

diluitur objectum; primo, quia Actor venit ex propria persona, & uti à testatore vocatus, cui mater præjudicare non potuit. *Peregr. de fideicommiss. art. 52. num. 89. Petr. de fideicommiss. q. 8. num. 74. & seqq. Mantio. de tacitis lib. 26. tit. 4. num. 20.* quidquid dicendum esset, si esset hæres matris, ex *L. cum à matre Cod. de reivend. L. si ab eo Cod. de lib. caus. L. ex qua persona ff. de regul. jur.*

¹⁰⁴ Nam dato etiam, quòd probaretur additio hereditatis, attamen cum Reus sit incapax ex prædictis, & nemo alius concurret cum Actore, per necesse ad illum spectaret successio, & solum obligari posset ad restituendum pecunias à matre receptas, ex late traditis per *Rota coram S. Greg. XV. decis. 4. 8. fere per totum, & ibi Add. num. 15. & seqq.*

¹⁰⁵ Secundo, quia refutatio facta per matrem Actoris fuit personalis, ibi: *De toda, & qualquer nomeaçam, que se ouvesse de fazer nella dita Antonia de Abreu, & rursus: possa nomear em quem lhe parecer o dito legado, & herança em pessoa da geração, conforme ao testamento fol. 43.* ex quibus verbis bene patet, quòd mater Actoris nihil aliud fecit, nec promisit, nisi sese subtrahere in vita sua à facultate nominandi, salvo in reliquis testamento. Unde cum ad ejus famam Actor sit vocatus, non videtur ipsi obstare matris renuntiatio, quæ non loquitur de hæredibus, nec pro illis aliquid promittit; fuit igitur bene provisum per Senatium in reservando tantum Reo jus, si quod habet, super mille argenteis; & cum hæc reservatio, sive præservativa nihil præjudicet partibus, sententiam in omnibus confirmandam esse censeo. *Ulyssipone 7. Maij 1681. Francisco Iusto Auditor.*

¹⁰⁶ Iterum fuit appellatum, & fuit confirmata: & fundata in deliberationibus sequentibus.

¹⁰⁷ Sententia non est revocanda propter ejus validitatem, & justitiam: validitas resultat ex actis, ubi omnia substantialia iudicij servata noscuntur; justitia vero, ex eo quòd Anna de Abreu prædecesserit Abbati Emmanuelli de Carvalho primo administratori instituto cum onere expresse nominandæ Annam de Abreu in administratione; non tamen inde licuit ipsi Abbati Emmanuelli de Carvalho primo administratori instituto nominare Iosephum de Macedo filium suum, ne dum ob defectum potestatis nominandi alteram personam ab expressa; *Cabed 1 p. decis. 140. num. 1. & 4. Phæb. decis. 96. num. 10. & 11.* verum etiam propter

spuriæ dicitur filij sui Iosephi de Macedo, qui non est dicendus de generatione institutoris, neque filius nominandus, neque successibilis est. *Bart. in L. pronuntiatio §. familie num. 1. ff. verbor significat. Bald. in L. est libera in princ. Cod. de suis, & legitim. & est text. in §. vulgo inst. de success. cognator. text. in authent. quibus modis naturales efficiantur sui §. ex complexu Cod. de incest. nupt. Molin. de primog. lib. 5. cap. 4. à n. 49. Cyriac. controu. 8. n. 28. cum seqq.*

Præterea cum bona sint administranda ab uno solo, & de uno in alium successive, de generatione Mariæ de Carvalho sororis institutoris, & matris dictæ Annæ cum facultate nominandi data omnibus successoribus, prout ita etiam est de jure. *Cabed. p. 1. decis. 143. sub num. 1. vers. unde, cum seqq. & per totum, Gam. decis. 206. cum seqq.*

Non potuit dicta Anna de Abreu nominationem suam renuntiare in præjudicium filij sui Ioannis de Magalhaens, quem ipsa nisi prædecessisset nominare debeat, quamvis enim jus administrationis cedi possit, tamen intelligitur, dummodo cessio, & renuntiatio fiat in favorem ejus cui ex dispositione institutoris debita est successio, veluti de renuntiatione maioratus tradit *Traquel. de primog. q. 26. num. 5. Castilh. controuers. tom. 3. cap. 12. num. 111. cum alijs Peg. resolut. forens. cap. 4. num. 39.* quod autem Ioannes de Magalhaens dictæ Annæ de Abreu filius sit vocatus ostenditur ex eo quòd voluit institutor, ut administratores essent de ejus generatione, sub quo colectivo nomine dicitur dictus Ioannes de Magalhaens ad successionem invitatus, ut si nominatim vocatus fuerit, sed satis est quòd dicto modo, vel signo demonstrativo invitetur, *L. nominatim, ibi: Licet nomen pronuntiatum non sit ff. legat. 3. Cov. pract. cap. 38. num. 6. vers. quæ quidem, & num. 11. Menoch. cons. 172. num. 34.* cum alijs quos refert *Peg. resolut. forens. cap. 4. num. 123.* Quinimo cum cessio nominationis non suffragetur, sitque habenda, ac si facta non fuisset, cum paria sint, aliquid factum non fuisse, ac invalidum esse, ut ex pluribus resolvit *Gratian. forens. discept. cap. 746. num. 2. & 12.* ubi quòd habens facultatem nominandi illam, non à se abdicat, si nominatio non fuerit effectum sortita; & *Merlin. decis. 393. num. 8. & 9.* ubi quòd nominandi facultas, quæ cedi nequit, remanet post cessionem etiam juratam penes cedentem etiam per juramentum.

Sequitur, quòd in hoc bonorum vinculo, & administratione, quæ pervenire debet ad unam

unam ſolam perſonam, & ſic de una in aliam ſucceſſive, de generatione ſupra Mariæ de Carvalho matris Annæ, ſibi locum vendicat beneficium repræſentationis ad inſtar hæreditatum, quæ abinteſtato deferuntur. *Cov. præſt. cap. 38. à num. 2. Tiraq. de primog. q. 40. num. 191. Valaſc. de jur. emphyt. q. 50. n. 32. Gabr. commun. tit. de fideicõmiſſ. colun. 3. à num. 1. Gratian. diſcept. forenſ. cap. 456. n. 1. cum alijs pluribus ſequentibus Pelæes de maior. p. 2. q. 6. n. 11.*

108
109
110
111
Et per conſequens dictus Ioannes de Magalhaens dictæ Annæ de Abreu filius excludit dictum Iosephum de Macedo, filium dicti Abbatis Emmanuelis de Carvalho, ſicut eundem excluderet dicta Anna de Abreu, ſi viveret, quia filius beneficio repræſentationis, non ſolum ſuorum parentum adingrediuntur gradum, ſed etiam illorum jure ſuccedunt, ut probat *text. in §. poſtumos inſt. de exhæredatione liberor. text. in auth. de hæred. abinteſt. venient. §. ſi igitur o. 2. verſ. huiusmodi §. ultim. inſt. de hæred. qui abinteſt. deferuntur. Ita auth. frat. filij in princ. Robles de repræſent. lib. 1. cap. 52. à n. 20. Quemadmodum igitur dicta Anna de Abreu ſi viveret, ſecluſa renuntiatione, excluderet dictum Iosephum de Macedo, filium dicti Abbatis Emmanuelis de Carvalho, ita & Ioannes de Magalhaens filius dictæ Annæ eundem excludere debet, *dict. auth. de hæredib. abinteſt. venientib. §. igitur verſ. unde conſequens, Tiraq. de primog. q. 40. n. 27. 30. & 55.**

112
Reliqua remanent ſublata ex optime deductis in præcedentibus ſuffragijs cum quibus tranſeo, & ita juris eſſe cenſeo pro confirmatione ſententiæ appellatæ. Vlyſſipone 19. Iulij 1681. Antonio do Valle Souto-Mayor.

Convenio Sequeira.

113
No feito de Maria Correa Furtada contra Manoel Ferreira, Eſcrivão Lourenço Correa de Torres, ſe deu a ſentença ſe-guinte.

Vistos eſtes autos, libello da A. Maria Correa Furtada fol. 3. que deu contra o menor Manoel Ferreira, ao qual pede lhe reſtitua os bens, que Balthesar Quaresma, Chantre que foi da Sè de Faro, deixou avinculados em Capella, de que foi o ultimo administrador o Sargento Mór Ioão Ferreira de Almeyda chamado em primeiro lugar pelo inſtituidor, artigos de oppoſiçam de Manoel Homem fol. 21. que tambem pertende a ſucceſſão como parente do inſtituidor, poſto que mais remoto, dizendo ſer a A. & ſeus pays excluidos pelo inſtituidor, contrariedade do R. a fol. 41. que como

filho de primeiro chamado, & ultimo poſſuidor pertende a ſucceſſão, ſuppoſto ſeja eſpúreo, por ſer legitimado, mais artigos recebidos, prova feita pelas partes, documentos, & mais papeis juntos: *Moſtrase por parte da A. que Balthesar Quaresma, Chantre que foi na Sè de Faro, no ſolemne teſtamento com que faleceo a fol. 28. inſtituiu hũa Capella, & morgado com certa penſão para o adminiſtrador, chamando para a ſucceſſão della em primeiro lugar a ſeu ſobrinho Ioão Ferreira de Almeyda, & que por ſeu falecimento, nam ſendo vivo hum ſeu filho, que ouve ſendo ſolteiro, ſuccederia o parente mais chegado delle inſtituidor. Moſtrase mais ſer a A. filha legitima do Capitaõ Balthesar Quaresma, que foi filho legitimo de Vasco Martinz, & de Francisca Martinz Quaresma, a qual era irmã inteira do inſtituidor, & que aſſim ficava ſendo a parenta mais chegada, que ſe achou ao tempo do falecimento do primeiro chamado ultimo poſſuidor, & que ſuppoſto o R. menor foſſe ſeu filho, era eſpúreo, & adulterino, tam ex parte patris, quàm ex parte matris, por ambos ſerem cazados ao tempo que o tiveram. Por parte do oppoente ſe moſtra ſer filho de Manoel Ioão de Quintanilha, & de Isabel Ioão, & neto de Margarida Goes Ferreira, a qual foi irmã de Simão Goes, pay do Chantre, & que ſuppoſto fique mais remoto, que a A. com tudo o defun'õ no teſtamento fol. 31. excluire a ſeus ſobrinhos de Arrayolos por ingratos, & que eſta excluſão ſe entendia na A. como deſcendente delles, & ſendo excluſa, ficava o oppoente ſuccedendo, por ſer o parente mais chegado, pois nam havia outro, que o foſſe, & a A. era excluida pelo meſmo inſtituidor. Deſendese o R. dizendo ſer filho do primeiro chamado, & que a proximidade conforme a Ordenaçam ſe regula reſpeito do ultimo poſſuidor, & nam do inſtituidor, & ſuppoſto ſeja filho eſpúreo, eſtã legitimado, & que o defunto ſeu pay o declarara por ſucceſſor da dita Capella no teſtamento com que faleceo. O que tudo viſto, & o mais dos autos, diſpoſiçam de Direito em tal caſo, & como por parte da A. ſe moſtra ſer a parenta mais chegada do inſtituidor, que ſe acha ao tempo do falecimento do primeiro chamado, por ſer filha legitima do Capitaõ Balthesar Quaresma, filho de Vasco Martinz, & de Francisca Rodriguez Quaresma, irmã do inſtituidor, como o dizem todas as ſuas teſtemunhas a fol. 72. & o oppoente, & R. o não negaõ, & ſe prova ſer falecido o ſegundo chamado filho natural do inſtituidor, com tudo he muito remoto, que a A. que tem expreſſa vocaçam por ſer mais chegada, ſuppoſto que o oppoente prove, que*

