

qualitas, & circumstantia vinculi posita in clausulis inferioribus, quæ ex defectu conditionum expirarunt, non profunt ad superiores, quæ sunt distinctæ, & habent de se sensum perfectum, ut est *text. expressus in L. continuus 137. §. cum ita ff. verbor. oblig. ibi: Quia in eo quidem tempore. at que factò, quod finitum est, nullus est conjecturæ locus*: atque ita post multos docent *Mantic. de conject. lib. 6. tit. 13. num. 10. vers. sed qualitas. Ramon. conf. 100 num. 69. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 56. & 57.* ubi quod ex clausulis, quæ evanuerunt, non inferitur ad superiora, quodque hæc opinio est verior, & receptior, ut exornat *idem Ramon. n. 70. & seqq.*

Et dato quod dicti filii positi in conditione censeantur vocati, nec ex hoc potest excludere filiam vocati superstitem, ex *L. 1. Cod. cond. insert.* atque ita non habet locum repetitio ex adverso considerata, nec potest extendi ad prætendentem alterius gradus, & generis, *L. que conditio 39. ff. cond. & demonstr. L. sub conditione 73 ff. de hæred. inst.* Neque in consanguineis testatoris vocatis, in casu quo primus non haberet filios, nec nuptias contraheret, datur repetitio qualitatibus positæ in prima vocatione, nisi adessent verba repetitionem expressam inducentia, quæ non inveniuntur, ut concludit *Peregr. art. 25. num. 29. & 33. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 59. Fusar. q. 403. num. 8* & non obstante hoc argumento resolutum extat apud *Rovit. d. conf. 34. per tot.*

Et minus potest dari repetitio ex clausulis inferioribus ad superiores, ex dictis à *Molin. d. cap. 5. num. 56. vers. sed quamvis usque ad num. 62.* sed potius ex superioribus expli- cantur inferiores, *L. acua ff. cond. & demonstr. Valenz. conf. 159 num. 58. & 59. Cast. lib. 4. cap. 50 num. 8. Surd. conf. 375. num. 28. Molin. de rit. nupt. lib. 3. cap. 24 num. 273 & 274.* maxime quando datur diversitas personarum, ut in nostro casu, ex *Castill. lib. 2. cap. 4. num. 131. 135. & 168.* Ex quibus respondetur ad n. 583. & dictio, omnia, in hoc casu ex natura rei, ut præcedentis vocationis restringitur, ut tenet *Barb. dict. omnia n. 17. & 20.*

Ad quintam conjecturam positam n. 582. de prohibitione deductionis quartæ trebellianicæ: Respondetur nihil ob stare, ut non obstitit in casu relato, & deciso à *Leon. de dec. 60.* ubi in testamento inveniebatur similis clausula, ut patet ex verbis citatis num. 2. ibi: *Ubi autem dictus D. Joann's primus hæres institutus decederet relicto filii masculis de legitimo matrimonio procreatis, ejus hæreditas integre absque diminutione legitime*

*Falsidicæ, Trebellianicæ, & alterius juris pertineret ad filium maiorem, & ita sequeretur de uno in alium.* Ex quibus verbis deducebatur institutum esse fideicommissum, & maioratum, ex eod. *Menoch. citato à dicto Leon. d. dec. 60 num. 12.* & ex eo, quod quando testator prohibet detrahi Trebellianicam, significat velle bona sua subiacere fideicommissò, ex eod. *Menoch. conf. 1006. num. 8.* sed hac consideratione, & aliis urgentioribus non obstantibus judicatum refert num. 16. & seqq. non subsistere fideicommissum, & cavuisse per superventiam filii primi vocati: & n. 28. judicatum refert in alia causa non obstante prohibitione deductionis Falsidicæ, & Trebellianicæ, ut patet ex *vers. idem & pag. 410. col. 2. ibi: Nam in fideicommissò recadebat castrum, qualitas etiam masculinitatis toties repetita, vocatio agnatorum collateralium in defectum descendantium, & digressio ad plures gradus substitutionum, prohibitio detractionis legitime, & Trebellianicæ Nihilominus tamen fuit declaratum propter existentiam filiorum D. Sanctii de Cardona nepotis testatoris bona libera remansisse*; ut patet ex verbis sententiæ ibi relatis: & num. 38. vers. ad quintum respondit ad dictum argumentum, & illud non ob stare decisum refert non obstantibus aliis urgentioribus conjecturis, quam illæ, quæ inveniuntur in nostro casu.

Ad septimam conjecturam deductam n. 614. circa perpetuitatem, ex *Fusar. q. 480. n. 63.* respondetur, quod huic conjecturæ contradicit *Fusar. ibidem num. 46. alias 64. ex Torniol. conf. 68.* asserens quod verba perpetuitatis intelligenda sunt in gradibus substitutionis sequentis, & non extendi ad clausulam primam affirmat, & ita judicandum, & consulendum esse testatur, & tenent multi alii citati à *Cutel. dec. 7. num. 24. vers. immo non obstantibus.* late *Leon. d. dec. 60 num. 16. & seqq. Mart. de success. leg. q. 25. art. 4. n. 18. & 19. & p. 4.*

Cui opinioni se subscribunt citati à *Fusar. q. 480 num. 50. Cassanat. conf. 4 num. 160. Ramon. conf. 100. num. 69. & seqq. & Cutel. dec. 28. num. 54. vers. non obstant conjecturæ,* qui loquuntur in casu non existentie familie, & agnatorum; quia hæc vocatio est perpetua, & illa non obstante perpetuitate asserunt non prorogari, nec extendi primam substitutionem extinctam per superventiam filiorum, ut etiam advertit *Molin. cap. 4. num. 16. vers. præterea,* & ibi differentiam constituit inter maioratus, & fideicommissa, non ex verbis perpetuitatis, sed ex natura eorum perpetua, quod etiam distinguit *Mart. d. p. 4. q. 15. art. 4. num. 36.* ex pluribus, nam

ejus proprietates est, ut non sistat in primo gradu, sed perpetuo duret, ut tenet *Cutel. dec. 29. n. 25. Fusar. q. 480. n. 36.*

615 Et ideo tantummodo, quando testator facit maioratum, & primo vocato, *si sine filiis decesserit*, substituit alios, licet habeat filios, non expirat maioratus, sed in sequentibus vocatis continuatur, ut tenent *Molin. & Reynof. citati supra num. 571.* atque ita in nostro casu ita respondi, & resolvi, quia tunc expresse voluit testator maioratum instituire, & in perpetuum observari, ut late fundat *Rosa consult. 40. & 41.* At vero in nostro casu non est ita; quia testator non fecit maioratum, nec expressim dixit voluisse, quod bona perpetuo in agnatione conservarentur, & quando hæc ratio non est expressa, licet ex conjecturis colligatur, tunc non operabitur extensionem dispositionis de uno casu ad alium, ut multis tradit *Rosa d. consult. 42. n. 33. 34. & 36.* optime, & in his terminis loquuti fuerunt, *Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 16. 18. & 28. Reynof. observ. 64. num. 33. & 37. & Valasc. conf. 82.* qui etiam præcedentibus fortioribus conjecturis consuluit pro libertate bonorum: & iudicatum refert *Gam. dec. 244.* & postea mota lite, secundum meam resolutionem iudicatum fuit, ut constat ex sententia sequenti.

616 No feito de aggravado ordinario, em que são partes Bernardo da Silva Cabral, com Maria da Silva, Escrivão Manoel Soares Ribeiro, se deu a sentença seguinte.

*Vistos estes autos, &c. Mostrase por parte do A. que falecendo da vida presente Francisco Martins Romeu, fez seu solenne testamento, no qual instituiu por seu herdeiro a seu irmão Lourenço da Costa fazendo de seus bens hum fideicômiso sucessivo, e perpetuo, em que vinculou entre outras propriedades a quinta da Arrabida, e humas Terceiras nesta Cidade, com condição, que por sua morte ficasse ao filho do dito herdeiro, seu irmão, por nome Francisco Romeu, e que não casando este, ou não tendo filhos, ficasse a Felippa da Costa, mulher que foy delle A. e a seus filhos, e no caso também, que esta os não tivesse, fosse o dito fideicômiso a sua irmã Paula da Costa, fazendo mais outras substituições, e que o dito fideicômiso teve lugar no primeiro substituído Francisco Romeu, e em sua filha Isabel Maria Romeu, os quaes são falecidos sem descendencia alguma, e que nesta forma fica lugar á segunda substituição da dita Felippa da Costa, mulher que foy delle A. e a seus filhos. E que a R. sem direito algum está de posse dos ditos bens, e deve ser condemnada os largue a elle A. com os*

*fructos da indevida occupação até real entrega, por ser possuidora de má fé. Por parte da R. se mostra, que no testamento, com que faleceu o dito Francisco Martins Romeu, declarou, que deixava por seu herdeiro a seu irmão Lourenço da Costa Romeu, e que por sua morte ficasse a seu filho Francisco Romeu, e que se este não casasse, ou casando não tivesse filhos, ficasse a Felippa da Costa, irmã do dito Francisco Romeu, e que o dito Lourenço da Costa Romeu succedera no dito fideicômiso, e que por sua morte succedera no mesmo fideicômiso seu filho o dito Francisco Romeu, o qual toy casado com a R. Maria da Silva, do qual matrimonio nasceo Isabel Maria Romeu, a qual sobreviveo ao dito seu pay, e por sua morte se fizeram partilhas, e que nelas coubera á R. as Terceiras, e á dita Isabel Maria a quinta da Arrabida, e que nestes termos não tem lugar a substituição, em que o A. se funda, porque todas as vezes, que alguma pessoa he gravada para restituir os bens com encargo de fideicômiso, se acaso não casar, ou morrer sem filhos, se nasce em depois pelo casamento, que se contrahio, ainda que depois do pay morto morrao, caducarem as substituições, e ficão os bens na pessoa chamada, sem obrigação de os restituir, e a seus herdeiros, e que deve a R. ser absoluta. O que tudo visto, e o mais dos autos, e disposição de Direito neste caso, e como o testador chamasse em primeiro lugar para o fideicômiso, de que se trata, a seu irmão Lourenço da Costa Romeu, e por sua morte a seu filho Francisco Romeu, com a condição de que não casando, ou casando, não tivesse filhos, ficasse o dito fideicômiso a Felippa da Costa, irmã do dito Francisco Romeu, e como outrossim conste, que o dito Francisco Romeu foy casado com a R. do qual matrimonio ficou humas filha, por nome Isabel Maria Romeu, que sobreviveo ao dito seu pay, termos em que conforme a Direito ficou caducando a dita segunda substituição, por quanto o dito Francisco Romeu teve humas filha, com o que se encheo a condição posta pelo testador, e não serem bastantes as conjecturas, que por parte do A. se consideraõ. para se poder entender o dito fideicômiso perpetuo, e repetida a mesma condição de morrer sem filhos na filha do dito Francisco Romeu, que morreo sem descendencia, e como outrossim conste, que os bens pedidos se adjudicaram nas partilhas, assim á R. como a sua filha, e ficarem livres, e aos herdeiros do dito Francisco Romeu pelo impleto da condição, debaixo da qual foram deixados. Por tanto absolvo a R. do pedido pelo A. ao qual condeno nas custas dos autos. Lis-*

boa 24  
Pereyra  
A qu  
tum ad  
confir  
sequen  
Nil  
quam  
iltius m  
perqua  
erit tra  
& satis  
Fid  
si sine  
mortis  
qui fid  
regula  
legat.  
tio, e  
stet p  
qui t  
stea d  
fol. 5  
T  
dubia  
miltu  
reli  
do fi  
regu  
cit  
dispo  
que  
unur  
sump  
620  
grav  
fuit  
ta  
testa  
liani  
poit  
dici  
no  
cun  
N  
621  
verl  
quo  
San  
om  
pet  
ra  
ti j  
mi  
qu  
L.  
pi  
622  
50

boa 24 de Agoſto de 1683. *Joſeph do Baſto Pereyra de Torres.*

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

Nil in præſenti caſu reſtat dicendum, quam iudicium interponere, diſputationes illius materiæ à patronis non infeliciter, ſed perquam laborioſè inveniuntur, nec licitum erit tranſcribere, ideo ſolummodo decidam, & ſatisfaciam querimoniæ aggravantis.

Fideicõmiſſum relictum ſub conditione, ſi ſine liberis deceſſerit, evanuit, ex eo quod mortis tempore liberi remanent, nemo eſt, qui fideicõmiſſorum materiã tractaſſet, qui regulam hanc ignoret, *L. filiusfamilias de legat. 1. cum vulgarib.* Sic ſe habet diſpoſitio, ergo ſub dicta regula manet; cum conſtet primum vocatum liberum reliquiſſe, qui tempore mortis exiſtebat, quamvis poſtea deſtituiſſet, quod non officit ex adductis fol. 52.

Tentat aggravans infringere dictam indubiam diſpoſitionem, aſſerendo fideicõmiſſum noſtrum perpetuo conſtitutum, & relictum omnibus de familia, & quod quando fideicõmiſſum eſt perpetuum, tunc dictam regulam locum non habere. Peroptime dicit, ſed non probat in facto dictam noſtram diſpoſitionem eſſe perpetuo conceptam, neque ex illa videntur conjecturæ, quas in unum congeſſit in præſenti *Menoch. de præſumpt. præſumpt. 69. lib. 4.*

Tres adducit perpetuitatis rationes aggravans, prima quod diſpoſitio concepta fuit per verbum, omnes, ſecunda quod facta fuit ſubſtitutio pupilaris, tertia quod teſtator prohibuit detrahere quartam trebellianicam, non leves oriuntur dubitationes potius ſcholæ, quam Senatui, ſi idè foret iudicium in præctica, quam in ſpeculatione, non parum faciebat aggravanti, primæ, ſecundæ, & tertiæ reſponſum præſtemus.

Non officit prima, quia illa conceptio per verbum, omnes, intelligi debet in caſu, de quo loquitur, ita ut, quod confraternitas Sanctæ Miſericordiæ ſuccederet in caſu quo omnes vocati decederent ſine filiis, hoc perpetuitatem non inducit, & ſemper conjectura ſumenda eſt juxta leges, quæ in præſenti jubent, quod diſpoſitio noſtra ſit fideicõmiſſum reſtrictum ad perſonas nominatas, quod tanquam odioſum eſt reſtringendum, *L. coheredi §. cum filia de vulgari, & præſcript.*

Secunda de ſubſtitutione pupilari incongrua venit, cum diſpoſitio iſta nil arguat cit-

ca perpetuitatem, relinquebat enim teſtator noſter fratri hæreditatem, ſubſtituebat ejus filium, cui conditionem impoſuit, ſi ſine liberis, & poſtea alium vocavit, proviſit filio fratris eo caſu, quo intra pupilarem decederet, quid ergo hoc perpetuitatis habet?

Tertia prohibitionem quartæ trebellianicæ non bonum facit argumentum, ſicut enim in fideicõmiſſo perpetuo non detrahitur Trebelliani caſu, ita in particulari, quando expreſſa datur teſtatoris prohibitio, quod poſteſt facere juxta unam communem, & mihi veriffimam opinionem, de qua cum pluribus *Carvalh. in cap. Raynald. de teſtament. n. 51. 2. p.* Quamvis aliam contrariam adducat à relictæ quæſtione, an ipſe teſtator potuiſſet prohibere detractionem, illud præceptum ſolum intelligitur intra perſonas nominatas, nec ultra locus *Menoch.* nil concludit, quia ex eo ſolum probatur, quod quando teſtator quartam prohibet, quod inducitur fideicõmiſſum, ſic fatemur, quod ſi ſine filiis decederet primus ſubſtitutus, fideicõmiſſum inductum erat ad alias perſonas, ſed hoc non convincit, ut fideicõmiſſum in caſu exiſtentis filiorum non evaneſcat, cum de diſpoſitione perpetuitas non colligatur, neque prohibitio alienationis, neque requiſita juris, confirmetur ergo Prætoris juſta ſententia. Ulyſſipone 2. Januarii 1684. Lacerda.

Si ſubſtitutus vocatus fuit ad fideicõmiſſum ſub conditione, ſi inſtitutus ſine liberis deceſſiſſet, ut in propoſito, & patet ex teſtamento fol. 6. & cum ita ſit neceſſarium ad intrantiam ſubſtituti, ut primo vocatus, filios per ejus mortem non reliquiſſet, hoc non ita fuit, immo à contrario, nam Franciscus, qui tunc bona poſſidebat, filiam Elſabetham reliquit, & ſic locum ſubſtitutio non obtinuit, conditio namque ſi ſine liberis deceſſiſſet, purificata non fuit, ut ſubſtitutioni locus ſit, ut tenent *Fuſar. de ſubſt. q. 480. num. 6. & 15. Holierna ad Surd. deciſ. 85. num. 2. & 3. Caſtill. lib. 3. cap. 18. num. 58. Gam. deciſ. 224. num. 1. cum ſeqq. Bart. in L. liberorum num. 18. ff. de verbor. ſignificat. L. cum in teſtamento in princip. ff. de hæredib. inſtituend. L. Lucius ff. eod. L. ex facto §. ſi quis aliquem ff. ad Trebell.* Et ultra jura quæ allegat in ſuis doctis allegationibus doctus Rex patronus: cumque Philippa vocata in inſtitutione locum habere non potuit in ſubſtitutione, eo quod primus vocatus filiam reliquit, conſtat ex certitudine fol. 21. & ex teſtibus à fol. 36. injuſte conqueritur aggravans, quod diſiſa bona fuiſſent, ad conjecturas ex ſua parte allegatas, elegantiffime, & cum magna juris prudentia ſatisfacit pri-

mus Dominus eruditissimus, & nihil superest dicendum, nisi cum eo sententiam Prætoris confirmare. Ulyssipone 15. Januarii 1683. Almeyda.

625 De qua re vide *Reynof. observ. 64. & late ibi Add. novissima, ubi multos refert.*

626 Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus, quæ fuerunt rejectæ, & contradicente uno Senatore, ut patet ex deliberationibus sequentibus.

627 Fateor sanè, me diu hæsitasse in decisione impedimentorum, cum verba institutionis modo in confirmationem, modo in revocationem iudicati me vergere faciant.

628 Agnosco in iure maximam dari differentiam inter casum, quo substituitur quis sub conditione, si decesserit sine filiis, & quando substituitur, si gravatus liberos non habuerit, ut ingeniose doctus impediens Patronus, & cum verba nostra videantur negative locutum fuisse testatorem, ibi: *Se este, ou naõ casar, ou casando naõ tiver filhos.*

629 Subintrare videtur regulam, de qua *Reyn. observ. 64. num. 1. & 2.* quam agnoscit *Bart. sibi contrarius ibi allegatus in L. in substitutione, & in L. liberorum num. 19. de verbor. sign. & plures quos allegat Reynof. & ejus additator.*

630 Quod substitutus sub conditione si filios non habuerit, institutus sit admittendus etiam eo casu, quo filii instituti decedunt post mortem patris, observat *Gail. lib. 2. obs. 136. Peregrin. de fideicom. art. 19. num. 9. & ex ea ratione procedit, quia indefinita dispositio comprehendit casum, quocumque tempore eveniat, prout optime idem *Peregrin. dict. num. 9.* Sed omnes DD. supponunt, quod liberi positi in conditione negativa, necesse est, ut indefinite, & nullo respectu ad tempus vitæ gravati consideretur, prout ex DD. à *Peregrin. allegatis*, v.g. Si de gravato non remaneret hæres, prout voluit *Alex. ibi: Vel non extante gravato, vel ejus liberis, vel in defectum filiorum meorum, vel ex filiis ejus, vel si adjunctum fuerit quancumque.* Omnes hi casus absolute interpretantur ex dispositione casus non existentia filiorum, & nil mirum, ut ipsa dispositio extendatur ex conjecturata mente testatoris.*

Verum in nostra hypothese dispositio non tam absoluta apparet, quia restricta ad tempus matrimonii est, ibi: *Ou naõ casando, ou casando, e naõ tendo filhos.* Quibus verbis solummodo ex tempore vitæ instituti cogitatum fuit, & solummodo ad tempus mortis relatio filiorum intelligenda est, quia quamvis filii positi sint in conditione negativa, tamen si proprietas verborum extensio-

nem indefinitam non habeat, sola negativa conceptio perpetuam non efficit dispositionem, prout terminanter adducit *Peregrin. dict. loco num. 19.* omnino videndus. Plane in præsentem verba nostræ institutionis posunt, & debent accipi terminatè, ibi: *Ou casando, e naõ tendo filhos:* & nulla verba apparent indefinitam facientia dispositionem, ergo recedere à nostra sententia mihi non videtur.

*Costa in cap. si pater verbo absque liberis num. 18. vers. tertio,* disputat enim ne detur differentia inter casum, quo disponitur per verbum si liberos non habuerit, & si sine filiis decesserit, & concludit *num. 19.* Bartoli opinione nullam dari differentiam, quando non datur contraria conjectura, hoc idem tenet *Fusar. de substitution. q. 414. numer. 2. & 3.*

Quare impedimenta reijcio. Ulyssipone 15. Februarii 1683. Lacerda.

Substitutiones duæ conditionales inveniuntur in iure, super quibus latum discrimen est, non inter Doctores, nam omnes eodem modo eas resolvunt, sed inter ipsas, nam diverso modo omnes jus resolvunt in una, atque in alia concordantes tamen in eadem resolutione Doctores inveniuntur. Prima substitutio ea est: *Si filius meus liberos non habuerit, substituo Titium.* Secunda: *Si filius meus sine liberis decesserit, substituo Titium.* In prima est certum, quod quamvis filii instituti nati sunt, ut supervivant illi, si post mortem deficiant, ac proinde quovis tempore, sive ante mortem, sive post mortem instituti admittetur substitutus in defectum liberorum vocatus, ex text. in *L. in substitutione ff. vulgar. & pupil. ubi Bart.* cum enim ad tempus mortis, aut aliud non sit facta relatio, in quocumque tempore liberi deficiant, substitutus admittitur. In secunda verò est certum evanescere substitutionem, si cum moritur institutus, liberos reliquit, quamvis illic post mortem instituti è vita decedant, *L. filiusfamilias §. cum quis ff. legat. 1. L. si quis heredem Cod. inst. & substit.* Quia in hac substitutione refertur conditio ad tempus mortis, & sic satis est, quod extent liberi in eo tempore. Hæc resolutio est adeo certa, ut non immaror in allegationibus, sic illam erudito calamo resolvunt *Reynof. obs. 64. per totam, Portug. de donat. reg. lib. 1. prælid. 2. ex num. 124. & hi sufficiant.*

Nunc videndum restat, quæ substitutio hæc sit illa, quæ in testamento fol. 6. videtur, & pro comperto habeo, illam esse, si liberos non habuerit, nam idem importat latinis verbis, *si liberos non habuerit*, quam verba,

verba, fitano tioneu xulet, rat: E tiver j dunt pe qu nio, h ta, & nem il deico

H haberi impe vcar delib cum judic meur

D tes m aut A patiu adve natio telli de p re e mun quar (ad let) dim sent lyffi

635 Il hic sub dec dux cta cur me per feu tiu ru ge tu ce cl ca ti ut u

636 n

verba, *nao tendo filios*, nostro idiomate Luſitano concepta, gerundia enim verba conditionem important, tamquam ſi teſtator dixiſſet, *ſenaõ tiver filios*, & quamvis proferat: *Eſe eſte, ou nao caſar, ou caſando nao tiver filios*. Ambæ duæ conditiones, tendunt ad eundem finem ſubſtitutionis, nempe quod ſi filios non habuerit ex matrimonio, habeat fideiçomiſſum Philippa da Coſta, & tantum videntur importare excluſionem illegitimorum, volendo excludere à fideiçomiſſo illegitimos.

Hoc ſuppoſito, mihi certè videtur A. jus habere ad fideiçomiſſum petendum, & quod impedimenta recipi debent, ſententiam revocando, venerando ſemper doctrinas, & deliberationes amantiffimorum ſodalium, ſed cum ſuffragia ſecundum dictamen proprii iudicii debeamus proferre, hoc eſt iudicium meum.

De nullitate verò agendo, certum eſt lites minorum curatoribus defendendas eſſe, aut Actores, aut Rei exiſtant, alias nullitatem patiuntur, *Ord. lib. 3. tit. 41. §. 8. L. 4. Cod. ſi adverſus rem iudicatam*, & quod hæc Ordinatio in minoribus habentibus patrem eſt intelligenda, non dubitarè ex doctrina *Valaſc. de part. cap. 7. num. 42.* qui reſolvit procedere etiam in minore habente patrem legitimum adminiſtratorem agente, vel convento, quare cum hæc nullitas nuda non exiſtat (ad hoc ut Senatus ei non attendat, ut ſolet) ſed veſtita, ut ſupra refero, quod impedimenta recipiantur, & probata iudicentur, ſententia revocetur, conſtanter dicerem. Ulyſſipone 8. Februarii 1683. Peçanha.

Illam celebrem quæſtionem nobis exhibet hic proceſſus, utrùm, ſcilicet, fideiçomiſſum ſub hac formula relictum, relinquo Titio decem v. g. & ſi uxorem non duxerit, vel ſi duxerit, filios tamen non habuerit, ad prædicta Seiſus admittatur. Si Titius dicebat cum liberis iſtis poſtea abſque deſcendentia meliori fruentibus ævo evaneſcat, tamquam per illam gravati filiorum ſuperviventiam, ſeu exiſtentiam deſiciente conditione, vel potius tamquam purificata per defectum filiorum, quamvis poſt mortem gravati contingentem duret fideiçomiſſum, & ad ſubſtitutum pertineat? Et quòd hæc ſit huius proceſſus hypotheſis, ex teſtamenti verbis ſol. 6. clarè pateſcit contra ſubſtitutum, ſtat iudicatum, pro ſubſtituto proximi juris prudentiffimi Domini a deſt authoritas; ego tamen, ut in tanto dubio meum iudicium proferam, utriuſque fundamenta breviter exponam.

Primum, & unicum pro ſubſtituto fundamentum ex eo ducitur, quod conditio, ſi ſi-

ne liberis, indeterminata, nulloque tempore circunſcripta, non deficit, etiam ſi gravatus filios relinquat, dummodo hi abſque poſteritate decedant, ita tenet *Reynof. obſ. 64. n. 2.* in cuius comprobationem adducit *Bart. in L. in ſubſtit. 31. ff. vulgar. Mantic. de conjeçtur. lib. 11. tit. 6. num. 7. Gail. lib. 2. obſerv. 136. num. 3. Peregrin. de fideiçom. art. 29. n. 7. Portug. de donat. lib. 1. pralud. 2 §. 2. num. 125.* quos omnes ſemel, atque iterum legi. Hiſ tamen non obſtantibus pro iudicato, & contra ſubſtitutum propugnare mihi magis aridet ſequentibus ductus principiis: ſit primum, quia fideiçomiſſum conditionale deſiciente conditione evaneſcit, *text. in L. filiusfamil. 114. §. cum erit rogatus 13. ff. legat. 1. L. ex factò 17. §. ſiquis autem ff. ad Trebell. L. 1. Cod. conditionib. inſertis, patet ex regul. text. in L. ſi donaturus in princip. ff. conditione cauſa data, L. neceſſario 8. §. 1. ff. pericul. & commod. rei venditæ.* Hinc venit, quod diſpoſitio conditionalis conditione non eveniente pro non facta habetur, *L. pecuniam 36 ff. rebus credit. plane negari minime poteſt, quod in noſtris terminis, gravatus filiam habuit, immo, quod magis eſt, illam gravato ſupervixiſſe non ambigitur: ergo jam liberis habuit, conſequenterque deficit conditio, fideiçomiſſumque evanuit, impoſſibileque redditur conditionis implemen- tum, quia qui filios habuit, impoſſibile eſt, ut illos non habuiſſe dicamus, ſufficitque conditionem ſemel defectam, ut duret, licet per momentum defectus deficiat *ex L. ſiquis hæredem Cod. de inſt. & ſubſtit. L. quidam teſtamento ff. fideiçomiſſariis libertatibus, Reynof. plures referens diſt. obſ. 64. num. 12.* nec enim illa conditio ſemel deſiciens amplius pendere valet ex regula *text. in L. quis res 98 §. arcam ff. ſolutionib. Bald. in L. ſin. Cod. hæredib. inſt. q. 25.* Licet adeo prædicta civiliter procedunt, ut ſi aliquis gravetur poſt mortem ſuam aliquid dare ſub conditione, ſi liberis non habuerit, ſufficiat ad ſubſtitutum excludendum gravatum filios habuiſſe, licet tempore mortis gravati non extiterint, tenet, & eleganter, ut ſolet, comprobatur *Peregr. de fideiçomiſſ. art. 29. à num. 21. uſque ad num. 23.* Ubi validiffimis, & ſolidis juris fundamentis DD. quæ authoritatibus hanc rem indubiam reddit, ad quem curioſos remitto; inſimulque ad *Mantic. lib. 11. tit. 6. num. 5* & hinc colliges, quam inepte *Reynof.* hos tantos patres in comprobationem ſuæ aſſertionis, de qua in dicta obſervatione 64. num. 2 & 3. applicavit, contrarium enim tenent ſupra, ut & in numeris ab illo allegatis ſolum agunt de caſu quo ſimpliciter, & indeterminate ad condi-*

conditionis implementum defectus, seu carentia filiorum desideratur, v. g. deficientibus gravati filiis, licet nullus ex liberis gravati superesset, ut inquit, & exemplificat *Mantic. à Reynof. citatus dict. n. 7. & Guil dict. observ. 136 num. 3.* Non vero agunt de illa conditione, si liberos non habuerit, in qua contrarium resolvit, ut jam dixi, & inter has conditiones maximam detego differentiam, nam in illis cum illa verba deficientibus liberis, vel non extantibus impersonaliter ita sumantur, si post mortem gravati filii non extant, licet deficient, verum est dicere illos non extare, vel deficere, nam cum hæc verba non extare, vel deficere filios, illorum existentia privationem indicent, ut patet, tantum abest, ut per illorum antecedentem existentiam tales conditiones deficerent, quod immo potius, ut verificentur, illam supponant, ex regul. *text. in L. decem 116. ff. verbor. cum similib.* E contra autem illa conditio si liberos non habuerit, non privationem, sed negationem supponit; igitur si in quocunque tempore gravatus filios habuerit, impossibile est vere dicere, eum filios non habuisse, & hæc omnia meo videri hanc recipiunt commodam conciliationem, si *Mant. dict. num. 7. junct. num. 5. Peregr. dict. num. 9. juncto num. 21. per totum,* aliosque DD. supra relatos attente legamus, deinde *Reynof.* supra distinctionem, inter conditionem, si sine liberis affirmativam, & negativam *Bart. tribuit in L. in substitutione 31. ff. vulgari,* sed in hoc *Bart.* convitiium fecit, quia tale non dixit, nec etiam somnare poterat *sapientissimus Bart.* deinde pro opinione *Reynof.* neque *gloss.* nec *text.* aliquem, cum omnes de hac materia loquentes maxima cum lucubratione legissem, adinvenire potui, immo quam plurimos pro mea faciunt resolutione, ut videre est ex citatis à *Peregrin. dict. art. 29. à num. 21.* Deinde ex doctrinis ejusdemmet *Reynof.* eum convinco, ait quippe *dict. observ. 64. num. 8.* quod substitutus sub conditione negativa, si liberos non habuerit, non aliter posse admitti ex substitutione, nisi prius constet impleri non posse contrariam conditionem affirmativam totaliter, quod dum impossibilis non redditur conditio affirmativa, substitutus non admittitur, quod est verum, & vulgare in omnibus conditionibus negativis, ut videre est *ex text. in L. ita stipulatus 1. §. 1. & 2. ff. verbor.* quapropter in ultimis voluntatibus cautio Muciana fuit inventa, ut pro illarum implemento interveniret, de quo *in L. 7. L. 18. L. heres 79. §. 1. ff. condit. & demonstr.* quo posito sic insurgerem contra *Reynof.* si iste tantum tri-

buit spem habendi liberos in gravato, ut antiqua ad illum reddatur, impossibilis substitutum excludit, cur per actualem filiandi existentiam, insimulque à fortiori supervenientiam, ut in presenti substitutum admittit? Deinde si ad implementum conditionis negativæ impossibilitatem in conditione contraria acquirit, cur non ita per existentiam actus contrarii in ipsius conditionis negativæ implemento impossibilitatem non considerat, at verificetur ejusdem defectus? Quapropter sprete *Reynof.* & aliorum somniatione contra substitutum judicarem, cum in fideicommissio perpetuo non sumus, ut mihi ex actis junctis juris principiis indubium est, impedimentaque rejicerem, & nullitatem allegatam in exceptionibus conferentia remitto, ne meum longius protraham suffragium. Ulyssipone 20. Februarii 1684. Doctor Vieira.

Idem etiam dicendum est si maioratus fuerit factus, & erectus, eo casu, quo vocati è vita decederent absque statu conjugali, vel Religionis, quia si matrimonium contraherent, aut in religione obirent, substitutio, & maioratus, ut fideicommissum cessat, & non habet locum erectio maioratus, ut judicatum fuit in causa seq.

No feito de Antonio Vas Gançoso, e sua mulher Catherina da Costa, e Ignez de Carvalho, contra Ruy Cordeiro, e sua mulher, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deu a sentença seguinte.

*Acordão os do Desembargo, &c. Não he bem julgado pelo Juiz, e Ouvidor em condemnarem ao R. no olival, e castanhal, de que se trata, e declarar, que pertence aos AA. revogando sua sentença, vistos os autos, e como o doador o Padre Manoel Rodrigues doou a suas irmans Luiza, e Leonor as ditas propriedades, debaixo de condição, que se morressem sem estado de casadas, ou de Freyras, viessem a seus irmãos, Manoel, Francisco, e Apollonia, nos quaes termos tanto que as ditas irmans Luiza, e Leonor forão Freyras, como se prova o forão no Convento do Minino Jesus de Evora Cidade, logo ficou conforme a Direito, caducando, e faltando o fideicommissão, de que se trata; além de que como os fideicommissarios Manoel, Francisco, e Apollonia, morrerão em vida das ditas doadas Luiza, e Leonor, depois de cujas mortes lbes era deixado o dito olival, e castanhal, não se podia transmitir, e ficou caducando o dito fideicommissão, conforme a Direito. O que tudo visto, e considerando, e como os AA. não tem direito para reivindicar estes bens, e o R. está com o dominio, e posse delles, por titulo legitimo, o absolvem do pedido no libello dos AA.*

nos quæſ condēnaõ nas cuſtas dos autos. Liſboa 16. de Novembro de 1652. Mello. Gama.

Hæc ſententia fundata fuit in deliberatione ſequenti.

Fidei commiſſum ex quo AA. petunt olivetum, & caſtanetum in junc-tum in donatione fol. 5. cum ſeqq. quam Religioſus Emmanuel contulit in ſorores Aloiam, & Leonoram ſub ea diſpoſitione, ut ſi decederint abſque ſtatu conjugali, vel Religionis, pertineret ad fratres illarum, Emmanuelem, Franciſcum, & Apolloniam, ut fol. 6. ceſſavit, & defecit, ubi primum dicta Luiza, & Leonora profeſſionem regularem emiſerunt in Cænobio Eboreniſi nuncupato Pueri Jeſus, & ibidem diem ultimum clauserunt. Cum enim conditionale fuiſſet, ſi abſque ſtatu conjugali, vel Religionis obirent, defecta conditione, defecit, juxta vulgarem regulam *L. neceſſario 8. in princip. ff. de pericul. & commod. rei vend. L. pecuniam verſ. prouide ff. ſi certum petatur, D. Parens Valuſc. & ab eo citati conſult. 82. n. ult. in fin.* Inſuper ex alio capite etiam defecit, decedentibus ſcilicet fidei commiſſariis Emmanuele, Franciſco, & Apollonia, vivis adhuc Aloia & Leonora, poſt quarum obitum relictum fuit, neque ad hæredes illorum tranſmitti potuit, *L. hæredes mei §. cum ita ff. ad Trebell. L. cum ex filio ff. de vulgar. L. unic. §. ſi autem ſub condit. Cod. de caduc. tollend. Peregrin. late de fidei commiſſ. arb. 31. num. 6. cum ſeqq.* Unde abſque ulla juris actione AA. tanquam filia, & hæredes dicti Emmanuelis fidei commiſſarii poſtulant hujusmodi olivetum, & caſtanetum virtute dicti fidei commiſſi, quod ex prædictis duobus capitibus defecit, mirandumque Reum ad illa inſtituenda duplici ſententia condemnatum, neque neceſſarium eſt recurrere ad aliam clauſulam dictæ donationis, de qua fol. 6. ubi donator diſpoſuit, & facultatem tribuit dictis ſororibus, ut libere diſponere valerent de dictis prædiis, ſi ad ſtatum Religionis eis neceſſarium foret, prout diſpoſuerunt in dicto Cænobio poſt profeſſionem emiſſam, illaque vendiderunt, ex qua clauſula ſi oporteret, Actorum jus etiam deficiebat; revocentur igitur ſententiæ Judicis, & Auditoris, Reo abſoluto, Ulyſſipone 22. Martii 1652. Doctor Valaſcus.

No feito de Diogo Varellã, com Franciſco Pinto Duraõ, Eſcrivaõ Lourenço Correia de Torres, ſe deu a ſentença ſequite.

Vistos eſtes autos libello dos AA. contra riedade dos RR. mais artigos recebidos, prova dada por hũa, e outra parte, com o mais que dos autos conſta, e como ſe prova pelo theor do teſtamento junto, que Marcos Pires diſpondo de ſeus bens, deixara forra a eſcrava Filippa, pedindo a ſua mulher forraſſe tambem a Antonia, mãe de Filippa, e lhe deixou os trinta alqueires de trigo, e cevada de renda em cada hum anno, de que ſe trata, e que ſeu teſtamenteiro lhos daria, onde quer q̄ quizeſſe do ſeu quinbaõ de terras: e acreſcentou, que os lograſſe em ſua vida, e por ſua morte a ſeus filhos. E que naõ os tendo, ſe uniſſem com a mais fazenda d Capella, que inſtituiu: e ſe prova, e as partes naõ negaõ, que eſta legataria Filippa por ſua morte lhe ficou hũa neta, e pelo teſtamento junto deixou eſtes trinta alqueires d dita neta, e ella os vendeo, e por titulo de compra os poſſuirã os AA. e que o R. ſe inveſtio na poſſe delles, dizendo, que lhe pertencem como de Capella, e neſtes termos o legado he favoravel, deixado como em alimentos ſe confeſſaõ por ſerviço, e boas obras, pelo que falecendo a teſtadora legataria, deixando huma neta, ficou ſatisfeita a condiçaõ, e ſendo materia favoravel. ſe comprehendem os netos, de baixo do nome, filhos, e como ſe naõ repetio a ſubſtituiçaõ, que falecendo os filhos, tornaſſem os bens a ſe unir com a Capella, tanto que forã a poder da neta, ficaraõ ſendo bens hereditarios, e como taes podia delles diſpõr como ſeus, e eſte he o titulo dos AA. de compra bom, e valido. Nem por parte da R. ſe moſtra a via direita, pela qual lhe ficou competindo a ſucceſſaõ deſta Capella, e por a lograr, e pedir os bens della, condēno a R. deſabra mãõ dos trinta alqueires de venda, pedidos no libello, e os largue aos AA. com os fruõtos da individa occupaçaõ, até real entrega. E pague outroſim as cuſtas dos autos, e os fruõtos ſe liquidarãõ na execuçaõ. Evora 2. de Abril de 1655. Pedro da Frola Aguiã.

A qua ſententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus ſequentibus. 641

De facto hujus proceſſus nulla nobis ſuſcipienda diſceptandi occaſio, juſ ſolummodo in controverſiam adducitur, an ſcilicet, ex diſpoſitione, quæ legitur fol. 165. legatum ibi relictum legataria, quo filii à vita decederant, in quo articulo ego credo, nepoti locum eſſe in hujus legati ſucceſſione, quia ſub appellatione, ſeu vocatione filiorum, regula- 642

niur veniunt nepotes, *text.* est formalis in *L. liberor. 220. ff. de verbor significat.* & licet hæc inter DD. sit valde controversa, questio, ut refert *Valasc. conf. 140. Cevall. com. contr. com. q. 604. & q. 762. num. 127. & 162.* tamen verior est opinio, quod in legatis, & fideicommissis relictis filiis alicujus, ubi agitur de commodo, & favore filiorum, continentur nepotes. Communem dicit *Sesse. decis. 64. à num. 13. cum seqq. Gam. decis. 160. n. 6. & 8. & decis. 307. num. 13.* præcipue ubi vocatio non est restricta per expressionem nominis vocati, prout in nostris terminis, *Sesse. decis. 53. num. 21.* consonat *Valasc. dict. conf. 140. à num. 10.* eleganter præceptor *Veiga in privatis scholiis ad tit. de liberis, & posthum. in rubrica n. 45. & 6* & alterius, quia filii legatarie non fuerunt vocati à testatore de præfenti, sed in futurum eventum, in quem vero similiter erat dubium, an eo tempore extarent filii, seu nepotes, & tunc quia verosimile est, quod testator latè intellexerit verbum filiis, & quia verò similiter præsumitur par affectio testatoris ad nepotes, ideo veniunt nepotes ex filiis præmortuis, ita *Alexand. conf. 37. num. 15. lib. 8. & Valasc. loco proximè citato.* Confirmetur igitur Judicis sententia, quæ jure, & facto mihi consona videtur. Ulyssipone 18. Februarii 1656. Pinheiro.

643 Quæstio illa, utrum appellatione filiorum veniant nepotes, fere inexplicabilis redacta invenitur, non tantum ex jurisconsultorum responsis, quantum ex dictis variis allegationibus, ut est videre ex iis, quæ lato calamo scriptum reliquit *Fusar. de substit. q. 319. cum seqq.* ubi innumeras DD. opiniones allegat, & varias illorum responsiones colligit: mihi enim semper melior illa sententia cadit, quæ docet saniorè esse electionem in casu dubio, quæ faciliori progreditur tramite illa, quæ subtiliori incedit via juxta consilium Jurisconsulti in *L. sicut §. si debitori ff. quibus mod. pig. ibi: Hæc enim subtilitas à Judicibus non admittitur teste Chassen. in cathalog. glor. mund. considerat. 18. num. 2. Senat. Pin. to in Lusit. Palat. cap. 1. num. 39.* In præfenti processu placet amplecti illam resolutionem, quæ docet appellatione filiorum venire nepotes: quartus apparet eandem rationem affectionis dari in nepotibus, quæ invenitur in filiis, deducitur ex regul. *text. in L. cum avus ff. de cond. & demonstr. L. generaliter Cod. de instit. & substit. L. cum acutissimi Cod. de fid. considerat pluribus citatis Fusar. de subst. q. 320. num. 36.* Viso vero processu non aliquam considero rationem affectionis in filiis, an & illa, quæ in nepotibus, ut fa-

cile dignosci potest, quo admissio in confirmationem sententiæ ducor cum Domino præcedenti. Ulyssipone 23. Februarii 1656. De Azevedo.

