

in legato relicta, quod diversimodè procedit à nostro casu, cum illa electione semel facta completur legatum, & ita amplius variari non debet; at vero in nostro casu nominandi facultas non est relicta in vim legati, sed libere est data facultas nominandi ab institutoribus faciendā mortis tempore per verba supra considerata, succeder, in quibus terminis subintrat *Ord. dispositio in 4. tit. 37. in fin. princip.* ubi talis nominatio fit revocabilis. Neque etiam obstat allegatio de dote, cum prædicta *Ord. in §. 1.* ubi disponitur fieri nominationem in dotem datam irrevocabilem, quia respondeo cum verbis eius *Ord. ibi: Porém se a que tinha poder de nomear até morte, trespassar em sua vida em outra pessoa a causa aforada, por titulo de dote, ou por qualquer outro, trespassando na dita pessoa todo o direito, que na causa aforada tinha.*

760 Itaque ex prædictis verbis patet, quod necessario debet dari translatio, ut donatio fiat irrevocabilis, & tenent *Cald. de potest. eligend. cap. 4. num. 22. & conf. 12. num. 14.* ergo cum in nostro casu non constet de translatione domini, immo constet donantem maiusculum in se non habere per epistolam fol. 116. dicendum est, non fieri irrevocabilem prædictam nominationem, quod comprobatur, quia solummodo constat de nominatione (casu quo demus probatam existere) & in hac simpliciter facta, tantummodo datur quædam nominatio orta ex facultate à primo concedente data, ex doctrina *Cald. de extinct. cap. 1. num. 54.* quæ quidem nominatio non continet translationem, nisi tantummodo quandam animi declarationem, & nudam præpositi notitiam, quæ neque distractum, neque contractum supra natura importat per text. in *L. signare, & in L. 1. §. assignare ff. assignation. libertor Gam. decis. 137. Castill. tom. 5. cap. 8. à num. 4.* Ergo dicendum est esse revocabilem, & valere ultimo loco factam, & consequenter esse confirmandam puto.

Ultimo tandem cōtra A. facit, quod quamvis neutrum existeret, & quod daretur probatio legitima, quod tamen ex illa inferitur, est quædam promissio nominandi maiusculum facta in catalogo, de quo testes deponunt, & secundum jus pactum donationis, & eodem modo nominationis factæ per verba de futuro, v.g. donabo tibi talem rem, non producit obligationem, neque actionem, quam plurimos tradit *Pinel in L. 2. n. 2. cap. 3. numer. 36. Cod. rescind. Fachineus lib. 11. contr. cap. 24. Cost. in L. si ex cautione notatu penult. num. 5. Barb. 2. p. legis primæ ff. solut. matr. num. 2. Parlador. lib. 2. quotidianar. cap. 3. numer. 5.*

Mantic. de conjectur. tit. 5. num. 7. Quod et eo probatur, quia promittēs donare non donat, cum aliud sit facere, aliud promittere de faciendō, ex *Martial:*

Si donare vocas promittere, nec dare, Cai vincam te donis, muneribus que meis.

Sic etiam aliud est vendere, aliud promittere de vendendo, & ita aliud est donare, & nominare, aliud est promittere de donando, & nominando, & est text. in *§. 1. inst. de donat.* dum habetur donationes necessitatē habere traditionis ad exemplum venditionis plane venditio non habet necessitatem traditionis, nisi de præsete celebraretur; nam qui promittit vendere, non tenetur ad aliud, quam ad vendendum, & antequam vendat, non tenetur ad traditionem, argumento text. in *L. emptor ff. de act. empt. ut cum Dec. Tirac. Reminald. & alius tenet Pinel. ubi supra num. 21. junct. n. 28. Mantic. de tacit. lib. 4. tit. 32. n. 40.* Quidquid sit in pacto de retrovendendo pro eodem pretio: & ratio est, quia ex natura pacti aliud non debetur, quam vendere, sive merum, & simplex factū vendendi sit, ut notat *Mantic.* proxime post *Bart.* quem refert, & argumento text. in *L. 5. §. ult. ff. de curator. furios.* ergo etiam qui promittit donare de futuro, & ita nominare de futuro, ut in nostro casu, non potest ad aliud cogi, quam ad donandum, vel nominandum de præseti: ergo sicut venditio non habet necessitatem traditionis, ita donatio, & nominatio per text. in *L. si quis argentum 35. §. fin. Cod. donat.* ubi confirmatio ad exemplum venditionis facta fuit, & probatur ex verbis eiusdem text. per totum: ubi semper loquitur per verba denotantia actualem donationem, & considerat *Mantic. dict. tit. 5. dict. num. 7. de tacit. vers. 2. considero.* Ergo quando dantur verba de futuro, ut in nostro casu, aliud dicendum est.

Corroboratur hoc, quia donatio tripliciter considerari debet, primo, ut modus acquirendi, in quo nulla conventio datur, sed ab ipsa traditione facta donandi incipitur, ut in *§. per traditionem inst. de ver. divis. L. traditionibus Cod. de pact.* & similia: quæ quidem donatio non est contractus, sed tantum quidam modus acquirendi juris naturalis, seu gentium juxta text. in *dict. §. per traditionem,* ubi notant DD. Secundo consideretur donatio, prout est contractus, quo casu dupliciter considerari potest, & celebrari, vel promittendo in futurum donare, & hic est secundus modus, quo donatio consideratur, & hoc modo non potest dici verè, & propriè contractus donationis, sed solum pactum de donando juxta iam dicta, vel donando, traditione tamen nondum interveniente, v.g. quando dicitur

dicitur
modus,
verò dif
modum
utitur,
ad tradi
tit, und
senti,
tent, q
tur eni
tus §. a
omnes
sing. n
tit. 1. n
ne cele
tur, tan
nation
donat.
tro cas
confir
Docto
Idem
Et n
vendit
tio do
rem a
Cod. de
rol. al
lib. 4.
grad.
Portu
133.
cap. 2
Fons
53. n
num.
num.
de fia
dec. 2
urb.
22. n
tand
clara
tion
seff.
gatis
bari
per
cap.
in co
num.
42.
sa f
162 N
par
ton
tra
de

dicitur (dono tibi hanc rem) & est tertius modus, & in hac datur vera donatio. Ratio verò differentiæ inter secundum, & tertium modum, ea est, nam qui verbis præsentibus utitur, tradere videtur, cum verba apta sint ad traditionem, non vero qui donare promittit, unde nihil mirum; si magis verba de præsentem, quam de futuro donationem importent, quæ à traditione nomen accipit, dicitur enim donatio quasi doni datio, *L. Senatus §. donatio ff. de donat. causa mort.* notant omnes in *rubr. ff. de inst. de donat. ubi Minsing num. 5. Pichard. num. 20. Mantie. supra tit. 1. n. 1.* Et licet donatio, quæ stipulatione celebratur, per verba de futuro celebretur, tamen magis dicitur stipulatio causa donationis, ut in *L. si patronus 20. §. de illo ff. de donat.* quam absoluta donatio: & cum in nostro casu ita sit, idem dicendum est, Iudice confirmato. Ulyssipone 11. Februarii 1672. Doctor Carvalho.

Idem tenent Noronha. Oliveira.

Et merito, quia ad hoc ut competat reivindicatio, requiritur ex parte actoris probatio dominii, & ex parte rei possessio, *L. in rem actio in princip. ff. reivend. L. cum res 12. Cod. de probat. L. 1. Cod. alienat. judic. Noguerol. alleg. 20. n. 6. & 7. Mend. in praxi p. 1. lib. 4. cap. 2. n. 1. Reynof. observ. 6. n. 6. Altograd. conf. 9. num. 16. tom. 1. his non citatis Portug. de don. reg. tom. 1. prælud. 2. §. 1. n. 133. & ultra quos refer Otero de act. lib. 3. cap. unic. §. 1. n. 2. Pereir. dec. 25. num. 16. Fonseq. dec. 76. num. 6. Souf. de Maced. dec. 53. num. 4. Pereir. de Souf. de revis. cap. 96. num. 6. Mans. conf. 10. n. 8. Vela dissert. 19. num. 2. Menoch. conf. 725. num. 26. Peregrin. de fideicommiss. art. 45. n. 33. vers. rei, Surd. dec. 277. num. 2. Honded. conf. 22. num. 2. Girb. dec. 74. n. 8. & dixi in tract. de act. cap. 22. n. 9. & 10. & num. 13. quod ad intendendam hanc actionem requiritur probatio clara, & concludens dominii, & juris probationibus facta, ex *Pelegrin. in pract. civil. p. 2. sect. 3. subsect. 3. inters. 6.* ubi nullum ex allegatis allegat. Nam licet dominium possit probari conjecturis, & indiciis, argumentis, & per alios modos, de quibus diximus *Forens. cap. 5. n. 45. & seqq. L. indicia, & ibi Barb. in collect. Cod. reivendic. Gratian. cap. 188. num. 7. & ibi Add. Menoch. de arbitr. casu 42. num. 1. & seqq.* Et iudicatum fuit in causa sequenti.*

No feito de causa civil de libello entre partes como A. Joanna Maria Pimentel Soutomayor, viuva de D. Duarte da Costa, contra os herdeiros de Antonio de Soufa, e de Domingos Gonsalves RR. Escrivaõ

Manoel Gomes Machado.

Vistos estes autos, libello da Acontrariedade dos RR. replica, e treplica, provas dadas papeis, e documentos juntos. Mostrase por parte da A. assistente na Villa de Madrid, Reyno de Castilla, como tutora, e administradora de seu filho mais velho Dom Gaspar da Costa Soutomayor, que no testamento, com que Fernão Lopes faleceo no dito Reyno, instituiu de todos seus bens, assim dos que tinha neste Reyno, como dos que possuia no Reyno de Castilla, hum morgado, com expressa prohibiçaõ de albeaçaõ, e com varias vocaçoes para a successãõ delle, como se vê do dito testamento fol. 7. Mostrase, que por falecimento do dito instituidor succedeo neste morgado seu irmaõ Duarte Fernandes, succedeo seu filho Alvaro Fernandes da Costa, por cuja morte entrou na successãõ seu filho Dom Duarte Fernandes da Costa Soutomayor, marido que foy da A de cujo matrimonio nasceo o menor Dom Gaspar da Costa Soutomayor, immediato successor do dito seu pay, e a quem pertence a administraçaõ de todos os bens do dito morgado, dos quaes a A. em nome do dito seu filho está de posse, como consta da requisitoria fol. 22. Mostrase, que entre os mais bens, que o dito instituidor vinculou a este morgado, forã humas casas nobres, que tinha nesta Corte, defronte da Igreja de S. Nicolao, das quaes os AA. e seus antecessores, naõ tinãõ tomado posse, nem dos mais bens, que neste Reyno estavaõ, pertencentes ao dito morgado, em razãõ das guerras, que este Reyno teve com o de Castilla, cujo impedimento cessou pelas pazes, e em virtude da capitulaçaõ dellas se passou a dita requisitoria para effeito de se dar posse á A. dos bens, que neste Reyno haviaõse vinculados a este morgado, entre os quaes saõ as casas de S. Nicolao, que os RR. lhe naõ querem largar, e pedem sejaõ condenados, o que façaõ com os rendimentos da indevida occupaçaõ. Por parte dos RR. se allega, que sendo o dito Duarte Fernandes devedor a Diogo Luiz de Oliveira de dous contos, e quatrocentos mil reis, que sua mulher, e berdeira Dona Leonor de Tavora, querendo cobrar a dita divida, e pelo dito devedor estar ausente no Reyno de Castilla, e os bens, que tinha neste Reyno, estarem na represalia, citou o Procurador da Fazenda, e bouve sentença contra elle, pela qual se fez execuçaõ nas casas da contenda, por serem do dito devedor, e andando em pregaõ na praça, o R. originario Antonio de Sousa as arrematou, e tomou dellas posse, como consta da carta de arremataçaõ fol. 147. por cujo titulo as possuem os RR. e supposto que no testamento do dito instituidor se achãõ

estas casas vinculadas em morgado, com tudo, não consta, nem a A. prova com documentos, que estas casas fossem do dito instituidor, antes sempre foram tidas, e havidas por livres, e ainda que assim não fora, no mesmo testamento deo o instituidor facultade a seu irmão Duarte Fernandes, e a seu filho, para as poderem vender, e comprar outros bens do procedido dellas para annexar ao morgado: e por que conforme a Direito, a venda necessaria não defere da voluntaria, do mesmo modo que o dito Duarte Fernandes, e seu filho, podião vender as ditas casas, ficando a venda valiosa, pela facultade, que tinhão, podião também ser vendidas por mandado da justiça, como forão, e ficar essa venda valiosa, ex eo quod factum Judicis reputatur factum partis, quanto mais, havendo o dito Duarte Fernandes comprado o senhorio da Villa de Sorjeca no Reyno de Castella depois do falecimento do instituidor, que annexou ao morgado, com cujo valor fica bastantemente compensada a diminuição, que o morgado podia ter na venda das ditas casas, e satisfeita a clausula, com que o instituidor dava licença para se poderem vender: e assim, que por todas estas razões, como também por o A. haver sido herdeiro do dito Duarte Fernandes, devedor originario, não pôde impugnar a venda das casas, em que se fez execução para pagamento da dita divida, em que os RR. tem feito muitas bemfeitorias, e pedem absolvição do pedido pelo A. em seu libello. O que tudo visto, e o mais, que dos autos consta, e disposição de Direito, conforme a qual, sendo o dito instituidor senhor das casas, de que se trata, como elle declara em seu testamento, e se prova das inquirições do A. nem os RR. mostrão contrario, e vinculando-as a este morgado, não podião ser vendidas pela divida de nenhum dos successores, sem embargo da facultade, que deo o instituidor para se poderem vender, por quanto essa venda podia ter lugar sómente naquella caso, em que o instituidor a permitia, e feita em outra forma, já era contra a disposição do testador, e como tal nulla, por que a disposição de Direito, pela qual factum judicis reputatur factum partis, entende-se sómente nas vendas, em que as partes podem cobrar livremente, e não naquellas, que se devem regular pela vontade do instituidor, e assim não tem lugar no caso presente: nem a Villa, que o dito Duarte Fernandes comprou depois da morte de seu irmão, que annexou a este morgado, consta o comprarse com o seu dinheiro, antes do dito testamento, e inquirição da A. se prova o contrario, e que foy comprada a dita Villa com o procedido de trinta mil cruzados, que o defunto dei-

xou em dinheiro de contado para se empregarem em bens para o morgado, e ainda que o A. fosse herdeiro do devedor originario, com tudo não intenta esta aução, como seu herdeiro, mas como successor particular, o qual não está obrigado ás dividas de seu antecessor, e pôde livremente reivindicar estas casas, como administrador do morgado, a que estão vinculadas. Por tanto julgo por nulla a rematação, que os RR. nellas fizeram, e mandaõ as restituãõ á A. com os rendimentos da lide contestada até real entrega, para a cujo effeito hey a lide por contestada do tempo que os RR. vierão com as razões fol. 146. que elles mesmos offercerão por contrariedade: e a A. pagar á aos RR. as bemfeitorias uteis, e necessarias, que tiverem feito nas ditas casas, as quaes se compensarão com os ditos rendimentos, que tudo se liquidar á na execução da sentença. E paguem os RR. as custas. Lisboa 1. de Fevereiro de 1676. João Coelbo de Almeida.

A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatū, & fuit confirmata cum declaratione sequenti.

Acordão os do Desembargo & c. Foy bem julgado pelo Desembargador Juiz Commissario em reivindicar a rematação, e condenar aos RR. abraõ maõ das casas da contenda, e as aeixem livres aos AA com os rendimentos, com os quaes se compensarão as bemfeitorias. Cumprase sua sentença por seus fundamentos, e o mais dos autos, com declaração, que os rendimentos se orçarão pelo em que as casas costumavaõ andar de aluguer ao tempo da rematação, e se computarão desde o tempo em que o A. entrou na posse do morgado, e as bemfeitorias se avaliarão pelo tempo, em que as ditas casas forem entregues ao A. E reservão aos RR. seu direito para pedirem o preço, que deraõ pelas cosas, a quem direito for. E paguem os RR. as custas dos autos. Lisboa 28. de Abril de 1678. Pereira. Doutor Freyre. Quifel. Pinheiro.

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Sedulo ponderavi hunc processum: & mihi videtur quæstio problematica. Unde in favorem magis R. inclino.

Contentionis ædes quidam testis à fol. 330. vers. ait. se ignorare, cujus sint, testes vero fol. 340. vers. & 345. asserunt spectare ad dominium Ferdinandi Lopes fundatoris maioratus, de quo sermo est, alii tamen testes fol. 388. vers. & 389. vers. 392. vers. ad dominium Eduardi Fernandes perhibent attinere. In hac contrarietate plus credo iis ultimis testibus affirmantibus Eduardum dominium in præfatis ædibus habuisse, maxime cum nullus

nullus
simili
specta
do ag
tur de
res C
cap
Pinbe
68. al
de re
66. Qu
bitor
& ve
ta z
qui e
& ve
tenta
67. U
nanc
dica
stitu
ra f
has
alia
inst
liqu
mai
emp
For
bita
par
loc
Re
gar
im
nia
im
rop
ff.
Su

768

ni
&
d
p
fi
m
i
t
c
l
r
t
l

nullus titulus emptionis, v g. donationis, vel ſimilis oſtendatur, quo conſtet de dominio ſpectante ad dictum Ferdinandum, & quando agitur de reivendicatione plena requiritur domini probatio, ut cum *Bald in L cum res Cod de probatou. tenet Caſtr. 2. p. lib. 4. cap 2. n. 1. Valasc de jur. emphyt. q. 11. à n. 6. Pinbeir. de cenſ. & emphyt. diſp 8. ſect 5. à n. 68. aliter R. abſolvendus venit, L. ſin. Cod. de reivindic.*

766 Quo ſuppoſito: dictus Eduardus erat debitor pecuniæ, de qua in ſyngraphis fol 153. & verſ. unde pro tali debito juſte memorata ædes fuerunt addictæ à R. marito fol. 175. qui earum poſſeſſionem adeptus eſt fol. 179. & verſ. ſicque ex hoc capite ceſſat actio intentata.

767 Ultra hanc ponderationem: eſto, Ferdinando Lopes non videtur competere reivendicatio adverſus R. ex ſeqq. Primo, quia inſtitutione hujus maioratus fol. 15. verſ. libera facultas conceſſa fuit dicto Eduardo ad hæc ædes vendendas, & pretium refundere in alia bona vinculanda: conſtatque eundem inſtitutorem maximam pecuniæ ſumam reliquiſſe, ut fol. 11. verſ. ad bona emenda huic maioratui annectenda, & in effectu ad illum emptum fuit quoddam oppidum nuncupatū Fonſeca, patet fol. 366. cum ſeqq. & quis dubitat Eduardum in alenda familia aliqualem partem hujus pecuniæ conſumpſiſſe, in cujus locum pecuniam, quam mutuo accepit in hoc Regno, de qua in ſyngraphis ſupra, ſubrogandam eſſe neceſſum erat: ergo clauſulæ impoſitæ, videlicet vendendi ædes, & pecuniam refundendi in alia bona ad maioratum, implementum datū cenſetur, ex regula ſubrogati, de qua in *L. ſi cum §. qui injuriarum ff. ſi quis caut. L. un. §. 1. Cod. rei uxor. aff. Surd. deciſ. 35. n. 9.* & eſt vulgare.

768 Secundo magis preſſe. Certum eſt pecuniam, de qua ſupra, debitam eſſe ab Eduardo, & pro ſolutione, ædes contentionis fuiſſe addictas. Quæro, cur non erit ſolvenda hæc pecunia à ſucceſſoribus hujus maioratus, ſi ſunt uni ſideles in Chriſto, & ampliſſimum maioratum adepti ſunt, animam avi torqueri in Purgatorio quomodo patiuntur, ſi peccatum non dimittitur, niſi reſtituatur debitum, quando bona ſuperſunt. Si iſti ſucceſſores allegarent, bona maioratus non ſufficere ad eorum ſuſtentationem, & dignitatis conſervationem, aliqualis excuſatio ineſſet; verum hæc ceſſant, igitur in hoc ſpeciali caſu decernerem, locum non eſſe reivendicationi. Præcipue cum inſtitutor maioratus exiſteret in Regno Caſtellæ, & nulla apud virum R. notitia ineſſet talis inſtitutionis.

Si vero contrarium ſequatur, meliorationes ſuſtinendæ ſunt, tamquam factæ à vero domino tempore ædificationis, prout reputatur R. maritus, *L. non ideo minus ff. de reivendication. & reſtituendum eſt earum pretium ab A. æſtimandæque ſunt ſecundum tempus traditionis ædium, L. domos ff. leg. 1. Valasc conſ. 161. n. 10 & de partit. cap. 15. n. 115. & cap. 6 n. 14. Caſtr. loquens in meliorationibus factis in rebus maioratus 2. p. lib. 4. cap. 2. n. 4.*

770 Redditus tamen ædium ſolvantur (lata ſententia contra meum ſuffragium) à tempore litis conteſtatæ, A. ſecundum illam æſtimationem, quam ædes habebant tempore venditionis. Reformata ſententia. Ulyſſipone 5. Martii 1677. Doctor Tavares.

771 Actor in ædium vinculo civiliter fundatur, nam de eo mihi liquet, tam ex teſtamento fundatoris Ferdinandi, quam ex teſtibus à fol. 339. nam ex teſtamento patet, quod Ferdinandus expreſſe contentionis ædes vinculo ſubjicit, ut patet fol. 11. teſtes autem ſatis diſponunt, ædes in dominio fundatoris Ferdinandi fuiſſe, cum eas tamquam proprias habitaret, & poſſediret, unde licet de titulo, quo ædes habuit, non detegatur, non tam inſufficiens mihi videtur prædicta domini probatio, cum vinculatio, & diſpoſitio in teſtamento facta id perſuadeat in regula *text. in L. in re mandata Cod. mand. & per teſtes*, cum ratione illa poſſeſſionis, & famæ legaliter dominium probatur, *Mascard. de probat. 1. tom. concl. 548.* & non ſemper rerum domini adſunt tituli ſuarum rerum, cum multoties partitiones judicialiter non ſiant, ut ex illis acta oſtendantur, & facta judicialiter, ſicut & emptionum tya longiſſimo temporis curſu amittuntur, ut quotidie exprimitur, unde non ideo aliis modis eſt reſpuenda domini probatio, etiam ad reivendicationem, & hoc principaliter, quia ex parte Reorum concludens mihi non videtur probatio domini ædium in perſona Eduardi fundatoris fratris, & debitoris pecuniæ, ob quam ædes ſubſtatæ leguntur, quia ponderatis teſtium dictis à fol. 387. nullus aſſertive de dominio Eduardi deponit, ſed tantum, quod credebat liberæ eſſe ædes, & ab Eduardo poſſeſſas vidiffet, qui quidem deponendi modus judicantis iudicium non movet, ad credendum ædes Eduardi fuiſſe præcipue, cum iſte in ſuo ultimo elogio, neque aliter de huiusmodi ædibus mentionem fecit, aut de vinculo à fratre impoſito querelam propoſuit, quare fortius teneo, quod ædes ad Ferdinandi, & non ad Eduardi dominium ſpectarent, & ſimul, quod legitimum eſt ædium vinculum in teſtamento datum,

datum, de cuius fide, & veritate dubitationem non habeo, eo quod satis legalis eius transcriptio mihi ostendatur, cum omni solemnitate, quæ ad transumpta leges & DD. exoptant, ut late semel, ac iterum ponderavit illustrissimus doctus Patronus.

772 Ex quibus, cum ædes vinculatæ essent, minime à marito Reæ subhastari valebant iuxta vulgares traditiones, & cum Actoris filius nunc vinculi successor existat, ei jus est ad ædes vindicandas, *Carvalb. de testament. 2. p. num. 216.* & alii per *Peg. forens. cap. 4. n. 243.*

773 Neque moveor ex eo, quod fundator Ferdinandus in testamento fol. 15. facultatem concessit fratri Eduardo, & ejus filio, ut ædes contentionis vendere valerent, nam ea licentia fuit tantum elargita ad eum finem, ut ex ædium pretio aliæ res liberæ emerentur ad vinculum, & cum subhastatio ad solutionem debiti Eduardi facta legatur, jam alienatio non extitit facta secundum fundatoris præceptum, & ita cum deficiat utilitas maioratus in comparatione allodialium, extra dubium est, quod subhastatio à marito Reæ facta, numquam potest cadere sub licentia illa alienandi in testamento data, & ideo nulla, & invalida extitit, ex his quæ *Molm. lib. 3. cap. 4. à num. 2.* sicque necessario condemnandi sunt Rei ad ædium restitutionem confirmata sententia.

774 Sed utrum cum pensionibus à tempore subhastationis verius iudico, quia infirmata subhastatione ab eo emptore restituuntur, sic limitata *Ord. lib. 3. tit. 86. § 4. Reynof. obs. 56. n. 8.* sed quia Actor non ostendit plene se esse hæredem antecessorum, ad quos tamquam successores maioratus spectabant pensiones; ideo solum à tempore, quo Actor successit in vinculo, Reos ad pensiones condemnarem, eo addito, & declarato, quod à talibus pensionibus meliorationes factæ non fuissent.

775 Quod etiam intelligendum in fructibus, seu pensionibus iuxta valorem ædium tempore subhastationis, non vero in pensionibus meliorationum, quia isti ad meliorantes spectant, ita ut neque cum melioramentis compensentur, *Britto de locato 2. p. rub. §. 3. n. 45. Mend. 2. p. lib. 3. cap. 21. u. 182. Pinb. de emphyt. disp. 3. sect. 2. à n. 57. Val. q. 25. n. 26. Gam. decis. 364. Val. cons. 83. num. 20. Reynof. obs. 56. num. 15. nam Ord. lib. 3. tit. 86 §. 5.* procedit in fructibus rer. & non meliorationum, quarum dominus est meliorans, & ad eum tamquam dominum debent spectare.

776 Sed an cum pensionibus ædium iuxta valorem temporis subhastationis sint compen-

sandæ meliorationes in ædibus factæ: affirmat *Ord. d. §. 5.* & ego sequor, & necessario declaranda sententia in pensionibus iuxta valorem ædium illo tempore, quo ad tempus, quo æstimandæ sunt meliorationes, convenio cum primo domino sapientissimo, ex eo quia tamquam dominus melioramenta fecit Reæ maritus, ex *Carvalb. Pereir. & aliis per Peg. ad Ord. lib. 1. in articulis pacis gloss. 43 num. 48.*

Quid dicendum circa ædes, præsertim, quod pro ædibus Reæ maioratus dedit? Et sane rigor juris est contra RR. cum non ostendant Actorem esse hæredem in solidum hæredum Eduardi, sed æquitas non postulat, ut Rei compellantur litigare in iudicio Hispanico, ubi Actor domicilium habet pro pretio consequendo, & ideo, si placeat, quod æquitas præferatur rigori, conferam, præcipue, quia non deficit fundamentum. Primo ex testamento fol. 474. ubi Eduardus certe annexavit bona vinculo & cum prædictis instituentis possessor queat conveniri, nil mirum, si Actor condemnetur ad restitutionem pretii. Secundo quia in replica fatetur in parte fuisse hæredis hæredem, & casu, quo hæres pro ea parte, valet ad pretium condemnari. Ulyssipone 24. Decembris 1677. Doctor Freyre.

Ego etiam cum sapientissimo domino secundo loco deliberante, tam ex testamento institutionis, quam ex testibus à fol. 339. iudicarem ædes contentionis esse vinculo obnoxias; quamvis enim non ostendatur, nec detegatur titulus, quo eas institutor habuit, testes tamen deponunt ædes in dominio fundatoris fuisse, cum eas tamquam proprias habitasset, & possedisset, & hæc mihi videtur sufficiens domini probatio, præsertim, cum vinculatio in testamento facta à fundatore id persuadeat: igitur additionem nullam iudicarem, & Reos condemnarem in restitutione ædium cum fructibus, scilicet pensionibus à tempore, quo Actor in maioratu successit, quia additione nulla, & invalida existente omnes fructus cum ipsa re indistincta repetuntur, & videantur *L. si prædium, L. non solum, L. prædiorum Cod. de prædiis, & aliis rebus minor. Reynof. obs. 56. n. 8.* & non à tempore subhastationis, quoniam, ut inquit doctissimus proximus dominus, Actor non ostendit plene se esse hæredem antecessorum, ad quos tamquam successores maioratus spectabant pensiones, quorum hæredibus jus reservarem.

Et meliorationes sustinendæ sunt, tamquam factæ à vero domino tempore ædificationis, prout reputatur Reorum maritus, & pater,

pater
neces
per. L.
n. 18.
Nig.
& §.
fionib
tion
solu
catur
nio a
vind.
posit
iplis
co su
tu in
80 Q
liora
min
Ord.
& el
81 Q
inve
netu
hære
plic
rede
rem
per
nis
pon
82 L
tra
test
tur
ven
qui
tio
ton
& c
ter
in
fo
83 ne
te
de
F
de
ce
m
p
P
ce
p
i
c

pater, & eis ſolvendæ ſunt, tam utiles, quam neceſſariæ ab Actore. *L. plane ff. de hæredibus per. L. domum Cod. de reivend. Valasc. conf. 83. n. 18. Cardos in praxi verbo melioramento n. 2. Nig. de except. cap. 8. § 4. à n. 1. & § 9. à n. 1. & § 26. n. 33 & ſunt compensandæ cum pensionibus ædium perceptis ex ipsis meliorationibus, Barb. 1. p. L. divortio § fin. n. 49. ff. ſolut. matrim. Gam. deciſ. 364. n. 1. ubi iudicatum tradit Pereir. deciſ. 47. n. 8. quæ opinio aperte colligitur ex L. ſumptus ff. de reivind. & ex Ord. lib. 3. tit. 86. § 5. cujus diſpoſitio procedit in fructibus perceptis ex ipsis meliorationibus, ut intelligit Pereir. loco ſupra citato, & ita iudicavimus in Senatu in ſimili controverſia.*

780 Quoad tempus, quo ſunt æſtimandæ meliorationes, convenio cum ſapientiffimo domino, ex notatis per doctiffimum Peg. ad Ord. lib. 1. in art. pacis gloſſ. 43. n. 48. late, & eleganter Nig. diſt. cap. 8. § 30. n. 3. & 12.

781 Quoad pretium ædium reſtituendum non invenio fundamentum, quo Actor condemnatur, quia Rei non oſtendunt, eum fuiſſe hæredem debitoris in ſolidum, neque in replicatione Actor directe fatetur, ſe eſſe hæredem hæredis, quare eum non condemnarem, præcipue cum Rei per reconventionem pertium non poſtulaſſent, quibus in terminis condemnationi non erat locus. Ulyſſipone 22. Januarii 1678. Quifel.

782 Licet dominium teſtibus probari poſſit, ut tradit Mascard. de probat. concl. 548. incipit teſtes, & etiam indiciis, & argumentis probetur, ut eſt text. in L. indicia 19. Cod. de reivend.

Tamen in præſenti non invenio indicia, quibus probetur dominium ædium contentionis apud Ferdinandum maioratus inſtitutorem, probatio etenim, quæ offertur ab Actore, conſiſtit in duobus teſtibus ſecundo, & tertio productis à fol. 340. & in aſſertione inſtitutoris in teſtamento, & inſtitutione fol. 11.

783 Teſtes iſti non reddunt ſufficientem rationem, ut dominium probent, & eam reddere tenebantur, etiam non interrogati, ut eis fides adhiberetur, non enim ſufficit dicere Ferdinandum poſſediſſe illas ædes, Mascard. de probation. diſt. concl. 548. n. 5. per ſimplicem namque poſſeſſionem non probatur dominium, nec ſatis erat dicere teſtes, ipſum poſſediſſe dictas ædes, ut ſuas, tenet cum Paul. Caſtr. Alex. Soccin. & aliis Mascard. concl. 540. incipit dominium non probari per ſimplicem poſſeſſionem n. 3. & quamvis id Mascard. ſupra num. 4. referat aliorum opinionem tenentium contrarium, intel-

ligitur, ſi teſtes deponant ſe vididiſſe Titium poſſediſſe pro domino decem annis, vel potius per tempus ſufficiens ad præſcribendum, ex L. ſiquis emptionis 8. §. 1. Cod. de præſcription. 30. Cyriac. contr. 258. n. 45. Quod hic teſtes non deponunt, & ita per eos non probatur dominium.

Et eodem modo non probatur aſſertione 784 Ferdinandi inſtitutoris fol. 11. licet enim aſſertio teſtatoris, quando ſumus in antiquis, probet in bonis ejus fuiſſe ea, quæ aſſerit eſſe ſua, ut per Mascard. concl. 778. incipit ſuperius n. 14. hoc intelligitur quoad legatarios, ſeu fideicommiſſarios, quoniam ſi teſtator viveret, non poſſet reficere quæſtionem domini legatariis, ſeu fideicommiſſariis, propterea quod allegaret turpitudinem ſuam, ſecundum Gloſſ. in Leg. cum res verb. in vacuum Cod. de probat. Mascard. proxime n. 15. vel etiam, quod hæredem poſt aditam hæreditatem non confeſto inventario, quia non poterit dicere teſtatoreſ fuiſſe mentitum, ut cum Bald. & aliis Mascard. proxime n. 18. & 19.

Verum quoad alios non probat teſtatoris aſſertio, ut in præſenti tenent Bald. & Alex. ex Mascard. n. 17. Peregr. de fideicommiſſ. art. 44. n. 20. verſ. item aſſertio.

Accedit, quod quando probationes imper- 785 feſtæ ad domini probationem admittuntur, eſt dum agitur de antiquis, quod in præſenti verificari nequit, quia non inveniuntur lapſi quadraginta anni, qui temporis lapſus ad minus requiritur, ut cum multis Peregrin. de fideicom. diſt. art. 44. n. 18. Valenz. conf. 105. n. 24. Cyriac. contr. 700. n. 3.

Quod corroboratur, quia hic agitur, an 786 ædes eſſent Ferdinandi inſtitutoris, aut ejus fratris Eduardi, qui ejuſdem fuit hæres, ac maioratus adminiſtrator, & idem debitor condemnatus, & virtute ſententiæ ædes prædictæ ſub haſta venditæ fuere Reo originario, & cum ſit contentio, an ædes fuiſſent iſtius, vel illius fratris, nec ſatis probetur dominium in Ferdinando, quia etiam ex teſtibus Rei à fol. 388. probatur poſſeſſio in Eduardo vivente fratre, ſequitur Reos eſſe abſolvendos ex defectu probationis, L. officium 9. ff. de reivind. Ex quibus, & aliis à docto patrono perpenſis pro appellantiſ ſententiam revocandam dicerem. Ulyſſipone 25. Februarii 1678. Vanveſſem.

Satis, & eleganter de juſtitia utriuſque li- 787 tigantis eſt diſceptatum, mihi vero circa probationem domini, ſuper qua maior eſt dubitatio, potius arrident primum, & ſecundum ſuffragium, illud enim conſtanter capit mens mea, domos, ſuper quibus lis eſt, ad Ferdinandum

dum maioratus fundatorem spectare, cum viderim ejus fratrem Eduardum vinculum non impugnavisse, quinimo ei paruisse non dubitatur, & quamvis in iudicio reivindicacionis possessor alieni domini exceptione uti valeat, tamquam agentis juris exclusiva, ut eleganter tenet *Barb. in L. si aliena 12. n. 4. & 77. ff. solut. matrim.* Attamen, quin ille à quo causam habet possessor, dominum suum non esse recognovit, parvi ponderis reputari debet talis exceptio, vel defensio, nisi alia concurrant, quibus res diversis terminis constituatur, & cum in præsentem Eduardus vinculum in ædibus impositum pateretur, quasi dominium suum non esse, immo fratris fundatarii profitendo, iuste non existimo Reos tentavisse huiusmodi defectu actionem inefficacem reddere.

788 Et licet Actoris testes maiori ex parte non nisi de possessione Ferdinandi deponant, quæ quidem licet domini sit inductiva, ex *Mascar. de probationib. concl. 540. n. 22. Mend. lib. 3. cap. 21. num. 38.* tamen plena probatio non reputatur, argumento *text. in L. naturaliter § nihil commune ff. de acquirend. hereditate, L. qui petitorio ff. reivindic. & insuper licet in reivindicacionis iudicio plena tantum domini, & non conjecturalis admittatur probatio, per ea, quæ *Bald. in L. indicia n. 3. Cod. de reivindic. & in L. cum res n. 10. Cod. de probationib. Menoch. lib. 6. conf. 576. num. 7.* tamen in præsentem licet titulus nobis non exhibeatur, quo Ferdinandus dominium fuit consecutus, qui quidem necessarius videbatur ex notatis à *Valasc. de jur. emphyt. quest. 9. num. 3 & quest. 14. num. 6. Surd. dec. 260. num. 11.* ipsum ex jam notatis dominium fuisse existimo, sæpe enim sæpius titulus non requiritur, sed sufficit possessio, quin annectatur fama, ut notat *Barb. dict. leg. qui aliena 12. n. 86.* Eo maxime cum præcitati Actoris testes fol. 340. & 345. de simplici possessione non deponant, sed verum fuisse dominium Ferdinandi asseverent.*

789 Sic dominio apud Ferdinandum probato, vinculoque in ædibus imposito, nulliter sub hasta venditionem Reæ viro fuisse factam, est indubium, & ad Actorem pertinere ædes, utpote maioratus successorem, indubitabilius, cætera namque, quibus Rei tentant actionem aufugere, satis in deliberationibus præcedentibus sunt restricta, & ideo cum primo, & tertio dominis doctissimis cõvenio quoad restitutionem ædium cum fructibus à tempore, quo devoluta fuit successio: qui quidè liquidabuntur juxta ædium æstimationem, attento tempore subhastationis, ut secundo domino visum fuit, & isti cum meliorationi-

bus compensentur, harum enim fructus ad meliorem pertinere, securius duco, ut secundus tenet dominus, & ad recuperandum subhastationis pretium indistincte RR. jus reservarem, poterunt enim magis eo uti contra creditricem virtute obligationis personalis contractæ in scriptura fol. 55. & 56. Ulyssipone 20. Aprilis 1678. Pinheiro.

Quid mihi de duobus tantum dicere incumbit, omnia enim alia, quæ in hoc processu discussa sunt ab amplissimis, doctissimisque patribus in deliberationibus aureo exaratis stylo, & ad Cleantis lucernam elucubratissimis resolvuntur; secundus liquidem, tertius, & quintus additionem rescindunt, in meliorationibus, tempore quo RR. Actoris possessionem demiserint æstimandis: convenient primus, secundus, & tertius, fructus scilicet mercedem domuum, ex illarum locatione obvenientes, juxta additionis tempus fore computandos, omnes ferme statuunt, sed Actori à tempore, quo ipse maioratus, cujus vinculo dictæ domus complectuntur, possessionem adeptus sit, secundus, tertius, & quintus autumant. Duo ergo adhuc pendent, omnes meliorationum fructus cum ipsis sint compensandi. Et quisnam Reis pretium, quo dictæ ædes sub hasta venditæ sunt, refundere teneatur.

Quoad primum meliorationum fructus cum ipsis non esse computandos, ultra copiose à secundo domino citatos, tenent expresse *Cald. de emptione cap. 27. n. 75.* ubi hanc opinionem in hoc Regno usu, & praxi receptam affirmat, *Gusman. de evict. q. 20. n. 50.* pluribus suo de more laudatis *Castill. de usufruct. cap. 57. n. fin. Fachin. contr. lib. 11. cap. 23. Gratian. forens. cap. 193. num. 3. Marescot. var. 2. cap. 112. n. 37.* & plures alii, quo magis tædiosum, quam difficile esset recensere.

