao A. a dita successãõ pela expressa disposiçam da Ordenaçãõ lib. 4. tit. 100. § 2. com o que examinada a fórma da mesma instituiçam, & clausulas com que o instituidor dispoz a successãõ, que se seguiu no dito morgado, & Capella, inhabilidade que se acha na pessoa do R. o qual para ser admitido, devia ser expressamente chamado, o que nam he, porque ainda que o instituidor fizesse primeiro administrador a seu filho Esteuaõ, & este fosse espureo, determinando a successãõ do dito morgado com as clausulas, que nelle declarou, nam podia entrar o R. tendo o impedimento que tem de jure, & em seu defeito fica pertencendo pela disposiçam de Direito, & da nossa Ordenaçãõ o dito morgado ao A. como sobrinho direito do ultimo possuidor legitimo, & terceiro neto do administrador, sem que obste contra esta disposiçam, & Direito, que ao A. pertence, o chamar o instituidor a descendencia de sua filha Branca Esteves por linha direita masculina, porque da mesma instituiçam consta chamar o instituidor em falta de descendencia de seus dous filhos Esteuaõ, & Branca ao parente mais chegado, nam havendo nos termos presentes parente mais chegado, capaz da dita successãõ, que o A. & ainda que o instituidor chamasse a descen-

dencia por linha direita masculina, nam ficou excluindo o macho filho de femea, principalmente havendo outro parente, com que o A. haja de conferir nesta successãõ, nem se mostrar ser este morgado de expressa agnaçãõ, & ainda nestes termos na censura de Direito, & opiniam cõmua, em falta de descendentes varoens são admitidos os filhos da femea ex conjecturata mente testatoris, & como nam haja descendente varãõ, fica concudente a justiça do A. sendo o R. & oppoente incapazes, ainda que da mesma linha, pois he certo, & consta pelas testemunhas a fol. 210. serem filhos do ultimo possuidor depois de Sacerdote, & sendo espureos incapazes na censura de Direito, porque estes senam podem dizer de domo, & familia do instituidor, & ultimo possuidor, & ainda que nos naturaes haja opiniam favoravel pela sua parte, & nos espureos he sem duvida a incapacidade de semelhantes successores; com o que o R. & oppoente nam podem ter intrancia na dita successãõ, porque ainda que o dito instituidor chamou para primeiro administrador seu filho espureo, sendo legitimado chamou aos descendentes do dito seu filho por linha direita, de cuja disposiçam se conclue chamar o instituidor os descendentes legitimados, & capazes de conservar a familia, & a legitimaçãõ, que o R. allega nam pode prejudicar ao A. porque semelhante incapacidade, não he propriamente legitimada, mas dispensada, & ainda sendo verdadeira legitimaçãõ, nam podia prejudicar a terceiro, & o nam pode fazer succeder no morgado, mais que somente ao pay que o instituiu, & nam aos descendentes, ou colateraes, não podendo entenderse em Direito que este tal legitimado com esta incapacidade possa ser de melhor condiçam, que o filho legitimo de legitimo matrimonio, sendo expressa a vontade do instituidor, que succedessem os filhos legitimados, com o que para poder ter intrancia o legitimo do espureo, havia de ser expressamente chamado, & sem esta expressa vocaçãõ em Direito, senam presumem chamados os que tem semelhante incapacidade, o que o pay do R. conheceo, porque pertencendo compor-se com o A. ut fol. 93. & em seu testamento pediu muito ao A. nam fizesse demanda ao R. seu filho; nem obsta outrossim a carencia de auçãõ, que por parte do R. se allegou, porque pela sentença, & Acordãõ do Senado se determinou, nam era obrigado o A. ajuntar instituiçam, pela nam ter, & que com os papeis juntos corresse esta causa, além de que o R. em sua exceiçãõ, & contrariedade conhece a disposiçam, instituiçam, & vinculo de que se trata; nem outrossim obsta, o que por parte do oppoente se allega, pois



pois consta por eſtes autos ſer filho ſegundo eſ-  
pureo do dito Conego Vicente Borges ultimo  
poſſuidor, & irmão do R. por confiſſão de mui-  
tas partes, & teſtemunhas, com o que fica con-  
uencido pelos meſmos fundamentos. O que tu-  
do viſto, & o mais que pelos autos ſe mostra,  
condeno ao R. a que largue o morgado da cõ-  
tenda ao A. com tudo o que lhe pertence, & os  
frutos da indevida occupaçaõ, com declara-  
çaõ, que no que toca às bemfeitorias de que o  
R. faz mençaõ na ſua contrariedade, & nas  
ſuas razoes, viſto como deſtas pela ſua legi-  
timaçaõ pòde ſer herdeiro, & foi dinheiro, que  
o dito ſeu pay gæſtou, & pertence ao R. poſſa  
haver do A. as ditas bemfeitorias, que ſe li-  
quidarão, & juſtificarão na execuçaõ deſta  
ſentença, & pague o R. as cuſtas, em que o  
condeno Lisboa 21. de Janeiro de 1683.  
Gaſpar de Meri de Souſa.

84 A qua ſententia fuit gravamen interpo-  
ſitum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit  
lata ſententia ſequens.