tambem he parente do instituidor, nem lhe dá direito a exclusão que fez no testamento fol. 31. por quanto abi sômente excluio seu sobrinho de Arrayolos, & nam consta, que fosse este o pay, ou avo da A. & supposto o instituidor começando a oração pela palavra do singular, meu sobrinho, a continuou em palavras do plural, dizendo, que nam queria, que herdassem seus bens por ingratos, desconhecidos, & lhe levantarem cousas, que nam eram, logo abaixo declara, que he o dito seu sobrinho, & sua mãy Catherina Quaresma, que nam he avo da A. por esta se chamar Francisca Rodriguez Quaresma, & conforme a Direito a excluem das pessoas nominatim exclusas, senam estende aos parentes, que nam são declarados na exclusão, & fundando o oppoente seu direito nella, tinha obrigação de provar especificamente, que a A. & seu pay, & avo foram os excluidos, o que nam prova, pois o instituidor sômente excluio seus sobrinhos, & sua mãy Catherina Quaresma mormente, que a causa da exclusão he a ingratidão, que os ditos tiveram, & obrãrã contra o dito instituidor, como elle mesmo o declara a fol. 32. a qual só respeita as pessoas nomeadas por ingratas, & nam os outros parentes, que o não foram, qual he a A. seu pay, & avo; nem se prova da parte do oppoente, que nelles concorresse a dita ingratidão, ou que elles fossem, os que levantãrã ao instituidor, o que não era, ou se levantãsem com seus bens, & nem se pôde induzir o contrario da verba do testamento dicto fol. 31. pois só falla no dito seu sobrinho, & sua mãy Catherina Quaresma, & nestes termos nam obrando a exclusão, respeito da A. & sendo ella a parenta mais próxima, & o oppoente in tuis remoto, como chamada expressamente fosse ao dito oppoente, & como outrofim o R. posto que seja filho do ultimo possuidor, he espureo, & adulterino havido de coito punivel, & damnavel, & posto que legitimado, nam pôde succeder nos bens vinculados, por quanto as legitimaçoens deste Reyno, conforme a commum opinião dos Doutores, são sômente humas dispensas, para os ditos espureos, & legitimos poderem herdar os bens livres, que seus pays lhe quizerem deixar, de que alias estãvã incapazes, & inhabeis, senam tiveram a dita legitimação: Condeno ao R. a que restitua à A. a qual julgo por legitima successora da dita Capella, os bens, que o dito Chantre deixou avinculados, que se liquidarã na execução desta sentença, excepto as casas do Terreiro do Paço, que logo restituirã, & hei o oppoente por excluso da opposição, & pertença que tinha a esta Capella, & morgado, com declaração, que a A. scrã

obrigada, a que tanto que cobrar os ditos bens, fazer logo emprego, & possuilos, comprindo os encargos na forma, que o instituidor dispoz em seu testamento, & paguem o R. & o oppoente as custas dos autos de permeyo em que outrosimos condeno. Lisboa 22. de Dezembro 1657. Manoel de Araujo de Magalhães.

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

Tres sunt in bello pro hujus maioratus victoria; dimicat Actrix assertione incapacitatis R. eo quod sit filius spurius natus ex uxorato, & uxorata, & sic ex coitu damnato, & punibili, & proximitate gradus consanguinitatis erga institutorem (eo excluso): defenditur R. legitimatione Principis fol. 141. in qua cernitur habilitatus etiam ad maioratum successiones ex testamento institutoris fol. 170. in quo post mortem primi nominati vocavit filium suum spurium, ac proinde illos excludere non censerit: tertius vero oppositor calide, & nervefe, unum, & alteram excludere intendit, Actricem, licet uno gradu proximior, eo quod ipsa ejusve pater, & ceteri consobrini institutoris oppidi de Arrayolos odiosi erant ipsi institutori, ac proinde expresse apparent exclusi ab hoc maioratu ex causis per eum declaratis in dicto suo testamento fol. 169. & Reum ex objecta incapacitate, & inhabilitate, de qua supra; videamus igitur quis fortius induat arma: ego victoriam opponenti judico ex seqq.

In facto probatur, consanguineum esse institutoris intra quartum gradum ex computationibus factis per testes fol. 99. cum seqq. de quo partes non dubitant, & licet in remotiori gradu sit cum institutore, quam A. quia de proximitate gradus sit secunda qualitas ex quatuor, quibus maioratum successiones regulantur, ut per Alvarad. de conjecturata mente defuncti lib. 2. cap. 3. §. 3. num. 44. Marin. in tract. de feud. tit. de feud. hered. antiquo num. 22. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 13. & 14. tamen hoc intelligitur si proximior habilis sit ad succedendum; quæ quidem habilitas in A. non invenitur, ut pote expresse exclusa per testatorem à successione hujus maioratus: patet ex suo testamento fol. 169. ibi: E nam quero, que meus sobrinhos de Arrayolos heredem em meus bens cousa algua por ingratos, & desconhecidos; & ibi: E os bey por excluidos do poderem ter cousa minha; juncta assertione testium fol. 87. cum seqq. qui dicunt Balthasarem Quaresma patrem Actoris sobrinum esse

efſe teſtatoris dicti oppidi de Arrayolos, & ipſum excluſum in dicto teſtamento; quod etiam cernitur ex documento fol. 123. verſ. ubi ipſum fertur de nullitate impugnafſe, nec Actor negat, patrem ſuum ſobrimum eſſe defuncti, nec quòd excluſum non fuiſſe, licet in nomine proprio errorem interveñiſſet; ſed quod opponens id non probat, ut videre eſt ex ſuis perorationibus fol. 130. unde ſive nominatus ſit pater A. ſive alter ſobrimum, ſemper ipſa cenſetur excluſa expreſſe in illis verbis: *Meus ſobrinhos de Arrayolos*; tacite, dum pater ejus excluſitur.

117 Nec refert, ſi dicatur odium conceptum fuiſſe contra patrem, ac proinde ejus filiam non comprehendere; quia uno excluſo ut odioſo, omnes ab eo dependentes, ut odioſi excluſuntur, ut poſt pulchrum conciliium *Parifij vol. 2. conſ. 20 num. 47* reſolvunt *Simon de precis de interpretat. ult. vol. lib. 1. interpret. 2. dub. 2. ſolut. 4. num. 12. Surd. deciſ. 41. num. 8. Peregr. de fideicom. art. 22. n. 99. cum ſeqq. Fuſar. de ſubſt. q. 317. à num. 1. cum ſeqq.* & generaliter, qui proveniunt ab infecta radice non minus excluſendi ſunt, quàm radix ipſa, *L. ſi viva matre Cod. de bon. mater. tradit late Surd. conſ. 85. num. 10. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. n. 42. Pinel. in d. L. à n. 19.*

118 Deinde ſufficiebat apparere, conſanguineos dicti oppidi odioſos eſſe inſtitutori, ut in generali vocatione ad ſuum maioratum non videretur de illis intelligi, etiam dicta excluſione ſemota, ex *L. Lucius Titius §. Lucius Titius ff. de legat. 2.* quia odioſus non cenſetur vocatus ex diſpoſitione facta ad còmodum agnationis, & familiæ, notant *Surd. dict. deciſ. 41. num. 1. 2. & 3. Mantica. de conjectur. ult. vol. lib. 8. tit. 4. num. 6. Menoch. conſ. 30. num. 15.* & multo magis excluſione facta, præceptum namque teſtatoris etiam irati ſervandum eſt, *L. ipſius Cod. famil. hæreſcund. cum ſimilibus*; cum igitur A. excluſa videatur, & opponens intra quartum gradum conſanguinitatis reperiatur cum defuncto, ut dicunt teſtes à fol. 99. cum ſeqq. ſequitur ad illum hujusmodi ſucceſſionem ſpectare.

Nec jus R. contrarium ſuadet; quia ſi Actrix excluſitur ab inſtitutore, R. excluſitur à ſucceſſione, quia ſpurium eſſe natum ex coitu damnabili, & punibili, eſt in conſeſſo, & late patet tam ex paterno teſtamento fol. 85. quàm ex charta legitimatiſſis fol. 1. & tales non poſſe ſucceedere in maioratibus, quia non dicuntur de familia, domo, agnatione, ſeu cognatione inſtitutoris, ex

Parſ II.