Quoad secundum Actorem ad pretii non teneri refusionem opinor: agnoscimus eum hæredem non probari, & ita fructus à tempore tantum adepto possessionis iudicamus, quo pacto conciliari poterit, ut qui ad lucrandos fructus hæres non sit, ad restituendum pretium pro hærede iudicetur. Quin etiam nos additionem rescindimus, quasi Actor pecuniam, in cujus solutionem cessit pretium domuum, non deberet: ergo quem admodum ipse, si solvisset, quasi indebitum repetere poterat, ita & RR. poterunt ex *reg. text. L. cum quis 38. §. 1. & §. de peculio ff. de solutionib. explicat Valeron. de transact. tit. 4. q. 6. à n. 55.* solutio enim, quæ liberationem non producit (ut in præsentem, quia non debebatur ab Actore) producit tamen condi-

tionem contra eum, cui solutum est, & ideo cum secundo domino RR. jus indistincte reservarem, sed quia eximius magister secundo suffragatus loco, huius articuli resolutionem ad Senatum reservavit, ego etiam in Senatu conferam. Ulyssipone 25. Aprilis 1678. Pereira.

No feito de Henrique Pestana Travassos contra o Procurador da Fazenda de Sua Magestade, Escrivaõ o da Fazenda Luiz Gomes Pinheiro, se deo a sentença seguinte.

Acordaõ &c. Vistos estes autos, libello do A. Henrique Pestana Travassos, contrariado do Procurador da Fazenda, documentos juntos, e prova dada. Mostrase instituir Martin Ferreira hum morgado no anno de 1468. ao qual vinculou as casas, em que vivia na Praça da Palha, e a sua quinta de Malapados, junto á fonte do Louro, termo desta Cidade, e que sendo Antonio Travassos possuidor, e administrador deste morgado, lbe foraõ as ditas propriedades tomadas para os proprios por huma fiança que fez. Mostrase succeder o A. no dito morgado, por morrer sem descendentes o dito Antonio Travassos, e o A. ser seu sobrinho filho de seu irmão Henrique Pestana, pela qual razão trata de reivindicar as ditas propriedades, por quanto a arrematação que dellas se fez, não podia ter effeito alem da vida do dito Travassos, nem podia prejudicar ao Autor seguinte successor, que não recebe delle os ditos bens, mas da mão do primeiro instituidor. O que tudo visto, e o mais que dos autos consta, e como por parte do Procurador da Fazenda se não mostra cousa, que de condenação o releve, o condenaõ largue, e restitua ao A. os ditos bens com os fructos da demanda contestada em diante, que se liquidarão na execução, e lbe deixaõ reservado seu direito, contra quem entender que o tem. E seja sem custas por ser entre o Procurador do dito Senhor, e seu vassallo Lisboa 19. de Agosto de 1652. Marchaõ. Sousa. Monteiro.

793 Attamen sequendo deliberationes doctissimorum Senatorum, qui victi fuerunt, & non eruditissimorum Dominorum, qui victores evaserunt, constanter salva parte Senatus, & illorum, mihi magis arridet opposita resolutio, secundum quam, ut Actor possit in hac actione obtinere, tenetur agens ex sua parte probare dominium concludenter, alias Reus possessor venit absolvendus, ex L. fin. Cod. de reivindic. & ibi Aug. Barb. in collect. Mend. in praxi 2. p. lib. 4. cap. 2. n. 1. Et iudicatum fuit in causa, de qua infra n. 95.

794 Neque obstant, quæ adducta doctissime fuerunt à sapientissimis Senatoribus, qui victores fuerunt, quia ultra considerata ab aliis

sapientissimis, qui fuerunt victi: conjecturæ solum admittuntur, quando agitur incidenter, & per exceptiones de dominio, non vero quando agitur principaliter de reivindic. per actionis viam, tunc namque non præsumptivè, & per indicia probari debet, sed vere, & plene ostendi debet, prout concludunt, & notabiliter distinguunt DD. & Bart. in L. quidam in suo n. 4. ff. cond. inst. cui consentit Bald. in L. cum res n. 10. Cod. de probation. Mascard. concl. 538. n. 2. & seqq. & maxime n. 6. cæteris præstantius Paul. Emil Veral. dec. 280. Rot. Rom. p. 1. vers. dominium, quando agitur de reivindicacione, necesse est, ut probetur plene, sequitur Cocin. dec. 69. per tot. Anton. Faber in suo Codic. sub tit. de prob. dif. 69. n. 11. Gratian. forens. tom 4. cap. 678. n. 8.

Et non solum Actor debet probare suum 795 dominium, sed etiam sui antecessoris, Bart. in L. emptor fundi ff. pro empt. Capic. Galeot. tom. 2. contr. 53. n. 18. & 19. Noguero. alleg. 20. n. 12. Cancer. p. 1. var. cap. 15. num. 62. Surd. conf. 160. num. 11. & nos diximus tom. 1. forens. cap. 5. num. 54. Capyc. Latro conf. 113.

Non sufficit enim in hoc casu possessionis 796 probatio, nec dispositio antecedens, prout tenet Cyriac. forens. contr. 178. n. 57. & 58. Parela de instr. edit. tit 1. resol. 3. §. 2. n. 79. & 80. Idem Cyriac. contr. 653. n. 30. Neque etiam fama, Galeot. tom 2. d. contr. 53. n. 15. 16. & 17.

Nam licet possessio profit ad dominii probationem, L. quidam in suo, ubi gloss. ff. cond. 797 inst. Valasc. de jur. empb. q. 9. n. 13. vers. ex quo, Almeida. de num. quin. alleg. 5. n. 3. Girurb. de feud. §. 2. gloss. 9. n. 9. & observ. 116. num. 26. & alii apud Castejon alphabet. jurid. verb. dominium n. 5. Hoc intelligitur, quando incidenter deducitur, ut fatentur citati, non vero quando principaliter, & ideo non sufficit probare dominium de præterito, sed de præsentis, ut notat Mend. 2. p. d. cap. 2. n. 1. vers. nec.

De probatione enim dominii antiqui, & 798 de præterito non resultat probatio dominii de præsentis, ut sentit communiter Gloss. & interpretes in d. L. cum res Cod. de probat. Bart. in L. quidam in suo n. 4. vers. aut ad probationem ff. de conditionib. institution. Pariz conf. 27. n. 128. & conf. 104. num. 8. lib. 1. Cornev. conf. 63. lib. 3. Mascard. conclus. 536. n. 6. Tusc. lit. D conclus. 611. n. 124. ad quod debent ponderari verba text in d. L. officium 9. ff. reivindicat. ibi. Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere; textus enim non loquitur per

per verba, *fuisse*, de præterito, sed per verbum, *esse*, de præsentī: ex quibus manifeste colligitur non sufficere probationem domini antiqui, sed requiri probationem de præsentī, & de præterito in persona, in cuius jus successit, ad hoc ut possessor sit condemnatus, ad quod etiam requiritur domini probatio, tempore actionis reivendicationis, ut probat *text. in L. ex diverso 36 § 1 ff. de reivendicat. L. eum qui 8. §. si petenti ff. public. L. & quæ nondum 15. §. quod dicitur ff. pignorib. Mend. d. cap. 2. n. 1.*

799 Et quamvis *Mascard. conclus. 546. num. 4 & 5.* teneat contrarium, quia dominium præsumitur continuatum, & mutatio minime præsumitur: nihilominus nostra opinio est communis, & fundamentis longe solidioribus nititur, multæ enim sunt causæ, ex quibus acquiritur, & amittitur dominium, tam jure gentium, quam jure Civili, *Gloss & DD. in L. in rem actio ff. de reivendicat. L. ex hoc jure ff. de justit. & jure L. 1. ff. de acquirend. rer. dominio.* Unde frequenter solet contingere, quod quandoque quis fuerit dominus uno tempore, & quandoque alius de præsentī, ut recte adnotat *Corneus cons. 63. n. 12. lib. 3.* Atque ita domini probatio etiam antiqua non concludit per necesse dominium de præsentī, sed per possibile, quod sufficiens non est *Cap. in præsentia de probationib. L. nec natales 6. Cod. de probat. ubi Barb. utrobique.*

800 Et quando domini antiqui probatio attenditur, est tantummodo in vim præsumptionis, quod olim dominus præsumitur de præsentī dominus, & cum hæc probatio sit præsumptiva præsentis domini, non sufficit ad obtinendum in judicio reivendicationis, ubi deducitur quæstio domini principaliter, & per viam actionis, ut diximus, & concludit *Tusc. d. conclus. 711. num. 126.* & ideo non relevat probatio domini antiqui, & de præterito, ut cum multis, quos refert, & sequitur, tenet *Gratian. forens. cap. 293. numer. 11.* de qua re est videndus *Hermosill. L. 53. gloss. 5. n. 19. tit. 5. partit. 5. Vela differt 48. num. 3.*

801 Quomodo autem probetur dominium, tam præsumptivè, quam concludenter ad maioratus, & aliorum bonorum reivendicationem, vel exceptionem, diximus *Forens. cap. 5. n. 45. & seqq. Valasc. de jur. emphyt. q. 9. n. 7.* relati ab *Ozuald. lib. 20. commentar. cap. 2. lit. R, & S, Barb. in L. 12. n. 79. 83. & seqq. Vela differt 46. num. 10. & 29. Hermosill. L. 23. gloss. 8. n. 5. tit. 5. partit. 5. Pareja de editione instrumentor. tit. 1. resol. 3. §. 2. n. 79. Salgad. 2. p. labyrinth. creditor. cap. 22. n. 74.*

Tondut. lib. 2. q. 41. Surd. dec. 10. Mascard. conclus. 536. & seqq. Balsased. de collectis q. 8. Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 42. Castejon Alphabet. juridicum lit. D verb. dominium, Otero de act. lib. 3. cap. unic. §. 1. Fermosin. in rubric. de caus. pass. & propriet. novissime Rosignol. de contract. contract. 1. prænot. 2. de modis acquirend. rer. dom. & ad maioratus probationem, & domini.

Et ad nostrum intentum concludenter probatur per scripturam ex contractibus, & titulis contentis in *Ord. lib. 3. tit. 59.* ex quibus acquiritur, si probetur Actoris, & antecessoris, *Surd. cons. 260. n. 11. Concer. 1. p. varriar. cap. 15. n. 62. Noguerol. Galeot. & alii,* quos ego ipse refero *Forens. cap. 5. n. 54.*

Aut per sententiam transactam in rem judicatam, *Gratian. tom 3. forens. cap. 403. n. 3. Mascard. concl. 541. n. 12. & 542. n. 14. Reynos. obs. 6. per tot.*

Aut per subhastationem, *Mangil de subhast. q. 126. n. 3. Posth. de subhast. inspect. 53. num. 1. 4. & 44. Pereir. dec. 70. n. 5. Cald. de emptio. cap. 12. à princip. & probatur per Ord. lib. 3. tit. 91. §. 1 & lib. 4. tit. 6 §. 4.* Si realis accedat traditio, aut possessio, ut explicat *Sous. de Maced. dec. 27. n. 2.* quem ego ipse refero *Forens. d. cap. 5. n. 56.*

Aut per adjudicationem in judicio partitionum, ex qua absque traditione dominium in hæredem transfertur, *§. fin. instit. de Offic. Judicis Valasc. de partit. cap. 2. n. 6. Gratian. Egid. Pereir. Reynos. Riccius Cald. Posth.* quos ego ipse refero *Forens. d. cap. 5. n. 52. & n. 53.* quod prætextu hujus domini potest reivendicare res adjudicatas à quibuscumque possessoribus per ipsas chartas.

Non vero probatur concludenter per testes, quia cum requiratur scriptura ad domini probationem secundum dispositionem *Ord. lib. 3. tit. 59.* probatio est nulla. licet contrarium judicaretur in causa D. Mariæ Pimentel adversus Mariam Cardoso apud Notarium Emmanuelem Gomes Machado, anno 1679. contra ea, quæ *Thor. in compend. decision. p. 3. verb. dominus.*

Neque dictum dominium probatur per solam venditionis scripturam Actoris *L. proprietatis Cod. de probationib. L. cum res Cod. eodem,* quamvis instrumenta sint antiqua, ut notant *DD. in d. L. cum res Cod. de probationib. Mascard. conclus. 541. num. & seqq. Tusc. lit. D. concl. 611. num. 34. Afflict. dec. 40. num. 1. Barb. in L. si alienam num. 86. ff. solut. Sess. dec. 191. num. 20. Pareja de instrumentor. edit. tit. 11. resol. 3. §. 2. n. 79.* Licet contrarium quando instrumentum sit antiquum, teneant ex *L. indicia Cod. reivendicat. Rustin.*

Ruin. conf. 14. n. 7. & 8. vol 4. Abbas conf. 64. n. 11. & 23.

808 Neque etiam probatur per instrumentum dotis, ut tenet *Mascard. conclus. 541. num. 4.* neque ex scriptura donationis, *Afflict. dec. 14. n. 8. Mascard. concl. 541. n. 7.*

809 Neque per testamentum, quia non sufficit agenti reivindicacione contra alicujus rei possessorem ostendere testamentum, in quo res est sibi per testatorem jure legati, vel fideicommissi relicta, nisi probet testatorem dominum fuisse ejusdem rei, sibi per fideicommissum relictae, *Bald. in L. cum alienam Cod. de legat. & ibi Alexand.* qui hoc procedere dicit, etiam si legatum, vel fideicommissum esset relictum piæ causæ, *Aymon. conf. 61. numer. 5.*

810 Et si concludenter non probetur dominium, debet Reus absolvi, sufficit enim possessio ad obtinendum, *L. uti frui 4. ff. si usufructus petatur, L. is qui destinavit ff. de reivindicat. & est text. elegans in L. fin. Cod. eodem ibi: Res alienas possidens licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur. Gratian. dec. 353. n. 33. Molin. disp. 628. num. 2. Posth. post tract. de manut. dec. 517. num. 1. usque ad 4.*

811 In judicio enim non metitur jus ex defectu Rei, sed ex persona Actorts, *Bart. in authent. hoc loco num. 12. vers. tertio Cod. de secund. uupt. neque curamus de jure possessoris, si non constat de jure petitoris, d. L. fin. Cod. reivend. Surd. conf. 150. n. 89. Noguevol. alleg. 25. n. fin. Castell. lib. 5. tom 6 contr. cap. 122. n. 1. in med. Cyriac. contr. 281. n. 40. Altograd contr. 4. n. 8. & contr. 6. n. 34. & contr. 47. num. 12. Giurb. de feud. §. 2. gloss. 9. num. 4.*

812 Et si probetur dominium, debet in reivindicacione Reus condemnari non solum ad rei restitutionem, *L. si qua 3. Cod. ne rei dominicæ, L. 2. Cod. de fund. & saltib. rei dominicæ, L. 1. Cod. de fide instrum. Pelegrin. ubi supra.*

813 Sed etiam tenetur ad fructus in hac reivindicacionis actione, ut ultra citatos *Caminb. & Cost. annot. 2. forma de libellos*, est textus expressus in *L. domum Cod. reivendic. L. certum Cod. eodem, L. si nulla Cod. de acquirend. possess. cum aliis, de quibus ego ipse in Allegat. impressa pro Comite de Vimioso sobre Pernambuco num. 103. & 104. & ultra quos refero, sunt etiam text. express. in d. L. 1. & in L. filio 16. §. contra tabulas ff. in officios. testam. Mastrill. dec. 29. n. 5. Barbof. in L. divorcio 8. §. fin. 1. p. n. 46. vers. similiter, Somoza de regia 4. p. cap. 14. num. 140. Faber*

in ratic. ad Leg. Julianus §. idem Julianus ff. de reivend. gloss. 3. Castell. tom 6 contr. cap. 135. n. 25. Otero de act. lib. 3. cap. unic. §. 1. num. 26.

Et quid in vineis positis in bonis maiora- 814 tus, & datis, & divisis per permutationem, de qua constabat per confessionem in precibus, & articulis, & quando competat actio, vel non successori, judicatum fuit in causa sequenti.

No feito de Joã Freire de Mello contra 815 Dona Joanna Botelho, Escrivã Manoel Pinheiro da Costa, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos & c. Mostrase por parte de A. que he berdeiro de sua irmã Dona Maria da Sylva, e Mello a qual herdou os bens livres de seu marido Lopo Botelho de Mello, entre os quaes saõ dezafete oliveiras, que estaõ misticas com olivæes do morgado que a R possue. por succeder a sua irmã Dona Isabel Botelho, a qual succedera ao dito Lopo Botelho de Mello, por que falecendo este, e separando-se os bens livres, e de morgado, entre a dita Dona Maria, irmã do A. e mulher do dito Lopo Botelho, e a dita Dona Isabel Botelho, irmã do R fizeraõ entre si concerto pelo qual a dita Dona Isabel houve as dezafete oliveiras, que eraõ bens livres, por estarem misticas a hum olival do morgado, e por ellas houve a dita Dona Maria huma vinha do morgado para a possuir em recompensa, como livre, e porém a R. demandando ao A. pela dita vinha, se lhe julgou por ser vinculada ao morgado, e assim lhe deve largar as ditas oliveiras com os fructos da indevida occupação, do mesmo modo que o A. foy condemnado na dita vinha, visto naõ ter effeito o dito concerto, porque as possue, e o A. naõ ter noticia delle ao tempo da dita demanda, senaõ na instancia de liquidaçãõ, onde naõ foy ouvido, e se lhe deixou para esta via seu direito reservado.

Defendese a R. com que a troca em que o A. se funda, e confissãõ della feita pela dita sua irmã a fol. 10. naõ lhe dá direito a elle, nem a elle prejuizo, porque se fez com errada informaçãõ, por quanto o A. foy condemnado na dita vinha, por se haver esta plantado em terras de olival de morgado, e naõ pela occasiãõ da dita troca, pois se naõ fizeraõ partilhas, como o A. articula, em que cabisse o dito concerto, e dado que se fizesse, naõ podia valer sem Provisãõ de S. Alteza, ouvido o immediato successor do morgado, pelo que devia ser absoluta, e o A. condemnado na damnificaçãõ de hum olival do morgado, que a R. possue, como berdeiro da mulher, e berdeira do dito Lopo Botelho, que o damnificou, e assim mais

em 24U. e 24. galinbas, que o A. cobrou indevidamente, porque arrematando os fructos de huma quinta da R. cobrou de mais o foro de 4U. e 4 galinbas cada anno, que não entravaõ na arremataçãõ, e finalmente nas damnificaçoens, que tem feito na dita quinta, do tempo, que a desfructa o que tudo se lhe pede por reconvençaõ. O que visto, com o mais dos autos, e disposiçaõ de Direito, e como se mostra provar o R. sua auçaõ pela confissãõ do concerto articulado, feita pela mesma contraente a fol. 10 e constar por informaçaõ, que se tomou na vistoria, que judicialmente se fez de que consta a fol. 67. a dita troca, com que se fica bem provando a posse da R. e direito do A. o qual se mostra ser condenado na vinha, que com effeito restituio a R. com que não prevalecendo o dito concerto por huma parte, como está julgado, não pôde subsistir pela outra, e do mesmo modo, que o A. restituio a vinha, deve a R. restituir as oliveiras. Por tanto condeno a R. na restituicaõ das ditas dezasete oliveiras com os fructos da indevida occupaçaõ até real entrega E deferindo a reconvençaõ da R. vistos os autos, e como por elles se mostra, que no appenso E pedio a irmã R. esta mesma damnificaçaõ a fol. 336. e se lhe não deferio na sentença fol. 393. que se refere a certidaõ fol. 103. o que passou em cousa julgada, e como outrossim se mostra, que o foro de quatro mil reis pedido pela R. foy juntamente arrematado com os fructos da quinta com que o A. os fez seus, e justamente os cobra, e as damnificaçoens da mesma quinta, além de que as jurãõ as testemunhas, defectuosas, não tem a R. por hora lugar de as pedir ao A. estando de posse dellas pelo dito titulo de sua arremataçaõ, cujo fim deve esperar, para lhas pedir, por não caber em reconvençaõ do liquido, e incerto, e certo illiquido. Por tanto absolvo ao A. do pedido na reconvençaõ da R. a quem condenaõ nas custas dos autos. Lisboa 10. de Junho. de 1634. Gregorio de Mattos, e Guerra.

816 A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberatione sequenti.

Judicis sententiam in omnibus libenter amplector, quia confessio in articulis facta plene probat, L. cum precum Cod. de liberal. caus. Mascard. de probat. concl. 348. n. 48. Cald. forens. q. 31. n. 13. Thom. Vaz allegat. 72. num. 56. & in nostra hypothese inveniuntur confessio Reæ in articulis facta fol. 10. quæ transactionem confitetur, & cum Actor fuisset condemnatus restituere Reæ vineam acceptam ab ejus sorore virtute transactionis, ita etiam eodem modo, ac per consequens

Rea tenetur demittere Actori olivetum acceptum ab ejus sorore virtute ipsiusmet transactionis, & nulla est melior probatio, quam proprii oris confessio, L. cum te Cod. de transact. Reynos. obs. 74. n. 1. & probatur etiam, quod olivetum postulatum accepit soror Reæ virtute vineæ ab ea demissa sorori Actoris per laudatoris Reæ, atque Actoris declarationem juratam fol. 67. & confessio facta in uno judicio, probat in alio, L. jubemus Cod. de liberal. caus. ad fin Valasc. cons. 33. à n. 1. cum seqq. & per declarationes factas in inventario fol. 11. aperte constat, quod olivetum est liberum sine onere, seu vinculo maioratus, quin obstare possit certitudo fol. 64. & adjudicatio in ea scripta, quia ibidem fol. 67. reperitur expressum, quod si per tempus futurum constituerit, quod sorori Actoris pertinebat aliquid in illa Villa ultra bona maioratus, manebat jus suum illatum, ut petere possit: ergo cum per declarationes in inventario positas, & per confessionem Reæ, & ipsiusmet laudatorem constet, quod contentions olivetum est liberum sine vinculo maioratus, & quod soror Actoris illud demisit virtute vineæ Reæ judicatae, sine controversia est, quod illud restituere Rea Actori sororis hæredi tenetur.

Igitur Judicem approbo in condemnatione Reæ facta, & in absolutione reconventionis ex fundamentis ab eo erudite per pensis. Ulyssipone 30. Januarii 1675. Quifel.

Conveniunt Ribeiro, Cardoso.

E no dito feito está hum appenso com a 818 sentença do theor seguinte.

Não defiro aos embargos fol. 529. offerendos em nome de Dona Isabel Botelha contra a partilha, e divisaõ das terras, de que se trata, feita pelos louvados a prazimento das partes fol. 198. visto ser passado o termo da Ordenaçaõ dado para semelhantes embargos, e muito mais sem a embargante contradizer a divisaõ, antes tendo della noticia, a não contradisse, mas a approvou fazendo os requerimentos, que correm a fol. 207. por diante sem fallar em lesaõ alguma, que houvesse nesta divisaõ, antes consentio nella pedindo somente, que se tratasse de se avaliarem humas bemfeitorias, e damnificaçoens em comprimento de hum Acor daõ da Relaçãõ, ao que se satisfez pelo despacho fol. 208. pelo que conforme a Ley do Reyno não podem ser admitidos agora os ditos embargos: e assim o julgo, e mando, que sem embargo delles, corra a causa seus termos, e a embargante pague as custas dos embargos. Lisboa 23. de Junho de 1651. Doutor Basto.

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

ſententia ſequens

Acordaõ os do Deſembargo &c. Naõ he aggravada a aggravante pelo Corregedor do Cível da Corte, cumpraſe ſua ſentença por ſeus fundamentos, e pelo mais dos autos, e condenaõ a aggravante nas cuſtas delles, e lhe reſervaõ ſeu direito, para que via ordinaria poſſa tratar das propriedades, que entender, que ſãõ vinculadas ao morgado, de que he adminiſtradora, e ſe lhe naõ julgaraõ na diviſãõ, de que ſe trata, na fórma de ſeu proteſto Lisboa 9. de Novembro de 1652. Pereira. Salas.

820 Hęc ſententia fundata fuit in deliberationibus ſequentibus.

Non ſolum poſt tempus à lege definitum læſio allegatur, ex quo pars audiri non debet. *Ord lib 4. tit. 96. §. 19 magis in ſpecie Ord lib 3. tit. 17. § 5. Pin. 2. p. lib. 2. cap. 1. n. 3. Fachin. lib. 11. cont. cap. 22. Valasc. de part. cap. 39. à n. 17.* Sed neque in concludenti forma læſio allegatur, cum pars non articuletur, in quo læſa fuerit, id eſt in qua quantitate, an ſcilicet in ſexta parte portionis ſibi debita, vel in dimidia, quod neceſſarium quoque erat ut obtinere valeat, nam generalis, & incerta læſionis allegatio prodeſſe non poteſt, argumento *Ord lib 4. tit. 13. & tit. 96. §. 18. & 19. faciunt quæ Mascard concl. 586. numer. 14. Mantic de contract. lib 23. tit. 6. num. 28. Cabed. decif. 34. n. 20. p. 1.* Unde ex una, & altera ratione per viam intentata læſionis impediens conſequi requirit, ſic confirmato digniſſimo Præſide. Lisboa 3. de Setembro de 1652. Salas.

Convenio. Pereira.

821 Et quando à vendicante producitur inſtrumentum alienationis, ſive ceſſionis obtentum à Principe ſupremo, ſeu ab ejus officialibus, tunc enim per ipſum dominium probatur ad omnes effectus, ut multis citatis tenet *Pareja de inſtrum. edit. tit. 1. reſol. 3. §. 2. n. 91. & 96. & quare Noguerol. alleg. 26. n. 218. & diximus cum multis ſupra n. 174. 175. & 176.*

822 Ideoque poteſt acquirens facultatem ad ſubrogationem eam facere, & dominiũ probat ex reſcripto contra poſſidentem bona data in locum maioratus, & non contra poſſidentem bona maioratus, in quorum locum alia ſubrogata fuerunt, ut jam diximus, & iudicatum fuit in cauſa ſeq. Ubi etiam ad alia.

823 No feito dos Religioſos do Convento de Belém contra Dona Catherina da Veiga, Eſcrivaõ Lourenço Correa de Torres, ſe deo a ſentença ſequinte.

Acordaõ os do Deſembargo &c. Naõ he bem julgado pelo Juiz em obrigar a R. a que

em cada hum anno contribua com os dous mil reis de Miſſa: impoſtos na terra, de que ſe trata. Revogando ſua ſentença, viſtos os autos, e como ſe moſtra. q̃ o chamado por A. bouve o Alvará fol 28. do dito Senhor, para que podeſſe vender a propriedade, de que ſe trata, e pôr o encargo della em outros bens, como ſe fez, e podia ſer conforme a Direito, nos quaes termos os AA. naõ ficavaõ tendo aução contra a R. e ſõmente contra o vendedor chamado por o A para que lhe reſfizesse o damno, que havia de ſe transferir o dito encargo em outras propriedades taõ remotas. Absolvent a R. do pedido pelos AA. e declaraõ, que naõ eſtã obrigada ao cumprimento de dous mil reis e aos AA reſervaõ ſeu direito contra o vendedor, para delle poderem haver o damno, que tiverã em haver de cobrar os ditos dous mil reis das propriedades, que ſe ſubrogãã, taõ remotas das primeiras, em que eſtava impoſto o tal encargo. E pague os appellados as cuſtas dos autos. Lisboa 5. de Fevereiro de 1647. Velho. Marchaõ. Leitaõ.

Hęc ſententia fundata fuit in deliberatione ſequenti.

Dubium non eſt, ſupremum Principem 824 poſſe mutare teſtatoris voluntatem, *Clement. quia contingit de Relig. domib. L. legatum ff. de adminiſtrat. rerum ad Civit. pert. Molin. de primog. lib. 4. cap. 4. à num. 1. Cabed. 1. p. decif. 176. Moneta de commut. cap. 5. n. 95. Pelas de maiorat. 4 p. q. 1. limit. 6. num. 11. Gam. decif. 288. n. 5. Phæb decif. 47. n. 2. Spin. de teſtament. gloſſ. 1. rubricæ num. 21. Reynof. obſ. 7. n. 10.* Idque etiam ſine teſtatoris voluntate: ergo à fortiori in terminis propoſitis id efficere potuit, concedendo facultatem, ut bona maioratus annexa vendi, & alia ex pretio illorum comparari poſſent, ſiquidem de voluntate teſtatoris maioratus ſucceſſor optime per illius chyrographum docuit, ut conſtat ex Regio Diplomate fol. 28. ex quo apparet licentiam ad venditionem prædii, de quo agitur, & aliorum ad maioratum pertinentium, ceſſam fuiſſe, ea declaratione, quod prædia vendita ab onere maioratus libera manerent, & ad alia de novo empta transferretur: quo ſuppoſito, non eſt cur adverſus appellatricem promiſſarum onere agatur, ſed potius adverſus venditorem actio proponi debet, ut alia bona emat, & maioratus onus adimpleat in bonis, quæ in locum venditorum ſubrogari jubentur. Revocetur igitur iudicatum, & abſolvatur appellatrix, jure appellatis adverſus venditorem reſervato. Ulyſſipone 5. Januarii 1647. Leitaõ.

Eadem mihi mens eſt. Marchaõ. Ego equi- 825 dem ſum ſententiæ. Velho.

826

Et si pars è vita decedat, non potest Actor continuare actionem absque successoris legitimatione, quia in causis maioratus transit instantia ad illum, ut diximus tom. 8. in commentar. ad Ord. ad tit. 1. lib. 2. § 8. num. fin. & Amat. resol. 86 & dicemus tom. 2. hujus tractatus: & dum non fuerit facta legitimitio, citato successore non continuatur causa, nec ulterius progreditur, ut multoties vidi judicatum, & decisum fuit in causa sequenti.

No feito do Doutor Sebastião Gameiro Feyo, e D. Pedro Feyo de Sousa contra Luiz de Barros Henriques, Francisco Monteiro de Barros, e Fernão Martins de Sousa, Escrivão Antonio de Vargas da Silva, se deo a sentença seguinte.

Acordão em Relação &c. Aggravados são os supplicantes pelo Corregedor do Cível da Cidade em mandar correr a causa, sem primeiro serem habilitados, e chamados para allegarem de seu direito os filhos do A. D. Pedro Feyo, e outrossim em os lançar da contrariedade. Provendo em seu agravo, vistos os autos, e como os filhos do dito A não podem ser excluidos do direito, que competia a seu pay, sem serem ouvidos de seu direito, porque seria dar-se sentença contra elles, e excluillos da successão, e estes inauditos, sendo conforme a Direito, que contra a parte inaudita se não pôde diffinir cousa alguma, por ser a defeza de Direito natural, e pela mesma razão se não pôde negar a contrariedade aos Reos por tambem ser defeza. Mandaõ, que o dito Corregedor mande citar, e habilitar os filhos do dito A. para allegarem de seu direito, se lhes parecer, e que outrossim admita os Reos á contrariedade. Lisboa 7. de Outubro de 1683. Mendonça. Mouzinho Peçanha.

827

Et si sunt multi oppositores, ultimus primo loco allegat de jure; & sic de cæteris, tunc post illos Actor, & denique Reus per suos Procuratores, & an omnes teneantur dicere per unum, vel separatim per alios, vide Fontanell. dec. 4. n. 6.

Et judicatum fuit in causa seq.

828

No feito do Doutor Sebastião Gameiro Feyo, e outros contra Luiz de Barros Henriques, e outros, Escrivão Antonio de Vargas da Silva, se deo a sentença seguinte.

Acordão em Relação &c. Aggravados são os supplicantes pelo Corregedor do Cível da Cidade em conceder aos RR. que cada hum possa fazer seu procurador: Provendo em seu agravo, vistos os autos, prejuizo que se segue da dilação, e estylo, que ha, mandaõ, que os ditos RR fação hum Procurador, com que esta causa se continue. Lisboa 15. de Junho

de 1680. Sylva e Sousa. Freire. Basio. Pereira.

Hoc decretum fuit impeditum cum exceptionibus, super quibus fuit prolatum sequens decretum.

Acordão em Relação &c. Recebem os embargos dos embargantes, e os julgaõ por provados, vistos os autos, e como delles consta cada hum dos embargantes ter seu direito differente, que poder allegar em sua defeza: pelo que deferindo ao agravo interposto, não he aggravado o supplicante pelo Corregedor do Cível da Cidade, com declaração, que o dito embargante Francisco Monteiro fará seu procurador á parte, e os outros dous RR juntamente farão hum só procurador, que por elles diga. Lisboa 26. de Setembro de 1680. Sylva, e Sousa. Pereira. Quifel.

Et quando excludatur Actor ab hac reivindicationis actione à Reo, ex eo quia non ostendit institutionem, neque probavit requisita juris, de quibus in sententia seq. eam vide.

No feito de Gil Lourenço Cabeça com Francisco de Magalhaens, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello dos AA. Gil Lourenço Cabeça, e sua mulher, contrariedade dos Reos Francisco de Magalhaens Frade, e sua mulher. Mostrase por parte dos AA. que elles estão de posse do morgado, ou Capella, que instituiu Encensa Bertaõ, mulher de João Domingues Gastaõ. Mostrase mais, que como possuidores do dito morgado lhe pertencem a elles AA. todos os bens pertencentes ao dito morgado, são tres moradas de casas, que estão no Castello, que partem humas com outras, e pela parte de cima partem com casas de Afonso Berceiro, e pela parte debaixo com casas, que foraõ de Pedro da Fonseca as quaes tres moradas de casas foraõ dadas para a dita Capella pela carta de partilha, que deduzem. Mostrase mais, que os RR sem titulo se meterão de posse das ditas tres moradas de casas, e as não querem largar a elles AA. Mostrase mais, que os AA. estão de posse do dito morgado ha nove annos, e delles lhe devem os RR. pagar os corridos a razão de quinze mil reis por anno. Por parte dos RR. se mostra, que os bens de Encensa Bertaõ eraõ foreiros a Leonor Fradeça Loba de hum moyo de trigo de foro, e indo os ditos bens a poder de Beatriz Loba Fradeça, e por não pagar alguns annos o dito foro, alcançara a dita Leonor Fradeça Loba, mãy do R. Francisco de Magalhaens, sentença contra a dita Beatriz Loba, a qual se liquidara em cento e vinte mil reis. Mostra-

se mais, que a dita devedora Beatrix Loba Fradeça nomeara á penhora as tres moradas de casas, de que se trata, e por a dita Leonor Loba Fradeça lançar nellas cento e cincoenta milreis, por não haver mayor lanço, lhe forão arrematadas com todas as solemnidades de Direito necessarias. Mostrase mais, que a dita Leonor Loba Fradeça, m'õ delle R. não sabia, que as ditas moradas de casas eraõ vincu- ladas, porque se soubera, fizera execuçaõ em outros bens da devedora, porque era muito rica, e tinha muitos bens. Mostrase mais, que quando o possuidor do morgado, ou Capella vendeo alguns bens vinculados, se o comprador os comprou com ignorancia do tal vinculo fica a tal venda valida, e só o successor poderã pedir a estimaçaõ, e o preço aos herdeiros do vendedor. Mostrase mais, que a dita Leonor Fradeça Loba he falecida da vida presente, e que por sua morte ficaraõ os RR. por seus herdeiros, e como taes lhe pertencem as ditas casas pelo justo titulo, e boa fé da dita compra. Mostrase mais, que elle R. tem feito muitas bemfeitorias, e grandes, por quanto estavaõ cabidas, e elle as levantou, e gastou nellas muito dinbeiro, e as bemfeitorias forão todas necessarias. Por parte dos AA. se mostra, que os bens do morgado, ou Capella não se podem vender por dividas do possuidor. Mostrase mais, que a divida porque se fez a execuçaõ nas ditas casas, era da possuidora, por quanto era pelos foros dos ditos bens, do tempo que ella os possuia, os quaes devia pagar, por lhes gosar os fructos, e rendimentos. Mostrase mais, que as casas, de que se trata, não tem bemfeitorias algumas, e só alguns concertos, e esses está o possuidor do morgado obrigado aos fazer. Mostrase mais, que as ditas casas tem grandissima perda, e lhes faltaõ sete, ou oito portaes das portas que valem quinze milreis, e duas casas, que estavaõ levantadas, quando se fez a execuçaõ, o R. as deve restituir nõ estado em que estavaõ, quando se fez a execuçaõ. Mostrase mais, que os bens do morgado nunca se podem vender, nem alhear, ainda que o comprador não saiba saõ de morgado. Por parte do R. se mostra, que em razaõ de estar esta Villa muitos annos pelos Castelhanos, se derrotaraõ as casas, que nella havia, e achou o R. as ditas casas derrubadas, quando esta Villa se restituiu a esta Coroa, e elle R. as reparou, e reedificou, para nellas se poder morar, e os portaes faltaraõ na povoaçãõ dos Castelhanos, e os que agora tem os poz elle R. e que todas as bemfeitorias se lhe devem pagar, no caso em que os AA. tenhaõ vencimento. O que tudo visto, e o mais dos autos, dispostãõ de Direito, conforme ao qual os bens, de

que os AA. estáõ de posse, que forão de Encensa Bertaõ, senaõ podem reputar de morgado, nem de Capella, por quanto não consta da instituiçaõ, pois a não ha, nem por falta della se prova a dita instituiçaõ por testemunhas, nem que os ditos bens se tenhaõ possuindo como taes por tempo immemoriavel salt em por tempo de dez annos, na opiniaõ de alguns Doutores, e de Direito he necessario entrevir hum destes requisitas, saltando instituiçaõ, para se reputarem de morgado qualesquer bens que se diz saõ vinculados, quando não aparece instituiçaõ, e sómente os ditos bens saõ bens affectos com hum encargo de missa quotidiana, como se mostra pela carta de partilha junta: mas como os ditos bens tem em si o dito encargo de missa, supposto sejaõ alienaveis entre os herdeiros, o saõ por estimaçaõ, e nunca se podem dividir por annos do encargo de missas individo, pelo que não podia a possuidora dividir os ditos bens, albeando as casas pelo foros dos ditos bens, não sendo decursos do tempo da instituidora, mas do tempo, que a dita possuidora os começou a possuir, como da carta de partilha consta. Pelo que condeno aos RR. abraõ maõ das ditas moradas de casas, e as larguem aos AA. aos quaes condeno nas bemfeitorias, que os RR. tem feito nas ditas casas, as quaes se liquidarãõ, e compensarãõ com os rendimentos das ditas casas, visto provar se renderem a razaõ de quatorze mil reis por anno, a qual compensaçãõ das ditas bemfeitorias se fará com os ditos rendimentos vencidos da lide contestada em diante, até real entrega, por os RR. serem possuidores de boa fé, nõ caso em que as ditas bemfeitorias não excedaõ os ditos rendimentos, porque excedendo-os, se fará compensaçãõ com os rendimentos da indevida occupaçaõ, em quanto as ditas bemfeitorias obrangerem, e sendo as ditas bemfeitorias maiores que os ditos rendimentos da indevida occupaçaõ até real entrega, lhes será restituído tudo o que mais for pelos AA. E condeno outrosim aos RR. nas custas dos autos. Olivença 6. de Março de 1680. Francisco de Oliveira do Amaral.

A qua sententia fuit appellatum ad Sup- 832
plicationis Senatam, ubi fuit confirmata, &
fundata in deliberationibus sequentibus.