Acordey, & c. Nam he aggravado o aggra-  
vante pelo Corregedor em o condenar na re-  
ſtituiçaõ do morgado, pagandolhe as bem-  
feitorias, confirmo ſua ſentença por ſeus fun-  
damentos, & o mais dos autos; porèm em o  
condenar tambem nos frutos da indevida oc-  
cupaçã, foy por elle aggravado, revogo ne-  
ſta parte a dita ſentença, viſtos os autos, dos  
quaes ſe mostra, que o R. teve fundamentos  
para cuidar, que o morgado lhe pertencia, &  
aſſim nam ficou tanto conſtituido em mã fé,  
que nam fiſſe os frutos ſeus, ao menos até o  
tempo da lide conteſtada: Por tanto mando,  
que ſõmente deſte tempo os reſtitua, & as cinco  
partes das cuſtas, & o A. hũa ſõmente. Lis-  
boa 23. de Setembro de 1683. Carneyro, Frey-  
re, Lopes Oliveyra.

85 Quod adeo verum dicunt, ut procedat  
etiam caſu, quo filij naturales ſunt legitima-  
ti, ut declaratum fuit in caſibus anteceden-  
tibus, & ſeqq.

No feito de aggravado ordinario, em que  
ſão partes o Sargento Mõr Ioão de Figuei-  
redo, & Napoles, & ſua mulher, contra Vi-  
cente Segurado, Eſcrivão Antonio Tava-  
res, ſe deu a ſentença ſequinte.

Viſtos eſtes autos, & c. dos quaes ſe mostra  
por parte dos AA. inſtituir o Padre Nicolao  
Martinz Segurado hum morgado de ſeus  
bens, & chamar em primeiro lugar para a ſuc-  
ceſſã delle a ſeus filhos, & a todos os deſcen-  
dentes legitimos, & de legitimo matrimonio,  
que dos ditos ſeus filhos naſceſſem, com prohi-  
biçaõ expreſſa, para que os ditos bens ſenam  
alheassem, nem vendeſſem, antes que perpe-  
tuamente andariam em huma ſõ peſſoa, pre-

Pars II.

cedendo o macho à femea, com obrigaçaõ de  
certas miſſas, & depois de ſe certinuar na  
ſucceſſã delle pela dita fórma, & eyo ultima-  
mente a ſucceder neſte morgado Antonio Se-  
gurado de Barbuda, irmão inteiro da A. a  
qual demanda ao R. para lhe largar as pro-  
priedades pertencentes a elle, de que eſta de  
poſſe; allegando por ſua parte a dita A. ſer co-  
ſangue do inſtituidor, & parente mais ch. gado  
do ultimo poſſuidor, do qual nam ficãrão filhos  
legitimos, por nam haver nunca caſado, &  
ſõmente ficou o R. ſeu filho, que por ſer filho  
natural ficou excluido pelo inſtituidor, & naõ  
pode ter intrancia neſte morgado, & aſſim de-  
via ſer condenado, que as propriedades, que  
delle tem, em cuja poſſe eſta intruſo, lhas lar-  
gaſſe com os frutos da indevida occupaçaõ  
atè real entrega. Allegaſe por parte do R. ſer  
filho natural do dito ultimo poſſuidor Antonio  
Segurado de Barbuda, & de huma moça ſol-  
teira, & que ſendo filho natural de pays, que  
podiaõ contrahir matrimonio, & eſtando legi-  
timado por reſcripto do Principe em vida do  
dito ſeu pay, para poder ſucceder em morga-  
dos, & habilitado para todas as honras, &  
ſucceſſoens, que de Direito lhe competieſſem,  
ficava como filho legitimo para poder ſucce-  
der no morgado deſta contenda; mayormen-  
te, quando na inſtituiçaõ ſenam acha ſerem  
os filhos naturaes expreſſamente excluidos,  
mas ſõmente chamados os legitimos, & de le-  
gitimo matrimonio, da qual clauſula ſenam  
podia inferir excluſã, & ſõmente prelaçaõ,  
& ſerem em primeiro lugar chamados os legi-  
timos, & de legitimo matrimonio; pelo que  
devia o R. ſer julgado por verdadeiro ſuc-  
ceſſor deſte morgado, & os AA. condenados na  
reſtituiçaõ das propriedades, que em ſua re-  
convençaõ lhes pede, com os frutos da inde-  
vida occupaçaõ atè real entrega, por ſerem  
do vinculo do dito morgado. O que tudo vi-  
ſto, diſpoſiçaõ de Direito, conforme o qual,  
ſuposto ſeja opiniam muito controverſa, ſe o  
Principe pela legitimaçaõ feita com a clau-  
ſula de certa ſciencia, & plenitudine poteſtatis  
pòde prejudicar aos tranſverſaes na ſucceſſã  
do morgado, para que ſão chamados ſub con-  
ditiõne ſi ſine liberis: & ſe o filho legitimado  
faz faltar eſta condiçaõ nos termos do noſſo  
caſo, ceſſa toda a controverſia, viſta a diſpo-  
ſiçaõ do teſtador a fol. 77. verſ. pela qual cha-  
ma em primeiro lugar a ſeus filhos, & ſem  
embargo deſtes ſerem eſpureos, por elle ſer Cle-  
rigo de miſſa, diſſe pelas palavras ſequintes  
ibi: E aſſim correrà aos deſcendentes de  
guiza, que tirando eſtes meus filhos, ſem-  
pre ande em legitimos, & c. & ſem embargo  
daquella palavra, ſempre, ſer huma univer-