L. pronuntiatio §. familiæ ff. de verbor. ſignificat. §. vulgo inſt. de ſucceſſ. cognat. docent Molin. lib. 1. cap. 4. num. 45. Peregr. de fideicom. conſ. 67. lib. 2. num. 6. ideo nec dependentes vocari poſſe, imo penitus extranei, ex *L. ſi ſpuritus ff. und. cogn. tradit pluribus citatis Merlin. de legitim. lib. 1. tit. 2. q. 5. n. 18. cum ſeqq.*

Nec legitimatio Principis illum reddit capax hujus ſucceſſionis, quia de jure Regni per legitimatiſſionem non tranſit legitimatus in poteſtate patris legitimantis, ſed tantum tollitur macula, ut pater poſſit ei relinquere ex bonis ſuis, quod voluerit, ideo proprie ſunt diſpenſati; ſed ſucceedere in maioratu antiquo non inſtituto ab ipſo patre legitimante minime poſſe, dicendum eſt ex traditis per *Coſt. in repet. §. & quid ſi tantum 2. p. num. 151. Barboſ. in L. quæ dotis n. 164. ad fin. ff. ſolut. matr. Gam. deciſ. 134. à n. 1. Val. conſ. 165. à num. 6. Cabed. p. 2. deciſ. 69. à n. 1. refert judicatum Phæb. p. 1. deciſ. 97. n. 27.* & etiam de jure communi in legitimatiſſione ſpurij, idem reſolvunt *Caſtilh. lib. 5. contr. iur. cap. 106. à n. 1. Molin. lib. 3. cap. 3. num. 36. Menoch. lib. 4. præſumpt. 79. numer. 38.*

Tandem illa conſideratio vocationis illegitimi ad hanc ſucceſſionem poſt mortem primi nominati nullam præſtat conjecturam, quòd inſtitutor viſus fuit vocare ſpurios in perpetuum, quia licet ſumatur, quando ipſe inſtitutor erat illegitimus, quia tunc credendum non eſt abhorreſcere prolem illegitimam, ut per *Menoch. lib. 3. præſumpt. 78. num. 34. Mantica. de conjectur. lib. 11. tit. 9. num. 15.* tamen non eſt ſumenda, quando inter legitimatos nominatos vocavit filium proprium illegitimum, ut exinde vocati cenſentur cæteri conſanguinei illegitimi, & maxime ſpurius, qui quoad patrem non dicitur pater, & quoad filium non dicitur filius, & penitus extraneus reputatur, ut per *Peregrin. dict. conſ. 67. num. 9. & 13. Merlin. dict. q. 5. num. 8.* ac proinde licet proximior ſit ultimo poſſeſſori, & ejus filius, non impedit additum ſucceſſionis opponenti, cui reſtituere debet bona maioratus, de quibus agitur, ab eo poſſeſſa cum fructibus à litis conteſtatione propter bonam fidem, & titulum, quo illa poſſidet, ſententia revocata. *Lisboa 27. de Fevereiro de 1658. Pinheiro de Brito.*

Mihi vero contraria mens eſt; Actrix namque expellitur ab actione intentata, ex eo quia illa, ſicut ejus pater à ſucceſſione hujus fideicommiſſi excluſi ſunt ex inſtitutoris teſtamento, tanquam ingrati, ut ſapientiffimus

entissimus dominus asserit. Tota hæsitatio est circa jus Rei, & opponentis: in qua firmiter tenent DD. quòd illegitimus quisquam non admittitur ad successionem maioratus, nisi expresse ad illum vocetur. *Mier. de maiorat. 2. p. 9. 2. num. 5. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 49. & lib. 3. cap. 3. num. 41. communem dicit Menoch. var. 9. 16. §. 1. num. 26. Agyd. de privil. honest. art. 16. num. 17. Phæb. 2. p. decis. 171. num. 28. Percir. dec. 54. Gam. decis. 102. Castilb. lib. 3. quotid. cap. 15. & lib. 5. cap. 42. quæ sententia bene confirmatur ex vero intellectu ad text. in L. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebell. quem post alios sequitur Molin. dict. cap. 3. numer. 43. defendit Cald. de nominat. 9. 20. num. 12. & hunc sensum ad exclusionem naturalium amplexa est Ord. nostra lib. 4. tit. 100. in princip.*

122 Neque Reo favet dispensatio, seu Principis legitimatio, quamvis continet, quòd succedat in maioratibus; quia hæc dispensatio nullum affert præjudicium vocatis ex legitimis nuptijs. *Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 3. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 79. num. 4. judicatum refert Phæb. decis. 87. num. 11. & 13. eleganter prosequitur Castilb. lib. 5. cap. 106. num. 4. ubi num. 13. & num. 40. asserit, quòd nunquam filius dispensatus potest succedere in maioratu, ad quem legitimi sunt vocati, & hoc quantumvis in legitimatione, seu dispensatione ad sint clausulæ exuberantissimæ: idem asserit Garcia de nobilitate gloss. 21. n. 2. Menoch. dict. præsumpt. 79. num. 23. 47. & 48. Peregr. de fideicom. art. 23. num. 33. & 34. Gutier. de matr. cap. 84. num. 26. & 28.*

Hæc sunt, quæ adversus Reum faciunt, & ex quibus doctissimi, & amantissimi Senatoris suffragium sustineri potest.

123 Sed adversus supradicta stat mera juris dispositio, secundum quam judicare debemus; quia cum institutor ad hunc maioratum filium spurium vocavit, ut ex institutione constat, alius spurius non obvenit, imo eos successibiles facit, ut notat Bart. in L. ex facto §. si quis rogatus à princip. ff. ad Trebell. Mantio. de conjectur. lib. 8. tit. 7. num. 4. vers. est prima conjectura, Fusar. de substit. 9. 314. num. 5. Habeat ergo Reus maioratum hunc, rejectis Actricis, & oppositoris rationibus, sic Iudice reformato. Lisboa 1. de Março de 1658. Privado.

Pulchrum hoc præsens, & arduum certamen amicabili fædere componendum est; & illa sententia mihi magis arridet, vocato filio naturali ad successionem maioratus, spurium exclusisse censetur; magnæ enim diffe-

rentiæ dantur inter naturales, & spurios, ut per *Thusc. concl. 414. 415. & 416. ubi novissime alios refert.*

Naturales namque, quos bastardos vocamus, non adeo odibiles, viles, & reprobati; & quamvis aliqui patiantur infamiam, non tamen maximam, ut spurij, qui non possunt portare arma patris, nec insignia, nec honores, nec sunt de domo, nec agnati, nec cognati, nec veniunt appellatione descendentiæ, nec etiam includuntur in dispositione, & alios quamplurimos defectus patiuntur, quos late congerit *Mier. de maiorat. 2. p. 9. 1. ex num. 94. cum pluribus sequentibus: plura etiam congerit Thusc. concl. Menoch. conf. 63. à num. 1. Hieron. Gabr. conf. 140. num. 20. & seqq. Mantio. de conjectur. ultim. lib. 8. tit. 7. Præcis de interpret. ult. lib. 3. interpret. 3. dub. 4. num. 35. fol. 119. Peregr. de fideicom. art. 22. num. 88. Fusar. de substit. 9. 345. num. 18. Afflict. decis. 95. num. 10. Giurb. de feud. cap. 118. §. 1. gloss. 9. n. 10. Surd. de aliment. 9. 10. aliàs 19. ex num. 21. nec sunt de linea, ut per Fusar. supra 9. 347. num. 31. Castilb. quotid. lib. 5. 2. p. cap. 28. Fusar. supra 9. 348. n. 5.*

125 luyat maxime dispositio testatoris in testamento de quo fol. 28. cum seqq. ibi: *Pes-soa honrada, & ibi: Ou cousa por infame daquellas, que as Leys & Direito declarã, que o saõ.* Cum ergo spurij habiti ex damnato, & punibili coitu, qualis est iste, de quo agimus, à legibus reprobati, infames, & plures alios defectus patientes, de quibus DD. supra, & probant text. in §. penult. inst. quibus mod. naturales efficiantur, ex complexu Cod. incert. nupt. plures etiam Surd. de aliment. dict. 9. 10. num. 2. bene insertur noluisse, quòd spurij admitterentur ex his, quæ Bart. in L. in ambiguo ff. reb. dub. Alex. in L. 3. num. 4. ff. liber. præterit. & cum hæc sit mens testatoris, ab illa non esse recedendum, etiam si proprietas verborum aliud postulat, L. non aliter de legat. 3.

Deinde facit, quod testator addit ibi: *O qual ouve sendo moço, de hũa mulher livre; quasi judicans fuisse naturalem, & non spurium: faciunt deinde illa verba testatoris, ibi: Conste claramente, & c. quomodo ergo clare constare potest de nobilitate istius spurij, si non cognoscitur mater, nec cognosci potest, forte metu pænæ adulterij; & si cognoscatur, non potest habere certum patrem; nam mulierem uxoratam, magna cum difficultate cognosci potest, an ex marito, vel ex adultero concepisse.*

Non obstat, quòd iste spurius sit legitimatus, quia infamia illa est quid facti, quæ neque

neque à Principe tolli potest, ut late *Mench conf. 1137. num. 30.* maxime in hoc nostro Regno, ubi legitimationes potius dicuntur dispensationes, ut per *Gam. decis. 11. num. 2. & 3. & decis. 134. num. 1. & 2. & decis. 177. num. 22. Valasc. conf. 165. num. 6. & 13.* quamvis aliter de re communi, quo attentis legitimatus per omnia fit legitimus; *Valasc. de part. cap. 12. num. 39.* isti vero sic dispensati, vel sic legitimati nullo modo faciunt deficere conditionem, si sine liberis, ut in terminis per *Fusar. de fideicom. subst. q. 408. num. 32.* maxime, quia iste spurius jam erat natus in vita testatoris, & illi notus, ut apparet ex testamento patris fol. 85. ibi: *Antes o amou muito; ex quo amore inducere voluit fideicommissum, juxta text in L. nec adiecit ff. pro socio: si ergo notus, & dilectus erat ipsi testatori, & alterum substituit illo præterito, clare, & manifeste apparet illum repudiare voluisse, ex his, quæ *Curs. Jun. conf. 145. num. 1. 2. & 11. Decius conf. 189. num. 4. Mantio. de conjectur. lib. 11. tit. 8. numer. 8. Alex. Trentacing. de subst. q. p. cap. 7. numer. 13.**

118 Nec etiam ob stare potest, quòd pater gravatus istum filium spurium nominasset, & vocasset in suo testamento fol. 85. quia tanquam persona prohibita non poterat nominari, nec vocari, & si pater hanc facultatem nominandi habuisset (quod negatur): est textus expressus in *L. unum ex familia §. si de falcidia ff. legat. 2. Bart. in L. ult. num. 7. ff. de his quib. ut indign. Spin. specul. testamentor. tit. de fideicom. subst. n. 54.*

119 Ex quibus omnibus bene, & clare patet, quòd quamvis aliquibus casibus, de quibus per DD. supra, perspicue per *Castilb. cap. citato, vocatis naturalibus, & spurij vocati censentur; hæc tamen doctrina nullo modo nostro casui applicari potest propter repugnantiam voluntatis testatoris, qui quamvis filium proprium naturalem vocasset, voluit tamen, quòd filius spurius primi gravati admitteretur.*