Per invasionem Castellanorum in oppidum de Olivença deperdita fuit institutio Capellæ, aut maioratus, de quo controvertitur, ex notariorum certitudinibus verificatur, quod post pacis tranquillitatem solummodo in Cartophilacio acta, & processus inveniuntur, quo in casu sufficit probatio per testes domum ad maioratum pertinere, & appellanti onus probandi contrarium incumbere,

bare, ut tenent *Aldeutes ad Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. num. 24. & 25.* Maxime quando in partitionibus adjudicata fuit, ut maioratus: quo supposito domus annexa maioratus alienari non potest, sed per venditionem illius tamquam liberæ, appellans in bonæ fidei possessione existit, quare nunc solum super melioramentis cadit dubitatio.

833 Possessor bonæ fidei cum titulo omnes fructus suos facit ante litem contestatam, ut est vulgare. post eam vero fructus, quos percepit ex re meliorata, ut erat ante melioramenta, cum ipsis melioramentis compensat. Illi autem, qui ex melioramentis proveniunt, ad ipsum possessorem pertinent, exemplum ponit *Scobar de ratiocin. cap. 13. n. 7.* quod proculdubio verum est, quoad fructus ex re ipsa meliorata perceptos, nam provenientes à melioramentis ad eum, qui fecit, ad huc pendente iudicio spectant, *Cov. lib. 1. var. cap. 8. n. 3. vers. compensatione harum, Marefcot. lib. 2. var. cap. 112. n. 52. & 54. Cyriac. contr. 83. n. 7. Brito de locato 2. p. rubric. §. 3. n. 45. Rotta decis. 116. p. 6. Mier. de maior. p. 4. q. 32. n. 5.* Qui dicit hanc communem, & æquioram sententiam, & hac declaratione confirmetur sententia. Ulyssipone 21. Aprilis 1681. Freire.

Convenio. Magalhaens.

834 Mihi autem sententiam revocare, Reumque absolvere placet, agitur namque de censu ab institutrice ante maioratus institutionem, venditio in bonis, ex quibus postmodum maioratus ipse constructus fuit, cum ex actis, & præsertim ex toto instrumento fol. 15. tenore aperte elicitur, neque Actor id inficiatur. Et quamvis objiciatur, sententiam, ex qua ad ædium subhastationem deventum fuit, obtentam fuisse propter non solutas pensiones tempore successorum, non vero institutricis: ex quo inferri videtur, quod cum sit debitum à successoribus, & non ab institutrice contractum, fieri debuisset; at tamen hæc argumentatio, quæ prima specie concludens videtur, peritius inspecta in mero sophismate consistit, ex quo enim institutrix bona censui subjecta maioratus annexuit, transferunt cum sua causa, quippe ejusdem institutricis facto deterior conditio creditoris censuarii fieri non potuit, ea autem fuerat creditoris censuarii conditio, ut non solutis sibi pensionibus bona censuata exequi potuissent: ergo quamvis eadem bona vinculo subjecta fuissent, non ideo minus jure suo uti potest, imputet enim sibi, qui maioratum instituit ex bonis censuatis, quin centum redimeret vel aliquo quovis modo sibi proficeret.

Confirmatur hæc resolutio, ex eo quia licet 835 cet sententia habita sit propter non solutas pensiones tempore successorum, attamen creditor verè agit actione ex contractu ab institutrice ipsa ante maioratus institutionem celebrato, atque ita debitum ab ea originem ducit, ac proinde fit consequens, quod recte ad exequenda bona maioratus deveniri potest, tamquam ex debito institutoris.

Ad quod pulchra mihi videntur nostræ 836 Regiæ Sanctionis verba *lib. 3. tit. 93. in principio. ibi: Porque pois o que estabeleceo o morgado, ou Capella, obrigou effes bens, de que do tou o dito morgado, ou Capella, ou elle se obrigou á dita divida, com razao se podem vender, e arrematar por sua divida, como quaesquer outros bens.*

Notanda sunt verba illa, *porque pois o que estabeleceo o morgado, ou Capella, obrigou effes bens,* & referenda sunt, ac conjungenda cum antecedentibus ibi: *Se a sentença for dada contra o instituidor, ou a condenação foy por causa de alguma divida, ou obrigaçao que procedesse da pessoa do instituidor.*

Ex quibus sane verbis luce meridiana clarius constat, in bonis maioratus non solum ob instituentis debita executionem fieri posse, sed etiam si debitum ab obligatione, & contractu cum eo celebrato procedat: cum ergo debitum, de quo agitur, procedat à contractu, & obligatione institutricis, quæ census vendiderat, evidenter sequitur, quod potuit in bonis executio perfici.

In idem tendit *Carvalb. in cap. Raynald. p. 2. n. 261.* ubi perspicue docet, quod non solum propter instituentis debita, sed etiam propter debita possessoris, si modo originem ducant ab instituyente, posse alienari maioratus bona.

Est resolutio certissima. *Molin. de primog. lib. 1. cap. 27. n. 8. Noal. de transmiss. col. 28. n. 78. & 118. Noguerecl. allegat. 2. n. 108.* ubi quod successor maioratus non potest excusari à solutione oneris realis ipsius maioratus, tametsi tempore antecessoris decursum fuisset; quamvis ergo magis si suo tempore decurrat, dum tamen causam habeat antecedentem institutioni.

Alioquin maximum sequeretur absurdum, 841 ex eo quia cum creditori censuario jus ex contractu fuisset quæsitum, ut quocumque tempore, si ei non solveretur, posset executionem in bonis sibi obligatis intendere, & perficere, huic sane juri sine facto suo posset debitor nocere bona ipsa maioratus subiciendo, prout jam consideravit *Carvalb. dict. n. 261.*

Et quamvis forte etiam objici possit, quod 842 non

se trata, vinculadas em Capella. com prohibiçaõ de albeação, e encargo de Missas, e vocação de familia, como consta da verba do testamento, e instituiçaõ fol. 41. he sem duvida não podiaõ ser vendidas, e o A. não tem na compra segurança, que o R. lhe deve compor, porque ainda que fosse a remataçaõ por mandado de justiça feita, he o mesmo, como se fora facto da parte, e como tal se reputa, com que o R. deve restituir o preço, encargos, e bemfeitorias, pois reconhece nas casas o vinculo; porẽm isto sõmente se entende em huma das moradas, que são as que o R. comprou pela referida escritura fol. 17. por serem sõmente as vinculadas, e em albearse prohibidas, pois como consta do auto de penhora fol. 11. esta foy feita em duas moradas de casas distintas, e separadas, cada huma confrontada diversamente, e depois no auto, e termo de remataçaõ, que se seguiu fol. 12. foraõ postas em praça duas moradas de casas do R. e nellas juntas sem separaçã, fez o A. lanço. com tudo isso não tira serem duas as propriedades, e diversas, com suas confrontaçõens, ainda que se communiquem, porque como duas moradas se fez nellas penhora, e como duas moradas ao A. se rematarã, com que sendo só huma vinculada, não ha razãõ para ser de nenhum effeito a remataçaõ da outra, que era do R. livre, e o A. comprou como propriedades diversas, e assim se lhe rematarã, em cuja consideraçãõ julgo não ter effeito a compra do A. sõmente nas casas vinculadas, que são as na escritura fol. 17. conthebudas, cujo respeito o R. comporã ao A. fazendo primeiro avaliaçaõ por Mestres de obras do valor das ditas casas, no estado em que estavaõ ao tempo da remataçaõ, e fazendo discurso sobre o que ambas as moradas custarã, que foraõ os ditos cento e oitenta mil reis, para que deste dinheiro repartaõ, e dem o valor a cada huma das propriedades, em tal fórma, que ambos ajustem no valor da dita quantia, e o que importar a esse respeito a dita propriedade vinculada, satisfarã o R. ao A. com os encargos, que mostrar tem satisfeitos, e bemfeitorias, que se liquidarem, e abatendo com tudo os alugueres, do que as casas valerem, e importarem do tempo da remataçaõ para cá, e o A. lucrarã só o juro de cinco por cento do seu dinheiro, que a tudo se fará a conta. E pague m ambos as custas de permeyo. Lisboa 29. de Dezembro de 1681. Luiz Pimentel da Costa

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

Acordaõ os do Desembargo &c. Bem jul-

gado foy pelo Juiz em haver por valida a remataçaõ das casas livres que foraõ rematadas ao A. porẽm não foy por elle bem julgado em obrigar ao R. satisfacaõ ao A. o preço das outras casas, que comprou a Joãõ Mendes, e a sua mulher Margarida Antunes, e o valor das bemfeitorias, que nellas fez Revogando nesta parte sua sentença cumprase o confirmado por alguns de seus fundamentos, e pelo mais, que dos autos consta, e como por elles se mostra, que posto que as ditas casas sejaõ de Capella, e com prohibiçaõ de albeação, até o presente senãõ tirãõ ao A. e a ellas está de posse, em os quaes termos na fórma de Direito, não tem lugar a auçaõ de evicçaõ, e foy intempetivamente posta, e por se mostrar que o A. antes que lhe fossẽ rematadas as ditas casas, tivera em seu poder a carta de venda, que ao R. fez Joãõ Mendes, e nellas se declarou, que tinhaõ de encargo dous tostoens em cada hum anno para quatro Missas, foy visto fazer o A. a dita compra com este encargo, porẽm visto que tem mais de obrigaçaõ duas Missas, e deste não teve noticia o A. Condenãõ ao R. lhe satisfacaõ tudo o que mais pagou da esmola das duas Missas, e as mais que ao diante pagar. E quanto á questãõ de se rescindir toda a venda, não deferem, por não serem evictas as casas vinculadas. E condenaõ ao R. e ao A. nas custas dos autos de permeyo. Lisboa 13. de Fevereiro de 1683. Freire Almeida. Carneiro Pereira.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus. 846

Quamvis Reus insciens fuisset, quod una habitatio ædium, de quibus contenditur, & in qua pignoratío facta fuit, simul, atque in alia fol. 11. vinculata esset cum prohibitione alienationis; nam per scripturam venditionis fol. 17. tale expressum non fuit per venditorem Joannem, ut ex ipsamet patet; nisi tantummodo onus quatuor missarum per eleemosynam ducentorum teruntiorum, tamen ipse venditor Joannes, & ejus uxor sciebant tales ædes vinculatas esse, & ob hanc causam eas per sententiam vincularunt, patet fol. 38. à Joanne Gomesio, & postea eas, ut liberas, Reo vendiderunt tantum cum prædicto onere ducentorum teruntiorum, in quo fecit id, quod facere non tenebatur, atque ideo dolosus fuit, L. dolus ff. mandat. L. 1 §. est autem ff. depositi, L. dolo ff. ad L. falsid; Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 208. num. 35. Mascard. de probat. conf. 531. n. 24. & 52. Mier. de maior. 4. p. q. 40. n. 54. Giurb. conf. 33. n. 4. Et cum dolosè se habuit iste Joannes, qui ad judicium vocatus per Reum fuit subhastatio, de qua agitur, sustineri non potest

potest, non solum in ædibus in institutione vincularis, ut constat fol. 41. sed etiam in aliis ædibus, quavis istæ ob omni onere liberæ essent, nã si Actor sciret, quod in illis ædibus aliqua domus esset inalienabilis, forsitan illas non emeret, & sic in tali subhastatione deceptus fuit, bona enim, vel mala fides, scientia, vel ignorantia rei alienæ requiritur in emptore, ut possit, vel non agere ad interesse re evicta, vel ad recuperationem pretii, & non ad invalidandam, vel validandam venditionem, quia bona fides emptoris non potest validare titulum ab initio nullum ex defectu dominii in venditore; venditio namque rei alienæ in effectu, & substantia est nulla, & solum valet in præjudicium venditoris quoad effectum, ut teneatur ultra restitutionem ad damnum, & interesse ementis, *Grat. forens. discept. 730 num. 28. Surd. conf. 284. num. 8. & decis. 122. num. 45. & 6. Cald. de empt. & vend. cap. 11 num. 11. Salgad. labyrint. creditor. 2 p. cap. 22. num. 11.* atque ita pro parte subhastatio rescindi non potest, nisi in totum, ut ex *Salgad. ubi supr. cap. 11. num. 22. & 23.* Ex quibus ita ponderatis iudicem confirmarem, in quantum rescindi jubet subhastationem unius domi, ut inalienabilis, & ut Actori restituatur pretium, & satisfaciatur per Reum damnũ, & interesse; ac meliorationes factas, non ita dicam circa alias ædes liberæ ab omni onere; nam subhastatio in solidum facta fuit in uno actu de ambabus ædibus, & forsitan si Actor sciret, unam ex illis esse inalienabilem, illas non subhastasse, quapropter illum in hac parte revoco, ut subhastatio in totum nulla fiat, & Reum condemnarem, non tantum in pretio, sed etiam in damno, si forte aliquod datum fuit, & interesse, at in meliorationibus, quæ liquidabuntur modo declarato in sententia iudicis, quem, ut dico, in parte confirmo, & in parte revoco. Ulyssipone 21. Martii 1682. Almeida.

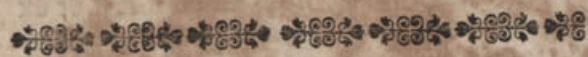
847. Judicalem venditionem rescindere Actor intēdit, tum ex evictionis timore, tum ex incommodo, quasi sibi pars domus inutilis sit, si pars alia Capellæ adstricta vinculo evincatur, & in judiciali venditione, evictioni locum esse docet *Hermogoman in L. si plus 74. §. 1. ff. de evict. hęc autem non adversus Iudicem, sed adversus debitorem distinguitur dict. L. si plus dict. §. 1. L. si alienam 13. Cod. eod. L. 1. Cod. debitor. evict. pign. Nigr. de subhast. tom. 2. cap. 30. à n. 29. Mangil. de evict. q. 44. num. 3.* At vero ista de evictione actio intempestivè mota est; oportebat enim rem cum effectu esse evictam, *Ord. in 4. tit. 45. §. 2. ibi. Por lbe a couja ser tirada por sentença:*

melius §. 3. in princip. vers. Porém, *Gusman de evict. q. 23. num. 12. Valasc. de part. cap. 31. num. 1.* at domus adhuc non evincitur, ut in facto constat, ergo adhuc evictio conquiescit. Dicitur, at propter dolum rei onera domus supprimentis ad omne damnum, & quod interest, condemnari oportet, *Gusman ubi supr.* Respondetur non in præsentī, ubi dolus non apparet, constat enim Actorem ante emptionem domus titulos penes se habuisse, ut Rei testes latè deponunt, unde credendum est illos legisse, & eorum, quæ continebant, factum fuisse certiorē, ex his quæ *Valeron de transact. tit. 3. q. 4. n. 51. vers. nec quidquam, Barb. in rub. de præscript. n. 348. Castill. lib. 7. cap. 26. num. 28. & 42. Reynof. obs. 65. num. 27.* Constat autem ex documento fol. 17. missarum onus, & si vel gravius sit, vel domus Capellæ vinculo adstringatur, id scivisse Actorem non constat, ut ex suppressione dolus arguatur: ergo cum hæc ita se habeat, ego censerem Reum ad impensam eleemolynæ duorum sacrificiorum pro nunc esse damnadum ab eo tempore, quo Actor solvet, & illum ab evictione absolverem, quin etiam alteri quæstioni, an in totum venditio judicialis rescindenda sit non deferrem, cum non adhuc casus evictionis partis eveniat; qui illam examinare intendit, consultat *Gusman. supra dict. q. 23. à n. 19. Ulyssipone 20. Julii 1682. Pereira.*

Ut ad evictionem agatur non solum necessaria est sententia, per quam res vendita evincatur *ad text. in L. qui rem, L. si status, L. empti actio Cod. de evict.* sed etiam, quod per realem executionem, & abdicationem res sit evicta *ad text. in L. habere licere ff. de evict. Ord. lib. 3. tit. 45. §. 2. & 3.* notat pluribus citatis *Mangil. de evict. q. 8. in princip. & n. 1.* ita decisum refert. Non ergo rectè agit emptor in præsentī de evictione, dum res de facto evicta non est, ut proximior Dominus de suo more notat. Verum quia evidenter constat domum hanc vinculo maioratus suppositam fuisse in testamento, & in sententia, non utique Reum in totum absolverem, nam quamvis solum in supradicto casu evictio locum habeat, non tamen omnino excludenda est A. intentio, cum suppositis terminis, hujus vèditionis evictio immineat, cum domus venditio adversus institutricis legem facta nullius fuisset momenti, in quibus terminis venditor saltē de evictione canere tenetur, notat *Mangil. de evict. dict. q. 8. n. 47.* Hoc ita mihi videbatur supposita *Mangil. resolutione, sed negotio maturè examinato cautio nem pro nunc necessariam non esse suadeor, non enim licet cautionē petere pro lite absolute*

soluē movenda, solumque hoc licet, quando quoad partem rei venditæ moveretur lis, quoad partem cautionis, quoad totam rem petere pro movendis litibus, ex optima *L. fin. §. fin. ff. de rescindend. vend. Bartol. L. habitationem §. fin. ff. de pericul. & commod. rei. vend. Surd. conf. 36. num. 14. Cavalcan. decis. 4. num. 3. 1. p. judicatum refert Franch. decis. 555. idem refert judicatum Surd. decis. 295. num. 8. & 9. latissime Hieron. de Leaō lib. 1. decis. 47. à num. 21. cum seq. & n. 23. decisum refert, qui omnes in præfenti calu licere emptori procurare litem sibi moveri affirmant, ut cautio peti possit, Hieron. de Leaō ubi supr. num. 19. Igitur in omnibus proximiori dilectissimo Domino adhæreo. Ulyssipone 29. Decembris 1683. Carneiro.*

Cum proximis Dominis convenio. Freyre.



C A P. VII.

De inclusionē successoris maioratus, ex illius irrevocabilitate, & de exclusionē ex revocabilitate primogenituræ. Et quando maioratus dicatur constitutus, aut erectus revocabiliter, vel irrevocabiliter, ad hoc ut habeat locum inclusio, vel exclusio successoris pertendentis maioratum, & successionem primogenituræ.

S U M M A R I U M.

- 1 Maioratus, aut sit per contractum, aut testamentum, & sit revocabiliter, vel irrevocabiliter.
- 2 Maioratus revocabilis, vel irrevocabilis, quis dicatur, & quando censeatur revocabilis, vel irrevocabilis, & possit revocari, vel non: & nn. seqq.
- 15 Quid si facultatem revocandi reservavit, & de illa usus non fuit testator: & n. 16. 17. & n. 21.
- 18 Quando institutor possit declarare clausulas maioratus, vel non: & nn. seqq.
- 21 Quid dicendum, si testator dicat: e assim fazemos este morgado cō reserva expres-

sa de o poder alterar, assim em esta escritura, como por outra ante outro qualquer Notario todas as vezes, que quizer, e se fizer por Procurador, virá a mim para a confirmar, e de outra sorte não valerá, an possit alterari per epistolam, aut scripturam privatam: & nn. seqq.

- 24 De clausula alio modo, & an importet conditionem, & quomodo intelligatur, & num. 25.
- 29 Probato vinculo cum prohibitionē alienationis inducitur obligatio ad illud observandum, & non potest alterari: & n. 30.
- 31 Quid autem dicendum sit si erecto vinculo cum alienationis prohibitionē, testator fecit codicillum, in quo aliqua bona alienavit, an in cæteris sustineatur vinculum, & per secundum revocetur: & n. 32. & 33.
- 34 Si testator nominet codicillum, an dicatur testamentum, si habet solemnitates illius.
- 35 Per codicillum non datur, nec admittitur hereditas.
- 36 Maioratus si fuerit institutus cum facultate Regia, an possit revocari.
- 37 Utrum Princeps possit revocare maioratum à se factum?
- 38 Quid autem dicendum in donatione facta à Rege irrevocabiliter.
- 39 Utrum instituens maioratum per contractum, postea possit revocari, tam expresse, quam tacite ex debitis factis ab institutore ad hoc ut bona vendantur.
- 40 Quando maioratus factus irrevocabiliter, possit revocari ex delicto successoris, vel ex inimicitia, & ingratitude.
- 41 Maioratus constitutus, & erectus in transactione non potest revocari, nec vocationes alterari, aut mutari possunt: & num. 42. & seqq.
- 67 Ex quibus casibus possit, vel non revocari maioratus erectio: & nn. seqq.
- 105 Quid si concurrunt duæ institutiones, & probetur revocatio, & mutatio testibus: & nn. seqq.
- 119 Quid si testes deponant de subscriptione institutionis, & institutor neget: & nn. seqq.
- 147 An requiratur insinuatō in maioratus institutione, & revocetur per natiuitatem filiorum: & n. 148.
- 149 Erectio facta per viam dotis, & acceptata, irrevocabilis manet, licet habeat clausulas importantes libertatem revocandi: & nn. seqq. usque ad n. 187.
- 188 Institutor an possit revocare, aut alterare maioratum per viam declarationis circa successoris vocationem, aut naturam: & nn. seqq.
- 197 Declaratio quando sit licita, & possit fieri & cre-

& credatur: & nn. seqq.

- 208 Ex quibus censeatur aliquis consentire in revocationem, aut declarationem erectionis maioratus: & nn. seqq.
- 212 In maioratu electionis, an possit admitti, & nominari junior, omisso juniore: & n. 213. & seqq.
- 221 Quando commissarius possit, vel non facere maioratum electionis, aut nominationis: & nn. seq. Et quando electio dicatur liberè concessa, vel restrictè.
- 236 Quando erectio dicatur revocabilis, vel irrevocabilis: & nn. seqq.
- 237 Quid si revocatio fuit facta persuasionebus.
- 238 Quid si facta fuit erectio cum filio Religioso, & ille possit acceptare, vel non: & n. 239 & seqq.
- 241 Quid si est infans.
- 243 Quid dato pacto de non revocando.
- 244 Quid in maioratu facto à viro, & uxore, & quando dicatur revocabilis, vel irrevocabilis: & n. 245. & 246.
- 247 Acceptatio expressa requiritur ad impediendam revocationem vinculi, & non sufficit tacita, & quomodo procedat: & nn. seqq.
- 266 Quando donatio facta fuerit à patre de certis bonis ad nuptias contrahendas, an possit revocari & postea de ipsismet bona possit fieri erectio: & nn. seqq. Ubi etiam quando permissa sit donatio inter patrem, & filium.
- 280 Donatio facta à parte filio in capitulis matrimonialibus quomodo fieri possit, & quibus modis, & quos comprehendat: & nn. seqq. Et quando habet locum revocatio, aut declaratio.
- 296 Revocatio aut acceptatio facta ab incapace, aut ebrío, & minore, an valeat: & n. 297.
- 298 Donatio quando dicatur inter vivos, vel causa mortis, ad hoc ut dicatur revocabilis, vel irrevocabilis: & n. 299. & seqq.
- 399 Donatio quando possit, vel non revocari: & n. 311.
- 310 Et quid si revocatio fuerit facta occultè.
- 312 Donatio quando dicatur perfecta.
- 313 Quid dicendum si donatarius est præsens, & non contradixit.
- 314 Quando dispositio est dubia, an, & quando admittatur declaratio.

ximus cap. 1. num. 59. & tenet Fragos. de regimin. reip. tom. 3. disp. 18 lib. 9. §. 5. n. 4.

Maioratus revocabilis est quædam ultima voluntas anomala, atque innominata, & quamvis ex contractu instituitur, semper assimilatur naturæ ultimæ voluntatis, quatenus morte confirmatur, atque revocabilis perpetuo fit, veluti donationes, quæ usque ad mortem possunt revocari, morte confirmantur atque ita possunt revocari, quando sunt instituti, aut in donatione, aut in testamento, ut inquit Fragos. de reg. reip. d. disp. 18. §. 5. num. 4. & nos diximus forens. cap. 4. num. 126. & 127. in secunda impressione, & ultima constitutio, quæ morte confirmatur, valet, & observanda est, Molin. de primog. lib. 1. cap. 12. num. 2. & 3. & ibi Add. eleganter Menoch. conf. 1126. num. 10. cap. de tenet. cap. 34. num. 58. & 59. Cassanat. conf. 45. n. 101. & 102. Mier. de maior. q. 30 & num. 6. in antiqua impressione, & in nova num. 20. Castill. contr. lib. 6. cap. 151. num. 4. & in maioratu nominationis, Flor. var. lib. 3. q. 22. n. 6. Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. num. 36. Valasc. conf. 61. & 102. n. 15.

Atque ita prima institutio maioratus per secundum testamentum, aut donationem revocatur, & ultimum testamentum valet, in quo institutio maioratus revocatur, aut de bonis simpliciter disponitur, ut tenent multi DD. & non pauca jura, quos ego ipse refero forens. resol. cap. 14. num. 24. & 25. in secunda impressione. Et ita judicatum fuit in fortiori casu, in quo erat institutus maioratus, & revocatus fuit per secundum testamentum factum in mare, ut constat ex sententia sequenti.

No feito de Nuno de Mendonça Furtado, e Albuquerque contra os Procuradores da Fazenda, e Coroa Real, e Dona Maria Josefa de Mendonça, Escrivão o da Coroa, se deo a sentença seguinte.

Acordão em Relação, &c. Vistos estes autos, Decreto do dito Senhor, porque ordenou que se julgasse summariamente pelos Juizes nelle nomeados, libello do A. Nuno de Mendonça Furtado, cõtrariedade da R. Dona Maria Josefa de Mendonça, e dos Procuradores da Fazenda, e Coroa, e testamento, e testemunhas, e mais documentos juntos. Allegase por parte do A. que havendo de partir para a India seu irmão Luis de Mendonça Furtado por Vice-Rey daquelle Estado, no anno de 1670 fizera o selemne testamento fol 7. e nelle, além de outras disposições, instituir a do remanecente de todos seus bens morgado, que annexou ao de S. Simão de Azeitão, que fundára o segundo Afonso de Albuquerque, e

MAioratus in hoc Regno aut fit per contractum, aut per testamentum, ut diximus cap. 1. num. 54. aut ex modis, de quibus supra cap. 5. & 6. & constituitur revocabiliter, aut irrevocabiliter, & est aut revocabilis, aut irrevocabilis. Roxas de incompat. maiorat. p. 1. cap. 2. num. 78. & 2. p. cap. 2. & di-

para a successão delle chamára a seu irmão Jeronymo de Mendonça Furtado, e na sua falta, e de seus legitimos descendentes a elle A. e seus legitimos descendentes, e que vindo da India o dito Vice-Rey instituidor, depois de findo o tempo de seu governo no anno de 1678. na charrua nossa Senhora da Visitação, falecera no mar, e que por o primeiro chamado Jeronymo de Mendonça em vida do instituidor cometer o crime de Lesa Magestade humana; e por sentença final se achar condemnado a morrer morte natural, e seus bens confiscados, ainda que o dito Senhor lhe perdoasse a pena da morte, ficou incapaz de succeder no dito morgado de Azeitão, segundo as clausulas delle, e por esse fundamento se deferrio a successão a elle A. de que está de posse, e lhe ficaram pertencendo todos os bens do defuncto que annexou ao dito morgado, a que foy chamado em falta da dito Jeronymo de Mendonça, e que assim o sequeiro, que nos bens do defuncto se fizera, se devia levantar, e entregar os bens a elle A. como herdeiro, e successor do morgado, sem embargo do codicillo fol. 11. em que se acha alterada a primeira disposição pelo Vice-Rey instituidor, e chamados para a successão de seus bens seus irmãos Jeronymo de Mendonça, e elle A. e Dona Maria Josepha de Mendonça, com declarações, que não estando capaz de succeder seu irmão Jeronymo de Mendonça, passasse a herança a elle A. e á R. Dona Maria Josepha, seus irmãos. Por quanto além de no codicillo se não poder zingar a herança dada no testamento a elle A. se achava o dito codicillo com patentes nullidades por que devendo ser cerrado, para que ficasse em segredo a disposição, se não acha, que fosse cozido, nem com termo de abertura, e devendo assinar o testador, e testemunhas ao pé do termo da approvação segundo a forma da Ley do Reyno, se não acha, que fosse assinado o dito termo pelo testador, e testemunhas, sem o que não pode o dito codicillo ter validade alguma por lhe faltar a solemnidade da Ley referida, que deve ter lugar ainda nos codicillos, e testamentos feitos no mar. E finalmente, por que as testemunhas não estiverão presentes no tempo que se fez o termo da approvação sendo esta húa das solemnidades necessarias, para o codicillo, e testamento serem validos, pelo que ficou em seu vigor a disposição do primeiro testamento, que segundo as regras de Direito, não póde ter alteração por o segundo testamento, ou codicillo nullo, e invalido. Por parte da R. Dona Maria Josepha de Mendonça se allega, que supposto o Conde Vice Rey fizesse o primeiro testamento fol. 7. estando para se embarcar para a India, e dispuzesse de seus

bens na forma delle, com tudo, vindo para este Reyno no anno de 678. na charrua nossa Senhora da Visitação sentindose gravemente enfermo fizera o segundo testamento fol. 11. estando em seu perfeito juizo, e nelle instituirá a seus irmãos Jeronymo de Mendonça, se não estivesse capaz de herdar, passasse ao A. e a ella R. com que ficara mudada nesta parte a disposição do primeiro testamento pelo segundo, por este se achar feito com todas as solemnidades da Ley, e não ter defeito, o não assinar o testador, e testemunhas no termo da approvação, por que tinha assinado ao pé do testamento e o Taballião no auto termo fazer declaração, que as testemunhas, ficavao assinadas no fim do testamento, e como o testador, e testemunhas, se achem assinados, não se póde dizer que não ouve total falta da solemnidade, mas somente alteração do lugar em q. devia assinar por impericia do Taballião, e não por culpa do testador, que fez tudo o que era necessario para a validade da disposição, que se deve julgar por testamento, e não por codicillo. Allegase mais por parte da R. que dado em seu prejuizo da verdade que a approvação do testamento fosse nulla por falta das solemnidades referidas; com tudo devia valer a disposição do segundo testamento, como de nuncupativo, por se não restringir o testador a fazer testamento cerrado, antes se mostrar, q. quiz dispôr na forma de Direito, que melhor podesse ter lugar, como se declarava no mesmo segundo testamento, e assim se devia reduzir a publica forma a tal disposição, por ser verdadeira, e a ultima vontade do testador, e se devia julgar pertecer lhe a herança na forma do segundo testamento. Por parte dos Procuradores da Coroa, e Fazenda se allega, que o sequestro feito nos bens do defuncto se não deve levantar, sem primeiro se mostrar residência corrente do Vice Rey defuncto, e que seus bens não estão obrigados a alguma restituição da Fazenda Real, e que Jeronymo de Mendonça herdeiro instituido se achava condemnado á morte, e seus bens confiscados pelo crime de Lesa Magestade, e se lhe devia julgar a herança que lhe podia pertencer ao dito Jeronymo de Mendonça, e o mais que constar pelos livros do defuncto dever ao dito Jeronymo de Mendonça. O que tudo visto, e considerado, e como se mostra, que o Conde Vice Rey defuncto fez a disposição fol. 11. estando em seu perfeito juizo, e entendimento, que em tudo tem forma de testamento, e como tal se deve julgar sem embargo de se escrever que era codicillo, e sendo o disposto nelle sua ultima vontade, se deve julgar por firme, e valioso, por se achar com as solemnidades, que de Direito

ſão neceſſarias, e conſtar perfeitamente pelas teſtemunhas perguntadas da vontade do teſtador, em querer, que ſeus irmãos ſoſſem herdeiros igualmente na forma que no dito ſegundo teſtamento ſe declara, e ſe cumprifſem os legados nelle deixados, ficando no mais em ſeu vigor o primeiro teſtamento, q̄ fizera antes de partir para a India. E não ſer baſtante a falta das ſolemnidades, em que o A. ſe funda para invalidar o dito teſtamento; por quanto a primeira de não ſer cozido o teſtamento, para ficar em ſegredo, a diſpoſição não tem lugar neste caſo, em que o teſtador manifeſtou a diſpoſição ás teſtemunhas, por querer diſpór na melhor forma de Direito, e renunciar o ſegredo, que era introduzido em ſeu favor, e a ſegunda, de não aſſinar o teſtador, e teſtemunhas no termo da approvação, na forma que a Ley do Reyno ordena, não deve ſer baſtante para ſe julgar por nullo o dito ſegundo teſtamento em razão de não faltar a tal ſolemnidade. por ſe achar, que aſſináraõ ao pé do teſtamento, de que o Eſcrivaõ no termo fez eſpecial declaração nomeando as teſtemunhas, com que ſe acha ſómente a falta na alteração do lugar, em que deviaõ aſſinar por impericia do Eſcrivaõ que tinha entrado de novo a ſervir por falecimẽto do proprietario na meſma não, e com o meſmo erro approvára todos os mais teſtamentos dos que na dita não falecerãõ entendendo, que neſſa forma ſe deviaõ approvar, e por aſſim o dizer o Padre Sarmento, com quem o Eſcrivaõ ſe aconselhava, e devendoſe fazer interpretação a favor da validade dos teſtamentos, com mayor razão no preſente, por nelle cõcorrerem maiores circumſtancias de favor, por ſer de hum Vice Rey que vinha da India, depois de ſendo o tempo de ſeu governo, e doente da doença, de que logo faleceo, e o teſtamento feito no mar junto do Cabo da Boa Esperança tão diſtante deſte Reyno, e da India, e neſtes termos ſe não deve entender o rigor, e falta de qualquer leve ſolemnidade, e mais principalmente podendo valer a tal diſpoſição como teſtamento nuncupativo, por ſe não reſtringir o teſtador a fazer teſtamẽto cerrado, mas querer diſpór na melhor forma de Direito, e conſtar da diſpoſição pelas teſtemunhas perguntadas neste juizo, e ſuppoſto algũas dellas não ſejaõ das que aſſináraõ o teſtamẽto por eſtas ſe acharem aſentes, com tudo depoem legalmente da diſpoſição que considerado o favor, que lbe aſſiſte, e a legal prova da vontade do teſtador ſe deve obſervar. Por tanto julgaõ por firme, e valioſo o ſegundo teſtamento, e tirada metade da terça do defunto para ſe annexar ao morgado de aſcitãõ, de que o defunto ſoy poſſuidor, na forma das clauſulas

delle, e do diſpoſto no primeiro teſtamento, e tirados juntamente os mais legados. Mandaõ, que os mais bẽs ſe repartaõ igualmente entre o A. e o R. para que o ſequeſtro ſe levante, por não ter lugar o requerimento dos Procuradores da Fazenda, e Coroa, por ſe não moſtrar por ſua parte cauſa baſtante para ſe ſuſtẽtar o ſequeſtro. E deferindo ao mais, que por parte dos ditos Procuradores ſe pede, declaraõ, não lbe aſſiſtir direito para a parte da herança, q̄ reſpeita a peſſoa de Jeronymo de Mendonça, porque ainda que ſeus bens ſe achafſem confiſcados pelo crime de Leſa Mageſtade; com tudo por eſte meſmo reſpeito ſe acha excluido da herança pelo teſtador no ſegundo teſtamento, por ſe entender ſer ſua vontade, que não eſtando capaz de adquirir para ſi, ſe partiſſe a herança entre o A. e R. ſeus irmãos; porém como os bens, e accoens, que poſſaõ competir ao dito Jeronymo de Mendonça pertencem á Coroa pela ſentença de confiſcação, e pelo livro appenſo ſe moſtre ſer o defunto devedor ao dito Jeronymo de Mendonça de varias quantias, como ſaõ de quatro contos, duzentos, e noventa e dous mil reis fol. 5. que deo para a compra da quinta de São Bento, de 600U. que Diogo de Chaves deo para as deſpezas da jornada da India do defunto, e 129U300. reis, que em patacas o meſmo Jeronymo de Mendonça entregou ao defunto, e todas eſtas quantias importaõ ſinco contos vinte, e hum mil, trezentos reis, que mandaõ ſe tirem dos bens ſequeſtrados, e ſe entreguem á ordem do dito Senhor, como tambem cento e ſetenta mil reis, valor de huma bandeja de prata lavrada, que Jeronymo de Mendonça deo ao defunto, quando partio para a India. E conſta do meſmo livro fol. 20. E por quanto do meſmo livro fol. 5. conſta, que Jeronymo de Mendonça concorreo com dinbeiro para as bemfeitorias da quinta de São Bento fol. 20. verſ conſta, que mais entregou ao defunto algũas peças de prata, de cujo valor não conſta. Condenaõ aos herdeiros do defunto ſatisfação á fazenda do dito Senhor tudo, o que ſe liquidar na execução deſta ſentença, aonde tambem poderãõ os ditos Procuradores deduzir tudo o mais, que ficou devendo o defunto ao dito Jeronymo de Mendonça E pague o A. os Autos. Lisboa 4. de Junho de 1681. Doutor Freire. Quiſel. Pereira. Fuy preſente Pinbeiro.

Maioratus irrevocabilis in contractu inſtituitur, & dicitur irrevocabilis, ſi ea lege in contractu fit, ut exiſtat irrevocabilis, aut alias eſeatur, ex traditione, acceptatione, & clauſula cõſtituti uſuſfructus, ex pacto de nõ revocando, & ex aliis ſimilibus, & tunc cenſebitur maioratus irrevocabiliter conſtitutus, & manebit

nebit irrevocabilis, ut tenent *Fragos de reg. reip. p. 3. lib. 9. disp. 18. §. 5. num. 4. vers. Porro, Suar. alleg. 20. num. 5. Roland. conf. 8. n. 26. Cancer. lib. 1. var. cap. 8. num. 30. usque ad num. 34. Castell. lib. 5. cap. 80. num. 6. & cap. 109. num. 19. & cap. 116. num. 34. & cap. 119. num. 34. Mier. de maior. q. 37. & num. 6. Add. ad Molin. lib. 4. cap. 2. num. 54. Molin. de primog. lib. 2. cap. 1. num. 21. & 28. Robles de re. present. lib. 3. cap. 19. num. 35. Larr. dec. 57. n. 5. Roxas de incompatib. maior. p. 2. cap. 3. num. 22. optime Rosa consult. 69. n. 118. & seq. & est text. elegans in L. fin. §. Lucius ff. de donat. gloss. in L. 1. verbo perfectam Cod. jur. Fisci lib. 10. Hugo conf. 53. num. 2. & conf. 58. n. 6. & conf. 100. num. 10. & conf. 104. n. 2. Gut. de jur. am. confirmat. p. 3. cap. 15. n. 23. Mastrill. dec. 211. num. 26. & seqq. eleganter Burg. de Paz. conf. 14. num. 22. vers. sane, Amat. resol. 26. num. 2. & 12. Cutel. de don. tract. 1. disc. 2. part. 13. num. 53. Larr. dec. 40. num. 11. & 20. Vela dissert. 49. num. 26. Barb. vot. 30. & num. 5.*

6 Et non poterit nec ab institutore, nec à constituyente alterari, nec in minimo amplius revocari, L. perfecta donatio Cod. de act. & obligat. L. post perfectam, L. quoties Cod. de donat. quæ sub modo, cum multis Aug. Barbof. vot. 30. num. 2. & seqq. Pereir. dec. 48. n. 8. & tenent multi quos ego ipse refero forens. cap. 4. num. 127. & 128. & seqq. ubi exornavimus usque ad num. 145. & n. 146. quid dicendum in maioratu Regni Castellæ, & tenent omnes citati num. seq. Fontanel. dec. 46. Hermosill. in L. 8. tit. 4. part. 5. gloss. 1. & n. 26. & loquens in maioratu facto causa matrimonii, Olea de cess. jur. & act. tit. 2. q. 7. n. 10. 22. & seqq. Larr. alleg. 76. num. 2. & dec. 91. num. 1. Cephal. conj. 302. num. 25. lib. 3. Montier. à Cueva dec. 10. num. 15. Gratian. cap. 924. num. 12. & cap. 984. num. 23. Castell. lib. 3. cap. 10. & num. 29. Gut. lib. 2. pract. q. 52. num. 1. Valenz. conf. 69. num. 75. Salgad. in labyrinth. credit. 2. p. cap. 26. num. 13. 14. 57. & seqq. Cancer. lib. 1. var. cap. 8. num. 36. & 3. p. q. 7. n. 333. Rosa d. consult. 69. n. 118. & seqq.