Appellatione filiorum regulariter nepotes non continentur, *L. quoniam si nepotes ff. testament. tutel. & §. fin. inst. qui testamento tut. dar. poss. L. liberorum ff. verbor. signif. L. iusta eod. tit. plures congerit Val. conf. 140. num. 4.* & hæc opinioni assentit, & pro illa judicatum refert *Gabr. commun. lib. 6. tit. de verbor. significat. concl. 1. num. 2.* cum reputat *Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 27. ubi Additionator, & lib. 2. cap. 91. num. 41.* & in allegatis proculdubio procedit, quia temper relinquetur ratione affectionis, quam habent erga legatarios, *L. nec adjecti ff. pro socio, Phæb. 1. p. decis. 59. num. 10. & 11. ubi n. 16.* etiam pro hac parte judicatum asfert.

Maximè consideratis verbis institutionis, ubi in defectum filiorum legataria illico legatum Capellæ adjunxit, & copulavit & cum verba testatrix pro lege habeantur, ibi disponat testator juxta vulgaria in filiorum appellatione à lege prolata, nepotes non comprehenduntur, nec ad alias personas nisi nominatas, prorogetur, *Cab. 1. p. arst. 53. & decis. 140.*

Multum me compellit distinctio, quam asfert *Val. dict. conf. 140. num. 7.* ubi differentiam constituit cum Accursio, & aliis, quando in dispositione agitur de filiis ab extraneo vocatis, & tunc non veniunt nepotes, secus quando ascendens institutionem facit, cum ergo impræfentiarum legataria non sit ascendens, non possunt sub appellatione nepotes comprehendi, & quamvis *Valasc.* hanc distinctionem parvi pendat, judicio meo arridet, nam omnes DD. qui hanc disputationem asferunt, semper de filio à patre vocato mentionem faciunt, *L. cum avus. & L. cum acutissimi* in hac forma loquentur, suffragatur etiam *Mantic. de conjectur. lib. 8. tit. 8. num. 9.* qui etiam differentiam constituit inter institutionem, & legatum; nam in primo casu in favore institutionis etiam nepos continetur, non sic in legato, in quibus sola affectio personæ consideratur, *Phæb. 1. p. decis. 59. n. 12. vers. quod.*

Quibus omnibus perpensis sententiam revocarem. Ulyssipone 13. Martii 1656. Andrada.

Cum tertio Domino convenio. Barros. Mihi vero adamantina, & solidiora videntur fundamenta priorum fundamentorum sapientissimorum suffragiorum, si enim in opinionibus consideretur resolutio questionis illius aded in jure decantatæ, scilicet, utrum

utrum  
tes, ma  
author  
red. in  
ff. de la  
traria  
tium  
legato  
tur, B  
signif.  
eile ha  
24. nu  
mei §.  
testatu  
ubi qu  
omniu  
conf.  
interp  
ampli  
rium  
Eo ma  
miffi t  
tes ex  
non p  
filiu  
bus ta  
lioru  
lib. 4.  
258.  
dispo  
turum  
num.  
conjec  
pret u  
1. n. 5  
de fili  
Fusar  
& que  
ment  
5. cap  
resolu  
tene  
spon  
Ha  
tionib  
quen  
A  
dos e  
embra  
treg  
naca  
rada  
embra  
gao p  
nas  
Dez  
H  
tubu



utrum appellacione filiorum veniant nepotes, magis arctabamur affirmativam sequi ex autoritate *Gloss in L. Lucius a 2. ff. de hæred. inst. etiam Bart. in L. Gallus §. instituens ff. de liber. & posth.* verum etiam retenta contraria opinione cõmuniter limitatur, & assentiunt DD. quando dispositio est favorabilis legatario, & filii sine ullo gravamine vocantur, *Bart. in L. liberor. num. 5. ff. de verbor. signif. Cephal. conf. 262. num. 7. & 8.* dicens esse hanc sententiam veriore, *Decius conf. 24. num. 11. lib. 2. Zanchus in L. hæredes mei §. cum ita p. 4. num. 197.* ubi de communi testatur *Cald. de renovat. cap. 14. numer. 32.* ubi quod hæc est concors, & recepta penes omnium Doctorum sententiam, late *Bertaz. conf. civili 30. num. 13.* ubi ex plurimorum interpretum iudicio communem appellat, & amplius subdit adversus eam esse temerarium consulere, *Peregr. de fid. art. 22. num. 61.* Eo magis quando tempore cedentis fideicommissi filii essent præmortui ex eis quæ nepotes extinxerint, tunc enim cum dispositio non possit in filiis verificari, nec aliquod adit filiorum præjudiciũ, verificabitur in nepotibus tanquam comprehensi sub nomine filiorum, *Socin. senior conf. 17. vers. postremo lib. 4. Cephal. conf. 262. num. 9. Rimin. conf. 458. num. 35.* Sic tertio limitatur, quando dispositio, prout in præsentia, in tempus futurum confertur, *Peregr. de fideicom. art. 22. num. 50. Surd. conf. 326. num. 9. Mantie de conjectur. lib. 8. tit. 8. num. 20. Præcis de interpret. ult. vol. lib. 3. interpret. 3. dubio. 4. solut. 1. n. 57.* communem testatur *Rustic. in tract. de filiis in condit. positis in præfatione n. 21. Fusar. de subst. fideic. q. 320. n. 15. cum seqq.* & quod hoc verissimum sit relatum in testamentis, & ultimis voluntatibus, *Castill. tom. 5. cap. 66. num. 6.* Quæ quidem certissimæ iuris resolutiones cum nostro casui adaptentur, teneat cum primis Dominis sententia. Ulyssipone Martii 15. de 1656. Lemos.

Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus, super quibus fuit lata sententia sequens.

*Acordão em Relação, &c. Sem embargo dos embargos, que não recebem, a sentença embargada passe pela Chancellaria, e se entregue d parte, com declaração. que a condenação dos fructos seja somente da lide contestada em diante, em que somente recebem os embargos, e o ultimo artigo delles, e o julgão por provado, e condenação aos embargantes nas custas dos autos somente.* Lisboa 16. de Dezembro de 1676. Brito. Pinheiro. Lemos.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Agnosco quod multoties filiorum appellacione nepotes comprehendantur, ut amantissimi Patres satis eleganter in primis suffragiis ostenderunt, quod probatur ex *L. Lucius 85. ibi filium, filiamve. & ibi filiis relictis juncto sine, & ibi 419. liberos ff. de hæredib. instituend. communis, ut per Tiraq. de primog. q. 40. num. 58. Pinel in L. 1. Cod. de bon. mater. 2. p. num. 69. Gabr. lib. 6. com. tit. de verbor. signif. concl. 6. per tot. quod Actor aperte probatur per text. expressum in L. liberor. 220 ff. de verbor. significat.* Hoc tamen procedit non ex verbi significatione, quia aliter filii, aliter nepotes nominantur, ut est in vulgari sermone, & plene tradit *Mantie de conjectur. lib. 8. tit. 8. à princip. Menoch. conf. 687. num. 1. & conf. 215. num. 12. Gabr. de verbor. signif. lib. 6. concl. 1. Sesse decis. 53. in 1. p. & decis. 64.* Quia nepotes vere filii non sunt, & gradus isti evidentem habent distinctionem, idem ex voluntate conjecturata, & quod verosimile sit patrem filios nominantem nepotes complecti, ob rationem de qua in dicta *L. liberor. §. ult. ut eleganter explicat Osuald. ad Donel. lib. 3. cap. 4.*

At Philippa instituta non erat filia instituentis, nec ab illo descendens, quorsum ergo Philippæ nepotes venient appellacione filiorum, cum dispositio dictæ legis liberorum solummodo intelligatur in nepotibus instituentis, ut supra ostendi. Cum certi juris sit, quod extra supradictum casum non contineantur nepotes filiorum appellacione expresso text. in *L. 6. tit. de testam. tutel. relinquo* quæ late *Valasc. conf. 140. num. 4. 13. & 14. Gam. decis. 160. n. 7. Phab. 1. p. decis. 59. n. 10. usque ad fin.*

Ex quibus impedimenta recipio, & insimul probatam iudico Judicis sententiam, & revoco. Lisboa 8. de Dezembro de 1656. Priyado.

Cum primo Domino nil video, quod nos à decisis amoveat, arctamur enim, ut dixi fol. 181. in materia opinionum *Gloss. & Bart. seq. ex Ordinat. lib. 3. tit. 64.* & credo, quod etiam retenta contraria opinione si Doctores in suffragio nostro allegatos ad dilationes ipsiusmet opinionis, qui testantur de communi in dictis casibus limitatis, videret dectus excipientis patronus, impedimenta non offeret. Et text. qui solus allegatur in *L. quod si nepotes 6. ff. de testam. tutel.* non fortiter urget, quia loquitur in casu tutelæ tantum, ubi appellacione liberorum continentur omnes descendentes, qui sunt sub patria potestate, quibus tutores in testamento dari licet, non autem filiis, de quibus ibi, quorum nepotes egressi jam erant à patria potestate, *Gloss. ibi*

*in dict. L. quod si nepotes allegans §. penult. inst. de tutel. hoc secundum juris intellectū, quoniam J. C. ait, quod in potestate nostra sunt liberi nostri: liberos id est filios, nepotes, & ceteros deinceps, L. item in potestate cum L. seq. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. & in casu legati bonus text. in L. liberor. ff. de verbor. signif. in vers. sed & Papirius, eis verbis: Prædio cum villico, & contubernali ejus, & filiis legato nepotes quoque ex filiis contineri, nisi voluit as testatoris aliter habeat, filii enim appellatine sæpe nepotes accipi, &c. idem sentit Scævola in L. uxorem §. concubinae ff. legat. 3. ibi: Fundum in Appia cum villico tuo, & contubernalis ejus testator pertinere voluerit respondit nihil proponi cur non deberentur. Ita ut quin agatur de cōmodo legatarii, & favore, non existentibus filiis nominatis, nunquam pietas patiatur separari nepotem, & semper filii nomine contineri, nisi ut ait J. C. voluntas testatoris aliter se habeat, utpote si testator uni legaret filios, alteri nepotes, hoc casu filii nomine nepotes non veniunt, facit L. sed & si §. de quibusdam ibi nisi sit contraria voluntas ff. de usufr. L. 2. ff. de hæred. inst. Rejicientur ergo impedimenta, fructuum vero condemnationem temperarem à tempore tamen litis motæ visa ipsorum contrarietate, cum qua bona fide possidere poterat. Ulyssipone 5. Decembris 1656. Lemos.*

652 Cum primo, & tertio Dominis Sapientissimis convenio, & brevitatis causa omitto quamplurima fundamenta, & confirmationes, quas pro hac opinione adducit *Præceptor Lourençian L. cum avus ff. de condit. & demonstr. n. mihi 50.* ubi ad fundamenta contraria respondet: ultimum articulum etiam reciperem quoad condemnationem fructuum à tempore litis contestatæ, & probata judicarem. Ulyssipone 15. Decembris 1656. Brito.

653 Hæc sententia iterum impedita fuit cum exceptionibus, super quibus lata fuit sententia sequens.

*Acordaõ os do Desembargo &c Recebem o ultimo artigo dos embargos, e os mais naõ por sua materia, e autos, o recebido contrarie a parte, se lhes parecer. Lisboa Abril 28 de 1663. Sousa. Rego. Da Cruz Freyre. Cardoso. Portugal.*

654 Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Sæpe sæpius trutinatam quæstionem à sapientissimis Patribus fol. 17. impediens iterum in trutinam revocat, nec mirum, quia hanc quæstionem, Jan appellatione filiorum comprehendantur nepotes in ultimis voluntati-

bus adeo prolixè interpretes nostri explicarunt, ut vel integros libros quilibet eorum scriptis contarcire valeret, rem enim in infinitum retraxerunt teste *And. Alciat. paraxadorum lib. 3. cap. 14. in princip.* qua de causa articulum esse valde dubium tradunt *Mantic. de conject. ultimar. vol. lib. 8. tit. 8. in princip. vers. verum proposita, Jos. ph. de Rustic. ad L. cum avus lib. 6. cap. 11. num. 45 & 47.* Et vere in terminis hujus procellus valde dubitarem, an nepos comprehenderetur appellatione filiorum tota ex eo, quod quamvis ex benigna interpretatione in dispositione ascendentis nepos contineatur appellatione filii, ut passim tradunt DD. consulto omni, tamen aliud dicendum in dispositione respiciente extraneum, & ejus filios, quia tunc filiorum appellatione nepotes non contineri tradunt *ex Franc. Accurs. Bald. & Cov. quos laudat, & refert Alex. cons. 1. sub num. 12. vers. & proprie vol. 1. Socin senior cons. 14. sub num. 2. vers. 2. prædicta conclusio vol. 1. alter Socin jun cons. 30. num. 18. vol. 3. Menoch. lib. 4. præsumpt. 94. num. 21. Ant. Gabr. tit. de verbor. signif. concl. 1. num. 89. Valasc. cons. 140. num. 14. Phæb. decis. 59. num. 15. elegantissime Cyriac. contr. 8. à num. 49. cum seqq. & contr. 9. num. 56.* Cumque Philippa ancilla, & extranea sit, ejus nepotes nullo modo comprehendi poterat appellatione ejus filiorum indispositione domini testatoris. Nec aliud evincit dispositio *text. in L. Lucius 85. ff. hæred. inst.* quia ultra responsiones *Cyriac. dict. contr. 8. à num. 54.* textus ille loquitur de filio, seu nepote fratris, in quo aliqua datur dubitatio propter opinionem aliquorum, qui voluerunt respectu transversalis nepotem appellatione filii contineri, ut per *Cyriac. proxime num. 53.* at vero in penitus extraneo nulla dubitatio est, *Cyriac. dict. n. 53.*

Tum etiam ex eo, quia in testamentis idiotarum nepos non continetur appellatione filii, ut tenent *Gerard. Marzol. cons. 84. num. 28. Cassanat. cons. 58. num. 20. Fontanell. de pact. claus. 4. gloss. 9. p. 3. num. 25. & 26.* Cumque testator idiota fuisset, siquidem jurisperitus non probatur, recte sequitur in ejus dispositione nepotem comprehensum non fuisse. Hæc sanè in hanc me adducerent sententiam, sed materia jam discussa fuit, & tanquam infectiva sententia rejicienda venit, nisi sequentibus Dominis placuerit impediens beneficio resolutionis jam aliis impediens de implorato juvare, super quo libenter conferam.

Ex resolutione à sapientissimis Patribus 656 amplexa veniunt etiam rejiciendi alii articuli, quibus impediens intendit substitutioni locum

locum fore, ſaltem poſt mortem Annæ Philippæ neptis, ſi enim illa appellatione filiorum continetur, & fideicommiſſum in ea verificari potuit, certum manet ſubſtitutionem evanuiſſe juxta celebre cōſ. *Oldradi* 21. *Gam. decif.* 224. numer. 1. *Gratian. cap.* 828. num. 2. *Caffanat. conf.* 2. num. 41. & *conf.* 4. num. 1 & ſeqq. *Mant. de conjectur. lib.* 11. tit. 6. num. 8. *Mench. conf.* 85. num. 46. *Tondut. civil. cap.* 125. num. 1. *Peregr. de fideicom art.* 15. n. 28. & *art.* 29. num. 29. *Vincenc. de Franch. decif.* 92. num. 1. & 2. *Cyriac. contr.* 142. num. 17. & 18. Quod ſi beneficium reſtitutionis indulgeri placuerit, omnia in impediētis favore cedunt, ſed pro nunc rejiciantur impediēta. *Ulyſſipone* 18. Martii 1663. Portugal.

657 Mihi placet adhuc in his ſecundis impediētis imploratum beneficium reſtitutionis impediēti concedendum, ſiquidem de ejus minori ætate non dubitatur, læſa namque mihi videtur in abſoluta decifione ſententiæ, quia licet conveniam, quatenus in hoc caſu appellatione filiorum illis deficientibus, nepotem admittam ex optime adductis, & licet ex varietate jurium, & opinionū problematice defendi, & ſequi poſſit altera ex duabus, moveor ultra dicta à ſapientiſſimis Dominis ex tenore diſpoſitionis, in qua teſtator vocat ad adminiſtrationem famulum, & ejus deſcendentes, & illis deficientibus cōſanguineos ex ſuo fratre germano, & talis teſtator, qui tam ſiniſtram, indiſcretam, ſeu fatuam inſtitutionem compoſuit, & tam depravatam voluntatem habuit, & inſuper, quia etiam eidem ancillæ reliquit omnium mobilium medietatem, excepta pecunia, & argento, ut patet fol. 163. addita tamen declaratione, ut poſt mortem neptis dictum legatum finiatur, & annexantur triginta modii Capellæ in concludenti argumento adducto à docto patrono fol. 224. nepotes melioris cōditionis avia Philippa exiſtat.

658 Ex quibus impediēta reciperem, & probata judicarem cum dicto additamento, ut ſolum redditus dicti legati ad emptores pertineant tempore vitæ neptis venditricis, & poſt ejus mortē ad impediētem ſic reſoluto jure legati, & illius quantitate Capellæ annexa manente, & ſic confirmata, & reformata Judicis ſententiæ, & confirmatione. *Ulyſſipone* 1. Aprilis 1663. *Cardozo*.

659 Hujus proceſſus principale dubium in duobus conſiſtit? Primum utrum legatum relictum ancillæ fol. 104. repetitum fol. 165. & poſt ejus mortem illius filiis locum, & effectum habeat in perſona neptis filiis deficientibus. Secundum an illa qualitas poſita in

prædicto legato dicto fol. 154. & iterum fol. 165. repetita cenſeatur in filiis, & nepotibus, nempe, ut quemadmodum teſtator prædictum legatum reliquit legatariæ in vita ſua, ut videre eſt dicto fol. 164. quod iterum adjectum fuit dicto fol. 165. ibi: *Em ſua vida da maneira, que dito he.* Etiam eodem modo, & forma cenſeatur relictum filiis legatariæ, & in utroque dubio evictum fuit, & in perſona neptis effectum habuiſſe, & prædictam qualitatem reſtrictionis ad vitam legatariæ nativitate filiorum, & per conſequens neptis evanuiſſe, ſubſtitutionemque Capellæ morte legatariæ, de qua fol. 165.

660 Hæc omnia repetuntur in impediētis fol. 209. de quorum receptione agitur virtute reſtitutionis oblatis, & cum utriuſque dubii materia admiſſim elegantiffime à ſapientiſſimis Patribus diſcuſſa ſit, nihil mihi dicendum ſuper eſt.

661 Rimatis igitur, & conſideratis, quæ circa utramque inſpectionē ponderantur, & que ad primam, an in ſubſtitutione filiorum nepotes comprehendantur, evictum fuit impatiētiarum comprehendendi, quamvis enim ſecundum rigorem nomine filii, nepotes non contineantur, *Gabr lib.* 6. tit. de verbor. concl. 1. n. 3. *Prætiſ lib.* 3. de interpretat. ult. vol. interpret. 3. dubit. 4. ſolut. 1. à num. 37. & 50. qua de cauſa in multis non continentur, de quibus *DD in L. cum avus ff. de cond. & demonſtr.* tamen quando datur eadem ratio, vel materia ſubjecta expoſtulat, & veriſimiles conjecturæ reperiuntur, ut deducitur ex *L. juſta ff. de verbor. ſignif. Prætiſ ſupra num.* 50. *Peregr. de fideic. art.* 22. num. 46. & *art.* 28. à num. 32. & *lib.* 3. *conf.* 36. num. 3. *Cald.* 3. p. cap. 14. num. 27. *Mantic. lib.* 11. de conject. tit. 8. num. 20. nomine filiorum nepotes comprehenduntur.

662 Nec inconvenit concedentem extraneum eſſe, ut probat *Ord. lib.* 4. tit. 37. §. 6. ubi in emphyteuſi ab extraneo cōceſſa appellatione filii veniunt nepotes, *Pinel L.* 1. *Cod. de bonis* 1. p. num. 70. *Gam. decif.* 260. num. 1. *Cald. ſupra dict.* cap. 14. num. 35. & cap. 15. num. 2. *Cabed p.* 1. *areſt.* 91. prout in feudo cap. 1. §. & *ſi clientulus de alienatione feudi, Sonsbec de feudis* p. 9. num. 152. *Gabriel dict.* concl. 1. num. 6. *Pelaes de maiorat.* 1. p. q. 15. num. 8. *Molin lib.* 1. cap. 6. num. 28. *Traquin. lib.* 7. cap. 75. *Cald. ſupra num.* 7. Excara-tione quia quoties diſpoſitio futurum eventum reſpicit, & incertum eſt, an filii naſcantur, tunc ex interpretatione deficientibus filiis continentur nepotes. *Gabr ſupra num.* 36. *Mench. lib.* 4. *præſumpt.* 94. num. 31. *Molin. num.* 29. *Peregrin. lib.* 2. *conf.* 31. num. 15.

*Pinel. supra à n. 69. Gam. decis. 307. num. 13. Valajc. conj. ult. 140. num. 14. Cald. supra num. 28.*

- 663 Quoad secundam vero inspectionem, nempe, an restricto legato, de quo agitur, ad vitam legataria eadem restrictio, & qualitas considerari debeat in filiis, ac nepotibus substitutis, ita ut mortua nepte appellatione filiorum comprehensa illicd revertatur ad Capellam institutam à testatore, prout deducitur in proximis impedimentis, & jam propositum fuerat in aliis fol. 184. in sexto, & quinto articulis etiam evictum fuit non restringi, substitutionemque Capellæ evanuisse.
- 664 Verum in hoc secundo dubio maiorem dubitationem invenio, cum enim legataria magis sit dilecta à testatore, eique nota, & benemerita, cum fateatur ab ea plura servitia recepisse, & tamen illam solum in vita sua ad prædictum legatum admisit, à fortiori eadem qualitate, & restitutione filios, seu nepotes, quos non novit, invitare censendus erit, quæ ratione legata ab institutore relicta censeatur repetita à substituto, *L. licet Imperator ff. de legat. 1. & considerat. Menoch. lib. 4. præsumpt. 69. & præsumpt. 108. à num. 4. & 54. & cons. 151. & 220. & 556 num. 7. & 730 n. 1. & 1007. num. 5. Mant. lib. 8. de conjectur. tit. 2.*
- 665 Quæ conjectura, & resolutio fundatur in *L. Publius §. 1. ff. de cond. & demonstr. L. Lucius 85. ff. de hered. inst. ubi probatur gravatum respectu portionis illi relicte magis privilegiatum esse, quam substitutum, seu fideicommissarium, Menoch. lib. 4. præsumpt. 16. num. 6. & præsumpt. 89. num. 121. Costa in cap. si pater verbo si absque liberis num. 2. de testam. Josephus in L. cum avus lib. 2. cap. 1. n. 3. ff. de cond.*
- 666 Ex quo sequitur, quod volente testatore Capellam ab eo institutam morte legataria magis dilectæ ad legatum admitti, à fortiori in substitutis idem dicendum erit, eo maxime prædictam Capellam etiam diligendo, ac per consequens gravata legataria prædictum legatum restituere, idemque onus in substitutis censebitur impositum, cum non per viam conditionis, sed dispositionis imponatur, sicut etiam legatum, seu fideicommissum impositum in persona cohæredis, eo suam portionem repudiante, à cohærede relictum censeatur, cum in portione etiam ab eo repudiata magis dilectus censeatur, *L. si Titio §. Julianus ff. de legat. 2. Menoch. dict. præsumpt. 108. num. 5. Mant. lib. 4. de conjectur. tit. 10. n. 3. Gom. tom. 1. cap. 5. num. 20. & cap. 10. n. 36.*
- 667 Quibus accedit, quod qualitas posita in

institutione censeatur repetita in substitutione, *L. 1. Cod. de impuberum, Gam. decis. 27. n. 8. Boer. videndus decis. 314. num. 6. Menoch. cons. 1112. num. 8. & cons. 150. num. 6. & 151. num. 35. & 117. num. 37.* Igitur qualitas restringens legatum repetitam censeatur in substitutis.

Hæc magis animum inclinabant ad hanc resolutionem sequendam, quia primo contrarium evictum fuit, non audeo à iudicato recedere, eo maxime cum resolutiones fundatæ in præsumptionibus suam fallentiam, & incertitudinem patiantur, eo maxime cum *Ord. lib. 3. tit. 87. §. 1. 4. & 10.* in rejiciendis impedimentis materiam discussam continētibus clara sit, ac per consequens impedimentum ta rejicerem.

Solum superest materia ultimi articuli, quæ videtur continere materiam novam, verum quia testamentum in potestate impedientis semper fuit, videtur ei obstare mala fides, ne præscriptione juvetur, *ex Ord. lib. 2. tit. 27. §. 1. L. non est ferendus ff. de transact.* Si tamen sequentibus Dominis placuerit, super quo conferam libenter, reciperem hunc articulum. Ulyssipone 9. Aprilis de 1663. Da Cruz Freyre.

Cum proximo Domino conveniunt Rego. Sousa.

Et super dictis impedimentis fuit lata sententia sequens.

*Acordaõ os do Dezembargo, & c. Sem embargo do ultimo artigo dos embargos, que julgaõ por naõ provados, vistos os autos, falta de boa fé de titulo, que nelle se continha. Mandado se cumpra a sentença embargada, e se tire do processo, e condõnaõ a embargante nas custas, na fórma da Ordenaçõ. Lisboa 15. de Abril de 1666. Rego. Cardoso. Da Cruz Freyre.*

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

*Agitur de probatione ultimi articuli impedimentorum.*

In meo suffragio fol. 223. impedimenta à fol. 209. receptione digna judicavi, & ultro probata judicavi cum declaratione, & evictus fui, & ex generalitate in receptione ultimi articuli tantum per sapientissimos Dominos sententiam subscripsi. Nunc agitur de probatione individuali articuli recepti, & licet in dicto meo suffragio recepta omnia impedimenta dixi ex fundamentis sufficientibus meo iudicio, argumento §. *affinitatis inst. de nupt.* & ex his quæ per illum tenet *Surd. cons. 567. n. 10. Girond. de explicat. priv. n. 1400.*

pro-

probata dixi. Tamen re nunc altius inspecta nunc articulum receptum probatum non inuenio ex defectu bonæ fidei ad præscriptionem necessariæ, ut optime prosequitur doctus Patronus, & sic articulum receptum improbatum dico. Ulyssipone 3. Aprilis 1666. Cardoto.

Agitur de probatione ultimi articuli impedimentorum fol. 209. qui fuit receptus in decreto Senatus fol. 231. in quo deducitur censum, de quo contentio est præscriptum fuisse ab impediens, eo quod illius exactioris possessionem habebat legitimo tempore, & aliis requisitis necessariis ad illam præscriptionem, & consideratis probationibus ex utraque parte productis in hoc processu, & resolutionibus DD. ac principiis juris prædictum articulum improbatum cum sapientissimo Domino etiam iudicarem, in confesso enim est, ut impediens fatetur, possessionem, in qua præscriptionem allegatam in eo statuit, incipere ab anno 1636. in quo diem ultimum clausit Anna, ut patet ex certificatione fol. 212. & deducitur in primo articulo fol. 211. & proponitur in perorationibus pro impediens, inferens per spatium quatuordecim annorum impediens per se, & per patrem defunctum in possessione exigendi prædictum censum conservatum fuisse, quo supposito, sequitur de iure, quod illum præscribere non poterat; certum est enim, & secundum regulas juris ex hac materia ad præscriptionem inducendam decennio inter præsentem, & viginti annorum spatio inter absentes titulum, & bonam fidem requiri, ut probat *text. in L. unica Cod. usucap. transformanda. principium inst. de usucap. deduciturque ex L. usucapionem, L. si ab eo L. nunquam §. 1. L. non solum, L. iusto §. & si possessionis ff. eodem. & plura alia jura exornat ultra citatos à Pichard. in dict. princip. inst. de usucap. Donel. lib. 5. cap. 4. & seqq. P. Mol. de just. tract. 2. disput. 83. & seqq. Guter. lib. 1. cap. 4. à n. 64. Sarmient lib. 2. select. cap. 10. n. 6. Mascard. concl. 1219 n. 2.*

Quo supposito licet fateamur bonam fidem in patre, & impediens intervenisse, eo quod de iure præsumitur, ex gloss. in *L. super verbo probatur Cod. de præscript. 30. plane Barbus ad rubricam de præscriptione 30 n. 80.* idem contrarium non probatur, prout in præsentem inspectione inspicitur, veruntamen titulus deficit necessarius ad præscriptionem indicandam; fatetur enim impediens, nullo alio titulo fulcitur ad eam allegandam, quam Capellæ cui affirmat prædictum censum vinculatum fuisse, cuius causa & pater, & ipsa illius possessionem habuerunt, plane senten-

tiam in rem iudicatam transactam fol. 168. confirmatam in Senatu fol. 181. decilum reperitur prædictum censum annexæ Capellæ liberum esse, iam sequitur titulum in impediens deficere ad præscriptionem allegandam, & licet ego dubitarem in mea deliberatione fol. 229. de iustitia huius sententiæ per fundamenta in ea proposita, tamen in fine illius ingenue fateor non audire à iudicato discedere, eo maxime cum materia in præsumptionibus consistat, & interpretatione voluntatis instituentis, quæ quotidie fallibilis est, & ideo impediens rejectis fol. 209. respicientibus prædictam materiam evictum fuit, quod titulus fundatus in institutione Capellæ evanuerat, & solum receptus fuit articulus præscriptionem respiciens, quibus consideratis, si illum admittimus titulum, fundatum in prædicta institutione Capellæ etiam approbamus, & per consequens sententiam contrariam primo in rem iudicatam transactam pronuntiamus, vetante *Ord. lib. 3. tit. 75. & tit. 87. §. 1.* Ex quibus præscriptionem rejicere debemus, & articulum improbatum iudicarem. Ulyssipone 12. Aprilis 1666. Da Cruz Freyre.

Ego etiam improbatum iudico articulum receptum, nam ultra considerata à sapientissimis Dominis, tempus præscriptioni necessarium deficit in præsentem, eo quod impediti vivunt in oppido Arrayolos Provincia oppidi Villæ Viçosæ, cui Auditori subest; impeditrix vero in Civitate Eboræ alterius Provinciae subiectæ Præfidi Eborensi, & ut per decem annos præscriptio perficiatur, in eadem Provincia habitare debent, tam præscribens, quam ille, contra quem præscribitur, *L. cum in longi Cod. præscript. long. tempor. Ord. lib. 4. tit. 3. §. 1.* Ulyssipone 14. Aprilis 1666. Rego.

Et quia hæc materia, an appellatione filiorum, aut filiarum, veniat nepos, aut neptis, est valde quotidiana, non erit ociosum de illa iterum agere, & videre qualis resolutio sit admittenda, & observanda in hac difficili questione, in qua videbatur dicendum, quod appellatione filii, aut filiarum, in omnibus dispositionibus humanis comprehenditur nepos, aut neptis ex omnibus iuribus.

Ex iure divino *Genes. cap. 20. vers. 12.* ut constat ex *Sd. ibidem*, colligitur ex *Genes. cap. 11. vers. 27.* probatur ex *cap. 29. vers. 5. Josue cap. 13. Jud. lib. 2. cap. 1. Reg. cap. 9. lib. 3.* cum aliis multis *Salzed. de repræs. lib. 1. cap. 5. n. 5. & lib. 3. cap. 1. n. 8.*

Probatur etiam ex Græcorum iure, à quo ablatae fuerunt duodecim tabulæ, ut in *L. 2. orig. jur. & de iure civili ex L. Lucius ff. hered.*

674

675

676

677

red. in ff. *L. uxorem §. concubinæ de legat. 3. L. filium habeo ff. ad Macedon. L. tutelæ ff. de capitis diminut. L. Divo Marco ff. de quaestio- nib. L. emancipatum ff. de Senat. L. 2. vers. fili- us autem ad Tertul. ita dictum fuit à Ca- listrato in satis vulgata *Lege liberorum ff. de verbor. significat. ibi: Liberorum appellatione nepotes, & pronepotes, cæteri quique ex his descendunt, continentur, hoc enim lex duode- cim Tabularum comprehendit. Et inferius: Et filii legato, nepotes quoque ex filiis conti- neri. Idem probatur in L. filii ff. eodem, ibi: Fi- lii appellatione omnes liberos intelligimus. L. Senatus de ritu nuptiar. ibi: Senatus consulto quo cautum est, ne tutor pupillam, vel suo fi- lio, vel sibi nuptui collocet, etiam nepos signi- ficatur. L. non est ff. de verbor. significat. L. iusta interpretatione ff. de verbor. ibi: Sicut appellatione filii, filiam contineri sepe respō- dimus, ita nepos videtur comprehendit. & in L. 2. de origine juris §. qui fuit, vocat con- sultus Tarquinium, filium Demarani, cum esset tantummodo nepos; ut testatur Rusti- cis in L. cum servus lib. 6. cap. 11. num. 12. cum seqq. de condit. & demonstrat.**

678 Id ipsum de iure Codicis ex L. 1. Cod. de conditionib. insertis, ubi relicto uno fideicom- misso cum conditione si sine liberis, ab Impe- ratoribus iudicatum fuit, conditionem fidei- commissi defecisse uno tantum nepote ex fi- lia existente, L. Decurionum Cod. de penis.

679 De iure Regni probatur ex Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. & tit. 37. §. 6. & tit. 100. & de iure Castellæ ex L. 2. tit. 13. part. 2. ibi: Si hijo va- ron no uviesse la hija heredasse el Reyno, idem in L. 11. tit. 7. lib. 5. Recopilat. quam tulit Philippus Secundus ex clausula Regis Hen- rici Secundi, ibi: Finquen a su hijo mayor; ubi in ambobus verbis, filius, & filia, eiusdem Legis Castellæ, & Legis Recopilationis com- prehenduntur nepotes, eadem vivacitate fi- liorum primæ lineæ, & deficiente in ea filio, intelligitur ipsa nepotis, quod est à Nobis probatum, ita affirmat Palac. Rub. & alii in- numerabiles Doctores sic dixere, quos sequi- tur, & refert *Castill. lib. 6. cap. 92. num. 14. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 21. & 22. & ibi ejus addition. fol. 23. Valenz. conf. 69. num. 6. ubi innumera jura ad hanc conclusionem expen- dit Mantienç. in L. 11. tit. 7. lib. 5. Recopil. gloss. 8. n. 2.*

680 Itaque in favorem huius opinionis, & quod in appellatione filii, aut filix compre- hendatur nepos, & neptis, hoc metipsum se- quentes Auctores fuere consequuti.

681 Legendo, Gloss. in L. Lucius a 2. ff. de hæ- redib. instituend. & ibi Angel. num. 3. Immola num. 2. Bart. in L. Gallus §. institutus ff. de

liber. & posthum. & ibi Angel. num. 2. Bald. in L. 1. num. 3. Cod. condit. insertis, Socin. senior in L. hæredes mei §. cum ita num. 11. ff. ad Tre- bell. & ibi Zauchus num. 229. Ripa in L. ex facto §. si quis rogatus ff. eodem, Jason in L. de quibus ff. de legib. & in L. extraneus ff. de condit. causa data, Anton. de Butr. in cap. quibusdam num. 2. de penis, Cardinal. in cap. 2. q. 2. de verbor. significat. Dominicus An- ton. Cardinal. ibi Ancharran. in Clement. 1. de baptismo.

Consulendo, Oldrad. conf. 269. num. 2. Jacob Butrigar. conf. 364. inter consilia Bald. lib. 4. Bald. conf. 487. lib. 2. & conf. 13. num. 2. lib. 3. & conf. 302. & conf. 362. & conf. 413. lib. 4. Ludovic. Roman. conf. 129. num. 7. & conf. 438. col. ultim. Paul. de Castr. conf. 97. num. 3. lib. 2. Arat. in conf. 146. col. 2. Alexand. conf. 9. num. 1. & conf. 61. num. 2. lib. 1. & conf. 5. num. 3. & conf. 26. num. 5. lib. 3. & conf. 33. num. 8. lib. 6. Barbac. conf. 1. in fin. & conf. 55. lib. 2. Corneus conf. 97. num. 4. & conf. 248. lib. 1. & conf. 207. num. 13. lib. 2. & conf. 23. num. 8. lib. 3. & conf. 47. num. 6. lib. 4. Capra conf. 18. num. 1. & conf. 26. num. 1. & seqq. Abbas conf. 36. colum. 2. Socin. senior conf. 14. col. 1. conf. 90. num. 3. lib. 1. conf. 249. num. 2. lib. 2. & conf. 17. num. 1. lib. 4. Jason conf. 52. col. 2. lib. 3. Ludovic. Veloguetus conf. 4. num. 13. & conf. 59. num. 12. Decius conf. 218. n. 12. & conf. 391. num. 5. Gozzadin. conf. 4. num. 13. & conf. 59. num. 12. Curt. senior conf. 45. col. 7. Mantua conf. 87. & conf. 198. num. 21. Rubeus conf. 8. & conf. 28. num. 3. Parisius conf. 7. num. 65. & conf. 63. num. 23. & conf. 78. num. 10. lib. 2. & conf. 17. num. 7. & conf. 20. num. 56. lib. 3. Curt. jun. conf. 22. num. 12. conf. 111. num. 7. conf. 113. num. 2. conf. 116. n. 11. conf. 128. num. 12. conf. 161. num. 3. Al- ciat. conf. 2. lib. 8. & conf. 29. num. 36. & conf. 191. num. 2. lib. 9. Socin. conf. 111. numer. 22. conf. 114. num. 31. & conf. 116. num. 13. conf. 126. num. 3. & conf. 127. num. 9. lib. 1. & conf. 108. num. 19. & conf. 146. num. 7. ubi di- cit, ab ista opinione non esse recedendum in iudicando, & consulendo, & quod secundum hanc sæpius fuit iudicatum: & conf. 249. n. 3. lib. 2. & conf. 1. num. 36. & conf. 1. num. 9. & conf. 20. num. 8. & conf. 43. num. 8. & conf. 142. num. 1. lib. 3. Ruin. senior conf. 78. in prin- cip. conf. 101. num. 9. conf. 151. num. 2. conf. 198. lib. 2. conf. 97. num. 6. conf. 129. in prin- cip. conf. 130. num. 2. conf. 132. num. 1. conf. 163. num. 10. lib. 3. Croto conf. 1. num. 7. & conf. 17. num. 11. Gerar. Marcolus conf. 1. n. 104. Alva conf. 29. num. 10. lib. 1. Roland. à Valle conf. 93. num. 19. lib. 2. Ruin. jun. conf. 13. num. 75. & conf. 75. num. 68. lib. 4. De- cian.

ian. conf. 54. num. 3. ubi de communi. & conf. 88. num. 54. Prætiis conf. 56. num. 6. Bertrand. conf. 196. num. 2. lib. 2. Cassanat. conf. 67. num. 29. Purpuratus conf. 111. Craveta conf. 155. Natta conf. 632. num. 16. Hieron. Gabr. conf. 121. lib. 1. Cephal. conf. 194. num. 18. & conf. 262. num. 5. Raudens. conf. 24. num. 4. lib. 2. Torniel. conf. 82. num. 21. Menoch. conf. 310. num. 28. conf. 357. num. 3. & conf. 1037. & conf. 1039. num. 4. Sforcia Odd. conf. 39. num. 50. & conf. 97. num. 7. Eugen. conf. 94. num. 4. Peregrin. conf. 47. n. 15. lib. 1. & conf. 31. n. 16. lib. 2. & conf. 59. lib. 5. Anton. Gabr. conf. 98. num. 1. lib. 1. Anton. Bellon. qui innumeros allegat conf. 2. num. 11.

Scribendo, Tiraquel. in tractatu le morte Saiscir. p. 2. declarat. 5. num. 2. Medic. regul. 2. num. 47. Gabr. de verbor. significat. concl. 1. numer. 5. Crasso §. fideicommiss. q. 10. num. 5. Peregrin. de fideicom. art. 1. num. 22. & art. 22. num. 61. Cevall. q. 694. Rustic. in L. cum avus lib. 6. cap. 11. num. 42. de condit. & demonstr. Surd. de aliment. tit. 9. q. 36. ubi multos adducit, Molin. lib. 1. cap. 5. num. 21. & 22. Valenzuel. conf. 66. num. 6. cum seqq. Matiens. in L. 11. tit. 7. lib. 5. recopilat. gloss. 1. à num. 2. Mantic. de conjectur. lib. 8. tit. 8. num. 12. Peir. Pereir. de renovat. emphyteus. cap. 14. num. 26. Castill. tom. 5. lib. 6. cap. 143. num. 42. Fusar. q. 319. num. 1. cum seqq. Ramon. conf. 17. n. 5. Add. ad Molin. lib. 1. cap. 6. n. 16.

Decidendo, August. Beroius 103. Capitius dec. 42. num. 8. Ro: a Roman. in novissimis decis. 212. n. 1. decis. 243. num. 3. p. 2. & apud Farinac. decis. 426. n. 4. p. 4.

Contraria opinio, quod in appellatione filii, aut filia, non comprehendatur nepos, aut neptis, latissime probatur, in primis in L. quid si nepotes ff. de testament. tutela, ibi: Cæterum si filii non continebuntur, aliter enim filii, aliter nepotes appellantur; similis est text. in §. fin. inst. quibus testam. tutores dari poss. L. posthumum vers. ne ergo ff. de injusto rupto, L. sed & similiter §. 1. de excusat. tutor. §. nos igitur, juncta gloss. in Authent. de restit. fideicommissar. L. 1 §. dolum ff. de dolo, L. fin. ff. de verbor. significat. L. filium eum diffinimus de his qui sunt sui, vel alien. jur. Doctores liquidem, qui hanc sequuti fuere opinionem, inferius connumerantur.

Legendo, Andreas de Piffis, Rainer, Jacob. de Arenis, Cynus in L. Gallus §. institutus ff. de liber. & posthum. ubi Immol. n. 4. Aretin. ibi, & Bald. in L. quisquis n. 3. Cod. ad L. Jul. maieft. Jason in L. Prator ait, n. 6. de in jus vocando, & in L. non dubium num. 42. Cod. de legib. Gomesius in §. 1. num. 47.

institut. de actionib. Velloviffo in §. 1. num. 12. Instit. de exheredat. liberor. Alciat. in L. filiusfamil. §. Divinum 47. de legat. 1. Petr. Rebuff. in L. liberorum ff. de verbor. significat. ubi Alciat. ibi n. 3.