120 Quo, vero, ad Aetricem non est dubitandum, quin excludatur tanquam odiosa testatori, ut ex ipso testamento apparet: ex pluribus refert *Fusar. de fideicom. subst. q. 317. ex num. 1.* ubi *num. 2.* idem tenet in descendentes, tanquam ex radice infecta, & quia pater, & filius eadem persona censentur, sic Iudice reformato. *Ulyssipone 4. Martij 1658. Barradas.*

121 Reum etiam cum primo, & tertio Domino à successione bonorum, de quibus agitur, esse excludendum existimo, tam ab eis dictis, quam etiam ex late traditis à *Phab. 1.*

p. decis. 97. per totam, maxime num. 10. Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. maxime num. 10. ubi ejus additionator qui plures *Castilb. tom. 5. cap. 106. à princip. & maxime n. 12. Fusar. de subst. q. 408.* maxime, quippe spurij à Principe legitimati, non proprie legitimati, sed potius dispensati dicuntur ex pluribus citatis à *Fusar. supra n. 32.*

132 Exclulo opponente, Aetricem ad successione esse admittendam arbitror, cum proxima in gradu sit, & exclusio parentis ipsius ei non officiat; quamvis namque regula sit, quòd quando una persona à successione excluditur, censentur quoque à successione exclusi omnes ab illa descendentes, ex text. in *L. viva matre Cod. de bon. matern. exornat pluribus citatis Castilb. lib. 3. cap. 15. num. 61. & lib. 5. cap. 103. à num. 14.* ubi latè *Tirag. de primog. q. 12. ex num. 5. usque ad num. 6. Molin. cod. tract. lib. 3. cap. 5. n. 41. Mier. de maiorat. p. 2. q. 4. illat. 8. n. 22. in princip. & q. 6. n. 52.*

133 Tandem regula prædicta pluribus modis limitatur, & pluribus in casibus non procedit. Et primo loco limitatur, quando ratio cur pater, vel mater excluditur, non militat æqualiter in filijs, vel etiam si pater excluderetur ob aliquam qualitatem, quæ in ejus filijs cessaret, ut cum *Bart. pluribusque alijs de more suo tenet Castilb. dict. lib. 3. cap. 15. num. 63.* ubi communem dicit; & *lib. 3. cap. 103. à num. 7.* ubi iterum communem dicit *Mantio. late, & eleganter de conjectur. ult. vol. lib. 8. tit. fin. num. 45. & num. 49. & latius num. 71. & seq. & num. 75. addit. ad Molin. lib. 3. cap. 5. num. 41. usque ad 43.* exclusio namque semper restringitur ad suam causam, ex text. in *L. si is qui ff. inofficios. testam.* Unde cum causa exclusionis patris Aetricis, de qua in testamento, æqualiter non militet in Aetrice, atque in patre, imo patris personæ cohæret, Aetricem non afficit ex resolutis à supra citatis; causam autem exclusionis militare tantum respectu patris Aetricis, non vero respectu illius, ostenditur ex verbis ipsius testamenti; nam quamvis fol. 31. testator usus fuisset verbis universalibus, ibi: *Meus sobrinbos de Arrayolos,* ut legitur fol. 169. statim verbis sequentibus expresse declaravit per verba illa: *E elle ditto seu sobrinbo, & sua mãy Catherina Quaresma,* causam exclusionis respicere tantum personas eorum, cum expresse eos nominasset, & certum sit, quòd verba sequentia, præcedentia declarant, ex text. in *L. si servus plurium 50. §. fin. ff. de legat. 1. Surd. dec. 288. n. 30. cum seqq.*

Secundo loco limitatur, quando filij, aut

Levir. de fideicom. or. 27. n. 18.

descendentes ex persona exclusa, ad successionem veniret ex persona propria, & jure proprio, non vero ex persona patris exclusi, tunc namque ad successionem exclusionem patris non obstante, admittuntur ex *Bart. in L. 1. §. si sit nepos ff. coll. dot. & in L. 1. §. si sit filius ff. conjugat. cum emancipat. lib.* & ex pluribus alijs, quos plena manu de more suo citat *Castilh. dict. tom. 3. cap. 15. à num. 70. & tom. 5. cap. 103. num. 8. addit. ad Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 41. usque ad 43. vers. & actoris conclusio;* ad successionem autem ex propria persona, & jure proprio veniunt existentes in gradu proximiori, quando à testatore ita vocati proponuntur, ut per *Castilh. supra dict. num. 70.* ibi ex persona eorum, & jure proprio, uti existentes proximiores in gradu: idem *Castilh. lib. 5. cap. 103. num. 8.* ibi ex persona propria, & jure proprio, veluti si existant proximiores in gradu: cum igitur Aëtrix ex jure proprio, & propria persona, tanquam proximior ad successionem veniat ex vocatione testatoris, ei non officit paterna exclusio.

335 Tertio, quia absque dubio est, quòd quando quis ex propria persona succedere intendit, vocatus, comprehensusve est in dispositione testatoris, aut specificè, aut generaliter, ad successionem venit patris exclusionem non obstante, ut pluribus comprobatur *Castilh. tom. 5. cap. 103. num. 25.* Plane saltem generaliter in substitutionibus, & vocationibus comprehensa est Aëtrix, cum proximior vocatus sit, ut jam supra diximus. Igitur, &c. Ex quibus, regula generali non obstante, ad Aëtricem successionem, de qua agitur, pertinere dicendum est, Iudice confirmato. Lisboa 28. de Março de 1658. Dorta.

336 Resolutio præcedentis doctissimi magis placet, licet minus dubius in opponentis favorem paululum extitisset ob tradita per *Castilh. 3. contr. citato cap. 15. num. 76. & 83.* ubi regulam generalem, quòd scilicet exclusa una persona, descendentes ex ea etiam exclusos censerent, ampliatur, ut procedat, quando simpliciter atque indistincte inclusus est, ita quod semper, & absolute incapax fuit, & inhabilis omnino ad succedendum, neque ullo modo, aut tempore succedere potuit, eo namque casu ejus filij atque descendentes inhabiles judicantur, & exclusi prout in nostro casu, ubi Aëtrix pater omnino à successionem fuit exclusus, & videbatur dicendum etiam ejus prolem excludendam fore, quia pater vocatus non solum reperitur saltem aliquo tempore, vel casu, sed omnino exclusus: quibus tamen non obstantibus,

Aëtricem admittendam duco, quia proximior in gradu reperitur, & utique testatoris habet vocationem, dum proximior con-fanguineum vocavit mortuo primo nominato, ac testatoris filio, ut fol. 170. ibi: *E sendo ambos falecidos, darão estes trinta mil reis ao parente mais chegado; & postea fol. 171. Que logo passe ao outro meu parente mais chegado.* Quæ quidem vocatio facta reperitur post exclusionem Aëtrix parentis cujus proles in infinitum, exclusa enim reperitur à testatore, imò potius admittitur, prout supra; quod etiam corroboratur ex eo, quia exclusionis causas in Aëtrix patre certam ac declaratam vidimus, quæ cessat, & in filiabus non militat eadem ratio exclusionis; quia limitata causa limitatum producit effectum, ut per eundem *Castilh. n. 69.* Unde cum Aëtrix cum propria persona, & non patrem representando veniat, admitti debet; quia neque expresse, neque tacite exclusam vidimus, imò vocatione proximiorum cognatorum invitatum ad successionem, & proprio jure succedit, & non dici potest, causam habere à patre in radice infecto; & si testator totam prolem sororis suæ de Arrayolos excludere valet, facile id explicite declararet, quod non fecit, imò exclusionem tantum voluit in sorore, & ejus filio, quales ei erant tantummodo odiosi ob causas in testamento expressas, quæ Aëtricem non comprehendunt. Ex quibus ac resolutis à præcedenti Domino sententiam confirmo. Vlyssipone 10. Aprilis 1658. Barros.

Non leviter me distorsit processus iste, 137 nam ultra discordiam gravissimorum patrum magni faciendam in tertij opponentis favorem occurrebat, quòd licet alioquin quando causa, qua quis successionem maiortus, vel Capellæ (prout hic) privatur, non est perpetua, nequitiam egreditur personam exclusam, imò ex materia subjecta, & forma dispositionis potest existere temporalis, ut per *Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 85. num. 2.* & plures alios de quibus *Cassanate conf. 38. num. 113.* hæc tamen consideratio locum sibi vindicare nequit in præ-senti controversia, attento ultimo elogio testatoris fol. 169. ad illa verba ibi: *E nam quero que meus sobrinhos de Arrayolos herdem em meus bens cousa algũa, por ingratos, & desconhecidos; & iterum in alijs verbis relatis à fol. 170.* statim in principio, ibi: *Os hey por excludidos de poderem ter cousa minha:* quæ geminata verba plane indicant exclusionem hanc procedere ex aversione, & odio, & ideo tanquam simplex ligata solet descen-

descendentes, in quibus militat eadem ratio ex eleganter traditis per *Surd. decis. 4. 1. maxime num. 8.* à primo domino allegatum in doctissimo suffragio suo, & præter eum *D. Gabr. Pereir. decis. 8. num. 9.* nec in proposito referre existimo animadvertere, quòd tale odium erga personam Aëtriciæ descendens irrationabile videatur, tum quòd ipsa non debeat portare iniquitatem parentis Balthasaris, ad *L. non debet cum cæteris concordantijs ff. de reg. jur. & late in his terminis comprobavit Simon de Prat. de interpret. ultimar. vol. lib. 2. interpret. 4. dub. 1. solut. 4. n. 14.* cum etiam, quoniam respectu dictæ Aëtriciæ tunc temporis forsitan nondum nate nequit demeritum, & ingratitude aliqua adversus præfatum testatorem considerari, ad effectum, ut male meriti genitoris odio prægravetur, juxta *text. singularem in L. si quis in suo 33. §. unico Cod. inoffic. testament.* ubi dicitur, quòd is, qui natus non est, nec potest esse gratus, nec ingratus testatori, satisfit namque voluntatem testatoris declarari, non prout esse debuit, sed secundum suam opinionem, *L. quo loco §. 1. ubi gloss. ff. hered. inst. nuncupatim Surd. dict. dec. 4. 1. num. 10.* & sic non dubitarem dicere Aëtricem supradictam ex vi, & formalitate dispositionis testatoris censi exclusam à successione, qua de agitur; ac per consequens primæ fronte meliorem videri opponentis causam, tamen si me non lateat præfatum testatorem, dumtaxat circa Gasparem alterum nepotem ex sorore, ingritudinis, & demeriti causas individualiter expressisse; jus autem minoris omnino prætermitterem, ut pote cum in consideratione non sit ex late peroratis, & ob ejus personæ inhabilitatem.