7 Quia per acceptationem primi vocati acquiritur ius irrevocabile non solum illi, sed omnibus successoribus maioratus post eum inclusis, & vocatis, ut multis juribus, & DD. diximus Forens. d. cap. 4. num. 145. vers. quæ omnia in secunda impressione, Fragos. d. §. 5. num. 4. & seqq. & ultra quos allegavimus Cald. lib. 1. q. 20. num. 16. recept. Gratian. forens. cap. 332. num. 17. & cap. 405. Gam. dec. 8. Valenz. conf. 23. num. 9. Fontanel. de pact. nupt. claus. 4. gloss. 9. p. 1. num. 4. Mier. p. 1. q.

22. & q. 24. Cevalb. q. 249. num. 3. & q. 383. num. 10. Gut. lib. 2. pract. q. 52. num. 4. ubi iudicatum, Hermosill. ad Gregor. L. 7. tit. 4. gloss. 4. num. 15. Larr. dec. 91. & num. 5. Castell. lib. 4. cap. 5. num. 23. & lib. 6. cap. 119. n. 12. Molin. de primog. lib. 3. cap. 2. num. 58. & seqq. & num. 75. Gom. L. 40. Taur. n. 34. & in nalcituris, Olea de cess. jur. tit. 3. q. 4. num. 36. & vide infra num. 41. & seqq. optime Rosa d. consult. 69. num. 118. & seqq.

Licet alii dicant non sufficere, ex Molin. d. 8. cap. 2. n. 73. & seqq. Larr. dec. 91. optime Penba dec. Rot. 442. Molin. de rit. nupt. q. 8. num. 29. Cevalb. q. 249. num. 2. com. Flor. ad Gam. dec. 8. num. 2. Add. ad Molin. ubi supr. Limitatur in maioratu perpetuo, ut per eundem num. 75. sed tantummodo impedire revocationem respectu primi, & non aliorum, ex Bart. in L. qui Romæ §. Flavius num. 1. ff. verbor. de qua Gom. L. 40. Tauri num. 29. & 30. Molin. d. cap. 2. num. 58. 66. 73. 74. & 75. quia reprobatur ab aliis, & in specie iudicatum fuit pro nostra resolutione in causa, de qua infra n. 247. & seqq.

Ante enim acceptationem manet revocabilis, non obstante etiam pacto de non revocando, ut diximus cum multis Forens. d. cap. 4. num. 145. in secunda impress. pag. 334. (Ubi etiam quando dicatur acceptatio facta, & ex quibus probetur, de qua re Mier. p. 1. q. 36. n. 83. & seqq.) Fragos. d. §. 5. num. 4. & 5. Molin. lib. 1. de primog. lib. 2. cap. 2. n. 64. Valenz. conf. 63. num. 34. Hermosill. in L. 4. tit. 4. part. 5. gloss. 1. n. 27. & n. 38. & per tot. Grat. forens. cap. 565. num. 3. Mier. 2. p. q. 68. n. 9. Cancer. var. cap. 8. num. 24. lib. 1. Barb. in L. 1. part. 3. num. 18. ff. solut. Noguerol alleg. 22. num. 6. Castell. lib. 5. cap. 80. num. 12. & 16. & cap. 93. §. 8. num. 16. vers. secundo deinde, & tom. 6. cap. 151. num. 13. Faria ad Cov. lib. 1. var. cap. 14. n. 10. & seqq.

Sed si fuerit acceptata, non potest revocari in præjudicium vocatorum, licet primus consentiat, Mier. de maior. p. 1. q. 22. num. 33. Hermosill. in L. 7. tit. 4. part. 5. gloss. 4. num. 16. Matienç. in L. 6. tit. 6. gloss. 4. num. 2. de qua re vide Amat. var. resol. 30.

Et in maioratu facto causa matrimonii, in Giurb. ad stat. cap. 1. gloss. 8. num. 75. & 76. & 80. Hermosill. in L. 3. gloss. 1. num. 42. & in L. 7. tit. 4. gloss. 4. n. 16. in fin. Massin. de confisc. q. 47. n. 131.

Nisi fuerit factus maioratus tantummodo ad favorem unius successoris, quia tunc si ipse donatarius consentiat, potest revocari, Gloss. in L. perfecta donatio Cod. de donat. quæ sub modo verbo in cap. Cald. de potest. elig. cap. 5. num. 7. Castell. lib. 3. contr. cap. 10. num. 40. text.

text eſt expreſſus in L. quoties 29 ff. ſolut. ma-
tr & in L. cum dos 7. ff. pact. dot. lib. de qua
re Amat. var. reſol. 30.

13 Et ſi fuerit factus maioratus ad favorem
multorum, omnes debent conſentire, Fontanell.
de pact. nupt. clauſ. 4. gloſſ. 24. numer. 50.
Larr. dec. 33. numer. 54. ex L. ſicut Cod. act. &
obligat. Amato var. reſol. 30. n. 1. & ſeqq.

14 Atque ita ſi eſt irrevocabiliter conſtitutus,
non poteſt revocari, & includi debent vocati
in illo, & excludendi debent vocati in ſecun-
do, niſi reſervarent inſtitutores facultatem
declarandi, aut faciendi vocationes, quia tunc
ſecundum reſervationem poſſunt declarare,
& vocationes alterare, ut in Regno Caſtellæ
eſt Lex. 17. Taur. & L. 44. & L. 1. tit. 6. &
L. 4. tit. 7. lib. 5. recop. & de jure communi tenent
Paris. conſ. 33. numer. 57. & conſ. 90. per
tot. lib. 3. Caſtill. in L. 17. Tauri 1. gloſſ. verb.
ſi non revocaſſe, optime Matienç. in L. 1. tit. 6.
lib. 5. recop. gloſſ. 10. Azeved. in L. 1. ſupradict.
numer. 4. verſ. ſalvo. Avend. in L. 44. Taur. gloſſ.
20. numer. 1. Cald. de poteſt. elig. cap. 5. numer. 6.
per tot. Mier. de maior. p. 1. q. 26. numer. 136 &
ſeqq. Caſtill. lib. 4. cap. 39. numer. 33 & 34. &
per tot. de qua re vide Roxas de incomp. p. 2.
cap. 3. numer. 22. optime exornat Giurb. obſerv.
43. numer. 6 & ſeqq. Ubi etiam, an ſufficiat re-
vocatio tacita, vel requiratur expreſſa.

15 Et ſi non utatur de reſervatione facta, ma-
net vinculum factum, & vocationes antece-
dentes ſubſiſtunt, in eodem ſtatu permanere
debent, ſicuti vinculum obſervandum eſt, ut
in ſpecie tenent Molin. de primog. lib. 1. cap.
9. numer. 9 & cap. 12. numer. 8. Gonzal. in reg. 8.
Cancel. gloſſ. 12. numer. 53. Surd. dec. 163. n. 18.
& conſ. 384. numer. 10. Cephal. conſ. 525. numer.
21. eleganter Caſſan. conſ. 37. numer. 27. Caſ-
till. lib. 1. de uſufruct. cap. 39. numer. 21. & lib.
4. cap. 16. numer. 28. Salgad. in labyrinth. credit.
2. p. cap. 19. numer. 4. & 10. & diximus ſupra, &
ita eſt, ſi facta fuerit revocabilis inſtitutio,
quia ſi ante mortem non revocatur, manet
irrevocabilis perpetuo, Fragos. de reg. reip. p.
3. lib. 9. diſp. 20. §. 5. n. 44. Caſtill. de uſufr.
cap. 29. n. 22.

16 Et ſi de reſervatione utatur inſtitutor, non
poteſt in totum revocare maioratum, ſed ſo-
lum in vocationibus reſervatis, ut conſului
in una cauſa gravi, in qua inveniebantur hæc
verba: *E reſervo poder de tirar, acreeſcent ar,
ou mudar as condiçoens, ou vocaçoens, e ſub-
ſtituiçoens, que tenbo feito, e fazer outras de
novo.* Ex quibus verbis non poteſt revocari
vinculum, ſed potius manet firmum, & in
ſubſtantia perpetuum, eo ipſo, quod fecit d.
reſervationes inſtitutor, L. alumnae §. qui ſi-
lias ff. adimend. legat. L. Tribunus §. 1. ff. milit.

teſtam. ubi Bald. ſummavit: *Emendatio, vel
correctio in quibusdam eſt cæterorum conſer-
vatio, L. proxime ff. de his quæ teſtam. delent.*
ibi: *Ut ea dumtaxat exiſtimamus irrita eſſe
voluiſſe, quæ induxit, L. ſancimus Cod. de teſ-
tam.* ibi: *Quod enim non mutatur, quare ſtare
prohibetur, L. præcipimus in fin. Cod. de ap-
pell.*

Et ſemper debent intelligi d. verba, & ſi 17
milia rato manente diſpoſito, L. qui ita ff. de
dot. præleg. Cephal. conſ. 157. numer. 14. tom. 2.
Surd. dec. 285. numer. 9. Gratian. forenſ. cap.
270. numer. 44. & in terminis ſimilis clauſulæ,
quæ diximus n. antecedenti reſolvunt Alex.
Raud. de analog. lib. 1. cap. 30. n. 64. & ſeqq.
Farin. dec. 79. p. 1. in recent. p. 5. & dec. 240. n.
4. p. 2. Nogueirol alleg. 9. numer. 52. Add. ad Mo-
lin. lib. 4. cap. 2. numer. 18. Atque ita in ſubſtan-
tia manet firmum vinculum, in ſubſtantia va-
lidatur, & in eſſentia irrevocabile, Cov. in ru-
bric. de teſtam. p. 2. §. 2. numer. 13. Franch. dec.
213. Angul. de melior. gloſſ. 11. L. 1. ex n. 12.
Mier. p. 1. q. 30. in princip. Molin. de primog.
lib. 4. cap. 2. numer. 53. Caſtill. lib. 5. cap. 86. n.
45. Atque ita ſolum poteſt alterari, & mutari
ab inſtitutore in vocationibus, & ſubſtitutio-
nibus, non vero in ſubſtantia vinculi, quia ad
illam non fuit facta reſervatio, & non ſtante
illa, inſtitutor non poteſt revocare, nec alte-
rare maioratum irrevocabilem, Nogueirol. al-
leg. 20. n. 118. & 119.

Neque illorum clauſulas poſtea declarare, 18
ut eſt text. in L. ſi apud Provinciæ 2. Cod. re-
vocand. don. & ſi fecerit, nihil præjudicat ſuc-
ceſſori, ut in terminis maioratus probant
Fontanell. de pact. nupt. tom. clauſ. 4. gloſſ. 24.
numer. 50. Caſſanat. conſ. 10. numer. 126. Mier. de
maiorat. p. 1. q. 44. numer. 84. Caſtill. tom. 4. cap.
53. numer. 46. Larr. dec. 33. numer. 54 & 55. &
110. Joann. Dekr. lib. 1. dec. 4. numer. 26. verſ.
non efficit & probat text. in L. quoties 29. ff. ſo-
lut. matr. L. cum dos 7. ff. de pact. dot. al.

Tunc enim datur diſpoſitio nova, quæ non 19
admittitur in contractu maioratus facti ir-
revocabiliter, Caſtill. lib. 3. cap. 10. numer. 26.
Larr. dec. 33. numer. 57. & 110. Dekr. d. dec. 4.
numer. 26. verſ. & hoc, Becc. conſ. 186. n. 25. &
26. lib. 2. Surd. conſ. 380. n. 21. Tiraq. verbo li-
bertis n. 14. L. ſi unquam.

Niſi fuerit ſuper re dubia, quia tunc ad-20
mittitur declaratio, nam qui declarat rem du-
biam, nihil novi facit, ſed quod in præteri-
tum actum eſt oſtendit, L. hæredes 22. §. ſi
quid poſt Cod. teſtam. L. adeo 7. §. cum quis ex
aliena ff. acquir. rer. dom. Muta. deciſ. Sicil.
72. numer. 30. Triviſ. dec. Ven. 16. numer. 4. lib. 2.
Barſ. deciſ. Bon. 38. numer. 7. & ſeqq. Rot. poſt
tract. Poſth. de man. dec. 178. numer. 3. & dec.

183. num. 1. *Larr. dec. 33. num. 6. & 29. Vela differt. 2. num. 85. & differt. 8. num. 44. & differt. 24. num. 75. Fontan. dec. 172. num. 7. Cyriac. contr. 210. num. 23. Quare Tiber. Decian. respons. 7. num. 99* inquit liquisse conjugibus post perfectam donationem per viam maioratus, per eos filios, & descendentes factam ex intervallo declarare, vel alio cum instrumento, quod intellexerint, tum temporis de masculis, propter dubietatem, quæ continebant ea verba filiis, & descendentes, an venirent eorum appellatione, tam masculi, quæ fæminæ, & num genus masculinum contineret fæmininum, licet etiam ex quibusdam conjecturis in instrumento donationis id inveniretur, de qua re *Fontanel de pact. nupt. claus. 4. gloss. 5. num. 11. & 12. Add. ad Molin. lib. 1. cap. 8. num. 38. Cassanat. conf. 10. n. 30. & conf. 57. num. 38. & seqq. Larr. dec. 33. num. 29. 30. & 31. Valenz. conf. 120. num. 16. usque ad 20. & dicemus infra.*

21 Et in alia institutione maioratus vidi clausulam sequentem: *E assim fazemos este morgado, com reserva expressa de o poder alterar, e assim em esta escritura, como por outra escritura ãte outro qualquer Notario todas as vezes que quizer, e bem visto me for, e se se fizer escritura por Procurador, virá a mim para a confirmar, e de outra sorte não valerá, e assim quero que se entenda, e não de outra maneira.* Atque ita reservavit, & se restrinxit institutor ad disponendum secundum voluntatem per instrumentum publicum, & non alio modo; disposuit per epistolam, & scripturam privatam ad favorem aliorum consanguineorum diversorum, & facto testamento ad favorem vocati, in prima institutione cū his dispositionibus diem clausit extremum, quæsitum mihi fuit, an observari deberet scriptura publica constitutionis maioratus irrevocabiliter, excepto casu reservationis per scripturam publicam. an vero ultima declaratio facta per epistolam, aut scripturam privatam, & virtute reservationis scripta, respōdi, quod debebat observari, & regulari successio per primum contractum, & non per secundam declarationem scripturæ privatæ, licet facta virtute reservationis.

22 Motus fui ad hanc resolutionem, *ex text. in L. contractus Cod. fidei instrum.* qui in terminis decidit dubitationem his verbis: *Quas tamen in scriptis fieri placuit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundo recepta, subscriptionibusque partium confirmata. & si per Tabellionem conscribatur etiã ab ipso completa. & postremo à partibus absoluta sunt.* Princip. inst. de empt. ibi: *Non aliter perfectam esse venditionem, & emptionem cō-*

stituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta. Ex quibus iuribus deducitur conclusio quod quando testator donans, disponens, contrahens, lex, aut statutum disponunt contractum faciendum esse per scripturam publicam, aliter factum, & dispositum non dicitur perfectum, nec est in considerationem, quia ita contrahentes non videntur habere animum se obligandi, antequam scriptura fiat, tunc enim requiritur pro substantia, & forma, exornat *Paul. de Castr. in L. quibus, vers. si tamen ff. verbor. obligat. & conf. 41. num. 2. Amat var. resol. 8. num. 16. Parlador lib. 2. rer. quot. cap. 3. n. 47. Flor. ad Gam. dec. 207. num. 7. Felician. de cens. in epit. lib. 3. cap. 4. num. 3. Valenz. conf. 14. num. 50. Castill. lib. 3. contr. cap. 26. num. 17. & seqq. Barbof. vot. 34. per tot. & maxime num. 11. ubi quod procedit, & si dictum non sit, quod aliter non valeat, *Pich. in princip. Inst. de empt. num. 28. Hermos. in L. 6. tit. 5. gloss. 1. num. 5. part. 5. Olea de cess. jur. & act. tit. 1. q. 6. n. 44. Larr. alleg. 88. Phæb. p. 1. dec. 99. de ratione etiam Amaya in L. 1. Cod. de apoch. public. lib. 10. num. 23. & seqq. Ord. lib. 4. tit. 19.**

Atque ita voluit institutor, quod scriptura fuisset de substantia, & pro forma, & non ad probationem, de qua re supra citati, quod probatur ex verbis dispositionis *por outra escritura ãte outro qualquer Notario*, de quibus usus fuit testator, quæ non possunt alium sensum habere, nec aliam probationem, quæ instrumentum publicum, cujus appellatione, immo etiam appellatione instrumenti tantum, non venit scriptura privata, nec epistola missiva, *Abbas Panorm. & Dec. in rubric. de fide instrum. Trivis. dec. 40. num. 8. Caroc. dec. 49. num. 10. Tiraq. de retract. lign. §. 2. gloss. 1. num. 30. Cancr. lib. 1. var. cap. 20. n. 61. Mascard. concl. 6. num. 126. Genoa de script. privat. lib. 1. dub. 1. num. 19. Pareja de instrum. edit. tom. 1. tit. 1. resol. 3. §. 5. num. 88.* cum multis, quidquid in contrarium teneat cum aliis *in resolutione 2. n. 16.* quando verbo instrumentum adjicitur domestico, privato, non publice confecto, & sic similiter, atque ita cum ab institutore requiratur scriptura publica, non sufficit epistola, nec scriptura privata, ad hoc ut per eam dicatur perfectus actus, ad quem scriptura publica est necessaria, *Olea de cess. jur. tit. 1. q. 5. num. 15. Genoa de scriptur. privat. lib. 3. q. 19.*

Et quia ita voluit institutor, addidit noluisse valere alio modo, ut patet ex verbis, ibi: *E de outra sorte não valerá, e assim quero que se entenda, e não de outra maneira.* Quæ verba, non alio modo, non aliter, non alias, habent vim decreti irritantis, adeo, ut omnia

omnia in contrarium facta reſolvunt ab initio, *Loter. de re benefic. lib. 1. q. 37. n. 16. & q. 40. n. 272. Gratian. forenſ. cap. 517. n. 1. & cap. 532. num. 12. Salgad. in labyrinth. credit. cap. 13. 3 p. § unic. n. 112. & de ſup. 2 p. cap. 17. n. 27. Aug. Barb. clauſ. 81. numer. 14.*

25 Et important conditionem, qua deficiente, perinde erit, ac ſi geſtum non fuerit, *Mench. de arbitr. caſ. 237. n. 34. & conſ. 38. n. 21 & 22. Surd. conſ. 268. n. 9. Salgad. in labyrinth. d. § unic. n. 109. & eſt clauſula limitativa voluntatis, & conſenſus, & perſervativa ſui iuris in caſu contrario, Maſtrill. dec. 76. n. 10. Gratian. forenſ. cap. 587. num. 11. & cap. 748. n. 12. Salgad. d. § unic. n. 110. & conſenſum à contractu, & diſpoſitione adimunt, ita ut actum nihil videatur inter contrahentes, ut proſequuntur *Barboſ. Gratian. Salgad. ubi ſupra*, & important præciſam formam, ita ut actus contra eam facti ipſo iure ſint nulli, *Garc. de nobilit. gloſſ. 18. num. 9. alter de benef. 9. p. cap. 2. num. 236. Barb. ubi ſupra n. 9. & dict. 220. & vot. 15. n. 17. cum multis exornat Traffo de reg. patron. 2. p. cap. 55. n. 17 & ſeqq.* Ubi eleganter exornat, & inficiunt titulum, & poſſeſſionem, immo impediunt translationem poſſeſſionis, & domini, *Noguerol. alleg. 3. n. 15. Barb. clauſ. 40. Salgad. in labyrinth. credit. p. 1. cap. 48. n. 32.* & plura de hac clauſula, non aliter, non alias congerit *Valenz. conſ. 47.**

26 Atque ita cum non facta fuiſſet ſcriptura publica contenta in reſervatione cum dictis clauſulis, ex prima nihil datum fuit, quia pendebat ex alia irrevocabilitas, & nulliter uſus fuit inſtitutor de epistoſta, aut ſcriptura particulari, de qua ſi non uteretur, maneret in ſuo robore prima, aut etiam ſi faceret ſcripturam per procuratorem, & poſtea illam confirmaret, ut patet ex verbis: *Vir à a mim para a confirmar*, abſque qua confirmatione nihil operatur diſpoſitio, ſed poſt illam, ut tenet *Xuar. conſ. 10. n. 63.* ibi: *Quoad illam reſtrictionem tollendam operari potuit. & operata fuit d. confirmatio, quia illa reſtrictio faciebat, quod non eſſet liberum, & plenum dominium, quod habebat dictus donatarius, & ex confirmatione conſequutus fuit plenitudinem domini.* Atque ita nulliter uſus fuit inſtitutor de reſervatione, & non poteſt vocatus in ſcriptura privata virtute reſervationis facta habere inclusionem, ſed potius excluſionem, & ſolum habet inclusionem primus vocatus in inſtitutione, & ultimo loco in teſtamento confirmatorio illius, ex quo ſuccedere debet ſecundum hanc reſolutionem, aut ex prima ſcriptura morte per teſtamentum con-

firmata, quia cum valide non uteretur de reſervatione, vinculum fuit conſtitutum, & confirmatum, tam in ſcriptura, quam in teſtamento ultimo, caſu quo approbata fuit, & vocatus nulliter non poteſt includi, ſed potius excludi debet à ſucceſſione maioratus, ex dictis reſolutionibus.

Neque obſtabit dicere, maioratum poſſe 27 inſtitui per epistoſtam, & per illam ſicuti vinculum probatur, ita etiam diſpoſitio facta virtute reſervationis, ex *L. ſi aliquid Cod. donat. L. & in epistoſta 22. Cod. de fideicommiſſ. L. miles ad ſororem, L. teſtator 92. ff. leg. 2. & Nos diximus ſupra.* Et quælibet diſpoſitio, & declaratio per epistoſtam probatur, & contractus conſtituitur, *L. pater 22. ff. manum. vendit. §. 1. Inſt. de libertin. L. 1. §. ſancimus Cod. latin. libert. tollend. L. quam mulier. 77. ff. de reivend. L. publicia 26. §. Titius ff. de poſit. L. cum taberna 34. §. 1. ff. pignor. L. Lucius Titius 24. ff. fideijuſſor.*

Nam reſpondetur, ſupradicta non habere 28 locum in caſu præſenti, in quo primus nominatus acquiſivit ius ex primo contractu, & ex prima maioratus conſtitutione, ad hoc ut tantum per ſcripturam publicam de reſervatione uteretur, factam coram Notario publico, & cum ſcriptura requireretur ad actum faciendum ſecundum reſervationem, cum hæc defeciſſet, nihil poteſt facere inſtitutor per epistoſtam, nec ad diſpoſitionem illius attendi debet, cum non appareat ſcriptura publica, per quam coram Notario uti debebat de reſervatione, & non aliter, nec aliquo modo ex dictis à *Cancer. 3 p. var. cap. 3. n. 231. Amat. var. reſol. 42. n. 4.* Neque in re tam gravi aliquid probat epistoſta, nec illi ſtari poteſt, nec inducitur ratificatio, aut approbatio, neque obligatio, aut diſpoſitio, *L. non epistoſtis 13. L. non nudis 14. Cod. de probat. L. epistoſta 52. ff. de pact. L. publicia §. fin. ff. de poſit. Valenz. conſ. 69. n. 200. Rand. de analog. cap. 22. n. 1. Noguerol. alleg. 26. n. 67.* & in ratificatione, aut confirmatione, *Seraphin. dec. 136. num. 3.* & hac conſideratione deficiente epistoſta erat ſcriptura privata, licet ſit facta à nobili, nihil probat, nec effectum producit contra tertium, ſed ſolum contra ſcribentem, *Ord. Regni lib. 3. tit. 59. §. 15.*

Et factò vinculo in teſtamento cum prohibitione alienationis, inducitur per d. teſta- 29 mentum probatio vinculi, ex quo inducitur obligatio ad illud obſervandum, ex dictis ſupra, & ex *Princip. inſt. de obligat. ibi: Obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur, Auth. de exhib. Reis. col. 5. Caſſanat. conſ. 57. n. 50.* ibi: *Nam dictio vinculum, non plus ſignificat fideicommiſſum, & maioratū*
Eccc
quam

quam feudum contractum, vel quancumque
 aliam obligationem, nam si ei inhaeret obliga-
 tio praecisa faciendi, vel restituendi, & n. 51.
 & 52. eleganter exornat, & ultra quae refert,
 sunt text. in L. tutores 39 §. curatores ff. ad-
 ministr. tutor. ibi: Et pignoris vinculum solu-
 tum apparuit L. qui testamento in principio ff.
 qui testamenta facere possunt, ibi: Sed vincu-
 lo quodam retineri, L. senatus in fin. ff. de le-
 gat. 1 ibi: Ad liberationem vinculi, L. à Di-
 vo Pio §. sed si emptor, ff. de re judicata, ibi:
 Quasi non vinculo pignoris liberam, ubi hoc
 verbum significat gravamen, & ligamen, cum
 quo impedita est alienatio, tali modo, quod ip-
 samet prohibitio est vinculum, sicut etiam in
 L. si quis ingenuum ff. captiv. & post limin. re-
 vers. ibi: Exinde intelligi oportet remissum
 matri pignoris vinculum, L. 2. Cod. de curato-
 re furiosi, ibi: Pignori nexus est, vinculum pi-
 gnoris in eo consistit, & ita passim vincula vo-
 cantur ligamina, quibus res, vel contractus
 adstringuntur, ut in stipulatione dicitur in L.
 si expressio Cod. si certum petatur, ibi: Si vero
 citra vinculum stipulationis, & vinculum
 equitatis dicitur in L. Sibicum §. naturalis ff.
 solutionib. ibi: Quod vinculum equitatis, quo
 solo sustinebatur, & in locatione L. amissi ff.
 fidejussores ff. de fidejussoribus, ibi: Vinculum
 ad se trahat, & in testamento, ex verbo, vin-
 culo, inducitur maioratus, ut diximus supra
 cap. 6. in conjectura num. 61. & num. 62. &
 omnes leges, quae loquuntur in maioratu, in-
 telliguntur in vinculo, Castill. lib. 2. contr.
 cap. 22. n. 43. & tom. 6. cap. 143. n. 19. & 20.
 Noguerol. alleg. 25. n. 104.

30 Et sic probato vinculo, non potest à pri-
 mo nominato alterari, sed observari debet ex
 testamento, ut consului in dispositione unius
 testamenti facti à Capitaneo da Valada, in
 quo dicebat tertiam suam vinculasse cum
 onere missarum, & prohibitione alienationis,
 & dixi institutum esse maioratū ad familiam,
 & per mortem ultimi possessoris, & primi
 vocati pertinere ad proximiorum, juxta Le-
 gem cum ita legatur §. in fideicommiss. ff. de
 legat. 2. & quae tradit Molin. de primogen. lib.
 1. cap. 1. n. 7. & cap. 4. n. 13. Atque ita non
 posset à primo vocato revocari, ex Barbof.
 vot. 30. num. 2. & seqq. & licet alias personas
 non nominasset praeter filium, non finitur ma-
 ioratus, vel vinculum in persona filii maioris
 nominati, sed perpetuo transferendo semper
 successores in infinitum, praefereudo semper
 primogenium alteri, & proximiorum in gra-
 du alteri, ut per haec verba concludit Gom.
 L. 40. Taur. num. 59. vers. tertio facit, Molin.
 supr. Castill. lib. 2. contr. cap. 22. n. 23. & tom.
 6. cap. 143. Noguerol. alleg. 9. n. 14. & 15.

Vela differt. 49. n. 38. & est text. in L. peto
 §. fratre ff. leg. 2. ibi: Ut proximus quisque
 primo loco videatur invitatus.

Quid autem dicendum sit, si erecto vincu-
 lo cum alienationis prohibitione testator fecit
 codicillum, in quo disposuit, quod venderentur
 bona sua, ad hoc ut solverentur debita
 contracta, post vinculi constitutionem, & ad
 hunc effectum revocavit prohibitionem alien-
 nationis: An censeatur revocatum vinculum
 in residuo? Consultus in hoc casu resolvit,
 vinculum non esse revocatum, sed potius sus-
 tinendum esse, quia codicillus solum revocat
 dispositum in testamento, dum expresse mu-
 tatur, non vero in his, quae omittuntur, quia
 in illis manet in sua vi, & in dispositis, & non
 mutatis observandum est testamentum, ut
 probat text. in L. Alumnae §. qui filias ff. de
 adimend. legat. ibi: Respondit non à tota vo-
 luntate recessisse videri sed his tantum rebus,
 quas reformasset, L. Tribunus §. fin. ff. testa-
 mento militis, Nata conf. 476. Roland. conf.
 31. n. 20. vol. 4. Menoch. conf. 452. Peregr.
 de fideicom. art. 16. n. 49. idem Menoch. de
 praesumpt. lib. 4. praesumpt. 177. n. 3. 4. & 5.
 Fusar. q. 459. num. 7. & in terminis revoca-
 tionis prohibitionis alienationis, idem Fusar.
 q. 579. Menoch. conf. 602. Alciat. conf. 106.
 lib. 9. & in codicillo videntur repeti condi-
 tiones, modi, qualitates, & similia adjecta in
 testamento, licet in ipsis codicillis non expr-
 matur, L. Caio in princip. ff. alim. & cibar.
 leg. L. cum proponatis Cod. codicil. Nata conf.
 476. num. 17. Menoch. vers. 452. n. 11. & de
 praes. lib. 4. praes. 177. Fusar. d. q. 579. n. 7.
 Peregrin. art. 16. n. 49.

Et licet vinculum primi testamenti revo-
 cetur per secundum, ut diximus supra, non
 ita est in codicillis, quia primus codicillus
 non revocatur per secundum, quia potest quis
 cum pluribus decedere codicillis, §. fin. instit.
 de codicill. L. 6. §. codicillis, L. ante tabulas, L.
 ab intestato ff. de jure codicillor. L. 1. & 3. Cod.
 eod. L. Castelle 3. tit. 12. part. 6. Matienç. in
 L. 2. gloss. 9. n. 26. lib. 5. recopilat. Pichard. in
 §. fin. instit. de codicill. n. 1.

Nisi ultimus, aut secundus sit contrarius;
 primo, quia tunc revocatur primus per se-
 cundum, L. cum proponas Cod. de codicill. d.
 L. Castelle 3. Surd. conf. 230. Nata conf. 476.
 num. 7. Menoch. d. praesumpt. 77. n. 4. de qua
 re est videndus Sess. dec. 15. num. 12. & 13.
 ubi explicat.

Si autem testator, & tabellio nominent
 codicillū, & habeat solemnitates testamenti
 cum haereditis institutione, vel sit codicillum,
 ad hoc ut maioratus censeatur institutus, vel
 non judicatum fuit esse testamentum, & non
 posse

poſſe revocari per codicillum in cauſa Mathias de Carvalho com Antonio Lopes, de qua re ſunt videndi, *L. non codicillum Cod. de teſtament. Menoch. conf. 1020. Altograd. tom. 2. conf. 96. n. 7. Gibalin. de univerſ. negotiatione tom. 2. lib. 5. cap. 6. art. 2. Theſaur. forenſ. lib. 2. q. 61. num. 9. Thuſc. lit. C. verb. codicilli conclus. 406. num. 27. Fabr. Turret. vol. 1. conf. 22. n. 33. Gratian. cap. 657. num. 3. Ciarlin. forenſ. tom. 1. cap. 9. num. 11. Maſſin. de conſiſcat. q. 28. num. 109. Honded. 2. tom. conf. 67. num. 29. & in contrarium Molin. de primogen. lib. 2. cap. 8. num. 29. & ſeqq. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 3. Mandel de Alba conf. 119.*

35 Et per codicillum, non datur, nec adimitur hæreditas, nec vinculum revocatur, *L. quidam cum teſtamento §. ſed cum veteres Cod. de neceſſar. ſervis hæredib. inſtituend. L. 2. Cod. de codicil. L. non codicillum Cod. de teſtament. L. hæreditas Cod. de his quibus ut indignis §. codicillis cum §. ſeq. inſtit. de codicil. L. Caſtella 2. tit. 12. partit. 6. Ordinatio noſtra Luſitana lib. 4. tit. 86. in princip.*

36 Maioratus autem ſi fuerit inſtitutus cum facultate Regia, an poſſit revocari ab inſtitutore, tradit *Fragoſ. de regim. reip. p. 3. lib. 9. diſp. 18 §. 5. n. 17. & num. 19 & ſeqq.* Quid quando fuerit factum in contractu, aut teſtamento cum conditione impoſſibili, aut turpi, & diſp. 19. §. 1. An leges, ſeu conditiones appoſitæ in maioratibus ſint modi, an vero conditiones puræ, & an poſſint revocari, & quando ſit conſtitutus revocabiliter, vel irrevocabiliter, & quando maioratus cenſeatur revocatus, vel non, diximus ſupra.

37 Utrum autem Princeps poſſit revocare maioratum factum irrevocabiliter, & mutare vocationes factas ab inſtitutore, dicemus infra, & interim vide *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 8. num. 28. & ſeqq. & lib. 3. cap. 3. & ibi Addentes, & lib. 4. cap. 13. n. 5. & 21. Alter Molin. de juſtit. tom. 1. diſp. 174. n. 31. verſ. ſexta conclusio cum ſeqq. Mier. de maiorat. in initio 2. part. n. 460. & ſeqq. in 2. editione, Caſtill. lib. 2. contr. cap. 28. & lib. 3. cap. 28. n. 6. & lib. 7. cap. 41. n. 2. cum ſeqq. Guterr. in L. nemo poteſt ff. de legat. 1. n. 76. Matienç. in L. 7. tit. 7. lib. 5. recopilat. gloſſ. 5. num. 4. cum ſeqq. Larr. dec. 8. n. 74. & alleg. 115. n. 42. Giurb. de feud. §. 2. gloſſ. 5. num. 52. Sco-bar de purit. 1. p. q. 7. Olea de ceſſ. jur. & action. tit. 3. q. 4. num. 37. & 38. Salzed. ad leg. recopil. pag. 287. n. 87. Hermoſill. in L. 53. gloſſ. 1. n. 14. & 22. tit. 5. part. 5. Portugal de don. Reg. tom. 1. cap. 11. n. 61. & ſeqq. ubi late diſputat.*

38 Quid autem dicendum in donatione facta

à Rege irrevocabiliter de bonis Coronæ titulo maioratus, an poſſit donationem revocare, & vocationes mutare in vocatorum præjudicium? Diſputant, & reſolvunt in terminis *Paul. de Caſtr. conf. 162. incipit in præſenti cauſa vol. 2. n. 6. Decius conf. 498. viſo caſu num. 19. tom. 2. eleganter Pazin. pro æm. Leg. Tauri num. 33. & 331 & conf. 25. num. 46. & 58. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 3. num. 19. & 21. Pereir. de jur. Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 27. n. 57. Pinel. in rubr. de reſcind. p. 1. n. 18. Cabed. 2. p. dec. 119. n. 1. & n. 12.*

Utrum inſtituens maioratum per contractum irrevocabiliter, poſtea poſſit ab inſtitutore revocari, tam expreſſe, quam tacite, ex conſtitutione debitorum facta ab ipſo inſtitutore, ad hoc ut bona vendi poſſint, vide *Phæb. p. 1. dec. 84. & nos diximus forenſ. cap. 5. n. 57. in nova impreſſione, Portug. de donat. reg. lib. 2. tom. 1. cap. 11. n. 93. & ſeqq.* Et iudicatum fuit, quod maioratus revocaretur, & bona venderentur in hoc caſu, in cauſa D. Julianæ de Noronha com D. Iſabel de Brito, Eſcrivaõ Agostinho Rodrigues de Siqueira, quod mihi non placet ex dictis à *Phæb* maxime quando maioratus erat confirmatus à Rege, & poſt illius conſtitutionem fuerunt debita contracta, & iudicatum etiam fuit in cauſa Illuſtriſſimæ filiæ Comitiffæ de Alegrete contra Comitem do Vimioſo, de qua cauſa diximus *Forenſ. reſol. cap. 5.*

Quando autem maioratus factus irrevocabiliter, poſſit revocari ex delicto ſucceſſoris, vel ex inimicitia orta inter inſtitutorem, & vocatum, vel ex ingratitude: per varios caſus reſolvit *Roxas de incompat. maior. p. 1. cap. 2. num. 30. uſque ad fin. Hermoſill. gloſſ. 1. L. 10. n. 18. pag. 376. ubi multos refert, & alios allegat Olea de ceſſ. jur. & act. tit. 2. q. 7. n. 20. & ſeqq.* Et ſi iſta non interveniat, & maioratus ſit factus inter vivos per tranſactionem, aut ſcripturam, manet irrevocabilis, & non poteſt tranſigens alterare vocationes, nec revocare abſque omnium conſenſu, & ſecundum vocationes tranſactionis regulanda eſt ſucceſſio, & manet maioratus irrevocabiliter conſtitutus, ut iudicatum fuit in caſu ſeq.

No feito do Reverendo Antonio de Abreu Cabral com Sebaſtiaõ Pereira de Mello, Eſcrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, ſe deo a ſentença ſeguente.