Hhh iij

ſal



sal affirmativa, que comprehende todo o tempo, & todo o caso, com mais clareza ratificou o instituidor a sua vontade nas vocações que se seguem à dita clausula, declarando nellas, que quando cada hum dos sobreditos seus filhos, & filhas falecessem sem descendentes de legitimo matrimonio, & nesta fôrma repetio esta clausula no dito testamento por varias vezes, como delle se vê; declarando por ella a sua vontade, & quando por esta se conhece claramente, que o instituidor quiz que sômente succedessem neste morgado os filhos descendentes legitimos, & nascidos de legitimo matrimonio, he opiniam mais cômua, & verdadeira, que o filho natural legitimado, nam exclue ao substituto; porque a tal legitimação sô a capacita para todas as honras, & successões, que pelo Direito Civil lhe competirem, & nam para aquellas, que proveniunt ex dispositione hominis, ainda que na legitimação se ache a clausula em que o Principe o ha por legitimado, para que fique, como se nascera de legitimo matrimonio; porque o Principe nem com todo o seu poder absoluto pôde fazer, que o filho que nasceo de ilegitimo matrimonio, fique pela legitimação, como se natural, & verdadeiramente nascera de legitimo matrimonio, & sômente ficara como filho legitimo per fictionem legis, & quamvis fictio legis in casu ficto idem operetur, quod veritas in casu vero: esta regra sô tem lugar naquellas cousas, que proveniunt ex dispositione juris, mas nam se pôde praticar naquellas, que proveniunt ex dispositione hominis, & que respeitão a disposiçã do testador, cujas palavras se haõ de entender verdadeira, & naturalmente, & non ficta; & quando o testador dispoem, que sômente succedam os filhos legitimos, & de legitimo matrimonio, naõ podem ser admitidos filhos legitimados, por mais ampla, & absoluta, que seja a legitimação; porque nunca ficão sendo legitimos na fôrma em que o instituidor quiz que o fossem, videlicet nascidos natural, & verdadeiramente de legitimo matrimonio, & nestes termos naõ excluem os legitimados aos substitutos collateraes; principalmente, quando na instituiçã se acha a clausula expressa de non alienando, como no caso presente; porque o possuidor do morgado, em que se acha a dita clausula, naõ pôde em prejuizo do substituto legitimar o filho, para lhe succeder nella, por ser hũa especie de alheação contra a vontade expressa do instituidor, que no caso presente chamou para a successã deste morgado ao A. como se vê da instituiçã delle, onde o testador depois de fazer varias vocações de descendentes legitimos, em falta destes chamou a huma

sua irmã, & o caso que o dito testador entã suppoz em falta de descendentes legitimos, he o mesmo, que agora tratamos, no qual se acha o ultimo possuidor deste morgado sem descendentes legitimos, & a si. ser sua irmã, & sendo esta a fôrma, que o instituidor deu, quando chamou a seu irmão, por ser este caso o mesmo, se ha de observar nelle a dita disposiçã, & sendo conforme a esta a A. chamada expressamente pelo dito testador para a successã deste morgado, lhe nam pôde prejudicar a legitimação do R. por nam ser verosimel, que a tençã do Principe seja derogar a vontade do testador, salvo havendo causa publica, & justa, & sendo o filho legitimado especificamente para a successã do morgado, fazendo se delle expressa, & declarada mençã, & juntamente do substituto, pela qual he justo querer o Principe prejudicar lhe no direito, que tem para a successã do morgado, o que nam precedeo na legitimação do R. antes sendo esta doutrina para todas as legitimações, & conforme a Direito commum, a fortiori se deve observar nas legitimações deste Reyno, as quaes nam saõ verdadeiramente legitimações, mas humas dispensações, como o he a do R. pelas clausulas, que nella se acham, pelas quaes declara o Principe, & ha por legitimado para os bens, heranças, & morgados, que lhe deixarem, como della se vê a fol. 53. a qual clausula sômente o faz capaz para poder herdar os bens, de que o testador pode testar livremente, mas nam para os que forem sujeitos a restituição, como o he o morgado de que se trata; & a dita clausula nam importa legitimação, mas sômente huma dispensaçã, porque para ser verdadeiramente legitimação, havia de dizer o Principe, que o havia por legitimado, para poder succeder em morgados, de modo que ficasse capaz para succeder nelles em virtude sômente da legitimação; porẽm como esta se refere à disposiçã do testador, & sômente o capacita para os morgados, que lhe quizerem deixar; ideo, senam pôde chamar legitimação, mas sômente dispensaçã, & como o morgado de que se trata, tanto nam foi deixado ao R. que antes està delle expressamente excluido, conforme ao theor da dita clausula, lhe nam pôde competir, & que delle esteja expressamente excluido, se vê da instituiçã; porque aquella palavra, sempre, que fica referida, nam sômente importa vocação dos legitimos, mas exclusão dos que o naõ forem, & o mesmo val dizer o testador, que este morgado ande sempre em legitimos, que dizer, que nunca succedam nelle os que o nam forem, por ser a palavra, sempre, palavra, que