138 Sed subsistendum est, & totus labor, judicio meo, consistit in explorando, num Aëtrix ipsa à successione semel exclusa, perpetuo exclusa censeatur, ita ut ulterius succedere nequeat, etiam hoc eventu, quæ proximior, & sic invitata reperitur, inde namque videtur pendere præviæ disceptationis resolutio, & quamvis una ex regulis, atque frequentissima in similibus successionebus sit, quòd semel exclusus, perpetuo exclusus censeatur, ideoque plerumque scribentes dicere soleant fæminam semel exclusam, perpetuo exclusam censendam esse, per *text. in cap. 1. §. quin etiam sub tit. Episcopum, vel abbatem in usib. feudor.* ex quo illa derivatur, illustrant multi citati à *Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 22.* nihilominus tamen prædicta regula in successione maioratum similibus respectu bonorum non procedit

propter eorum perpetuitatem, quæ operatur, ut exclusio etiam simplex, & absoluta non censeatur perpetua, sed potius temporalis dispensio existat, sicut pluribus laudatis resolvit *Molin. dict. cap. 6. citat. num. 22. vers. Hæc tamen regula* (cujus sane sententia sola mihi sufficeret, tum propter ejus auctoritatem non vulgarem, sed etiam quia in hac materia intra sua versatur castra) advertens in finalibus verbis frequentissime gravissimos viros in hujus regulæ applicatione æquivoce processisse, & eandemmet sententiam rursus assignat *lib. 3. cap. 5. num. 72.* præsertim in proposito, ubi Aëtriciæ admisioni ad hæc bona efficax argumentum præstat vocatio illa consanguinei proximioris in testamento repetita, quæ qualitas in ipsa elucet, uti optime viderunt præcedentes domini in proximis nunquam satis laudandis de liberationibus, & non inconvenit, ut ea ex illa veluti ex nova causa admessa, in hoc concurso præferatur, sic optimo Iudice confirmato. *Vlyssipone Maij 15. de 1658. Leyte.*

No feito de Manoel Fernandez, com o seu neto Ioad, contra Nicolao Ribeyro, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte. 139

Acordam em Relaçam, & c. Vistos estes autos, libello do A. contrariedade dos RR. & mais artigos recebidos, prova nelles dada, papeis, & documentos juntos: Mostrase que o Padre Gaspar Carvalho Paes, instituiu a vinculo de Capella, com encargo de missas, com as clausulas que se relataõ na dita instituiçã, que andaõ nestes autos fol 23. com os seguintes. Mostrase, que morto o dito Padre, entrou por herdeiro da dita Capella seu irmão Gonçalo Paes primeiro chamado, o qual teve de sua mulher dois filhos, Nuno Paes, Gaspar Carvalho, & tres filhas; & mostrase, que o dito Nuno Paes possuiu por morte de seu pay o dito vinculo, & por nam ter filhos legitimos mais que a R. illegitima, que entrou na posse da dita Capella; & se mostra, que Gaspar de Carvalho segundo, do primeiro chamado pelo instituidor, foi casado com Maria de Almeida, de cujo matrimonio nasceo o outro, & pede aos RR. lhe larguem os bens vinculados, por lhe pertencerem, & ser filho legitimo, & da geraçã do primeiro instituidor, & chamado por elle na instituiçã, & assim mais lhe larguem os bens da dita Capella que instituiu Susana Dias, por tambem lhe pertencer; & os RR. se defendem com que elles estaõ na posse dos ditos bens, por morte de seu pay, & sogro Nuno Paes, & que ainda que a R. he illegitima, com tudo esta legitimada, &
comp

como tal pôde succeder no vinculo, & Capella, & tambem na outra que instituiu Susana Dias, que a possuiue em paz a titulo de doação, q' lhe fez Isabel da Assumpção, Freyra no Convento de Ferreira, que he a possuidora della; o que tudo visto, com o mais dos autos, disposiçam de Direito neste caso, & como conforme a melhor, & mais cõmua opiniã dos Doutores, o filho illegitimo nam pôde succeder em bens de morgado, & ainda que legitimado seja, pôde ser excluido pelo parente mais chegado do ultimo possuidor, & como se mostra que o A. he filho legitimo de Gaspar de Carvalho, irmão de Nuno Paes, & filhos ambos do primeiro chamado aos bens vinculados; ao A. perience a successão ainda pela fôrma da instituiçam a fol. 23. cum seqq. como tambem pela mesma causa a successão da Capella, que instituiu Susana Dias, sem embargo da doação, que de novo os RR. juntãrão, porque esta lhe nam dá direito, por quanto este senam pôde tirar ao A. quanto mais que a tal doaçam foi revogada pela que se lhe fez pela Freyra Isabel da Assumpção, por ser possuidora della, & tambem pela instituiçam a fol. 63. com as seguintes, como por nam poder nella succeder a R. por ser incapaz, vistas as clausulas da dita instituiçam; pelo que conde no aos RR. larguem a posse dos bens vinculados da Capella que instituiu o Padre Gaspar Carvalho, com os frutos da indevida occupaçam até real entrega, que se liquidarã na causa desta sentença, & annullã a doaçam da Capella feita aos RR. de Susana Dias, que della não possa usar, por esta pertencer ao A. por morte da possuidora, & paguem os RR. as custas, em que tambem os condenão Porto 10. de Março de 1674. Francisco de Azevedo, Andrade, Doutor Correa.

140 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, iudices Doutor Freyre, Doutor Cerveira. Et fundata fuit in deliberationibus seqq.

141 In facto conveniunt partes, solumque in jure consistit disputatio, utrum scilicet Rea tanquam ultimi possessoris filia naturalis, & dispensata debeat præferri in successione maioratus; an scilicet A. filius junioris fratris ultimi possessoris? Et sane pro A. pronuntiatem; quia communior, & in praxi receptior sententia filios naturales non admittit, dum extant legitimi. *Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 46. Roxas de incompatib. 1. p. cap. 8. à num. 106. Flores var. 9. 16. Castilh. lib. 5. cap. 82. à num. 48. Pereir. dec. 14. Phab. 2 p. dec. 170. num. 28.* Quod procedit, etiam si legitimati sint; quia maioratus non

à legitimante, sed ab alio majori fuit institutus; quia tunc legitimatio cum expressa clausula successoris maioratus non operatur in præjudicium transversalium, ut bene ponderat *Portug. de donat. reg. 2. p. lib. 1. cap. 16. num. 23.* Et ex eo principaliter in præsentem præferendus est A. quia expresse per instituentem ipse, & ejus pater fuerunt vocati, ut fol. 19. vers. & quamvis in defectum filij senioris, & ejus descendentiū AA. admissio sit interpretanda; operatur tamen illa vocatio expressa, ut Rea indubitanter non admittatur, dum extat legitimus, cum de jure ita meliori sententia obtineret.

Urget tamen, quòd fundator d. fol. 19. illos fratris filios, & illorum descendentes admiserit, ut patet ibi: *Faleção sem descendentes alguns; & tunc videtur quòd filia Rea naturalis, tanquam possessoris filia est præferenda; quia tunc reperitur admissus filius naturalis, cum sub appellatione descendentiū veniat, ex late traditis per Larrea dec. 32. Fusar. 9. 314. num. 10. & 19. Millanense lib. 4. dec. 78. num. 38. Cald. conf. 9. num. 40. Peregr. de fideicom. art. 22. n. 81. & quòd naturalis filius succedat in maioratu, si tacite vel expresse sit vocatus, in dubium est. Expresse Castilh. lib. 5. cap. 82. num. 48.*

Sed respondetur, quòd ultra quod descendentibus inveniuntur positi solum in conditione, illa comprehensio naturalium non verificatur nisi desint vocatorum filij legitimi, ex *Larr. supra, A.* autem est vocatus, & legitimus; ergo præferendus est: si enim maioratus fuisset institutus in favorem alterius vocatæ, & illorum descendentiū sine aliorum vocatione, tunc si daretur illius vocati descendens absque naturalitate, & concurreret alter consanguineus fundatoris non vocatus, tunc procederet argumentatio; quia ex illius linea solum fuit Rea vocata, si solus supersit naturalis, & tunc iste est admittendus ad successionem, cum comprehensus sit in vocatione descendentiū, aliàs illa tacita filiorum vocatio nihil operaretur, ut jam judicavimus.

Quoad aliud vinculum idem est judicandum; quia neque ibi facultas nominandi data reperitur; & eisdem regulis Rea naturalis in eo succedere nequit, sic firmata sententia Vlyssipone 8. Junij 1675. Doutor Freyre.

Res hæc ita est perspicua, ut oculis possit 143 judicari; nemo sane cordatus negabit. Plane, communis, & receptior opinio est, quòd in bonis maioratus, seu Capellæ non succedat

dit filius legitimatus. Ita edocent *Castilh. controu. tom. 5. cap. 106. Cevalh. comm. contra commun. q. 2. ex num. 55. cum seqq. Garcia de nobilitate gloss. 21. ex num. 20. Fusar. de fideicommiss. substitut. q. 408. ex num. 9. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. Mier. de maiorat. 2. p. q. 2. ex num. 1. optime Pereir. de Castro dec. 14. à num. 4. Phab. 2. p. dec. 97. à num. 9.*

¹⁴⁴ Proculdubio attenda maioratus natura, sicut naturales à successione maioratus seu Capellæ excluduntur, ut statim dicemus, ita etiam legitimati. Eleganter *Menoeh. lib. 4. præsumpt. 79. num. 4. & cons. 173. num. 77. Alexand. Raudens. de analog. lib. 1. cap. 30. ex num. 90. Surd. cons. 471. num. 14.* & quòd legitimatus non excludat consanguineos legitimos proximiores tenent *Gratian. forens. cap. 673. Marta de successione legali p. 1. q. 18. art. 10. Robles de Salsedo de represent. lib. 1. cap. 9. Fusarius ubi supra n. 17.* quod sane intelligitur, etiam si filij simpliciter vocentur. *Mieres supra laudatus*; & omne aufert dubium hac in lite diploma Regium, de quo fol. 28. & signanter fol. 29. ante finem, ibi: *Mas nam he minha tenção por ella ser feito prejuizo algum aos herdeiros lidosmos, se os ouver, & outras quaesquer pessoas, que algum direito hajão em os ditos bens, & cousas que lhe forem dadas, & deixadas.* Neque Princeps id facere potest, quòd succedant legitimati in bonis maioratus seu Capellæ, extantibus legitimis nepotibus primi vocati, ubi etiam de absoluta ejus potestate contenditur, & ex clausulis ex certa scientia motu proprio intercedentibus; *Gabriel commun. lib. 3. tit. de jure quæs. conclus. 1. Menoch. de arbitrarijs q. 48. num. 7.* hocque ita verum non solum in jure quæsito est, verum etiam in quærendo. *Mieres in initio operis 2. p. ex num. 47. Molin. d. cap. 3. ex n. 11. Cald. de in integr. restitut. verbo in integrum restitutio num. 31.* ista quippe opinio vera, & communis est indistincte.