Viſtos eſtes autos, libello dos AA. o Provedor, e mais irmaõs da ſanta Caſa da Miſericordia deſta Cidade, contrariedade dos RR. Sebaſtiaõ Pereira, e ſua mulher Dona Catharina Cabral, mais artigos recebidos, oppoſiçaõ do Reverendo Antonio de Abreu Cabral, The-

souteiro mór desta Santa Sé, escrituras, e
 mais documentos juntos, prova por huma, e
 outra parte feita. Mostrase pela A. a Santa
 Casa da Misericórdia fazer o Reverendo
 Antonio de Loureiro, Abbade que foy na Igreja
 de nossa Senhora de Silgueiros, huma ins-
 tituição de vinculo de Capella de toda sua fa-
 zenda, em que entrava hum pedaço da quinta
 com casas, e Capella no limite de Ranha-
 dos, duas moradas de casas do Soar, hum chaõ,
 e casas, sito na Ribeira, com outras mais pro-
 priedades contheudas na escritura da institui-
 ção junta fol. 6. que he a mesma: pelas quaes
 se mostra chamar á successão do dito vinculo a
 R. Dona Catharina em primeiro lugar, com
 condição, que casasse com Miguel, filho de
 Joseph da Costa, e Lemos, e sua mulher
 Maria Rebeila Costellobranco, chegando a
 idade de quatorze annos, e em caso que não
 houvesse effeito o dito casamento, passasse o
 vinculo ao Reverendo oppoente Antonio de
 Abreu, com condição outrosim, que elle ca-
 sasse até á idade de vinte annos, e não casan-
 do até o tal tempo, ou sendo Clerigo, ficaria
 o dito vinculo passando á Santa Casa da Misi-
 ricordia desta Cidade. Mostrase não casar a
 R. Dona Catharina com Miguel, filho do dito
 Joseph da Costa, antes estar recebida em face
 de Igreja com Sebastião Pereira de Mello, e
 com elle faz vida marital de humas portas a
 dentro, e outrosim se mostra ter o Reverendo
 oppoente idade de trinta e tres annos, e não
 estar casado, antes ser Clerigo in minoribus,
 e Thesoureiro mór da Santa Sé desta Cida-
 de por Bullas Apostolicas, e demandar sobre
 este vinculo a filha de Miguel de Sexas
 Correa, que era possuidora delle, em que a R.
 foy oppoente, e havendo sentença contra si,
 desistio da appellação por termo assinado nos
 autos, que voy a fol. 120. e na dita causa não
 fer parte a A. com que faltando a R. e o Re-
 verendo oppoente ás condiçoens no dito vincu-
 lo impossas, que deviaõ cumprir á risca, por
 serem condiçoens, e não modo, ficava a dita
 casa succedendo nelle, não havendo mais fi-
 lhos da dita Dona Maria Cabral de segundo
 matrimonio, chamados na dita instituição por
 não casar mais que huma vez, e haver só-
 mente a R. e o oppoente já excluidos, por não
 cumprirem as ditas condiçoens. Mostrase fi-
 nalmente, que na forma da dita instituição
 se não podia vender propriedade alguma vin-
 culada ao dito morgado pelo administrador
 delle, e em caso que se vendesse, passaria logo
 a casa á Authora, como tambem não vivendo
 os administradores nas casas, e quinta da Ca-
 pella de nossa Senhora no limite de Ranha-
 dos arrendando-as, ou não se dizendo nella as

Missas de obrigação, no que tudo os RR. fal-
 taraõ, vendendo hum Casal pertencente a este
 vinculo, sito no lugar de Teivas, arrendando
 a dita quinta, e não mandando dizer na Ca-
 pella della as Missas, a que eraõ obrigados.
 Por parte dos RR. se mostra, que para a ins-
 tituição de morgado, de que se trata, não se
 concorreo com fazenda do Reverendo Abbade
 Antonio Ferreira, tio de Dona Maria Cabral
 mãy della R. mas tambem seus tios o Reve-
 rendo Gomes de Andrada Cabral, e Dona
 Catharina Cabral, pelo instrument o de dote
 feito á dita sua mãy fol. 37. em que ella dotada
 consentio se unisse ao dito vinculo alguma fa-
 zenda sua, como eraõ as casas de Soar, e pela
 escritura de transacção, e composiçã fol. 75.
 feita no anno de 1631. entre o dito Abbade, e
 seus sobrinhos, e a mãy da R. Je unio mais fa-
 zenda ao dito vinculo a favor da dita sua mãy,
 para que sempre andasse em seus descendentes,
 em razã do que o dito Reverendo Abbade,
 chamado instituidor, não podia ao depois por
 si só pôr modos, ou condiçoens, que excluissim
 aos descendentes, e filhos da dita Dona Maria
 Cabral, pois ella, e os mais dotantes derãõ
 sua fazenda para o dito vinculo com a condi-
 ção de que ficasse aos sobreditos, e a mesma
 Dona Maria se obrigou a cumprir por sua
 parte o que fiasse a dever a seus filhos pelo
 que tocava á parte de seu pay. Mostrase fazer
 o dito Abbade per si só a instituição, que voy a
 fol. 6. com que nomeou a R. com condição, que
 casasse com Miguel, filho de Joseph da Cos-
 ta, e não havendo effeito o dito casamento,
 passasse o vinculo a seu irmão o Reverendo op-
 poente com condição outrosim, que casasse até
 a idade de vinte annos, e não casando passasse
 á Casa da Misericórdia, Authora, e alteran-
 do pelo tempo adiante a dita instituição sub
 pretexto de ingraticidens da dita Dona Ma-
 ria Cabral, veyo a nomear no dito vinculo a
 Joseph da Costa, e Lemos, em quem trespassou
 o dominio, e posse delle, que o possuio, e seu
 filho Miguel de Sexas, e sua neta Maria a
 qual o Reverendo oppoente demandou, e foy
 oppoente a R. e lbe foy julgada a dita Capel-
 la por tres sentenças conformes que vão a fol.
 95. sem embargo de não casar com o dito Mi-
 guel, por ser a tal clausula modo, e não con-
 dição, que não pôde surtir effeito pela mãy
 da R. e seu tio, sub cuja administração esta-
 va, não consentirem no dito casamento, e ter a
 disposição da instituição, que sempre o dito
 morgado andasse na familia, e descendentes
 da dita Dona Maria Cabral, qual he a R. e
 seus filhos. Mostrase, que os RR. não vende-
 raõ cousa alguma pertencente á dita Capella,
 e sempre trouxeraõ a de nossa Senhora per si,
 e não

e não arrendada, caso que a dita condição podesse furtir effeito por ser contra Direito, e liberdade dos administradores futuros, e sempre satisfizerão com as Missas, a que eraõ obrigados os Padres Coreiros pela escritura fol. 43. como se vê da sua quitação fol. 150. Mostrase finalmente, não ter o Reverendo oppoente direito algum ao dito vinculo por ser nelle parte com a dita Maria, filha de Miguel de Seixas, que a possuia, em que a R. foy oppoente, e houve senença por si, excluindo assim a dita Maria, como ao Reverendo oppoente, da qual appellou, e desistio da appellação por termo assinado nos autos, e pela reconvenção se mostra pela escritura feita a elles R.R. fol. 5. obrigar-se o Reverendo oppoente a pagar-lhe o dinheiro, que custassem as Bullas do seu Beneficio depois da morte de seu tio o Reverendo Gomes de Andrade a tres annos, que por elle pagou, e lhe emprestou, que eraõ novecentos e cincoenta mil reis, como tambem a legitima, que houve de seu pay Antonio de Abreu Soares, e sendo o dito seu tio falecido, e estando o Reverendo oppoente de posse do dito beneficio ha quasi cinco annos, lhe não tem dado dinheiro algum. Por parte do Reverendo oppoente se mostra, que o Reverendo Abbade Antonio de Soeiro Ferreira, e seus sobrinhos Gomes de Andrada Cabral, e Dona Maria fizeraõ sua escritura de transacção, e amigavel composição entre si, em que ordenaraõ, que os bens nella contheudos, como os mais se juntem á Capella de nossa Senhora, que tinha feito o dito Abbade em vinculo de morgado, que andaria na descendencia da dita D. Maria Cabral, sendo os machos preferidos ás femeas, como era de Direito. Mostrase, ser elle oppoente filho de Antonio de Abreu Soares, e de Dona Maria Cabral, de quem não ficou outro filho varão, e havendo o dito vinculo de andar na dita descendencia, preferindo os machos ás femeas, como ainda o dito Abbade declarou em seu testamento, a elle oppoente pertence a successão do dito vinculo, não obstante o ter desistido na primeira causa movida com a filha de Miguel de Sexas, em que a R. sua irmã foy oppoente, por se não juntarem a ella as escrituras do dote, e transacção, que agora nesta causa com a Misericordia junta-raõ os R.R. de que elle oppoente não era sabedor, e pela clausula geral da ignorancia lhe competia a restituição para se oppor a esta causa. Mostrase outro sim, que feita a dita escritura de transacção a favor da dita D. Maria Cabral sua mãy, e para mayor accrescentamento da familia, consentindo ella sem embargo do dote, que se lhe havia feito, em razão do qual a R. pertende ser a primeira chamada,

pelo que se lhe fez geral para effeito de casar com o R. seu marido, e vay a fol. 141. concorrendo todos para o dito vinculo com sua fazenda. se havia de observar o disposto nelle, por ser irrevogavel a cada hum de per si, não podia chamar, ou pôr condiçoens, que excluisssem a familia da dita Dona Maria por ser feita em seu favor, e para mayor augmento della, e assim não podia o Reverendo Abbade fazer outra por si, e nella pôr modos, e condiçoens, que excluisssem, e menos dar a posse, e dominio ao dito Joseph da Costa, por não ser da familia, por não ter facultade, mais que para unir bens, que tivesse, guardando sempre a fórma da dita escritura, que se não podia alterar, sem intervirem todos os que dotaraõ, e por ella se deve governar a successão deste morgado, e na reconvenção se mostra não emprestar o Reverendo Gomes de Andrade, tio do oppoente, dinheiro algum para haver effeito a obrigação da escritura, e menos ter legitima da parte de seu pay, como os R.R. confessaõ em seus artigos. O que tudo visto com o mais dos autos, disposição de Direito em tal caso, conforme ao qual para a successão de vinculos, e morgados se deve atender á primeira instituição delles, e como pela escritura fol. 75. fizeraõ o Reverendo Abbade Antonio de Loureiro Ferreira, e seus sobrinhos o Reverendo Gomes de Andrade, Dona Catharina, e Dona Maria Cabral, mãy do oppoente, e R. vinculo, de que se trata, annexando a elle o que lhe tocava de sua fazenda, no que a dita Dona Maria Cabral consentio sem embargo do dote, que se lhe havia feito, para haver de casar com o pay do Reverendo oppoente, e R. que era a facultade livre de poder nomear filho, ou filha na dita Capella o que podia fazer livremente, por ser este vinculo, em que os dotantes concorreraõ, em seu favor, e que nelle seria sempre chamado filho, ou filha de seus descendentes com mayor accrescentamento da familia, que este era o intento de buns, e outros dotadores, e por esta escritura cessou o effeito do dote, que se fez á R. em virtude do qual pertendia ser nomeada nelle por já não ficar á dita sua mãy facultade livre de poder nomear, e menos ao Reverendo Abbade, e por modos, e condiçoens, que excluisssem a dita familia, e sempre na fórma da dita escritura, e clausula della, devia ser chamada a descendencia da dita Dona Maria, filho, ou filha, sem se poder alterar, ou diminuir sem expresso consentimento dos dotadores, o que não houve, e assim ficava a facultade de poder unir mais fazenda ao dito vinculo, que era mayor augmento da familia chamada, mas sempre sub a clausula nella contheuda, e posta pelos ditos

dotadores, e sendo chamado para a successão do dito vinculo filho, ou filha da dita D. Maria Cabral, sempre devia preceder o filho varão, que he o Reverendo oppoente, e não a fema, que he a R. e estando a faculdade livre de poder nomear, como o mesmo Reverendo Abbade declarou em seu testamento, mayormente sendo o dito vinculo para mayor accrescentamento da familia, e descendencia da dita Dona Maria Cabral, quer o oppoente como filho varão se considera, e mais perpetuada estando desimpedido para escolher o estado, que lhe parecer, e cessando no dito Reverendo Abbade a faculdade livre de nomear sem consentimento dos mais, que concorrerão para o dito vinculo, não poder impor modos, e condiçoens aos que erão chamados pela dita escritura, e sempre se devia restringir a forma della por ser irrevogavel, como tambem a dita Dona Maria Cabral, com que cessa a que por parte da A. a santa Casa da Misericordia se propoem, que nunca podia ser chamada por falta de complemento das ditas condiçoens, ou modos no tal vinculo pelo dito Reverendo Abbade impostos, por não ter faculdade para os impor, e dado a tutora, nunca a dita santa Casa podia ser chamada, por não ser da familia, e ser este vinculo feito só a favor della, e para seu augmento, em que todos concorrerão, não obstante ter o Reverendo oppoente desistido na causa da appellação, que moveo a filha do dito Miguel de Sexas, em que a R. foy oppoente, e teve sentenças a seu favor por nella se não juntar a escritura a fol. 75. que he a principal, termos em que sem embargo da desistencia se podia oppor. O que visto julgo ao Reverendo oppoente por verdadeiro, e legitimo successor, e administrador da Capella, vinculo da contenda, e preferido a Authora a santa Casa da Misericordia. E condeno aos RR. lha restituão livremente com os fructos da lide contestada em diante. E deferindo á reconvenção, visto como os RR. não provaõ o deduzido nella. Absolvo ao reconvin-do do pedido por elles. E paguem as custas por inteiro da dita reconvenção, e as da causa principal A. e Reos. Viseu 14. de Junho de 1669. Bento da Costa Nogueira.

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

Acordão os do Desembargo &c. Bem julgado foy pelo Juiz em excluir da successão da Capella, ou morgado a santa Casa da Misericordia da Cidade de Viseu, e em admitir ao oppoente Antonio de Abreu á causa, por em a preferir na successão do morgado excluindo os RR. foy por elle menos bem julgado, revoga-

gando nesta parte sua sentença, cumprase o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos, e como delles se mostre tratar Antonio de Loureiro instituir huma Capella a favor de sua sobrinha D. Maria Cabral, e de seus filhos, e como entre ella com seus irmaõs houvesse duvidas, e demandas com o dito Antonio de Loureiro sobre a herança de Pedro Ferreira, se vieraõ a compor por via de transacção, em forma, que todos concorressem com bens para augmento da dita Capella, que o dito Antonio de Loureiro tinha instituido em seu testamento, com declaração que a tal Capella se instituiu a favor da dita D. Maria Cabral, e seus filhos, deixando a eleição de filho, ou filha, ou ella ao dito Antonio de Loureiro na forma de seu testamento, que entãõ tinha feito, como se colhe da escritura celebrada com os Padres Coreiros fol. 37. e por esta transacção, por ser entre as mesmas partes, se apartaraõ da forma da vocação, que tinhaõ dada no contrato de dote e feito a Dona Maria Cabral, e como o testamento não appareça, e depois da transacção o dito Antonio de Loureiro fizesse duas escrituras com Joseph da Costa, e o testamento, que anda nos autos, e em todas chamasse para successão da dita Capella a R. Dona Catharina Cabral, com declaração, que casaria com o filho de Joseph da Costa, e na primeira se exprimisse, que não tendo effeito o dito casamento, succederia o dito oppoente e seu irmaõ, sendo casado até a idade de vinte annos, e na segunda em falta de casamento chamasse ao dito Joseph da Costa, ou seus filhos, e como o deixar de casar, não estivesse pela R. nem menos o tal Antonio de Loureiro podia per si só sem os mais instituidores chamar para a successão outrem, que não fosse Dona Maria Cabral, ou seus filhos, na forma da transacção foy já excluido por sentença o dito Joseph da Costa, e seus filhos, e assim se acha a R. em todas as escrituras chamada para a successão em primeiro lugar, nem o oppoente em falta do dito casamento a póde excluir, assim por não estar por ella o deixar de casar, como por que o oppoente se não acha casado, e antes dos vinte annos, e ainda que o instituidor Antonio de Loureiro no ultimo testamento por entender que a R. sua sobrinha não casaria com o filho de Joseph da Costa, alterasse a forma da instituição fazendo duas Capellas, chamando para huma a R. e para outra o oppoente, por ser filho varão, e unico de Dona Maria Cabral, com tudo a tal divisão de Capella foy nulla, por não poder elle só dividir os bens contra a forma da transacção, e juntamente por quanto não podia mudar a forma dada nas escrituras antecedentes

em que chamava a R. para a ſucceſſão, por eſtarem aceitadas pelas partes, e com a clauſula de não revogar, e como a vontade dos inſtituidores foſſe ſempre caſar a R. e em ſeus deſcendentes conſervar ſua familia, como ſe vê do contrato de dote feito pelos meſmos inſtituidores á dita R. em o qual trataraõ, de que o oppoente foſſe Eccleſiaſtico pelo que declaraõ pertencer a dita Capella aos RR. e aſſim os abſolvem da reſtituição pedida pelo oppoente. E deferindo á reconvenção, não foy bem julgado pelo Juiz em abſolver ao oppoente, revogando ſua ſentença, viſtos os autos, e como delles ſe moſtra dotar o oppoente a legitima de ſeu pay á R. ſua irmã, e ſeu tio Gomes de Andrade, todo o dinheiro que empreſtaſſe ao oppoente para o cuſto das Bullas da renuncia do Beneficio do Theſourado mór da Sé de Viſeu, e conſtar pela carta de partilha, que do oppoente coube todo o dinheiro, que nas ditas Bullas ſe deſpendeo, porém como não conſte da quantia, condenaõ ao oppoente na quantia da legitima, que conſta de ſeu formal, e na do dinheiro das Bullas, e eſta ſe liquidará por dous Banqueiros, eſcolhidos pelas partes, que arbitrarão o diſpendio a reſpeito do tempo, em que ſe expediraõ. E condenaõ a A. e oppoente nas cuſtas dos autos de ambas as inſtancias de permeyo. Porto 12. de Fevereiro de 1671. Oliveira.

Hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

- 43 Tria decidenda dubia in præſenti invenioproceſſu. Primum, an opponens legitime fuerit admiſſus virtute inſtrumentorum de novo repertorum? Secundum, quis melius induat arma, opponens B. aut A. in ſucceſſione Capellæ? Tertium, an legitime petita in reconventionem probentur.
- 44 Quoad primum, quamvis regula juris inveniatur, quod ſententia non eſt retractanda ob inſtrumenta de novo reperta, *text. in L. ſub ſpecie 4. Cod. de re judicat. L. Imperatores ff. eod. L. cum de hoc 27. ff. de except. rei judicat. Valeron in tractatu de tranſact. tit. 6. q. 3. n. 15. Thusc. lit. S. concl. 160. Don. ad L. 4. Cod. de re judic. & ibi Cujac.* Tam hæc limitatur regula, ſi inſtrumenta eſſent penes Reum, ut in præſenti, quia tunc impetrata reſtitutione ex clauſula generali, ut fol. 121. exauditur victus. *Gutierr & alii*, quos refert *Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 86. §. 2. num. 2. Thusc. liter. S. conclus. 160. n. 21.* Et neque quadriennii lapſus, *ex L. fin. Cod. de temporib. in integr. reſt.* impediẽt reſtitutionem probabiliter ignorantem opponenti ex eodem *Thusc. ſupra num. 21. cum ſeqq. L. 2. ff. quis ordo in poſſeſſ. ſervetur.*

Secundum dubium difficilioreſ explicatus habet ob varietatem inſtituentis, & inſtrumentorum multitudinem; propter quod faſtidioſa, & implicata reditur proceſſus materia, videamus tamen, inveſtigando prioritatem ſcripturarum, an claritate aliqua poſſimus inſtitutionem Capellæ inveſtigare circa ſuccedendi formam.

Et in primis inſtituens Antonius de Loureiro Ferreira anno 1626, in inſtrumento dotali fol. 33. incipit inſtitutionem juxta formam, de qua ibi. Poſtea que anno 1629. inſtitutionem ampliavit fol. 37. & quod forma ſuccedendi peteretur à teſtamento jam factõ, de quo non apparet, quia quod in actis eſt incertum fol. 52. multo poſt in anno 1634. fuit conditum.

Post illas duas ſcripturas aliam tranſactionis in anno 1631. celebravit cum Maria Cabral, & ejus fratribus fol. 63. ex qua Capella in bonis augmentum accepit in gratiam deſcendentium dictæ Mariæ, & per illam fuit reſeſſum à priori inſtrumento dotali, & à forma ſuccedendi ibi data, cum eſſet inter eaſdẽ partes celebrata *ex regul. text. in L. 1. Cod. quando liceat ab empt. diſcedere.* Solumque forma, quæ in tranſactionis ſcriptura eſt data, erit obſervanda, cum antiquata priori, hæc prior inſtitutionis inveniatur, ut bene animadvertit Judex in ſententia, & neque à forma data in hac ſcriptura, quoad perſonas ſucceſſorum ex alio genere poterat ſolus Antonius inſtituens diſcedere per alia inſtrumenta poſtea facta; quia cum ad inſtitutionem concurrerent Maria Cabral cum ejus fratribus, ſine iſtorum conſenſu non poterat diſpoſitio alterari, *ex L. 3. L. ſi dolo 5. Cod. de reſcind. vend.* & ob id inefficax eſt jus Actricis, cum dictus Antonius ſine aliis tranſigentibus illam admittere non poſſet per ſcripturas poſtea factas fol. 41. & 47. quæ ad hunc effectum inefficaces exiſtunt, quamvis quoad alios effectus ſubſiſtere queant, ut infra.

Solum reſtat ſucceſſionis dubium inter Ream, & opponentem, illudque certe dicendum inſpecta tranſactionis ſcriptura, quomodo prior, & inſtitutionis principalis inveniatur?

Viſa tamen, & perlecta, apparet quod tranſigentes formam ſuccedendi non dederunt inter filios Mariæ, ſed tamen pacti ſunt quod vel ipſa Maria, aut ejus filius, ſeu filia ab Antonio nominaretur, ſolum enim intentio Mariæ, & fratrum fecit bona tranſactionis vinculare Capellæ jam factæ ab Antonio in gratiam ipſius Mariæ, & eorum deſcendentium. Sed illorum electionem non decreverunt, illam relinquendo arbitrio Antonii ſecundum

cundum formam ab ipso jam datam in institutione jam ordinata. Patet primo ex verbis ibi: *Os quaes o dito Antonio de Loureiro poderá applicar á Capella, que tem feito fol. 63.* & ibi: *Para se ajuntarem, e vincularerem á dita Capella.* & ibi: *Com as mesmas clausulas, e condiçõens postas pelo dito Abbade,* ex fol. 65. ibi: *Para se avincular á dita Capella.* & x quibus evidenter demonstratur, quod transigentes se referunt ad Capellam jam institutam, & sic ab illa est petenda successione forma. Neque aliud voluit Gomes de Andrade in conditione adjecta fol. 64. vers. ibi: *Com tanto, que será chamado a ella descendente Dona Maria Cabral sua irmã, ou seu filho, ou filha, ou ella.* Nam cum ipse bona vinculasset Capellæ jam factæ, eam adiecit declarationem, quod successor esset filius, aut filia, vel ipsa Maria, ita ut alias personas dictas Antonius vocare non posset, sed ex supradictis qualem ipse voluerit, & sic illa verba fuerunt à Gomesio prolata, non ad electionem inducendam, sed ad declarationem, quod successores essent ex Maria, ad electionem tamen Antonii, qui erat principalis Auctor institutionis, quod evidentius patescit ex verbis *filho, ou filha, ou ella*, nam per verbum, *ella*, videtur libera nominatio ad voluntatem Antonii, alias ipsa non vocaretur, si masculinitatis ordinem Gomesius voluisset observari, immo visa illa scriptura, dicta Maria est, ob cuius favorem Capella instituitur, ut patet ex verbis ibi: *Por ser em favor de sua geraçãõ, e de sua irmã, ou sobrinha:* quæ est soror respectu Gomesii loquentis, & consobrina respectu Antonii ad quem Gomesius referebatur, non ignoro tamen, quod illa verba possunt referri ad solum Gomesium, qui erat frater Mariæ, & ad Catharinam, quæ erat ejusdem Gomesii consobrina, & non sine fundamento, quia cum Gomesius se referat ad institutiones jam per Antonium factas, iste in omnibus semper Ream Catharinam vocavit, & nihil mirum, si iste Gomesius mentionem fecisset de Rea Catharina, eo quod haberet notitiam, quod ipsa in institutione jam facta esset vocata; & tunc sequendo hunc sensum de plano procedit Reæ admissio: sed quia prædicta verba continent æquivocationem, in illis non insisto, cum neque Rea Catharina indigeat illo solo auxilio, eo quod præferenda ex vocationibus expressis inveniatur.

49 Unde cum in dicta scriptura transactionis non exprimat quoad successionem sexus ordo, sed in ea transigentes se referant ad institutionem jam factam ab Antonio, oritur dubium, qualis sit scriptura relata, in qua or-

do succedendi data fuit, & certe, ni fallor, relata scriptura erat testamentum, quod Antonius tempore transactionis jam fructum habebat, ut colligitur ex scriptura fol. 38. ibi: *Que elle tinha instituida na fórma de seu testamento, que tinha feito*, sed tale non existit testamentum, & quando existeret, esset enervatum per aliud postea factum fol. 51. ex §. *posteriore inst. quib. mod. testamenti infirmetur.* Et cum non appareat, ex secundo testamento, & aliis scripturis postea factis petenda est forma successione, quia licet partes in scriptura transactionis se referant ad testamentum antiquum, tamen negari nequit quin succedendi formam totam relinquerent Antonio, & iste illam dare poterat, hac vel illa scriptura, cum contrarium ex conventionem partium non exprimat.

Et prædictis scripturis, & ipso testamento fol. 41. evidenter ex illis demonstratur, quod Rea Catharina fuit primum vocata excluso fratre. Patet primo ex testamento fol. 54. vers. ibi: *No qual nomea á por primeira administradora a Catharina &c.* & ibi: *Declarando, que havendo effeito &c.* & ibi: *Que se cumpra in totum &c.* Secundo ex relata scriptura fol. 41. ubi Rea Catharina fuit vocata, & quamvis sub declaratione, quod filii Josephi nuberet, tam cum per eam non stetit, jam ad successionem fuit admittitur per sententiam fol. 39. excluso fratre, qui admitti non poterat, eo quod intra tempus non duceret uxorem, & solum eo casu erat vocatus, quo uxoratus jam esset fol. 44. ibi: *Et tanto que for casado,* & ibi: *Naõ casado &c.* Tertio, quia per ipsos instituentes Rea fuit dotata cum omnibus bonis fol. 113. & tunc temporis frater opponens electus ad officium Custodis Visensis Sedis, ei vitam cælibatus eligendo. Ex quo bene inferitur voluntatis declaratio circa Mariæ voluntatem, quod per eam familia, & genus conservaretur, ut fit mentio in scriptura transactionis, & per saminam etiam familia conservatur, *L. pronuntiatiss. verbor. significat. Sous. ad L. faminae 1. p. n. 14. ff. regul. jur. Molin. lib. 3. cap. 4. n. 10.*

Urgent tam pro fratre verba testamenti fol. 55. ibi: *Enaõ havendo macho. será a femea,* ex quibus videtur, quod instituens ad illam secundam Capellam Mariæ filium masculinum vocat.

Sed respondetur primo, quod antea per scripturam fol. 42. Rea erat vocata ad successionem, quam quidem vocationem etiam in ipso testamento confirmavit, & cum scriptura seu in ea constituta Capella esset celebrata per contractum inter vivos, inter ipsum Antonium, & Josephum da Costa de omnibus bonis,

bonis non poterat solus Antonius in testamento formam successione mutare, vel alterare, cum vocatis jam esset just quæsitum, & acceptatum per ipsum Josephum, ut bene disputat *D. Peg. resolut. forens. cap. 4. n. 125. cum seqq. Pereir. decis. 48 num. 8.* præcipue cum scriptura habeat clausulam non contraveniendi fol. 46. ibi: *Enunca hir contra ella, &c. Molin. Guterr. & alii de quibus Peg. supra n. 144. Larr. alleg. 76.*

53 Respondetur secundo, quod ille varius Antonius posuit clausulam illam masculinitatis in secunda Capella, quam in testamento declaravit se ordinasse, cum tamen facultatem duplicandi Capellam non habuisset contra formam scripturæ transactionis, in qua mens partium erat, quod una tantum constitueretur ob generis conservationem bonis non divisis, imo unitis, cum sic melius, & nobiliter familia conservetur, *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 5. & glossator ibi.* Unde cum testator contra formam transactionis divisit Capellas, & successores; talis divisio est invalida, & sic secunda Capella, ac per consequens clausula vocationis in ea expressa; sustinendaque est prior, in qua Rea vocatur, cum sit conformis institutionibus antecedentibus, & in ipso testamento approbatis. Et reformetur Iudex.

54 Tertium dubium circa petita in reconventionem virtute dotalis instrumenti fol. 116. & sane notandum, quod nobilis frater appellatus tempore nuptiarum sororis, omnia quæ habebat, prout legitimam, & quod habere sperabat, liberaliter dotavit, & modo promissis non solutis, Capellam vendicare intendit custos, & dives contra bonam fraternitatem, versatur; duo tamen Reus in reconventionem petit, primum legitimam patris dotatam secundum expensas Bullarum.

55 Circa primum non est dubium, opponentem esse condemnandum juxta instrumentum dotale, contra quod aliquid non opponit, & cum de quantitate legitimæ appareat ex charta partitionum fol. 239 ad illam quantitatem necessario est condemnandus, cum simpliciter patris legitima inveniatur dotata, & hæc judicanda, quæ tempore mortis parentis invenitur, *Valasc. de part. cap. 21 n. 12. aliàs 11. Gom L. 29. n. 39.* Neque in liquidatione indiget, quod per sententiam partitionum est liquidatum.

56 Quoad expensas Bullarum ex actis moveor, quod illas Gomesius solvit primo ex ipso instrumento dotali fol. 116. ubi opponens, & Gomesius saltem de solutione per Gomes. faciendam affirmant secundo ex teste 312. qui testatur de scientia pecuniæ à Gomesio factæ, & licet rationem scientiæ

non præstet, sustinenda est fides, dum de illa interrogatus non appareat, *Valasc. cons. 183. num. 46. Masc. conclus. 1376.* Tertio ex teste fol. 299. qui fuit Bullarum mensarius, & de solutione à Gomes. facta loquitur, & quamvis contractui opponatur fol. 294. est tamen contradictionis ratio levis, & cum alio teste præcedenti convenit, *Praxis lib. 3. cap. 13. n. 6. p. 1.* & licet etiam ibi affirmet non habere notitiam domini pecuniæ, tamen sufficit, quod à Gomesio solveretur, ut illius præsumeretur, *L. magis ff. solut. ex fide fol. 236.* & aliis testibus de confessione Gomesii deponentibus, qui licet singulares sunt, ita probi, & ad eundem finem, ut fidem aliquam mereantur, *Praxis lib. 3. cap. 15. n. 7. Mascard conclus. 379.* Quinto, quia opponens in contrarietate fol. 122. vers. negat Gomesium pecuniam dedisse, & deponens ad articulos replicationis fol. 206. vers. fatetur se non dedisse pecuniam, sed ignorare à quo præstaretur, & ita invenitur depositio contraria articulo, & cum ad eum teneretur clare, & specificè respondere, debet haberi pro confesso, *ex cap. 2. de confessis lib. 6. late Pax in prax. 1 p. temp. 8. n. 8. Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 53. §. fin. n. 11.* præcipue cum art. 1. triplicationis jam confiteri incepit fol. 126. Unde cum testium fides arbitraria existat, *ex text. in L. 3. ff. de testib. moveor,* quod Gomesius expensas Bullarum fecit.

Attamen quia de quantitate non constat legitime, & sententia inserta pronuntiari nequit, *§ curare inst. de act. principaliter ab instrumento dotali fol. 116.* primum quod debet constare de data pecunia, & in fraudem dotis præsumerem documenta expensarum occultata fol. 235. & sic etiam iniquum, ut Reus careat dote promissa ad sustinenda onera matrimonii; juberem, ut opponens condemnatur ad pecuniam arbitrandam per duos mensarios, qui habendo respectum ad tempus expeditionis Bullarum facile poterunt arbitrari Bullarum expensas, ne soror indotata maneat, *in L. 2. ff. solut. matr.* Sic reformato, & confirmato Iudice. Portu 8. Januarii 1671. Doctor Meirelles.

Nodos hujus magni, fastidiosi, & intricati processus dissolvit præcedens sapientissimus Dominus ea qua solet eruditionis felicitate, sicque nihil mihi in maiori difficultate faciendum restat, nisi ab eo resoluta, sprete fastidiosa allegationum repetitione, prosequi, & venerare, addendo tantum in deductarum considerationum confirmationem quod denovo occurrerit, si aliquid post tantam deliberationem occurrere potest.

Licet sententia, quæ in rem transivit judica-

dicatam, pro veritate habeatur, & de albo nigrum faciat, *Surd. conf. 61. à num. 2. & decis. 107. n. 15.* & sententia lata contra rem iudicatam sit nulla, *Larr. decis. Granat. disp. 39. n. 4.* nullamque admittat controuersiam, *ex L. res ubi Dec. & Cagn. ff. de re jud. Surd. decis. 94. num. 3. & 5. dict. conf.* Attamen cum sententia per instrumenta de novo reperta retractari valeat, *ex Molin. de just. tract. 2. disput. 568. à num. 5. Gut. de juram. confirm. p. 13. cap. 7. num. 4.* instrumentaque essent penes Ream (ut bene considerat amantissimus Collega) legitime virtute illorum impetrata restitutione, ex clausula generali admissus fuit victus opponens.

60 Quoad secundum dubium. Difficilem satis hujus processus disceptationem reddunt varietas instituentis Antonii de Loureiro, & instrumentorum multitudo, sed cum dicta contentio tam rimata, & discussa per doctos Patronos, & sapientissimum, & acutissimum Magistrum ad me pervenit, facile (visis omnibus, & ponderatis) in illius opinionem mens mea magis inclinavit. Antequam ad Capellæ, seu maioratus successionem deveniamus, advertendum est primo, quod jam super illa lis mota per opponentem adversus Michaellem filium Joseph da Costa, in qua Rea Domina Catharina oppositionem fecit, & usque ad supremum Senatum victoriam habuit. Secundo; quo dexte actorum serie constat, quod institutor Antonius de Loureiro in scriptura dotali scilicet 33. potestatem dedit matri Reæ, ut possit ad successionem Capellæ filium, aut filiam nominare, in quibus terminis per hanc scripturam mater Domina Maria Cabral, Ream, filio prætermisso, eligere poterat. *L. cum quidam 2. L. unum ex familia §. de falsidia ff. de legat. 2.* Nam qui à maioratus institutione liberam eligendi facultatem obtinuit, potest ex illis, inter quos electionem facere debet, filio maiori natu excluso, secundo genitum, seu alium ulteriorem, aut filiam eligere, & etiam ex scriptura constat, quod Rea, ut magis dilecta, primo loco fuit vocata, nam ex nominationis ordine maior desumitur affectio, *L. cum ita §. in fideicommissio ff. leg. 2. L. quoties ff. usufruct.*

61 Tertio, quod institutor aliam transactionis scripturam fecit cum dicta Maria Reæ matre, & ejus fratribus, quæ scriptura tantæ molis cardo est, ad augmentum Capellæ in gratiam descendendum dictæ Mariæ, & à forma data in dicta scriptura quoad personas successorum ex alio genere discedere non poterat, solus institutor per alia instrumenta postea facta, ut erudite inquit præcedens Dominus,

His ita suppositis cum ex actis de facto, & 62 jure constet Ream ad successionem excluso fratre vocatam fuisse, per eamque voluisse familiam, & generationem conservare (dignitatem Custodis Visensis Sedis in fratre manere) ad Ream pertinere dicerem.

Hoc ita resolutum, videre oportet, an Actricis domus commiserationis aliquam habeat actionem? Mihi videtur, quod illa, neque umbram justitiæ habet, quia solum fuit vocata in defectum successionis dictæ Mariæ. Neque pro Actrice aliquid facit dicere, quod Rea non nupsit cum dicto Michaelle. Respondetur namque, quod non stetit per eam, & sic iudicatum fuit in supremo Senatu, & cum Actrix actione careat, audienda non est, *L. fin Cod. reivind. L. siquidem Cod. exceptionib.*

Quoad reconventionem in omnibus etiam 64 cum sapientissimo Domino convenio ex ipsius optimis fundamentis sine alia depositionis declaratione. Quibus ita consideratis, & iis quæ mihi acta inculcant, & docet antecedens deliberatio, quæ latius materiam explanat, victricis sceptrum, & palmam nobilissimæ Catharinæ appellanti concederem, iudice confirmato, & revocato. Portu 12. Februarii 1671. Oliveyra.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit confirmata. Iudices: Ribeiro Cardoso.

Et hæc sententia fuit fundata in deliberatione sequenti.

Præsens hæsitatio mature discussa fuit in 66 aureis deliberationibus inferioris Aulæ, tam circa jus proveniens ex voluntate institutoris maioratus ad Dominam Catharinam, quam ex quo ei provenit ex sententia transacta in rem iudicatam, in qua omnia requisita in *L. cum quæritur ff. de re judicat.* concurrunt, quam circa reconventionem, quia Donatorius non tenetur pro bonis donatis creditoribus donantis satisfacere, nisi in subsidium, si donator non reperitur solvendo, quare examinato processu, & his, quæ in orationibus aggravatorum pro iudicato pugnarem, & sententiam inferioris Senatus laudarem. Ulyssipone 2. Maii 1673. Ribeiro.

Ejusdem sum sententiæ Cardoso.

Idem quoque dicendum est, si post contra- 67 ctum maioratus traditio interveniat vera, aut ficta, per clausulam constituti, aut reservationem usufructus, quo casu manet irrevocabilis, & institutor non potest revocare maioratus erectionem, nec cum prætextu donationis factæ ad Clerici patrimonium, qua non obstante reivindicatio competit successoris maioratus, & manet maioratus erectio irrevocabilis, & Clericus exclusus, ut iudicaturum

tum fuit in caſibus ſequentibus. Ubi etiam quod antequam traditio bonorum ſit facta vocato, poteſt inſtitutor mutare, & alterare vocationes, & ponere clauſulas excluſivas, & ſi in illis comprehendatur ſucceſſor, & reſpectu illius in aliquibus ſit inſtitutio nulla, & invalida, etiam eſt in unione facta in ipſamet inſtitutione, ut deciſum fuit in caſu ſeq.

68 No feito de aggravado de Diogo de Barros de Azevedo com Pedro Barbosa de Figueiredo, Eſcrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, te deo a ſentença ſeguente.

Vistos eſtes autos, libello de Diogo de Barros de Azevedo, como administrador de ſeu filho Manoel de Figueiredo de la Cerda, moradores na Villa de S. Pedro do Sul, contrarietade do R. Pedro Barbosa de Figueiredo, morador no lugar de Carvalhaes, todos deſte Concelho de Lafoens, mais artigos recebidos, prova dada por huma, e outra parte, papeis, e mais documentos juntos. Por parte do A. ſe mostra que o Reverendo Abbade de Berdanhos Manoel de Figueiredo de la Cerda com o R. ſeu irmaõ Pedro Barbosa de Figueiredo inſtituirãõ hum morgado de ſeus bens, em o qual chamarãõ por primeiro ſucceſſor delle ao dito R. Pedro Barbosa, e na dita inſtituiçaõ lhe pozerãõ clauſula, que aſſim o R. como os demais ſucceſſores delles naõ caſariaõ com peſſoas, que tivessem raça de Judeos ou de outra infecta naçaõ, ou com peſſoa de muito inferior qualidade, e outras mais referidas na dita eſcritura, que ſe fez na inſtituiçaõ do dito morgado entre elles, e que naõ comprindo algum dos ſucceſſores qualquer das condiçoens na dita eſcritura inſertas, ficariaõ privados da ſucceſſãõ do dito morgado, e ſuccederiaõ nelle as peſſoas, que o dito Abba te inſtituidor nomeaſſe em ſeu teſtamento, a qual no que ſe nomeou em defeito das condiçoens por ſucceſſor do dito morgado ao A. ſeu ſobrinho, como do teſtamento junto conſta, as quaes clauſulas todas ſe obrigou o R. a cumprir, como da meſma eſcritura ſe vê. Mostraſe outroſim por parte do dito A. que depois de feita a dita eſcritura entre o R. e o dito Abbade ſeu irmaõ antes da tradiçaõ dos bens, a revogou o meſmo Abbade excluindo ao R. da ſucceſſãõ delle, por ſe dizer lhe maquinou a morte com o intereſſe de ſucceder mais brevemente nelle, e outras razoens referidas em a eſcritura da revogaçaõ, para a qual o R. foy citado como parte intereſſante, e conſentio na tal revogaçaõ, pois o naõ impugnou. Mostraſe como o R. depois da morte do dito Abbade inſtituidor recebera por ſua mulher Iſabel de Almeida, a qual ſe prova ſer huma mulher de baixa qualidade antes que com o R. caſaſſe fora mulher, que devaſ-

ſamente uſara mal de ſeu corpo com toda a caſta de gente, e ſem pejo, nem temor foy repetidas vezes pelos publicos caminbos riſte torpe vicio achada, e que pario algumas birrigas deſtes incertos maridos.