Consulendo, Bald. conf. 76. lib. 4. & conf. 687. 186. Alexand. conf. 1. num. 17. lib. 1. conf. 56. num. 2. lib. 3. Roman. conf. 438. Aretin. conf. 146. Corn. conf. 97. num. 19. & conf. 132. n. 3. lib. 1. & conf. 182. num. 7. & conf. 199. & conf. 230. num. 9. & conf. 304. num. 17. lib. 3. & conf. 290. num. 3. lib. 4. Socin senior conf. 104. lib. 3. & conf. 73. num. 18. & conf. 152. lib. 1. Curtius senior conf. 44. col. 9. Gozzadin. conf. 37. num. 3. Decins conf. 95. num. 5. & conf. 545. num. 9. Bertrand. conf. 161. num. 15. lib. 3. Curtius junior conf. 57. & conf. 111. Rub. conf. 144. num. 4. Socin junior conf. 149. num. 4. & seqq. lib. 2. & conf. 30. num. 10. & conf. 38. num. 9. lib. 3. Zacius conf. 3. num. 5. lib. 1. Crotus conf. 13. num. 4. & conf. 104. num. 16. lib. 1. Riminald. jun. conf. 75. num. 43. lib. 1. & conf. 173. num. 38. lib. 2. conf. 358. n. 232. & conf. 334. lib. 3. & conf. 535. num. 8. lib. 5. Parisius conf. 20. num. 56. lib. 3. Beroius conf. 122. lib. 2. Alciat. conf. 2. num. 22. & seqq. lib. 8. conf. 31. num. 22. Vellonus conf. 50. numer. 5. Nonius conf. 33. num. 26. Roland. à Valle conf. 43. num. 35. & conf. 97. lib. 4. Cephal. conf. 330. num. 32. & conf. 617. num. 56. Decian. conf. 47. lib. 3. Bertrand. conf. 130. Odd. conf. 90. num. 2. Bardelo. conf. 83. num. 14. Menoch. conf. 215. num. 95. & conf. 347. num. 3. & conf. 642. num. 6. Hondea. conf. 60. num. 61. lib. 1. Ferretus conf. 484. num. 10. lib. 2. Mantic. conf. 275. num. 1. lib. 1. Craveta conf. 98. num. 13. Ruin. conf. 181. lib. 2. Crotus conf. 166. lib. 2. Bologneus conf. 15. num. 30. Paul. Picus conf. 74. Gerard. Marçol. conf. 84. Riminald. jun. conf. 389. & conf. 390. & conf. 597. Pedrocha conf. 38. col. 1. Fab. Turret. conf. 68. num. 25. Peregrin. conf. 67. lib. 2. Surd. conf. 403. num. 20. lib. 3. Imola conf. 92. dub. 3. conf. 135. conf. 136. & 142. Berret. conf. 130. Aldobr. conf. 102. lib. 1. cui subscripserunt Peregrin. Otbelius. & Gallus. Marçol. conf. 61. n. 97. Alva conf. 4. num. 11. Bursat. conf. 337. n. 10.

Scribendo, Durand. de art. test. tit. de sub- 688  
stit. caus. 4. Zasio in tract. subtit. in fin. Alveric. de Rosat. in tract. stat. p. 2. q. 107. Marçar in epitome de fideicom. q. 13. p. 2. Præti. de interpret. ultim. volunt. fol. 326. num. 36. & seqq. Fachin. lib. 5. contror. jur. cap. 18. Rustic. in L. cum avus lib. 6. cap. 14. num. 19. ff. de condit. & demonstr. Ancharran junior lib. 4. q. 12. num. 10. Mantic. de conjectur. lib. 8. tit. 8. num. 9. Surd. de aliment. tit. 9. q. 36. num. 28.

*Zevall. lib. 3. q. 726. num. 126. Tusch. conclus. 376. n. 50. lit. F.*

689 Decidendo, *Boer. dec. 155. n. 3. p. 1. Magonio decis. Lucana 82. Valasc. conf. 14. n. 14. Seffe decis. 53. n. 17.*

690 Suppositis his duobus opinionibus, illarum quoque fundamentis, & Doctoribus ipsas tenentibus; opinio prima certior, & securior est, ut, post relatos dictos DD. & allegata ab utraque parte fundamenta, resolutum extat à *Fusar. de substitution. q. 319. n. 11. ibi: Ex his habemus leges, rationes, & auctoritates, quibus utraque opinio fundatur: responsiones autem ad argumenta utriusque opinionis non afferro, brevitatis causa, sed apud citatos Doctores videri poterunt, existimo autem non esse recedendum à prima sententia, quæ & æquior, & magis recepta est, ut patet ex auctoritatibus pro utraque sententia cõgestis, ex quibus colligitur, quam valde sint decepti nonnulli ex Doctoribus pro secunda opinione relatis, qui nimis facile testati sunt, eorum opinionem esse communem, si enim enumerassent citatos pro prima opinione equidem ita non dixissent. Vidi etiam in practica hanc sententiam probari, ita ut cum sæpius consultus fuerim contra nepotes, nunquam insisti, quod regulæ essent contra eos, sed solum considerari conjecturas, ex quibus exclusi videntur; ita etiam verè censui in consil. 95. dub. 2. non erit enim à prima opinione in iudicando, & consulendo recedendum; eandemmet resolutionem testantur *Joseph. Ramon. conf. 17. per tot. à num. 3. cum seqq. Camil. de Larata conf. 94. num. 2. 4. & 5. Cancer. variar. resolut. lib. 3. cap. 21. num. 279. Castell. lib. 5. controu. cap. 66. à num. 26. cum seqq. ubi multa fundamenta pro hac opinione adducit, Decian. conf. 2. vol. 2. num. 31. Alciat. conf. 69. num. 10. lib. 9. Surd. tract. de aliment. tit. 9. q. 36. num. 34. Mantica lib. 8. tit. 8. de conjectur. num. 28. Pereir. de renovat. emphyt. cap. 14. num. 26. Vincent. Carrotius dec. 69. per tot. lib. Aug. Barb. appell. 99. n. 99. vers. quando, & num. 100. & seqq.**

691 Sed, & si sine dubitatione, quod opinio, ut in appellatione filii, aut filiarum comprehendantur nepotes, sit æquior, & magis recepta, & ut ad illius exclusionem necesse sit, quod ille, qui pertendit non comprehendere, probet, testatorem noluisse ipsos comprehendere, ut resolvit *Fusarius*, & quamplurimi superius citatis fuere sequuti, hanc questionem ponentes in angustissimis juris terminis, illamque facientes conjecturarum iudicium, & hoc est, quod possunt manifestare contrariam opinionem sectantes, secundum aliquos Doctores tertiæ opinionis, qui hocmet ipsum

pro opinione habuere, nixi in *L. liberorum ff. de verbor. signif. ibi: Nisi voluntas testatorum aliter se habeat, Paris. conf. 78. num. 12. Cephal. conf. 262. num. 11. Peregrin. de fideicommiss. art. 1. num. 29. & art. 22. num. 62. Joan. Anton. Bellon. conf. 2. per tot. l. 4. ar. q. 319. n. 11. & conjecturæ principales ad nostrum institutum sunt sequentes.*

Et in primis, principalis conjectura consistit, quando institutor fecit maioratum, est communis resolutio, quod verba, filius, aut filia, in feudis fideicommissis perpetuis, & in maioratibus ratione perpetuitatis, & tunc principalis erectionis illorum comprehenduntur nepotes, & descendentes in infinitum per suam veram intelligentiam, quamvis verba sint adminiculata cum pronomibus demonstrativis, & relativis, ex quibus videatur, institutores voluisse tantummodo comprehendere filios primi gradus, ut constat ex sequentibus Auctoribus cum distinctione materiarum allegatis.

In feudis *Bald. in cap. 1. num. 6. de feud. alienatione. Alexand. in L. Gallus §. instituitur num. 8. & ibi Jason. num. 22. ff. de liber. & posthum. Alexand. conf. 124. num. 7. vol. 4. conf. 17. num. 5. vol. 5. Jas. in L. de quibus num. 2. de legib. Ruin. conf. 35. num. 1. vol. 1. & conf. 167. num. 9. vol. 5. Paris. conf. 20. numer. 23. vol. 1. Peregrin. conf. 14. num. 1. & conf. 17. n. 13. & conf. 25. num. 6. & conf. 38. num. 19. vol. 1. Surd. conf. 573. num. 40. Rosental. de feud. cap. 7. q. 15. ubi ejus Additionatores, qui innumeros asserunt, Paul. Picus in cap. 1. §. quia vidimus de iis, qui feudum dare possunt, & probat textus expressus in cap. 1. §. si clientulus de alienatione feudi, Escraer. p. 7. cap. 5. de successione masculorum num. 3. Borcolteldus cap. 7. quemadmodum feuda acquirantur n. 11. Hector. Pist. lib. 2. question. feudali num. 9. à num. 51. Joan. Anton. Bellon. conf. 2. n. 15.*

In fideicommissis perpetuis *Salicet. in L. maximum vitium num. 7. vers. qui autem Cod. de liber. pr. et. Imola in L. si vero §. de viro colum. ultim. ff. de solut. matrim. Jos. in L. de quibus col. 4. & seq. ff. de legib. Fulgosius conf. 77. num. 2. Paul. de Cast. conf. 40. n. 4. lib. 2. Jas. conf. 53. num. 2. lib. 2. Cassanens. conf. 63. num. 29. Gozzadin. conf. 89. num. 13. Curt. jun. conf. 3. numer. 11. conf. 22. numer. 13. conf. 23. numer. 15. conf. 111. numer. 12. conf. 113. numer. 2. & conf. 161. Paris. conf. 63. num. 23. & conf. 72. numer. 10. & conf. 75. numer. 63. & conf. 78. num. 10. & conf. 85. num. 8. lib. 2. & conf. 52. num. 20. lib. 3. Socin. jun. conf. 119. num. 11. & conf. 116. numer. 13. ubi dicit ita omnes tenere conf.*

conf. 12  
181. m  
roius c  
conf. 2  
seq. lib  
ciam co  
num.  
Raude  
83. nu  
& de f  
de ver  
conje  
deicom  
tis lib  
cap. 1  
substi  
lon. co  
Cepha  
sump  
conf. 4  
In  
Paris  
in fin  
cin se  
12. li  
vir. c  
nit. c  
cap. 3  
41. n  
6. cap  
51. c  
28. M  
L. 11  
noch  
num  
Bolo  
num  
Alci  
28. n  
num  
num  
qui  
Ada  
fol.  
niz  
dat  
186 L  
se a  
seq  
num  
dic  
Ro  
num  
47  
fir  
nu  
56  
64  
conf.



conf. 125. num. 23. lib. 1. conf. 149. num. 3. conf. 181. num. 36. lib. 2. conf. 9. num. 39. lib. 3. Berolius conf. 121. num. 10. lib. 2. Riminald jun. conf. 23. num. 74. lib. 1. conf. 744. num. 32. & seq. lib. 7. Bursat. conf. 17. num. 13. lib. 1. Decian conf. 88. num. 57. lib. 2. Menoch. conf. 387. num. 2. lib. 4. Odd. conf. 39. num. 53. Alexand. Raudens. conf. 74. num. 8. lib. 2. Bardellon. conf. 83. num. 43. Peregrin. conf. 52. num. 45. lib. 3. & de fideicom. art. 22. num. 55. Anton. Gabr. de verbor. significat. L. 1. num. 37. Mantio. de conjectur. lib. 8. tit. 8. num. 17. Crassus in §. fideicommissum q. 10. num. 8. Surd. de alimentis lib. 9. q. 36. Rusticis in L. cum avus lib. 6. cap. 12. num. 44. Carrotius decis. 69. Fusar. de substitutionib. q. 320. n. 31. Joan. Anton. Bellon. conf. 2. num. 33. Natta conf. 602. numer. 18. Cephal. conf. 262. numer. 7. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 69. num. 11. Gozzadin. conf. 4. n. 13.

In maioratibus Decian. conf. 498. num. 192. Paris. conf. 72. col. 2. lib. 4. Gozzadin. conf. 36. in fin. Socin. jun. conf. 108. numer. 2. lib. 2. Socin. sen. conf. 251. num. 4. lib. 2. & conf. 86. num. 12. lib. 3. Paul. Rub. in rubric. de donat. inter vir. 69. num. 2. fol. 117. Tiraquel. de primogenit. cap. 4. num. 6. Covarr. practicar. quæst. cap. 38. num. 6. Peregrin. art. 22. num. 51. conf. 41. num. 34. lib. 5. Rusticis in L. cum avus lib. 6. cap. 12. num. 24. Riminald jun. conf. 23. num. 51. & 56. Fusar. de fideicom. substit. q. 320. n. 28. Molin. lib. 1. cap. 6. numer. 28. Matienç. in L. 11. tit. 7. lib. 5. recopilat. gloss. 8. num. 2. Menoch. conf. 1037. num. 1. lib. 11. & conf. 1071. num. 3. lib. 11. Tobias Nonio conf. 33. num. 11. Bolognetus conf. 15. num. 80. Natta conf. 202. numer. 13. Bertazzol. conf. civil. 30. numer. 21. Alciat. conf. 69. numer. 10. lib. 9. Rubens conf. 28. numer. 9. Mantio. de conjectur. lib. 8. tit. 8. numer. 22. Percir. de renovat. emphyt. cap. 14. numer. 16. Castill. tom. 5. cap. 143. numer. 42. qui innumeros adducit, Ramon. conf. 17. n. 5. Additionatores ad Molin. lib. 1. cap. 6. num. 28. fol. 36. affirmantes, in maioratibus Hispaniæ hanc esse verissimam opinionem, nulla data contradictione.

Licet contrariam sententiam veriore esse affirmant Alex. conf. 1. num. 17. & 25. & seqq. lib. 1. & conf. 56. lib. 2. Corneo conf. 97. num. 19. & conf. 199. num. 34. & 38. ubi iudicatum affirmat in Senatu Florentino, Roland. conf. 43. num. 25. Cephal. conf. 330. numer. 32. & conf. 607. num. 56. Decian. conf. 47. lib. 3. Menoch. qui veriore etiam affirmat conf. 215. dub. 2. num. 95. & conf. 347. num. 3. & seqq. & conf. 493. num. 11. & conf. 567. num. 14. & conf. 591. numer. 1. & conf. 641. num. 6. veriore etiam, & communio-

rem testatur Peregr. conf. 67. lib. 2. Bursat. conf. 337. num. 10. Fachin. lib. 5. contr. cap. 18. Zeval. com. lib. 3. q. 762. num. 126. Magon. dec. 82. Sess. dec. 53. num. 17. & seqq. Surd. de aliment. tit. 9. num. 36. & conf. 403. num. 18. Marta de success. leg. p. 1. q. 2. art. 5. num. 1. & 2. late Cassanat. conf. 58. n. 1. Ramon. conf. 100. n. 184. & tenent citati supra.

Et in maioratibus, & fideicommissis perpetuis Menoch. conf. 1037. num. 1. & conf. 1071. num. 3. Cyriac. contr. 522. n. 52. & seqq. Ramon. d. conf. 100. n. 202. & 203.

Et probatur in L. quid sit nepotes ff. testam. tutel. §. fin. Insi. quibus testam. tutor. dar. poss. L. sed & simpliciter §. 1. ff. excus. tut. L. posthumus vers. nec ergo ff. in iust. rupt.

Et maxime quando verbum, *filio*, referatur ad personam certam, aut ad certum gradum, vel dicitur, succedat filius talis personæ, aut suus, quia tunc appellatione filiorum non veniunt nepotes, Part. in L. Gallus §. instituens ff. liber. & posth. Menoch. conf. 172. numer. 20. & conf. 243. numer. 20. & lib. 4. præf. 94. n. 4. Peregr. d. conf. 52. & de fideicommiss. art. 28. numer. 33. Fusar. q. 321. num. 65. & q. 441. n. fin. Tutel. dec. fin. num. 65. Cassanat. conf. 19. n. 1. & conf. 34. numer. 10. Ramon. conf. 65. num. 2. Add. ad Molin. lib. 1. cap. 6. num. 29. vers. secundo fallit. Larrea dec. 54. numer. 19. & seqq. Barb. vot. 70. numer. 6. & appell. 83. in fin. Fusar. conf. 65. num. 9. Surd. conf. 403. num. 21. & dec. 133. num. 13. & dec. 322. n. 23. Fontanell. dec. 584. n. 26. Sesse dec. 64. n. 112. Bellon. conf. 2. n. 38. & 39.

Maxime quando hæc materia non est favorabilis, sed odiosa ex parte gravati, Fusar. q. 319. n. 8. & 9. & optime concludit Larrea dec. 54. n. 24.

Et loquendo cum pronomine, *meus, tuus*, suos, quod tantum veniunt filii, & non nepotes, Fusar. q. 321. numer. 27. Cassanat. conf. 58. num. 10. Add. ad Molin. d. cap. 6. num. 28. & 29. & probat expresse text. in L. cum pater 79. §. hereditatem ff. leg. 12. ubi nepotes filii præmortui non comprehenduntur in fideicommissio, quia substitutio facta fuit de filiis suis, prout declaravit Socin. sen. in d. L. Gallus §. instituens n. 5. Castill. lib. 5. cap. 92. n. 46. col. 4. & optime n. 19. & seqq.

Nisi addantur verba, & descendentibus, quia tunc veniunt nepotes, Peregr. art. 22. num. 54. de fideic. Fusar. conf. 2. per tot. & de subst. q. 320. num. 68. & seqq. & hæc est secunda conjectura, Castill. d. cap. 92. num. 19. & seqq.

Tertia conjectura deducitur ex casu, in quo leges contrariantur, aut detur absurdum, quia tunc appellatione filiorum veniunt

niunt nepotes, L. liberorum §. sed. & Papi-  
nus ff. verbor. sign. & tenent DD. sequen-  
tes.

703 Legendo, Bart. in L. liberorum num. 5. ff.  
de verbor. significat. & in L. uxorem §. concu-  
binæ num. 4. ff. de legat. 3. Bald. in L. Gallus  
§. instituens col. penult. ff. de liber. & posthum.  
& ante eam Petr. Andreas de Pisis, Cynus,  
Ruin. Alexand. in L. sed si hac §. liberos ff. de  
in jus vocando.

704 Consulendo, Bald. conf. 487. lib. 2. Corn.  
conf. 97. num. 10. lib. 1. Alexand. conf. 9. num.  
5. lib. 1. & conf. 5. num. 2. lib. 3. & conf. 37. n.  
4. lib. 1. Curt. jun. conf. 3. num. 8. & conf. 111.  
num. 8. ubi dicit in hoc neminem contradi-  
cere, Signorol. conf. 249 in fin. Ruin. conf. 35.  
num. 13. lib. 1. & conf. 8. num. 5. & conf. 118.  
num. 13. lib. 2. Roland. à Valle conf. 93. num. 25.  
lib. 2. & conf. 23. num. 33. lib. 4. Beroyo conf.  
122. num. 4. lib. 2. Decian. conf. 88. num. 56.  
lib. 2. Odd. conf. 39. num. 54. Bardel. conf. 83.  
num. 29. Riminald. jun. conf. 173. num. 42. lib.  
2. & conf. 389. num. 10. lib. 4. & conf. 502. num.  
111. lib. 5. & conf. 744. num. 36. lib. 7. Surd.  
conf. 85. n. 28. lib. 1. Socin. jun. conf. 126. n. 35. lib.  
1. Menoch conf. 613. n. 11. lib. 6.

705 Scribendo, Mant. de conjectur. lib. 8. tit.  
8. num. 16. ubi dicit, hanc conjecturam non  
habere difficultatem, Prætis de interpreta-  
tione ultimæ volunt. fol. 328. num. 56. Meno-  
ch. lib. 4. præsumpt. 94. num. 26. Anton. Ga-  
br. de verbor. significat. concl. 1. num. 34. Pe-  
regrin. de fideicom. art. 2. num. 48. Crassus in  
§. fideicommissum q. 10. num. 10. Rusticis in  
L. cum avus lib. 6. cap. 12. num. 7. ff. de con-  
dit. & demonstr. Fusar. q. 320. n. 44. ubi hanc  
conjecturam vocat insignem.

706 Quarta conjectura deducitur ex identita-  
te rationis, Socin. jun. conf. 125. num. 35. &  
conf. 146. num. 8. lib. 2. & conf. 1. num. 39. lib.  
3. Paris. conf. 75. num. 67. lib. 2. & conf. 52.  
num. 22. lib. 3. Cardin. Mant. lib. 8. tit. 8. numer.  
17. Petr. Surd. d. q. 36. numer. 38. Tiber. De-  
cian. conf. 88. numer. 62. lib. 2. Riminald. jun. conf.  
739. num. 88. & conf. 744. num. 35. Cald. de  
renovat. emphyteut. d. cap. 14. num. 26. Fusar.  
de fideicommiss. substitut. q. 320. num. 36. Ad-  
ditionatores ad Molin. lib. 1. cap. 6. n. 28. vers.  
sexta fol. 37.

707 Alias conjecturas minus ordinarias vide  
per Fusar. Castell. & alios ubi supra, & per  
Barb. appellat. verbor. signif. appellat. 99. n.  
100. & seqq. ubi alias refert.

## C A P. VI.

Quibus probationibus, scripturis,  
aut conjecturis, verbisque, pro-  
betur maioratum institutum fuisse,  
tam tacita, quam expressa  
voluntate institutoris ad hoc,  
ut vinculum ostendatur, admit-  
taturve inclusio, vel exclusio,  
successoris pertendentis maiora-  
tum, ejusque successionem ad  
se pertinere, & ad bona ma-  
ioratus reivendicare.

## S U M M A R I U M.

- 1 Secundæ institutionem judicari debet suc-  
cessio maioratus: & n. 2.
- 3 Ad hoc debet successor ostendere propriam  
institutionem, aut exemplum cum requisi-  
tis, & quando probet, vel non, n. 4. & seqq.  
usque ad n. 26.
- 27 Maioratus probatur ex conjecturis insti-  
tutum esse, & fuisse, & ex tacita voluntate  
defuncti, ad quam colligendam inspicere de-  
bent omnes clausulæ, & quare, n. 29. 30. &  
31. & n. 49.
- 32 Si duæ institutiones inveniuntur cum re-  
latione unius ad alteram, quomodo regulã-  
da sit successio.
- 33 Si institutio non invenitur, bona præsu-  
muntur libera, & quare: & n. 34. & seqq.
- 34 De pacto legis commissoriae, & transactione,  
& datione in solutum, & præscriptione ad  
exclusionem maioratus: & nn. seqq.
- 50 Referuntur conjecturæ, ex quibus proba-  
tur maioratum institutum fuisse: & nn. seqq.
- Ibid. Maioratus probatur ex verbis, factò  
morgado, & quare n. 51. 52. & 53.
- 54 Maioratus an inducatur ex verbis, factò  
Capella.
- 55 Maioratus an eliciatur ex verbis, factò  
casa em Pedro. para acrescentar sua casa,  
e perpetuar seu, e meu nome, e que ven-  
haõ estes bens a quem sua casa houver de  
berdar: & n. 57.
- 56 Quid in Principe, qui facit concessionem  
ad domum, an sit realis.

- 58 Nomen, idem eſt, quod familia.
- 59 Maioratus an inducatur, quando de primogenitura facta ſit mentio.
- 60 Maioratus dicitur inſtitutus, quando ſunt vocati primogeniti, & quare.
- 61 Et etiam, quando inquit, quod bona vinculat, & facit vinculum ſuorum bonorum, & quare, n. 62.
- 63 Maioratus inducitur, quando teſtator reliquit bona ſua filio, aut cognato, ut in infinitum in eis ſuccedat, & quando inquit, andará, aut invenitur verbum ſucceſſivum.
- 64 Maioratus an inducatur ex verbo ſemper, perpetuo, nunquam, & in infinitum: & n. 65. & 67.
- 66 Maioratus inducitur ex verbis ſucceſſivis.
- 68 Maioratus an inducatur ex verbis, filiis, aut deſcendentibus. 69 70 & 71.
- 72 In maioratu quando ſunt vocati plures, intelligitur ordine ſucceſſivo.
- 73 Maioratus an inducatur, quando vocatur berdeiro.
- 74 Vocatis filiis comprehenduntur, tam maſculi, quam feminae, & etiam quando vocantur deſcendentes.
- 75 Vocatio filiorum, quando comprehendat nepotes: & n. 76.
- 77 Maioratus an inducatur, quando teſtator vocavit proximiores, & priores: & n. 78.
- 79 Maioratus inducitur, ſi teſtator juſſerit bona ad maiorem natum devolvi.
- 80 Quid ſi dicat, quod vadant de maiore in maiorem.
- 81 Quid ſi excluſit filios religioſos.
- 82 Quid ſi dicat, quod vadant de herede in heredem.
- 83 Quid ſi preferentiam dedit maiori, & maſculo.
- 84 Quid ſi dicat, quod ſi heres decedat ſine filiis, ſuccedat alius.
- 85 Quid ſi bona relinquat duobus de familia.
- 86 Quid ſi digreſſus fuerit ad plures gradus ſubſtitutionis: & n. 87.
- 88 Quid ſi dicat, quod bona remaneant in familia.
- 89 Quid ſi dicat, quod bona ſint in uno poſſeſſore, aut ſucceſſore.
- 90 Quid ſi vocat maſculum, & excluſit feminam.
- 91 Quid ſi vocavit proximiores de parentela, genere, & trunco.
- Ibid. An, & quando ex prohibicione alienationis inducatur maioratus, & in quibus caſibus ſit realis, vel perſonalis, & inducatur fideicommiſſum, in caſum mortis, vel alienationis: late explicatur in ſeqq. & n. 92. uſque ad n. 169. ubi ad varios caſus, in quibus eſt permiſſa, vel prohibita alienatio etiam inter conſanguineos.
- 170 Quid in delatione armorum, & nominis, an ex hac diſpoſitione inducatur fideicommiſſum, ubi etiam de clauſula codicillari.
- 171 Quid quando teſtator eſt nobilis, aut illuſtris.
- 172 Quid ex qualitate bonorum, & ex onere miſſarum.
- 173 Quid in conſuetudine ſuccedendi jure maioratus.
- 174 Maioratus an probetur ex relatione Principis.
- 175 Quid ex cōfeſſione in ſupplicatione facta.
- 176 Quid ex indiviſione, & arviſione: & num. 177.
- 177 Quid ex cōfeſſione inventarii, & ſeparatione ad maioratum.
- 178 Quid ex licentia petita ad bona permutantia: & n. 179.
- 180 Qui licentiā petit, fatetur prohibitionē.
- 181 Maioratus an probetur ex cōfeſſione vinculi, & an poſſit cōfeſſio impugnari ab eo, vel ab heredibus: & n. 182.
- 183 Quid ex poſſeſſione capta, tamquam de bonis maioratus.
- 184 Quid ex obſervantia, & opinione.
- 185 Quid ex vocatione legitimorum filiorū, & excluſione feminarum.
- 186 Quid ex facultate nominandi conſanguineos.
- 187 Quid ex onere impoſito ab inſtitutore, ut bona ſemper ſint meliorata, & non deteriorata.
- 188 Quid ex verbis enuntiativis, ex quibus refertur bona eſſe maioratus.
- 189 Quid ex poſſeſſione immemoriali, & ſine ſcriptura.
- Ibid. Maioratus probatur per ſententiam, ſi fuerit valida.
- 190 Quid ſi teſtator dicat, quod relinquit bona ad poſteritatem conſervandam.
- 191 Quid ex declaratione heredis, aut commiſſarii: & n. 192.
- 193 Quid ſi dicat, quod vadant ad unum, & non tranſeant ad extraneum, & quis dicatur extraneus: & n. 194.
- 195 Ad hoc, ut competat actio ſucceſſori maioratus, debet probari bona eſſe maioratus, & quomodo probetur bona eſſe illius, in ſeqq. ubi etiam quomodo probetur identitas.
- 199 Melioramenta quando dicantur eſſe maioratus.
- 222 Quid in remiſſione, & acquisitione ex tranſactione: & in ſeqq. ad multa.
- 317 Actio reivendicationis competit ſucceſſori

*Jori maioratus, & multis seqq. ad varios casus usque ad n. 785.*

786 *Actio reivendicationis ut competat, requiritur ex parte agentis probatio domini concludens, & clara, & non sufficit prescriptiva, & ex quibus probetur dominium ad obtinendum in reivendicationis actione: & m. seqq.*

**I**N maioratum inclusionem, vel exclusionem, successionemve, ante omnia institutio maioratus inspicienda, & ostendenda est, quia contentio, inclusio, vel exclusio ex sola maioratus institutione, decidenda est, & ab eorum verbis nullo modo discedere licet, sed potius secundum eam judicare, & consulere, *L. item veniunt ff. de petit. hered. ibi: Optimum est ipsius Senatus Consultii interpretationem facere verbis ejus relatis, L. de his ff. de transact. ibi: De his controversiis, quae ex testamento proficiuntur, neque transigi, neque exquiri, veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti. Ord. nostra lib. 4. tit. 100. §. 3. & lib. 1. tit. 50. & tit. 62. §. 53. & seqq. Padill. in L. 3. §. si fideicommissum ff. de hered. instit. num. 133. ibi: In maioratibus clausula institutionis ante omnia sunt inspicienda, quia ab eis nullo modo discedere licet, Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. n. 23. ibi: Contentio ex sola maioratus institutione ferè semper decidi solet, Peregr. conf. 65. num. 1. & seqq. vol. 2. L. Castellæ 25. tit. 11. part. 3.*

**2** Inficiari enim nemo potest, quod secundum tenorem institutionis maioratus, ejus erectio, successioque, inclusio, aut exclusio deferenda est, ut tenet *Pareja de instrum. edit. tit. 5. resol. 11. num. 15. Bald. in proem. feud. Paul. de Castr. conf. 146. num. 1. lib. 2. Valenz. conf. 63. num. 96. & conf. 69. num. 2. Rovit. conf. 1. num. 24. Paz de tenut. cap. 34. num. 18. & 48. & cap. 30. num. 19. Castill. lib. 4. cap. 29. num. 4. & lib. 5. cap. 91. num. 29. & cap. 92. numer. 1. & cap. 93. numer. 17. & lib. 6. cap. 178. num. 15. Galeot. lib. 1. contr. 25. n. 9. Noguero. alleg. 23. n. 4.*

**3** Atque ita debet actor ante omnia ostendere maioratus institutionem ad hoc, ut procedat petitio, inclusio, vel exclusio ex dictis, & edere tenetur propriam, & originalem institutionem, sine cujus exhibitione non potest obtinere, eleganter *Rosa per Farin. in recent. p. 1. dec. 135. numer. 6. ex Bart. in L. 1. §. si quis in duobus ff. bonor. possess. secundum tabulas, & praestat rationem verbis sequentibus: Validissima est ratio, quia cum testamentum debeat omni vitio carere, necesse est, ut à iudice inspiciatur ipsum originale. Late Gargiar. conf. 42. n. 1. & seqq. & num. 9. vers. sed &*

*num. 13. ibi: Maxime quando sumus in testamento, cujus vigore fit hereditatis petitio, in quo casu non sufficit sola testamenti exemplati exhibitio: sed illa originalis requiritur: & n. 20. ibi: Debebit ostendere originale ad indagandam veritatem. Et probat text. in L. 1. §. sed etsi ff. bonor. poss. secund. Tab. ibi: Si vero id quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit. L. 41. Tauri, ibi: Mandamos, que el maiorazgo se pueda provar por la escritura de la institucion, Molin. de primogen. lib. 1. cap. 11. n. 11. ibi: Nisi scriptura maioratus ostendatur.*

Er non sufficit exemplum, maxime si contra illum opponatur, quia tunc exhibendum est originale testamentum vinculi, *Cap. quoniam contra de probat. ubi Abb. n. 4. Fermosin. & Barb. gloss. in cap. ut ceterum verbo Graeci 9. dist. ibi: Et est hic argumentum, quod quantumcumque autenticum sit aliquod instrumentum, si tamen de ipso aliquid indubium revocetur, semper exhibendum sit illud, à quo originem ducit. Cov. pract. cap. 19. num. 3. vers. 3. constat, Mier. p. 1. de maior. q. 61. num. 14. Menoch. adipiscend. remed. 4. numer. 654. & conf. 180. numer. 53. Farin. q. 153. numer. 133. Pareja de instrum. edit. tit. 1. resol. 3. §. 1. num. 41.*

Non enim sufficit exemplum, sed originale requiritur, *ex text. in cap. 1. de fid. instrum. ibi: Si instrumentum autenticum non habemus, ad exemplaria nihil facere possumus: & late Fermosin. ad d. text. Auth. si quis in aliquo Cod. edend. L. 2. ff. de instrum. Pareja de resol. 3. §. 3. n. 5.*

Nisi exemplum sit transumptum cum juris solemnitatibus, scilicet, citatio, & petitio partis legitimæ, causa justa, & mandatum iudicis competentis, & illius inspectio originalis, facta per iudicem, & à Notario publico transumpta copia illius citata parte, inspectoque originali absque vitio, *DD. per text. ibi in cap. 1. de fide instrum. & in auth. si quis in aliquo Cod. de edend. Scacc. de judic. lib. 2. cap. 11. n. 653. Gratian. forens. cap. 859. num. 3. & 10. Molin. de primog. in specie lib. 3. cap. 13. n. 47. & seqq. Alter disp. 638. num. 3. Paz de tenut. cap. 27. n. 17. & cap. 26. num. 16. & n. 64. Pereir. dec. 26. num. 8. Sesse dec. 201. numer. 27. & 35. Somoz. de sup. 2. p. cap. 26. numer. 60. Pareja de edit. instrum. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 29. & n. 120. Sousa de Maced. dec. 54. n. fin. Castill. lib. 2. cap. 16. n. 55. Fonseq. dec. 195. n. 87. & dec. 271. n. 8.*

Etsi sit exemplum exempli, nihil probat, nec admittitur in maioratus petitione, *Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. numer. 45. Phab. 2. part. arest. 61. Sousa de Maced. d. decis.*

54. num. 6. Pareja d. resol. 3. §. 4. num. 1. & seqq.

Et in terminis, omnia supradicta, etiam in casu amissionis institutionis iudicata fuerunt in casibus seqq.

No feito de Francisco Lopes, contra Dona Christina da Sylva, Escrivaõ Lourenço Correa de Torres, se deu a sentença seguinte.

*Julgo os embargos recebidos, por não provados, vistos os autos, e como delles consta, que o titulo de dote, e capella offerecido, he treslado de treslado, sem as circunstancias de Direito, que conforme a elle não basta, nem prova o que basta: e mando que a sentença embargada a cumpra, sem embargo dos ditos embargos. E pague o embargante as custas. Serpa 14. de Março de 669. Magalbaens.*

A qua sententia fuit appellatum ad Auditorem, ubi fuit lata sententia sequens.

*Bem julgado he pelo Juiz de Fóra da Villa de Serpa, em julgar os embargos de terceiro recebidos, por não provados, e mandar, que na verdade da contenda, de que se trata, corresse a execução, que confirmo sua sentença por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, e visto outrosim, como o dote da verdade contendo na certidão da escritura, que neste juizo se ajuntou, que fez o Padre Pedro Peçanha foy por sua morte, sem abdicar de si o dominio della em sua vida, em os quaes termos, conforme a Direito, se póde fazer execução em os taes bens pela divida da A. ainda que contrahida depois deste dote. E pague a appellante as custas de ambas as instancias. Beja 22. de Setembro de 1669. Gaspar Correa Tavares.*

A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus sequentibus.

Actrix originaria Domina Christina da Silva obtinuit sententiam à fol. 8. contra Actorem, seu Priorem, ac Beneficiatos Parochialis Ecclesiæ Sanctæ Mariæ ex oppido de Serpa, tanquam hæredes Emmanuelis de Abreu Coelho, sui debitoris ex contractu transactionis, de quo fit mentio fol. 2.

Fuit executoria expedita cum clausula fol. 16. ut executio fieret in bonis debitoris principalis, sed tandem facta fuit pignoriatio fol. 20. in prædio usufructuarii Petri Peçanha, illius Ecclesiæ Beneficiati, proprio appellantis, quod prædium nuncupatur de Valladares.

Ad impediendam executionem in dicto prædio, tanquam tertius Dominus se offert Franciscus Lopes de Beja, cum impedimētis fol. 24. Auditorque confirmavit dictam sen-

tentiam fol. 184. à qua interposita fuit appellatio, cur robur firmitatis non obtineret, quia dictum prædium anno Domini 1623. à Beneficiato Petro Peçanha datum fuit in dote post mortem illius Dominæ Sebastianæ eius consobrinæ ad matrimonium contrahendum cum Michaelle de Sá da Matta vinculo maioratus, ita ut, qui successor fuerit alterius maioratus Vincentii Domingues, sic etiam successor istius visitur fol. 72. quæ donatio causa dotis est irrevocabilis, tanquam facta inter alios, quamvis eius effectus conferatur in tempus mortis, *L. si donationem, L. vellet nec ne, Cod. revocand. donat.* Ex eo quia tempus mortis in donatione ista fuit adjectum verbis executivis, ideo censetur donatio inter vivos, cum solum mentio mortis sit adiecta causa demonstrandi tempus, quo talis donatio executioni demādari debet, *Roland. à Valle 2. vol. cons. 61. num. 12. & 13. ita Bald. in addit. ad Specul. tit. de instr. edit. in fin. vers. Si quis donat. Aymon. Cravet. cons. 214. n. 1.*

Cum ergo donator fol. 72. dicat post mortem ejus, mentio mortis intelligitur tantum ad designandum tempus, in quo vult cum effectu incipiat, & dicitur donatio inter vivos, *Petr. Cyn. Bald. & Angel. in L. que dotis ff. de solut. matr. Cravet. supr. numer. 9.* Illaque mentio mortis censetur facta respectu ususfructus, qui multis modis finire solet ad demonstrandum, quod nollet donator finire usumfructum, nisi post mortem suam, & quod vellet illum percipere, *Barz. cons. 107. anno Domini lib. 2. ex prædictaque donatione non solum primo, sed sequentibus jus fuit quæsitum. Larrea decis. 65. num. 7. & decis. 91. num. 4. Cancer. 3. p. cap. 7. num. 25. 8. Amato resolut. 30. num. 11. 13. & 14. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 75. vers. secundo casu: ex eo enim, quod intervenit reservatio ususfructus, translata censetur possessio, & maioratus substatetur, atque irrevocabilis sit, *Mol. de primog. lib. 4. cap. 2. n. 9.**

Deinde quamvis Rector, ac Beneficiatus illius Parochialis Ecclesiæ Sanctæ Mariæ sint hæredes instituti ab Emmanuele de Abreu Coelho, ut supponitur, attamen nomine proprio hæredes non reputantur, sed nomine alieno, scilicet, Ecclesiæ, cui inserviunt, & ipsa Ecclesia censetur instituta, *text. in cap. requisiti 15. extra de testament. ibi: Quia hoc ille, qui donat pro redemptione anime sue, non pro comodo Sacerdotis probatur offerre, non quasi suum proprium, sed quasi demissum Ecclesiæ, inter facultates Ecclesiæ computantur. Mantie de conjectur. ult. vol. lib. 8. tit. 6. n. 17. Barbosa. in collect. ad dict. text. à num. 4. & Rector*

Tutor Prælati non est Dominus, sed solum administrator bonorum Ecclesiæ, *Cap. cum ex eo de elect. lib. 6. Inn. & Abb. in cap. cum super de caus. poss. & propr.* Tantum enim habent juris Rector, & Beneficiatus in bonis Ecclesiæ, quantum tutor ex bonis pupilli, *Job. in cap. edoceri col. 1. de rescript.* atqui pro debito pupilli executio faciendâ non est in bonis tutoris: ergo neque etiam executio cadere poterit in bona propter illius beneficium; multo minus in dicto prædio de Valladares vinculo maioratus affecto in præjudicium tertii appellantis.

Constat namque ex testibus à fol. 43. Dominam Antoniam de Sá appellantem uxorem esse excipientis Francisci Lopes de Beja defuncti, filiamque maiorem, donat Dominæ Sebastianæ, deinde successor, & possessor alterius maioratus à Vincentio Domingues instituto, ac per consequens vocatum ad maioratum prædii de Valladares, in quo executio currere non potest, ex rationibus de quibus supra, tum etiam quia post maioratum irrevocabiliter institutum debita à institutore contracta non sunt persolvenda ab ipsius possessore, nec ad ea tenebitur, *Molin. de primog. lib. 1. cap. 10. num. 11. Gom. L. 40 Tauri n. 72. Peralt. in L. 3 §. qui fideicommissum n. 124 ff. de hered. inst. idem Molin. lib. 4 c. p. 11 n. 18.*

Cum ergo appareat prædium de Valladares pertinere appellatæ, non solum quoad proprietatem juxta instrumentum dotale, sed etiam quoad usumfructum post mortem donatoris, qui vitam claudit die 8. Januarii 1669. ut videtur fol. 63. iuste impedit executionem, quilibet enim tertius, sive Dominus, sive possessor sit, eam impedire poterat, *Mend. in prax. lib. 3. cap. 21. num. 38.* Ideoque impedimenta recepta probata iudicarem, revocata sententia Auditoris ea adhibita declaratione, ut executio fieri possit in dicto prædio de Valladares pro quantitate contenta in scripturis fol. 55. quæ quantitas non continetur in dicta dote, & institutione maioratus, & etiam in fructibus à die dignorationis usque ad mortem principalis debitoris cum jure illæso contra hæredes ejus. Ulyssipone 22. Aprilis 1671. Doctor Coutinho.

Non est nostrum agere, an possit fieri executio in bonis propriis Petri Peçanha pro debito, de quo primitus fuit contentio finita per sententiam, de cujus executione agitur, neque ut talis executio in bonis prædictis fieri queat pro toto debito præfato, an pro parte tantum, eo quod alii dentur hæredes. Nostri solummodo muneris est exqui-

rere, an in prædio de Valladares ea prædicta executio procedere valeat; non obitante alicuius jure tertii appellantis deducto in impedimentis à fol. 24. & executionem recte procedere dicerem, ac impedimenta improbata iudicarem, Judicis, Auditorisque sententiis confirmatis, eo tantum fundamento, quod non probatur legitime per appellantem maioratus constitutio, illiusque pro dote facta donatio, qua nititur, & unde totum sui juris robur deducere conatur: nam documentum in id productum à fol. 27. est exemplum exempli legalis fidei expers propter *Ord. in 3. tit. 60. in princ. Auth. si quis in alto Cod. de edend. cum vulgar. Cov. pract. cap. 21. Pereir. decis. 26. num. 8.* & in terminis per illud non probari maioratum, ostendit late *Paz de tenut. cap. 25. à princip. & apud nos refert iudicatum Phæb. p. 2. arest. 61.* unde non est necessarium agere, an appellans possessione carens possit, ut tertius, executionem impedire ratione tantum futuræ successione, vel translati dominii, si ex asserta donatione contemplatione matrimonii facta translatum fuit, quamvis esset in mortis tempus destinata. Ulyssipone 22. Maii 1671. Leitaõ.