denota perpetuidade, & exclusam do caso contrario a outra clausula, que nesta legitimaçam se acha, & dizer o Princepe, que sua tençam nam he prejudicar aos herdeiros legitimos, ou a outras quaesquer pessoas, que hajaõ de ter direito aos ditos bens, conforme esta clausula, sendo a A. a prejudicada na dita legitimaçam, he o mesmo, que senão ouvera a tal legitimaçam, para elle poder usar de seu direito, pois a tençam expressa, & declarada pelo Princepe, he nam lbe prejudicar nelle; porque aliás seria obrarse mais pela legitimaçam, do que aquillo, para que foi concedida, & ampliarse a concessão della contra a vontade expressa do concedente, & contra as regras de Direito, conforme as quaes, são os privilegios stricti juris, sem embargo da opiniam, com que muitos defendem, que a dita clausula só aproveita aos descendentes, & que sem embargo della resolvem os legitimados aos collateraes substitutos, porque sendo a razão em que se fundam, que o direito, que o substituto tem nos bens do morgado, nam he direito adquirido, mas somente he hum direito fundado em huma esperança provavel, & que o Princepe pode prejudicar no direito, que nam he adquirido, & se por esta razão pode o Princepe prejudicar ao direito dos transversaes, achandose a mesma no direito dos descendentes, ou a dita clausula ha de prejudicar aos descendentes, assim como prejudica aos transversaes, ou aproveitar aos transversaes, assim como aproveita aos descendentes; porque assim como os transversaes tem na successam do morgado do administrador, que nam tem filhos, hum direito, que nam he adquirido, & somente fundado em huma esperança provavel, o mesmo direito tem os descendentes, pois he certo, que o direito senar: adquire, em quanto vive o ultimo possuidor, & se o direito dos descendentes, não sendo direito adquirido, mas hum direito fundado em huma esperança provavel, assim como he o direito dos transversaes, lbe nam prejudica á dita clausula; eodem modo, nam deve prejudicar aos transversaes, pois em hum, & outro caso, milita a mesma razão, & a fortiori, se deve em ambos guardar a mesma disposição; & ainda que esta opiniam fora muito solida, & nam ouvera contra ella esta razão, nunca podia ter lugar no caso presente, onde os filhos, que nam forem legitimos, se achão expressamente excluidos pelo testador, & o R. nam legitimado, mas dispensado, conforme as ditas clausulas, que se achão na legitimaçam de que se quer valer, & juntamente, por ser opiniam de muitos Doutores, que nam basta para se dizer, que o filho natu-

ral, seja filho de pays, que possaõ contrahir matrimonio, mas nam he necessario juntamente, que o coito de que nascer nam seja damnado, nem punivel, & como o pay do R. declara ser o R. seu filho, em cuja inquirição se prova ser sua mãy donzella, & havella deshonrado o dito seu pay, & porque o coito com a donzella he stupro, & como tal punivel, fica sendo espureo, & não natural o filho, que desse coito nasce, & per consequens nam ser a dita legitimaçam verdadeiramente legitimaçam, mas somente huma dispensaçam, & nam poder o R. por ella excluir da successam deste morgado a A. & menos tem lugar para a dita exclusão o dizerse por parte do R. que a A. he quinquagenaria, & incapaz de ter filhos, & conforme a instituiçam deste morgado, se prova querer o instituidor perpetuar por elle a memoria de sua familia, por mandar que os possuidores se chamassem do appellido de Segurado, & nam se poder esta perpetuar pela A. por ser incapaz de gerar, & ter descendentes; porque ainda que isto assim seja, nam se segue por esta razão, que o R. haja de excluir a A. antes por essa mesma razão, & pelo instituidor querer perpetuar a sua memoria, nam podia o Reo ter intrancia neste morgado, por nam serem os filhos naturaes os que na instituiçam dos morgados, que se instituem, para honra, perpetuidade da familia capaz de nelles se perpetuar esta honra; da qual conforme a Direito estão excluidos, & assim nam quiz o testador, que nestes se continuasse a sua memoria, & como raiz infecta, & maculada, excluo expressamente a todos os que nam fossem nascidos de legitimo matrimonio; com o que se tira toda a duvida, & fica sem nenhũa, o nam haver de ser admitido o R. na successão deste morgado, por tanto o excludo delis, & julgo ser a A. a verdadeira successora delle, & a absolvo do pedido pelo R. em sua reconvençam, ao qual condeno largue aos AA. a posse das propriedades pedida em seu libello, que forão do vinculo deste morgado, & nos frutos delle da indevida occupaçam até real entrega, que se liquidaráõ na execuçam desta sentença, & pague os autos. Lisboa 29 de julho de 1672. Antonio da Motta Prestrello.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, Indices Doutor Carvalho, Oliveira, Doutor Freyre.

Et hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

In maioratibus institutoris voluntas legis habet vigorem, que ad unguem servari debet, ut disponit Ord. & tenent omnes unanimiter: planè ex verbis institutionis vide-



tur multoties repetita qualitas, requisita in successoribus; nempe, quod sint legitimi ex matrimonio legitimo procreati: quæ repetitio voluntatem disponentis omnino ampliat, & declarat, ut omnes affirmant constanter; deinde taxativa illa tantummodo, quæ reperitur in institutione, non solum continet admissionem legitimorum, sed exclusionem illegitimorum, cum tantummodo hanc admisisset qualitatem in filiis instituentis, & in alijs prædictam taxativam excluderet: dicendum est, esse illegitimos ex voluntate disponentis insuccessibiles in nostro maioratu; præcipue cum institutor, quando cogitavit de illegitimis, solummodo hanc admitteret qualitatem in proprijs filiis per verba expressa, unde dici non potest casus omissus; & fortius, cum semper institutor in vocationibus declarasset, quod forma à principio data, semper fuisset servanda: ex qua declaratione corrumpitur fundamentum Rei, dum affirmat, illam dispositionem esse peculiarem ad illum casum, non vero ad nostrum, cum tamen forma data à principio sit semper in omnibus vocationibus servanda, & cum voluntas testatoris sit expressa contra illegitimos, nil faciunt jura allegata per Reum, neque exemplum propositum, cum in illa causa non fuissent exclusi illegitimi; imo viderentur vocati per verba generalissima comprehendentia illegitimos: nos vero sumus in casu, ubi illegitimi expresse ab institutore sunt reprobati; deinde, non militat exemplum in nostro casu, quia in isto fuit institutor persona Ecclesiastica, quæ semper videtur excludere velle illegitimos, ut de jure satis notum est. Ulterius, dubitationem auferunt verba illa institutionis fol. 67. vers. ibi: *A de guisa, que tirando estes meus filhos, sempre ande em legitimos*; ergo per illam decisionem, semper, non solum dicendum est in casu à principio proposito, sed omni tempore, & omni casu esse excludendos illegitimos, dum extaverint legitimi cum qualitatibus in institutione requisitis, ex vi talis dictionis, ut vulgare est. Unde venit confirmanda sententia, quin obstet legitimatio, cum habeat clausulam illam, sine præjudicio legitimorum successorum, ut patet fol. 53. vers. in fin. deinde legitimatio præstat facultatem ad succedendum de futuro, non vero ad bona de præterito, & cum in maioratibus succedatur primo concedenti, nil facit legitimatio, neque ista effectum habere potest contra voluntatem instituentis, neque factum patris potest iterum juri disposito à primo concedente, cui succeditur, & à quo