Moſtraſe finalmente ſer o dito Reverendo Abbade inſtituidor, e o R. de boa qualidade, principalmente pela parte de ſua n.õy, pela qual conſorme a Ley do Reyno ſe adquire tambem nobreza. Por parte do R. ſenãõ mostra couſa que o referido encontre. O que tudo viſto, e o mais que dos autos reſultãõ diſpoſiçaõ de Direito, conſorme ao qual a revogaçaõ do vinculo feita por qualquer dos inſtituidores ante traditionem bonorum he valida, principalmente havendo conſentimento, como tacito houve no caſo da inſtituiçaõ, quanto a parte do dito Abbade, a melhor opinaõ dos DD. he, que dado que na informaçaõ poſta na inſtituiçaõ de naõ caſar o R. com peſſoa de muito inferior qualidade ſeja valida, e elle o naõ cumpriffe, antes os encontrou, caſando com mulher taõ vil, e de taõ torpes, e ignominioſos coſtumes, que aonde os ha, naõ póde a inferioridade ſer de mais inſimo grao, por cuja cauſa. Julgo ao R. por incapaz da ſucceſſãõ do dito morgado, e por ſucceſſor ao A. E condeno ao R. lhe reſtitua os bens delle com os fruõtos, deſde o tempo que com a R. ſua mulher caſou, tirandoſe da parte dos bens do dito R. que ſãõ legitimãõ de ſeus filhos, por ficar neſta parte derogado o vinculo por os ditos filhos nascerem depois de feito o dito vinculo. E pague tambem o R. as cuſtas deſtes autos, em que outroſim o condeno. Vouſellas 7. de Setembro de 1673. Francisco Peſſoa de Sampayo.

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

Acordaõ os do Deſembargo &c Bem julgado foy pelo Juiz de Fóra, em excluיר ao R. da ſucceſſãõ do morgado, de que ſe trata, e em o julgar ao A. mas em julgar que fiquem unidos ao dito morgado os bens do meſmo R. tiradas as legitimãõs de ſeus filhos, e em o condenar a que largue os bens delle com os fruõtos, do tempo que caſou com ſua mulher, foy por elle menos bem julgado, emendando ſua ſentença, cumprãſe o confirmado por alguns de ſeus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes viſtos, e annullandoſe a inſtituiçaõ a cerca da ſucceſſãõ, ficava nulla a cerca da uniaõ dos ditos bens e naõ podia ſer nulla por parte dos Autores, e valida por parte do R. Mandaõ, que os bens unidos por parte do R. lhe fiquem livres, como de Direito lhe pertenciaõ, e viſto o titulo porque poſſuia os do inſtituidor. Mandaõ, pague os redditos delles do tempo da lide conteſtada

em diante com as duas partes das custas dos autos de ambas as instancias, e o A. pague a terça parte. Porto 17. de Janeiro de 1675. S:lva. Doctor Fonseca de Azevedo.

71 Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

Sumus in illa præsentī, & difficili quæstione cujusdam institutionis maioratus, an quando illius conditor eum instituit per modum contractus, & inter vivos, possit, quatenus vivit, eum iterum revocare? Et simul primum successorem ad dictum maioratum vocatum à tali successione excludere, & alterum ejus loco nominare?

72 In hac quæstione nimium varie loquuntur DD. & aliqui existimant, quod quando maioratus institutio est facta per contractum, licet in testamentis contrariis reperitur factus, erit tale vinculum irrevocabile per textum in *L. heredes plane §. ult. ff. de testament. ubi DD. Cald. 3 p. cap. 8. n. 2. Travaquel. ad leges connubiales gloss. 5. n. 111.*

73 Corroboratur enim hæc opinio, quia donatio ita se habet, & maioratus regulatur per donationem, & sic est, quod donatio perfecta non revocatur; neque etiam maioratus institutio semel facta revocari potest, maior enim probatur per *Legem quoties Cod. d. donat. quæ sub mod. Cost. d. maiorat. 1 p. num. 6. Valasc. q. 50. col. penult.*

Minor vero probatur per textum in *L. perfecta donatio Cod. d. donat. quæ sub modo, ibi Mier. d. maiorat. 1 p. q. 22. num. 7. Gom. L. 4. Taur. n. 34.* cum sequentia bene inferitur, nam quemadmodum perfecta donatio revocari non potest, ita etiam ex dicta institutione maioratus dicendum erit, siquidem in parte una cum altero regulantur, *Peg. forens. cap. 4 n. 137. & 125. & seqq.*

74 Deinde Doctores hujus Regni pro vera traditione habent, quod solum in Regno Castellæ potest habere locum, institutionem maioratus esse revocabilem, & posse revocari per maioratus conditorem, quatenus vivit, quia habet legem, quæ ita disposuit, sed in nostro Regno Lusitanæ cum talem legem non habeamus, & jus commune disponat contrarium, talem maioratus institutionem pro irrevocabili esse judicandam, ita tenent nostri DD. quos refert, & sequitur insignis *Pereir. dec. 48. n. 8. D. Pegas resolut. forens. cap. 4. n. 141. & seqq.* ubi plures DD. refert.

75 Nihilominus in casu præsentī reperitur maxima differentia, quam in casibus, de quibus supra, citati loquuntur, nam Abbas institutor hujus maioratus in prima scriptura instituit fratrem appellentem cum omnibus clausulis, & conditionibus insertis in dicta

scriptura fol. 10. & fol. 11. & ita cum omnibus illis clausulis appellens Reus vinculum acceptavit, & licet fuisset tale vinculum per contractum celebratum, ut Rei Patronus defendit.

Adhuc in his terminis datur alia quæstio, 76 utrum institutor maioratus licet per contractum vinculum celebrasset, & ita irrevocabiler fiat; si tamen dum vixerit, bona vinculata non tradidisset, possit dictum vinculum revocare, alterare, vel mutare, & tenent DD. affirmative, quod potest, dum bona vinculata non tradidisset successorī vocato in dicta institutione, alterare, revocare, vel mutare dictam institutionem, & vinculum, & ratio est, quia quatenus non datur traditio ipsarum rerum successorī vocato, & sunt apud dominium, & potestatem institutoris, non transfertur dominium, & possessio in successorem vocatum ad maioratum, *Posth. obs. 20. n. 29. Noguero. alleg. 14. n. 52. Larr. alleg. 76. n. 21.* tenet optime *Molin. de primogen. lib. 4. cap. 2. num. 19. 20. & 21.* & etiam DD. qui habent dari irrevocabilitas per contractum in institutione maioratus, supponunt intervenire traditionem bonorum, & apparet ex *D. Pereir. doctrina d. dec. 48. n. 8.* ibi: *Cui traditio suo nomine, & sequentium facta censetur.*

Ulterius si bene consideretur, & legatur 77 scriptura, in qua fuit facta institutio dicti maioratus, ut fol. 10. & seqq. magis adaptatur ad institutionem factam in testamento, quam per contractum inter vivos, nam semper dictus Abbas in dicta scriptura ad mortis tempus nominationem dicti successoris reservavit, ut in verbis ibi: *Naõ tendo filhos o dito Pedro Barbosa, nem descendentes, haveria o dito Abbade o vinculo, e a pessoa, ou pessoas, que nomeasse em sua morte, aliàs em testamento, ou fóra delle,* ut fol. 11. in fine declaratur.

Cum ergo dictus Barbosa tum temporis 78 nuptus non erat, ut patet ex certitudine ab eo præsentata fol. 171. & filios non habebat, siquidem anno 1661. uxorem duxit in matrimonium, & scriptura ipsius vinculi facta fuit anno 1649 ut fol. 10. semper in dicta scriptura mortis Abbas mentionem fecit, & tamquam in testamento maioratum instituit, loquendo per verba, quæ expriment modum, & formam, disponendo in ultima voluntate, licet in fine apposuisset illam clausulam, coactus meo videri per appellentem, existimantem totam dispositionem ipsius Abbatis esse magis testamentariam, quam conventionalem, & ita revocabilem, ut tenent DD. supra citati. & *Molin. de primog. d. lib. 4. cap. 2. n. 2.* ibi: *Neque etiam cum juramento potest fieri testa-*

teſtamentum irrevocabile; neque ex Principis facultate.

79 Inſuper antequam bona vinculata traderentur Reo appellanti, reclamavit Abbas dictam vocationem factam in ipſo Reo, & nominavit filium ſororis Emmanuelem de Figueiredo ad dictam ſucceſſionem, ut fol. 14. verſ. & fol. 15. & fol. 16. verſ. fuit Reus citatus ad dictam reclamationem, & ibi Abbas expellit à dicta ſucceſſione appellantem, & eorum descendentes, ut dicto fol. ibi in fin. verſ. & idem fecit in dicto teſtamento fol. 5. inſtituendo, & vocando ad ſucceſſionem dicti maioratus eundem Emmanuelem de Figueiredo, filium cujuſdam ſororis Abbatis, & A. Didaci de Barros.

80 Et quamvis per rationes ſupra dictas dictum vinculum alterari, vel mutari, non potuiſſet, attamen per conditiones, & clauſulas poſitas in dicta inſtitutione non obſervatas ab appellante, poterat Abbas inſtitutor eum deſicere à tali ſucceſſione, ut videre eſt ex dicta ſcriptura, ubi apponitur clauſula ſcilicet: *E nenbum dos poſſuidores caſarà com peſſoa de muito inferior qualidade &c.* ut fol. 10. verſ. in fin. & ibi: *Com tal condição, que os poſſuidores do dito vinculo, e morgado por todas as condiçoens derogatorias acima ditas, e por cada huma dellas em particular perderiaõ o dito vinculo, e morgado,* ut fol. 11.

81 Dicta clauſula, & conditio, quod ſucceſſor maioratus non nubat cum muliere inferioris qualitatis, & conditionis, eſt in jure licita, & valida, ut cum pluribus tenet *Molin 5. de jure primogen. lib. 2. cap. 12. num. 34.* ibi aſſerit, quod ille ſucceſſor, qui non ſervaverit conditiones, & clauſulas licitas, & honeſtas, à maioratus ſucceſſione repellendus erit per *Legem Mævius, & L. que hæredi, & per totum titulum ff. d. cond. & demonstrat.* & per alia jura ab eo citata, & ait, quod id veriſſimum, atque indubitatiſſimum eſt apud omnes ut in fine dict. num. 34.

82 Cum ergo dictus Reus appellans matrimonium contraxiſſet cum muliere turpi, inhoneſte, & luxurioſe vitam degente, ut latiffime probatur per A. inquisitionem fol. 61. & ſeqq. fol. 74. in fin. fol. 86. & verſ. 87. 88. & verſ. 89. 90. 99. verſ. 110. verſ. bonus teſtis fol. 119. & verſ. & etiam contra producentem fol. 133. verſ. quæ teſtis unica facit legitimam probationem, ut per *Barboſ. lib. 3. Ord. tit. 55. concl. 1. n. 5. & concl. 5. n. 12.* licite ab Abbate nobilis expelli poterat à tali ſucceſſione.

83 Et ita merito Judicis ſententiam confirmarem quatenus ad exclusionem appellantis ad maioratum, ſed quatenus ad ejus bona,

quæ ei vinculavit, juberem, quod ei reſtituantur in totum illa, quæ ſubjecit dicto vinculo, cum daretur, quod ex parte una valere poteſt, & ex altera non valere, & ſi pro parte Abbatis revocatur, quatenus ad partem appellantis etiam revocari debet. Portu 30. Decembris 1674. Doctor. Fonteca de Azevedo.

Examinata illius inſtitutionis fol. 10. prima clauſula maioratus, de quo in præſenti inter inſtitutores fuit pactum, quod in perpetuum foret irrevocabilis, ut contrariis reſpondens reſolvit *Molin de primog. lib. 4. cap. 2. num. 45. alter Molin. de juſt. diſp. 586. Gam dec 262 Cov. var. lib. 1. cap. 14. Phæb. 1. p. decif. 84. num. 4.* per contractum inſtitutio fuit celebrata, & non per ultimam voluntatem, maxime cum per partem fuerit receptata ſententia, dict. *Molin. ibi n. 52.*

Ex contrario vero urget, quod quando contractus juris natura eſt revocabilis, ut ſiquis promittat, ſe illum non revocaturum, poteſt nihilominus illum revocare, mea ſententiæ opinionioni adhærendo, *Gloſſ. in L. ſi alienam § Marcellus verbo acceperu ff. de donat. cauſa mortis, Bald. in L. cum quis ff. de condit. ob cauſ.* Quia dicta illa clauſula cenſetur conſueta apponi à notariis, & ut talis nihil apponitur, niſi conſtet à contrahentibus ex profeſſo eſſe appoſitam, ut eſt ſententia *Bart. in L. 1. ff. dict. jure codicill. Abbas in cap. quintavalis ex dicto tit. num. 32. ad fin. & tenent multi alii, quos refert Molin dict. lib. 4. cap. 2. & num. 40. Valaſc. conſ. 122. numer. 16.*

Ex quo talem inſtitutionem poſſe revocari non dubitatur, præcipue cum dicta inſtitutio referatur ad tempus teſtamenti Abbatis inſtitutoris, ut fol. 12. ibi: *Accitõu eſta eſcritura com as condiçoens dellas, e das que o dito Abbade puzer no teſtamento,* & ibi: *E aſſim he ſua ultima vontade.* Cumque ad tempus teſtamenti referatur, uſque ad prædictum tempus poterat dictus Abbas revocare ex deciſione *text. in L. 4. ff. de adimend. legat. L. cum hic ſtatus § penitentiam ff. de donat. inter vir.* Et cum in teſtamento fol. 5. talem inſtitutionem revocaſſet quoad ſucceſſionem, Reus à dicta ſucceſſione exclusus omnino manebat, non ſolum per dictum titulum, ſed & per ſcripturam reclamationis fol. 14.

Alia ſubſtantialis, & probabilis cauſa, quæ in dicto teſtamento reperitur, eſt, ut ſucceſſor maioratus non nubat cum muliere multum inferioris conditionis, & qualitatis, ut fol. 10. verſ. in inſtitutione maioratus poteſt inſtitutor apponere conditiones, quas voluerit, & conſtat dictum Abbatem, illiusque antecelſo-

tecessores esse nobiles, nobiliaque officia exercuisse, Reumque matrimonium contraxisse cum Itabela Joanne, famulam Petri Egas, quæ de mandato Domini ibat, & redibat de oppido Talabericæ, elleque plebeam, humilem, pauperem, agricolæ filiam, multum inferioris conditionis, & cum Reus dictæ clausulæ non obediret, & cum dicta muliere nubere, à maioratus successione iuste fuit repulsi, quia conditiones iustæ, & honestæ, quæcumque sint, à successoribus maioratus sunt servandæ, & non servantes à successione privantur, *Molin. de primog. lib. 2. cap. 12. num. 34.*

Ideoque Reum à dicta successione repellere, & à bonis ex sua parte unitis dicto maioratus liberarem ex ratione à sapientissimo Domino præcedenti iuste perpensa. Portu 17. Januarii 1675. confirm. & revoc. Iudice. Sylva.

88. A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata: Iudices. Doctor Tavares. Doctor Alvares Coelho. Et fundata fuit in deliberatione sequenti.

Omissa quæstione illa, utrum maioratus in contractu revocari valeat, si in eo fuerit conditus, de quo *Molin. Tiraq. Mier. Castilb. plurimique, de quibus late D. Peg. forens cap. 4. d. n. 144.*

89. Veniamus ad negotium: certum est maioratum conditores in eorum institutionibus apponere posse omnes. & quascumque licitas conditiones, *L. 1. §. si ita ff. ad L. falsã §. fin. inst. de legat. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 12. n. 32. Mier. de maiorat. 2. p. q. 4. illat. 8.* Planè hæc conditio de non nubendo indigno plebeo, & simili, est licita, & à jure approbata, *Bart. in L. si rogatus ff. manum. vind. & in L. libertum Cod. de nupt. Galgancet cum aliis de condit. & dem p. 1. cap. 8. num. 10.* & est vulgare. Reus vero matrimonium duxit cum uxore personæ vili, & vitis reprehensibili, ut elicitur ex testibus à fol. 61. vers. cum multis sequentibus, unde ex hoc capite exclusus manet à successione, pro dimidia bonorum R. revocatum censeo maioratum, unicum enim videtur, ut pro una parte corruat, & pro altera sustineatur, confirmata sententia. Ulyssipone 18. Augusti 1675. Doctor Tavares. Convenio Doctor Alvares Coelho.

90. No feito de Dona Antonia Pereira com Joaõ de Araujo, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, se deõ a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello da A. D. Antonia Pereira de Castro, que os RR. contrariavaõ, escrituras, e mais papeis juntos, provas feitas pelas partes. Pela da A. se mostra, que por

ser filha mais velha de Felix Pereira de Castro, succedeo no morgado do Rosal, e Sago, de que elle foy possuidor, em quanto foy vivo, que instituiu o Doutor Gaspar Pereira, e que entre os mais bens, que pertencem ao dito morgado, são a vinha do Pinheiro, sita na Freguezia de Sago, termo desta Villa, com sua casa, e lagar, que serão quarenta cavaduras, e a veiga junto da dita vinha, de que tudo fez Felix Pereira de Castro, pay da A. sendo vivo, patrimonio ao Reverendo Joaõ Gomes de Castro Abade de Sopo, sendo estudante, para se ordenar de Clerigo, em dez de Mayo de seiscentos, quarenta e sete, e que ao depois em nove de Novembro de seiscentos, quarenta e oito, desistio o dito Joaõ Gomes, sendo ao tal tempo já Abade, e Beneficiado de Santo André de Sajans, tendo 200U. mil reis de renda, e mais cada anno, dos bens do dito patrimonio, de que fez doação ao dito Felix Pereira seu irmaõ, para elle, e successores do dito morgado, e annexação, e augmento delle, debaixo das clausulas da instituição o que aceitou o dito Felix Pereira, estando presente, em seu nome, e dos mais se vê deo consentimento ao Ordinario, e Provisor de Braga em seis de Abril de seiscentos, secenta e hum annos, e que os RR. possuem estes bens sem titulo que valido seja, e os devem largar, e abrir mão delles á A. com os frutos, até real entrega Por parte dos RR. se mostra que sendo vivo o Reverendo Manoel Soares de Castro, Abade que foy de Lodello seu antecessor, de que são herdeiros, comprou em dezanove de Setembro de seiscentos e cincoenta annos as ditas vinhas ao dito Joaõ Gomes de Castro. Abade de Sopo, em preço de 290U. que recebeo do dito comprador, ao qual vendeo as ditas vinhas por herdade, dizimo a Deos, e que assim as possuem com justo titulo, e boa fé, e as não devem largar á A. e que seu pay o dito Felix Pereira na escritura da venda se obrigou a fazerella boa como vendedor ao dito comprador Manoel Soares. Mostrase outro sim pelos RR. que por falecimento do Reverendo Manoel Soares ficou por seu herdeiro seu filho Sebastião de Castro, que sendo casado com a R. Dona Benta de Sousa faleceo sem lherficarem filhos, nem ascendentes, no sitio desta Villa, e que a dita Dona Benta, e seu marido segundo o R. Joaõ Gomes de Cas ro possuem a mayor parte destes bens pela ametade della, e que na outra ametade succederão Joaõ Velloso Barbosa, e sua mulher Maria Soares de Castro pays, e sogros dos RR. que também possuem as ditas vinhas, e terras da compra, que fez o dito Manoel Soares, que nellas fez em hum lanço de parede de altura de cinco para

para ſeis palmos ao redor, e outro lanço ſeu ſilbo Sebaſtião de Caſtro, com que a taparaõ, e que accreſcentaraõ, e plantaraõ mais vinha nova de terra baldia, e o R. Joaõ Gomes huma leira de terra, que comprou a Pedro Martins, que tambem meteo de dentro das ditas vinhas, e finalmente ſe allega pelos RR. que a deſiſtencia, e doaçaõ, que fez dellas o Reverendo Abba de Joaõ Gomes de Caſtro, ſendo ſeu patrimonio, para annexaçãõ, e augmento do morgado da A. he nulla, por no tempo della nõ ter licença do Ordinario, e outrosim por na meſma doaçaõ para accreſcentamento do dito morgado, de que ao tempo era poſſuidor Felix Pereira ſeu irmaõ, os bens da legitima de ſeu pay, ſendo ainda vivo, ſem conſentimento delle O que tudo viſto, e o mais que dos autos conſta, e como dellas ſe moſtra, que ao depois do dito Joaõ Gomes de Caſtro Abba de Sopo doar, e annexar as ditas vinhas, e terras de ſeu patrimonio ao morgado da A. as vendeo ao dito Reverendo Manoel Soares, o que naõ podia fazer por ſerem do meſmo morgado pela doaçaõ que foy feita primeiro, que a eſcritura de compra, nos quaes termos eſtaficou nulla pelo dito vendedor depois da doaçaõ ao que ao depois o ſeu Ordinario, e Proviſor deo conſentimento, naõ poder vender as ditas vinhas, e terras, que tinba doadas, e annexadas ao morgado da A. e outrosim porque como o dito Abba de Joaõ Gomes de Caſtro tinba ao tempo, como ainda hoje tem, o Beneficio de Santo André dos Tajas, e a Igreja de Sopo, que tudo rende mais de 200U. como dizem as teſtimunhas, podia doar os ditos bens do ſeu patrimonio, ainda que naõ houvera licença do ſeu Ordinario, na melhor opiniaõ dos Doutores, a qual nullidade reſulta mais da compra que fez o dito Reverendo Manoel Soares antecſſor dos RR. das terras do dito patrimonio. pois nellas fol. 37. ſe declara, que o ſaõ, ſem moſtrarem licença do meſmo Ordinario, que tiveſſe para as comprar. Por tanto julgo, que os RR. abraõ maõ dellas á A. com os fruõtos da lide conteſtada em diante, que ſe liquidarãõ, e os annos na execuçaõ deſta ſentença, aonde os RR. poderãõ allegar a materia das benfeiturias, e accreſcentamentos, que allegãõ fizeraõ nas terras da contenda. E paguem as cuſtas dos autos, em que os condeno, e lbes reſervo ſeu direito contra o dito Reverendo Joaõ Gomes de Caſtro Abba de Sopo, chamado por A. achando que o tem. Monſaõ 7. de Setembro de 1673. Gregorio de Lanços de Andrade.

¶ A qua ſententia fuit appellatum ad Senatum Portuentem, ubi fuit confirmata: Judices. Ribeiro. Andrade Rua.

Et fuit fundata in deliberationibus frequentibus.

Prædia, de quibus Felix Pereira pater A. 92 Actricis fratri ſuo Joanni donationem fecit ad titulum eorum ſacros Ordines ſuſcipiendos, factus jam Clericus, & duo Beneficia habens opulenta, ex quorum redditibus comode, & large ſuſtentari poterat, redonavit, & ſuo maioratui, cujus ipſe Felix erat adminiſtrator ſub eiſdem clauſulis annexavit, poſſeſſionemque illorum in eum per clauſulam conſtituti, & precarii tranſtulit, poſtea vero dictus inductus de conſenſu ipſius fratris donatarii eadem prædia prædeceſſori AA. vendidit, quæ nunc A. tamquam ejuſdem maioratus adminiſtratrix revindicare conatur; eo fundamento, quod dicta bona ita vinculata non poſſe ab ipſo Joanne vinculante alienari.

Et quamvis maioratus inſtitutio regulari- 93 ter revocabilis ſit, ex Molin. de primogen. lib. 4. cap. 2. à num. 1. cum ſeqq. facta tamen per contractum, & traditionem veram, aut fictam clauſulæ conſtituti, precarii, aut reſervationis uſuſfructus, juxta L. certo ff. precario, L. quod meo in principio, verbo ſcribentis ff. acquiri poſſ. irrevocabilis efficitur, Molin. ſupr. num. 60. Mier. de maiorat. 1. p. q. 22. num. 7. receptum dicit Avendanho in L. 84. Taur. gloſſ. 6. num. 1. Aug. Barboſ. vol. 30. num. 5. Nam inſtitutio tamquam contractus, & donatio irrevocabilis eſt, L. donatio Cod. donat. L. poſt perfectam Cod. donat. quæ ſub modo, Cyriac. controverſ. 128. n. 8. Mier. 1. p. q. 22. num. 31. Surd. conſ. 206. n. 5. Ord. lib. 4. tit. 64. in princip.

Cum non per acceptationem factam donatario parenti Actricis translata fuiſſet in eum poſſeſſio per clauſulam conſtituti, & precarii fol. 10. verſ. perinde, & ac ſi actualis traditur factam fuiſſe. L. quidam 78 ff. rei vend. Tiraquel. de jure conſtituti 1. p. num. 2. & 2. p. ampl. 1. n. 2. Menoch. conſ. 108. n. 72. Ægid. ad L. ex hoc 2. part. cap. 13. clauſul. 10. num. 10. Et ejuſdem effectus quaſi poſſeſſio per actum verum, & corporeum acquireret, idem Ægid. d. loc. num. 3. quia per dictam clauſulam, tam naturalia, quam civilis poſſeſſio tranſfertur, Tiraquel. §. 1. num. 2. Mantie. de tacit. lib. 3. tit. 23. num. 14. & iterum Afflic. deciſ. 79. num. 28. Menoch. conſ. 298. num. 11. & ita nullo modo poterit donans, & inſtitutor directe revocare donationem, & maioratum à ſe factum, nec directe, nec indirecete bona vinculata alienari in præjudicium vocatorum, Phæb. 1. p. deciſ. 82. n. 4. & 5. neque ei aliquid addi, aut minui, L. omnes L. Lucius ff. quæ in fraudem, Surd. conſ. 143. n. 45. Caſtilb. contr. lib. 3. cap. 10. n. 14.

Quod

- 95 Quod ita verum est, ut neque de consensu ipsius donatarii, qui maioratum, vel donationem accepit, alienatio, seu revocatio fieri possit in præjudicium successorum, *Mier. d. 1 p. q. 24. n. 22.* nam jus illud quæsitum virtute donationis, re, vel spe minime auferri potest, ut idem *Mier. d. lib. n. 24.* quia ut ipsa annexatio fiat irrevocabilis, sufficit solius primi nominati acceptatio, ut postea valeat removeri, cum multis *Larr. dec. 91 num. 1.* & si consensus primi donatarii accedat num. 5. postquam enim dicta annexatio facta fuit, eo modo quo facta est, omnes successores gaudent omnibus privilegiis, & qualitatibus bonorum maioratus, & æqualiter, tam respectu primi successoris, quam cæterorum fit irrevocabilis, *Mier. sup. n. 1. & 2.*
- 96 Quapropter venditio facta prædecessori RR. non potuit A. possessori maioratus præjudicium inferre, quamvis ipsi emptori realis possessio traderetur, cum jam per clausulam constituti translata fuisset in parentem A. primum nominatum, per quam jus commune omnibus successoribus irrevocabiliter quæsitum fuit, per supra citatos.
- 97 Ex quibus non habet locum *Ord. lib. 4. tit. 7. deducta ex L. quoties Cod. reivend. ut per Card. verbo competit n. 18.* cætera namque fundamenta in principio RR. ex ipsismet actis diluuntur, & ex patrono Actricis responsionem accipiunt, nec nobis latet, ipsos litem desiderantes provocasse A. ad ejus perfectionem, ut habeant aditum ad evictionem adversus venditorem, cui lis denunciata fuit, ut patet in depositione A. & aliquorum testium, & ita confirmato Judice AA. condemnare ad restitutionem prædiorum cum fructibus à litis contestatione, reservato jure adversus venditorem cum omni damno, & interesse. Portu 17. Decembris 1673. Ribeiro.
- 98 Quæ faciliori calamo, & supra Domino scripta apparent amplectenda, nec judicis sententiæ fundamenta alpernenda, solummodo in privilegii mei ostentionem parum annotarem, ut Actrici Domina Antonia Pereira, ex sequentibus fundamentis providerem.
- 99 Neminem hæsitari, venerandum Abbatem Joannem Gomesium de Castro prædia à fratre suo Felice Pereira unire, seu annexare posse maioratui, ad sacros Ordines suscipiendos, quorum caractere fuisse insignitum.
- 100 Et quamvis ordinari ad titulum patrimonii non possint bona alienare, seu renuntiare sine licentia Episcopi, *Conc. Trid. in cap. 2. de reformat. sess. 21.* quod tamen intelligendum est, nisi alienationis tempore habeat congruam sustentationem, quia tunc temporis ex dispositione Concilii absque licentia Ordinarii, poterat bona, ad cuius titulum ordinatus fuit, alienare, quia in hoc casu cessat ratio finalis dicti *Conc. Trid. ne cogantur mendicare,* & sic debet cessare illius dispositio, *L. adimere §. quamvis ff. de jur. patronat.* quam interpretationem confirmant verba Concilii *donec Beneficium Ecclesiasticum sufficiens, vel aliunde habeat unde vivere possit.* Quod dictum, donec, significat limitationem exceptionis per eventum, ut impræsentiarum donatori accidit per eventum Abbatæ nuncupatæ do Sopo, ex qua, & ex altera ratione, habet unde commode se alere possit, quia illorum proventus 250 U. therunt quantitatem excedunt.
- Post eorum donationem, tamquam inter vivos, & causa dotis factam, venditio dicti Abbatis, & ejus effectus satis indecorosus fuit, quæ solum sustineri poterat, si R. prescriptionis præsidium tutaret, aliàs minime gentium attentata clausula constituti, quia donatio ex causa dotis non revocatur, etiam si illius ex eventu in tempus mortis conferatur, & eodem modo donatio ob causam, *Gloss. in L. fin. in verbo invenitur, Cod. de revoc. donat. Gam. decis. 163 n. 1.*
- Ulterius nec Ord. explicata in doctissima deliberatione admoveri potest ad intentum, quia per clausulam constituti, quæ est usitatissima in contractibus, qui in scriptis celebrantur, & per illam namque in constituarium transfertur possessio, ita ut si naturalem, & civilem simul habebat, ex celebri, & elegantia *L. quod meo ff. acquir. possess. Gam. in L. 45. Taur. n. 78. Tiraquel. de jur. constit. 1. p. n. 4. & ibi Valasc. consult. 106. num. 2. Menoch. de recup. possess. remedio 14. n. 25.*
- Nec dici potest, quod per istam clausulam fictæ transfertur possessio, quia quamvis modus transferendi sit fictus, translata possessio penes enim, in quem transfertur, vera est, ex *Bart. in L. ab emptione in fin. vers. ultim. advertas ff. de pactis Cald. in cōmentar. d. empt. & vend. cap. 25. n. 10.* ad quod quotidie allegari solet *text. in L. certe §. 1. de pact.* atque ita eo utendo effectus, est possessio translata per constitutionem clausulæ, cujus possessio acquisita per verum, ac corporeum possessionis actum, ut novissime tradit *Mart. habitat. d. clientulis 1. p. clausul. 2. num. 4.* eandem vim haberet. Unde, & ex aliis traditis sententiam confirmarem. Portu 26. die Decembris anno 1673. Andia de Rua.
- Ab hac sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit

confirmata. Iudices: Doctor Carvalho. Doctor Alvarez Coello Et fundata in deliberatione ſequenti.

Cum ante venditionem bona eſſent verè ſoluta, jam vendi non poterant, venditioque nullius fuit momenti, rectè eleganter firmatum fuit per ſapientiſſimos Senatores inferioris Senatus, quorum placitum, & ſententiam confirmo. Ulyſſipone 24 Junii 1674. Doctor Carvalho. Convenio Doctor Alvarez Coello.

105 Non enim poteſt inſtitutor revocare maioratum, nec diſponere de bonis vincu- latis, nec probare revocationem; etiam caſu, quo haberet locum ex teſtibus, ſed in- cluſus dicitur in inſtitutione vocatus, & excluſus dicitur vocatus in ſecunda diſpoſitione, ſecundum quam fuit facta alienatio, ut iudicatum fuit in caſu ſequenti.

No feito de aggravado de Joaõ da Coſta Travaços com Pedro Joaõ, e ſua mulher, Eſcri- vaõ Manoel de Goes Pinheiro, ſe deo a ſen- tença ſeguente.

106 *Vistos eſtes autos, libello do A Joaõ da Coſta Travaços da Cidade de Lisboa, contrarie- dade dos RR. Pedro Joaõ, e ſua mulher de Porcariffa, termo de Cantanhede, reconven- çoens, e mais artigos, proviſaõ de commiſſaõ, papeis juntos, inquiriçoens, e mais docu- mentos. Moſtrase pelo A. ſer o filho varão mais velho, que ficou de Joaõ da Coſta Travaços, irmão que foy de Leonis da Coſta Travaços já defunto, e morador que foy na Villa de Cantanhede, e que eſte em ſua vida ſendo ca- zado com Dona Leonor, inſtituirão de ſeus bẽs hum morgado, ou Capella entre vivos irrevoga- vel, chamando para a ſucceſſaõ em primei- ro lugar os filhos do dito Leonis da Coſta, e em ſegundo os do dito Joaõ da Coſta Travaços, irmão do dito inſtituidor, e pay que foy delle A. e ſendo aſſim os primeiros chama- dos filhos do inſtituidor, falecêraõ nas partes da India ſem deſcendentes, com que ſe devol- veo a elle A a dita ſucceſſaõ, por ſer o ſegun- do chamado pelo que eſtá de poſſe dos bens do dito morgado, e os administra, e que entre os que pertencem ao dito morgado, ou Capel- la, he huma horta, chamada da fonte de A- guieiro, que foy dos ditos inſtituidores Leonis da Coſta, e ſua mulher Dona Leonor, da qual os RR. eſtã de poſſe por titulo injuſto, e nul- lo, e a devem largar como pertença do dito morgado, com os fruços da indevida occupa- çãõ, até real entrega Por parte dos RR. ſe allega, que a dita inſtituiçãõ foy nullamente chamada contracto, por que ſó como testamen- to podia valer, e aſſim a podiaõ revogar, quando quizeſſem, como a chamada inſtitui-*

dora fez, fazendo ao tempo de ſua morte ſeu teſtamento, em que declarou ficaffeſſem ſeus bẽs a ſeu marido, e por ſua morte a ſeus filhos, com condiçãõ, que nunca viesſem aos do pay do A. a qual haõ por offerecida na maõ do meſmo A. he tanto verdade haver feito teſta- mento a dita Dona Leonor, que Gaſpar Alva- res ſeu irmão o quiz annullar, e correio ſobre iſſo litigio, té que vindo o chamado á ſucceſſaõ dos bens, filho do dito ſeu marido, ſe opoz á cauſa, e o julgáraõ por habilitado para a di- ta cauſa, o que vendo Dona Francisca, ſegun- da mulher do dito Leonis da Coſta, e irmã do A. e o direito que o dito filho Joaõ da Coſta tinha aos ditos bens pelo teſtamento, ſe concertou com elle por andar de poſſe de todo, e entre os mais bens, que lhe deo, foy a horta, que o A. pede obrigandoſe a dita Dona Fran- ciſca a fazellos ſempre bons, e livres como o A. ſabe muito bem, por ſe fazer o contrato em ſua caſa, e por elle ſer herdeiro da dita Do- na Francisca o deve ſuſtentar. E tanto aſſim, quizerão os inſtituidores revogar a dita inſti- tuiçãõ, que além do teſtamento que a mulher, o marido Leonis da Coſta vendeo nos bens obrigados dous moyos de trigo de cenſo a Pero da Cruz, e Joanna Francisca da Villa de Cantanhede, e trinta alqueires mais aos Fra- des de Saõ Marcos, que ainda hoje ſe pagaõ, nem o A. mandou nunca dizer as miſſas de- claradas na inſtituiçãõ, por não ſer valioſa, e a dita Dona Francisca, ſegunda mulher do dito Leonis da Coſta, que viveo mais de quin- ze annos depois da morte de ſeu marido, poſ- ſuio ſempre os bens ſem o A. entrar na poſſe delles, ſenaõ depois da morte della, como ſeu herdeiro por ſeu irmão, e que eſta horta lhe pertence a elles RR. por quanto foraõ herdei- ros de Maria Joaõ ſua irmã, a qual foy mãy do dito Joaõ da Coſta, a quem a dita Dona Francisca a deo, e de quem a dita ſua mãy foy herdeira, por ſupreviver muitos annos de- pois delle falecido, pelas quaes razoens o A. não tem auçãõ contra elles RR. E por recon- vençãõ allegaõ os RR. reconvintes, que na di- ta inſtituiçãõ foraõ primeiros chamados An- tonio da Coſta, e Joaõ da Coſta, filhos do di- to Leonis da Coſta, e Maria Joaõ, e por morte do dito Joaõ da Coſta ficou vivo ſeu fi- lho Joaõ da Coſta, que faleceo no anno de ſeis- centos, e quarenta e hum, e o dito ſeu pay no anno de 1633. e ſendo eſtes bens de Capel- la, pertenciaõ os fruços do tempo, mais q̃ ao dito filho vivo, ao dito ſeu filho Joaõ da Coſta, e por morte deſte á dita ſua mãy Maria Joaõ, de quem elles RR. tambem ſaõ herdeiros. Os quaes fruços todos o A. e ſua irmã D. Frã- ciſca cobrãraõ, e aſſim o A. por ſeu herdeiro,

e de sua mãy Dona Joanna lhos deve satisfazer, que em cada hum anno importaõ duzentas mil reis. De mais, que pelo testamento que a dita Dona Leonor fez, e pela perfilhação que fizeraõ ficou o dito João da Costa herdeiro de todos seus bens, que de moveis importavaõ duzentos mil reis, e ametade, os quaes por morte do dito João da Costa pertenciaõ á dita Maria João sua mãy, e agora a elles RR. como seus herdeiros Os quaes bens, e rendimentos deve o A. satisfazer como herdeiro da dita sua irmã Dona Francisca, a cujo poder foraõ. Por parte do reconvinido se allega, que elle não foy herdeiro da dita sua irmã Dona Francisca, que o foy sua mãy Dona Joanna, nem desta o foy o A. mais que a beneficio de inventario, além de que o dito João da Costa successor do dito vinculo peli transaução, que fez com a dita D. Francisca, lhe ficou transmitindo todos os fructos, que em sua vida lhes pertenciaõ, com que os RR. agora não podem pedir. E por segunda reconvenção diz o A. reconvinde, que os RR. reconvidos lhe devem pagar o que vay de trinta alqueires, que lhe paga de pão para missas, ao que importaõ as dez declaradas na instituição, pois os que de mais merece a dita pensão, estão suppostos nos bens que ficavaõ livres ao tempo que fez a instituição os quaes os Reos reconvidos possuem, e assim lhe devem satisfazer esta parte, pois os instituidores não podião acrescentar pensão, mais que a que a principio haviaõ posto. Por parte dos RR. reconvidos se nega devêrem tal cousa, por quanto a dita instituição, como dito fica, foy nulla, e além disso, o que elles Reos reconvidos possuem, não he a vigesima parte dos bens, que o A. traz. O que tudo assim taõ largamente visto, disposiçãõ de Direito em tal caso, e como pela sentença da Relação está julgada por valida a instituição do morgado, ou Capella, de que se trata, por contrato entre vivos, como della se vê irrevogavel doaçãõ, nos quaes termos, conforme aos de Direito se não podia revogar, ou alterar pelos instituidores salvo pelas causas, que a Ley permite, e havêdo os nomeados logo desde então adquirido direito pela nomeaçãõ, que se lhe fez, além de que não consta, como devia, que a instituidora revogasse por testamento a dita nomeaçãõ, por quanto não consta de tal, e as testemunhas, que disso depoem, se podem entender fallaõ deste mesmo instrumento, que ordinariamente entre os mestiços se chama testamento, como assim parece, pois depondo dous filhos do Escrivãõ, que o fez, se vê ser o mesmo, que fez a instituição, e a testemunha que depoem de o ser do mesmo testamento, se refere para o disposto nelle, ao que ouvio dizer ge-

ralmente, sem declarar o ouvio ler, nem o que de certo está feito entre o nomeado João da Costa, e a segunda mulher Dona Francisca se mostra cousa, que prejudique á tal instituição, por quanto elles, ainda que fizessẽm, ou dissessem nelle o que lhes parecesse, não offendia a verdadeira disposiçãõ, pela qual o A. he chamado á successãõ na falta dos filhos, que sãõ mortos sem descendencia. Por tanto condeno aos RR. a que restituãõ a horta da contenda para andar unida aos mais bens da dita Capella, ou morgado, com os fructos da lide contestada por diante. E deferindo á primeira reconvenção, visto como o reconvinido foy herdeiro com os mais irmãos de sua mãy Dona Joanna, e esta o foy de sua filha Dona Francisca, a qual por haver possuido os fructos do morgado, no tempo que viveo o dito João da Costa, e pela obrigaçãõ que fez de manter sempre o contrato, pelo qual lhe deo a horta da contenda, e elle a sua mãy, de quem os RR. reconvintes sãõ herdeiros, devia satisfazer toda a quebra delle. Condeno ao A. reconvinido na quarta parte da valia da horta da contenda, que he a em que foy herdeiro da dita sua mãy, contra quem passou a aução, por ella haver herdado a dita sua filha Dona Francisca. E deferindo á segunda reconvenção, absolvo os RR. reconvidos, visto como o A. reconvinde não mostrou, nem provou cousa, por que se deva seguir condemnação. E pague o A. a oitava parte das custas, e os Reos as mais destes autos. Coimbra 7. de Outubro de 1671 André de Moraes Sarmiento.