Pro iudicato cum proximo Domino sapientissimo pugnarem confirmatis sententiis Judicis, & Auditoris, non solum quia de maioratus constitutione legaliter non constat, sic etiam, quia contra bona debitoris instituentis maioratum currit executio, *Ord. in 3. tit. 93. in princip. & inspecta probatione, quæ incepit à fol. 47.* Petrum Peçanha debitorem esse creditrici originariæ, ex eo quia sui debitoris bona possedit, & alienavit, manifeste apparet quibus in terminis, absque alia declaratione, de qua primus doctissimus Dominus, cum secundo sententiam approbo. Ulyssipone 4. Maii 1671. Ribeiro.

Cum secundo, & tertio Dominis convenio. Cardoso.

No feito de petição de revista de Antonio Gomes Collaço, com Manoel Teixeira de Carvalho, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

*Acordão os do Desembargo, &c. Não foy bem julgado pelo Juiz de Fôra, em absolver o R. appellado da restitução do morgado, de que se trata, e bens vinculados a elle, pedidos pelo A. appellante. Revogando sua sentença, vistos os autos, e como pelo treslado da instituição junta, a que se deve dar inteira fé, além de outras razoes, por ser tirado da nota do Tabaliaõ, que fez a instituição original consta serem chamados á successão do dito morgado, descendentes legitimos. e se achão appellado incapaz, por ser filho natural. e o*  
appe-

appellante capaz, por ſer o parente legitimo mais cbegado ao ultimo poſſuidor, ao que não pode fazer duvida dizerſe, que o appellante tem a meſma incapacidade, por ſeu pay ſer ſilbo eſpurio, por quãto he chamado á ſucceſſão do dito morgado pela parte de ſua mãy, em que ſe não acha o defeito da illegitimidade, o qual ſe não deve conſiderar na linba eſtranha, mas na linba da familia, e conſanguinidade do inſtituidor. Condênãõ o appellado reſtitua ao appellante os ditos bens, e morgado, com os fructos da lide conteſtada, até real entrega: e nas cuſtas dos autos de ambas as inſtancias. E ao pedido ſobre os bens da terça do ultimo poſſuidor, não deferem, por não conſtar legitimamente, que o appellado foſſe ſeu herdeiro. E declarãõ não ter lugar a oppoſição, por ſe achar no oppoente a meſma inhabilidade do appellado ſeu pay, no que confirmãõ a ſentença do Juiz. Porto 29. de Mayo de 1664. Ribeiro. Percira de Souſa.

Hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

Sententiam fol. 379. pro poſſeſſore huius maioratus prolatam, in excluſionem Actoris, & opponentis, ſupra dictis Judicis fundamentis, quoad actionem revocandam, quoad oppoſitionem vero confirmandam dicerẽ ex ſequentibus.

Circa materiam actionis, primo in limine notandum eſt Actorem, ut in ſucceſſionis iure obtinere valeat, ad probationem vinculi legitime faciendam teneri, cum in dubio omnia bona libera præſumantur juxta vulgaria, perſonamque, & qualitatem ſuam legitimandam juxta formam inſtitutionis, qua nititur. Cum pluribus *Caſt. quot. id. lib. 5. cap. 9. à num. 11.* aliter enim, cum prius de jure agentis inſpiciendum ſit, & de legitimatione perſonæ Actoris, *Carleval de jud. lib. 1. tit. 2. diſp. 4. in princip. & per tot.* illa non legitimata à judicio repetendus eſt, cum pluribus *Virgil. de legitimatione perſonarum in prælud. num. 18.* Cum igitur Judex pronuntiaverit Actorem in utriuſque probatione defeciſſe, de fundamentis agamus, quibus ſententia nititur.

Quoad primum ex non probata legitima inſtitutione huius maioratus in præſenti, exiſtimo integram fidem adhibendam eſſe tranſumptui, ſive exemplo fol. 70. ex libro notarum extracto, ubi originale teſtamentum per eundem Tabellionem illud approbantem tranſcriptum fuit ad inſtanciam Primogeniti, poſt obitum matris prius vocatæ, ſucceſſuri, per ea, quæ in individuo de ſententia ſupremi Senatus noviter refert *Souſ. dec. 54. à num. 14. uſque ad fin.* Juvat certitudo fol. 68. unde apparet appellato Reo tradita

fuiffe duo documenta reſpicientia huius maioratus bona, quorum unum tantum voluit requiſitus exhibere fol. 134. verſ. cum ſeqq. quapropter contra ipſum viget occultationis præſumptio.

Ex dictis corruiſe ſecundum fundamentum ſententiæ, deductum ex non probata præſcriptione horum bonorum, prætextu maioratus, quia ultra dictam inſtitutionem fol. 70. abunde conſtat ex partitionum charta ab ipſo appellato exhibita fol. 136. & ſeqq. de ſeparatione horum bonorum virtute vinculi, adjudicationeque illorũ prætextu maioratus, & traditione facta per Judicem ſucceſſori vocato, prout inſpicitur fol. 149. verſ.

Conſtat utique ex teſtibus à fol. 290. de longa horum bonorum poſſeſſione ultra quadraginta annorum ſpatium prætextu maioratus, per plures poſſeſſores, mutatis aliquando cognominibus juxta formam inſtitutionis, quod longe ſufficit ad probationem vinculi, licet prædicta documenta invalida eſſent, *Gam. dec. 218. num. 2. Reynof. obſervation. 22. num. 21. Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. num. 52. Solorz. de jure Indiar. tit. 1. lib. 3. cap. 3. num. 11.* plures refert noviter *Souſa dec. 15. num. 7. cum Ordinatio noſtra ex contrario allegata lib. 1. tit. 62. § ſi tantum,* vigeat, quando nullum inſtitutionis documentum apparet.

Levioris ponderis exiſtimo defectum cognominis, de quo incuſatur appellans, inſpecta ſua proteſtatione fol. 229. verſ. illius aſſumendi, ubi primum ei ſucceſſionem competere judicetur, & poſſeſſionem maioratus capiat juxta morem Hiſpaniæ, de quo *Molin. de primogen. lib. 2. cap. 14. num. 12. Caſt. quot. id. tit. 6. cap. 181. num. 29. & 30.* Ad contrarium namque requiritur expreſſa diſpoſitio inſtitutionis; quod maxime procedit in præſenti, ubi ſub Judice lis eſt, ne forſan mutato nomine Actor appellans maioratu careat.

Maius opus monet ultimum fundamentum ex allegato utique illegitimitatis vitio in Actore, & circa huius fundamenti materiam notari debetur, quod non ambigitur de illegitimitate appellati, cum palam ſit, tantum filium naturalem, expreſſe reprobatum, & excluſum in inſtitutione fuiſſe; utique non dubitatur appellantem Actorem ex legitimo matrimonio procreatum circa, & per repræſentatam matrem ad maioratum vocari, quæ ſi viveret, tamquam proximior conſanguinea legitima ſucceſſura erat ultimo poſſeſſori, cum in præſenti per teſtatores repræſentatio ultra prohibitionem juris in

omnibus gradibus admittatur. In confesso quoque est, Actorem patrem habuisse spurium, natum ex nobilissimo Canonico Conimbricensi, ac ex ignota matre: quapropter considerari potest fomite ejusdem vitii illegitimitatis laborare, quam testator spreuit, & odio habuit Clericorum posteritatem, expresse excludendo nepotes suos, si ex filio Clerico nascerentur fol. 80. vers. & licet dicatur personam Actoris esse legitimam, & patrem spurium, attendendum non esse huic successioni protinus extraneam, cum per representationem matris legitimæ succedat, tamen inspecta mente institutionis circa nobilitatem, successione, ac suæ posteritatis splendorem conservandum, prout ex ipsa institutione colligitur, & semper subintelligitur in maioratibus, *Molin. lib. 1. cap. 13. n. 3. Reynof. observat. 53. à num. 18. Gam. dec. 43.* Et illorum filii cum sanguine utique conditionis defectu necessario participant, sequitur non esse Actorem ita splendidum ex omni parte, prout conveniens reputabitur testatoris desiderio, volentis in sua posteritate honorari; non enim sufficit quem legitimum esse, sed ita legitimum, necessarium est, ut ex legitimitate sua, disponentis voluntati satisfiat omnino: bene *Cast. dicto tit. 5. cap. 103. n. 21.*

Juvat secundo: quia qualitas legitimitatis, procreationis ex legitimo matrimonio appositæ in primo gradu, repetita utique censetur in ulterioribus ex illa ratione, scilicet, quia quando testator reprobat primum gradum, non legitimum, quem magis dilexisse credendum est, à fortiori reprobat remotiorem minus dilectum, *Cald. ubi plures refert conf. 26. num. 19.* Ergo à simili in casu nostro, reprobata illegitimitate (si aliqua daretur) in Actore per viam matris testatori conjunctæ, & magis dilectæ, idem dicendum videtur in illegitimitate ex parte patris testatori extranei, ne alias melioris conditionis maneret.

Verum non obstantibus supra consideratis, & in hoc processu nondum dictis, cum institutio de legitimis tantummodo loquatur, exclusioni, quæ odiosa est, inclinare non debemus, & Actorem legitimum, ac ex matre legitimam procreatum, illiusque representatione succedentem repellere, nec odiosis extensionem facere interpretationem ob illegitimitatem patris.

Maxime cum nihil magis regulis juris conveniat, quam cessante ratione exclusionis, ipsam exclusionem cessare, *Tiraquel tractat. cessante causa part. 1. num. 94. vers. exclusionis causa, Cald. forens. conf. 26. numer. 13.*

At vero causa, quæ principaliter subintelligenda est in exclusionem illegitimo, est illa, quæ justis nuptiis favet, & excludit occasionem peccandi, ne de facili invitentur possessores ad concubinatum, & procreationem non legitimam, simul ac cognoverint talem prolem sibi posse succedere in maioratibus, quæ interpretatio in conditione legitimitatis potius quam alia quævis sumenda est, *Cald. dict. conf. 26. num. 22.* Cum igitur dicta ratio, seu causa cesset, manifeste in illegitimitate patris Actoris, illius filio legitimo obesse non debet.

Ulterius circa maioratum successione tantum attenditur linea, quæ causat prerogativam succedendi, & aliæ, quæ non aperiunt viam successioni, minime attenduntur, *Cast. lib. 5. cap. 93. num. 11. & 21. Pereir. dec. 59. num. 5.* unde parvi pendenda est inhabilitas (si daretur) quæ non reperitur in linea successione, sed proveniebat per viam patris.

Denique plura, quæ de spuris dicuntur, limitantur in filiis spuriorum, *Cast. lib. 5. cap. 103. num. 2. Cald. forens. conf. 39. num. 6.* cum pluribus *Barb. ad Ord. lib. 4. tit. 93. num. 12.* Ex quibus, & cum appellatus manifesta reprobatione laboret in sua persona, & nullo jure fulciatur ad retentionem hujus maioratus, sententiam revocarem.

Tamen circa tertias utique petitas in libello artic. 7. & 8. & maioratui vinculas jure formam institutionis non invenio probatam, habilitationem appellati tanquam hæredis, quam legitimationem facere tenebatur appellans, *Carleval. de jud. lib. 1. tit. 2. disput. 4. n. 20. Virg. de legit. person. in præludio n. 21.* Ideo pro nunc de illis curandum non esse opinor.

Circa fructus ab indebita occupatione, à contestata lite non leviter urget juramentum appellati fol. 151. & quod non adeo clare vincitur de occultatione institutionis. Ideo condemnationem facerem à litis contestatione.

Quoad oppositionem: ex reprobo patre appellato confirmanda venit exclusio filii opponentis, licet legitimus sit, qui mediante patre successurus erat, & non ex propria persona, qua legitimus dici non potest ascendens ex interventu sobolis naturalis, *text. in L. fin. Cod. de donat. liber. ibi: Sed interventu sobolis naturalis, nullum jus legitimam habere potest, ubi Gloss. verbo consequentias, ibi: Quæ nec filius nec nepos legitimus est avo.* Et ideo quando aliquis prohibetur succedere, prout illegitimus pariter, & descendentes ab illo, tanquam ab infecta radice procedentes

tes pro  
nu cur  
num. 1  
forens.  
primog  
omissis  
35. S  
Ex  
de ter  
quæ le  
d. lib.  
151.  
Soula  
Utin  
prope  
hac in  
grand  
obser  
labor  
nes,  
Qu  
sentis  
mino  
qua a  
me li  
adhil  
citati  
quæ d  
qui n  
verit  
instru  
tinet  
sio h  
pote  
edit.  
Se  
in h  
orig  
plar  
pue  
disce  
quia  
dici  
num.  
huj  
edo  
bati  
P  
mit  
bui  
leg  
obl  
qu  
ton  
&  
ior  
S  
Ho



tes prohibiti videntur, per ea quæ larga manu cum pluribus *Cast. d. lib. 5. cap. 103. à num. 12. Larr. dec. 34. num. 63. ad fin. Caid. forens. conf. 26. num. 22. Add ad Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. à num. 41.* aliis consulto omiffis, facit utique *Ordinat. noſtra lib. 2. tit. 35. §. 14.*

Ex dictis ſuperfluum exiſtimo quæſtionem de tempore natiuitatis huius opponentis, quæ longa indigebat manu, per ea quæ *Cast. d. lib. 5. cap. 91. per tot. Larr. dec. 8. Pheb. dec. 151. Portu 24. Maii anno 1664. Pereyra de Soula.*

Utinam quod Juſtinianus aliquando cenſuit, properandum eſſe, ne lites fiant immortales, hac in controverſia, quæ 20. abhinc annis, grande mortalis ævi, ſpatium pertractatur, obſervatum fuiſſe; nam nec hodie in hunc laborem eſſet deventum, nec ſimul vexationes, & impenſas paſſi fuiſſent litigantes.

Quæ doctè, & accutè pro reſolutione præſentis caſus ſcripta ſunt ab amantiffimo Domino, mihi ſummopere placent, tamen ut aliqua adjungam, dicam paucis, quantum per me licebit. In primis iudico integram fidem adhibendam eſſe exemplo fol. 70. licet ſine citatione fuiſſet exemplatum. Primo, quia quædo exemplatio fit ad inſtantiam alicuius, qui non ſuſpicatur ſibi aliquos futuros adverſarios, ſed ſolum veretur, ne quandoque inſtrumentum originale, quod penes ſe retinet, amittatur, ut accidit Stephano Gomeſio huius maioratus poſſeſſori, ſine citatione poteſt exemplari, *Pareja de univerſ. inſtrum. edit. tit. 1. reſol. 3. §. 3. n. 124.*

Secundo, quia quando exemplatio fit, ut in hoc caſu, per eundem notarium, qui de originali fuit rogatus, abſque citatione exemplari poteſt, *Pareja ubi ſupra n. 128.* præcipue cum jam triginta anni efluxerent, *Gratian. diſcept. cap. 859. num. 15. & 16.* ratio eſt, quia exemplum extractum à notario rogato dicitur originale, *Poſth. de manut. obſerv. 99. num. 8.* Cum ergo de inſtitutione, & natura huius maioratus per inſtrumentum d. fol. 70. huius maioratus per inſtrumentum d. fol. 70. edoceamur, non eſt cur ad alias vinculi probationes recurramus.

Principale dubium verſatur circa illegitimitatem appellatis, conſtat enim patrem habuiſſe ſpurium, & in inſtitutione vocantur ex legitimo matrimonio procreati, & ideo A. obſtare videbatur illegitimitas patris, per ea quæ diſſuſe docet *Castill. quotid. controu. tom. 5. cap. 103. à num. 13. Menoch. conf. 172. & lib. 4. præſumpt. 76. num. 27. Mier. de maiorat. part. 2. quæſt. 2. ex n. 17. Giurb. de feudis §. 1. gloſſ. 9. num. 15. Neguerol. alleg. 9. num. 26.* Hoc tamen intelligi debet in linea vocata ad

ſucceſſionem, quæ nulla illegitimitate laborat: conſtat enim A. eſſe legitime natum ex matre legitima, quæ vocata in inſtitutione invenitur.

Probatur primo, quia fundamenta contra legitime natos ab illegitimis, intelliguntur de linea vocata ad ſucceſſionem. Plura recēſet *Castill. ubi ſupra numer. 21. Menoch. d. conf. 172. à num. 2.* Prima eſt, quia ſucceſſor non debet eſſe melioris cōditionis, quam ejus Author, à quo cauſam habuit, *L. ex qua perſona ff. de reg. jur.* Ubi tandem, quia ſubrogatus obtinet jus illius, in cujus locum ſubrogatur: atqui mater A. à qua cauſam habuit, non invenitur excluſa, ergo nec filius.

Secunda eſt, quia ſucceſſiones non ſunt per ſaltus, ſed ordinatè, & ſucceſſione, ob id enim necelle eſt, quod gradus procedens ſit ſucceſſibilis, nam medium impediens impedit tranſitum ad extrema, & principium vitioſum in deſcendentibus dirivatur, & in effectu non poteſt plus juris eſſe in cauſato, quam in influenti potentia cauſæ, ſed gradus præcedentes A. ſunt ſucceſſibiles, nulloque vitio dirivantur, ergo & ille.

Probatur ſecundo, quia ad qualificandam ſucceſſionem, dumtaxat attendi debet linea, per quam ſucceſſio dirivatur, & ex hoc concluditur, quod frater uterinus non ſuccedit in feudo poſſeſſo per fratrem, quia erat de alia progenie, nec dependebat ab ſtirpe, à qua feudum proficiſcebat, *Castill. ſupra:* ergo illegitimitas A. ex parte patris, qui non eſt de familia vocata ad maioratum, attendi non debet.

Omnia, quæ de illegitimitate dicta extant, excludunt R. illegitimum ex linea comprehenſa in conſanguinitate, & familia inſtituentis. Omitto alia livioris ponderis, & à ſapientiſſimo Domino rectè proviſa, ſic revocata Judicis ſententia. Portu 28. Maii ann. 1664. Ribeyro.

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatuum. Ubi confirmata fuit à Judicibus Oliveyra. Lamprea. Et fundata in deliberationibus ſequentibus.

Sumus in illa ancipiti quæſtione, an, & quando filius naturalis, vel ab eo deſcendentes comprehendantur appellatione filiorum, & ſuccedere valeant in fideicommiſſis, vel maioratibus, & ſimilibus.

In hac quæſtione ſi ſolum dicidenda eſſet juxta deciſionem diſputationis juris communis, difficilius, & nimis intricata res dari poſſet, ob longam, & nimis confuſam DD. traditionem; ob idque docti huius proceſſus

patroni, tot, & tanta DD. placita nobis proponunt, quibus suam ejuisque partem, & victoriam suadere prætendunt, at in hoc Regno, & litibus ejus, non ipsa juris communis decisiō, & disputatio, sed principaliter hujusmet Regni Lex, stylus, aut consuetudo, ut expresse jubet *Ord. 3. tit. 64.* in terminis *Cab. 1. part. dec. 10. num. 5.* & passim nostri Lusitani: quare summopere advertendum circa traditiones DD. in hac materia, quæ sunt in terminis juris cōmunis, & ineptè acōmodantur, cum nostrum jus cōmune sit nostra Ordinatio, *Cab. sup.*

In hoc Regno & an, & quando filii naturales succedere possent, nova, expressa tamen, constituitur differentia inter filios naturales plebeorum, vel nobilium, ut patet in *Ord. 4. tit. 92.* ubi *Barb. Carvalb. de testament. part. 1. n. 173. & 190. Aegid. de priv. honestatis art. 13. à n. 33.*

Itaque naturales ex plebeis hujus Regni favorabiliore, meliorisque conditionis sunt, quam essent de jure communi, æquiparantur namque filiis legitimis, & simul cum illis ad successiōnem vocantur, è contrario vero nati ex nobilibus deterioris redacti sunt conditionis, & ita insuccessibiles constituti, ut non solum à successiōne excludantur per descendentes, vel ascendentes legitimis, sed & per transversales, ut claris verbis tradit *Ord. 4. tit. 92. in princip. & §. 1. ibi: E falecendo sem testamento, herdar dō seus bens os parentes mais chegados, e naõ os filhos naturais, porque os filhos naturais naõ pôdem herdar abintestado seus pays, &c.* Et in terminis quod per transversales excluduntur: notant *Aegid. d. art. 13. num. 30. & 34. & 56. Mol. de just. tom. 1. disp. 166. num. 12. & tom. 3. disput. 610. num. 3. Frag. de regim. Republic. part. 3. lib. 1. disput. 2. §. 6. num. 168. Them. part. 2. dec. 151. n. 4. & 5. Sousa in L. femina n. 133 ff. de regul. juris.*

Hinc est, quod cum jus succedendi sit reciprocum, nec pater naturalis nobilis succedit ejus filio naturali, & non solum excluditur per matrem naturalem ipsius filii, sed & per cognatos naturales ex parte matris, ut in terminis notat *Aegid. d. art. 13. num. 56.* & si forte contigisset, quod filius naturalis decederet relicto fratre naturali utrimque conjuncto, & alio fratre ex matre tantum: quamvis alias in fratribus legitimis solum admittatur utrimque conjunctus, *Authent. cessante, Auth. fratres Cod. legitim. hered.* tamen hoc casu uterque frater simul admittetur ad successiōnem, quia conjunctio ex parte patris nobilis non attenditur, utpote insuccessibilis juxta *Ord. d. tit. 92. §. 1.* notat

in terminis *Aegid. d. art. 13. à num. 57.*

His suppositis, & mente retentis, cum liquido constet, nec R. Antonius Gomezius Collaço dubitet esse tantum filium naturalem penultimi possessoris, & fratrem naturalem ultimi Emmanuelis Gomezii, jam dictus R. Antonius insuccessibilis est, & fuit ad hunc nostrum maioratum ex teqq.

Primo, quia etiam in disputatione juris communis absque totali restrictione ad jus Regium regulariter filius naturalis non succedit in maioratu, nisi expresse ab institutore vocetur, *Gregor. Lop. L. 2. tit. 15 part. 2. in gloss. verbo, si no el hijo mayor, col. 2. ex aliis Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. à num. 46. & lib. 3. cap. 3. à num. 41. Aegid. de privileg. honestat. art. 13. num. 12. & 17. Phab. 2. p. dec. 171. num. 28. ubi eleganter, Molin. de just. tom. 3. disput. 610. num. 3. Pereir. decis. 14. num. 4. & 7. Reynof. observ. 33. à num. 4. & 10. Cald. de nominat. q. 19. à num. 32. & 34. Aug. Barb. in tract. de verbis appellativi verbo, filius, num. 14. 21. & 22. Flor. var. q. 16. §. 1. per tot. Præceptor Navar. ad text. in L. ex facto §. si quis rogatus num. mibi 183 ff. ad Trebel. Ex quorum dictis hujus resolutionis ratio deprehendi facile potest, immo quod nec naturalis legitimatus per rescriptum Principis succedat, tradit ex aliis *Reynof. d. observ. 33. num. 10.* Ubi cōmunem, & receptam sententiam dicit maxime, si non sit filius naturalis legitimatus ab institutore, vel saltem à possessore maioratus, tradit *Cabed. 1. p. dec. 97. à num. 10.* Plane dictus R. tantum est frater naturalis ultimi possessoris, nec est filius institutoris, nec ab eo expresse vocatus, ut patet ex institutione: igitur insuccessibilis est, & fuit.*

Secundo etiam attento jure Regio, quo in dicta *Ord. lib. 4. tit. 92.* filii naturales plebeorum capaces sunt ad ordinarias successiōnes abintestato, tamen ad succedendum in maioratu, ad quem expresse vocati non sunt ab institutore, quamvis effet plebeus, non posse succedere tradit in terminis *ex Mol. Aegid. art. 16. num. 17.* quem refert *Reynof. d. observ. 33. num. 10. vers. fin.* Et quamvis Ordinatio æquiparat filiis legitimis naturales plebeorum, simulque, & æqualiter successibiles ferat, verior sit sententia, & praxi recepta, qua & Nos non multis abhinc diebus judicavimus, quod institutor maioratus sit plebeus, filius naturalis succedere posset, ut in terminis tradunt *Molin. de justitia d. disput. 610. num. 3. Pereir. dec. 14. num. 8. Reynof. d. observ. 33. à num. 11. Carvalb. de testam. p. 1. num. 174. Costa in cap. si pater, verbo si absque liberis numer. 35. & 37. eod. tit. in 6.*

Attamen institutor est nobilis, & vocatus ad ipsum maioratum nobilis qui sit, indubitabile semper fuit apud nostrates, filium naturalem etiam ipsius institutoris, vel possessoris non fore admittendum ad talem maioratum, cum de jure Regio insuccessibilis sit, ex *Ord. lib. 4. d. tit. 92. §. 1.* ut in terminis tradunt *Ægid. d. art. 16. num. 17. Molin. de justit. disput. 610. num. 3. Pereir. dec. 14. n. 4. 7. & 8. Reynof. & alii supra proxime.* Plane institutor hujus maioratus fuit Emmanuel Gomesius nobilis, & senatoria dignitate fulgens, cujus avus fuerat præfectus arcis de Penella, & vocati fuerunt uxor, ejusque filii legitimi, quin expresse vocasset filios naturales, ut totum patet ex institutione, & approbatione à fol. 70. & alibi, nec partes de nobilitate institutoris, & vocatorum dubitant, ergo cum nec dubitetur nostrum Antonium Gomesium esse filium naturalem tantum, & non ipsius institutoris, vel ultimi possessoris, fit palam, ipsum ejusque descendentes in successibiles extare posse, & deberi excludi Adorem legitimum transversalem ultimi possessoris, & primi institutoris.

Ratio est, quia eo ipso, quod institutor expresse non vocavit filios, vel descendentes naturales, ut patet ex dicta institutione, iste casus, an voluisset eosmittere, & an sint admittendi, remansit omisus, & sic in disputatione juris, cum qua in non declaratis institutor se conformare visus, & interpretandus est, ut ex *L. commodissime ff. liber & posthum. & ex Bart. in L. heredes mei §. cum ita ff. ad Trebel. Val. cons. 94. num. 3. Reynof. observ. 33. num. 11. celebris decisio Gam in hoc fundamento dec. 7. num. 3. vers. 1. & dec. 206. num. 25. & passim DD.* cum ergo in hoc Regno ejus Ordinatus sit nostrum jus commune, ut ex *Ord. lib. 3. tit. 64.* tradunt *Cab. 1. p. dec. 100. numer. 15. & dec. 106. num. 9.* ubi refert *Gam. Val. & alios,* cum quibus *Pereir. dec. 2. n. 3. & Ord. lib. 4. d. tit. 92. §. 1.* prorsus inhabilitasset naturales ad succedendum nobilibus, qui eos expresse ad suam successionem non vocaverunt, taliter quod ipsi filii naturales ejusdemmet, de cujus successionem agit, excludantur per ejus legitimos transversales, ut in terminis dictæ Ordinationis notarunt *Ægid. Molin. Fragos. Them. & Lusitanus Franciscus à Sousa* relati supra in principio hujus deliberationis *vers. in hoc Regno, &c.* Merito R. frater tantum naturalis ultimi possessoris, & ejus descendentes, utpote à radice infecta insuccessibiles extant ad nostrum maioratum, & merito A. utpote proximior legitimus transversalis ultimi possessoris, & institutoris est admittendus, *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.*

Facit, quod successio in fideicommissis, & maioratibus in non declaratis ab institutore regulatur per successionem hæreditatem ab intestato, ex *L. fin. Cod. verb. signif. cum similibus Reynof. d. observ. 33. num. 13. & aliis,* ut dixi, transversalis excludit filios naturales, igitur, &c.

Tertio excluditur R. ejusque descendentes, quia juxta eandem *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1.* testator, qui nobilis est, & filios habet legitimos, nihil relinquere potest naturalibus: plane noster institutor, & nobilis fuit, & filios legitimos habebat, ergo quamvis expresse vocaret naturales, videbatur ipsos non posse admitti, & sic multo minus R. ejusve filius, qui nec vocati apparent, ut clare ex institutione intuetur.

Quarto, non solum institutor non vocavit expresse naturales filios, imo per contrarium eos expresse excludit vocando pluries tantum filios, & descendentes legitimos, ipsisque legitimis deficientibus, transversalem legitimum suæ generationi proximior, ut totum clare tradit institutio à fol. 76. ibi: *Succederá neste morgado nosso filho legitimo mais velho Estevoão Gomes, & ibi: E seus filhos legitimos descendentes, ou legitimados, &c. Não em outra maneira perpetuamente:* in quo magni ponderis est dictum verbum, *perpetuamente,* quod similem ordinem excludendi illegitimos perpetuo futuris temporibus, &c. & iterum d. fol. 76. vers. ibi: *E falecendo a descendencia legitima dos varoens, e femeas desse meu filho:* & iterum: *E faltando todos meus descendentes varoens, e femeas legitimos, succederá neste morgado o parente transversal mais cbegado á minha linhagem legitimo, que ao tal tempo se achar:* & iterum fol. 80. *E sendo Clerigo, posto que filhos, ou filhas tenha, não succederá nelle:* & iterum fol. 80. *Mas succederá neste morgado seus filhos, e descendentes legitimos.* Et bene hoc idem intentum deducitur ex clausula sequenti d. fol. 81. *Item quero.* Ubi non solum voluit successores legitimos, sed & sanguine puros, taliter quod reprobavit cum sanguine Hebræorum mistos, quamvis ex legitimo essent matrimonio. Si ergo una sola verborum repetitio enixam, & magis deliberatam voluntatem ostendit juxta notata ad *text. in L. Balista ff. ad Trebellian. cum vulgarib.* Quid, quæso, dicendum restat de tam multiplicata vocatione, legitimorum tantummodo, & exclusionem non legitimorum, etiam per solum transversalem legitimum, & hoc cum dicto verbo, *perpetuamente,* ad hoc hercle aliud conicere nequeo, nisi expressam nostri R. utpote naturalis tantum, & non le-

giti exclusionem ab ipso institutore relictam, quod sufficit, ut R. ab hoc maioratu perpetuo removeatur, cum ordinatum in institutione sit omnino adimplendum, *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.* Itaque ex singulis supra ponderatis infucceffibilis est R. ex institutoris voluntate, quæ solos legitimos voluit, expressa *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1.* quæ naturales ex nobilibus reddidit incapaces, ut in casu omisso, & ab intestato, per solos transversales legitimos cum excluderit, & multo magis cum tempore testamenti institutor noster legitimos filios haberet, quibus vocatio naturalium (si de facto eam faceret, ut non fecit) periclitari poterat, *Molin. d. disput. 166. numer. 12. & disp. 610. num. 3. Egid. supra art. 13. num. 46. & 47.*

Supposito quod R. ut naturalis infucceffibilis erat, exclusus quoque ejus filius, quamvis legitimus, videtur, non solum quia tempore delatæ successione hujus maioratus, nec natus, nec conceptus fuerat, quod nocere solet juxta jura DD. & rationes à doctis Actoris patronis præstitas, maxime considerato modo, & verbis, quibus institutor deficientibus legitimis descendentes vocavit legitimum transversalem fol. 76 ibi: *Efalt á do todos meus descendentes legitimos, succeder á neste morgado o parêre transversal mais cbegado á minha linhagem, legitimo que ao tal tempo se achar.* Quæ ultima verba, qui tunc temporis inveniatur, significant extremitatem, & conditionem important, juxta notata ad text. in *L. 4. §. fin. ff. condit. & demonstr. ubi gloss. Barb. & alii plures, cum quibus Aug. Barb. tract. de dict. verbo, tunc à n. 1.* & ita filius R. videtur exclusus nunc, quia conditione, tunc, defectus fuit, & Actor videtur admittendus, quia tunc temporis, ut proximior conditionem implevit, quæ momento sufficit impleta, licet non duret, ut ex *Tusc. Castrens. Rem. & aliis August. Barb. supra proxime num. 4.* & ipsa dictio, tunc temporis, restrictiva ita est ad tempus, & casum expressum, ut prohibeat extensionem ad casum omisum, ut ex *Paris. Cephalo, & aliis pluribus Aug. Barbos. supra proxime num. 7.* Sicque nihil nocere videtur Actori eo illo tempore proximiori, quod filius R. postea proximior conciperetur.

Præsertim cum juxta supra tradita dictus R. ut naturalis ex voluntate institutoris, & ab ipsa *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1.* incapax, & infucceffibilis erat, sic & ejus filius, qui legitimus tamquam à radice infecta, & à lege reprobatu natus, *Ord. lib. 2. tit. 35. §. 14. L. fin. Cod. naturalibus liberis, Pereir. dec. 8. num. 1. vers. unde, & decis. 122. num. fin. Mend. in*

*praxi lib. 3. cap. 10. num. 4. Cald. de nomin. q. 19. num. 35.* Aliàs plus juris esset in causato, quam in causa efficiente contra regulam, *L. si viva matre Cod. bon. mater.* optime ex aliis *Carvalb. de testam. p. 1. num. 189* ubi bene advertit idem dicendum, easdemque juris regulas practicandas in nepotibus procedentibus ex filiis naturalibus, ac in illis, qui medium ad illos fuere, quomodo enim talis nepos, seu filius nostri Rei introducere se potest, ut descendens institutoris, vel ut proximior ultimi possessoris, nisi connumerata persona patris, si aliunde, nec descendens, vel proximior est, nec esse potest, igitur inhabilitas patris eum necessario inhabilem, & infucceffibile reddidit, in terminis videndus *Egid. de privileg. honestat. art. 13. num. 45.* Ubi ait, quod sicut filius naturalis personæ nobilis, ei non succedit, ita similiter, & nepos ex ipso filio naturali; quare solus Actor uti legitimus, & ex legitima parte proximior admittendus.

Nec contrarium evincere potest, quod A. habet patrem spurium ex Clerico natum, nam vere Actor in se legitimus est, de quo non potest dubitari, & ex aliis tradit *Phab. 1. p. decis. 82. num. 14.* ejus mater, qua mediante ad successionem pervenit, legitima, & à legitimis producta est, sicque ex parte, & conjunctione illa, quæ attenditur ab A. usque ad ipsum institutorem, vel ultimum hujus maioratus possessorem integra consideratur legitimitas, & habilitas in A. ipsa vero sui patris spuriatas tamquam personalis, & impertinens attendi nequit, ut pæna inhabilitatis Actori legitimo absque lege, vel testatore, qui expresse eam inducat, imponatur, cum potius materia pænalis pro viribus sit restringenda juxta vulgaria: immo dicendum, quod sicut ipsa spuriatas paterna, utpote personalis, non potuit efficere, quominus vere non sit ejus filius legitimus, nullatenus efficiet, quod non sit legitimus transversalis ultimi possessoris, & primi institutoris, ut in maioratu non succedat, ad quem obtinendum, non sanguinem paternum, sed à sola matre productum adducere sat est, juxta *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. ibi: E sendo do sangue do instituidor.* Et vere quidem, si posset nocere ad succedendum habere ascendente illegitimum ex alia parte, ex qua maioratus non provenit, difficulter, imo impossibilis foret legitimus successor, cum si inquiratur in omnibus Regum, magnatum, & cæterorum ascendentiis, aliquis illegitimus detegatur, hoc autem foret absurdum, & revolveret lapides, osaque mortuorum, igitur A. legitimus filius, legitimus transversalis, & legiti-  
mus

mus ſucceſſor eſt habendus.

Nec obſtat obiectum à filio noſtri R. non eſſe veriſimile inſtitutorem noluiſſe deſcendentem ex ſuo corpore in veritate legitimum, & maluiſſe Actorem nepotem ex Clerico: reſpondetur, inſtitutorem declarafſe ejus deſcendentes fore habiles ad ſuccedendum, qui legitime ab eo deſcenderent, filius vero R. quamvis in ſe legitimus ſit, legitime tamen ab inſtitutore non deſcendit, cum patrem habeat naturalem, item in eo quod inſtitutor omittit, à lege diſpoſitum velle creditur, lex autem in *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1.* inſucceſſibilem reddidit progeniem naturalem nobilium deſunctorum, & per contrarium nulla Lex eſt, quæ Actorem legitimum tranſverſalem inſtitutoris non faciat: igitur ſecundum ipſam legem, & in conſequentiam ſecundum veriſimilem voluntatem inſtitutoris, qui cum diſpoſitione juris ſe videtur conformare, admitto Actorem, & excludo Reum, ejusque filium, quamvis in ſe legitimum, utpote à radice infecta, & penitus excluſa natum, *Ord. d. lib. 2. tit. 35. §. 14* cum ſupra conſideratis.

Ad illa obiecta, quod propria inſtitutio maioratus non oſtenditur, nec A. hucusque nominatur Gomes Collaço, plene ſatiſſit à doctis A. patronis, & meritiffimis inferioris Senatus Patribus, ob eorum conſiderationem, & huius jurgii dubitationem, ſat videtur fructus à litis conteſtatione reſtituere, ad quod proxima obiecta aliquantulum juvant.

Circa obligationem inſtitutionis fol. 82. impoſitam ſucceſſoribus pro cujusque tertia bonorum adjungenda maioratui, alias validam juxta tradita à *Valaſc. conſult. 153.* Actor in 7 & 8. libelli fol. 5. propoſuit, Reum fore hæredem fratris, & patris poſſeſſorum, & pro eis teneri. Sententia inferioris Senatus abſolvit R. quia A. non probavit, R. fuiſſe hæredem, quatenus reſpicit perſonam Franciſci Gomes patris naturalis R. probationem non invenio, cum A. articulos faceret, & tempus probationum haberet, unde confirmo in hac parte ſententiam. De hæreditate ultimi poſſeſſoris Emmanuelis Gomeſii maior eſt dubitatio, cum ſimiliter de hoc teſtes A. non deponant, nec R. per terminum à ſe ſignatum hoc declarafſet, quod aliàs declaratum extat in articulis contrarietatis fol. 185. ut arguit doctus Patronus fol. 489. ubi pugnat pro A. contra R. & hunc juvat *Ord. lib. 1. tit. 24. §. 1.* dum præjudicialia non niſi ſubſcriptione facta condemnat, quare de hoc conferam in Senatu, ſic confirmata in aliis ſententia Senatus inferioris. Ulyſſipene 12.

Aprilis 1665. Lamprea.

Perluſtrato non parva cura hoc proceſſu, & attente conſiderata inſtitutione nullum ad huius jurgii deciſionem dubium mihi mentem obumbravit, cum animus ad aggravantem favendum magis proclivior eſſet, forſan quia Reus erat, poſſeſſor exiſtebat, prolem multam habebat, & denique quia deſcendens quamvis illegitimus cujuſdam Senatoris inveniebatur, quorum memorias, & earum conſervationem Ego, ut noſtræ profeſſionis amantiſſimus, ſemper præ oculis habui. Attamen cum vocatio legitimorum, tam manifeſta ſit in dicta inſtitutione, quam excluſio illegitimorum in illis verbis, ibi: *E ſeus filbos legitimos, e deſcendentes, ou legitimados por ſubſequento matrimonio, naõ em outra maneira perpetuamente* Et cum ultra hanc hominis diſpoſitionem, & alias multiplicatas, quæ diſpoſitionem legis vincunt, ex *Mend. cum Tiraquel. & Molin. lib. 3 in praxi cap. 11. num. 8.* noſtræ Legis Regiæ diſpoſitio, & jura, quæ eleganter ad ſatiatatem deduxit præcedens ſapientiſſimus Dominus, naturalem filium in hoc caſu excludant; contra mentem meam, contra Leges, quas ſub juramento, & pœna peccati obſervare debemus, & cum onere reſtituendi perperam judicatum, Actorem legitimum vocatum ab inſtitutore excludere, & Reum ab ipſo excluſo admittere, durum mihi viſum fuit, quando pietas, & æquitas contra rigorem iuris ſcripti prævalere nequeunt ſecundum *Gratian. cap. 639. num. 2. & cap. 254. n. 9.*

Quin obſtent in contrarium adducta, quibus per ſapientiſſimum Dominum meum, & per doctum Patronum, tam pulchre, & erudite ſatiſſit, ut nihil addendum ſuperſit. Legitimitatem namque tantum requirit inſtitutor in ſucceſſore delatæ ſucceſſionis tempore in illis verbis, ibi: *O parente tranſverſal mais chegado de minha linhagem legitimo, que no tal tempo ſe achar.* Quæ verba cum prolata ſint à Senatore, viro juris perito, qui ſciebat capacitatē tempore delatæ ſucceſſionis non ſolum deſiderari, ſed ſufficere, nullam finitram interpretationem patiuntur, imo cum in diſpoſitione hominis inveniantur, ſecundum ſonant, intelligi debent, ex *Gratian. cap. 419. num. 21.* & quod inſtitutor noſter odio habuit tantum in peccato conceptos, & non omnes, qui in Adamo peccaverunt, eſſet enim propriam evertere diſpoſitionem, & voluntatem, cum pauci poſſint homines inveniri, qui in aſcendentibus aliquam non habeant illegitimitatem, quæ in noſtris terminis attendenda non eſt, ſed illa tantum, quæ reſpicit maio-

maioratus derivationem, ut elegantiori, & latiori calamo prænotavit sapientissimus Dominus, quæ in Actore non datur, & circa quam in tam clara voluntate non licet epicheam facere.

Minus ob stare videtur filii oppositio ex adductis à prædicto Domino, & à Patrono, & ex his, quæ noviter *Olea de cess. juris lib. 1. tit. 3. q. 4. à princip.* ubi etiam *Larrea dec. 54. num. 11.* quoad successionem maioratus proximitatem attendendam dicunt tempore mortis ultimi possessoris, & delationis ipsius, quia cum dicta successio non possit esse in pendenti, in eodem instanti recta via transit in immediatum successorem absque aliquo ipsius facto, sed ex vi, & potentia legis, ut per *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 10. num. 4. Gom. L. 45. Tauri num. 1. aliàs 2. Salgad. in labyrinth. credit. p. 2. cap. 9. num. 62. & cap. 14. num. 14. Phæb. 2. p. dec. 171. num. 22.* & cum dominia rerum ex sui natura, postquam in aliquo radicantur, sint perpetua secundum *Cabed. dec. 208. num. 8. & Phæb. supra* nihil supervenientia successoris poterat operari, quando jam dominium quæsitum erat Actori, & in eo radicatum.