bona capiuntur, præjudicare; non vero ab ultimo successore, ut notum est; relicta. quæ illa, an sit legitimatio vera, an vero dispensatio, ex dictis ab urbano Præsidente, ejus placitum amplector; in fructibus vero solummodo condemnarem à litis contestatione, Vlyssipone 14. Decembris 1672. Doutor Carvalho.

Libenter visa institutione, & matura consideratione perspectis solidissimis præstantissimi Præsidis fundamentis, per sapientissimum Dominum eleganter non solum exornatis, sed elegantissime exaratis judicatum ut supra confirmarem. Vlyssipone 17. Decembris 1672. Idem Doutor Freyre.

No feito do Reverendo Doutor João de Magalhaens Abbade de Gatao, com o Reverendo Conego Joseph de Macedo, & seu irmão, Escrivão Manoel Monteiro da Silva, no juizo da Legacia, se deu a sentença seguinte.

*Acordam em Relaçam, &c. Vistos estes autos, libello do A. contrariedade dos RR. & mais artigos, que foram recebidos, prova de huma, & outra parte dada, & documentos juntos: por parte do A. se allega, que he administrador da Capella, que instituio Antonio de Carvalho, Abbade que foi de Gatao, & de Sylva Escura, & como tal, lhe pertence a cobrança dos bens pertencentes a ella; & que o dito Abbade instituio huma Capella no testamento, que fez, a que unio todos seus bens presentes, & futuros, & que succedesse nelles Anna de Abreu sua sobrinha, mãy que foi delle A. com certa obrigação de missas, que o testamento declara, & que entre os bens, que o testador possuia, eraõ duas moradas de casas, hũa na rua do Sexceido da Villa de Amaranthe, eutra na Boussa atraz da Casa da Santa Misericordia, com seu pumar, & vinha, & huma vesada de terra, sita no lugar de Cadaesfas, Freguesia de Freixo de Cima, Concelho de Basto, & outra vesada no Concelho de Vnhão junto ao assento da Igreja, nas quaes propriedades se meteo Manoel de Abreu da Cunha, Abbade que foi de Gatao, como de presente nellas estão os RR. sem titulo, que valido seja, sabendo todos que estão vinculados, & que o instituidor tinha grande renda, porque depois de renunciar a Igreja de Gatao no pay dos RR. & tirar 50V. cada anno de pensão, que elle lhe pagara sempre, fora Abbade de Sylva Escura muitos annos, que lhe rendia 400U. em cada hum delles, & gastava muito pouco, sem fazer despesa com outra pessoa, & que por seu falecimento deixou mais de sete mil cruzados, & quando o achãvão morto tinha muito dinheito em sacos entre*



o colchoã, & enxergaõ, & o pay dos RR. recolheo todo o dinheiro em ſy, & tambem 80U. que ſe acharaõ nas caſas da Bouſſa, & que tambem tinha muita alfaya de caſa declarada no ſexto artigo do libello, que valia mais de 400U. o que o pay dos RR. tirou de caſa, & recolheo em ſy, & por ficar herdeiro do teſtador ſe meteo de poſſe de todos os bens ſem fazer inventario, & tudo occultou, & deixou de vincular como diſpoz o inſtituidor, & por ficarem os RR. ſeus herdeiros em poſſe de ſeus bens, devem ſer condenados a entregar tudo ao A. para ſe vincular a tal Capella, dando tambem conta de tres juntas de boys, que vierã da Igreja de Sylva Eſcura, & que o inſtituidor devia nomear na geraçam de Maria Carvalha, de que o A. he neto legitimo, & como tal lhe pertence a dita Capella, & nam ao R. por nam ſer legitimo, & que o A. nam foi, nem quer ſer herdeiro de ſeus pays, & por iſſo nam eſtã obrigado a ſatisfazer o contrato, que elles fizeram com o pay dos RR. & lhe devem reſtituir a Capella com todos os ſeus bens. Por parte dos RR. ſe allega, que ſeu pay ficãra herdeiro do dito Abbade de Sylva Eſcura, com obrigaçam de vincular os bens, & herança, como vinculãra, & com obrigaçam mais, de que por ſua morte paſſaria a Capella à mãy do A. procedendo bem, & ſendo falecida primeiro, que nomearia na geraçam de Maria Carvalha, & que caſando a mãy do A. fizera contrato, & ſeu marido por eſcritura publica, em que largava o direito, que tinha a tal nomeaçã, por mil cruzados, que o pay dos RR. lhe dera, & por iſſo nomeãra no R. por ſer ſeu filho legitimo, & neto da tal Maria Carvalha, & que o A. nam podia hir contra o contrato, que ſeus pays fizeram, por elles acharem, lhe era mais util, & que nam ficãraõ mais bens do inſtituidor, que os que o pay do R. vinculãra, & que deviam ſer absolvidos com o mais, por huma, & outra parte allegado. O que tudo viſto com o mais dos autos, diſpoſiçam de Direito, & como do teſtamento conſta, mandar o inſtituidor, que o pay dos RR. foſſe ſeu herdeiro, unindo, & vinculando ſeus bens em Capella com certa obrigaçam de miſſas, & que por ſua morte, ſucceſſe a mãy do A. & na ſua falta a geraçam de Maria Carvalha, de que o A. he neto legitimo, & o R. eſpureo, que nam podia ſucceſſer, ainda que legitimado, & que foſſe viſta da inſtituiçam; & julgaõ pertencer ao A. a adminiſtraçam da Capella de que ſe trata, & mandaõ, que o R. lha reſtitua com os fructos da lide conteſtada em diante, que ſe liquidaõ na execuçam da ſentença, como tambem os bens que ficãraõ do inſtituidor, que ſe