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

Acordãõ os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelo Juiz de Fora em condenar ao R. na restitução da horta pedida pelo A. com os fructos da lide contestada em diante, e em condenar ao A. sobre a reconvenção no valor della; porém em o condenar sómente na quarta parte do dito valor da horta, e o não condenar em todo, foy por elle menos bem julgado. Revogando nesta parte sua sentença cumprase o confirmado por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, os quaes vistos, e como se mostra não estarem ainda feitas partilhas, e estar o A. de posse de todos os bens, que por morte de sua mãy Dona Joanna de Almeida ficãõ, nos quaes termos pôde de Direito ser reconvinido por toda a divida. Condenaõ ao A. em todo o valor da dita horta E pague as partes as custas dos autos de ambas as instancias de permeyo. Porto 6. de Janeiro de 1673. Nevaes. Pinheiro.

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus

tionibus ſequentibus.

109 Satis notam reivendicationis materiam in volvit præſens iurgium, ſed difficilis ſit ejus cognitio propter intricatam ſeriem, & ideo opere pretiū duxi eam breviter enarrare, ut perpenſo factō quid in ardua, & obſcura cauſa ſententiam apertius exponam.

110 Leonilus da Coſta, & ejus uxor Dona Leonora, reſervata bonorum quota, de cæteris maioratum, vel Capellam, miſſarum onere gravatam, cum expreſſa alienationis prohibitione inſtituere, & poſt amborum obitum primo vocarunt Antonium da Coſta filium naturalem ipſius inſtituentis, & decedēte illo ſine liberis vocarunt ſecundo filium ſeniorē Joannis Travaços da Coſta inſtituentis fratris. Obijt prædicta inſtitutrix Leonora, ejuſque maritus ad ſecundas nuptias convolvit, habita uxore D. Francisca, cui bona vinculo ſuppoſita donavit. Poſtea extremum factum implevit Leonilus, manente in bonorum poſſeſſione D. Francisca ejus ſecunda uxore, cui litem movit primo vocatus Antonius, ut paternam hæreditatē ei demitteret: in litis decurſu tranſactionis pactum inter ſe iniere, cujus virtute prædicta Francisca inter cætera demisit contentionis hortum prædicto Antonio, ſibi, & hæredibus ſuis. Abijt idem Antonius in Orientalem Regionem, ubi naufragio oppreſſus vitam cū morte cōmutavit, ipſiusque horti poſſeſſionem adeptus fuit ejus mater, pro cujus interitu devenit ad Reum virtute teſtamenti, quo deceſſit. Ita etiam mortua fuit Francisca ſecunda uxor inſtituentis, ejuſque hæreditas devoluta fuit ad matrem ſuam Dominam Joannam, cujus morte Actor, & cæteri fratres hæredes extitere. Nunc contendit Actor demiffum hortum à Francisca reivindicare, tamquam annexum maioratui, cujus ſucceſſor extitit per obitum Antonii virtute vocationis factæ in inſtitutione, & ſupremi Senatus ſententia nixus, ubi cauſa plenarie, & legitimo contradicte diſcuſſa pro vinculo iudicatum fuit. Reus ipſam inſtitutionem iterum contravenit, & obſervantiam tranſactionis exigit, ad quam Actorem coercere intendit tanquam hæredem matris ſuæ, & per conſequeus tranſigentis Francisce.

111 Qua ſic expoſita facti ſerie, & utriuſque fundamentis præhabitis, quoad primum Rei circa defectum inſtitutionis ſupervacuum exiſtimo diſceptationem, acuratamque operam perdidiffe diligentem appellantis patronum cenſeo, dum factæ inſtitutionis vinculum infringere, nerveſe contendit; ex ipſa namquemet ſententia detegitur, cauſam ſuper maioratus validitate cum legitimo con-

tradicte ſuiſſe agitatum, bonorūque natura plenarie diſcuſſa, Senatū inſtitutionis vinculo ipſamet bona ſubjecta decreville, patet ex decreto fol. 153. Unde cum legitimus contradicte litem abſque dolo moveret, cauſamque diligenter proſequeretur, & appellans ſententiam compararet; non poteſt ab appellante redargui, neque iterum in controverſiam quæſtio deduci, licet ſecundario, vel in conſequentiam læderetur ex tali ſententia: apud omnes namque receptum eſt, quod ſententia jus controverſum determinans cum illo, ad quem negotium principaliter ſpectat, nocet illis, ad quos ſecundario, vel in conſequentiam tangit, *Surd. conf. 189. num. 7.* neque eorum citatio eſt neceſſaria, *Cancer. var. lib. 2. cap. 16. d. num. 100.* ſatisque notum eſt rem iudicatam nullam controverſiam admitte, & pro veritate haberi, *ex vulgari regula res iudicata ff. de reg. jur. Surd. decif. 289. num. 1. Menoch. conf. 147. num. 59. & conf. 477. num. 4. & conf. 611. n. 14. optime Cald. conf. 7. num. 52. cum ſeqq. & de empt. cap. 34. num. 40. Surd. decif. 94 num. 3.* victorūque jus irrevocabile parere, *Cabed. decif. 12. num. 13.* de alboque nigrum facere, & in contrarium nullam probationem admittere, *Surd. conf. 91. num. 1. 2. & 3.* ex quibus, cum jam controverſa fuiſſet bonorum natura, habitaque ſententia pro inſtitutionis validitate, non eſt cur de viribus inſtitutionis, neque de bonorum qualitate iterum diſceptetur, & in hac parte Reum deſenſione carere cenſeo. Actorūque, utpote vocato, maioratus ſucceſſori reivendicationis iudicium competere aſſevero, *ex L. fin. §. ſin autem Cod. communia de leg. Molin. de primog. lib. 4. cap. 1. num. 12. Valaſc. conf. 194. num. 7. Cald. de renovat. q. 16. num. 32. Pinel L. 1. 2. p. à num. 99. Cod. bon. mat.*

Unde ſolum ſuper eſt dubitationis nodum 112 diſſolvere, A. tranſactioni factæ ſtare teneatur, tamquam hæres matris ſuæ, *ex regula text. in L. cum à matre Cod. de reivindicat.* quæ quidem locum habet in hærede hæredis, *ex L. fin. Cod. hæredib. inſtituend.* vel an poſſit ejus factum impugnare, in qua quidem quæſtione, quando ſcilicet ſucceſſor maioratus, ſimulque hæres alienationis rem à prædeceſſore alienatam poſſit reivindicare, varie ſunt DD. ſententiæ. *doctiſſimus Molin.* negativam apprehendit *lib. 4. cap. 1. n. 17.* nixus ſupra dicta regula *text. in L. cum à matre Cod. reivind.* eandem tenet *Surd. conf. 73. à num. 34.* affirmativam ſequitur *Valaſc. de jur. emphyt. q. 49. num. 5.* addens tantummodo, quod procedat, quando in inſtitutione adeſt expreſſa prohibitio alienationis, nulla

facta differentia; veriorum affirmat *Pinel. in L. 1. 3 p. Cod. de bon. mater. à n. 99.* & quando hæres hereditatem adit cum beneficio inventarii, contraventionem facti permittit, *idem Molin ubi supr. num. 30* in omnique casu contrarium esse impracticabile adducunt aliqui ex ipsius addentibus.

113 Sed in proposita hypothesi sine huius quæstionis resolutione deliberari posse existimo, quia successio devoluta non fuit Actori per obitum D. Franciscæ, cui successit mater D. Joanna, sed aliunde per obitum scilicet Antonii da Costa primo vocati in institutione, & sine liberis decedente, unde dici non potest hæres ultimi maioratus successoris.

114 Verum enim vero minus liberatur, ut transactionem impugnare possit, ipsumque Actorem condemnare ad solutionem pretii, & valoris totius horti, tamquam hæredem matris suæ, quæ successit transigenti filix, Actoris sorori: & moveor, quia alienatio non simpliciter facta fuit, sed habito respectu ad omne ius hæreditatis, quod quidem in bonis à vinculo separatis consistere poterat, sicut etiam ad fructus, quos perceperat eadem Franciscæ unde non excluditur transactionis vigor pro hac parte, neque A. ipsam contravenire potest: & ideo deferendo actioni Actoris Reum ad restitutionem horti condemnare cum fructibus à tempore litis contestatæ; & deferendo reconventioni Rei, ipsum A. ad solutionem totius horti valoris etiam condemnare, quamvis enim sicut hæres, non nisi pro quota hæreditatis teneatur, tamen cum adhuc non constet divisionem bonorum factam fuisse, Actorque utpote casualis caput bona descripsisset, ut deprehenditur ex certitudine fol. 55. ad omne debitum tenetur, & pro eo potest conveniri, ut observat praxis, de qua *Phæb. 2. p. arest. 1. & 18. Valasc. conf. 128. num. 3. & 4.* licet sibi sit contrarius in tract. de part. cap. 6. num. 14 & 10. Ex bonis hæreditariis totum valorem per solvere debere iudicarem, sic partim laudato, & partim reformato Iudice. Porru 4. Octobris 1672. Pinheiro.

Convenio Nevaes.

115 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata. Iudices: Doctor Gouvea. Cardoso.

116 Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Actor, & Reus conqueruntur de iudicamento fol. 221. A. ex eo quod in reconventionem, R. ad hortum restitutionem fuerit condemnatus, utriusque querimonia destituitur fundamento, non enim dubitari potest A. teneri

ad solvendam integri hortus æstimationem petitam à R. in reconventionem; non enim hucutque iudicium familiæ eriscundæ finitum est, cum tamen Actorem ostendatur esse in possessione bonorum post obitum Dominæ Joannæ matris suæ, quæ transigenti filix Franciscæ Actoris sorori successerat, unde A. tamquam heredem matris suæ iuridice condemnatum dicerem.

Reus etiã immerito gravamẽ interposuit, 117 nam per sententiam cuncta institutionis maioratus forma hortum ab eo possessum vinculo primogenii esse obnoxium in comperto est, res autem vinculatæ maioris possessori sunt restituendæ, ut in iure notum est: ex quibus suffragiis à fol. 229. annuendum est confirmato iudicamento, non vero detrahendum, aut addendum. Ulyssipone 31. Julii 1673. Cardoso.

Arridet sententia sapientissimi Domini visofore tenore sententiæ fol. 153. quæ cum sit declaratoria naturæ horti, an sit liber, vel maioratus vinculo subjectus, illa qualitas est inherens virtutem sententiæ in ipsa re, & illam comitatur, ita ut particularis successor, cum quo litigium motum non fuit, potest illa juri vari contra tertios, si dolus in sententia non intervenit, *L. si à te §. si Julianus, L. si mater §. item si Julianus ff. except. rei judicat. L. si aquæ ductus ff. contrahend. L. Julianus §. si fructus ff. action. empt.* Ex quibus inferioris Senatus placitum libenter ampicctor. Ulyssipone 2. Augusti 1674. Doctor Gouvea.

Et si testes deponant de subscriptione, & 119 instituens neget subscripsisse, non admittitur revocatio, ut iudicatum fuit.

No feito de agravo de Isabel Villella Cerqueira contra as Religiosas de Santa Clara da Villa de Amarante, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello das AA. a Madre Abbadessa de Santa Clara desta Villa de Amarante, em seu nome, e das mais Religiosas, contrariedade da R. Isabel Villella de Magalhaens, moradores nesta dita Villa, replica, treplica, escrituras, testamentos, certidoens, e mais papeis juntos, prova a tudo dada. Por parte das AA. se prova, que vivendo Manoel Cerqueira Pereira com sua irmã D. Maria Cerqueira, ambos em huma casa, e maiores ambos de 25. annos, tratandose de ella cazar com Balthazar Coelho da Silva, lbe dotou o dito seu irmão Maxoel Cerqueira Pereira o morgado de S. Joseph sito nesta Villa, de que era administrador, por assim o deixar seu tio o Doutor Manoel Cerqueira, Mestre Escola que foy na Sé de Evora, dotandolhe mais tres mil

mil, e quinzentos Cruzados em dinheiro, e moveis, com o que veyo a importar todo o dote treze mil, e quinzentos cruzados, dandoſe a dita Dona Maria Cerqueira na eſcritura de dote por paga, e ſatisfeita do dito ſeu irmão dotante Manoel Cerqueira Pereira, de todos os bens, e legitimas, que lhe pertenciaõ por morte de ſeus pays, e por outra qualquer via, declarando, que havia por nomeado ao dito ſeu irmão nas vidas, que podia, e renovação do Casal do Carvalho, e de outros prazos, treſpaſſando nelle todo o direito, e poſſe, que nelles tinha, em razão de o dito ſeu irmão, lhe fazer tão grande dote, aceitando a dita Dona Maria Cerqueira a eſcritura de dote, que foy feita em 19. de Mayo de 1625. com todas as clauſulas, e condiçoens nelle expreſſas, aſſinando por ſua mão na dita eſcritura a dita Dona Maria Cerqueira, como della conſta, e logo que o casamento teve eſfeito ficou o dito Manoel Cerqueira Pereira de poſſe do dito Casal do Carvalho, que he o da contenda, e de outros mais, até que faleceo. Mais ſe mostra, que depois de eſtarem cazados os ditos Baltazar Coelho da Silva, e ſua mulher Dona Maria Cerqueira em 28. de Julho de 1632. o dito Manoel Cerqueira Pereira por huma eſcritura unira, e vinculára ao dito morgado de S. Joſeph o Casal da contenda, e outros, com pacto, e condição, que até a hora de ſua morte poderia em parte, ou em todo revogar o dito contrato do vinculo, e acreeſcentamento ao morgado, como conſta da eſcritura, que os ditos Baltazar Coelho da Silva, e ſua mulher Dona Maria Cerqueira aſſináraõ por ſuas mãos perante as teſtemunhas, e em 31. do dito mez de Julho fez o dito Manoel Cerqueira Pereira ſeu teſtamẽto ſolemne, nõ qual inſtituio por ſeus univerſaes herdeiros aos ditos Baltazar Coelho da Silva, e ſua mulher Dona Maria Cerqueira da Silva, diſpondo em o dito teſtamento que deixava a ſua quinta da Coſta, que he a da contenda, á dita Dona Maria Cerqueira ſua irmã, e que nella a nomeava em terceira vida, por elle ſer a ſegunda no prazo da dita quinta, com declaração, que ſendo caſo, que a dita ſua irmã, quando Deos a levaffe, não tivesse filho, nem filha, nomearia a dita quinta no Cõvento A. e ſuas Religioſas, para que ellas AA. a houveſſem, e poſſuiſſem, e fižeſſem della como couſa ſua, e bem lhes pareceſſe, e a vendeſſem, em caſo que não podeſſem poſſuir bens de prazos, e que o meſmo faria a dita ſua irmã a reſpeito do Casal da contenda, e de outros mais de prazo contheudos na dita eſcritura de vinculo, como tudo conſta do dito teſtamento, Tambem ſe prova, que em 12. de Agoſto do di-

to anno de 1632. contratára por huma eſcritura o dito Manoel Cerqueira Pereira com a dita Dona Maria Cerqueira ſua irmã, e ſeu cunhado Baltazar Coelho da Silva que o dito Casal do Carvalho, e os mais de prazo por elle unidos ao dito morgado, fiçaſſem a elle vinculados, contrato ao contrato que tinha feito, em caſo que da dita Dona Maria Cerqueira ſua irmã fiçaſſem filho, filha, ou netos; porq̃ nõ neste caſo queria tivesse eſfeito o dito vinculo, e contrato de acreeſcentamento: e ſendo caſo, que a dita ſua irmã faleceſſe ſem lhe ficarem filhos, nem legitimos deſcendentes entãõ ordenava, que o dito Casal da contenda, e os mais paſſaſſem ao Convento A. e para mais ſe cumprir ſua vontade, logo deſde eſſe tempo havia por revogado o dito vinculo, contrato, e nomeaçoens, que tinha feito ao dito Baltazar Coelho, e ſua mulher D. Maria Cerqueira ſua irmã, e cunhado a favor delles, e dos mais ſucceſſores do morgado, e nomeava, e havia por nomeado de novo as AA. e ſeu Convento nas vidas em que podia, e no direito da renovação dos ditos Cazaes, e prazos, treſpaſſando no dito Convento, e ſuas Religioſas todo o direito, dominio, poſſe, aução, e razão, que nelles tinha, com reſerva ſõmente dos uſo fruõtos dos ditos prazos em vida do dito Baltazar Coelho da Silva no que elle, e a dita ſua mulher conſentiraõ, e tudo aceitáraõ, ſem embargo do primeiro contrato de uniaõ, e acreeſcentamento de vinculo, como ſe mostra pela dita eſcritura, que aſſináraõ os ditos Baltazar Coelho da Silva, e ſua mulher Dona Maria Cerqueira aſſinando ella por ſua mão perante as teſtemunhas, e ſem outra diſpoſição nem teſtamẽto ſe faleceo o dito Manoel Cerqueira Pereira, ficando os ditos Baltazar Coelho da Silva, e ſua mulher Dona Maria Cerqueira de poſſe de todos ſeus bens, como ſeus univerſaes herdeiros adindo ſua herança, ſem que conſte, que foſſe por inventario, nem que fižeſſe proteſto algum. Mais ſe mostra, que o dito Baltazar Coelho da Silva falecêra primeiro, que a dita ſua mulher Dona Maria Cerqueira, ficando ella ſua herdeira, e de poſſe de ſeus bens, ſem fazer inventario, e que tambem he falecida a dita Dona Maria Cerqueira ſem della ficarem filhos, nem outros alguns deſcendentes, e que as AA. por ſeus procuradores depois de falecida a dita Dona Maria Cerqueira, ſem della ficarem filhos, nem outros alguns deſcendentes, mandáraõ tomar poſſe do dito Casal do Carvalho, e quinta da Coſta ſem contradição de peſſoa alguma, eſtando as AA. na dita poſſe por alguns dias, e que os irmãos da R. com outras peſſoas forãõ dahi a alguns annos tomar

posse do dito Casal, e quinta, e que na dita posse está recolhendo os fructos delles: mais se prova, que a R. não he sobrinha da dita Dona Maria Cerqueira por ser somente sua parenta em grao remoto, e que os parentes mais chegados da dita Dona Maria eraõ Manoel Cerqueira de Barros desta Villa, e seus fillos, o qual por esse respeito levou o morgado de S. Joseph, e se prova, que a R. fora para caza da dita Dona Maria Cerqueira depois da morte de seu marido, estando ella de parto na cama, não para a servir, por ser a R. pessoa mais nobre, e dos principaes desta Villa, e que de casa da dita Dona Maria Cerqueira levára muitas alfayas, em q̄ entráráõ humas almofadas de esrado de veludo, e damasco, e huma cadeira de levar mulheres, e que a dita Dona Maria Cerqueira era mitorica e não necessitava de que a R. lbe fizesse emprestimos, por ter bens muito rendosos, com que podia sustentar sua familia, e poupar dinheiro consideravel, os quaes bens corriaõ por ordem da R. depois de assistir na casa da dita Dona Maria, e que fazendo sequestro em seus bens se lbe mandáraõ dar seis tostoens de alimentos cada dia, entendendose que menos lbe era necessario, e que ella era mulher muito velha, que chegava a oitenta annos, que já variava, e que a R. não deixava fallar com ella algũas pessoas, governandose a dita Dona Maria Cerqueira pelo que a R. lbe dizia. Mais se mostra, que ella fizera á R. doação do Casal, e quinta depois das AA. a trazerem em demanda, por a R. fora tambem citada, e que na causa, em que as AA. demandáraõ a dita Dona Maria Cerqueira para fazer inventario dos bens deixados em fideicomisso por o dito Manoel Cerqueira Pereira, para as AA. e dar caução de bem usar delles, entregallos, e não dissipallos, fora a dita Dona Maria condenada neste juizo, e por sentença da Relação o fora, que desse caução de entregar os bens do prazo em especie, e fizesse inventario. Mais se prova, que alguns bens, que ficáraõ por morte da dita Dona Maria Cerqueira, se vendéraõ, para se pagarem algũas dividas, e lbe não ficára herdeiro, dando se curador á herança jacente, como bem se vé das certidoens da fórma do inventario, e se mostra, que a dita Dona Maria Cerqueira sabia ler para assinar nas escrituras juntas, em outras que fez, como tambem em algumas rogar a quem assinasse por ella, sem embargo de saber assinar, por o não poder fazer da mão que tinha impedida, como consta das certidoens juntas nestes autos: finalmẽte se prova, que o Doutor Manoel Cerqueira Mestre Escola, que foy na Sé de Evora, deixára

por seu herdeiro a seu sobrinho Manoel Cerqueira Pereira, e por administrador do morgado de S. Joseph que elle deo á dita sua irmã Dona Maria Cerqueira, a quem o Doutor Manoel Cerqueira Pereira em seu testamento deixou muito encomendada ao dito seu sobrinho Manoel Cerqueira Pereira seu herdeiro, e elle a cazára com Baltasar Coelho da Silva, Fidalgo que era da Casa de S. Magestade dandolhe o morgado, e o mais dote acima referido: e se prova, que a R. cortára dous castanheiros na quinta da Costa para reparar as casas da dita quinta. Por parte da R. se prova, que está de posse do Casal do Carvalho, e quinta da Costa, em virtude de humadoação, que nella fez a dita D. Maria Cerqueira, por ser sua parenta, sendo a R. pobre, e pessoa de muita qualidade, que tinba assistido em casa da dita Dona Maria Cerqueira, estando ella doente, e de parto, e que Baltasar Coelho da Silva, e a dita sua mulher estiveraõ possuindo o dito Casal, e quinta da cõtenda por morte de Manoel Cerqueira Pereira, seu irmão, e cumbado, e nesta posse estiveraõ em suas vidas até o tempo, que a R. a tomára, sendo o Casal do Carvalho deixado á dita Dona Maria Cerqueira por seu pay Ruy Villella, que nella a nomeára em terceira vida em seu testamento, como delle consta, e que o dito Manoel Cerqueira Pereira em seu testamento nomeára a dita D. Maria Cerqueira no Casal, e quinta da cõtenda nas vidas, em que podia, por assim se provar no dito testamento: por em com a condição nelle declarada, aceitando a dita D. Maria a nomeação da dita quinta, e não a condição de a restituir ás AA. como consta de huma escritura de aceitação, e rejeição feita em Janeiro de 1664. sendo o dito Casal, e quinta prazos Ecclesiasticos, que foraõ de Ruy Villella, pay da dita Dona Maria Cerqueira por cuja linha era a R. sua parenta, havendo outros mais chegados, e se prova, que do dito Baltasar Coelho, e sua mulher nascera Alvaro Coelho da Silva seu filho, que vivera até cazar, e ainda depois de viuvo, a que os ditos seu pay, e mãy fizeraõ dote, por em não consta, que lbe dotassem a dita quinta, e Casal da cõtenda. Tambem se mostra, que o dito Manoel Cerqueira Pereira lográra em sua vida os fructos da quinta de Sangunbedo, e que vendera hum cavallo a Baltasar Coelho da Silva para ajuda de lbe pagar o dote, que lbe fizera o mesmo Manoel Cerqueira Pereira, a quem seu tio o Doutor Manoel Cerqueira Mestre Escola, que foy na Sé de Evora, em seu testamento deixou muito recomendada a dita Dona Maria Cerqueira sua irmã, e elle a cazára

com o dito Baltazar Coelbo da Silva, que era Fidalgo da Casa de S. Mageſtade. Mais ſe mostra por parte da R. que a dita Dona Maria Cerqueira, não ſabia ler nem escrever, por nunca algũas testemunhas, que lidáraõ em ſua caſa muitos annos, a verem ler, nem escrever, e verem, que vindolhe cartas de ſeu marido eſtando ausente, como tambem de outras peſſoas, ella mandava chamar, quem as leſſe, e lhe reſpondeſſe a ellas, e que já em vida da dita Dona Maria as AA. a demandáraõ para dar cauçaõ de lhes entregar todas as peças, e prazos combeudos no fideicommiſſo, e bem uſar dellas, e que por ſentença da Supplicação ſe lhe não mandára dar cauçaõ de lhes entregar o dito Caſal, e quinta da contenda, e os mais prazos do fideicommiſſo em eſpecie. Revogando nesta parte a ſentença da Relação do Porto, e que a R. eſtava de poſſe da dita quinta, e Caſal, rcebendo as rendas delles de ſeus Cazeiros, e que ſuppoſto por morte da dita Dona Maria as AA. mandafſem tomar poſſe do dito Caſal do Carvalho, e quinta da Coſta, logo no outro dia fora hum irmão da R. meter ſe na poſſe delles, e que dabi a alguns dias fora a R. para a quinta da Coſta, e nella eſtivera, tendo já em vida da dita D. Maria tomado poſſe do dito Caſal, e quinta, e ſe prova, que Joaõ Moreira de Carvalho deſta Villa comprára ds AA. a quinta da Lama, e Caſal da Granja, que tambem eraõ fazendas, que a dita Dona Maria Cerqueira poſſuira declaradas nas ſobreditas eſcrituras, e fideicommiſſo porẽm ſe não mostra, que neste Caſal, e quinta correſſe litigio, e ſe prova que a R. levára algumas alfayas da caſa da dita Dona Maria Cerqueira, que ella lhe dera, e que a dita Dona Maria Cerqueira por via das AA. ſe lhe ſequeſtráraõ ſeus bens, e por ſentença da Relação ſe lhe mandáraõ dar de alimentos ſeis toſtoens cada dia, indo neste tempo da caſa da R. para a da dita Dona Maria Cerqueira, e que ella eſtando para rceber o Santiffimo Sacramento, diſſera que não aſſinára nas eſcrituras, que ella, e o dito ſeu irmão Manoel Pereira Cerqueira ſe fizeram, por não ſaber ler, ſendo a dita Dona Maria Cerqueira peſſoa de muita conſciencia, e de qualidade, e temente a Deos. Finalmente ſe mostra, que a R. fora chamada da dita D. Maria Cerqueira para curar della depois da morte de ſeu marido Baltazar Coelbo, e que he peſſoa de boa conſciencia, que não coſtuma levar o alheyo, nem viver delle ſendo muito nobre, e dos principaes deſta Villa, e que a dita D. Maria Cerqueira, não era affecta a Manoel Cerqueira de Barros deſta Villa, nem elle a ella, por demandas que tiveraõ sobre o morga-

do de S. Joſeph de que a dita D. Maria era administradora, e ficára por ſua morte o dito Manoel Cerqueira de Barros por parente mais chegado, e que a dita D. Maria Cerqueira era muito nobre, e de boa conſciencia, e de grande juizo, e que a R. eſtando em ſua caſa pagára algumas dividas, que a dita D. Maria eſtava devendo, porẽm que fora da fazenda da dita D. Maria. O que tudo viſto com o mais dos autos, diſpoſição de Direito no caſo, e como a dita D. Maria Cerqueira, e ſeu marido Baltazar Coelbo da Silva foraõ, e ficáraõ univerſaes herdeiros de Manoel Cerqueira Pereira ſeu irmão, e cunhado, adindo ſua herança ſem que houveſſe inventario nem proteſto algum, pelo que não podia ir contra o diſpoſto em ſeu teſtamẽto, e ella ficar tambem herdeira de ſeu marido ſem inventario, e ſe mostrar que ella, e o dito ſeu marido aceitáraõ as clauſulas, e condiçoes poſtas nas eſcrituras de vinculo, e uniãõ ao dito morgaõ, e na revogação delle, no caſo em que a dita D. Maria faleceſſe ſem filhos, aſſinando nas ditas eſcrituras por ſua mãõ, como dellas conſta, a que ſe deve dar mais fé, e a outras eſcrituras em que tambem aſſinara por ſua mãõ e outras em que não aſſinara, ſem embargo de ſaber ler, rogando nesta fórma, a quem por ella aſſinaſſe, como conſta das certidoens juntas nos autos, do que ſe deve dar ds testemunhas, que dizem ella não ſabia ler, nem escrever, por nunca a verem ler, e por tambem ſe mostrar, que a dita D. Maria Cerqueira falecêra ſem della ficarem filhos, nem deſcendentes legitimos, com o q̃ vinbaõ a ter vigor as clauſulas poſtas pelo Manoel Cerqueira Pereira em ſeu teſtamento, e eſcrituras, não havendo para que ſe faça caſo da eſcritura da aceitação, e rejeitação, que a dita D. Maria fez sobre o Caſal, e quinta da contenda, por ſer feita a eſcritura muitos annos depois de ter adido a herança do dito ſeu irmão Manoel Cerqueira Pereira ſem inventario, nem proteſto algum, e por ſe mostrar tambem, que o dito Caſal, e quinta da contenda ſaõ prazos mixtos, e de livre nomeação nas terceiras vidas, por onde podem paſſar a eſtranhos, e ſerem as AA. capazes da ſua aceitação, na fórma que podem, e por ſer certo, que a R. eſtá de poſſe do dito Caſal, e quinta declarados no fideicommiſſo por ultima vontade do dito Manoel Cerqueira Pereira, não ficando, nem havendo herdeiro algum da dita D. Maria Cerqueira, por ficar a herança jacente, e ſe vèderem todos ſeus bẽs, para ſe pagarem algumas dividas como tambem pelo dito Caſal, e quinta ſerem deixados em fideicommiſſo, e o dominio dos legados, e fideicommiſſos paſſarem, conforme Direito,

aos legatarios, e fideicomissarios, estando em commercio, e nestes existir a condiçãõ de não ficarem filhos, nem descendentes da dita Dona Maria, por onde por sua morte passou o dominio ás AA. E como finalmente se mostra, que a dita D. Maria Cerqueira foy condenada por sentença da Relaçãõ, que dêsse cauçãõ ás AA. de entregar lhes in specie os ditos Casaes, declarados no fideicomisso, que suposto se não confirmasse na Casa da Supplicaçãõ foy por se julgar na Relaçãõ ultra petita, por as AA. não pedirem em seu libello esta restituicãõ da dita quinta, e Casal, e dos mais in specie. Julgo pertencer o dito Casal do Carvalho, e quinta da Costa ás AA. E condeno a R. lhos largue, e entregue, com os fructos, que se liquidarem na execuçãõ desta. desde o tempo da indevida occupaçãõ. at é real entrega E outrossim a condeno nas custas dos autos. Amaranthe 16. de Outubro de 1670. Antonio Coelho de Carvalho.

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

Acordãõ os do Desembargo, &c. Bem julgado he pelo Juiz de Fóra: confirmaõ sua sentença por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, com declaraçãõ, que os RR. paguem os fructos da lide contestada em diante, visto haverem possuido os Casaes da contêda, com titulo ainda que invalido. E paguem as custas dos autos de ambas as instancias Por to de Mayo 26. de 1671. Guevara. Doutor Portugal.

122 Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus.

123 Adeo germani sunt iste processus, & ille, qui in proximiori postulatione refertur, quod utriusque eadem debet esse decisio, & ad utrumque eadem inservit deliberatio.

Emmanuel Pereira transactione cum sorore Domina Maria cõtraxit 19. Maii 1625. qua sorori dedit in dotem 13500. aureos, & ipsa in fratrem transmisit prædium de Carvalhode quo agitur in hoc processu, constat ex scriptura dotis, & transactionis fol. 53. quam propria signavit manu, nomen suum exarando, si fides adhibenda est notario fol. 55.

124 Rursus anno 1632. 20. Augusti maioratui á patruo instituto hoc prædium do Carvalho congregavit, ut patet ex scriptura fol. 48. & in hac scriptura dixit dictus Emmanuel quod prædium de Carvalho, & alia per ipsum maioratui unita, transeant ad Monasterium Divæ Claræ, casu, quo soror filios, aut nepotes non relinquat, in qua etiam D. Maria propria manu signavit, ut Tabelio tes-

tatur fol. 50. & ibi dictus Emmanuel fuit protestatus, quod usque ad ultimam horam poterit mutare, aut revocare in partem, vel in totum, quod in dicta scriptura continetur, de quo etiam extat alia scriptura fol. 55. condita 28. Julii 1632. Deinde in testamento fol. 59. etiam maioratui congregavit Villam da Costa, de qua etiam agitur sub eadem conditione, nempe, quod si soror hæres instituta absque sobole decessisset, ad dictum Monasterium transeat, & de hoc sororem fideicommissarie rogavit, ut apparet fol. 62. vers.

Postea 8. Januarii 1664. quamplurimis¹²⁵ elapsis annis post mortem Emmanuelis, & confectionem scripturarum aliam fecit Maria, quæ refertur fol. 253. ubi ait, quod non acceptavit conditiones, & onera in l. prædictis scripturis apposita, & quod Villas da Costa R. donavit, & per alteram scripturam fol. 256. eodem modo donavit prædium de Carvalho, in quibus D. Maria nomen non exaravit, imo dixit signare ignorasse, quapropter alius ad illius postulationem signavit, ut constat ex fine cujuslibet scripturæ.

Intrat quæstio facti, & quæstio juris, scilicet¹²⁶ an dicta Maria prædictas signavit scripturas, & an onera, & conditiones rejicere valuisset.

Obfirmo me vidisse, & accurate inspexisse¹²⁷ non solum Tabellionum examen fol. 261. sed ipsosmet libros notariorum, in quibus originales extant scripturæ, ubi Tabellio testatur Mariam propria manu signasse, & originalibus visis evidenter patefcit, non esse eandem manum, quæ D. Mariæ de Cerqueira exaravit in scriptura transactionis facta 19. Maii 1625. & quæ in cæteris scripturis tale figuravit nomen.

Ego credo nomen appositum in dicta transactionis scriptura manu ipsius Mariæ fuisse de pinctum, moveor, quoniam testes Emmanuel Soares de Gouvea fol. 105. in hoc processu se refert ad depositionem, quam in alio fecerat, & ibi fol. 114. affirmat aliam fecisse scripturam, in qua ipsa D. Maria cunctatè, & lente nomen exaravit, & ita ut in arte scribendi parum exercita nomen in aliquibus scripturis fecisse videtur, non vero in aliis, ubi optimis characteribus illius invenitur nomen, qui quidem visis originalibus literæ mariti valde assimilantur.

In hac scribendi difficultate nititur meo¹²⁹ videri illa protestatio in quamplurimis scripturis apposita, nempe, quod signare sciebat, sed quod tunc erat impedita, quapropter alium rogabat, ut pro ipsa signaret, de quibus fol. 175. cum seqq.

Neque

130 Neque contrarium liquido resultat ex probatione R. licet enim testes fol. 122. qui omnes D. Mariæ interfecendo in illius domo per aliquot annos cōmorarunt, dicant illam nunquam legere aut scribere vidisse, & quod ad referendum marito absenti, & ad legendum illius epistolae extraneam vocabat personam, hoc non probat, quod ipsa cunctanter nomen tuum scribere igrorasset, nam ob evitandam molestiam legendi, & scribendi, quæ ex hoc parum peritis resultat, manu aliena uteretur, etiam si totaliter non igrorasset.

131 Ex quibus cum scriptura, ubi onus, & conditio restituendi monasterio prædium, de quo agitur, sit illa, quæ facta fuit 12. Augusti 1632. ubi nomen Domine Mariæ de Cerqueira speciosis characteribus extat exaratum, manu ipsius depictum non fuisse credo, immo suspicor maritum illud scripsisse, cuius literæ in originali assimilatur.

132 Ex ista literarum comparatione à me sedulo examinata, bonam causam R. resultare videbatur, quoniam si Domina Maria in dicta scriptura non signavit, non mansit obstricta ad restitutionem faciendam Monialibus prædiorum, de quibus agitur.

133 Sed quidquid sit de hoc, quæstio ista, an Domina Maria signavit, vel non signavit scripturam, nunc ventilari non potest, neque decidi, quoniam jam fuit agitata in alia lite, ut constat ex illius exemplo fol. 181. cum seqq. & decisa per sententiam huius Senatus fol. 201. quæ quoad hoc non fuit reformata in superiori Senatu per sententiam fol. 205. & cum in rem transivit iudicatam, non est amplius disputandum de illius iustitia, aut iniustitia, *Cyriac. contr. 81. num. 32. Valenz. conf. 123. num. 6.* immo solum quæri oportet iudicatum sit, vel non cum sententia faciat de albo nigrum, & æquet quadrata rotundis, ut ait *Surd. conf. 339. num. 18. Acurt in L. si non sortem §. hærediff. de condict. indeb. Donel. lib. 14. com. cap. 14. Valentia 2. illustr. tract. 2. cap. 8. in princ.*

134 Neque replicari valet sententiam illam nocere non posse appellanti in hoc processu, ex eo quia sæpe constitutum est res inter alios iudicatas aliis neque prodesse, neque nocere posse juxta *L. sæpe 63. ff. de re jud. L. Lucius 21. de his qui not. infam.* cum mille aliis allegatis per *Valenz. supr. cap. 10. n. 2.*

135 Quoniam respondetur sententiam latam inter legitimos contradictores, & ad quos principaliter negotium expectat, cæteris omnibus etiam ignorantibus nocere, quorum jus ex illius, qui litigavit, jure dependet, & veluti accessio est, ut quamplurimis juribus,

& exemplis firmat, & exornat *Valenz. dict. cap. 10. n. 4. & seqq. Salgad. de protect. 4. p. cap. 8. num. 311. Molin. de primog. lib. 4. cap. 8. n. 3. Gom. L. 40 Tauri n. 73. Sanfel. decis. 90. n. 1.*

Unde cum dicta sententia, qua iudicatum 136 fuit Dominam Mariam dictam scripturam signasse, oneraque acceptasse, lata fuisset inter ipsam, & monasterium A. tunc fideiussionem de restituendis prædiis, de quibus agitur, petentem, & cum ex ipsa signatura, & onerum acceptatione jus appellantis totaliter dependeat, ipsi nocere debet supra relata sententia, maxime quando monasterium partem suæ actionis fundat etiam in illa, ut patet ex undecimo articulo libelli, quapropter istam facit quæstionem: ita resolverem, & forte aliud iudicarem inspectis originalibus scripturis, si prædicta sententia jam in rem iudicatam transacta non esset.