Neque ultimo obstat tituli allegatus defectus, in quo adversarius magis nititur, quia ultra quæ doctus Patronus à fol. 483. quamvis Reus defectum scripturæ sicut exemplum exempli alleget, veritatem maioratus non solum non negat, sed fatetur cum omnibus clausulis in dicta institutione contentis, ad ea quæ *Mend. lib. 3. cap. 22. §. 1. n. 4. in princip.* Quibus sic consideratis, tam per inferioris Domus Senatores, quam per Dominum præcedentem, cum ipso sententiam confirmarem, & super debito tertiarum ultimi possessoris cum eo conferam. Ulyssipone 20. Maii 1665. Oliveyra.

Ab ista sententia fuit petita revisio, & fuit excusata.

10 No feito de appellação Cível, em que são partes A. appellado Manoel Pegas de Vafconcellos, & RR. appellantes os Padres de São Paulo do Convento de Nossa Senhora da Luz de Montes Claros, Escrivão Luiz de Freytas de Sampayo, se deu a sentença seguinte.

*Acordão os do Desembargo, &c. Não foy bem julgado pelo Ouvidor da Comarca de Villa Viçosa, em condênar aos RR. larguem ao A os bens, de que se trata, havendo ao A por legitimo administrador delles, julgandoos por de morgado, revogando sua sentença, vistos os autos, e como por elles não conste legitimamente, que os bens pedidos sejaõ de morgado, nem o papel, que para este effeito se juntou,*

*seja bastante, por não fazer fé, e ser traslado de traslado, que sem concorrerem as circunstancias, que o Direito require, não faz prova, e ainda que bastara, nem ainda se achava nelle provada a instituição de morgado, por quanto o encargo de Missas, que nelle se acha, não basta, para se presumir serem os bens de morgado, não constando de vocação de familia, e geração, que necessariamente se require, para se haver de entender a instituição de morgado. Por tanto julgaõ não ter o A aução para os bens pedidos, e constar tambem, que os ditos bens são possuidos ha muitos annos por livres, fazendo se delles por varias vezes partilhas. Absolvem aos RR. do pedido pelo A ao qual condênãõ nas custas dos autos. Lisboa 13. de Fevereiro de 1680. Basto Pereyra. Sylva e Sousa. Lopes. Oliveyra.*

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Prædium nuncupatum da Torre das Figueiras, tamquam vinculatum A reivindicare intendit in hoc processu à RR. & cum vinculo scriptura, & sine scriptura probari possit, neutro modo A. probavit, non scriptura quia de testamento legitimo, in quo vinculum institutum fuisse dicitur, non constat per certitudinem in fol. 23. de quadam tamen testamento clausula dicitur, & quin de forma, & solemnitatibus testamenti edocemur, non probatur vinculum, *Molin. de primog. lib. 2. cap. 8. num. 6. ibi, Additionatores citant alterum Molin. de justit. tom. 3. disput. 600. & num. 1. Castill. tom. 6. cap. 149. n. 1. & alios.* Sed quando dicta clausula sufficeret per se, non verificabatur ex dicta certitudine, quia erat exemplum exempli, vulgo *traslado de traslado*, quod non probatur, *L. 2. ff. de fide instr. L. fin. ff. quemadmodum testamenta aperiantur, Mascard. concl. 111. num. 1. Scacia de jud. lib. 2. ex 1. num. 593. Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. num. 44.* Maxime cum exemplum primum scriptum non cernitur à Notario, nec casus ostenduntur, in quibus ei fides sit adhibita; in quibus terminis, & ipso exemplo non creditur, nisi constet de originali, *Mascard. concl. 711. à princ. per text. in L. 2. ff. de probat. concl. 1394. Gab. Pereir. dec. 26. num. 8. ibi: Quod tria requiruntur, ut detur fides exemplo legitima causa transcribendi, quod fiat auctoritate iudicis, quod iudex videat originale, & denique quod fiat citata parte de cuius præiudicio agitur, & ibidem, quod non sufficit verba, seu capitula truncata offerre.* Unde de dicta certitudine, & de exemplo, à quo fuit deducta, non est curandum ad probationem ipsius maioratus,

ioratus, sed nec & ex restium dispositionibus probatur vinculum, quia referuntur, seu remittuntur ad dictum informe exemplum, & non secundum *Legem Reg. lib. 3. tit. 60. §. 6.* de tenore testamenti amissi, & saltem de substantia, & solemnitatibus illius, simul cum causa amissionis, testificant ad hoc, ut legitime probent secundum *Larr. decis. 56. numer. 11. Olea de cess. jur. q. 5. num. 21. Valasc. conf. 187. numer. 8. Aliograd. tom. 1. conf. 50. numer. 182.* Et quod affirmant dictum præiudicium, semper tamquam de Capella nuncupatum, & possessum fuisse ( Si non communi erronea vulgi voce loquuntur, quia nuncupatur Capella quæque proprietas cum Miliarum onere possessa ) convincitur manifeste ex documentis fol. 9. vers. cum seqq. quibus ostenditur semper, post dictam maioratus institutionem prædium de Torre das Figueiras in inventariis bonorum liberorum scriptum; & filiis filiarum potius, quam filio masculino adjudicatum fuisse in legitima.

12 Sed exempli informis admissa probatione, tamquam legitima, adhuc ex illius verbis Capellam institutam fuisse non dicerem: quia ut Capella, ex conjecturis sit iudicanda, nec una, nec plures sufficiunt, casu quo in institutione deficiat mentio generationis filiarum, parentellæ, sanguinis, vel parentis domus, quæ singula percurrit *Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. num. 25. Pelæes de maiorat. q. 5. Gam. dec. 345. Phab. 2. p. dec. 120. numer. 1. Menoch. de arbitr. lib. cas. 469. numer. 2. Mant. de conject. ult. vol. lib. 6. tit. 12. n. 8. Fusar. de fideicommiss. subst. q. 499. à n. 10.*

13 Non sufficit onus Miliarum, licet sit in perpetuum positum, *L. nihil proponi, ibi: Salva causa legati ff. leg. 1. Cald. for. cap. 23. numer. 96. Reynos. observ. 68. Pereir. dec. 53. Menoch. lib. 4. præsumpt. 76. numer. 71. Gam. decis. 30. & decis. 48. & 228. & 348. à n. 10.* quidquid antiqui Patres varie de hac re iudicassent, moti ex eo, quod impositio oneris individuitatem induceret, *argument. text. in L. cui fundus ff. cond. & demonstr. contrarium tamen obtinuit per text. in L. fundi trebelian. ff. usufr. leg. Reynos. dict. observ. 68. Valasc. conf. 48. numer. 8. Gam. decis. 3. ibi Flores; & merito, ea ratione, quia bona allodiabilia, semper præsumenda sunt, semper facienda est interpretatio, ut res sit minori onere affecta, *L. per filium §. fundum ff. leg. 3.* unde solum onus Miliarum efficiet, ut bona iuncta ferventur, & per æstimationem inter cohæredes dicantur, per *text. in L. nihil proponi ff. leg. 1. Gam. decis. 32. numer. 2. Valasc. conf. 82. per tot. & numer. 8. & conf. 27. Pereir. dec. 21. Lara de capellan. lib. 1. cap. 4.* Et per hunc*

modum post dictam institutionem, semper decisum fuisse prædium da Torre, e herdade das Figueiras, demonstratur ex sententiis partitionum à fol. 9. vers. cum seqq.

Prohibitio alienandi etiam per se sola non sufficit, nam per se simpliciter facta est dispositio informis, & simplex præceptum reputatur, quo destruitur illa libera facultas, qua quis potest uti re sua: unde nullius momenti est, *L. per filium §. Julius Agripa ff. de legat. 3.* notant nostri ad *L. filiusfamil. §. Divi o. 2. per text. ibi ff. de legat. 1. Brit. ad cap. potuit de locato §. 3. num. 25. ad fin. Mant. de conject. ult. volunt. lib. 6. tit. 14. numer. 24. vers. sed contrarium, Reynos. observ. 68. à n. 33.*

Non sufficient una, & altera, si concurrant simul ambæ, quia prima non juvatur altera, quæ semper est communi casu cassata, ex defectu suæ causæ, ex citata *L. filiusfamil. §. Diis ff. leg. 1.* ibi: *Nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint.*

Est ergo varium, ut semper, & omni casu fiat in favorem familiarum, vel generationis vinculum, optime *Mant. de conject. ult. vol. lib. 7. tit. 1. n. 44. Peregr. de fideicommiss. art. 14. n. 14. Cephal. conf. 137. numer. 4. Menoch. conf. 97. numer. 117. Cravet. conf. 87. in fin. Fusar. de fideiuss. subst. q. 290. numer. 3. & q. 291.* non saltem, ut fideicommissum perpetuum, & familiare inducatur, *Reynos. observ. 68. numer. 28. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 5. numer. 6.* & est communis *Barb. sententia in L. qui Roma §. cohæred. numer. 3. ff. verb. oblig.* Et ex verbis dictæ institutionis implicatæ satis, non colligitur dispositio ulla, in favorem familiarum, vel generationis, quia primo, & principaliter vocatur uxor, quæ de familia non est, pro exoneranda sua conscientia, attestatur testator ei tertiam seu partem tertiarum ( non nisi satis explicatur testator ) relinquere: non filium posthumum ad dictam partem tertiarum vocatum invenio, & quod vere sentio ex dictis verbis, quod sub nullo onere Miliarum fuit relictum uxori dictum prædium in partem tertiarum assumptum à testatore similiter respectu posthumi, & solum cum posthumus deficeret, & uxor posthumi mater deesset, cæteros post illos successuros, quoquo modo, vel à jure, vel ab hominis dispositione gravasse dictarum Miliarum onere in perpetuum: ex quo tamen gravamine, & si cum alienationis prohibitione fiat, non inducitur Capella, vel maioratus, ut supra diximus, revocetur igitur iudicatum. *Ulyssipone 28. Januarii 1680. Sylva & Sousa.*

Num ex verbis fol. 3. iuductus sit maioratus, disputat, & ex abundanti negative re-

solvit præcedens clarissimus Dominus. Ego autem istiusmodi disputationem omnino supervacuum iudico, quippe instrumentum illud, cum ex iis, quæ idem Dominus tum etiam ex aliis, quæ doctus congerit appellatum advocatus, minime fidem facere potest in iudicio, eo magis, quoniam cum per tot annorum curricula, totque divorsiva iudicia, res, de qua agitur, tamquam libera ab omni vinculo, & individuitate inoffenso pede deambulaverit, evanuit certe, quidquid pro sustinendo maioratu allegari posset, atque ideo ego etiam in sententiæ revocationem intrepidus convenio. Ulyssipone 4. Februarii 1680. Lopes Oliveyra.

18 Cum maioratus, de quo contenditur, & Actor reivindicare intentat, legitime, ut necessarium erat, non probetur, ut ex actis videtur, neque enim instrumentum hoc probat, ut sapientissimi præcedentes Domini disputant, & si probaret, non ideo maioratus institutus censeretur, cum ex onere Missarum tantummodo hoc non probetur, ut probant doctè dicti Domini, sicque potius, & securius est, ut sententia Iudicis revocetur, & Auditoris. Ulyssipone 12. Februarii 1680. Basilio. Pereira.

19 Et etiam si primum exemplum extractum ab originali esset, & relictum in actis parte adversa, cum qua agebatur, citata, seu præsentate parte; quia nihilominus si ex eo exemplo sumeretur aliud exemplum contra aliam personam, illud exemplum exempli, quamvis sit sumptum ex exemplo in actis, non probat contra istam aliam personam, quæ non fuit citata in productione instrumenti originalis, ut per hæc verba tenet *Scacc. de iudic. lib. 2. cap. 11. num. 641 & num. 642.* præstat rationem, quia instrumentum originale, productum, & registratum in actis parte citata, respectu tertii non citati, dicitur res inter alios acta, quæ aliis non nocet, & n. 649. multa tradit, & in nostra specie *Molin. d. cap. 13. num. 44. & seqq. Castill. lib. 2. contr. cap. 16. n. 56.*

20 Et ita intelligendi veniunt, quæ dicunt *Cov. pract. cap. 21. num. 6. Paz de tenut. cap. 26. num. 64. Pareja d. §. 4. num. 9.* quia num. 22. recognoscit nostram resolutionem, quæ habet locum, nisi si fuerit productum exemplum in iudicio, & contra eam pars nihil opponat, quia tunc censetur approbata à parte, & continere veritatem, *Menoch. lib. 2. de præf. præsumpt. 46. num. 1. & num. 29. Mascard. concl. 300. n. 18. Paul. de Cast. conf. 314. col. 2. idem Mascard. concl. 907. n. 3.*

Et tunc probat, & etiam quando instrumentum conscriptum est ab ipso Tabellione,

portocollo auctore, coram quo res acta fuit, & ab eo traditum signo proprio signatum, tunc originalis scriptura maioratus censenda est, non exemplum, ut *ex Bart. in specie institutionis maioratus, tradit Larrea dec. 53. n. 14. in fin.*

Vel licet sit exemplum absque solemnitatibus, penes ultimum maioratus possessorem inventum fuit, & tamquam vera scriptura maioratus fuit semper observatum, & pro tali habita, ut in terminis tenent *Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. n. 49. Mier. de maior. 4. p. q. 20. n. 172. & statim citandi.*

Aut per illud fuit regulata, & iudicata successio, & observata, *Paz de tenut. p. 1. cap. 26. num. 17. Pareja tit. 3. resol. 3. num. 48. & 56. Farin. in posth. dec. 144. num. 3. & dec. 228. num. 6. & dec. 467. num. 3. Menoch. cas. 924. num. 33. Stayban. Jun. resol. 58. num. 69. & resol. 69. num. 2. Genoa de script. priv. lib. 5. q. 16. num. 37. 42. 43. & 72. optime Nogue. rol. alleg. 31. num. 67. ubi quando fuit solutum ex vinculo instrumento, Cyriac. contr. 168. num. 25. & 244. & 501. Crav. de antiq. p. 1. §. 4. limitatur num. 16. ubi quando fuit observata scriptura minussolemnis, Rot. apud Farin. tom. 2. in posth. dec. 467. num. 6. & 7. Gratian. cap. 468. num. 6. & 8. aut transcriptum ab originali, & in actis insertum, publicatum, & observatum, ut in exemplo exempli, *Paz de tenut. d. cap. 26. num. 63. & vers. nihilo. Pareja de instrum. edit. tom. 1. resol. 3. §. 4. n. 20. & 21.* Seu illud exemplum est antiquum, *Castill. d. cap. 16. num. 56. Stayban. resol. 79. num. 5. Valenz. conf. 100. numer. 36. Cyriac. contr. 204. num. 69. & in sententia super maioratu diximus tom. 2. ad Ord. ad Regimen Senatus Aulici §. 39. pag. 263. n. 72. ubi iudicatum, & in terminis eleganter *Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. n. 49. & ibi Add. ex num. 44. usque ad 50.***

Etiam idem procedit, quando exemplum est extractum ab eodem notario, qui instrumentum in notam fecit, *Ord. lib. 3. tit. 60. cap. cum P. Tabellio de fide instrum. & ibi Fermosin. Mascard. concl. 711. numer. 9. & 38. Menoch. conf. 175. num. 29. Paz de tenut. cap. 26. num. 15. Cald. de empt. cap. 35. num. 18. Gratian. forens. cap. 187. num. 12. Cyriac. contr. 204. num. 69. Aug. Barb. in cap. 1. de fide instrum. n. 3.*

Maxime concurrentibus adminiculis, de quibus *Menoch. cas. 924. n. 32. & conf. 402. n. 38. Larrea dec. 53. num. 14. & Cald. de empt. cap. 21. num. 19. & 21. Valasc. de jur. empb. q. 9. num. 26. & conf. 167. num. 8. Cyriac. contr. 204. numer. 69. Mastrill. dec. 43. num. 11.* Et quando pars occultat propriam institutionem,



nem, & de hac occultatione conſtat præſumptive ad minus, quia tunc probat exemplum, ut iudicatum infra in ſententia relata n. 182.

26 Et quando fuerit extractum cum juris requisitis, habet firmam authoritatem, probantque concludenter DD. in *auth. si quis in aliquo Cod. de edend.* & ibi *Aug. Barb. in collect. num. 6. & 7. Menoch. conf. 732. num. 3. Gratian. forens. cap. 859. num. 1. & 32. Valasc. alleg. 76. num. 9. Pereir. dec. 26. num. 8. Molin. d. cap. 13. num. 47.* & ibi *Add.* & apud omnes videre poteris cætera de materia, de qua Nos dicemus favente Deo ad d. lib 3 tit. 60.

27 Ex dictoque originali, aut exemplo authentico probatur maioratus titulus, & ex illo constituitur, aut ex scriptura privata, testibus, ſententia, confessione, aut probatione immemoriali, ut diximus *cap. 3. num. 10. & seqq.* & in quocumque, aut maioratus est institutus expresse, verbis claris, aut tacitis deductis ex verbis institutionis: si est constitutio clara, aut expressa, nulla est dubitatio, si non est nisi tacita, tunc potest colligi ex conjecturis, & ex illis probari maioratum institutum fuisse, ut diximus *Forens. resol. cap. 4. num. 161. & seqq.* in nova impressione, ubi quod licet bona præsumerentur libera, & non vinculata. Nihilominus conjecturis probatur institutum fuisse, licet expresse non sit à testatore dictum, nec utatur in foundatione verbo maioratus, aut vinculum, ut late ibi exornavimus usque ad *num. 169. ubi num. 170.* promissimus hic agi de additionibus conjecturarum, de quibus ibi *num. seqq.* ad quas colligendas debent supplere quæ à jure, & DD. dicta sunt, ex quibus colligenda est tacita testatoris, institutorisque voluntas, ut inquit *J. C. in L. interdum §. denique ff. hæredib. instit.* ibi: *Si minus distribuit, potestate juris in hoc revolvitur, L. 2. §. si mater ff. ad Tertyl.* ibi: *Cum enim esset prælatio: matre omittente Senatus Consulti beneficii. jus succedit vetus, L. inde Neratius ff. usufr. accrescend.* ibi: *Et successio formæ suæ redditur, L. si instituta, L. pater filium L. si is qui ff. inofficios. test. facit text. in L. præcipimus Cod. de appel.* ibi: *Quidquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes reliqui intelligant:* & inquit *Bald.* quod casus omifus in dispositione perpetua, non habetur pro omisso, sed pro tacite disposito, secundum legis ordinationem, de quo plura *Molin. de ritunapt. lib. 3. q. 54. n. 3. & 52. Vela dissert. 49. n. 104.*

Atque ita inspectis clausulis omnibus in-

stitutionis, resolvenda erit voluntas, & deducendæ sunt conjecturæ, quia omnia illius verba faciunt unum contextum institutionis ad hoc, ut voluntatis conjecturæ inspiciantur, deducantur, & proponantur, ut alias dixit *text. in L. Mævia 44. ff. manumiss. testam.* ibi: *Contextum verborum totius scripturæ, L. nummis 73. ff. leg. 3.* ibi: *Ex contextu testamenti, & probat illud Cicer. lib. 2. de invent.* Quod si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia, ac pleraque videbantur ambigua. Comprobat *Cassanat. conf. 45. num. 27. Castill. lib. 3. cap. 15. num. 30. & lib. 4. cap. 37. n. 31.* De qua re vide ſententiam sequentem.

No feito de André Lopes, e tua mulher, contra Antonio Rodrigues, e sua mulher, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deu a sentença seguinte.

*Acordão os do Desembargo, &c. Não bebem julgado pelo Juiz, e Ouvidor em absolver ao R. da Courella pedida pelos AA. em seu libello, revogando suas sentenças, vistos os autos, e verbas do testamento fol. 13. e fórmula da segunda, porque se limita a generalidade da primeira, para ambas terem lugar, e ficar cessando a contrariedade, que nellas se considera. Condemnaõ a R. abra mãõ da dita Courella, e a entregue aos AA. com os frutos da lide contestada, atê real entrega, que se liquidarõ na execuçaõ, e nas custas dos autos. Lisboa 9. de Novembro de 1644. Foyos. Velho. Porto.*

Hæc ſententia fundata fuit in ſequentibus deliberationibus.

Testatoris voluntas fol. 13. cum ita obscura sit, ut nullum sensum prorsus recipiat, juxta terminos *Legis 2. de his quæ pro non script.* junctis quæ *Mantic 3. de conjectur. tit. 4. n. 3.* necessario recurrere debemus ad interpretationem, tam legis, quam hominis juxta *L. 3. Cod. inofficios. & L. non aliter 66. ff. de leg. 3.* junctis quæ *Mantic. lib. 12. tit. 1. n. 15. & 21. Menoch. lib. 4. præsumpt. 26. Fachin. lib. 4. cap. 77. Castill. de conjectur. cap. 2. num. 22.* Qua facultate juvante lege dicere audeo Clericum testantem reliquisse omnia sua bona fraterculo, & ejus mulieri per tempus tantum 4. annorum, ut patet ibi: *A qual fazenda lbes deixa assim remotamente por tempo de quatro annos, interim tamen nullis aliis solutis legatis, aliquibus statim, & ante prædictum tempus nisi Leonori, & Mariæ fraterculis; cæteris namque transacto quadriennio, quod confirmatur ex illis verbis, ibi: E serdõ bens partiveis; hoc est dividuntur per legatarios post illud tempus; deinde ex aliis, ibi: E sendo caso, que seu sobrinho; in*

quibus apparet voluisse, ut si consobrinus ordines suscipiat, ex certis bonis nominatis dotem construat, quod si intelligatur post mortem fraterculi, ejusque uxoris, inane reddetur, cum possint supervivere, deinde ex veris regulis, quæ dicunt, ut quando voluntates testatoris etiam circa institutionē hæredis ad concordiam reduci non possunt, secunda prævalet, & videtur, testatorem in continenti se corrigere, & emendare, juxta *L. non ad ea 78. ff. de condit. & demonstrat. junctis quæ Menoch lib. 4. præsumpt. 165. ex num. 4. cum seqq. & lib. 6. præsumpt. 37. num. 48. & 49. plures Castill. lib. 4. rerum quotid. cap. 47. Mant. lib. 12. de conjectur. tit. 1.* Sicque non inconvenit, quod prius eos hæredes instituerat ad eorum vitam respectu emolumentum totius hæreditatis, quia cum contraria sit una dispositio, & altera, secunda, ut dixi, debet prævalere. Neque obstat, quod in dubio pro hærede debet fieri interpretatio contra legatarios, ut probat expresse *text. in L. unum ex familia 69. §. si rem legat. 1.* ita ut hæredi minus præjudicet. Quia respondetur illud procedere in dubio; at vero in nostris terminis juncta interpretatione legis, non est dubium testatorem legata reliquisse, deinde revocasse voluntatem, ut ex ipsius elogio colligitur, facit quod respectu rei legatæ legatarius magis dilectus dicitur à testatore, ac proinde nihil mirum, si voluisset statim legata præstari, & solum hæredes bonis prædicto spatio potiri, alias non, neque potest considerari in oppositum, quod illud inter usufructum non lucro hæredis, sed ad satisfactionem certam cedebat, quia respondetur, quod multoties hæres tantum nomine erat contentus, & titulo honorabili accedente lucro legis falsitiæ, & aliis honori hæreditario annexis, sic revocato Judice, & Auditore, dicerem, cum multoties testatores legatis, & fideicommissis hæreditatem exhauriunt, & ut hæredes adeant, illis lucro cedant treb. & falsitiæ. Ulyssipone 7. Julii 1644. Porto.

Incertitudo, quæ reperitur in dispositione fol. 17. & circa quam contenditur in præsentem, est tantum circa modum, & implementum legati petiti, an videlicet hoc statim post mortem testatoris deberetur, an vero hæredis mors sit spectanda, & cum obscuritas neque in persona legatarii, neque in re legata inveniatur, facilius cadit judicantis arbitrium, cui omnis ambiguae dispositionis interpretatio relinquatur, ex *L. quoniam 4. Cod. naturalibus liberis, L. voluntatis Cod. fideicom.* omittis ergo multis, quæ circa præsentem quæstionem agitantur per DD. ad re-

*gulam in obscuris de regul. juris in 6. & L. semper in obscuris ff. eod. tit.* Cum in re parvi ponderis totum velum non liceat expandere; quæstionem hanc, secundum decisionem Ulpiani in *L. si servus plurium §. ult. ff. legat. 1. & L. hæredes palam 21. §. sed & si ff. testam.* decidendam puto, declaratis videlicet verbis ambiguis testatoris, ibi: *A Courella da eira; & per verba antecedentia, ibi: Logo a entregarão a seu pay, e a sua mãy.* Licet enim alia verba sequentia aliud velint, & confundant DD. quod interpretatio ex antecedentibus, & subsequenter verbis sit faciendā, nihilominus tamen, secundum mentem Ulpian. d. §. ult. & notarunt aliqui scribentes, conjectura illa, quæ deducitur ex verbis antecedentibus, anteferri debet ei, quæ fit, & colligitur ex sequentibus, sic enim ex postulat ejusdem Ulpian. *Ord. in d. §. & Papinianus in L. cum pater §. cum imperfect. ff. legat. 2.* Ex quibus etiam cum præcedenti Domino Judicis, & Auditoris decreta sunt reformanda. Ulyssipone 30. Octobris 644. Velho.

Verba obscura extant in testamento fol. 13. quæ tamen diversas dispositiones in se continent, & repugnantes. Unde ita veniunt interpretanda, ne sibi invicem contradicere videantur, *Cap. inter dilectos §. ceterum de fide instrum. Bart. in L. fin. §. idem, vers. circa prædicta ff. cond. ind.* Verum si primam admittamus dispositionem, secunda non habet locum; si vero secundam, utraque commodissime potest sustineri absque aliqua contradictione juxta jura supra allegata, ex quibus, & à supra resolutis à Dominis colendiss. insimul in revocationem sententiarum convenirem. Ulyssipone 4. Novembris de 1644.

In una enim, & eadem dispositione, non datur prius, nec posterius, & simul in eo contenta nascuntur, & intelligitur, antecedentem, & subsequenter, esse totum unius qualitatis, *Bart. in L. lecta num. 9. & 18. ff. si cert. petat. Cassan. cons. 10. num. 139. Gratian. forens. cap. 175. num. 7. & cap. 146. n. 8. & cap. 724. num. 17. Cancer. 3. p. var. cap. 7. n. 303. Salgad. in labyrinth. credit. p. 2. cap. 4. n. 136.*

Et omnes partes dispositionis conjungendæ, & considerandæ sunt ad hoc, ut de omnibus colligatur voluntas, & deducatur præsumptio tacitæ voluntatis, *L. Gallus §. ille casus ff. liber. & posth. ibi: Quasi duobus capitibus legis comixtis in hoc quoque inducere legem. Ubi Gloss. verb. inducere L. qui duos Cod. de conjung. cum emancip. L. si testamentum Cod. instit. & subst. Peregrin. de fideicom.*

art. 25. n. 29. *Cassan. conf.* 17. n. 24. *Ramon. conf.* 15. n. 46.

31 Una enim pars dispositionis, recipit interpretationem ab altera, ex qua magis clare voluntas testatoris colligatur, ex *L. qui filius in princip. ff. leg. 1. Bart. in L. Centurio num. 27. ff. vulgar. Menoch. conf.* 115. num. 14. & *lib. 4. pr. es. 71. num. 18. Cassan. conf.* 44. num. 7. & *conf. 56. n. 78. Castill. lib. 4. contr. cap. 50. n. 28. usque ad 30. Larrea dec.* 53. num. 10. & *dec. 54. n. 8.*

32 Et si duæ institutiones inveniuntur, cum relatione unius ad alteram, aut per eundem institutorem, aut per successorem, prout quando tantummodo inquit, ut succedatur per antecessoris institutionem, tunc etiam ambæ conjungendæ sunt ad hoc, ut ex illis colligatur institutoris voluntas ad constitutionem maioratus, inclusionem, vel exclusionem successoris, & ex vi relationis regulari debet in omnibus, tam in vocatione, quam in successione, & conditionibus, & substitutionibus, & aliis quibuslibet contentis in prima maioratus scriptura, *L. omnes circa principium Cod. de præscript. 30. ibi: Tamquam si per hanc legem specialiter nominati fuissent enumeratæ cum suo robore durare, Gratian. forens. cap. 751. n. 2. in specie maioratus Menoch. conf.* 106. num. 294. vers. 3. *Mier. de maior. 2. p. q. 5. num. 42. vers. de uno, & num. 43. & 44. & q. 64. num. 23. & 24. Castill. lib. 3. contr. cap. 10. num. 10. & cap. 15. num. 38. usque ad 43. & tom. 6. cap. 128. num. 21. vers. ex qua, & cap. 181. Cassan. conf.* 47. numer. 67. vers. & ad tollendam, & num. 68. *Peregr. de fideicom. art. 16. num. 111. Larrea dec.* 33. num. 46. & *alleg. 74. num. 7. Nogueros. alleg.* 19. num. 36. *Addent. ad Molin. lib. 1. cap. 8. num. 55. Ozasc. dec.* 23. num. 40. & probat *L. ædilis §. loquuntur ff. ædilitio edict. ibi: Quidquid dicitur illic diximus hoc erit transferendum. Auth. de hæred. & falsid. §. si vero ibi: Secundum prius à nobis traditum ordinem. Valenz. conf.* 97. num. 190. *Caroc. singul.* 302. *Ceval. com. q. 905. Robles de repræs. lib. 2. cap. 11. num. 33. & cap. 26. num. 45. Rot. apud Farin. dec.* 405. p. 1. in posth. *Sesse dec.* 115. *Amat. var. resol.* 42. & num. 14. *Nogueros. alleg.* 19. num. 37. *Raudens. resp.* 35. numer. 71. lib. 1. *Idem Cassanat. d. conf.* 47. num. 106. ubi præstat rationem his verbis: *Et ne repeterent totam vinculi præcedentis seriem, eam voluerunt unico verbo haberi pro expressa repetita in descendentes filiorum, nam relatio fit aliquando brevitate causa, ut posita in capitulis, ad quos quis se remittit, habeantur hic pro repetitis, & translatis, ut pulchre inquit conf.* 448. num. 9. *Fusar. conf.* 3. Et in casu maio-

ratus aggregati, ut succedatur juxta institutionem maioratus antiqui patris, *Mier. de maiorat. p. 3. q. 8. num. 5. & ubi sup. Idem Castill. d. cap. 10. num. 12. Et in terminis vinculi facti secundum vincula, & substitutiones factas à patre, avo, aut consanguineo, & quod regulatur secundum maioratum institutum in testamento relato, Cravet. conf.* 987. num. 50. *lib. 6. Mastrill. dec.* 196. num. 6. *Peregr. de fideicommiss. art. 16. num. 111. & ibi Censal. in add. n. 112. Celso conf.* 120. n. 121. *Castill. tom. 4. cap. 43. num. 18. & diximus cap. 3. num. 50. & seqq.*

33 Atque ita ex dictis colligi poterit voluntas testatoris circa vocationes, & vinculum bonorum deductum ex conjecturis testamenti, atque institutionis, quia si non appareat, non possunt ex illa colligi, & bona dicerentur libera, & non maioratus, licet testes alii dicant, & colligatur: ut in fortioribus terminis, judicatum fuit in causis sequentibus.

34 No feito de Soror Catherina dos Anjos, Religiosa no Convento de Araceli, contra Manoel Alvarez Francoda Villa de Alcacere do Sal, Escrivaõ Domingos Dias do Couto, se deu a sentença seguinte.

*Acordaõ os do Desembargo, &c. Naõ he bem julgado pelo Juiz, e Ouvidor, em condemnar ao R. largue, e restitua á A. a marinha da contenda, com os rendimentos da lide contestada em diante, revogando suas sentenças, vistos os autos, e como por elles se naõ mostrara a dita marinha de Capella, que he o fundamento da açcaõ da A. com que a pertendia reivindicar, e ainda que se mostrara ser de Capella, se acha deixada pela A. a Anna Garra sua mãy do testamẽto que fez antes de entrar no Mosteiro a ser Freyra, e por morte da dita sua mãy, a sua irmã Maria Garra, mulher do R. e ficar o dito testamento tendo effeito pela profissaõ da A. para que a dita herdeira sua mãy nomeada no dito testamento pudesse logo pela dita profissaõ haver os bẽs da dita herança, sem se esperar a morte natural da A. ainda que o seu Mosteiro seja capaz de possuir bens, por se entender ser assim a vontade da A. por cuidar da sua entrada na Religiaõ a ser Freyra, quando fez o dito testamento, mayormente havendo a dita sua mãy de fazer cõ ella grandes gastos, para o effeito de ser Freyra, para o que sua legitima era muito limitada, e querer a A. logo pela profissaõ, que a dita sua mãy em recompensaõ do muito que com ella gastava, adquirisse a sua herança, e fazer outrossim a dita herdeira sua mãy, dote da dita marinha á dita sua filha Maria Garra, quando casou com o R. e assim*

per tenerbe, e não á A sem que se possa dizer, que por ser de Capella não podia ser nomeada na dita marinha a dita sua mãy, por ser pessoa estrangeira, porque ainda que se mostrara ser de vinculo, podia a A. em sua vida cederbe todos os usufructos, e commodidades, sem prejuizo do successor, como tambem a dita sua mãy da mesma maneira do R. Por tanto o absolvem do pedido pela A. á qual condẽnaõ nas custas dos autos. Lisboa 19. de Dezembro de 1677. Quifel. D. Freyre. Sylva e Sousa.

Hęc sententia fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

Regulariter bona allodiabilia præsumuntur, dum legitimo instrumento non probatur vinculum, cum multis Pelas de maior. 4. p. q. 20. à num. 24. usque ad 32. in nova edit. Gutier. pract. lib. 3. q. 62. num. 30. Molin. de primog. lib. 1. cap. 11. num. 11. Val. conf. 82. num. 6. cum multis Castill. controv. lib. 4. cap. 9. num. 1. & tom. 5. cap. 93. num. fin. §. 10. & omnis interpretatio fit, ut non dicantur vincularia, text. in cap. 1. §. sed si inter, & ibi Bald. num. 1. & 2. de controv. inter mascul. & femin. Gratian. forens. 736. num. 59. & 67. Burg. de Paz. senior conf. 34. num. 9. & Alter Paz. junior civil. q. 2. num. 34. Surd. dec. 238. num. 2. & conf. 96. num. 2. Mieres de maior. p. 3. q. 5. num. 20. quia maioratus in se servitutem habet, Peregrin. 2. tom. conf. 102. num. 7. Cancer. 1. var. cap. 11. n. 31. Larr. fiscal. 1. p. alleg. 46. n. 18.

Et licet verum sit, quod una familia possit per tempus immemorabile introducere, ut in aliquibus bonis succedatur jure primogenituræ, Bartol. in L. 2. Cod. quæ sit long. consuet. Tiraq. de primog. q. 16. num. 7. Gom. L. 41. Tauri, Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. n. 6. Et bona si possideantur ut maioratus per spatium quadraginta annorum, & sine divisione transeant per duos administratores, sufficiat, ut deinceps possideantur, & præsumantur ut talia, & assumant illam qualitatem juxta regulam text. in cap. cum de beneficio de præbend. lib. 6. Val. conf. 111. num. 8. & conf. 132. num. 17. & 18. Palac. in cap. per vestras §. 18. col. penult. num. 36. Soares in L. quoniam ampliat. 10. ex num. 10. Cod. inofficios. testam. Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. num. 51. & 52. Tiraq. de primog. q. 30. num. 8. Peregrin. de fideicom. art. 51. num. 36. Alter Molin. de just. tract. 2. disp. 75. vers. quoad jus civile, Reynos. observ. 22. num. 20. & 31. Gam. dec. 215. n. 1. præstat rationem Vella differt. 46. n. 4.

Requiritur tamen, quod testes de isto tempore, spatio, indivisione, & de opinione

constanti deponant, ut est de mente Doctorum, & in hoc non solum deficiunt Actricis testes, sed ex his actis demonstratur per certitudinem ab ipsa A. præsentatam fol. 12. vers. salinam, quam dicit vinculatam, antiquitus fuisse jam divisam, quod impugnat supradicta resolutio; & repugnat naturæ rei vinculatæ, quia bona Capellæ, seu maioratus ad unum tantum, & indivisa pertinent, Covar. var. resol. lib. 3. cap. 5. n. 3. Val. conf. 82. n. 10. Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. n. 7. Surd. conf. 362. n. 4.

Nec ex eo, quod constet salinam esse perpetuo Missarum onere gravatam, potest dici vincularia (ut communiter vulgus imperitus reputat) ex text. in L. nihil proponi, ibi, salva causa legati ff. leg. 1. Cald. forens. 1. cap. 23. num. 96. Reynos. obs. 68. Pereir. dec. 53. Menoch. lib. 4. præf. 76. num. 71. Gam. dec. 30. dec. 48. 228. 348. à num. 10. Quia quid antiqui Patres variè de hac re judicassent, moti ex eo: quod impositio oneris individuitatem induceret, argum. text. in L. cui fundus ff. cond. & demonstr. Contrarium enim obtinuit per text. in L. fundi Trebatiani ff. de usufruct. leg. Val. conf. 82. num. 8. Flor. ad Gam. d. dec. 30. & 287. & quia semper facienda est interpretatio, ut res sit minori onere affecta, ut probat text. in L. per filium §. fundum ff. leg. 3.

Sed secundum libellum fol. 1. vers. A. videtur reivindicare salinam tamquam vinculatam à patre in testamento fol. 12. ubi demonstratur præter onus Missarum conjectura ad inducendam Capellam, quia vocatur ad successionem in perpetuum familiæ primogenitus: & potiori jure utebatur, si ab ipsa probaretur salinam vinculatam, & vindicatam fuisse in bonis parentis institutoris, ut requiritur ad hoc, ut institutio valeat, Decian. conf. 76. num. 1. lib. 3. Peregrin. de fideicommiss. art. 35. num. 24. & art. 44. à num. 1. Fontanell. de pact. nuptial. claus. 4. gloss. 9. p. 5. num. 137. Fusar. de subst. q. 618. à num. 1. Mantica. de conject. ultim. volunt. lib. 7. tit. 6. num. 5. & 6. Ramon. conf. 46. num. 26. & conf. 47. num. 2. Mascard. concl. 777. & 778. Marefcot. lib. 1. var. cap. 12. numer. 13. & seqq. ubi plene Mier. de maior. 4. p. q. 20. num. 2. Sed non probatur, nec demonstratur eam evenire in tertiam defuncti, de qua tantum, cum filios haberet, libere disponere valebat: potius tamquam rem vinculatam separatam fuisse à bonis casualis ostenditur fol. 12. & quia sic neutro modo salina potest dici vincularia, videtur A. fundamentum principale suæ actionis non probare, & judicatum reformandum esse, quoad ad validitatem defistentiæ possessionis

feſſionis Capellæ nos extendamus. Ulyſſipone 24. Auguſti 1677. Silva & Souſa.

Nefcio cur potius AA. nitantur in vinculo ſalinæ, cum & ſi deficeret, etiam poſſet dubitari, an ad eas tamquam allodialis pertineret, eo quod A. Catharinæ adjudicata eſt in partitionibus fol. 12. per quas dominium tranſfertur, §. *ſin. inſt. de offic. jud.* ſed certe ratio fundamenti eſſe valēbit, quia ſi AA. allodiale ſalinam fateantur, poterit R. conqueri de exceſſu dotis Catharinæ ſupra ejus legitimam fol. 45. cujus quantitas parva eſt, & dotis magna fol. 49.

Sed adhuc teneo, quod proceſſus dubitatio non in vinculo ſolo jacet, ſed potius in teſtamento A. factō ante ingreſſum fol. 47. in quo A. ſalinam matri reliquit, & poſt ejus mortem ſorori, cujus reſpectu R. poſſeſſor eſt in forma contrarietatis fol. 3.

Et ſuppoſita teſtamenti validitate non obſtante diſpoſitione *Concil. Trid. ſeſſ. 25. cap. 16.* juxta ea quæ *Cevalb. tom. 1. q. 63. num. 7. Caſtill. lib. 1. cap. 65. num. 7. Phæb. dec. 137. num. 6.* Quod neque per profeſſionem fuit revocatum juxta veriore ſententiam, præcipue quia A. trix quando teſtavit, jam de ingreſſu cogitabat, ex *Phæb. ſup. num. 33. cum ſeqq.* & alii plures.

Duplex oritur in præſenti dubitatio. Prima, an tale teſtamentum ſuum habuit effectum per profeſſionem A. an ſit expectanda illius mors naturalis. Secunda an ſalina ritè nominata in matre, ceſſaque fuit.

Quoad primum vaſta eſt materia, cum DD. in varias abiere ſententias, ſed omiſſis omnibus, cum tempus deficiat, reſolvo, quod quando teſtans cogitavit de Religionis ingreſſu, ut in præſenti, conſiderato tempore in teſtamentum, & contractum dotalem fol. 49. & ipſamet diſpoſitione fol. 47. in qua teſtatrix, neque de ſepultura, neque de funerals cogitavit; tunc ſive Monasterium ſit capax bonorum, ſive non, ſtatim per profeſſionem teſtamentum incipit habere effectum, & hæredi, legatariis que locus ſit, expulſo Monasterio; & ratio eſt, quia teſtatrix, ex eo quod cogitans de ingreſſu aliud non expreſſit, credendum eſt, quod voluit, ut per profeſſionem, & civilem mortem locus fieret hæredi: & in teſtamenti nihil aliud magis eſt ſpectandum, quam teſtantis voluntas, & ita tenet *Cevalb. ſupra d. tom. 1. q. 63. Gutier. canonic. lib. 2. cap. 1. numer. 48.* cum pluribus aliis, & licet *Bart. in auth. ſi qua mulier num. 10.* in profitente in Religione bonorum capaci teneat, quod mors naturalis eſt expectanda, tamen intelligendus, & *Gam. dec. 316. num. 6.* eſt, quando teſtamen-

tum ante profeſſionem factum eſt ſine Religionis cogitatione; aliter eſſet, hæc *Bartol.* diſpoſitio contra teſtantis mentem, quod *Bart.* minime vellet. Et fane non alia fuit A. mens in teſtamento fol. 47. quam ut per profeſſionem mater ad hæreditatem admitteretur, ut de facto accidit, præcipue cum A. dotem magnam à matre accipiebat, & in re-compensationem ſtatim à profeſſione velle hæreditatem dare, eſt credendum: quare Monasterio jus agendi non eſſe exiſtimo, & hanc ſequor opinionem, quia magis conformis teſtantis voluntati apparet.

Secunda dubitatio jam inſurgit, & fane ex illa valent AA. argumentari, ut ad ſalinam jus habeant, ex eo quod hæres mater nominari ad ſalinam non valebat, quia vinculum jam extraneum cedi nequit. Sed contrarium eſt verius, quia illa ceſſio in extraneum fieri valet, quoad commoditates in vita cedentis percipiendas ſine ſucceſſoris præjudicio, ut late per *Caſtill. lib. 3. cap. 12. numer. 109.* Et quando aliqua poſſet conſiderari nullitas, quæ non fuit, ſemper Rei uxor tamquam proximior, & ſubſtituta admittenda erat, cum caſus mortis matris comprehendat impotentia caſum, & ſubſtitutus admittendus, quando primus eſt incapax, *L. 2. Cod. de hæred. inſt.* unde Monasterio nullum jus adeſt poſt profeſſionem factō teſtamento, & ab eo tempore vires accipiente, ſicque R. abſolverem. Ulyſſipone 14. Decembris 1677. Doctor Freyre.