regiſtarãõ no juizo dos Reſiduos, feito inventario, & ſobre os mil cruzados do contrato feito entre os pays do A. & reſervaõ a eſte ſeu direito para tratar delle, pela via que lhe parecer, achando que o tem, & pague os autos. Braga Agoſto 30. de 1680. Bandeira, Antãõ Pereira, Dantas, Lago, & Figueira, Carvalho, Pacheco Baldaya, Vieyra.

A qua ſententia fuit appellatum ad Nũ. 89 tiaturæ Tribunal, ubi fuit confirmata, Iudices Ferras, & Auditore.

Et fundata in deliberationibus ſequentibus.

Instituto quodam vinculo perpetuo ab 90 Antonio de Carvalho per ſuum ſolemne teſtamentum fol. verſ. his verbis ibi: Em Capella, a qual por ſua morte quero, & deixo a minha ſobrinha Anna de Abreu, ſendo ella a que deve, & ſenam o dito meu ſobrinho a nomearã em outra qualquer peſſoa, que mais cõveniente ſeja da geraçam de minha irmã Maria Carvalha.

Iſta ſubſtituta Anna de Abreu deceſſit 95 ante ſucceſſorem primum vocatũ, qui poſt ſuam mortem nominavit prædictum vinculum in Reum appellantem filium ſuum ſpurium legitimatum per ſcripturam nominationis fol. 22. tam ex propria facultate, quam habebat, cum ſubſtituta jam eſſet mortua, quã virtute deſiſtentia factæ ab ipſa ſubſtituta fol. 43. pretio ibi contento; petit autem Actor appellatus hujus vinculi adminiſtrationem, ſeu ſucceſſionem tanquam filius iſtius inſtitutæ Annæ de Abreu, & nepos Mariæ Carvalha, & virtute donationis ei factæ à ſuo fratre maiori natu fol. 12. verſ.

Veruntamen cum iſtud vinculum ſit nominationis intra cognationem, ſeu agnationem Mariæ Carvalha, ſubintrat non levis dubitatio, an nominatio facta à primo vocato in filium ſuum ſpurium legitimatum ſit valida, ut excludat Actorem cognatum legitimatum ex legitimo matrimonio natum? Et ſecundum veriore, & cõmuniorẽ opinionem talem nominationem fuiſſe nullam dicendum eſt, ut pro Actore appellato judicandum. Nam filius legitimatus per reſcriptum Principis non ſuccedit in maioratu, ſive ſit ſucceſſionis, ſive nominationis, niſi deficientibus filiis agnatis, cognatis, & tranſverſalibus legitimis, ut tenent Doctores, ex text. in cap. 1. §. naturales tit. ſi de ſendo deſunct. content. ſit inter domin. & agnat. vaſſalli, & conſtantly multis citatis tenet Roxas de incompatibilitate p. 1. cap. 6. §. 6. num. 1. cum ſeqq. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. num. 44. & lib. 3. num. 3. cum ſeqq. & num.



& num. 30. & 31. & ibi addentes, *Mieres de maiorat. p. 2. q. 1. in princ. & q. 2. in princip. Sousa de Macedo decis. 107. num. 3. & decis. 106. num. 11. Portug. de donat. reg. tom. 1. cap. 16. num. 23. Reynos. observ. 33. num. 10. & observ. 64. ubi addit in num. 26. vers. deveniendo, Flores ad Gam. decis. 2. num. 7. ibi: Excepto feudo, & primogenio, Carvalho ad cap. Raynald. de testam. p. 1. num. 254. & 257. Ratio est; quia legitimatio est unus actus Civilis fictus, qui defectum naturalem nativitatis tollere nequit, ex text. in *L. jura sanguinis 8. ff. de regul. jur. tenet Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 4. cum seqq. Mantio. de conjectur. ultim. volunt. lib. 11. tit. 10. num. 6. & 7. Sousa de Maced. dec. 107. num. 4. & 5. & num. 6. & num. 9. cum seqq. ubi resolvit, quod Princeps non potest præjudicare consanguinibus in illa spe successionis per legitimaciones, quæ sunt tantummodo dispensationes: idem tenet Portugal dict. tom. 1. cap. 16. num. 14. & 23. & num. 44. & num. 47. Roxas de incompatibilitat. p. 1. cap. 6. § 6. num. 71. unde verba institutionis, ibi: *Nomeará em ontra qualquer pessoa, que conveniente seja da geração de minha irmã, &c.***