Etiam ex alio capite R. subvertitur jus, 137 nempe, quia dictus Emmanuel in testamento fol. 59. fideicommissarie rogavit sorori, ut prædium de Carvalho, & Villam da Costa restituat Monialibus, casu quo absque sobole decessisset, & cum ipsa Emmanuelis extitit hæres, ut manifeste colligitur ex testibus, tamquam hæres tenebatur voluntatem defuncti fratris adimplere, neque obstat oneris, & conditionis renuntiatio, quam sero fecit, nec tempore delatæ hæreditatis facere valebat, non enim poterat commoda hæreditatis acceptare, & onera respuere, *Valenz. 3. illustr. tract. 1. c. 3. n. 22.*

Non est ergo dubium, quod Moniales ha- 138 bent adversus R. actionem, sed non habent actionem in rem utilem, de qua loquitur *Consultus in L. 1. §. qui in perpetuum ff. si ager vectig. Phæb. 1. p. decis. 30. num. 3. Pereir. decis. 128. num. 4. & 129. num. 3. & 4.* ut putavit AA. patronus. Ut enim reivindicatio utilis AA. competeret, necessarium erat, quod ista emphyteutica prædia, de quibus agitur, illis tradita fuissent, quorum possessionem casu amisissent. Unde cum putant fundos emphyteuticos non traditos, sed promissos habent Moniales conditionem triticariam, *text. in L. 1. in princ. ff. de condit. indeb.* ut late, & optime de more explicavit semper memorandus Præceptor, & Collega meus insignis velpararius *Antonius Pereira da Cunha in aureis manuscriptis, ad dict. L. 1. §. qui in perpetuum ff. si ager vect. vers. ad tertium argumentum contra principalem conclusionem.*

Non illiditur huiusmodi conditio ex na- 139 tura prædiorum, de quibus agitur, quoniam etiam si prædium de Carvalho sit emphyteusis Ecclesiastica, & ut talis non possit ad extraneos

traneos devenire, *Cald. de nominat. q. 23 per tot. Valasc. de jur. emphyt. q. 44 num. 9. Reynof. observ. 14. num. fin. Cyriac. contr. 113. num. 3.*

140 Tamen ista doctrina limitatur, quando nominandi libera potestas concessa fuit, *Cald. supr. q. 19. num. 29 Clar. §. emphyteusis q. 28. num. 10. Phab. 1. p. decis. 90. num. 5. Cald. de potest. elig. cap. 16. num. 49.* Et ista libera potestas nominandi concessa invenitur in concessione emphyteusis prædii de Carvalho fol. 268 veri. in fin. atque ita in illa Monialis succedere valent, dum tamen intra annum illam vendant juxta *Ord. lib. 2. tit. 18.*

141 Eodem modo, & potiori jure in Villa da Costa, quia non apparet documentum, quo probetur prædium hoc Ecclesiasticam esse emphyteum, & quod libera potestas nominandi non fuit in illa concessa.

142 Cætera, quæ ex parte R. in hoc fastidioso processu allegantur, non multum ponderis habent, ideo amplius non immoramur.

Ex quibus quoad restitutionem prædii do Carvalho, & Villæ da Costa Judicis sententiam confirmarem; sed R. non condemnarem in restitutione fructum ex tempore occupationis, immo tamen ex lite contestata, quoniam Rea titulo possedit, & titulus etiam invalidus liberat à fructuum restitutione, utque ad litem contestatam, quia dato tali titulo præsumitur bonæ fidei possessor, & succedit regula *L. bonæ fidei ff. de acquirend. rer. domin. Giurb. decis. 89. n. 16. & num. fin. Portu 12. Maii 1671. Doctor Portugal.*

143 Identicam similitudinem, tam circa materiam, & actionem, quam circa ejus decisionem habent inter se iste, & alius processus, inter easdem partes ventilantur, & ita in præfenti, eadem est mea sententia, & resolutio, cum per ea, quæ ex dictis apparent, ab eodem tramite recedi, & devitari non licet: & minus commorari super signis in scripturis inclusis positis, nam quæstio ista jam fuit ventilata, & in rem judicatam transivit: & res judicata, ut est vulgare, pro veritate habetur, & sententia juste lata præsumitur, *per text. in L. si non sortem §. hæredi ff. condit. indebit. L. Heronius 65. §. Caias ff. de evict. Cald. Pereir. de empt. cap. 34. num. 40. Gam. decis. 110. num. 5. cum alii;* & sic hæc dubitatio sine dubitatione procedit, eo maxime cum confitet, quod Dona Maria de Cerqueira Emmanuelis Pereira, cum tali onere hæres extitisset iuxta materiam *Legis hæredem ff. reg. jur.* & ibi DD. & conditio, si sine liberis, adimpleta fuisset juxta materiam *L. dum Avus, & simil. ff. de cond. & demonstr. & ibi DD.*

neque Monialibus officit, quod dicta prædia possent esse Ecclesiastica, quia non apparet ex actis, & sic liberæ nominationis judicare debent: quapropter Judicis sententia confirmetur quoad restitutionem Prædiorum contentione cum declaratione fructuum à lite contestata ex fundamentis doctissimi Domini deliberantis. Porto 24. de Mayo de 1671. Guevara.

Aqua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatū. Ubi fuit confirmata. Judices: Vellez. Doctor Tavares. Et fundata fuit in deliberatione sequenti.

Similem in omnibus huic alterum processum, inter AA. & quendam Emmanuelem Ferreira, nona præfentis mensis die transtulit à me deliberatum, in sequentem Dominum sapientissimum, qui meo adherens suffragio, sententiam scripsit, confirmato inferioris Senatus placito. Causa, & materia est eadem. Tota controversia tendit ad scopum falsitatis allegatæ, videlicet, Mariam Cerqueira scribere nescire, & sic subscriptionem, ejus nomine, in scripturis insertis, esse suppositam, & contentitiam: hoc tamen est contra fidem Tabellionis declarantis ipsam Mariam propria manu signasse. Quod magis verosimile est, nobiles quippe faminae pudoris causa, nomen suum ad minus firmare ediscunt. Unde hæc Maria jam senio annorum confecta, & caduca, temere donationem fecit R. fol. 256. quæ nullius est momenti, ut optime decernitur in doctissima deliberatione à fol. 288. cui annuit secunda non minus elegans. Confirmetur igitur Portuensis Aulæ sententia. Ulyssipone 21. Junii 1672. Doctor Tavares.

Intrepide sententiam amplector. Vellez.

Idem etiam judicatum fuit in simili processu da Abbadessa de Santa Clara da Villa de Amarante, com Manoel Ferreira da Cunha, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, de qua fit mentio in deliberationibus transcriptis in alia sententia retro proxima.

At vero si maioratus fuerit institutus per contractum, aut donationem, non potest revocari eo prætextu, quod non fuerit donatio, aut institutio insinuata, quia in tali institutione non requiritur insinuatio, *uterque Molin. unus de primog. lib. 2. cap. 8. num. 14. alter de just. disp. 279. vers. utrum vero Hermosill. ad Greg. Lop. gloss. 26. L. 19. tit. 4. part. 5. n. 30 Barb. ad Ord. lib. 4. tit. 62. num. 14.* Et ita consului in institutione facta ab Antonia Joaõ Giralda Civitatis de Vizeu in personam Canonici Paulo de Leão, & tradit etiam *Portug. de don. reg. tom. 1. lib. 1. cap. 3. n. 38. & vide Giurb. observ. 37. & 38.*

Sed

148 Sed poteſt revocari maioratus, etiam factus, & erectus per contractum, & donationem, ex filiorum nativitate intra legitimas, quia in hoc caſu tantummodo ſuſtinetur in tertia, ut iudicatum fuit in caufa Commendatariæ da Encarnação cum Comite Divi Jacobi, apud Notarium Ordinum Militarium, ut ſupra diximus, de qua re vide *Hermosill. in L. 8. gloſſ. 2. & ſeqq. tit. 4. part. 5. & in ſpecie Gloſſ. 3. num. 25. & gloſſ. 4. num. 9. Mier. p. 1. de maior. q. 21. num. 82. & ſeqq. Portug. de don. reg. 1. p. præluđ. 2. num. 23. & ſeqq. de qua re nos etiam in legitimatione diximus in comment. ad Ord. tom. 2. ad tit. 3. gloſſ. 4. cap. 23. pag. 73. late Faria in add. ad Covas lib. 2. var. cap. 9.*

149 Atque ita regulariter manet erecção maioratus facta per viam dotis, & acceptata, irrevocabilis, licet habeat clauſulas importantes libertatem revocandi, ut late fuit diſputatum, & iudicatum in caufa ſeq.

150 No feito de revista de André de Almeida Felix, & ſeus irmaõs contra Luiza de Fonſeca, & ſeu filho Gaspar Cardoſo do Amaral Reos, Eſcricao Manoel de Goes Pinheiro, ſe deo a tenença ſeguinte.

Acordaõ em Relação &c. Viſto o Aitará do dito Senhor, pelo qual foy ſervido mandar rever eſte feito. Aggravado he o ſupplícante pelos Deſembargadores dos agravos, Juizes delle, em revogarem a ſentença do Juiz do Civil, abſolvendo ao ſupplícado da reſtituição dos bens da Capella, de que ſe trata, perdidos pelo ſupplícante, revogando ſua ſentença, viſtos os autos, e como por elles ſe moſtra, que querendo Anna Correa da Coſta caſar a ſua enteada, e parenta. Dona Luiza de Almeida, com o Doutor Francisco Cardoſo do Amaral, he fez de todos os bens conthebudos na eſcritura fol. 40. dote, entre os quaes foy da administração de huma Capella, que poſſuía, que declarou a inſtituir ſeu irmaõ Antonio Correa da Coſta, com facultade de a poder nomear, e neſſa fórma a nomeava, e dotava na dita Dona Luiza de Almeida com declaração que não tendo filho, ou filha, ou deſcendente, a poderia nomear em qualquer de ſeus irmaõs della dotada, a ſaber Manoel Felix de Almeida, ou Francisco Rodrigues Lopes, e não ſendo vivos, em ſeus filhos, ou filhas, ou deſcendentes delles de legitimo matrimonio, e não os havendo a poderia nomear em quem quizeſſe, quer ella dotadora ao tal tempo foſſe viva, ou morta, e conforme a Direito, ficar firme, e irrevogavel o dito contrato, por ſe haver adquirido por elle direito á dita dotada, e a ſeus irmaõs chamados para a ſucceſſão da dita Capella na falta dos filhos,

e deſcendentes da dita dotada, maiormente havendolhe os ditos ſeus irmaõs largado nas caſas, que he foraõ dotadas a parte que nellas tinhaõ, e aſſim não ſe poder revogar o dito contrato oneroſo em ſeu prejuizo della dotada, e dõs ditos ſeus, pela eſcritura da doação feita ao dito Doutor Francisco Cardoſo do Amaral, cinco annos depois da eſcritura do dito dote, principalmente não outorgando nella a dita dotada, nem ſeus irmaõs que baviaõ aſſinado na dita eſcritura de dote, e a haver de ſe regular a fórma da ſucceſſão da dita Capella pelo dito contrato, por não conſtar por nenhum outro da inſtituição della, nem da que ſe diſſe pela dita dotadora fizera o dito ſeu irmaõ Antonio Correa da Coſta, dos bens da dita Capella, e ſer a facultade da nomeação della no dito contrato ſómente concedida á dita dotada, e não á dita dotadora Anna Correa da Coſta, e aſſim haver de ſer de nenhum eſfeito a nomeação da dita Capella feita pela dita dotadora ao dito Doutor Francisco Cardoſo do Amaral, por haver abdicado de ſi pelo dito contrato irrevogavel do dito dote, todo o direito, que podia ter nos bens da dita Capella, e nomeação della, e ſer ſómente concedida á dita dotada a facultade de nomear por ſua morte livremente a dita Capella, não ſendo vivos ao tal tempo os ditos ſeus irmaõs, nem ſeus filhos, ou deſcendentes, porque ſó neſte caſo podia fazer nomeação livre della em quem quizeſſe, e a palavra (poderá) impoſta na dita nomeação, conforme a Direito, e reſolução dos Doutores, haver de ſe entender no caſo preſente de neceſſidade, para haver de fazer nos ditos chamados com facultade ſómente de eleger hum delles ſem preferencia de grao, ou ſexo, e ſó no caſo, que por ſeu falecimento os não bouveſſe, poderia nomear livremente em quem quizeſſe, e como ſe moſtra falecer a dita dotada ſem della ficarem filhos, nem fazer nomeação da dita Capella em nenhum dos chamados, ficou ſucedendo nella o dito ſeu irmaõ Manoel Felix de Almeida, pay do ſupplícante, por ſe achar ao tal tempo vivo, e por ſua morte o dito ſupplícante ſeu filho mais velho. Por tanto julgaõ pertencer he a dita Capella, e condenaõ ao ſupplícado abra maõ dos bens della, que ſão declarados na dita eſcritura de dote fol. 43. e na ſentença do Juiz, e os reſtitua ao ſupplícante, e o condenaõ outroſim nas cuſtas dos autos. E mandaõ, que ao ſupplícante ſe torne a caução depositada na fórma da Ley. Lisboa 1. de Agoſto de 1679 Quifel Pinheiro. Andrade Rua. Sylva e Souſa. Lopes Oliveira. Cerqueira. Doutor Freire.

Hæc ſententia fundata fuit in deliberationibus

nibus sequentibus factis ad informationem revisionis.

151 Agitur de Capella tantum, de qua in sententia, ad hoc namque solummodo admissa fuit petitio revisionis, ut fol. 1. ad marginem.

Et videbatur secundum libelli narrationem supplicantes justitiam fovere; ex eo quia in libello fatetur, Capellam ab Antonio Correa fuisse institutam, vocatamque ejus sororem ad illius administrationem cum libera facultate eligendi administratorem, & ipsa Anna dotando eam Capellam per scripturam à fol. 40. idem factus fuit, dictam dotatricem non potuisse restringere facultatem, substitutiones, & fideicommissi, ut est communis Doctorum sententia in *L. unum ex familia ff. de legat. 2. ut per Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. num. 10. Valenz. cons. 155. n. 14. Fusar. de substit. q. 5. 11. per totam*: quoniam is, cui electio concessa est, non potest electe gravamen substitutionis, seu fideicommissi, vel quodlibet aliud imponere *ex vulgari regula L. ab eo cum similibus Cod. de fideicommiss.* qua constitutum est neminem gravare illum posse, quem non honorat, & ita expresse cautum reliquit *Rapinianus in dict. L. unum ex familia §. si de falsidia, ibi: Non enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est, quid enim est, quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit?* Et cum facultas electionis fluat ab eadem necessitate primordialia institutoris, ideo principaliter, & per prius attendi debet nec actus secundarius elegantis unum, vel alterum est in consideratione, nec attendendus, ex *L. is qui ff. de liberal. caus. & L. 1. ff. de auctor. tutor. cum aliis adductis ab Aug. Barbof. axiome 54. n. 4. Carpio de execut. testam. lib. 2. c. 19. n. 20. & 21.*

152 Secundo, quia in dicto contractu dotali libera facultas per verbum, poterit, affirmative prolata, concessa fuit dotatae eligendi quem vellet, & verbum poterit affirmative prolata in contractibus non inducit necessitatem, sed liberam denotat facultatem, ut tenent *DD. per text. in L. saepe ff. de offic. Praesid. L. 1. Cod. quomod. & quando jud. L. non quidquid ff. de judic. Bart. in L. Gallus in princip. ff. de liber. & posthum. Gratian. forens. c. 630 per totum.*

153 Tertio, quia ipsa dotatrix aliud instrumentum à fol. 49. abstulit dictas substitutiones, de quibus fol. 44. & liberè à vinculo, & cum onere tantum eam alimentandi, ut alimentavit ipsi patri supplicati, cui in prima scriptura quando uxorem dotaverat, & ita revocavit primam nominationem, quod efficere vide-

batur posse ex natura maioratus Hispaniae, qui revocabiles sunt, ut per *Molin. de primog. lib. 6. cap. 2. à princ. & omnes DD. Hispani, qui ita testantur, allegari possunt.*

Verum his, & aliis, quae pro parte contraria, minime refragantibus, injustam esse sententiam teneo indubitanter quoad Capellam ex sequentibus.

Aut enim instituta fuit Capella cum vinculo maioratus ab Antonio Correa fratre dotatricis, aut absque vinculo reliquit bona illa sorori cum onere mislarum tantum: utroque dato, nullum jus habent supplicati ad hæc bona, & injuste ea detinent, nec maritus, & pater eorum jus habuit ea retinendi post mortem dotatricis, ut infra dicam.

Si Capella fuit instituta cum vinculo maioratus ab ipso Antonio Correa, vocata in administrationem Anna ejus sorore cum facultate eligendi administratorem, ipsa in contractu dotali à fol. 40. potuit eligere privignam, quia erat consanguinea, & in proximiori gradu, & licet hoc casu non posset ei imponere gravamen, de quo fol. 44. non ideo succedere poterant supplicati in hac Capella, nec eam retinere poterat juris fomento eorum maritus, & pater post dictæ Annæ obitum; non sunt quippe de sanguine instituentis, & extraneus, qui non est de familia, eligi non potest ad maioratum, seu Capellam electionis, ut aperte præsentit *Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. & 5. & tamquam indubitatum supponit lib. 1. cap. 4. n. 13. Cabed. 1. p. decis. 33. n. 1. & 2. ubi eo ipso, quod maioratum quis instituit, bona in propria forma velle perpetuo conservare censendus est, etiam si eligendi facultas data sit successori maioratus in amplissima forma, & per verba quantumcunque generalia, & liberam, ac absolutam voluntatem significantia, qui intelligitur concessa, ut eligere debeat, ex his, qui de familia sint, nec extraneum eligere possit, tenent *Menoch. cons. 497. Castill. lib. 5. c. 87. num. 33. Noguero. allegat. 9. num. 73. & 74. non obstante fundamento sententiæ, non poterant hæc bona juris auctoritate ad supplicatos pervenire, quia in contractu dotali fuerunt vinculata, & ipsa Anna dotatrice substitutionibus factis in defectu filiorum, & descendendum dotatae, & solum dotatae fuit concessa facultas eligendi unum ex fratribus qui etiam dotantes erant, vel unum ex descendendum eorum, ut aperte ostenditur fol. 44. ibi: *E com mais declaraçãõ.***

Nec officit verbum (*poderá*) ibi prolata, quia refertur ad fratres, & eorum descendentes, ut ibi ostenditur fol. 44. & cum non nominasset, nec elegisset ipsa dotata tempore mor-

mortis unum ex fratribus, pertinuit hæc Capella per ipsius obitum Eminentissimi patri supplicantium, tamquam proximiori, & seniori; & etiam nominando maritum, cum esset extraneus à familia, & non potuisset eligi, devoluta fuit successio ad patrem supplicantium, *Alvarad. de conjectur. ment. lib. 2. cap. 2. n. 18. Nogueroi allegat. 9. n. 74. in fin.*

158 Nec item dici poterit, quod verbum *poderá*, id est poterit, quia fuit prolatum affirmative in contractu dotali non importat necessitatem; quoniam respondetur verbum illud, poterit, in præfenti continere necessitatem causativam, & conditionalem, licet non importet necessitatem præcisam, quæ necessitas causativa, & conditionalis sufficiens, & potens est ad annullandum actum factum in contrarium, ut tenet communis sententia cum gloss. in *L. Gallus in princip. ff. de lib. & posth.* refert cum aliis *Castill. lib. 5. contr. cap. 114. num. 26.*

159 Deinde verbum poterit etiam in contractibus necessitatem inducit, quando subiecta materia aliud non patitur, vel quando alias absonus refutaret intellectus, ut notavit *Everardus in loco à subiecta materia num. 17.* Plane per verba illa: *Poderá nomear em qualquer de seus irmaõs, e naõ sendo vivos, em seus filhos, ou filhas, ou descendentes delles de legitimo matrimonio*: inducitur maioratus in familia, & subiecta materia non patitur, ut extra familiam exeat hæc Capella, ideo verbum illud, *poderá*, secundum subiectam materiam inducit necessitatem causativam, & conditionalem.

160 Quod probatur etiam, quia verba contractus sunt forma ejus, & super omnia attendi debent, & aliquid operari, *Solorzan. de jur. Indiar. 2. p. lib. 2. cap. 21. num. 33. Portug. de donat. p. 2. cap. 29. num. 21. & 22. Surd. decis. 64. num. 19. & decis. 272. n. 36.* Si ergo verbum *poderá* nullam induceret necessitatem eligendi unum ex familia, nihil operarentur verba illa, & omnia superflua essent, quod non est dicendum ex supradictis.

161 Deinde verba illa, *e com mais declaraçaõ*, important conditionem, præsertim juncto verbo, *poderá*, quod est futuri temporis, *Cyriac. contr. 546. num. 60. & 61. & contr. 584. n. 53. 54. & 63.*

162 Denique donatio facta per instrumentum à fol. 49. non obstat Capellæ institutioni, quia jam eo tempore excepto usufructu, quem reservaverat in prima scriptura, non erant donatricis bona hujus Capellæ, quæ instituta fuit in illo contractu dotali, & irrevocabili à fol. 40. præsentibus patre supplicantium, & ejus fratre Francisco, & stipulantibus, sub-

scribendo in dicto contractu, & fuit maioratus irrevocabilis; & maxime attento tempore, quo facta fuit donatio à fol. 49. quoniam in primo contractu, & institutione translata fuit possessio, & dominium in dotatos per clausulam constituti, & per reservationem usufructus, & hoc casu etiam secundum illas leges Tauri maioratus effectus fuit irrevocabilis, ut censent omnes commentatores illarum legum, & cum eis *Molin. de primog. lib. 3. cap. 2. à n. 4. usque ad n. 9.* quia in dictis legibus limitatur ipsarum dispositio data traditione rerum maioratus, tunc enim traditione fit irrevocabilis maioratus, & ex constituto acquiritur vere possessio, & si actus acquirendi sit fictus, *L. certe ff. de precario, L. quod meo in princip. & ibi communiter DD. ff. de acquirend. poss.* immo ex ipso constituto nedum possessio, sed etiam dominium utile, & directum acquiritur, *Tiraq. plura in idem adducens de jur. constituti ampl. 8. à num. 1. cum seqq. 2. p. Molin. supr.* Ex quibus, & juridice adductis à docto supplicantium Patrono sententiam revisione indigere existimo. *Ulyssipone 2. Novembris 1677. Vanveslem.*

Inciviles repetitæ, & contrariæ dispositiones confusam reddiderunt hujus processus controversiam, & ni fallor, decisionem, ideo etiam supplicati aliquando bona, de quibus est contentio maioratus, vel quod idem est, Cappellæ, supposita esse fatebantur, & ultimo tandem solum oneri missarum subiecta esse efficaciter intendebant; omnia equidem primo in conspectu suadebant contrariæ dispositiones, & primo tandem in appenso fol. 9. sine lege meo videri obtinuit. Et supposito, quod maioratus iste non fuit ab Antonio institutus, cum per simplicem Annæ possidentis assertionem in scriptura fol. 44. probari non possit maioratus vinculum, & institutionis tenor, *Burg. de Paz conf. 9. à n. 1. Molin. lib. 2. cap. 8. num. 4. Castill. lib. 5. contr. cap. 149. n. 4.* & non appareat institutio, nec etiam partem deperditam esse probent juxta *Ord. formam lib. 3. tit. 60. §. 6.* inciviliter crederet, qui existimasset ante institutionem ab Anna in scriptura à fol. 44. factam hujusmodi bona maioratus vinculo supposita esse, quod idem apparet ex scriptura in appenso fol. 9.

His sic suppositis sine dubio existimo hujusmodi bona maioratus subiecta fuerunt in scriptura dotali fol. 51. ubi Anna expresse disposuit factis nominationibus in primo loco vocatis Lucie filiis, & fratribus Annæ, postea illorum filiis, & tandem his omnibus deficientibus liberam Lucie reliquit facultatem nominandi, mortua Lucia sine filiis, & etiam

& etiam mortuis Annæ fratribus relictis ab uno filiis ad illorum teniorem maioratum pertinere indubie resolvit institutionis vocatio, & *Ord. dispositio lib. 4. tit. 100. §. 3. Altograd. tom. 1. conf. 58. n. 81.* cum illa libera facultas nominandi minime concessa fuisset, nisi casu quo defuissent fratres, & illorum filii; ita efficaciter concludit illa clausula institutionis fol. 44 ibi: *Enão os bavendo*, quæ cum sit in ablativo absoluto posita præstat illam facultatem limitatam, scilicet, si prius vocati non existant, optime *Mantic. dict. clausul. 4. p. clausul. 9.* faciuntque *Barb. in 1. p. rub. n. 26. cum seqq. ff. solut. matr.* & ita intelligenda est prædicta dispositio, vel institutio, quasi diceret, si fratres, & illorum filii non existant, tunc Lucia poterit nominare quem voluerit: quæ dispositio sic concepta restringit facultatem nominandi ad casum, quo deficiant vocati consanguinei, cum hæc sit natura illius dictionis, tunc, subintellecta indispositione, *Ramon. conf. 28. n. 8.* facultas libera nominandi exerceri non poterat, existentibus prius vocatis, scilicet supplicanti- bus, ac per consequens ad supplicatum pertinere non poterat talis Capella contra tenorem institutionis, quæ ad unguem observari debet, *Ord. ubi supra lib. 3. tit. 1. ibi: Propter tenorem investituræ de duobus fratribus cap. si cui. ibi: Tenorem investituræ sequendum titulo de extraord. cap. Conrad. Molin. de primog. lib. 1. cap. 2. n. 24. Valenz conf. 33 à num. 1. tom. 1. Castill. lib. 6. contr. cap. 155. à numer. 17.*

165 Præcipue quoniam inspecto institutionis tenore fol. 44. in princip. Anna prius voluit filios, & descendentes Luciae, ibi: *Tendo filhos, ou filhas, ou descendentes os poderá nomear.* Postea proprios fratres, & illorum filios, ibi: *Naõ tendo filhos, ou descendentes, poderá nomear em qualquer de seus irmaõs:* & ibi: *Enão sendo vivos, em seus filhos, ou filhas, ou descendentes &c.* Ex quibus verbis deducitur Capella, de qua agitur, ad extraneos transire non poterat, & solum dubitari poterat, an scilicet Lucia nominare possit remotiorem consanguineum relicto proximiori, *Menoch. de arbitr. vel inquam Surd. conf. 10. à n. 50. Castill. lib. 5. cap. 67. à num. 4 & 5. Fusar. de substit. q. 380 à n. 8. Cald. de nominat. q. 5. n. 49. vers. cæterum.*

166 Neque aliquid obstat illa consideratio sapientissimorum patrum, scilicet, quod huiusmodi bona ab Antonio non fuerunt vincu- lata, sed tantum oneri missarum supposita, qua- propter Anna de illis libere disponere poterat, & etiam poterant ad extraneos transire. Hoc certe est optimum fundamentum con-

tra supplicatum, nam si Anna de huiusmodi bonis libere disponere poterat, ita disposuit, & maioratum instituit, non suadet nomina- tio horum bonorum sub nomine Capellæ, quod sufficit, ut maioratus, vel Capella dica- tur instituta in Capella in specie, *Cald. in L. si curatorem verbo probiberis num. 96.* in ma- ioratu *Molin. de primog. lib. 1. cap. 3. num. 1. Surd. conf. 41. num. 27. ad medium, & n. 33. Valenz conf. 69. num. 7.* & ita censentur po- sitæ omnes clausulæ, & vocationes necessa- riæ, ut maioratus dicatur institutus, ut resol- vunt supra citati DD. præcipue factis expresse vocationibus, prout in præsentibus cum plu- ribus *doctissimus Pegas contr. cap. 4. n. 191.* quapropter Capellam in scriptura fol. 44. fuisse institutam existimo.

Nec replicari potest ex clausulis antece-¹⁶⁷ dentibus supponens, quod intentio Antonii illa fuit, quod huiusmodi bona, nunquam maioratus vinculo supponerentur, & etiam, quod Antonius hoc poterat in futurum effi- cere, & tandem quod hanc eandem volunta- tem servavit Anna in dicta scriptura, tamen cum talia bona ad illam libere pervenissent, libere etiam poterat designare futuros illo- rum bonorum successores, cum sic attenda il- lorum natura potuisset illa, quibus voluisset, relinquere, juxta *regul. L. ab eo Cod. de fidei- commiss. faciuntque Molin. lib. 1. cap. 8. n. 35. Robles de repræsent. lib. 1. cap. 5. num. 18.* Igitur vel huiusmodi bona servata antiqua natura considerentur libera, vel servata An- næ dispositione considerentur maioratus, semper ex dispositione Annæ ad supplican- tem pertinebant, cum secunda Annæ nomi- natio fol. 51. facta sine potestate propter ir- revocabilitatem primi contractus nullius sit momenti, *L. cum pater §. hæreditatem ff. de le- gat. 2. Molin. ubi supra cap. 8. num. 34. Cas- till. cap. 26. à num. 1. Surd. conf. 375.* Qua- propter ex his, quæ à sapientissimo Domino dicuntur, revisionem concedo. Ulyssipone 16. Januarii 1678. Carneiro.

De qua re etiam vide sententias seq.

No feito de Alvaro Pires de Tavora con-¹⁶⁸ tra Brites Alvarez, Escrivão Lourenço Cor- rea de Torres, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello da A contrariado pela R. mais artigos recebidos, prova dada. Mostrase da instituição fol. 18. instituirem Lourenço Pires de Tavora, e Dona Catharina de Tavora hum morgado dos bens, de que na dita instituição se trata, entre os quaes fol. 20. consta ser vinculado ao dito morgado do Casal do Robalo, e as terras a elle annexas, nos quaes entraõ estas da contenda, que estaõ no termo da Villa de Almada Mostrase ser o dito morgado

morgado instituido juntamente pelos ditos Lourenço Pires de Tavora, e Dona Catharina de Tavora por contrato irrevogavel entre vivos, e entre as condiçoens delle he huma, que está fol. 22. porque se dispoem, que não poderia os bens do dito morgado nem parte delles alguma ser emprazados in perpetuum, nem em vidas, a qual condição he licita, e permitida, e conforme a Direito, e natureza dos bens de morgado. Mostrase mais, ser condição do dito contrato, que nenhum dos instituintes poderia per si só vir contra a dita instituição, em parte, nem em todo, nem revogar, nem alterar parte delle, sem expresso consentimento do outro instituinte, como se vê fol. 26. Mostrase, que sem embargo da dita clausula a dita Dona Catharina depois da morte do dito Lourenço Pires de Tavora emprazou humas terras pertencentes ao dito morgado á mãy da R. como se vê do aforamento a fol. 43. O que a dita Dona Catharina não podia fazer, encontrando a clausula expressa do dito morgado a qual além de ser de contrato, se deve guardar por esta via, e tambem conforme a Direito seguindo a disposição do qual o morgado instituido entre vivos, e irrevogavel, como este he feito por dous instituidores, não pôde ser revogado, nem as clausulas delle em parte, nem em todo, sem consentimento expresso do outro instituinte: e supposto que conforme a Direito induzido pelo costume deste Reyno contra o rigor de Direito cõmum os bens de morgado se possa emprazar, com tudo esta doutrina, não tem, nem pôde ter lugar, havendo expressa prohibição dos instituidores, e nesta fórma se julgou por muitas sentenças do Reyno, porque entã concorrendo dous vinculos, que são a natureza dos bens de morgado, e a prohibição expressa, fica sem duvida, não se poderem emprazar os ditos bens de morgado, e não achei Doutor algum do Reyno, nem Estrangeiro dos de fóra delle, que o contrario diga nestes termos, quando ha prohibição expressa; antes todos dizem ser nullo, e de nenhum effeito o emprazamento. Nem faz pela R. dizer, que estas terras forã trocadas com outras, e com humas casas, que forã da mãy da dita R. porque além de não provar isto por escritura publica, e senão poder admitir outra prova pela Ley do Reyno, e a que se deo por testemunhas neste ponto ser de nenhum effeito, ainda em termos de Direito a dita permutação de humas terras por outras era nulla por o possuidor do morgado não poder permutar humas cousas por outras sem licença do Principe, precedendo informação necessaria: e no caso presente tem isto menos duvida, por quanto a dita permutação foy prohibida expressamente pelos instituidores fol.

22. a qual prohibição a dita Dona Catharina não podia quebrantar, nem fazer a dita permutação sem licença, e consentimento do dito Lourenço Pires de Tavora, como fica dito. E muito menos obsta a prescripção de 40. annos a que a R. recorre, porque para ella ter lugar, conforme a Direito, nos bens de morgado era necessario provar a R. que prescrevera pelo dito tempo, possuindo pelo espaço delle em vida do A. a quem não podem prejudicar os annos, que a R. possuiu, antes de elle ter aução para poder demandar a dita R. por o morgado ser possuido por outrem, e o A. não ter aução para mover esta demanda, senão depois de succeder no dito morgado, de entã começa a correr o tempo da prescripção contra o A. e se não prova, que depois do A. succeder no dito morgado, corresem os ditos quarenta annos, antes o contrario. e além disto ser conforme a Direito omnium, assim está recebido, e julgado por decisoens do Reyno. O que tudo visto, e o mais dos autos, e disposição de Direito no caso, e como por parte da R. se não prova cousa relevante a condenõ, que largue ao A. as ditas terras do morgado, com os fructos da lide contestada em diante. E pague a dita R. as custas dos autos. Lisboa 18. de Outubro de 1636. Doutor Luiz Gomes de Basto.

A qua sententia fuit appellatum ad Sup- 169 plicationis Senatam. Ubi fuit confirmata, & fundata in deliberatione sequenti.

Maioratum, de quo in præſenti processu, 170 institutum fuisse per actum inter vivos, seu contractum, nullum mihi dubium inspecto documento illius à fol. 19. cum seqq. ubi illas tres conjuges ad invicem reciprocam fidem præstitere pro adimplemento voluntatis ibi expressæ, & solemnè stipulatione reciproca promiserunt, non revocare singulariter, idque in favorem totius agnationis, & familiæ, & pro ejus conservacione, idque solum sub obligatione reciproca suorum bonorum, ut videre est fol. 26. ac subinde cum cuilibet actio quæſita contra alium, immo & toti familiæ, ea irrevocabilis censeretur debet, prout omnes aliæ ex contractu, & actu inter vivos productæ ex vulgata *L. perfecta donatio, & L. quoties Cod. de donat. quæ sub modo, Pereir. decis. 48. num. 8. magis in specie ad nostrum casum Castill. quotid. lib. 2. cap. 18. à num. 34. maxime n. 36. & 37. resolvens, quod si ex scriptura maioratus constituti ab utroque conjuge constet, quod unus, sine altero, maioratum illum non constituisset, neque alioquin fecisset, vel si unus alteri invicem promittit, quod nunquam discedet à tali contractu, his duobus casibus non poterit, cujus superstes revocare. Plane omnia hæc verificantur*

cantur in presenti materia. Unde ex hoc capite destituitur Rea iustitiam, uiquidem ex ipsa nullitate constat nulliter fuisse emphyteuticatum praedium ab uno ex institutoribus, tamen non servata promissione sub pena nullitatis, siquidem emphyteuticatio illa non solum sub generali prohibitione alienationis fuit interdicta, sed potius in individuo, patet ex ipso instrumento fol. 22. nec favet Rea allegata permutatio, de qua non constat ex ipso instrumento, immo nec testes formaliter deponunt, sed solum de auditu. Unde aliunde sibi consulat Rea, si permutatum praedium velit recuperare, nam ex hoc processu obtinere nequit.

171 Nec allegata praescriptio prodest Rea, nam praeterquam quod praescriptio longissima in maioratibus non admittatur ad praedictum sequentium successorum, prout late dictum apparet, & verum etiam sit, quod praescriptio inchoata contra institutorem perficiatur contra successorem ex dictis à Pereir. decis. 52 n. 18 id procedit, quando titulus habitus sit à tertio, ut ipse Pereir. dict. num. 18. quod non contingit in presenti. Tandem quod dicitur de condemnatione fructuum, & reddituum à lite contestata intempestive allegatur, cum respiciat tempus liquidationis faciendae, ubi constabit, qui fructus sint percepti, vel non sint restituendi: sic confirmo iudicatum. Ulyssipone 16. de Mayo de 1636. João Pinheiro. Conveniunt Mesquita. Vieira.

172 Nos autos do Licenciado Antonio Lopes Correa, e sua mulher com o Padre Antonio Rodrigues Cabeça, Escrivão o das Ordens, se deo alatença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A. fol. 10. contrariedade do R. fol. 39. provas dadas por huma. e outra parte, e mais documentos juntos. Mostrase pelos AA que Marta Machada sua mãy, e sogra em hum primeiro seu testamento de que faz menção na escritura fol. 13. vers. instituiu, e ordenara huma Capella com obrigação de hum annal de Missas, que se havia de dizer na Igreja de S. Bartholomeu de Oliveira. para o que havia consignado dous mil cruzados da sua tença, cujos lucros, e redditos lograva o Capellaõ, que na dita Capella nomeou, em remuneraçõ do referido encargo e que com effeito nomeara logo no titulo por primeiro Capellaõ da dita Capella ao R. para que depois da morte della testadora, e tambem da A sua filha entrasse a dizer o dito annal de Missas: consta outrossim, que a dita Marta Machada, mãy da A. por achar lhe era mais conveniente por hum contrato entre vivos, determinou se lhe dissesse logo em sua

vida o meyo annal de Missas daquelle, que no testamento tinha disposto, e que por sua morte, e da A sua filha, se diria o outro meyo annal de Missas, na fórma do testamento. Mostrase, que no mesmo contrato nomeou ao R. por Capellaõ da dita Capella, consignando logo mil cruzados, cuos redditos delles, em remuneraçõ do dito meyo annal. Mostrase outrossim, que a dita Maria Machada, mãy da A. revogara o referido contrato por dolojo, e pelo mais contbeudo no libello, e se deixa ver da escritura da revogaçõ fol. 18. e tambem do segundo testamento, em que revogou o disposto no primeiro, como se mostra fol. 26. vers. pelo que pedem em fim de seu libello, se julgue por nullo o dito contrato, e por valida a revogaçõ delle. Defendese o R. com a escritura de doaçõ entre vivos já referida, dizendo, que esta por ser perfeita se não podia revogar de nenhum modo, assim pela segunda escritura, como pelo segundo titulo, e pelo mais que allega em sua contrariedade. O que tudo visto, e o mais dos autos, e como pela escritura de doaçõ se mostra, que Marta Machada nella não instituiu de novo Capella alguma, mas somente fez nomeaçõ de Capellaõ por aquella Capella. que no testamento tinha instituido para depois de sua morte, e da A. sua filha, a qual instituiçõ não aparece, nem titulo, e ainda que pareça não valia, revogandese, como se revogou pelo segundo testamento, termos em q. conforme a ordem de Direito, não pôde subsister a presente nomeaçõ, pois a não pôde haver de cousa não existente, e por esta nomeaçõ feita ao R. se não podia impedir o revogarse a dita instituiçõ feita no primeiro testamento, por quanto a respeito desta por aquella se lhe não adquirio direito algum, mas supposta a dita Capella instituida na fórma do testamento, em que o R. já era nomeado por Capellaõ, de novo nomeou ao mesmo por via de contrato adquirindo selbe nesta fórma direito, para que a testadora não podesse no segundo testamento variar de Capellaõ, porém isto debaixo de huma condiçõ tacita, e inherente ex natura rei, a saber se ella testadora permanecesse na mesma vontade, e instituiçõ no primeiro testamento feita. Nem se pôde dizer, que por a testadora referir as forças da Capella, que tinha disposto no testamento no contrato de nomeaçõ referido, se ficou transfundindo esta disposiçõ da Capella de testamentaria em convencional, fazendose deste modo irrevogavel, por quanto conforme a Direito, estas novaçoens se não admitem sem animo expresso de as induzir. O que no caso presente falta, porque ainda que se intitule a dita escritura ser de doaçõ, nomeaçõ, e instituiçõ de Capella