Dictis à ſecundo Domino libenter adhæreo. Ulyſſipone 19. Decembris 1677. Quiſel.

No feito de Antonio Freyre, contra Antonio Nunes Mourato, e ſua mulher, Eſcrivaõ Lourenço Correa de Torres, ſe deu a ſentença ſeguinte.

*Vistos eſtes autos libello do A Antonio Freyre, contrariedade dos Reos, mais artigos recebidos, prova de huma, e outra parte, papeis, e mais documentos juntos. Moſtrase por parte do A. que fazendo o Padre Simão Freyre ſeu teſtamento no anno de 1655. deixou todos ſeus bens a Manoel Freyre, e Maria Cordeira ſeus irmaõs, ſubſtituindoos reciprocamente, e que por morte de ambos ſe partiriaõ, e a quem ficasse o olival do poço velho, ſeria com huma Miſſa em Capella, e a quem as oliveiras da Cabeça, com outra Miſſa em Capella, e a quem as oliveiras do Torraõ, com outra em Capella, e a quem ficassem as caſas com ſeu quintal, e arvores. ficariaõ com duas Miſſas em Capella, declarando mais, que ſendo caſo, que algumas das peſſoas, que nomeasse para herdar a dita fazenda, faleceſſem ſem*

ter filho, ou filha tornassem os bens a ficar em herdeiros da linha d'elle testador, e que por morte de ambos nomeava na dita fazenda, os filhos, filhas, e netos de Maria Cordeira sua irmã, como tudo se vê do testamento junto. Mostrase mais, que por a dita Maria Cordeira morrer primeiro que seu irmão Manoel Freyre, ficou elle pela substituição reciproca possuindo, em quanto viveo, os bens assim declarados, e por sua morte entrou na successão delles sua sobrinha Christina Cordeira, filha da dita Maria Cordeira chamada pelo testador, a qual Christina Cordeira os possuio juntamente com seu marido Antonio Duarte, como bens vinculados, mandando dizer as Missas nelles impostas, e que por falecimento da dita Christina Cordeira, ficou de entre ella, e o dito seu marido, sua filha mais velha, Maria Cordeira, mãy do A. e Theodosia Freyre, e outras irmãs, e sem embargo da successão dos ditos bẽs pertencer por morte da dita Christina Cordeira, avô do A. à mãy d'elle A. como filha mais velha, por não haver filho varão, que lhe preferisse, e viver a dita Maria Cordeira muitos annos, depois da morte da dita sua mãy Christina Cordeira, cõ tudo foy seu pay Antonio Duarte, em quanto viveo, desfructando os ditos bens, tendo consigo a dita sua filha, e mais filhos, sustentandoos. Mostrase mais tomar o A. Antonio Freyre por morte de seu pay Antonio Duarte, como filho varão, posse dos bens declarados, com fundamento de ser o legitimo successor por morte de sua mãy, e que por ter irmãs orfãs, e pobres, que estavam em companhia de sua tia Theodosia Freyre, as deixou ficar gozando os fructos, que todos comião juntamente, por cuja morte os Reos, e seu marido, se investirão na posse delles, de mais de dez annos a esta parte, repartindo os fructos; com fundamento, que a dita Theodosia Freyre era a verdadeira nomeada possuidora por sua mãy, e que erã suas irmãs as parentas mais chegadas, e que os bens, de que se trata, não erã vinculados. Por parte das RR se mostra dizer, que nos taes bens não tem o A. aução alguma, por quanto ao tempo, em que o Padre Simão Freyre fez o testamento junto, em que dispoz, que os bens ficassem a seu irmão Manoel Freyre, e irmã Maria Cordeira, e que por sua morte viessem aos filhos e filha, e netos da dita sua irmã, ainda não era nascida Maria Cordeira, mãy do A. e não chegou a herdar os ditos bens, os quaes possuio por morte do dito testador Manoel Freyre seu irmão e por morte do dito Manoel Freyre, ficou em posse dos ditos bens Christina Cordeira, sua sobrinha, por elle não ter filhos, e por morte da dita

Christina Cordeira, que possuio os taes bens, por ser a ultima chamado no testamento ficaraõ a Theodosia Freyre sua filha, por ella não nomear, por cuja morte os possuem as RR. ha quatorze annos e que ainda que os taes bẽs tenhaõ encargo de Missa, nem por isso se presume de Capella, faltando os mais requisitos, e que andando Theodosia Freyre de posse dos ditos bens, a demandou Manoel Freyre de Freytas, por ser filho de Manoel Freyre, filho da dita Maria Cordeira chamada no testamento, e por o dito seu pay não chegar a herdar os taes bens, não teve sentença em seu favor, e que se elles RR. consentirão estar nas casas, de que se trata. Victoria Freyre, e pagar as Missas dellas, foy por as aquentar, por não cabirem, e por ser sobrinha das RR. e não por lhe pertencerem os ditos bens, os quaes foram sempre divididos, e repartidos com obrigação de Missas, em tanto que até a uzeitona das ditas propriedades se partia. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de Direito, e como pelas clausulas, de que o testador usou em seu testamento, foy visto instituir Capella, ou mais propriamente morgado dos ditos bens, assim pelo encargo das Missas em cada propriedade, declarando, que andariaõ em Capella, como tambem em chamar para a successão delles os filhos, e netos de sua irmã, e que morrendo sem filhos, viessem aos parentes de sua linha, e geração, e como ainda que os dividisse, para andarem depois da morte dos ditos seus irmãos em Capella, com o encargo das Missas, que poz em cada hum, e nomeasse para succeder nelles os filhos, filha, e netos da dita sua irmã. Com tudo, mostrase, que em todos os ditos bens succedeo Christina Cordeira, avô do A. que os possuio juntamente em quanto viveo, como bens vinculados, e de morgado, satisfazendo com a obrigação das Missas, sem haver partição, ou divisão alguma, e outrossim, que por sua morte, conforme a Direito ficaraõ pertencendo a sua filha mais velha Maria Cordeira, que viveo depois della, mais de nove annos; e posto que seu pay os desfructasse, tendo consigo a dita sua filha, mãy do A. não era justo possuillo em seu proprio nome, senão della, por quanto o dito seu pay era pessoa estranha, e não da geração do instituidor, nem das chamadas no testamento: e visto outrossim, como o A. he filho varão da dita Maria Cordeira, a quem de Direito pertence a successão dos ditos bens, e como as RR. não mostraõ titulo algum legitimo, por onde lhes pertençaõ, nem por onde os possuio justamente possuir, as condẽno a que larguem, e desabraõ mãõ dos ditos bens, e os deixem livres ao A. com os fructos da lide contestada, que

que se  
cuita  
1655.

Ab  
plicati  
teori

Ac  
gado  
dos fr  
da, m  
fundo

como t  
prop  
elle bã

senten  
seus fi

vistos  
morg

cessar  
fideic  
no qu

quan  
posiçã  
scrip

po li  
Man  
dor,

terce  
mã a  
toda

gos,  
o A.  
ra p

Del  
to.

F  
del

L  
pri  
arb  
ber  
do

T  
qu

sub  
jed  
ne

bo  
pr  
re

pr  
la

3  
c  
L

que se liquidarão na execuçaõ. E paguem as  
cuias dos autos. Thomar 7. de Fevereiro de  
1655. Galpar Barata de Mendonça.

Ab hac sententia fuit appellatum ad Sup-  
plicationis Senatuum, ubi lata fuit sententia  
tenoris sequentis.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Bem jul-  
gado he pelo Juiz, em fazer a condẽnaçaõ  
dos fructos do tempo da contestaçaõ da demã-  
da, mas em julgar, que a disposiçaõ do de-  
funto contẽm instituiçaõ de morgado, e que  
como tal devem as RR. largar aos AA. as  
propriedades pedidas no libello, não foy por  
elle bem julgado: revogando nesta parte sua  
sentença, cumprase o confirmadopor alguns de  
seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes  
vistos, por elles se mostra não se instituir  
morgado, por lhe faltarem os requisitos ne-  
cessarios do Direito, e só fazer o testador hum  
fideicõmissõ simples, para os chamados nelle,  
no qual caso se dividem entre os chamados,  
quando estãõ em igual grau, conforme a dis-  
posiçaõ de Direito, nem se poder tratar de pre-  
scripçaõ, pois o A. em vida de sua mãy não  
po li. intentar acçaõ, como precedido por ella.  
Mandaõ, que se dividaõ os ditos bens do testa-  
dor, e que duas partes se dem às RR. e a  
terceira ao A. como successor de sua mãy, ir-  
mã das RR. e a dita partilha se fará com  
toda a igualdade, tendo se respeito aos encar-  
gos, que cada hum houver de pagar. E pague  
o A. duas partes das custas e as RR. a tercei-  
ra parte. Lisboa o primeiro de Julho de 1656.  
Delgado. Brito. Pinheiro. Pinheiro de Bri-  
to.

Hæc sententia fundata fuit in sequentibus  
deliberationibus.

De tribus contigit dubitari in præfenti;  
primo an bona contenta in ultimo testatoris  
arbitrio sol. 5. maioratus sint censenda, an li-  
bera, vel fideicõmissi familiæ relictæ. Secun-  
do, quis in successione potius jus habeat.  
Tertio, an præscripta inveniantur per RR.  
qui in eorum possessione reperiuntur.

Quoad primum vinculo maioratus non  
subjacere suadet ex eo, quod defunt con-  
jecturæ, ex quibus dignoscitur institutus,  
nempe prohibitionis de non alienando, ut  
bona in familia perpetuo conserventur, ex-  
pressionis masculinitatis, digressionis ad plu-  
res gradus substitutionum, de primogenito in  
primogenitum, & aliarũ similitum, de quibus  
late *Molin de primogen. lib. 1. cap. 5. à num. 16.*  
*36. & 38. Gabr lib. 4. com. tit. de fideicom. con-  
cl. 9 à num. 1. Mier de maiorat. q. 5. à numer. 1.*  
*Reynof. observ. 68. à n. 28.*

Sunt autem hæc verba testatoris: Disse,  
que sendo caso que alguma das pessoas, que em

seu testamento nomear, para herdar sua fa-  
zenda, feneçaõ sem ter filho, ou filha, os bẽs  
que herdarem desta sua fazenda, tornem a fi-  
car em herdeiros da sua linha delle testa-  
dor.

Disse, que deixava por seus herdeiros, e te-  
stamenteiros a seu irmão Manoel Freyre, e  
a sua irmã Maria Cordeira, e fenecendo  
hum, fique a dita sua fazenda ao outro, e por  
sua morte nelles ambos, elle nomea na dita  
sua fazenda, para nella herdarem os filhos,  
e filhas, e neto de Maria Cordeira sua ir-  
mã.

Ex quibus verbis simplex, & absolutum  
resultat fideicõmissum descendentibus toro-  
ris suæ relictum, & in eorum defectu cæte-  
ris, qui fuerint de familia testatoris, hoc au-  
tem inducitur, quando testator nulla præce-  
dente prohibitione bona sua in familia sua  
reliquit, vel inter descendentes suos, & fuit  
collatum post mortem, nec pendet à pote-  
tate gravati, ut est in proposito, de quo est  
casus in *L. cum ita §. in fideicom. ff. de leg.  
2. L. ultim. Cod. de verb. signif. tradunt Me-  
noch cons. 197. n. 9. Peregrin. de fideicom. art.  
14. n. 6.*

Hoc dato regula est in relictis familiæ,  
quod primo vocantur nominati, post eos om-  
nes, simulque proximiores sunt in eodem gra-  
du, d. *L. cum ita §. in fideicom. ibi: Et qui ex  
his proximo gradu procreati sunt; docent Mo-  
lin. de primogen. lib. 7. cap. 1. num. 7. Covas in  
cap. Raynaldus §. 2. numer. 7. de testam. Surd.  
dec. 230 num. 6. Mantie. de conjectur. ultim.  
volunt. lib. 8. tit. 12. num. 3. Peregrin. d. tract.  
art. 19. num. 12.* Unde insequitur, quod post  
mortem Christinæ Cordeira, quæ in hoc fi-  
deicõmissõ legitime successit, tamquam filia  
nominatæ Mariæ Cordeira, & etiam vocata  
per testatorem, illius successio non solum ad  
Theodosiam Freyre, sed etiam ad RR. & in-  
simul ad matrem A. Mariam Cordeira de  
jure spectabat uti filias, & proximiores ulti-  
mæ possessoris Christinæ, & nunc mortua  
Theodosia, quæ de facto totum occupavit,  
ad RR. & A. ejusve sorores pro tertia parte  
bonorum ad matrem A. si viveret, atti-  
nente.

Neque replicari poterit de proximitate  
RR. respectu ultimæ possessoris Christinæ, &  
de remotiori gradu A. eo quod non sumus  
in successione legis, de qua in *Auth. cessante  
Cod. de legitim. hered.* ubi non consideratur  
affectio, sed juris dispositio, sed in successio-  
ne fideicommissaria ordinata ab homine, in  
qua consideratur testatoris affectio, quæ ma-  
gis præsumitur erga fratrem uti proximiorẽ,  
quam erga filium fratris, ut in *d. §. in fidei-  
commiss.*

*commiff. L. heredes mei §. cum ita ff. ad Senat. Conf. Trebel. §. si plures instit. de legitim. agnat. successione.* Et insuper quia ubi per fideicommissum vocantur plures per nomen collectivum diversarum personarum in diversis gradibus existentibus ordine successivo vocati censentur, *d. §. in fideicommiss. L. peto §. fratre ff. de legat. 2.* ac proinde cessante gradus representationem tradunt *Menoch lib. 4. præsum. 95. num. 30. Peregr. d. tract. art. 21. n. 4.* ubi plures refert.

Verumtamen contraria opinio verior, & communior est, quia cum à testatore non sit in succedendo constitutus alius ordo diversus ab ordine legali, censetur voluisse, ut in fideicommissum succedatur secundum ordinem à lege præscriptum, & est successio legalis ex mente defuncti, *L. conficiuntur, L. si quis cum nullum ff. de jure codicil. & præsumitur velle, quod jus disponit, L. si duo ff. de adquir. hered.* Constat autem nepotem concurrere cum patruo, quando agitur de successione avi, *§. cum filius instit. de heredit. quæ ab intestato;* & similiter concurrere in successione patruum, aut amitarum, cum patruo amitarum, vel matertera, ut in *Auth. de heredit. venientibus ab intestato. §. reliquum,* resolvunt post glossam satis decantatam in *d. §. in fideicommissum verbo proximo, & Bart. in L. uxorem §. testamento ff. de leg. 3. Tirag. in tract. de primogen. q. 40. à num. 188. Gabr. conf. 86. num. 9. Roland. conf. 68. num. 32. vol. 1. Decian. conf. 100. num. 30. vol. 3. Covas practica. cap. 38. num. 4. vers. ex quibus infertur, Mantica. d. tract. lib. 8. tit. 9. num. 1. cum seqq. Menoch. success. creat. §. 27. num. 8. Peregrin. d. articul. 21. num. 5. cum seqq. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 7. num. 20. vers. qua in re, Costa questione patruum, & nepotis pag. mibi 86. Reynof. observ. 25. art. 5. Val. de jur. emphyt. q. 50. num. 31. & 32. ubi fatetur crebriori DD. calculo receptum esse dari representationem in fideicommissis particularibus, licet ipse contrarium existimet; sufficit tamen apud nos, quod hæc opinio sit *Accurtii, & Bart.* dictis supra locis, ut secundum eam judicare teneamur ad *Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1.**

Quoad tertium videbatur præscriptum extare hoc fideicommissum spatio 30. & 40. annorum, per quod à Theodosia, & RR. occupatum cernitur; quia hæres, vel alius gravatus præscribit tanto tempore adversus fideicommissarium, perimit namque hæc præscriptio omnes actiones personales, reales, mixtas, & judicis officium, *L. cum notissimi, L. si quis emptiois, L. omnes Cod. præscript. 30. vel. 40.* Sed contrarium dicendum est in proposito, quia nec tertius possessor etiam cum

titulo, & multo minus hæres gravatus non præscribit res fideicommissarias spatio 30. vel 40. & etiam 100. annorum in præjudicium fideicommissarii, cui interim non fuit nata actio, *L. fin. §. fin. autem sub cond. Cod. commun. de legat. d. L. cum notissimi §. illud,* & succedit regula, quod præscriptio non currit agere non valenti, de qua in *L. 1. §. fin. Cod. de ann. except. cum similibus,* tradunt *Molin. d. tract. lib. 4. cap. 10. num. 3. Suar. alleg. 3. à n. 1. Peregrin. d. tract. art. 61. à num. 16. Pinel in auth. nisi tricennale num. 49. & 55. Cod. de bon. mater.* Plane ex certitudine fol. 65. apparet. matrem A. objisse ante impletum tempus hujus præscriptionis, & antea, dum vixit, nata non erat illi actio, nec agere valebat. Reputentur igitur hæc bona, ut simplicis fideicommissi familiarum relictæ, & A. ejusve fororibus restituatur? Pro tertia parte cum fructibus à litis contestatione, quia ab indebita non petuntur in libello, aliis duabus penes RR. remanentibus, semota præscriptione; sic confirmato, & reformato iudice. Ulyssipone 12. Aprilis de 1656. Pinheiro de Brito.

In eadem sum sententia ex accurate notatis à præcedente Domino doctissimo. Ulyssipone 13. Junii de 1656. Pinheiro.

Ex tota serie hujus processus, præcipue ex probatione ad articulos novæ rationis facta deprehenditur in hoc vinculum, aut maioratus, aut fideicommissi de familia subintrasse, & succedisse post primos vocatos fratres Simonem, & Mariam ab institutore, Christinam etiam ab illo vocatam, filiamque primæ vocatæ Mariæ, quæ quidem Christina filia recte occupavit prædicta vincula, tamquam in illis nominata, & vocata, siquidem unica tantum filia remansit Mariæ, cujus filius, filia, & nepos ab institutore vocati erant in diversis vocationibus, quas in se recepit, & occupavit Christina, utpote quæ sola, & unica filia; quæ quamvis unica procreata multas, & filium procreavit, videlicet Julianum Sacerdotem apud Indos defunctum, Mariam matrem A. & seniore alii filibus Theodosiam etiam posseditricem hujus vinculi, & alteras duas forores, & Reas in hoc processu. Si enim hæc dispositio ab institutore facta maioratus esset censenda, primo locopertinebat ad Julianum, de quo non est controversia. Secundo vero ad matrem A. utpote seniore, & per consequens ad A. ejus filium virtute representationis, prout multoties judicavimus in his terminis, & paucis jam transactis diebus, atque ita non possint succedere Theodosia, utpote minor ætate Maria, & si consideremos hoc vinculum fideicommissi



cōmiſſi de familia, etiam videbatur dicendū Theodoſiam in illo reperiri intruſam quatenus ſolam, nec in hoc proceſſu edocemur dicto titulo, per quem illa illud ſola ſubintrat: rursus ſi ſorores Reæ illi ab inteſtato in prædicto vinculo ſucceſſerunt, cur ergo non ſucceſſit etiam A. ſororis filius juxta vulgares repræſentationis regulas inter fratres, fratrumque filios, quam ſucceſſionem ille contendit, ſed non probat, utpote immediatus ſucceſſor maioratus, & melius offenditur ſucceſſio, aut apprehenſio Theodoſiæ, magis de facto, quam de jure, excepto enim illo fideicōmiſſi de familia, qui etiam communis erat aliis ſororibus, & A. etiam in vita ipſiās Theodoſiæ ſtatim poſt mortem matris communis Chriſtinæ. Sed priuſquam de maioratu, aut fideicōmiſſo diſleramus, priuſ ſciendum eſt, RR. præſcriptione iurari non poſſe caſu, quo illis competeret, quia de ea non oppoſuerunt, quibus in terminis per iudicem ſuppleri non poteſt, *Surd. deciſ. 14. num. 1. & 4. Duenb. regul. 306. num. 10. multos refert Giurb. dec. 13. num. 4. Cyriac. contr. rov. 307. num. 7. & contr. rov. 388. num. 22. Ubi cum aliis dicit, quod non relevat, niſi allegetur, & opponatur à parte in proceſſu, & quod in articulis, & non in allegationibus juris debeat opponi. Barb. de præſcript. in rubr. num. 2. Grat. cap. 267. num. 2. quidquid dicat Cancer. 1. p. cap. 18. num. 28. Merlin centur. 1. cap. 44. num. 9. Deveniēdo igitur ad vinculum, clare patet ex diſpoſitione fol. 5. maioratum inſtitutum non eſſe, ſed tantummodo fideicōmiſſum relictum filiis ſororis Mariæ hæredis inſtitutæ poſt ejus obitum, & alterius fratris, & hæredis inſtituti, quod quidem fideicōmiſſum illius relictum apparet eam illo onere Miſſarum appoſito ſuper illis prædiis, & domibus, de quibus fol. 5. hoc enim non eſt maioratus inſtitutio, ſed tantummodo quoddam onus ſuper illis rebus impoſitum, quæ tranſeunt cum onere ſuo, juxta notam regulam *text. in L. nihil proponi 120. de leg. 1. junctis quæ tradunt Cald. foreuſ. q. 23. num. 96. Gam. dec. 30. Reynof. obſerv. 68. Caſtill. 4. cap. 9. à num. 9. plures refert Robles de repræſent. cap. 3. num. 3. Pheb. deciſ. 120. num. 29. Lara de anniverſ. cap. 4. lib. 1. num. 15. Atque ita Chriſtina vocata ab inſtitutore ſucceſſit in illo fideicōmiſſo, cuius aliqua bona fuerunt affecta illo onere Miſſarum, cum quo debet ad ſuos hæredes tranſire; & ſic ſumus in terminis ſimplicis ſucceſſionis ab inteſtato reſpectu filiarum Chriſtinæ, cui A. utpote filius Mariæ dictæ Chriſtinæ filie admittendus eſt virtute repræſentationis ex vulgari *Authent. poſt fratres Cod.***

*leg. hæred.* quæ inter ſucceſſentes ab inteſtato proprie habet locum, *Cov. 5. præſt. cap. 38. num. 11. Pichard. in princip. de hæred. que ab inteſt. §. 2. de ſucceſſione patruſ, Cevalb. q. 762. num. 159. Caſtill. 3. cap. 19. num. 33. & 72. & 75. Et meo videri non verſamur in fideicōmiſſo relicto familiæ, aut cum prohibitione illa, ne alienetur, ſed ut in familia relinquatur; quales ſunt tamen, in quibus fideicōmiſſum de familia inſtituitur, prout videre eſt in *d. §. in fideicōmiſſo* jam adducto ibi, *quod familiae relinquatur*, & in textu optimo in materia in *L. peto 69 §. patre de legat. 2. ibi: Ne domus alienaretur, ſed ut in familia relinqueretur*; & iſti ſunt termini, in quibus DD. fideicōmiſſum de familia appellant, prout videre eſt apud *Molin. lib. 1. cap. 1. num. 2. & cap. 5. num. 7. & melius numer. 16. Caſtill. cap. 143. lib. 5. num. 43. Fuſar. q. 683. num. 16. Ant. Gabr. conſ. opin. tit. de fideicōmiſſ. lib. 4. concl. 9. à num. 1. & ſeqq.* Plane impræſentiarum neque reperitur vocatio familiæ, neque prohibitio alienationis extra familiam, ſed tantummodo quod poſt mortem hæredum, fratrumque inſtitutoris ſuccedant in bonis hæreditandis filius, filia, nepos ſororis inſtitutæ Mariæ Cordeira, ibi: *E por ſua morte dellas ambos, elle nomea na dita ſua fazenda, para nella herdarem os filhos, filha, e neto de Maria Cordeira ſua irmã.* Quæ bona, ut jam prædixi, affecta onere Miſſarum ſunt, ſed non familiæ relicta, neque cum prohibitione, ne à familia alienentur.*

Sed caſu, quo fideicōmiſſum de familia cōſideretur, tunc omnes de familia ordine tamen ſucceſſivo admittendi ſunt, ut probat *text. in d. §. in fideicōmiſſo* ibi: *Et qui ex his primo gradu procreati ſunt*, *text. in d. §. peto*, ibi: *Omnes fideicōmiſſum petent, qui in familia fuerunt*, ultra adductos *Molin. lib. 1. cap. 5. n. 24. Caſtill. cap. 22. numer. 29. Surd. conſ. 962. num. 18. in ſu. Rota per Farin. dec. 203. num. 3. & dec. 300. p. 1. in noviffimis.* Quibus in terminis etiam datur repræſentatio, ultra adductos *Molin. lib. 3. cap. 6. num. 44. Caſtill. lib. 3. c. p. 19. ex num. 88.* qui multos referunt. Verumtamen ſi hoc fideicōmiſſum familiæ cōſideremus, maxime periclitantur A & RR. nam illi ſecundum quod ex proceſſu colligitur, nondum erant nati tempore mortis inſtitutoris, quo caſu non dicitur de familia, *ex text. in L. 1. §. ſiquis proximior ff. unde cog.* quibus in terminis illi non erat deſerendum fideicōmiſſum de familia, ut multis iuribus, & DD. citatis reſolvunt *Molin. lib. 1. cap. 6. num. 48. Mantia. lib. 1. de conjectur. tit. 12. num. 19. late citati à Truſq. 1. retr. §. 1. gloſſ. 9. numer. 82. Caſtill. tota 5.*

cap. 91 numer. 3. & cap. 144. numer. 7. & 8.

Quare ego virtute simplicis successione ab intestato virtute representationis admittere A. ad partem hereditatis sibi competentem in bonis Christinæ aviæ suæ, siquidem non ostenditur, quod testata decessisset, atque ita illi sua portio cum aliis sororibus matris suæ ei assignetur, & Christinæ posseditrici etiam assignanda erit, & hoc modo facta divisione, & successione, tunc Rex tamquam hæredes Theodosiæ ab intestato A. suam restituant partem competentem in hereditate Christinæ, & casu quo ille A. hæres ab intestato esse velit, prout potest, ejusdem Theodosiæ in parte sua hereditaria confundantur actiones sibi pro parte competente in hereditate Christinæ pertinentes; & restituito fructuum à tempore indebitæ occupationis erit facienda: neque officit, quod non petatur, quia ex juris dispositione à mortis tempore currunt, & augent hereditatem secundum vulgarem Ord. 4. tit. 96. §. 4. Valasc. cap. 13. num. 15. Cabed. dec. 68. numer. 4. Giurb. dec. 65. num. 1. Declararem tamen, quod in iudicio divisorio res illæ Mislarum onere affectæ adjudicentur cum illo possessoribus, habita æstimatione oneris, de quibus fol. 5. Ulyssipone 26. Junii 1656. Britto.

Dicturus super parcellis non evictis in totum convenio cum primo Domino sapientissimo. Ulyssipone 29. Junii 1656. Delgado.

Na causa Cível entre partes AA. Fernão Luiz da Sylva, e sua mulher, contra o R. o Licenciado Fr. Francisco Soares, Prior de Benavente, se deraõ as sentenças seguintes, Escrivão o das Ordens.

*Sentença do Juiz Geral.*

Vistos estes autos, libello fol. 2. do A. originario Fernão da Sylva, e Sousa, habilitação fol. 71. que por sua morte fez D. Margarida Coutinho sua mulher, como tutora, e curadora da pessoa, e bens de seu filho Luiz, menor de quatorze annos, por Provisão de S. Alteza, que sendolhe dado curador ad litem, foy por sentença habilitado por parte legitima nesta causa, para com elle correr seus termos, contrariedade fol. 63. do R. Fr. Francisco Soares, mais artigos recebidos, prova de bñã, e outra parte, papeis, e documentos juntos. Mostrase, que Dona Joanna de Vasconcellos, mãy que foy de Christovão de Mesquita Pimentel, no solemne testamento com que faleceo, instituiu a humã Capella a seu marido, e em segundo lugar a Luzia da Sylva sua sobrinha, e por sua morte a seus descendentes, e em falta delles, que succederia na dita administração

Luiz da Sylva, pay do A. originario, e por sua morte a seu filho mais velho, e por a dita Dona Luiza não deixar descendentes, e ser falecido ao tempo da sua morte o dito Luiz da Sylva, succedeo na administração da dita Capella o A. originario Fernão da Sylva, e por sua morte seu filho Luiz menor, habilitado nestes autos, e que entre os mais bens pertencentes á dita Capella, era a sexta parte da herdade dos Pretos, que lhe coube por sorte de partilhas á dita instituidora Dona Joanna de Vasconcellos, em estimação de cem mil reis, no inventario de seu pay Jorge Puga; e que posto que sua mãy Francisca de Vasconcellos lhe dotasse cinco mil cruzados, quando contratou de casar com seu marido Christovão de Mesquita, com declaração que nos ditos cinco mil cruzados testados, entraria a legitima, que tinha herdado de seu pay, com tudo, que nella, nem seu marido aceitarão este contrato, por quanto nenhum delles assinou na escritura do dote, e que por este fundamento ficara o contrato nullo, e só tivera sempre em si o dominio, que pela carta de partilhas tinha adquirido na sexta parte da herdade da contenda, e que não havia prescripção, por serem bens de morgado. Mostrase pela parte do Reo, que a escritura do dote se celebrou no anno de 1609. e que a instituição da Capella se fez no anno de 1633. e que nunca em tempo algum tivera a instituidora, ou seus successores, posse ou dominio na sexta parte da dita herdade, desde o tempo que casou a instituidora, mas antes fora sempre tida, e havida por livre, e que nesta forma a possuiu Dona Luiza, e como tal encarregou em seu testamento se vendesse, para pagamento de suas dividas, e que em primeiro lugar se vendesse ao R. se a quizesse comprar, como de facto comprou, e que por a dotadora declarar, que nos cinco mil cruzados de dote entraria a legitima, que tinha herdado de seu pay, e por nomear logo na mesma escritura de dote as pessoas, em que lhe inteirou os cinco mil cruzados, sem entrar em nenhuma das pessoas nomeadas, a herdade da contenda, ficavaõ por este modo inclusos no dote os cem mil reis da estimação, que lhe coube por sorte de inventario na sexta parte da herdade dos Pretos. O que tudo vislo, e o mais dos autos, e disposição de Direito, e como se mostra da escritura de dote, que a mãy da instituidora ao tempo que a contratou de casar com Christovão de Mesquita, lhe fizera promessa de cinco mil cruzados, com declaração, que nelles entraria a legitima, que tinha herdado de seu pay, posto que a escritura não foy assinada por nenhum dos dotados, senão sómente pela dotadora, com tudo como a promessa foy com-

condição de futuro matrimonio, tanto que se celebrou por palavras de preſente, ficavaõ aceitando o dote com todas as qualidades, e condições nelle insertas, e declaradas, e approvando o contrato da promessa, com as declarações impostas pela dotadora, maiormente quando o dotado no anno de 1625. tirou da Nota o treslado da escritura do dote, com que evidentemente ficou aceitando, e approvando o contrato, e se corroborou com assistência de Direito, conforme ao qual quando a mãy dota a sua filha, que tem legitimas, em primeiro lugar se prefaz o dote dos bens das legitimas da filha, por a mãy não ser obrigada a dotar, pois não tem filhos em seu poder, além do que ao tempo da morte da instituidora se tinha ja extinta a acção, que podia ter na sexta parte da herdade da contenda, dado caso, que a escritura do dote tivera algum defeito da solemnidade, que não tem, por quanto com este titulo de contrato oneroso da promessa do dote effectuado pelo matrimonio subsequente, bastava a prescripção de dez annos, e passavaõ vinte e quatro annos em vida da instituidora, sem cobrar coisa alguma desta propriedade, depois a promessa do dote foy no anno de 1609. e a instituição da Capella foy no anno de 1633. com que os ditos bens não chegavaõ a ter a natureza de bens vinculados, pois que no dote dos cinco mil cruzados ficavaõ inclusos os cem mil reis, que era a estimação da sexta parte da herdade dos Pretos, e se ter prescripto a aução por virtude deste contrato pelo discurso de tantos annos. O que tudo visto, absolvo o R. do pedido pelos AA. em seu libello. E paguem os AA. as custas dos autos, em que os condẽno Lisboa 25. de Fevereiro de 1675. Joãõ de Sexas de Cabreira.

A qua sententia fuit appellatum ad Mensæ Conscientiæ Tribunal, ubi fuit confirmata.

No feito de agravo ordinario de D. Joãõ Rolim de Moura, com D. Joãõ de Carcome Lobo, Escrivaõ Manoel Soares Ribeiro, se deu a sentença seguinte.

Fulgo a excepção peremptoria recebida por provada, vistos os autos, escritura, que o dito excepto ajuntou, porque se mostra serem concedidas por Dom Rolim aos antecessores do R. as propriedades, que o A. lhe pede, para depois da sua morte as lograrem, e destructorem como suas, com tal condição, que sendo caso, que depois do falecimento do dito D. Rolim seus herdeiros, ou successores lhes não ajustassem, e pagassem a divida, que lhe devia em dinbeiro, ou nas mesmas propriedades, qual os contrabentes Luiz da Gama, e Dona Violante mais quizessem, pelos preços, que justa-

mente valessem, ou pelos em que tinhaõ sido avaliados nas partilhas, em tal caso lhe cure por paga a dita divida, com as mesmas propriedades, e lograndoas o R. e seus antepassados por tão longo tempo depois do falecimento do dito D. Rolim, sem mostrar, que do dito anno, ou logo passado, elles fossem pagos de sua divida, ficavaõ a R. e seus antepassados possuindo justamente, e com justo titulo, as ditas propriedades dadas em pagamento. Pelo que, e o mais que dos autos se mostra, mando, que por esta causa mais se não proceda contra o R. e o absolvo do pedido pelo A. ao qual condẽno nas custas destes autos. Lisboa 31. de Mayo de 1681. Antonio da Costa Nevaes.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatium, ubi fuit confirmata: Judices. Mouſinho. Burgos.

Et fundata in deliberationibus sequentibus.

Neutiquam probatur bona, de quibus agitur, ad maioratum pertinere, tum quia dispositio, de qua, etiam casu, quo vinculum contineret, necessario probandum erat, bona in transactione inclusa ad tertiam Illustrissimæ testatricis pertinuisse; eo quod citra hanc bonorum partitionem, nec extenditur dispositio fol. 75. nec facultas, quæ de jure permittitur parentibus meliorandi filium primogenitum, ex Ord. lib. 4. tit. 97 § 3. tum quia testes super hoc negotio deponentes nequaquam probant vinculum, ad cuius probationem, quando deficit institutio, plura desiderantur, quæ nec in testibus, nec in illorum dictis inveniuntur, & quæ latissime congerunt Vela dissert. 48. num. 11. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 8. num. 1. Mier. de maiorat. 1. p. q. 65. num. 63. Pereir. dec. 52. num. 13. Valasc. cons. III. n. 8.

Supposito ergo, quod bona ad maioratum non pertinent, ego multoties visa scriptura fol. 6. existimo inter illos Illustrissimos creditorem, & debitorem factam fuisse transactionem cum pacto de retro adhibita hac conventionem, scilicet, quod Ludovicus Illustrissimus bona hæc post mortem Illustrissimi Rolim in solum accepisse, ut dos debita sic restituta fuisset, vel in pecunia à successoribus tradita, vel in ipsis bonis, quin fructus illorum cum sorte compensarentur, prout usque adhuc perperam existimarunt utrius partis patroni, constat è verbis scripturæ fol. 9. in fin. ibi: E pagos elles ditos Senhores Luiz da Gama, e Dona Violante em qualquer desta fazenda, &c. Et melius fol. 10. in princ. ibi: A lhe pagarem o seu dinbeiro, ou nas mesmas propriedades, &c. Unde optime, & manifeste

colligitur, quod non fructus, sed prædia in solutum dabantur, neque ex alia hujus scripturæ clausula aliud suadent, si illa attente legatur, neque tandem aliud verosimile erat, tum quia Illustrissimus creditor, cui instituenda erant bona dotalia, aliquid accipere debebat, ut non ita privatus esset & dote, & illius proventibus, cum etiam ex bonis fructiferis dos constituta fuisset, prout constat ex eadem scriptura fol. 9. vers. ibi: *Isto havendo respeito ás propriedades, e peças, &c.* Tum quia supposita dotis summa, quam Actor Illustrissimus profitetur in libello, illa clausula evidenter contraria esset inferiori clausulæ, ubi non facta intra annum à successoribus solutione, prædia illa obligata in creditorum dominium transferebantur fol. 9. vers. in fin. ibi: *Que sendo caso, que dentro de hum anno, &c.* & ibi: *Desde agora haõ elles ditos Senhores Dom Rolim, e Dona Joana por pagos a elles ditos Senhores, &c.* Veluti contrarium est, quod ex inæquali, & inferiori summa salvatur excessivum, & inæquale debitum.

38 Hæc sane est facti, & conventionis series, quid ergo contra hanc transactionem allegatur, quod concludat? Conventio facta non fuit super bonis ad maius pertinentibus, ut supra ostendimus, & evidenter patet. Adversus transactionis validitatem nec læsio, nec aliæ nullitates, quæ similem conventionem nullam reddere possunt, proponuntur; non ergo necessaria erat præscriptio, sed ipsa sola transactionis validitas sufficiens erat ad excludendam præsentem actionem ex optima *L. eleganter 23. §. si quis post ff. de condit. indebit. Urseol. de transact. q. 3. num. 29. Valeron de transact. tit. 1. q. 3. numer. 48.*

39 Hoc unum tamen habet huiusmodi transactio, quod bona tradita fuerunt jure pignoris, ut constat ex eadem scriptura, & postea intervenit legis commissoriæ pactum, scilicet, quod si intra annum solutum non fuisset debitum, res pignoratæ pro quantitate debita pleno jure creditoribus acquirerentur, quod quidem pactum his verbis concipitur, *Leotard. de usur. q. 69. num. 2. & seqq. Negusans. de pignor. 4. p. principal in princ. Matut. de leg. commissor. q. 2. numer. 1. & in pignore à jure improbatum, L. fin. Cod. de pact. pignor. text. in cap. significante de pignoribus, Matut. ubi supra q. 3. numer. 1. Leotard. ubi supra num. 70. Merlin. lib. 3. q. 123. numer. 6 & seqq. Cyriac. contr. 393. num. 10.* Unde videbatur dicendum, quod transactio, utpote pactum, à lege improbatum continens, nullus erat momenti, ac proinde, nec præscrip-

tionis exceptio ob defectum tituli, sine quo regulariter præscriptio non procedit, ut est vulgare.

Verum hoc fundamentum primo in computo difficile, nullius est momenti, licet namque certum sit, quod in pignore legis commissoriæ pactum improbatum: tamen hoc speciale habet transactio, quod in illa huiusmodi pactum validum est, prout cum *Jason. Cuman. Cravet. & Tusc. resolvit Urseol. de transact. q. 99. num. 27. cum seqq. & ita judicatum refert Fab. in suo Codice lib. 8. tit. 23. de pact. pignor. definit. 3. Valeron. de transact. in proemio num. 36.* Quam honestus sit modus quidem evitandi litem, unde multa specialia favore transactionis constituta sunt, *Valenz. conf. 133. num. 106. & conf. 175. num. 9. Aug. Barb. not. decis. 76. n. 45. Fontanell. decis. 45. num. 11.*

Et quamvis transactionis contractus nullus esset, nec ideo admittenda erat actio ob nullitatem tituli; eo quod examinato processu constat fol. 70. mortuum fuisse Illustrissimum debitorem anno 1589. quapropter sequente anno 1590. inceperunt Illustrissimi excipientes prædecessores bona quasi propriam possidere, juxta expressam transactionis clausulam, à quo tempore usque ad annum 1680. quo actio instituta fuit, longissima nonaginta annorum diuturnitas elapsa fuit, in quibus terminis tituli nullitas præscriptioni non obest, immo ipsa præscriptio, non obstante tituli nullitate, seu defectu, procedit juxta *text. in cap. 1. vers. nam licet de præscriptione in 6. insignis Barb. de præscription. trig. vel quadrag. in rubr. num. 113. cum seqq. Balboa in cap. de quarta de præscript. n. 23. Castill. lib. 7. contr. cap. 26. à num. 55. vers. secunda conclusio.*

Hæc omnia evidenter concludunt, quod si titulus transactionis consideretur validus, superflua est exceptio, si nullus, contemnenda est tituli nullitas sub præscriptionis præsidio. Sed hæc etiam omnia, si rem ulterius premamus, superflua sunt, eo quod Actor Illustrissimus bona tamquam successor in libello vendicare desiderat; Actorum bona ad maius pertinent, quid ergo concludit libellus, si Illustrissimus Actor non probat, nec allegat se hæredem esse Illustrissimi Rolim? Nec tandem alicujus est momenti Illustrissimi testatoris declaratio fol. 66. quoniam licet in contractibus innominatis, prout transactio, detur locus penitentiae ante ad implementum, *L. 3. §. 1. L. si si pecuniam ff. de conduct. causa data a. L. 3. & per tot. Cod. eodem L. ex peculio Cod. de rer. permutat.* tamen hoc, & speciale habet transactio, quod ad instar con-

contract  
admittit  
nas Cod.  
ff. de tra  
lin. decis  
fert. de t  
tr. 128  
2. num.  
trarius  
quando  
rius era  
tima L  
re, L.  
oblig. e  
sapien  
Curial  
bris 1  
Eleg  
tissimu  
dum d  
dicere  
tet bo  
proba  
lbas,  
næ di  
tition  
in 4. t  
prædi  
bona  
tius t  
N  
fol. 6  
chir  
tent  
23. u  
num  
ne c  
min  
de r  
Q  
nen  
dan  
pri  
agi  
fui  
fan  
jus  
Ga  
te  
vi  
ab  
ci  
U  
n  
44  
fi

contractuum nominatorum pœnitentiam non admittit, *text. in L. quamvis 39 L. cum proponas Cod. de transact. Bart. in L. qui fidem 56. ff. de transact. Surd. cons. 447. num. 39. Merlin. decis. 761. num. 24 Valeron. qui plures refert. de transact. tit. 1 q. 4 num. 8. Cyriac. contr. 128. num. 32. Castill. de aliment. cap. 36. §. 2. num. 22.* Non ergo attendendus est contrarius consensus unius ex contrahentibus, quando utriusque parris consensus necessarius erat ad rescindendũ contractum ex optima *L. 1. Cod. quando licet ab empt. discedere, L. ab empt. ff. de pactis, L. sicut Cod. de oblig. & action.* Confirmetur igitur optima sapientissimi, necnon meritissimi Præsidis Curialis sententia. Ulyssipone 17. Decembris 1681. Burgos.