¹⁴⁵ Hucusque egimus de filijs legitimatis (nam legitimations apud nos, vere, & proprie non sunt, plusquam dispensationes circa bona; quia restringunt successione effectum. Bene *Almeyda cum alijs alleg. 2. num. 21. vers. cæterum si, & num. 22. late Castilh. controu. tom. 4. cap. 22. ex num. 134. & ex num. 148.*) nunc de filijs naturalibus tantum utique dicemus, hos nequaquam succedere posse in præfatis bonis maioratus seu Capellæ; ex eo quia præcipuus maioratus finis est familiarum conservatio, *Argum. text. in L. legatum 16. in princip. ff. de usufruct. legato, & in L. 1. §. quamvis vers.*

publice enim interest ff. de ventre inspic. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 5. Covar. variar. lib. 3. cap. 5. num. 6. Castilh. controu. tom. 2. cap. 22. ex n. 2. Pereir. de Ind. gub. tom. 2. lib. 2. cap. 17. n. 13. Pinellus in L. 1. Cod. de bonis maternis 3. p. num. 102. vers. respondeo, Molin. de primogen. lib. 1. cap. 1. à num. 1. Sicque filius naturalis nunquam admittitur, cum non sit de familia, neque de domo, neque de agnatione parentis, & secundum jus Civile, & Regium filij naturales filiorum nomen non merentur. *Text. in L. filium ff. de bis qui sunt sui, vel alieni juris, notant DD. ad textum in L. Lucius Titius 83. ff. de condit. & demonstr. Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1. Pereir. d. dec. 14. à n. 4. Phab. d. decis. 97. à num. 9.* & ad prætenſum effectum idem importat maioratus, seu Capella. *Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53. & lib. 3. tit. 93. in princip. Pereir. dec. 21. num. 1.* Vnde inspecta dispositione testamentaria à fol. 17. in fin. & à fol. 18. & signanter fol. 19. post medium, & legali probatione Actorum; ex quibus manifeste deprehenditur, quòd minor Joannes est legitimus filius Gasparis Carvalho secundo loco vocati ad istius Capellæ successione, ut pote filius Gondisalvi primi vocati, & istius filius senior Nonius absque legitima prole occubisset, & per institutorem extet vocatus dictus Gaspar Carvalius pater Joannis, indubitanter isti Joanni adjudicanda venit una, & altera Capella, quin Rea tanquam filia naturalis prædicti Nonij exaudiri possit, ex dictis pro minore Joanne, & minus quoad aliud vinculum Susanae, nam etiam in ipsum succedit iste minor virtute capacitatis, quæ in eo adest, ex his omnibus iudicatum per Senatores inferioris Senatus approbandum esse arbitror. Vlyssipone die decima sexta Junij 1675. Dotor Cerveira.

No feito do Dotor Francisco Lourenço contra Ambrosio da Sylva, Escriptor Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A. Antonio Lourenço Magro, contrariedade do R. Ambrosio da Sylveira, & sua mulher, mais artigos recebidos, inquirições, testamento, carta de legitimação, mais papeis, & documentos juntos; Mostrase por parte do A. que o Padre Antonio Gonçalves no testamento com que falleceo, instituiu Capella, & morgado com obrigação de missas, & vinculo perpetuo, vocação de familia, & prohibição de alheação em hũa vinha no sítio da Fonte do Mouro, no termo desta Cidade, que parte com vinha do Dotor Francisco Lourenço Magro, & estrada que

vai para Selmes, & em humas moradas de casas na rua dos Escudeiros desta Cidade, humas das quaes partem com casas de Manoel Fialbo, & de Salvador Nunes, & as outras casas partem com as de Ioão Alvarez Serra, & de Ioão Gomes Celleiro, das quaes duas moradas paga Manoel Tinoco Fialbo tres mil, & quinhentos reis de foro em cada hum anno, & para a successão da dita Capella chamou o instituidor em primeiro lugar Maria Gonçalves sua sobrinha, & seus descendentes, & que faltando estes passasse a dita successão a seu primo Ioão Magro, filho de Pedro Annes seu tio, & de sua mulher Brites Magra, & que continuasse na geração do dito Ioão Magro perpetuamente. Mostrase, que a successão, & geração da dita Maria Gonçalves se extinguiu, & acabou por morte dos Padres Luis de Lemos Barbosa, & Manoel de Lemos Barbosa, & então entrou na dita successão o Padre Francisco Lourenço Magro, Clerigo de missa, do Habito de S. Pedro, por ser filho macho, & mais velho do sobredito Ioão Magro, & possuiu os ditos bens até o anno de 1671. em que faleceu sem lhe ficarem legitimos descendentes, por quanto a mulher do R. ainda que filha do dito Padre, he por essa razão espurea, havida de coito damnato, & incapaz da dita successão. Mostrase que o A. he irmão inteiro do dito Padre, & por essa causa lhe pertence a successão dos ditos bens, por serem ambos filhos de legitimo matrimonio do dito Ioão Magro, & sua mulher Isabel Barroza, dos quaes nam ha de presente outro filho varão mais que o A. a quem os RR. devem largar as ditas propriedades com os frutos desde a morte do dito Padre Francisco Lourenço, pois desde então até o presente estão de posse delles injusta, & indevidamente. Por parte dos RR. se mostra, que as propriedades que o A. pede nam são de morgado, ou Capella, por quanto o testamento que o A. mostra he hum treslado, cujo original não parece, termos em que a instituição nelle feita nam tem vigor, & são livres os ditos bens, & ainda que o tal treslado tivesse vigor, nam eraõ de Capella, ou morgado os ditos bens, porque ainda que tinhaõ obrigação de missas, nam tem prohibição de alheação. Mostrase, que ainda que os ditos bens foram de Capella, ou morgado, nam pertencia a successão ao A. porque seu pay Ioão Magro não chegou a succeder nos ditos bens em falta de geração da primeira chamada Maria Gonçalves, & assim nam constituiu linha per se, & só succedeo o dito Padre Francisco Lourenço Magro, em que principiou a linha, da qual nam he o A. pois a não constituiu seu pay, nem

por mais chegado ao ultimo possuidor deve succeder, por quanto ao dito Padre lhe ficou humas filha mulher do Reo, a qual ouve de mulher nobre, & donzella, & a legitimou por carta del Rey, termos em que a capacitou para succeder nos ditos bens, dado que de Capella fossem, & pelo nam serem os dotou o dito Padre ao Reo, para effeito de casar com a dita sua filha. O que tudo visto, & o mais que dos autos consta, disposicam de Direito, & como da institucam fol. 8. se prova que o Padre Antonio Delgado na vinha, & casas da contenda instituiu morgado de baixo do nome de Capella, & compromisso perpetuo, como na dita institucam se deixa ver nas palavras sobreditas, nomeando logo em o dito morgado a sua sobrinha Maria Gonçalves, & per sua morte a seu filho mais velho, ou filha mais velha, & em defeito da geração de cada hum dos sobreditos nam permitio, que os bens fossem divisos, & pertencessem aos herdeiros da dita Maria Gonçalves, ou seus filhos, mas que assim vinculados passassem a seu primo Ioão Magro, & se continuasse a successam em sua geração, na forma sobredita, com obrigação de missas, termos em que os ditos bens são de morgado inalienaveis, visto outrossim como em elles se prova da inquirição do A. haverem succedido de mais da primeira instituida Maria Gonçalves o Padre Manoel Barbosa, & o Padre Luis de Lemos Barbosa, & o Padre Francisco Lourenço Magro, pay da mulher do R. o que conforme a Direito basta para que se julgem os ditos bens de morgado, pois a este titulo succederão os sobreditos nos ditos bens, por tanto, & como o treslado em que se vê a dita institucam o he do proprietamento, & está authenticado, faz legitima prova; pelo que julgo os ditos bens por de morgado, & que pertence a successam delles ao A. Antonio Lourenço Magro, como filho legitimo de legitimo matrimonio de Ioão Magro sobrinho de instituidor, & segundo chamado na falta da descendencia de Maria Gonçalves, em a qual falta succedeo nos ditos bens o Padre Francisco Lourenço Magro, como filho mais velho que se prova ser do dito Ioão Magro, & por assim succeder nam podia dotar os bens da contenda em prejuizo do A. seu irmão, pois só em quanto vivo, era senhor dos ditos bens, & por entanto sómente era valida a dita doação, mas logo que o dito Padre pay da mulher do R. faleceu, pertencerão os bens ao A. como filho que tambem era do dito Ioão Magro, & irmão do dito Padre Francisco Lourenço Magro, por quanto ainda que este Padre deixou legitimada, & dispensada humas filha, que he a mulher do R. esta dispensação