92 Adaptari non possunt ad filium legitimatum, quia verbum [conveniente] intelligitur de illa persona, quæ fuerit approbata, ut expresse probat text. in cap. pactum 11. de verbor. signif. ibi:

93 *Conveniens scriptura legibus, ac moribus comprobata; & ibi gloss. verbo legibus, & cum filius legitimatus sit reprobatus à jure, quoad maioratus successionem, extantibus legitimis agnatis, seu cognatis, ut tenent DD. supra citati; nullo modo nominari poterat ad successionem hujus vinculi, cum adessent legitimi cognati.*

Nec verbum, *qualquer pessoa*, applicari valet ad successorem legitimatum, extantibus legitimis, quia restringendum est ad habiles, seu legitimos, ex text. in *L. ut gradatim ff. de muneribus, & honor. ibi: Si idonei sint, & text. in L. si quando Cod. de inoffic. testam. tenet optime Barbof. de clausul. clausul. 113 num. 10. Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. num. 30. & 31. maxime quando institutor erat legitimus, & ut talis præsumitur diligere similes legitimos, & non legitimatos, ut tenet Reynos. observ. 33. num. 14. & n. 16. Sous de Maced. decis. 106. n. 5.*

94 Nec verbum ( *de geração de minha irmã* ) comprehendere potest spurium legitimatum, quia non dicitur de familia, seu agnatione, & cognatione, nisi deficientibus legitimis, ut tenet Roxas de incompatibilita-

te p. 1. cap. 6. § 6. num. 79. & 80. Gratian. forens. cap. 218. num. 26. Nam filius legitimatus solum civiliter per fictionem legis dicitur legitimus, & non naturalis, quia natura immutabilis est, & vult veritatem, & non fictionem ex *Mantio de conjectur. ultim. voluntat. lib. 11. tit. 10. num. 7. Portug. dict. tom. 1. cap. 16. num. 12. vers. quamvis, & quando intelligi possunt naturaliter, & civiliter, potius naturaliter, quam civiliter intelligi debent, ex text. in *L. ultim. Cod. de his, qui veniam atat. impetr. tenet optime Tiraquel. in L. si unquam Cod. de revocand. donat. in verb. susceperit liberor. num. 17. Decius conf. 258. num. 1. Anton. Faber de error. pragm. decad. 35. errore 6. n. 8.**

Neque nobiscum pugnat text. in *L. qui dam 24. ff. legat. 2. ex quo probatur, quod nominatio, quando committitur in liberam voluntatem, potest indignus eligi; quia respondetur cum text. in *L. utrum §. cum quidam ff. de reb. dubijs ex text. in *L. fideicommissio §. quanquam ff. de legat. 3. unde probatur, quod aliter est dicendum, quando nominatio ponitur in alicujus arbitrio, & non in libera voluntate; quia nominatio posita in arbitrio, tunc à jure est regulanda, & secundum arbitrium boni juri, ne odiosus, aut indignus nominetur, ut tenet Bart. & Paul. Castrens. ad text. in dict. leg. cum quidam de legat. 2. Cald. de nominat. lib. 2. q. 19. num. 62. Phab. 2. p. decis. 109. num. 8. & in legitimo expresse tenet Rebuff. in tract. nomination. q. 12. num. 50. in fin. ubi eum à nominatione maioratus excludit, tanquam à jure reprobatum.***

Supposita autem exclusionem Rei appellantis ex defectu naturali: altera quaestio venit examinanda; An Actor appellatus tanquam hæres matris suæ, seu cessionarius fratris sui teneatur reddere appellanti millia aurea accepta ab ejus parentibus per desistentiam administrationis, & nominationis hujus vinculi fol. 43. & licet deficiat scriptura contractus principalis, an standum sit affirmationi nominantis fol. 24. vers. & sine dubio ei credendum non est cum affirmet in re propria, qua nemini creditur, ex text. in *L. omnibus Cod. de testib. Cald. conf. 19. n. 59. prope finem. Unde per scripturam quietationis fol. 43. judicare debemus, quæ visa, & bene perpenfa in illis verbis ibi fol. 43. *Desistão do dito legado, & de todo, & qualquer nomeaçam, que de Direito, ou facto se ouvesse de fazer nella dita Anna de Abreu; & fol. 43. vers. ibi: De todo seu direito, & açãõ, &c.**