Eleganti, ut solet, calamo præcedens, amantissimusque Dominus huius processus modum dissolvit, ac perlustravit, quod amplius dicere otiosum puto, nam ex dictis jam patet bona petita esse allodialia, quod recte comprobatur ex scriptura fol. 9. vers. ibi: *Partilhas, &c.* Atque bona maioratus, aut Coronæ dividi nequeunt, ut tenet *Valasc. de partition. cap. 2. num. 39. in princ. & patet ex Ord. in 4. tit. 97. §. 10.* ergo recte fit consequens prædicta bona esse allodialia, nam in dubio bona præsumuntur libera, *ex text. in L. altius Cod. de servit. & aqua.*

Neque contra prædictam scripturam à fol. 6. aliquid potest allegare aggravans, nam chirographum præducens omnia in eo contenta approbare videtur, *Peg. forens. cap. 1. n. 23. ubi plures refert Nigr. Cyriac. contr. 157. num. 2. & 224. num. 14.* quare ex his in actione defecisse Actorem, seu in probatione domini, *ex text. in L. officium 9. L. in rem. 23. ff. de reivend. planum fit.*

Quod vero attinet ad aggravati ex emptiorem, dicerem illam præprobatam judicandam esse, nam licet in scriptura à fol. 6. à princip. fuissent prædicta bona, quibus degimus, pignorata, attamen postea adjectum fuit pactum legis cõmissoriæ, ut patet ex ipsamet scriptura ibi in fol. 9. vers. virtute cuius pacti recte aggravatus bona possidet.

Neque defectus, seu nullitas solutionis Gabellæ aliquid impræsentiarum obſtare potest, ut tenet *Phæb. arest. 33.* & consideravit vigilantissimus Patronus, quare ne dicta ab amantissimo Domino repetam; ejus placitum amplectendo, sententiam confirmo. Ulyssipone 29. Decembris 1681. Mouſinho.

No feito de Dona Catharina da Sylva Telles, contra Antonio de Miranda, e seus filhos Balthasar da Sylva, e Luiz da Sylva,

em que de presente he parte Fernão Telles de Menezes, Elcristão Manoel Ferreira de Lemos, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello da A. Dona Catharina da Sylva Telles, contrariedade dos RR. Antonia de Miranda, e seus filhos fol. 124. e 134. mais artigos recebidos, e prova por huma, e outra parte dada, &c. Mostrase pela da A. ser filha de D. Maria de Brito, e Fernão Telles de Menezes, e que falecendo a dita sua mãy, ficou na posse de seus bens o dito seu pay, e delles fez inventario, como cabeça de casal, porém devendo dar partilha a ella A. e aos demais seus filhos, e da dita defunta, o não fez, e se ficou com todos os bens do casal, até que faleceo, e por sua morte ficou de posse de seus bens, e da dita defunta Luiz da Sylva Telles seu filho e irmão da A. o qual devendolhe dar partilha, assim dos bẽs de seu pay, como de sua mãy, a não deu, e se ficou com todos os bens de hum, e outro defunto, até que falecendo ficaraõ por sua morte os Reos por herdeiros de seus bens, e como taes estaõ obrigadas a dar partilha delles á A. no que lhe cabe das legitimas dos ditos seus pays, e outrosim estaõ obrigados a largar o q̃ importar as tres partes da terça parte dos bẽs que ficaraõ por morte do dito Fernão Telles, e as tres partes da terça dos q̃ ficaraõ por morte do dito Luiz da Sylva Telles, por quanto os sobreditos foraõ possuidores do morgado, que instituiu Ruy Telles de Menezes, com a obrigação de que seriaõ obrigados os possuidores a annexar ao dito morgado as ditas tres partes de suas terças, e por bem da dita instituição, ficaraõ os bens das ditas tres partes das terças dos ditos defuntos, pertencendo ao dito morgado, de q̃ he boje a A. possuidora. Por parte dos Reos se mostra, q̃ por morte de Dona Maria de Brito, e de Fernão Telles de Menezes, pay, e mãy da A. se fizeram partilhas entre ella, e Luiz da Sylva Telles, seu irmão, com os mais coberdeiros, de que a A. levou o que lhe tocou, e se tirou tambem dellas a terça parte da terça do defunto Fernão Telles, para se annexar ao morgado, a que sómente eraõ obrigados os possuidores a annexar, conforme a instituição, e não as tres partes, como diz a A. a qual ora possue muitos bens, e propriedades livres, de que se meteo de posse, por morte do dito seu irmão, que não pertenciaõ ao dito morgado, e as havia comprado Fernão Telles de Menezes seu pay, como saõ as herdades dos Grous, Valmanancio, e outras no sitio do Roncaõ, onde chamaõ o Milbar de Cá, e doze alqueires de trigo de foro no lugar do Tojal, termo de Alemquer, o moinho da Azequia, que foy dado em pagamento da legitima do

do dito defunto Luiz da Sylva, com as bemfeitorias, que nelle fez, e a horta da Pipa da Villa de Moura, em que tinha setenta mil reis de huma compra, com outra horta mais pequena, e quantidade de moveis, que estavaõ na quinta de Aldea Gavinha, de que a A. tomou posse por morte do dito Luiz da Sylva Telles, e os Reos lhe pedem por reconvenção, como seus herdeiros, e deve a A. restituir com os fructos da indevida occupaçaõ, até real entrega. O que tudo visto, com o mais dos autos, e como por morte da A. originaria se habilitasse em seu lugar seu filho Fernão Telles de Menezes, para esta causa, na qual as partilhas, que se pedem aos Reos, conta que foraõ já feitas no appenso grande, sentençaõdas, e passaraõ em cousa julgada, e nellas teve a A. originaria sua legitima, assim da parte de seu pay, como de sua mãy a fol. 421. do dito appenso, e outrosim se fez pagamento á terça, da terça parte do defunto Fernão Telles de Menezes, para se annexar ao morgado a fol. 412. por cuja razão o A. habilitado quiz desistir desta causa em os embargos fol. 449. vers. com que nesta parte ficou cessando sua aução: assim o julgo, e que sómente procede, quãto á terça parte da terça do defunto Luiz da Sylva Telles, para se haver de annexar ao dito morgado, de que foy possuidor, na fórma da clausula da instituiçaõ fol. 28. vers. e 29. Na qual condẽno aos Reos, e que para esse effeito façaõ partilhas dos bens do dito Luiz da Sylva. E deferindo á sua reconvenção, visto como para ella foy citada a A. foy 129. e provaõ os Reos, que o A. possuiue muitas propriedades livres no sitio do Roncaõ, termo da Villa de Moura, que comprara seu avó Fernão Telles de Menezes, como foy a herdade de Val de Manancio, pela escritura fol. 306. a herdade de Thomé Grou, pela escritura fol. 331. com o encargo de 24. alqueires de trigo de foro, e duas courellas mais na dita herdade, pela escritura fol. 367. a horta do Faro, pela escritura fol. 339. e na herdade do Roxo, hum quarto, e hum outavo, pela escritura fol. 345. o moinho da Guadiana, pela escritura fol. 359. as quaes herdades se provaõ livres, com as testemunhas fol. 257. usque ad 267. além do que pelas ditas escrituras consta, ficando de fóra a herdade dos Paschoaes, de que faz mençaõ a escritura fol. 306. e 313. por quanto foy dada em dote ás tias do A. como consta da escritura fol. 387. E assim mais se prova, serem livres o moinho da Azedia, e por tal julgado na sentença fol. 167. vers. confirmada fol. 169. e 170. não entrando as terras delle, doze alqueires de foro em trigo, no lugar do Tojal, termo de Alem-

quer, tambem livres pela sentença fol. 178. e 180. a horta pequena da Pipa, e setenta e seis mil reis em outra fóra da grande, q̄ consta da sentença fol. 180. vers. estar julgada por livre, em as quaes propriedades condẽno ao A. para que dellas dé partilhas aos Reos, como herdeiros do dito Luiz da Sylva Telles, visto como as ditas propriedades não foraõ por elle adquiridas, mas compradas pelo defunto Fernão Telles seu pay, e não entraraõ na partilha, que se fez entre a A. originaria, e o dito Luiz da Sylva Telles, como consta do appenso grande a fol. 405. vers. e principalmente pagará o A. aos Reos as bemfeitorias, que o dito Luiz da Sylva fez em o moinho da Azedia, que se liquidarãõ na execuçaõ desta, e outrosim os fructos das ditas herdades, que o A. trará á partilha do tempo que a A. originaria adquirio a posse dellas, como tambem os Reos traráõ os ditos fructos do tempo em que esteve de posse o dito Luiz da Sylva Telles; e no que toca ao dito moinho da Azedia, que se prova ser morgado pelas sentenças fol. 167. e 169. e o casal da Bordialia, que tambem se prova, e julgou por de morgado nas ditas sentenças. Absolvo ao A. e lhe reservo seu direito, para haver dos Reos a terça parte da terça do defunto Fernão Telles de Menezes em bens livres, visto como a que se lhe adjudicou na partilha fol. 412. do appenso grande foy em o dito casal da Bordialia, ao que se haverá consideraçaõ na partilha, que novamente se fizer das propriedades, e fructos assim declarados. E paguem as partes as custas de permeyo Lisboa 11. de Novembro de 1674. Antonio Baracho Leal.

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

Acordaõ os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelo Juiz do Civel, em declarar, que a aução intentada cessava contra os Reos, por se haverem feitas partilhas por morte de seus avós, em que a A. originaria teve legitima, assim paterna, como materna, e em deferir á reconvenção, e mandar fazer partilha dos bens declarados na sua sentença fol. 477. vers. e contheudos no terceiro gravame do A. excepto nos que Luiz da Sylva Telles declarou fol. 250 no appenso A expressamente, e sem que a isso tivesse duvida por de morgado, como tambem declarar o moinho da Azedia por vinculado, e absolver aos Reos de algũs bens, que sonegasse o dito Luiz da Sylva Telles, por tal se não provar, e julgar por livre o foro do Tojal de Aldeagavinha, e mandar delle fazer partilha; e tambem do campo da Azedia, mandando delle fazer partilha, com os fructos

fructos d  
com tant  
dos fruct  
ser vincu  
denar ao  
da Azed  
servado  
livres a  
Menez  
tres par  
Ruy Tel  
lha ao  
setenta  
de, e na  
da dita  
elle bem  
sentenç  
de seus  
quaes v  
institui  
fez, m  
do anne  
Manda  
não dé  
pa, e a  
os Reos  
os Reo  
se fize  
go dell  
partes  
bas as  
Almei  
sequa  
45 Fun  
delib  
Re  
defif  
res n  
1. q.  
recon  
3. ca  
m pr  
laico  
nen  
fiste  
lib.  
205  
qua  
nor  
tion  
qu  
pra  
no  
po  
te  
se  
vo  
&c

fructos do tempo da poſſe do A. e de ſua mãy, com tanto que ſe não fará daquella parte, nem dos fructos della, que Luiz da Sylva declarou ſer vinculada, e aſſim ſe julgou. E em condeñar ao A. nas benfeitórias do dito moimbo da Azedia, e tambem em deixar direito reſervado ao A. para haver dos Reos em bens livres a terça da terça de Fernão Telles de Menezes. Porém em não mandar annexar as tres partes da terça ao morgado, que inſtituiu Ruy Telles de Menezes, e mandar dar partilha ao A. da horta pequena da Pipa, e de ſetenta e ſeis mil reis de outra, fóra a grande, e não mandar aos Reos fazer a partilha da dita horta pequena da Pipa, não foy por elle bem julgado. Revogando neſtas partes ſua ſentença cumpraſe o confirmado por alguns de ſeus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes viſtos, e como por elles ſe moſtra, e da inſtituição, que o dito Ruy Telles de Menezes fez, mandar que os poſſuidores do tal morgado annexaſſem a elle as tres partes da terça: Mandaõ, que os ditos Reos as annexem, e que não dé partilha o A. da horta pequena da Pipa. e dos ſetenta e ſeis mil reis, por quanto os Reos os poſſuem, porém ſuppoſto a vendeaõ os Reos, e della ſe não fez partilha nas que já ſe fizeram. Mandaõ, que os Reos tragaõ o preço della, á que ſe ha de fazer. E paguem as partes as cuſtas dos autos de permeyo de ambas as inſtancias. Lisboa 29 de Julho de 1679. Almeida. Vanveſſem. Lopes de Oliveira. Fouſequa. Quifel.

45 Fundata fuit hæc ſententia in ſequentibus deliberationibus.

Reconventioni locus eſt, etiam ſi Actor deſiſtat à conventionione, ſi tempore deſiſtentiæ res non erat integra, *Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 44. num. 5. Cardos. in prax. judic. verbo reconventio num. 28. Caſtr. in pract. 2. p. lib. 3. cap. 8. num. 3. Barbos. ad Ord. lib. 3. tit. 33. in princip. num. 2.* ideo Clericus agens coram laico reconventus obſtringitur uſque ad finem, etiam ſi poſtea à conventionione velit deſiſtere, *Caſtro loco ſupra citato, Barb. ad Ord. lib. 2. tit. 1. §. 1. num. 4. Themud. 2. p. deciſ. 205. num. 4.* Quare Actor reconventus poſtquam fuit præventus per reconventionem, non poterat renuntiare iudicio ſuæ conventionis ad effectum, ut non eſſet reconventus, quoniam fuit jus acquiſitum Reis ex illa præventionione reconventionis, quod tamen non eſſet, ſi res eſſet integra, quia tunc bene poterat renuntiare ſuæ actioni, argument. *text. in L. ſi poteſt mortem §. ſin ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* Igitur licet deſiſteret à conventionione, ſemper reconventioni locus erat, & licet conventio ceſſaſſet, non ideo ceſſabat

reconventio; ſic Iudice confirmato.

Quoad gravamina, de quibus Actor conqueritur ſuo ordine ab eo expoſito, de unoquoque ſeparatim iudicium meum interponam; quoad primum iudicarem, quod ſententia Iudicis reformanda venit, quia agitur de maioratu à Roderico inſtituto, cujus poſſeſſores, & adminiſtratores tenebantur annectere tres partes ſuarum tertiarum prædicto maioratu, ut pateſcit fol. 43. verſ. & 46 cum ergo Ludovicus eſſet poſſeſſor, & adminiſtrator huius maioratus, tenebatur ei annectere tres partes ſuæ tertix, non vero ſolummodo tertiam partem ſuæ tertix, *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 8. num. 35. & 36. & lib. 2. cap. 12. n. 34.*

Quoad ſecundum jam ſupra oſtendi, quod licet ceſſaret conventio, non ideo ceſſabat reconventio, itaque Iudicem laudarem.

Quoad tertium, quod eſt magni ponderis, Iudicis ſententiam reformarem, quia bona præſumuntur eſſe maioratus, ſi ut talia poſſideantur quadraginta annorum ſpatio, quamvis ab origine conſtet eſſe libera, *Molin. de primogen. lib. 2. cap. 6. à num. 26. Gam. deciſ. 215. num. 1. & deciſ. 344. num. 1. Reynof. obſerv. 22. num. 21.* Cum ergo per quadraginta annos bona, de quibus agitur in tertio gravamine, tamquam bona maioratus per duos adminiſtratores fuiſſent poſſeſſa, ut ex actis oſtenditur, iudicandum eſt, quod ſunt maioratu ſubjecta, licet ex ſua primæva origine conſtet eſſe libera, & allodialia.

Moveor etiam adjudicandum vinculum in prædictis bonis, quia Ferdinandus per obitum uxoris in inventario, declaravit ea eſſe maioratu obnoxia, ut apparet in appenſo B. fol. 64 quare dicendum eſt, quod licet bona eſſent libera, attamen voluit, quod vinculata manerent, & in ſua medietate eorum indubium eſt, quod poterat maioratum conſtituere, & condere, ſed cum in illis bonis filius Ludovicus ſuam legitimam haberet, iudicandum videbatur, quod illam non poterat vinculare maioratu, quia debetur filiis de jure naturali, eamque tenentur parentes relinquere liberam abſque ullo gravamine, *L. omni modo, L. quæ nuper, L. quoniam in prioribus Cod. de inofficioſ. teſtam. Merlin. de leg. lib. 3. tit. 2. q. 1. num. 2.* Nihilominus tamen iudicarem, quod etiam legitimam filii poterat maioratu vinculare, quia & vinculavit ſuam medietatem, & ipſe filius conſenſit vinculo expreſſe, licet conſenſus tacitus ſufficeret, quia in inventario ab eo factò per obitum patris ſub juramento declaravit talia bona eſſe maioratu obnoxia, ut oſtenditur in appenſo A. fol. 250. in terminis *Mier. 1. p. q. 55.*

num. 3. *Gutier. in cap. quamvis pactū in princip. num. 27. & pract. 1. q. 75. num. 2. Molin. de primog. lib. 2. cap. 3. num. 7. Menoch. conf. 196. num. 15. Cyriac. forens. contr. 734. num. 5. & 6. Castr. decis. 48. n. 10. Phœb. 2. p. decis. 212. n. 14. & seqq.*

Nec Rei possunt venire contra declarationem, & consensum Ludovici, quia sunt ejus hæredes, *L. cum à matre Cod. de rei vend. L. venditrici, L. si fundum Cod. reb. alien. non alienand. L. ex qua persona ff. regul. jur. L. successores Cod. de solutionib. Quibus omnibus probatur hæredem teneri præstare factum defuncti, aliàs autem exceptione repellitur, L. Seia 73. ff. de evictionib. cum hæres, & defunctus sint eadem persona, Auth. de jurejurand. à moriente præstato collat. 5. Præsertim cum Ludovicus per obitum patris Ferdinandi maneret in possessione, & capite casalis, ut patescit ex dicto appendice B. à fol. 1. & haberet in sua potestate scripturas bonorum, ut ipsi Rei fatentur in septimo contrarietatis articulo fol. 125. non poterat ignorare naturam eorum, ex *Ord. lib. 2. tit. 27. §. 3.* Quare dici non potest quod prædicta declaratio Ludovici in inventario facta fuit erronea, ut à Reis ejus hæredibus possit revocare: igitur judicandum existimarem, quod præfata bona sunt maioratui obnoxia, & cum maiori ratione, quia ut talia iudicata reperiuntur in dicto appendice A. per sententiam Senatus transactam in rem iudicatam, & per aliam sententiam productam in his actis fol. 177. confirmatam in Senatu fol. 180. transactam etiam in rem iudicatam.*

Quoad quartum iudicarem, quod molen-dinum da Azedia est maioratui obnoxium, ut probatur ex sententia fol. 166 confirmata in Senatu fol. 169. ut Iudex pronuntiavit in ejus sententia prope finem, sic eo confirmato.

Quoad quintum absolverem Actorem ab horta parva, quoniam ex testibus fol. 217. probatur, quod Rei illum possidebant, sic Iudice reformato.

Quoad sextum Reos condemnarem in partitione prædicti horti cum fructibus ab Actore petita in replicatione fol. 187. quia licet conventio cessaret quoad partitionem bonorum in libello ab Actore postulatam, intelligendum est de bonis, quorum jam partitio confecta fuit; non vero de illis, quorum non fuit facta partitio, cum vero de prædicto horto non fieret partitio, videbatur iudicandum, quod de eo erat faciendum, & ita censuram, sic Iudice reformato, & quando sequentibus Dominis contrarium placuerit, in Senatu conferam.

Quoad septimum, Iudicem confirmarem, quia non probat Actor, quod Ludovicus per obitum patris occultasset bona, quorum partitionem conficere deberet.

Quoad octavum, Iudicem etiam approbarem, quia Actor non probat, quod census tritici sit maioratui vincularius, & cum vinculum non appareat, illum liberum iudicare debemus.

In pœna duplici, de qua in *Ord. lib. 3. tit. 36.* Actorem non condemnarem, quia Rei eam per reconventionem non postulaverunt, ut requirebatur ex *Ord. lib. 3. tit. 33.* itaque inutile esset disputare, si Actor in ea incurrit, vel non, sic Iudice laudato.

In partitione fundi da Azedia Actorem condemnarem, quia de illo non fuit facta, & ex sententia fol. 270. & vers. probatur Actorem illum possidere, quia licet in dicta sententia Senatus juberet, quod restitutio illius viduæ Ludovici esset facta, non ostenditur, quod prædicta restitutio ei fieret, nec illa præsumitur, & ex præfata sententia probatur prædictum fundum esse liberum: itaque mihi videtur, quod Actor venit condemnandus in partitione illius, & fructuum tempore suæ possessionis, & matris, sicut etiam Rei veniunt condemnandi in partitione fructuum temporis possessionis Ludovici, sed de parte ejusdem fundi, quam Ludovicus declaravit esse vinculariam, & ut talem præfata sententia iudicavit, non jubeo partitionem fieri, nec de ejus fructibus, & licet Rei dicant, quod erant duo fundi da Azedia, ex prædicta sententia probatur unum tantum esse, sic Iudice reformato.

In melioramentorum condemnatione molen-dini da Azedia Actori à Iudice facta, & in jure ei reservato ad consequenda bona libera, ex quibus solutio fiat tertiæ parti tertiæ Ferdinandi, nulla vertitur controversia, ideo Iudicem laudarem. Ulyssipone 30. Septembris 1678. Quifel.

Eodem ordine, quo præcedens Dominus deliberare elegit, ea quæ sentio exarabo, ad confusionem effugiendam supervacaneam, ac inutilem reputo Actoris pertinaciam, dum vult post litem contestatam ab actione desistere, ut non habeat locum reconventio, ut late, ac disertissime perpendit præcedens Dominus, ideo circa hoc aliquid addere erit superfluum.

Quoad primum gravamen sententiam reformandam teneo, quia ita disposuit institutor fol. 43. vers. & 46. & quando condens maioratum gravat successorem, ut ipse talem rem, vel quantitatem ponat in maioratu, licet ipse successor non ponat, haberi debet pro appo-

apposita  
vel salt  
ut ponat  
L. 4. glo.

Quo  
marem  
ad tert  
præced

In q  
circa m  
ratu vi

In c  
enim  
tionem  
sextur

venio  
vi, at  
in om  
pone

M  
Patru  
grava  
eteni

parat  
ment  
306.

fider  
vers.  
subje

pend  
ut in  
quib  
ita a  
lis.

quil  
fus  
dan

par  
Re  
qua  
giè  
cur

Re  
ful  
m  
di

pr  
C  
al  
h

ti  
p  
&

v



appoſita, ex quo ſucceſſor habuit maioratum, vel ſaltem compelletur ipſe, aut hæres ejus, ut ponat, ita declarat *Gregor. Lop. p. 6. tit. 9. L. 4. gloſſ. 1.*

Quoad ſecundum etiam Judicem confirmare, ſicut Dominus præcedens; & quoad tertium revocarem, ut latè, & eruditè ipſe præcedens Dominus delineavit.

In quarto non dubito confirmare Judicem circa molendinum da Azedia, quod in maioratu vinculum ostenditur.

In quinto venit Actor abſolvendus, Rei enim fatentur fol. 500. verſ. ultra probationem eſſe in poſſeſſione hujus horti. Quoad ſextum etiam cum præcedenti Domino convenio, ſicut & in deciſione ſeptimi, & octavi, at in pænæ plus petentis abſolutione, & in omnibus, quæ deliberat, ei accedo. Ulyſſipone 29. Decembris 1678. Vanveſlem.

Mihi quoque placet præſtantiffimorum Patrum ſententia, dummodo circa tertium gravamen quædam adhibeatur declaratio, etenim cum à Ferdinando plura fuiſſent cõparata prædia, ut patet exemptionum instrumentis, quæ in his actis producta ſunt fol. 306. cum multis ſeqq. prout ſigillatim conſiderat Judex optimus in ſententia fol. 477. verſ. nullibi tamen oſtenditur ea maioratui ſubjugaffe, declaratio enim illa, quæ in appendiculo B. fol. 64. legitur, non adeo urget, ut intelligenda ſit in præjudicium filiorum, quibus omni jure legitimæ erant debita, & ita agnoſcit chariffimus mihi primus ſodalis.

Quamvis ergo Ludovicus unus ex filiis, quibus legitimæ aſſiguandæ fuerant, profeſſus ſit in appendice A fol. 250 prædia quædam maioratui obnoxia eſſe, proindeque à partitione immunia, contra cujus factum Reis, qui ejus ſunt hæredes, venire neuti-quam licet, ut idem primus dominus egregiè probat. Attamen videtur mihi Ludovicum de aliis prædiis longe diverſis loquutum.

In primis enim loquitur de prædio do Roncaõ, quod avus Rodericus maioratui ſubjecit, de quo nulla ſubest dubitatio, poſt modum autem cum de prædiis à patre Ferdinando emptis ſermonem inſtituiſſet. Ponit primo prædium nuncupatum das Garrotas à Comite Sabrigaleniſi ex permutatione cum aliis prædiis maioratus habitum. Secundo hortum magnum nuncupatum da Pipa. Tertio partem, ſeu portionem in prædio nuncupato de Judia, & tamen de hoc non firmiter, & ſecurè auſus fuit aſſerere, ut patet ex verbis illis d. fol. 250. verſ. *Que dizem ſer de morgado*, quibus etiam utitur reſpectu al-

terius prædii eodem fol. 250. verſ. ad fin.

At vero quis non videt diverſiffima eſſe prædia, quæ à Ferdinando empta ſunt ex inſtrumento fol. 206. cum ſeqq. de quibus ſpecialiter meminit Judex egregius ſua in ſententia d. fol. 477. verſ.

Sufficiat ergo obſtare, & nocere Reis declaratio Ludovici, prout jacet, & reſpective ad prædia, de quibus expreſſe loquitur, non autem quoad alia, quæ nullibi maioratui ſubjecta ſunt, neque in ejus præjudicium, aliorumque fratrum ſubjici potuiſſent, niſi iis expreſſe contentienbus. Concludo igitur ſententiam quoad tertium gravamen eſſe confirmandam exceptis tantum prædiis, quæ Ludovicus maioratui ſubjecta declaravit, & in omnibus aliis gravaminibus, ut jam dixi, prioribus Dominis accedo. Ulyſſipone 26. Martii 1679. Lopes de Oliveyra.

Cum de tertio gravamine ſolum mihi reſtet deliberare, aliquis pungit ſcrupulus erga ſubjectionem prædiorum, in quibus evidenter non conſta, obnoxia ſint maioratui, quia de jure conſta, univerſaliter omnia bona libera, & allodialia, ex *L. fluminum §. ult. L. Proculus ff. de damn. infect. L. altius Cod. de ſervit. Menoch. de præſumpt. lib. 3. q. 89. n. 6. Valaſc. de jure emphyt. q. 51.*

Cum hæc ſit univerſalis regula, ab illa recedi non poſſumus ex ſermonem, vel declaratione dubia, ibi: *Que dizem ſer de morgado*. Sicut declarantis mens invenitur anceps, eodem modo judicium, præcipue in illis rebus à regula deviantibus, ideo potius ſtandum eſt pro regula, quam pro incertitudine, nam fati dicitur expreſſum, quod ſub generalitate continetur, *Valenz. conſ. 127. numer. 46.* Ideo, ut dixi erga tertium gravamen, eximium Judicem confirmarem in forma proximioris Domini. Ulyſſipone 22. Maii 1679. Fonſeca.

Circa tertium gravamen cum tertio, & quarto Dominis præſtantiffimis convenio. Ulyſſipone 28. Julii 1679. Almeyda.

Hæc ſententia fuit impedita cum exceptionibus, ſuper quibus lata fuit ſequens.

*Acordaõ os do Defembargo, &c. Que dos artigos 2. 3. 4. & 5. dos embargos fol. 526. recebidos fol. 575. verſ. julgaõ pro provados os que reſpeitaõ á primeira queixa dos embargantes, e por naõ provados os que a ſegunda queixa comprehendem: e mandaõ, que os Reos ſatisfaçaõ completamête as tres partes da terça, para ſe haverem de annexar ao morgado de Ruy Telles, no que haõ por revogada a ſentença, porque a eſte fim ſe deixava pela dita ſentença direito reſervado, pois conſta da diſpoſiçaõ do inſtituidor do morgado, haverem*

*os Reos fido herdeiros de Luiz da Sylva, que nos bens de Fernão Telles foy cabeça de casal. E paguem os mesmos Reos, e AA. as custas dos embargos igualmente. Lisboa 3 de Novembro de 1680. Monteyro. Lacerda. Almeyda. Pereyra.*

Hæc sententia fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

Evidenter patet per mortem Ferdinandi vinculanda esse bona maioratui, de quo agitur, non solum respectu tertiarum partis possidentis, sed partes tres, prout docet institutio, plane hoc factum non fuit, & constat, impeditum hæredem esse dicti Ferdinandi, ergo iusta videtur impediens querimonia circa vinculandas tres partes tertiarum, & ita juberem, ut R. duas solvat partes, quæ defecere, quia solum una adjudicata fuit in casale da Bordalia.

Quoad secundam querimoniam dicentem, dictam casale jam esse maioratus, & sic malè tertiarum adjudicatum, deferendum non existimo, quia sufficienter non justificatur in actis, quod foret maioratus, Immo per certitudinem iudicatum videtur tamquam allodiale, & si sequentibus Dominis placuerit, ut reservetur partibus jus ad viam ordinationis, ubi plene cognoscetur dubium hoc, ita juberem, sic iudicatis articulis receptis probatis. Ulyssipone 21. Januarii 1681. Lacerda.

Fol. 43. vers. constat Rodericum successoribus in maioratu à se instituto præcepisse, ut tres tertii bonorum cujusque ex eis partes dicto maioratui annexerent, ibi: *E assim por esta maneira o farão, os que houverem de herdar adiante*; quod præceptum adimplendum est, *Pegas tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 1. in princip.* & ita jure querelæ censo deferendum. Non sic secundæ, quia & si bona omnia naturaliter præsumantur libera, id limitandum est, quando sub aliqua qualitate inveniuntur possessa, ex vulgari proloquio, qualem te invenio, talem te iudico; quin etiam tot abhinc annis possit illud prædium da Bordalia pro vinculo possideri, ut ex tempore maioratui sit annexum, quæ omnia cum plene discussa non inveniuntur, immo in sententia fol. 166. vers. & 167. prædium hoc tamquam maioratus reputatur, nec refert, si obijciatur illam sententiam esse in causa possessoria latam, & ideo non parere exceptionem rei iudicatæ ad hanc causam, quæ ordinaria est, *ex L. à Divo Pio §. si super rebus vers. sciendum ff. de re iudicata, Cancr. 2. variar. tit. de tertiis oppositoribus num. 81. Noguerol alleg. 7. num. 7. late Larrea alleg. 6.* Quia respondetur, illam sententiam ad alias similes relatam satis esse, ut dictum præ-

dium non esse liberum plusquam probabiliter dubitetur, nemo autem adstringi potest, ut dubiam solutionem recipiat, in idque induci potest, *Ord. in 3. tit. 86. §. 1. ibi: Livres, e desembargados; & quæ Cyriac. contr. 327. numer. 77. Merlin. de pignorib. lib. 5. tit. 69. numer. 15. Ulyssipone 25. Januarii 1683. Pereyra.*

Placet mihi potius convenire cum secundo Domino supra ex doctissima sua eleganti deliberatione, in qua nihil superest dicendum. Ulyssipone 30. Junii 1681. Almeyda.

Ego potius primi Domini sententiam amplector quoad secundam partem, super qua mihi tantum licet arbitrium interponere, non enim edocemur prædium illud da Bordalia vinculo suppositum fuisse, & si ad illa, quæ iudicata fuerunt, respicimus, pro libertate, & pro vinculo inveniuntur præsumptiones, at in puncto juris securius mihi videtur, quod bona hæc uti libera iudicentur, maxime in hoc plenario iudicio, ubi A plene vinculum non probat, igitur impedimenta quoad hanc partem improbata dicerem. Ulyssipone 1. Augusti 1683. Carneyro.

Cum solum circa secundam partem querimoniarum dicere mihi liceat, cum primo, & quarto Dominis libenter convenio. Ulyssipone 3. Octobris 1681. Monteyro.

Hæc sententia fuit iterum impedita, & ad hoc pendet cum exceptionibus, quæ fuerunt receptæ.

No feito de appellação Cível de Isabel Lamega, contra Matheus Fernandes Serraõ, e sua mulher RR. Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

*Vistos estes autos, libello da A Isabel Lamega, contrariedade dos RR excepção peremptoria, com que a A. veyo, que lbe foy recebida, prova a ella dada. Mostrase por parte da A. ser mulher do defunto Bernardo Pinto, e elle no testamento com que faleceo, deixalla por sua universal herdeira. Mostrase tambem que por morte do sobre dito, os RR derão libello contra a A. dizendo em elle, que lbe pertenciaõ os bens contheudos nelle, por serem de Capellas. e sómente se lbe foy julgado por taes metade das casas da Rua de Nossa Senhora da Assumpção, metade das vinhas do sitio do Foraõ, e metade do olival da Serra. Mostrase mais, que os RR se contentarão com a sentença, e a tiraraõ do processo. Mostrase por parte da A. pertencer lbe os bens do defunto seu marido, como sua universal herdeira. O que tudo visto, e o mais dos autos, differença de Direito, e não mostrarem os RR.*

titulo algum, por onde conſte, ſerem de capella os bens cont heudos no libello, excepção da A nem o provarem por testemunhas. Julgo a excepção por provada, e que os bens cont heudos nella pertencem á A. e os rendimētos delles, como tambem o danificamento, que os RR. fizeram nas casas, que tudo se liquidará por esta minha ſentença, desde o dia, que se meterão de posse delles, até real entrega. E paguem outrosim os RR as custas dos autos, em que outrosim os cõdēno. Viana 23. de Outubro de 1671. Paulo Clemente Gago.

48 A qua ſententia fuit appellatum, & fuit confirmata: Judices. Doctor Tavares. Doctor Gouvea.

Quia bona ſemper præſumuntur libera, & non ſubjecta vinculo maioratus, ut diximus *Forens. cap. 4. num. 161. 162. & 163. & in nova additione*, & idem tenent *Roxas de incompatib. maiorat. p. 6. cap. 1. num. 26. vers. ratio*, ubi optime, & multos refert: & *num. 27.* extendit ad casum, quo bona ſita ſunt intra fines maioratus, vel juxta agros: & *num. 25.* quid dicendum, quando in iudicio poſſeſſorio duo adverſarii concurrunt, alter intendens, quod bona ſint libera, alter quod ſunt maioratus, & reſolvit diſtinguens inter eum calum, quo conſtat de ultimo ſtatu, & titulo, quo ultimus poſſeſſor poſſidebat tempore, quo vacabant, aut non poteſt conſtare, ita ut ſenſus ſit, quod ſi conſtare non poteſt, obtinere debet, qui dicit bona eſſe libera, & ſi conſtare poteſt de ultimo ſtatu, & quod poſſidebantur, tamquam bona maioratus, tunc ſucceſſor illius obtinere debet, ut exornat *n. 28. & 29.*

49 Maxime quando bona ſint emphyteutica, & aliud deductū fuerit, vel vocationes ſint limitatae, quia tunc eſt præſumptio pro excluſione vinculi, ut iudicatum fuit in caſibus, de quibus diximus ſupra *cap. 5. num. 41. & ſeqq.* Non vero quando ex diſpoſitione tota teſtatorum voluiſſe facere maioratum ex institutionis verbis colligitur, quia tunc, ut diximus, probatur conjecturis, vinculum, ſeu maioratum institutum fuiſſe, quod, & quando aſſerere poteris ex ſequentibus præſumptionibus iam à nobis aliquibus reductis, ſed nunc noviter additis, & exornatis, ad faciliorem cauſarum maioratum decifionem, ex quibus probabitur maioratus, ut me laudato, & citato hoc in loco *Forens. d. cap. 4. numer. 165. teſtatur Additio ad Reynof. obſervat. 68. n. fin. comment. ad Ord. tom. 7. ad tit. 87. §. 4. num. 74.* & me laudato, & citato etiam Doctiſſimus Senator in deliberatione tranſcripta à me in *Fontanell. dec. 31. 32. 33. & 36. num. 6. Pereira dec. 5. num. 3. Gam. dec. 224. num. 10. Crespo*

de Valdaur. obſerv. 22. optime Ramon. *conf. 66.* ubi etiam, an maioratus cenſeatur inductus, ſi verba truncata ſint aut oratio imperfecta, & quando verba poſſunt ſuppleri, & ad multa *conf. 100.*

Atque ita prima conjectura deducitur ex verbis institutionis, in qua inveniantur verba, maioratum instituo, aut faço morgado, e deixo estes bens por via de morgado. Ex quibus verbis probatur, maioratum institutum fuiſſe, ut cum multis diximus *Forens. d. cap. 4. n. 170 & ultra* ea probatur evidenter.

Dictum enim verbum, morgado, ex conſuetudine Regnorum Portugalliae, & Hispaniae, declarandum eſt, ſecundum quam ita declaratur, & ex illo manet institutus, & juxta maioratus regulas in perpetuum ſuccedere debent conſanguine; & primogenii, ut in *L. si servus plurium §. fin. ff. legat. 1.* cum aliis, de quibus *Decius conf. 397. num. 7.* Licet in ſcriptura non opponantur ſubſtitutiones verbis expreſſis, debent tamen intelligi poſitae, quae ex concedentis intentione, vel ex Regionis cõſuetudine neceſſariae ſint, ad hoc ut dicta bona ſint maioratus perpetui, quia eo ipſo quod diſponitur, quod bona ſint maioratus, & aliud non declaratur, talis maioratus informis recipit declarationem ab aliis verbis concedentis, vel conſuetudine Regni, aut Regionis, ut tenet *Dec. conf. 269. num. 4. Paul. de Caſtr.* qui in conſuetudine Hispaniae loquitur *conf. 164.* incipit in præſenti cauſa *num. 1. & 2.* Quia verbum maioratus, exigit tractum ſucceſſivum, ita ut quod in una ſucceſſione verificari non poteſt, ſed multorum maiorum, ſeu primogenitorum, aut conſanguineorum continuationem requirit, ut in terminis inquit *Anchar. conf. 27. incipit non ſervato, Palat. in repet. rubric. de donat. §. 69. num. 21. & 27. vers. ſed iudicio, Cov. lib. 3. var. cap. 5. Gregor. Lop. in L. 2. tit. 15. part. 2. gloss. 1. post princip. vers. unde ſufficiat. Padill. in rubric. de fideicom. num. 11. Menchac. de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 26. num. 93. & 94. Gom. L. 40. Taur. num. 59. fundam. 3. vers. ex quibus, & num. 64. vers. ſi in hoc articulo, Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 1. maxime num. 5. vers. quibus rationibus, & cap. 4. num. 13. & 20. vers. quae omnia, & num. 32. & cap. 6. num. 28. & cap. 17. num. 26. vers. nam ut ſupra, Burg. q. civil. p. 1. q. 2. num. 67. Avend. in L. 40. Taur. gloss. 1. num. 29. & gloss. 10. num. 3. Mier. p. 1. q. 48. numer. 67. Azeved. tit. 7. lib. 5. nov. recop. numer. 6. & 7. Alter Molin. tom. 3. diſp. 588. numer. 2. & 589. numer. 3. Caſtill. contr. cap. 22. lib. 2. à princip. & numer. 57. 58. & 75. & tom. 3. cap. 12. numer. 70. & tom. 5. cap. 87. numer. 24. & tom. 6. cap. 145. & 143. in*

princip. § unic. num. 2 & cap. 166. num. 24. Noguezol. alleg. 9. num. 14. 15 & 59. & alleg. 25. num. 104. Hermosil. in not. ad Gregor. L. 44. tit. 5. part. 5. gloss. 5. numer. 15. Valenz. conf. 69. num. 7. Barb. vot. 72. num. 4. Castill. de aliment. cap. 34. numer. 16. idem Cov. cap. 38. num. 12. sub §. quod si dixeris, & in vers. id circo. Et etiam dicitur erectus maioratus, quando institutor inquit, faço terço, ut iudicatum.