penſação, & legitimação nam prejudica ao A. conforme a clauſula della, ibi: Não he minha tenção, &c. & ſó no caſo em que o A. tivera nacido de algum coito damnado, ou ſeu pay pudéra haver duvida, ſe lhe perrencia, ou a mulher do R. diſpensada; mas provandose como ſe prova ſer o A. filho legitimo de legitimo matrimonio do dito João Magro, & de ſua mulher Iſabel Barroſa, he ſem duvida que deve excluir da ſucceſſão dos ditos bens a mulher do R. como nascida de coito damnado, cuja diſpenſaçam nam prejudica ao A. por quanto já antes della tinha direito, & provavel eſperança dos ditos bens, & por aſſim ſer, foi neceſſario, que no contrato de aforamento de humas das caſas da contenda, que celebrou o Padre Francisco Lourenço Magro, irmão do A. intervieſſe o conſentimento do dito A. & ſua mulher, como ſucceſſores das ditas caſas, & a eſte direito não quer o Rey prejudicar pela clauſula ex certa ſcientia, ſenão em caſo em que o pay da mulher do Reo na interpretação que fez da legitimação fiſſe menção, de que havia ſucceſſores nos ditos bens de morgado, & fideicommiſſo, o que nam conſta fiſſe, & inda que na carta eſteja a R. capacitada para ſucceſſer em morgados, ſe entende no caſo em que nam ouveſſe ſucceſſores, ou quando expreſſamente o Rey quizeſſe prejudicar lhes; o que nam ha no caſo preſente, em que ſe exprime a clauſula, ibi: Mas não he minha tenção prejudicar a alguns herdeiros lidimos, ſe os ouver, ou a outras quaesquer peſſoas, que algum direito hajão; a qual clauſula faz na melhor opinião a favor do A. ainda que tranſverſal, & ainda que ſeu pay João Magro não ſucceſſe nos ditos bens, & principiſſe a ſegunda linha chamada na peſſoa do Padre Francisco Lourenço, com tudo como elle nam teve filhos de legitimo matrimonio, nem ainda naturaes, ſómente ſenam eſporea filha, he o miſmo que ſenam tivera deſcendencia, & neſtes termos devem os ditos bens buscar ao ſegundo filho de João Magro chamado na dita inſtituição, & eſte he o A. a que julgo pertencerem os ditos bens; por tanto condeno aos Reos lhos larguem com os frutos da lide conieſtada em diante, & paguem os ditos Reos as cuſtas em que tambem os condeno. Beja 20. de Dezembro de 1675. Francisco Gireiro Leytao de Aguiar.

47 A qua ſententia cum ad Supplicationis Senatim appellaretur, confirmata fuit à iudicibus Lopes Oliveyra, Vanveſſem, Quiſel, anno 1678. vigefimo tertio Auguſti; & fundata fuit in deliberatione ſequenti.

Indubium eſt, quòd inſtitutionem ma-

Pars II.

ioratus bonorum, de quibus agitur, condidit Sacerdos Antonius, ut pateſcit ex ipſius teſtamento fol. 6. in fin. & verſ. & peroptime probat in terminis cum multis Pegas reſolut. forenſ. cap. 4. à num. 170. cum ſeqq. maiori cum ratione dicendum eſt, bona contentionis præſumi eſſe maioratus, quia ut talia poſſidentur quadraginta annorum ſpatio, ut ex actis oſtenditur, Molin. lib. 2. de primogen. cap. 6. à num. 26. Reynof. obſerv. 22. n. 21.

Sine controverſia etiam eſt, quòd ſucceſſio hujus maioratus deferenda eſt ad Actorem, quia eſt filius legitimus Ioannis vocati in inſtitutione fol. 7. in princip. & non ſolum ille fuit vocatus, ſed etiam ejus deſcenduntia, ut ex verbis ejusdem inſtitutionis d. fol. 7. in princip. conſtat; & ſufficiebat, quòd I Ioannes eſſet vocatus, ut omnes ejus deſcendentes cenſeantur etiam vocati. Peregrin. de fideicom. artic. 27 num. 15. Menoch. conſ. 72. num. 34. Addentes ad Molin. lib. 1. cap. 5. num. 21. & lib. 2. cap. 6. num. 10. & 29. Valaſc. de ſucceſſ. Regni p. 2. §. 8 n. 3. & ſine dubio Actor ſucceſſit, quia eſt conſanguineus proximior ultimo poſſeſſori de ſanguine inſtitutoris. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.

Et quamvis Rea ſit filia ultimi poſſeſſoris, attamen per ejus obitum non ſucceſſit in maioratu; quia prædictus ultimus poſſeſſor erat Sacerdos, & tempore, quo eam habuit, jam dignitatem Sacerdotis adeptus erat, ut ex actis pateſcit; & tanquam filia Clerici ſacris initiati eſt ſpuria. Gloſſ. penul. in L. 2. ubi Bald. num. 3. Cod. de Episcop. & Cleric. Cephal. conſ. 410. num. 11. cum ſeqq. Surd. de aliment. tit. 1. q. 10. n. 28. Cyriac. controuv. 8. n. 8.

Et cum Rea ſit filia ſpuria ultimi poſſeſſoris, non poteſt ſucceſſere in maioratu, quia ſpurij legibus ſunt exoſi, ut in terminis Gom. L. 9. Tauri num. 13. & 18. Pichard. in rubr. de hæred. que abinteſt. §. 7. num. 9. Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. num. 28. & lib. 1. cap. 4. num. 46. Phæb. dec. 34. in fin. Gam. dec. 167. num. 2. Reynof. obſerv. 53. num. 12. Noguierol. alleg. 28. num. 68. Giurb. de ſucceſſ. feud. §. 1. gloſſ. 9 num. 9. Portug. de donat. reg. p. 3. cap. 18. à num. 66. cum ſeqq. & licet ſit legitimata non poteſt excludere Actorem, ut in terminis Molin. de primog. lib. 2. cap. 3. num. 37. Flor. ad Gam. dec. 11. Caſtilh. lib. 5. cap. 106. num. 4. Fuſar. q. 408. n. 106. Phæb. dec. 97. n. 11. & 30. quibus omnibus perpenſis, iudicatum laudarem. Vlyſſipone 30. Julij 1678. Quiſel.

Huius deliberationi aſſenſere Doctores

Kkk

Van

Vanvessem, & Lopes Oliveira, in eodem deliberando.

151 No feito de Domingos da Costa de Mesquita, com Francisco da Costa de Mesquita, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Desembargo, &c Nam foy bem julgado pelo Iuiz, & Ouvidor em absolver ao R. do pedido pelo A em seu libello; revogando suas sentenças, vistos os autos, & como se mostra ser o A. Francisco da Costa de Mesquita, filho legitimo de Margarida Rebella de Meyreles, filha mais velha, & legitima de Domingas Nunes da Costa, primeiro chamado pelo instituidor neste morgado, & seu neto legitimo por linha direita, & sobrinho do ultimo possuidor Jorge da Costa de Mesquita, & como parente mais chegado deve succederlhe em defeito de descendencia legitima, nos bens vinculados pelo primeiro instituidor Francisco da Costa de Mesquita, & de seu sangue. Mostra se ser o Reo filho natural do dito Jorge da Costa ultimo possuidor, & por elle legitimado pela legitimação do dito Senhor fol 69. vers. & porque conforme a Direito, & opinião dos DD. o filho legitimado à instancia de seu pay em fôrma commua deste Reyno, nam exclue o substituto chamado pelo primeiro instituidor, em defeito de descendentes, por quanto se regulaõ as ditas legitimaçoens por dispensaçõens em ordem à successão de seu pay sômente, & mais pessoas que o quizerem habilitar; o que nam procede no morgado antigo de providencia, como he o de que se trata, & consta da instituiçã, pela qual, & suas conjecturas se mostra excluir a legitimidade, maiormente nos bens em que o pay legitimamente sômente tinha administração; & por sua morte se devolvem ao parente da linha direita, conforme a vocaçã, em defeito de descendencia legitima, como se mostra na pessoa do instituidor, & sua qualidade gozar da exclusão de illegitimidade, & o R. sômente ser dispensado para a successã dos bens, em que seu pay tinha livre disposiçã, por assim ser conforme à sua petiçã de supplica, nos quaes sômente tinha liberdade de dispor, & para os mais casos declarados com restricçã, & abstençã do direito de terceiro; pelo que julgaõ ao A. Francisco da Costa de Mesquita por successor do morgado, que instituiu Francisco da Costa de Mesquita, & mandã que os RR larguem, & abraõ mão das propriedades vinculadas nelle, & suas pertençaõs ao A com os frutos, & renovos da lide contestada em diante ex causa; & condenã aos Reos nas custas dos autos de ambas as instancias. Porto 26. de Fevereiro de

1674. *Fonseca, Doutor Fonseca de Azevedo.*

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus. 151

Non leve vertitur dubium inter contententes dictæ successions maioratus instituti à nobili Francisco da Costa simplicibus verbis, ut scilicet post mortem Dominici Nunes da Costa fratris primo vocati post uxorem, succederet ejus filius per lineam rectam, sine aliqua declaratione legitimitatis, vel illegimitatis, ut apparet fol. 28. ubi solum constat fuisse testatoris intentionem, maioratum instituere eo pacto, ut semper masculus fæminam præcederet, dum non esset Monachus, nec Clericus.

Ex ista institutoris succedendi præstita forma, quæ debet omnino observari ex notatis ad L. cum ita §. in fideicomisso ff. legat. 2. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 6. num. 22. Cabed. 1. p. dec. 121. Mantio. lib. 8. tit. 1. num. 23. Valens. cons. 97. num. 210. oritur dubiam, & contentio inter patruales; siquidem præterdit Actor tanquam proximior ultimo possessori excludere Reum ejus filium maioratus possessorem, eo quod illegitimus est, licet naturalis legitimatus per rescriptum Principis; ad quod cum multa sint dicta à Doctõibus, & à peritis Advocatis late repetita, ne omnino eorum lecturas transcribam, operæ pretium tantum duxi, discutere quæstionem, utrum simplici filiorum appellatione veniant naturales per rescriptum Principis? Ex cujus resolutione pendet alia quæstio, utrum scilicet filius naturalis legitimatus faciat deficere conditionem, si sine liberis, in institutionibus positam, ac excludat substitutum? 157

Diffusam, & latam materiam continet disputatio: intrinsecam, & difficilem, ut cum Castilho loquar, qui per illam late discurret lib. 5. quotidianarum cap. 82. à num. 13. & cap. 106. per totam, & lib. 4. cap. 22. à n. 40. quam ob rem longius, quam cupiam parte labitur deliberatio, ut muneri injuncto pro viribus satisfaciam. 154