Quæ verba tantummodo continent quædam



dam ceſſionem, ſeu renuntiationem actio- nis perſonalis, hoc eſt quandam deſiſtenti- am nominationis, & commoditatis fru- ctuum, ſi ſubſtituta ſuperviveret nominan- ti; non autem tranſactionem, ut minus be- ne dicunt advocati; quæ ceſſio ſolum co- hæret perſonæ cedentis, & non hæredibus, nec alijs ſucceſſoribus, quibus præjudicare non poterat, *ex text. in cap. veniens de tranſ- actionibus, ubi DD. & tenet optime doctif- ſimus Patronus Pegas reſolut. for. cap. 4. n. 71. & 72. & num. 56. Maldonad. in adait. ad Molin. de primog. lib. 1. cap. 21. num. 25. Reynof. obſerv. 73. à num. 8. uſque num. 12. & ibi Addit. ubi multos citat Carwalk. ad cap. Raynald. de teſt. p. 2. num. 348. nec verbum fol. 43. in fin. ibi: Em ſeu nome, & de ſeus herdeiros, aliquid officit, quia intelligen- dum eſt ſecundum materiam ſubjectam, & naturam contractus, ut tenet Mascard. de probat. conclus. 1136. num. 18. & 20. Flamin. de reſignat. lib. 9. tom. 2. q. 17. num. 94. & n. 95. id eſt, ſi Actoris mater poſt mortem no- minantis viveret, tunc non ſuccederet in maioratu, nec nominare poſſet, nec ejus hæ- redes petere potuiſſent commoditates fru- ctuum, qui fuiſſent percepti in vita ipſius ſubſtitutæ, nec poſt mortem nominantis hæredes haberent jus ad ſucceſſionem, ſi nominatio facta à nominante eſſet in per- ſona legitima; ideo ſuperflua, & inutilis fuit reſervatio in ſententia quoad repetenda millia aurea, cum contractus ceſſionis fuiſ- ſet tantummodo perſonalis, durante vita cedentis, ſine aliqua conditione tranſitoria ad hæredes.*

98 Ex quibus, ſublata reſervatione, ſenten- tiam appellatam fol. 111. verſ. libenter con- firmarem. Vlyſſipone 23. Aprilis de 1681. Ferras.

In omnibus laudanda eſt ſententia clarif- ſimi Senatus Bracharenſis; quia incon- troverſum eſt dicere Actores, nepotem eſſe Mariæ Carvalha, cujus generatio vocata, & prædilecta fuit ab inſtitutore, ut patet ex verbis teſtamenti fol. 6. verſ. cumque nullus alius legitimus contradictor modo ſeſe op- nat, utique Actori debetur ſucceſſio Capel- laniz, de qua agitur, ex clara teſtatoris vo- luntate, quæ tanquam Lex obſervanda eſt in hac materia ex vulgatis juribus.

99 Nec obſtat exceptio Rei conventi, quia ex ſua incapacitate repellitur; quidquid enim ſit, an ſpurij comprehendantur ſub nomine lineæ generationis, & ſimiliter in præſenti caſu ceſſare videtur quælibet diffi- cultas, tum quia teſtator erat Sacerdos, & excludebat propriam ex ſorore neptem,

Parſ II,

quatenus non bene procederet, ibi: *Sendo ella a que deve.* Vnde nimis dicendum, & prorfus alienum eſſet à mente teſtatoris di- cere, quòd ſub nomen generationis Mariæ Carvalha comprehenderentur filij ſpurij Emmanuelis de Abren, qui tunc erat Ab- bas, & in ſacris conſtitutus; ac per conſe- quens ejus filij quando etiam fuiſſent ex- preſſe vocati, nunquam intelligerentur vo- cati ſpurij, & ſacrilegi, ſed adoptivi, ut plu- ribus allegatis probat *Pereir. deciſ. 14. ſub num. 9. verſ. ſed ſi in ſacris, & late Reynof. obſerv. 53. num. 12. & ſeq. Portugal de donat. cap. 18. n. 68.*

Tum quia facultas nominandi reſtricta 101 fuit ad perſonam ejuſdem generationis, ibi: *Que mais conveniente ſeja.* Iſta enim reſtri- ctio bene denotat mentem teſtatoris fuiſſe vocare perſonam magisabilem, aptam, & idoneam dictæ generationis; non vero re- linquere liberam habenas Emmanuelli nomi- nandi ſpurium, & ſacrilegum in excluſione legitimi; voluntas ſiquidem teſtatoris, ſive verbis expreſſa, ſive ex conjecturis deſump- ta attendi, & inſpici debet, omnemque quæ- ſtionem dirimit in hac materia. Ita perſpicaci- ter de more ſuo poſt alios firmat *Caſtilh. controuv. lib. 5. cap. 82. num. 25. & 40. Guſ- man. de veritat. jur. veritat. 5. n. 38. Pereir. dict. deciſ. 14. n. 2. & 3.*

Tum, & denique, quia obſtat Reo Bulla 102 Summi Pontificis Beati Pij V. inter ejus impreſſas in *Bullar. tom. 2. conſtit. 117. fol. mibi 325.* quæ revocat facultatem teſtan- di, & quovis alio modo diſponendi de ac- quiſitis ex bonis Eccleſiaſticis, ac de alijs re- bus etiam proprio labore partis, aut patri- monialibus ad commodum illegitimorum etiam legitimorum, & adeo arcta eſt iſta cõ- ſtitutio, & meo videri ponit ſalcem ad ra- dicem, & tollit omne dubium, quod fieri po- teſt in legitimatione, in qua Reus plurimum ſe fundat.

Non obſtant authoritates adductæ pro 103 Reo, quia procedunt, & intelligi debent, alijs conſanguineis, & deſcendentibus legitimis deficientibus, ut expreſſe declarant *Larrea deciſ. Granat. 32. num. 9. 37. & 54. Caſtilh. dict. cap. 82. num. 48. & 49. Garo. de beneficio. part. 7. cap. 15. ſub num. 49. in fin. & 50. Maced. deciſ. 106. num. 11. & 12. Guſman de veritat. 5 ſub num. 44. in fin. Agyd. de privileg. honeſt. art. 13. num. 46. & 47. no- tandum dicit *Adden. ad deciſ. 226. n. 295. cum duobus ſequentibus part. 8. recent.**

Minus obſtat renuntiatio, ſeu refutatio hujusmodi facultatis nominandi facta per matrem Actoris, quia duplici reſponſione diluitur