No feito do Provedor, e Irmaõs da Misericordia, contra Dona Emerenciana de Almeida, Escrivaõ Antonio de Aguiar Vilalobos, onde se deu a sentença do theor seguinte.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelo Juiz de Fõra da Villa de Santarem, em adjudicar ametade dos prazos sõmente á Misericordia, e ametade á viuva appellante, e em mandar se partisse sõmente o dinbeiro, ouro, e prata, que a viuva appellante deu a inventario, e em outras parcelas de sua sentença. Porém nas mais de que os appellantes se queixaõ foy por elle menos bem julgado, revogando nestas partes sua sentença, cumprase o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos e como delles consta deixar Diogo da Fonseca de Almeida os bẽs de sua terça ao defuncto seu filho, para delles lhe mandar dizer hum annal de Missas em cada hum anno pela sua alma, e de sua mulher, com tal condiçaõ, que os taes bens se não poderiaõ vender, trocar, nem alhear, e que andassem sempre juntos, e vinculados, para delles se tirar a pensaõ para as Missas, das quaes palavras todas se argue ser a mête do testador querer fazer morgado, principalmente dizendo em seu testamento, q̃ dos ditos bens faz terço, o qual como estava feito pela Ley, foy visto querer dizer, fazia morgado, aliás ficariaõ as ditas palavras sem nenhum effeito, e este se colbe tambem de não ser Letrado o testador, porque entre os que o não saõ, val o mesmo dizerem, que fazem terço, do que dizerem instituem morgado: além de que o dito testador disse, que andariaõ sempre os ditos bens vinculados, sendo certo, que conforme a commua accepçaõ, e ainda conforme a Ley do Reyno, morgados, e bens vinculados he o mesmo, e em huns, e outros se guarda a mesma fõrma de succeder. Por tanto julgaõ os bens da dita terça, por de morgado, e que pertencem ao terceiro appellante, como parente mais cbegado do ultimo possuidor. E mandaõ se lhe restituãõ com os fructos, desde o tempo da sua morte. E como outrosim os gastos, e despezas funeraes do corpo presente se devem, conforme a Direito, tirar da parte, e

bens do defuncto, com os lutos. Mandaõ, que delles se satisfacaõ os ditos gastos, e não de todo o monte dos bens do casal. E quanto ás dividas, que o defuncto, durando o matrimonio, mandou pagar a Dona Leonor, e aos Rendeiros dos dizimos da Azambuja, na parte que foraõ contrabidas antes do matrimonio. Mandaõ se paguem tambem pelos bens, que ficaraõ do dito defuncto, considerados antes de se fazer a divisaõ, e porque assim ficaõ os ditos bens fazendo mayor monte. Por tanto nesta fõrma haõ por declarada a sentença do Juiz, que manda tirar estas dividas de todo o monte; e da mesma parte dos bens do defuncto, mandaõ se tira o legado de 50U. deixados, ou remetidos a Manoel Duarte, isto porém depois de dividida a herança, porque della, conforme a Direito, se devem pagar os legados, e assim deve ficar esta quinta menos na parte do defuncto, para que a sua disposiçaõ não fique prejudicando á viuva appellante. E no que toca ás dividas cõtrabidas pelo dito defuncto antes do matrimonio, mandaõ se tirem, e paguem da sua parte, e bens considerados, antes da cõmunicacaõ, e de se fazer a partilha, porque assim deve ser, conforme a Direito, para se guardar a igualdade, que se requiere na sociedade entre marido, e mulher. E quanto aos bens, que o defuncto vendeo da terça de seu pay vinculada em morgado, que pertence ao terceiro appellante, lhe deixaõ seu direito reservado, para os poder vendicar; e o mesmo reservaõ á Misericordia appellante, sobre o prazo de que tomou posse Manoel de Almeida Negraõ, e sobre os sonogados de dinbeiro, ouro, e prata, se entender o tem. E pague a Misericordia appellante duas partes das custat dos autos, e a viuva appellante huma, em que os condẽnaõ. Lisboa 27. de Janeiro de 1684. Doutor Maya. Lopes Oliveyra Freire.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Tres appellantes in hoc processu numerantur fol. 361. & cum diversa querimonia sigillatim, à nobis de his agendum est. Appellatrix D. Emerenciana de Almeida primo conqueritur ex iudicis sententia, dum decrevit omnia bona vinculata per testatorem Didacum da Fonseca de Almeida cum onere Missarum ad Sanctam Domum Misericordie Oppidi Albicastrensis tamquam bona maioratus pertinere: in hoc dubio duæ opiniones Doctorum existunt, pro parte affirmativa sunt; quos testert Pegas forens. cap. 4. n. 224. pro negativa, quo ex tali onere Missarum vinculum maioratus non inducatur, stant DD. quos idem Pegas numerat in d. cap. 4. num. 225. vi.

vifisq  
gatis  
Doct  
maior  
26 Casti  
quod  
quod  
cula  
maior  
quen  
3 &  
num.  
in ill  
quit  
nis i  
abfq  
27 finiu  
ibi:  
Miss  
nos d  
cept  
re fa  
veru  
ter  
bon  
quit  
ut f  
tem  
cis  
par  
Or  
dul  
pra  
12  
tat  
dic  
no  
in  
pr  
gu  
et  
ni  
a:  
tr  
in  
d  
J  
t  
d  
c  
A  
c  
J  
vi.

visisque Doctoribus pro utraque parte allegatis, mihi magis arridet in præſenti opinio Doctorum tenentium, quod ex tali onere maioratus conſiderari non poteſt, etiam ſi  
 26 *Caſtill. lib. 2. quotidian. cap. 22. num. 43.* dicat, quod ſufficit ad maioratum inducendum, quod teſtator dicat, quod certa bona vinculabat, licet non dicat, quod volebat facere maioratum, nam unum pro alio accipitur, quem ſequitur *Aug. Barbos. lib. 2. vot. 72. n. 3 & 4 Fontan. de pact. nupt. tom. 2. dec. 525. num. 7* Nam viſo teſtamento fol. 48. tantum in illo teſtator bona tertiæ vinculatæ reliquit, ut annalle Miſlarum diceretur quotannis in perpetuum pro ejus, & uxoris anima abſque ulla vocatione deſcendentium, aut aſſinium, niſi tantum filii, dicenda illa verba, ibi: *Pará delles ſe tirar a dita penſaõ para as Miſſas.* In his terminis eleganter dicit *Reynos observ. 68. num. 33.* hoc eſſe nudum præceptum nulla cauſa, & ratione expreſſa, favore familiæ, ubi etiam dicit quod procedit, & verum eſt, etiam ſi teſtator alienationem aliter factam infirmaverit, & quamvis dicta bona ſemper indiviſa maneat, non ex eo ſequitur, quod ſunt maioratus, ſed ad effectum, ut ſemper ſint indiviſa ad maiorem ſecuritatem implendi onus, ut in rebus emphyteuticis obſervatur, præſtando hæredibus ſuam partem per æſtimationem juxta formam *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 23.* & quando ſumus in dubio, an bona ſint maioratus, ſemper libera præſumuntur, ut tenet *Azeved. conf. 18 num. 12.* Suffragatur pro hac parte diſpoſitio teſtatoris *Andræ de Almeida fol. 52.* ubi bona dictæ tertiæ ſanctæ domui nominavit, quod non eſſet, ſi dicta bona maioratus eſſent, quia in hoc caſu illa nominatio nullum effectum producere poſſet, cum ad proximum conſanguineum dicta bona devolverentur, quod etiam dicendum non eſt ex ſupradictis rationibus, de qua cauſa firmiter teneo, illa bona æſtimari debere, & ſanctam domum appellatrici medietatem ſuam reddere, ſic revocata in hac parte Docti Judicis ſententia, & ex iſſdem fundamentis excluſus manet appellans *Joſeph da Sylva.*

Secunda querimonia conſiſtit in declaratione ſententiæ, quod expentæ funerales deducantur ex toto acervo. Attamen hoc eſt contra juris diſpoſitionem, & doctrinam, *Val. de part. cap. 19 num. 48. ad fin.* ibi: *De corpore hæreditatis, hoc eſt de hæreditate deſuncti, non vero de toto acervo.* Quia appellatrix deſuncti hæres non eſt, ſed tamquam ſocia ad eam medietas pertinet juxta *Ord. lib. 4. tit. 46 Gabriel Pereir. dec. 53. per tot.* Et ita jam per ſententiam noſtri Senatus à nobis

prolatam decretum reperitur, ut cernitur fol. 382. revocetur etiam in hac parte judicatum.

Quoad tertiam circa debita 100U. D. Leonori, & 123U520. debita conductoribus vectigalium ex oppido de Azambuja, dicta debita contracta erant ante matrimonium, ut ex documentis fol. 222. apparet, quod debitum 100U. contractum fuit ante matrimonium, aliud debitum 123U520. contractum reperitur ab anno 1665. uſque ad annum 1678. ideo facta liquidatione per arbitros ab anno 1665. uſque ad annum 1675. totum quod fuerit liquidatum, deducatur ex parte ſanctæ domus; ab anno vero 1675. uſque ad 1678. deducatur ex communi acervo, quia in iſtis tribus annis jam matrimonium erat celebratum, ideo hac declaratione revocetur ſententia.

Quoad quartam juſta eſt appellatricis querela; nam legatum à teſtatore relictum deduci non debet ex toto acervo, ſed ex parte teſtatoris, ut tenet *Val. de part. cap. 19. n. 15. & 32.*

Deveniendo ad ſecundam appellationem ſanctæ domus viſo documento contractus dotalis fol. 65. & clauſula in eo poſita fol. 70. verſ. nullo jure illius querela eſt ſulta, nam dubitare non licet de contractus validitate ſecundum diſpoſitionem *Ord. lib. 4. tit. 46. in princ.* & ſatis voluntas teſtatoris in dicta ſcriptura demonſtratur, quod voluit appellatricem caſu, quo illa ſupervixiſſet, omnes emphyteuſes æſtimari, & medietatem habere, non obſtante *Ord. lib. 1. tit. 95. §. 1. & tit. 96. §. 24.* Nam dictæ Ordinationes procedunt, quando contractus in contrarium non appareat, & pactum tamquam lex obſervatur, *L. fin. Cod. de pact. conv.* & eſt vulgare. Nec in contrarium dici poteſt, quod dictum pactum contra diſpoſitionem legis nullum eſt, hoc in præſenti non datur, quia pactum dictæ ſcripturæ eſt validum, & firmum manſit poſt obitum mariti, maxime quando eſt in favorem dotis, & ideo teſtator recognoſcendo hanc veritatem, quod tantum ſanctæ domui reliquit emphyteuſes ad eum pertinentes, ut cernitur ex verbis, ibi: *Que lhe pertencem,* fol. 85. His conſideratis, junctisque perorationibus Docti Patroni à fol. 380. ſententiam Judicis in hac parte laudo.

Circa debita contracta ante matrimonium Judex ſecundum formam *Ord. lib. 4. tit. 95. §. 43.* decrevit, & quotidie ſervatur in Senatu.

Quoad tertiam querimoniaſuper valore bonorum quod teſtator vendidit ex bonis tertiæ patris, mihi juſta videtur ad evitandos circui-

circuitus, nam dato quod sancta domus jus habeat ad dicta bona reivindicanda, semper appellatrix est obnoxia ad solvendam suam partem pretii, quod emptoribus adjudicatum fuerit, & illorum pretium augmentum ca sali dedit.

Circa decretum Judicis prolatum, in quo tantū pecuniam ab appellatrice confessatam scribere iussit in inventario, sed aliud appellans ostenderit, jus ei reservatum maneat ad petendam dictam pecuniam tamquam sonogatam, sic confirmato, & revocato Judice. Ulyssipone 6. Augusti 1683. Freyre.

Despiciamus etiam nos de singulis erroribus a dversus sententiam partitionum confirmatoriam objectis.

Circa primum, Emerenciana vidua bona trientis soceri Didaci nullo vinculo maioratus teneri, sed potius alienabilia, atque divisibilia esse contendit. Sanctæ autem Misericordiæ confraternitas, licet illa etiam à vinculo maioratus libera dicat, indivisibilia tamen, & inalienabilia esse probare nititur. Denique Josephus defuncti proximior cognatus illa maioratus subjugata esse affirmat, proindeque ad se pertinere satagit.

Mihi autem Josephi placet intentio, verba namque Didaci in testamento suo fol. 51. quæ iterum atque iterum legi, & sedulo, ac attente consideravi, in alium sensum trahi non posse videntur; ait enim testator d. fol. 51. vers. *Toda a fazenda que tenbo na Villa da Azambuja, e a que tenbo na Villa de Veiras de cima, nomeio tudo, e disto faço terça, se me couber, e cabendome mais, se avinculará a esta minha terça alguma fazenda mais livre.*

Prosequitur deinde: *E assim mais se annexará á dita minha terça o Casal da Malhada.* Post nodum autem fol. 52. sic ait. *Os quaes bens da dita terça se não poderão vender, trocar, nem escambar, nem fazer delles algũ contrato, para andarem sempre juntos, e vinculados, para delles se tirar a dita pensão para as Missas.*

Notanda imprimis sunt verba illa: *E disto faço terça.* Sufficeret utique testatori dicere, quod trientem in illis, vel his bonis filio relinquebat, sed tamen alio modo disposuit dicens, *faço terça disto.* Hoc est, constituo ex his bonis trientem, seu tertiam, quid ergo sibi voluit, cum triens ipse à lege jam constitutus fuisset, ut testator de illo libere disponderet? Ego certe cum videam testatorem dicentem, *e disto faço terça*, nihil aliud intelligo, nisi, *e disto faço morgado*, alioquin nihil faciebat; verba autem testantium, ut aliquid operentur, semper intelligenda sunt,

*L. si quando in princip. ff. de leg. 1. L. generali §. 1. ff. de usufr. legat. L. 1 ff. ad municipal. & cum multis plenissime Castilb. lib. 4. cap. 38.*

Agnosco facile fuisse testatori, sicut dixit, *faço terça*, dicere, *Faço morgado.* Hoc tamen indulgendum est ejus ignorantia, cujus verba non sunt captanda, sed adjuvanda, aliter enim testatoris idiotæ, aliter periti interpretanda est sententia, *Molin. in præfat. ad tract. de primogen. num. 5.* Ego certe multoties inveni idiotas maioratum nomine tertiarum nuncupare.

Pergit autem testator, & ait: *E cabendome se avinculará a esta minha terça.* Et ulterius postquam enixissime alienationem prohibuit, adjicit alia verba: *Para andarem sempre juntos, e vinculados.* Quæ sane sola, quamvis alia deficerent, utique sufficerent, sicut enim quando testator maioratus mentionem fecit, licet nil aliud exprimat, maioratum constituere censetur, ita similiter quando vinculi mentionem fecit, hæc enim verba maioratus, & vinculum synonyma sunt apud homines litterarum ignaros, & idem plane significant, unde in similibus omnino terminis ait *Azeved. ad rubric. tit. 7. lib. 5. recop. num. 5.* se in facti contingentia consultum respondisse, quod cum pater tertium, & quintum filio donasset ex causa dotis per viam vinculi, maioratum constituisse videtur, cum de consuetudine idem de vinculo, atque de maioratu judicetur, sequitur *Castilb. quotid. controv. lib. 2. num. 42 & 43.* ubi quod idem valet mentio vinculi, atque maioratus mentio, & latius multis aliis laudatis idem *Castilb. lib. 5. tom. 6. cap. 143. num. 19. & 20. Aug. Barb. lib. 2. vot. dec. 72. numer. 4.* ubi quod maioratus, & vinculum de consuetudine, & communi usu loquendi idem significant.

Maxime autem nostra hæc probatur sententia per *Ord. lib. 4. tit. 100. in rubric. ibi: Porque ordem se succederá nos morgados, e bens vinculados, e §. 1. ibi: No morgado, e bens vinculados, & in §. 2. ibi: E nos morgados, e bens vinculados, & in §. 4. na successão dos morgados, e bens vinculados.* Ex quibus sane mihi plusquam manifestum est idem esse maioratum instituire, atque bona vinculare, præterea idem esse vinculum, atque maioratum, & quod caput est sicut in bonis maioratus, & quod caput est sicut in bonis maioratus subjectis, ita etiam in bonis vinculatis succedendum esse. Cum ergo nemo inficiari possit testatorem Didacum bona tertiarum vinculo subjecisse, consequens fit, dicendum necessario maioratum constituisse, in iisque tamquam in maioratu succedi oportere. Unde

Unde non obstat autoritas quamplurimum, qui ex simplici onere; Missarum maioratum non esse constitutum tenent, prout etiam neque ex simplici præcepto de non alienando, longe enim se res habet in hac hypothefi, seu ex supradictis evidenter ostenditur; atque id circo revocata Judicis sententia, trientis bona Josepho proximiori cognato jure maioratus delata judico.

Secundum errorem corrigendum etiam cenfeo, prout placet præcedenti Domino, & ita quotidie judicamus, & expresse tradit *Valasc. de partit. cap. 23. num. 13.* etiam in expensis de corpo presente, unde fortius in aliis.

Circa tertium errorem Judicis sententiam probo, non solum propter ejus fundamenta, sed etiam propter ea, quæ subijciam, quando de tertio errore à Misericordiæ confraternitate opposito agam.

In quarto cum præcedenti Domino convenio.

Nunc autem ad errores à Misericordiæ fodalitate objectos veniamus. Primus error opponitur, ex eo quod Judex bona emphyteutica, tam perpetua, quam nominationis æqualiter dividi jussit inter viduam, & eandem fodalitatem defuncti hæredem. Hanc autem Judicis sententiam duobus argumentis oppugnare nituntur fodalitatis patroni. Primo quia cum lege cautam sit, ut communicatio, quoad bona emphyteutica non extendatur, non potest contrahentium pacto aliud effici. Secundo quia licet defunctus, quando nuptias contrahere voluit, communicationem ejusmodi bonorū faciendam promississet, attamen cum postea in testamento fodalitatem nuncupasset hæredem, & in emphyteuses nominasset, hæc sola ultima nominatio attendenda est.

Verum neutrum ex argumenti viribus constat; non primum, quoniam nulla lege cavetur, ut non possint contrahentes pacto efficere, ut communicatio non solum quoad libera, & allodialia bona, sed etiam quoad emphyteutica saltem per æstimationem contracta intelligatur; immo optimum argumentum deducitur, ex *Ord. lib. 4. tit. 46. in princip.* Ubi cum communicatio lege ipsa inducatur, subdit tamen aliud dicendum fore, si aliud paciscantur contrahentes; si ergo pactum sufficit ad derogandum communicationi à lege inductæ, cur etiam non sufficiat ad eam confirmandam, & augendam, ut comprehendat etiam bona emphyteutica.

Non etiam secundum, quia præter argumentum, quod in contrarium deducitur ex *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1. juncto Pereir. decis. 9. &*

*Pinbeir. de emphyteuf. disp. 6. à num. 76.* tria alia urgent. Primum, quia ex parte fodalitatis non ostenditur, emphyteuses ejus esse qualitatis, ut defuncto variare liceret, juxta terminos *Ord. lib. 4. tit. 37. in princip.* Secundum, non sumus in terminis duarum nominationum, sed in quodam pacto dotali, quod minime in testamento revocari potuit, cum sui natura irrevocabile sit. Tertium, quia inspecto testamento fol. 61. vers. haudquaquam probatur testatorem à pactis dotalibus recedere voluisse, quia solum jussit, ut bona omnia, tam libera, quam emphyteutica ad se pertinentia distraherentur, quod quam longe stet à revocatione contractus dotalis, seu juris, quod ex eo uxori acquisitum fuit in bonis emphyteuticis, nemo æqui non videat. Confirmetur ergo in hac parte Judicis sententia.

Secundus error, ex eo quod Judex æs alienum ex solo semisse mariti deducendum decrevit, quippe quod contractum fuerat ante matrimonium, corrigendus est. *Ord. namque lib. 4. tit. 95. §. 4.* in cujus intelligentia plerique caligant, haud quaquam probat, quod post divisa bona ex solo semisse debitoris præfatū deducatur æs alienū, sed aliud longe diversum, nempe quod ad illud alter conjux non teneatur: igitur priusquam ad divisionem deveniatur, patrimoniumque in duas æquales partes scindatur, ex parte debitoris æs alienum solvendum est, aliàs enim injustissima esset communicatio, & societas pene leonina, quippe si cōjux debitor plus habuisset in patrimonio, prout in præsentī, nihil sane magis iniquū foret, quam quod alter conjux semissem integrum ex ejus bonis sequeretur, quin ad æs alienum contribueret, cum tamen vulgatissimum si juris disterium, quod bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno, *L. subsignatum §. bona ff. de verb. signif.* Per contrarium sit conjux debitor minus in patrimonio habuisset etiam sequeretur absurdum, quod ex cōmunicatione melior efficeretur creditorum conditio, & vere quidem alter conjux, qui plus habuisset, ad eorum solutionem contribueret, quod est contra legis dispositionem, item & facile efficeretur, ut in multis casibus jus creditorum deterius fieret, quippe qui ex sui debitoris bonis sibi satisfacere possent ante communicationem, & divisionem, ex quibus dempto dimidio minime fortasse poterunt. Igitur ita intelligenda est ordinatio, ut æs alienum ex bonis debitoris solvatur, consideratis ante cōmunicationem, atque ita antequam divisio fiat, ne si non sufficiant, alter conjux de suo teneatur, & ita illam legem, licet non omnibus

his propositis rationibus interpretatur *Pe-reir.* videndus omnino *dec. 86. num. 7.* æs ergo alienum mariti ex ejus, & non ex uxoris bonis deducatur secundum legis dispositionem, sed hoc intelligatur, antequam in duas partes dividantur, post vero solutionem, seu deductionem divisio fiat, & communicatio, & ita Judicis sententia reformetur.

Tertio errori, de quo fol. 385. non esse deferendum cenſeo; ergo tertiam jure maioratus Josepho adjudicavi, cui competit jus vendicandi bona alienata, & similiter nihil hoc circa emphyteusim, quam possidet Emmanuel, judicare debemus, quippe qui in hac lite pars audita non fuit, jure reservato fodalitati, ut adversus eum agat.

Denique circa ultimum errorem occultatæ pecuniæ cum præcedenti Domino convenio. Ulyssipone 10 Septembris 1683. Lopes Oliveyra.

Quamvis præcedentes juris peritissimi, pariterque amantissimi Collegæ sententiam Judicis revocent, & videantur conformes, attamen dissentientes inveniuntur, primus namque dominus maioratum negat, secundus vero maioratum affirmat fuisse constitutum, cujus placito adhæreo; nam in præſenti non solum onus Miſſarum invenitur, sed plurimæ conjecturæ, ut dictus secundus dominus, ut moris est sui, ex verbis dispositionis erudite deducit, & quoties inveniuntur conjecturæ, licet expresse non disponatur, non tantum onus Miſſarum, sed etiam maioratus constitutus præsumitur, & hæc est communis Doctorum resolutio, quam tenet *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 5. aliis 9. Pelæes de maiorat. q. 5. Menoch. de arbitr. cas. 496. num. 9.* cum plurimis tenet *Castill. controv. tom. 4. cap. 18. num. 7. & 17.* Sive tales conjecturæ deducantur ex verbis dispositivis, sive ex enuntiativis.

Et quoad me sufficiebant illa verba: *Se não poderão vender, trocar, nem escambar;* nam ista non dicunt relationem tantum ad onus Miſſarum, quantum ad maioratus constitutionem, quia si dicamus, quod testator voluit, ut securius suffragia adimplerentur, dicta bona semper essent indivisa, hoc privilegio gaudet prædictum onus; nam bona quavis per æstimationem dividantur, attamen unita, & indivisa ad unum solent transire possessorem, igitur amplius debent prædicta verba operari, & nil aliud est, nisi vinculum, & maioratum constituere; hæc ex superabundanti, nam omnia commulata à sapienti Domino in paucis inveniuntur.

In secundo conveniunt in revocationem, & Ego convenio.

In tertio primus dominus ad distinctionem recurrit, secundus vero absolute sententiam confirmat, quam quidem confirmare placet absque ulla distinctione.

In quarto revocat uterque Judicis sententiam, & certe revocatione indiget.

Videamus de erroribus à totalitate sanctæ Misericordiæ allegatis. Primum non audiunt præcedentes Domini, neque Ego.

In secundo vero discedunt; primus quippe est in confirmatione; at secundus in revocatione manet sententiæ; in qua ardua, difficilique materia, visa dispositione nostræ legis, non est mirum, quod in diversam tendant viam, sed mihi securior videtur, quam secundus elegit, & hanc in Senatu Portuensi jam sequutus fui in alia simili causa, quia nunquam mihi placuit post factam divisionem communium bonorum debita ante matrimonium contracta deducenda esse ex parte tantum debitoris, quando illius bona ad maiora suppetunt, & ex illis alter conjux sibi in divisione aliquam partem consequitur, ut in præſenti demonstratur; ordinationis namque diversa fuit mens, & diversimode à cõmuni usu debet intelligi, aliter enim magna sequerentur absurda, & injustitiæ, ut præcedens dominus considerat.

In tertio tandem primus sententiam infirmit, secundus dominus, cum maioratum judicasset, nil de idit, item ego, qui eandem maioratus constitutionem amplexus fui, nihil invenio resolvendum in dicto errore, nisi tantum jus reservare, ut secunda deliberatio reservat.

Quoad æs scriptum in inventario, & à testatore declaratum concordans sumus, ut dividatur tantum, quod scriptum invenitur à vidua, contra illam tamen reservato jure. Ex dictis à me liquet cum secundo domino convenire in omnibus. Ulyssipone Decembris 20. 1683. Moraes Sarmento.

Et si testator utatur verbo, *remaneat*, an inducatur erectio maioratus, aut fideicommissi perpetui, affirmant *Decian. cons. 33. num. 98. lib. 1. Peregrin. cons. 23. lib. 4. & cons. 50. num. 6. lib. 5.* Ubi etiam inquit verbum hoc tantum operari, quantum operatur verbum *in perpetuum*, ut ex *Menoch. Fusar. tradit Carol. Anton. de Luca in add. ad Gratian. forens. cap. 285. num. 12. vers. verbum. & vers. verba*, quod verba denotantia actum momentaneum, non inducunt fideicommissum, aut maioratum successivum, aut perpetuum, ut sunt verba, *pervenire, transire, succedat*, & ibi explicat, & alios allegat.

Ratio est, quia quando inquit, *facio maioratum*, consequenter explicat formaliter, & expref-

expres  
propria  
ff. act.  
ea prae  
judicii  
cap. cu  
oper. l  
non  
nantur  
& con  
expres  
quent  
Con  
do co  
posita  
gular  
turam  
verbo  
conf. 1  
& con  
num.  
quen  
quæ  
Jeu ce  
ciscie  
fend  
part  
S  
fago  
perp  
gum  
tur,  
funt  
ratu  
ver  
cue  
tu,  
di,  
62  
cle  
gra  
4.7  
fin  
fu  
lic  
di  
ti  
de  
q  
p  
n  
b  
t  
F  
y



exprefſe omnes qualitates, quæ ex natura propria verborum continentur, *L. exemplo ff. ad. empt. ibi: Quod si nihil convenit, tunc ea præſtabuntur, quæ naturaliter inſunt huius iudicii poteſtate, L. cum quid 3. ff. reb. credit. cap. cum Ferariensis 9. de conſt. L. quoties de oper. libert. ideo dixit Bald. quia verba, quæ non ſint determinata formaliter, determinantur naturaliter, ſecundum naturam rei, & contractus, & quod naturaliter inest, pro expreſſo debet haberi, quaſi ipſa natura loquente.*

Confirmatur à ſimili de feudis, quia quando conceditur feudum, absolute intelligitur poſitæ in conſeſſione omnes conditiones regulares feudi, ſecundum ſuam propriam naturam, *Cap. 1. §. ſin. quid ſit inveſt. ubi gloſſ. verbo addenda, & ibi Afflict. num. 7. Loſred. conſ. 1. numer. 127. Menoch. conſ. 1. num. 312. & conſ. 18. numer. 71. Franciſc. Sonsbek p. 4. num. 3. ubi præſtat rationem in verbis ſequentibus: Natura enim proprii feudi eſt, quædam qualitas feudis à princip. innata, ſeu cognata, ex qua virtus contractus proficiſcitur, & regulariter ſemper cenſetur in eſſe feudo, niſi per pactum contrarium ab adverſa parte probetur, Paris. conſ. 23. n. 26. vol. 1.*

Secunda conjeçtura reſultat, ex verbo, *facio Capella para ſempre, facio Capellaõ perpetuam, cum vocatione filiorum, & conſanguineorum.* Et licet ulterius non progrediat, ſi inſtituens eſt nobilis, & bona relicta ſunt in quantitate, dicitur inſtitutus maioratus, & idem importat verbum Capella, ac verbum maioratus, de quo ſupra, & promiſcue hiſ utuntur DD. pro iudicando maioratu, tam reſpectu vinculi bonorum, quam modi, & formæ ſuccedendi, ex *Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53. tenet Ægid. in L. 1. Cod. ſacroſ. Eccl. 5. p. §. 2. num. 16.* & ita iudicatum fuit in gradu reviſionis, in cauſa de qua ſupra *cap. 4. num. 340. & ſeqq.* Ubi inveniuntur doctiſſimæ deliberationes, ex quibus ita iudicatum fuit, & hæc mihi verior videtur reſolutio, licet aliud iudicaretur in cauſa, de qua *Nos diximus in comment. ad Ord. tom. 7. ad lib. 1. tit. 87. §. 4. num. 83. & ſeqq.* Ubi etiam duæ doctiſſimæ deliberationes inveniuntur, in quibus conciliantur opiniones, ita ut prima procedat, quãdo ultra verbum Capella inveniuntur vocationes; & ſecunda, quando verbum Capella eſt nudum, & abſque ſubſtitutionibus, de qua re vide ſententiam ſeq.

No feito de Antonia de Caſtro, com o Provedor, e Irmaõs da Miſericordia, Eſcrivãõ Lourenço Correa de Torres, ſe deu a ſentença ſeguinte.

*Vistos eſtes autos, libello da A. Antonia de*

*Caſtro, contrariedade dos Reos, o Provedor, e mais Irmaõs da Miſericordia deſta Cidade, provas, documentos, e mais papeis juntos, por parte da A. ſe moſtra, que caſãdo Gregorio Lourenço com Maria Borges de Vasconcellos na Ilha de S. Tiago, fizeram bõa eſcritura, em q̃ ambos ſe obrigavaõ das duas partes de ſeus bens fazer huma Capella com certa obrigaçãõ de Miſſas in perpetuum, e que hum ſuccederia ao outro, e que o ultimo, que ficaffe, ordenaria a dita Capella na fõrma que quizesse, como da eſcritura junta ſe deixa ver, e que morrendo a dita Maria Borges ſe fez logo Capella, e vinculo das duas partes de ſeus bens, conforẽ ſeu teſtamento, e eſcritura, em a qual ſuccedeo ſeu marido, que caſando ſegunda vez na meſma Ilha com Catharina Monteiro, morrendo primeiro que ella, e ſem filhos, acabou de preſazer a dita Capella, com as duas partes de ſeus bens, e nella nomeou a dita ſua mulher em ſua vida, e que por ſua morte ſuccedeſſe nos bens aſſim vinculados a filha mais velha de ſeu cumbado Gonçalo da Cal, avo della A. e naõ ſendo viva, ſuccedeſſe o filho mais velho, que della ficaffe, e que os taes bens ſe naõ podeſſem nunca alhear, e que o dito filho mais velho da dita Joanna da Cal, poderia da dita Capella diſpõr, como lhe pareceſſe, o que ſe moſtra pelo teſtamento do dito Gregorio Lourenço, e que na fõrma da inſtituiçãõ poſſubio a tal Capella a dita Catharina Monteiro; e por ſua morte Angela da Cal, filha mais velha de Gonçalo da Cal, chamada na inſtituiçãõ, ſuccedeo nella, e tendo duas filhas, caſou huma dellas, por nome Maria da Cal, com o Licenciado Antonio Vaz Correa, e lhe dotou a dita Capella, o que conſta pela eſcritura de dote, e que por a dita Maria da Cal vir a morrer ſem filhos, paſſara a ſua irmã Ignez da Cal a ſucceſſãõ da dita Capella a qual a logrou muitos annos. e por tambem naõ ter filhos, fez huma nulla doaçãõ della á ſanta Caſa da Miſericordia deſta Cidade em 2. de Março do anno de 1662. o que conforẽ a Direito naõ podia fazer, por ſer de bens de morgado de familia, e geraçãõ, e ainda que nella ſuccedeſſe o filho mais velho de Angela, a quem o inſtituidor dava poder para nomear, eſte nunca ſe exiẽdia a outra peſſoa, nem ſe podia nomear peſſoa, que naõ foſſe da familia: mais ſe moſtra, que movendo ſe demanda ſobre eſta Capella aos Reos, elles ſe defenderãõ, que eſta Capella era de familia, e como tal naõ podia paſſar a eſtranhos, quaes eraõ as peſſoas, q̃ os demandavaõ, pelo qual fundamento forãõ abſolutos na primeira, e ſegunda inſtancia, e que pelos taes forãõ ſempre conhecidos, lhes*

naõ pertencia a dita Capella, e elles mesmos o publicavaõ, e finalmente se mostra, que a *A.* he netã legitima de Gonçalo da Cal, filha de humã sua filha, sobrinha de Angela da Cal primeira chamada, prima de Ignez da Cal, ultima possuidora, e naõ só he mais proxima em grãdo, mas a unica pessoa desta familia, pelas quaes razoes lhe pertence a successãõ desta Capella, e devem os Reos ser condemnados a abrir maõ della, e lha restituir com os fructos da individa occupaçaõ até real entrega. Pelos Reos se mostra q̃saõ administradores da dita Capella, por virtude de humã doaçaõ, que Ignez da Cal lhe fez, o que livremente podia fazer pela liberdade, que o testador lhe deu, que poderia dispor como quizesse, cuja tẽçaõ se naõ deve entender querer fazer Capella, e de familia, porque se essa fora a sua vontade, apodia declarar em seu testamẽto, em os quaes termos he visto carecer a *A.* de auçaõ contra os Reos, e devem ser absolutos. O que tudo visto, com o mais dos autos, disposiçaõ de Direito, e como pela escritura a fol. 30 se mostre que contratando se para casar Gregorio Lourenço com Maria Borges, se ajustaraõ, que naõ havendo filhos de entre ambos, de todos seus bens fariaõ humã Capella, e só poderia tirar as suas terças, para dellas dispor como quizessem, e que por morte de qualquer delles ficaria por instituidor hum do outro, a qual Capella se effectuou com certo encargo de Missas perpetuo como entre si tinbaõ acordado, e constar que por falecer primeiro a dita Maria Borges, succedeo na dita Capella seu marido Gregorio Lourenço, que casando se segunda vez com Catherina Monteiro, por naõ terem filhos, a nomeou em sua vida por administradora da dita Capella em seu testamento, e que por morte da dita sua mulher, succederia nella a filha mais velha de seu cunhado Gonçalo da Cal, e naõ sendo viva, o filho mais velho da dita sua sobrinha, e conforme a Direito, chamando o testador em falta de descendentes a filha mais velha, descendente de seu cunhado Gonçalo da Cal, foy visto instituir morgado, por ser a sua natureza na successãõ perpetua entre os da familia, maiormente que se acha em os testamentos dos instituidores a fol. 34. & 29. que annexando á dita sua Capella alguns escravos, e certas rezas, declarar que em nenhum modo se albeem, e sempre se conservem, e de tal sorte, que morrendo algumas daquellas pessoas, serãõ obrigados os administradores a pôr, e encher o numero, com que sempre o disposto pelos ditos instituidores se observe, e prohibindo os testadores em sua disposiçaõ albearem se em parte os bens, bem mostraraõ, que foy o seu

animo instituir morgado, e conservar para sempre o seu nome, e de crer he, que se a sua tẽçaõ naõ fora fazer vinculo perpetuo, senaõ cansaraõ em prohibir expressamente a albeaçaõ, a qual ainda que generice a naõ fizessem, sempre conforme a Direito; se deve presumir, e esse foy o seu principal fim, por quanto se acha nestas disposicoens pelos testadores nomeada sempre em Capella a sua fazenda, e todas as vezes, que as pessoas, que naõ saõ rusticas, como as que instituirãõ esta Capella, se achaõ dizerem, que deixaõ seus bens com certo encargo de Missas em Capella, ou morgado, conforme a opiniaõ de muitos Doutores, he isto só bastante para se instituir morgado, ou Capella, e de Direito se presume dispor com todas aquellas clausulas, sem as quaes naõ pôde existir vinculo, além de que consta pela certidãõ a fol. 62. estarem os ditos bens julgados por morgado de geraçaõ, e familia, cuja sentença se confirmou na Relaçãõ, como se vê do Acordãõ a fol. 65. em o qual se deixou direito reservado á pessoa a que tocasse a administração da dita Capella, a qual sempre por tal foy tida, e possuida pelos descendentes de Gonçalo da Cal, cunhado do instituidor, e como conforme a Direito, Ignez da Cal ultima possuidora desta Capella, sendo humã mera usufructuaria em nenhum modo podia fazer mais que em sua vida doaçaõ dos ditos fructos á Santa Casa da Misericordia da Capella, a qual por sua morte havia hir ao parente mais chegado da dita ultima possuidora, e ainda que o instituidor dava poder ao filho de Angela da Cal, para dispor como quizesse, este poder nunca podia passar na dita Ignez da Cal, e quando nella passasse sempre havia de nomear pessoa da geraçaõ, por que sempre se deve presumir, que o instituidor havia mais amar a seu sangue, principalmente havẽdo nelles nomeado a principio, e nem a sobredita podia nos taes pôr mais encargo, do que aquelles com que os instituidores os deixaraõ; com que julgo a dita doaçaõ por nulla, e os taes bens por de Capella de geraçaõ, e familia, e visto se mostrar, que a *A.* he prima da ultima possuidora, por serem as mãys irmãs, e a unica que se acha desta familia, julgo pertencer lhe a administração da dita Capella, e condemnãõ aos Reos, a que abraõ maõ della, e lhe restituaõ com os fructos da lide contestada em diante, visto por titulo de doaçaõ estarem de posse da dita fazenda. E paguem os autos, em que tambem os condẽno Leyria 18. de Agosto de 1681. Manoel Vidigal, de Moraes.

A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatium, ubi fuit confirmata à Judicibus: Lacerda Andrade Rua. Monteiro. Et

Et fu  
bus.

In de  
tilanda  
institue  
sultet:  
resulta  
effet,  
rem no  
institu  
admin

Qu  
ne infl  
resulta  
ctum  
relict  
& pro  
proba  
i. tit.

Egia  
cles. p  
esse,  
ditib  
tur, a  
duum  
five

præc  
certo  
faru  
servi  
verb

19 e  
adm

Glo  
nun

hæc  
ten

Ma  
ver

ver

43  
8.0

1.  
n

ne  
ne

la

ti

a

n

c

r

Et fundata in ſequentibus deliberationibus.

In deciſione huius iurgii duo tantum ventilanda veniunt, primum, an ex diſpoſitione inſtituentium; maioratus, an vero Capella reſultet: ſecundum, an dato, quod maioratus reſultaret, an ultimo illius poſſeſſori facultas eſſet, ut ad talem maioratum adminiſtratorum nominare poſſit, ex eo ſcilicet, quia ab inſtituente Catharinæ primo loco vocatæ, & adminiſtratici talis data fuit facultas.

Quoad primum affirmarem in diſpoſitione inſtituentis, non Capellam, ſed maioratum reſultare, ex eo ſcilicet, quia non quota fructuum bonorum vinculi adminiſtratoribus relicta invenitur, ſed omnes illorum fructus, & proventi illo tantum onere Miſſarum, quod probatur ex deciſione *Regiæ ſanctionis lib. 1. tit. 62. §. 53.* agunt *Gam. dec. 224. num. 9.* *Ægid. in repetitione L. 1. Cod. de ſacroſ. Eccleſ. p. 5. §. 1. num. 16.* Ubi definit maioratum eſſe, quando inſtituens dixerit, quod ex redditibus bonorum certæ aliquæ Miſſæ dicantur, aut quævis onera perſolvantur, & reſiduum maneat penes ipſum adminiſtratorum, ſive etiam quamvis inſtituens dixerit, quod prædicta bona poſſeſſoribus relinquit cum certo Miſſarum onere, aliarumve piarum cauſarum, quod etiam comprobant *Reynof. obſerv. 68. num. 4.* *Pereir. dec. 30. & 31.* *Cardof. verb. maioratus num. 5.* *Themud. dec. 78. num. 19 & 20.* Sed non ita erit, ſi quota fructuum adminiſtratori relinquatur, aſſerit, & affirmat *Gloſſator Barb. ad d. Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53. num. 1.* Quod etiam ex eo confirmatur, quia hæc inſtitutio facta fuit anno 604. & ex ſola temporis antiquitate maioratus conſervatur, *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. numer. 49. verſ. controverti etiam ſolet,* *Lara de anniverſ. lib. 1. cap. 5. num. 46.* *Surd. conſ. 240. num. 43.* *Gam. dec. 215. num. 1.* *Grat. dec. 24. numer. 8.* *Cabed. dec. 221.* *Peregr. lib. 1. conſ. 1. ex num. 1.* *latius Fontanell. tom. 2. clauſ. 6. p. 2. gloſſ. 3. n. 41.* Et ſic ſuppoſito quod ex tali inſtitutione maioratus reſultet, ad ſecundam quæſtionem devenire debemus.

In varias opiniones dividitur DD. ſchola, tenent aliqui permiſſionem illam facultativam nominandi primo vocato conceſſam ad ſucceſſores alios non tranſire, huius opinionis eſt *Pereir. dec. 21. num. 3.* qui *num. 4.* citat *Greg. Lop. in L. 32. verbo no valdrá, verſ. advertite tit. 9. art. 6.* contrarium affirmant *Molin. de primog. lib. 3. cap. 5.* *Pelaes de maiorat. p. 2. q. 6. num. 278.* *Gam. dec. 206. num. 5.* *Phæb. p. 2. dec. 209. aliás 109.* *Molin. de juſt. tom. 3. diſp. 593. num. 15.* *Cabed. p. 2. dec. 153.* *Caſtill. tom. 5. quotid. cap. 87. numer. 17.*

*Larr. dec. 31. num. 19.* diſtinguit inter formam, & modum inſtitutionis, ſi quando diſponens ſubſtitutiones facit, ut in præſenti ſubſtitutione inſtituens fecit, & lineas conſanguineorum vocat, tunc ſi primo vocato proprio nomine injungit electionem, perſonalis exiſtimatur, & ad alios ſucceſſores non tranſit; quando autem nullas fecit ſubſtitutiones diſponens maioratus inſtitutor, & ſucceſſori primo vocato jus elegendi tribuit, ad omnes tranſit, & hac diſtinctione tranſit etiã *Amaya in L. nullus Cod. de Decurion. lib. 10.*

Mihi autem ea videtur ſecurior ſententia, quæ facultatē eligendi primo conceſſam ſequentibus denegat, niſi voluntas diverſum ſuadet, & verior ex eo, quia iſtiusmodi facultas non competit ſucceſſori jure proprio ſibi competenti, ſed nomine alieno, nempe inſtituentis, qui eam conceſſit, & in utilitatem alterius, nempe ſucceſſoris eligendi, quo in caſu magis eſt, ut credamus, inſtituentem ipſum induſtriam perſonæ reſpexiſſe, quam in ſequentibus exploratam non habuit, atque ita extincta perſona illa, ſecurior eſt, legitimo ſucceſſori ſecundum naturam, & legem maioratum adjudicare, quam electionem admittere, ita cenſuit *Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. num. 62.* ubi addentes eadem amplectuntur ſententiam, *Amaya in L. nullus 60 Cod. de Decurion. lib. 10. n. 21.* eleganter *Olea de ceſſ. jur. tit. 3. q. 1. n. 42.*

Utrum vero huic reſolutioni obſtare poſſit allegatio, quod conſuetudo ſuccedendi ex nominatione poſſeſſorum pervaluerit, ex qua dubia maioratus inſtitutio interpretatur: negative reſpondetur, requiritur enim ſpatium 30. vel 40. annorum interveniente duplici ſucceſſionis actu, *Molin. de primogen. lib. 2. cap. 6. numer. 1. & 7.* *Cabed. dec. 131. numer. 3.* *Pereir. dec. 21. n. 8.* Igitur Judicis ſententiam confirmarem. Ulyſſipone 29. Januarii 1682. Monteiro.

Ab anno 1588. hic maioratus ſuam trahit originem, & ſic non Capella vocari debet, ut manet ſupra, & ſedulo explicatum, & circa hanc materiam ſatis, & doctiſſime dictum, quapropter non tranſcribo, quod DD. relati in deliberatione copioſiſſima, & proſperis orationibus.

Et quando hoc negotium non fuiſſet adeo conſpicuum, jam hic maioratus, ut talis, & ex duobus ſucceſſionis actibus præſcriptus cenſetur, quia modus vocationis convenit in totum cum forma ſuccedendi regulariter, comprobatur hæc mea reſolutio per modum additionis facta per *Val. conſ. 111. num. 8. & 13.* *Molin. 2. cap. 6. à n. 51.* *Caſtill. lib. 5. controverſ. cap. 93. §. 8. à n. 11. & 20.*