Supponitur in factõ, quod Actor legitimus est nepos ex filia Dominici Nunes da Costa fratris instituentis, qui illum primo vocavit post uxorem, & Reus nepos etiam ex filio prædicti Dominici, qui tanquam masculus successit, ac administravit maioratum, & cum prolem legitimam non haberet, filium habens naturalem, Reum illum in vita legitimare fecit, & à Principe legitimationem, vel potius ejus confirmationem impetravit, quæ in actis apparet fol. 56. vers. cum clausulis amplis, assuetis tamen, quarum 155

rum methodum tradit *Caminba in forma contractu fol. 109.*

156 Ad quaestionem igitur pro Actore legitimo est *textus capitalis in L. filium ff. de his qui sunt sui, vel alieni juris, cuius verba iunt: Filium eum diffinimus, qui ex viro, & uxore ejus nascitur; in quo jure filios solos appellat, qui ex justis nuptijs nascuntur; quia nuptiae filium approbant: est text. in L. quia semper ff. de in jus vocando, & praesumitur justus filius, qui ex legitimo matrimonio natus est, L. 1. §. Iulianus ff. de liber. agnosc. L. 1. §. si quis non ff. de carbon. edict. L. fin. ff. de probationib. ubi notant DD. & ad principium instit. de patria potest. & ad Principium instit. Cod. de nuptijs, & ad titulum qui filij sint legitimi in decretalibus; quorum materiam late disputant DD. *Covas de sponsalib. 2. p. cap. 1. §. 18. & practicar. cap. 9. & cap. 17. Menoch lib. 4. praesumpt. 77. Costa in cap. si pater, 1. p. verbo uxorem ex num. 19. Castilb. in principio citatus, & alij quamplurimi, juxta quorum sensum non admittitur naturalis ad feudum, nec ad successione patronatum, & ad alia, quae ultra citatos lato calamo discurret Larrea dec. Granat. 1. p. disposit. 32. num. 1. quam ob rem, cum Reus ex legitimis nuptijs non sit procreatus, filius proprius non potest dici, nec comprehendi in generali vocatione filiorum ad hujus maioratus successione, & contra eum sunt fortiter *Molin. de primogen lib. 3. cap. 3. per totum, ubi multa videri possunt; & alij quamplurimi.***

157 Pro contraria vero parte facit, quod jura omnia loquentia de filijs legitimis locum habent in filijs legitimatis, *L. liberos, Cod. de jure deliberand. Roxas in epitome successione. cap. 23. num. 35. & 36. at vere legitimatus, perinde est ac vere legitimus, Cabed. 2. p. dec. 69. num. 2. & nancitatur omnia jura legitimorum, Auth. quibus modis naturales efficiantur legitimi; quae sane verba inventantur in *Auth. liceat collat. 6. quibus modis naturaliter efficiantur sui, §. illud, & §. si igitur, & §. reliqui collat. 7. L. cum quis ad finem de naturalib. liber. & post legitimationem in nihilo differunt à legitimis: *Carvalh. de una, & altera 4. p. cap. 1. ex numer. 225. & sunt in potestate parentum, saltem deficientibus legitimis, ex text. in L. jubemus 6. Cod. de naturalibus liber. comprehenduntur sub generali appellatione filiorum in patronatibus, fideicommissis, & primogenijs, nisi nominatim excludantur, quod tenent plures relati per *Larream dec. Granat. disput. 32. n. 5. & num. 51. & per Cald. conf. 4. num. 27. & 28. & conf. 9. num. 46. sub vers. qui legitimi****

Pars II,

includantur, ut ex *Paleto, & alijs tradit Castilb. quotid. lib. 4. cap. 22. num. 4. & numeris sequentibus; alias praerogativas refert ad hunc finem tendentes, & legitimatos approbantes *Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 35. qui non differunt à legitimis, *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 1. ubi ejus Addictio, Pegas supra cap. 1. num. 111. & habentur pro veris, ac legitimis filijs *Scobar de puritate sanguinis 2. p. questio 4. §. 6. num. 23. Antonel de tempor. legal. lib. 2. cap. 55. n. 65. Porriug. novissime de donationib. Reg. 2. p. cap. 16. n. 12. & n. 16.****

158 Quibus, & alijs perpenſis à Doctoribus relatis, clausula effectum inculcat patriae potestatis, quae competit legitimis, de quo etiam *Barboſ. & ab eo citati in L. quae dotis à num. 164. versiculo contrarium tamen, ff. solus matrimon. Gutierrez in repetition. §. sui a n. 201. instit. de haered. qualitat. & different. dicendum certe videtur, quod Reus, qui legitimatus apparet, ut fol. 59. vers. & fol. 60. cum amplissimis clausulis, quibus eum Princeps plene natalibus restituit, ac fecit legitimum, etiam ad maioratus successione verè filius est censendus, & judicandus, praecipue cum sit naturalis, & à patre in vita legitimatus, & ex legitimatione vere, ac proprie legitimus fiat, ex cõmuni doctrina, de qua *Bartol. in Auth. item sine, Cod. de naturalibus lib. 6. in §. & quid sit tantum, L. Galus, num. 15. Cost. in eodem §. num. 166. L. quisquis, Cod. ad Legem Iuliam, Auth. quibus modis efficiantur legit. §. si vero, Auth. quibus modis efficiantur sui §. penultimo, & ultimo, Cost. supra dict. num. 166. ad fin. & num. 150. versiculo caeterum, *Phieb. dec. 171. num. 35. & num. 87. & 1. p. dec. 97. num. 13. & 24. Cald. in L. si curatorem, verbo sine curatore, & num. 51. versiculo sed controversum est, *Sanches lib. 7. decalogi, cap. 9. num. 17. Gratian. forens. cap. 496. num. 8. & seqq. Gail lib. 2. observatione 140. num. 1. & 6. Barboſ. de appellatione verborum, appellatione 99. num. 36.****

159 De potestate Principis plene constat, nec est dubitandum, quod impraesentiarum illam habere supremam, saltem quoad illa impedimenta, quae de jure positivo, civili, & humano proveniunt, seu quoad ea, quae illegitimis ab eodem jure humano interduntur, veluti, quoad successiones, honores, dignitates, & privilegia. *Auth. quibus modis natura efficiantur legitimi, §. sit igitur licentia collatione 6. Auth. quibus modis naturales efficiantur sui, §. si quis autem defunctibus, & §. reliqui collatione 7. Auth. de trien. & semis, §. consideramus collatione 3. si quidem*

natus fuit Reus ex soluto, & soluta, ac perinde naturalis, ex *Ord. lib. 4. tit. 92. in principio*, quæ in hac parte sequuta est jus Pontificium in *cap. innotuit, ubi glossa, verbo conjugata de electione communiter recepta per Barbof. in remiss. ad eandem Ord. & ex alijs juribus, & DD. ac ultra citatos Petri Gregor. sintag. lib. 45. cap. 9. Gutierr. prædicto lib. 3. q. 55. Pichard. ad titulum instit. de hæreditatib. quæ ab intestato deferunt. in princip. & §. 6. & seqq. tradit cum Bart. & alijs Fragos. de Regimine Reipublicæ p. 1. lib. 3. disput. 6 §. 4. num. 54. nov. sime Portug. ubi supra dict. cap. 16. à princip.*

160 Hæc cum ita procedant de jure cõmuni, ut inquirant prædicti DD. & omnes qui asserunt legitimaciones hujus Regni non tales judicari, sed dispensationes appellari, & ut tales restringi, & non extendi, ut ultra alios videre est per *Cald. de nominat. q. 21. num. 65. & 84. Gigas de pens. q. 86. num. 4. Cabed. 2. p. dec. 69. num. 17. Valasc. conf. 165. num. 6. & de part. cap. 12. num. 42. Gam. dec. 383. num. 5. Portug. num. 14. sup. attamen certum est, quod filius legitimatus in hoc Regno, quoad ea quæ in charta legitimacionis continentur, & exprimentur, habetur ac si de legitimo matrimonio nasceretur, quod probatur ex illis verbis legitimacionis, ibi: *Como se de legitimo matrimonio fora nascido*, semel atque iterum repetitis *Cabed. 2. p. d. dec. 69. num. 3.* & pro constanti teneo, quod licet legitimaciones hujus Regni quoad successionem r. strictivè concedantur, vere, & proprie legitimaciones dicuntur, non dispensationes, juxta distinctionem, quam faciunt DD. ad intentum, inter legitimaciones, & dispensationes, dum inquirant, legitimacionem esse non dispensationem, si Princeps aliquem efficiat legitimum ad honores, successiones testamentarias, & alia, adjiciens, ut patri succedat in eo, quod patri placuerit. Ita tenet *Decius conf. 256. col. fin. Curt. senior conf. 77. vers. sed præmissis*, & alij quam pluri ni relati à *Costa in d. §. & quid si tantum l. p. num. 152. Covas de sponsalib. 2. p. cap. 8 §. 8. num. 1. & 6. Castilb. lib. 4. cap. 22. num. 3. Menoch. conf. 737. num. 6. lib. 8. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 38. alter de iust. tom. 1. disput. 173. vers. dubitant DD. & ibi ad calcem exculpat Gam. Cabed. & alios, tenentes contrarium, & disp. 149. illas legitimaciones esse profiteantur, quod & cum plurimis discurren *Castilb. quotidian. lib. 4. cap. 22. num. 63. & resolute referens infinitos ex n. 48.***

161 Quæ quidem traditio legitimacionibus hujus Regni applicari planum est, & si

de qua in præsentem, cum Reus sit filius verò naturalis, ut dictum permanet, ex soluto, & soluta natus, & in vita patris per eam legitimatus, cujus respectu plene constat de intentione Principis, & ejus voluntate, quod Reum legitimavit, & vere legitimum fecit; non autem cum eo dispensavit, ut cum alijs considerat *Valasc. Cald. conf. 4. à num. 16. & in L. si curatorem, verbo sine curatore, n. 53. vers. ceterum, Tiraquel. in L. si unquam, verbo donatione, num. 253. Fragos. de reg. reipubl. 1. p. disp. 6. lib. 3. §. 6. num. 85. optime Castilb. dict. lib. 4. cap. 22. num. 156. vers. vere tamen, & num. 160. ubi plenus de effectibus legitimacionis. Et juxta hanc sententiam, cum pater Rei decederet absque legitima prole ex nuptijs producta, & Reus illam haberet legitimacionem, tanquam ejus filius, & descendens legitimus reputandus est, siquidem qualitas filij secundum mortis tempus est intelligenda, *L. Titius ff. de testamento milit. Barbof. ibi, & in L. ex facto in secunda oppositione, & in L. centurio num. 31. ff. vulgar. Gam. dec. 167. num. 4. & cæteris consanguineis est præferendus, text. in L. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebelian. siquidem cum institutor loquutus fuisset per verbum naturale, filios, ut videre est fol. 27. nihil mirum, si appellatione filiorum veniant naturales tantum, quanto magis legitimati, ut cum multis tradit *Larr. dec. Granat. disput. 32. num. 8. quin etiam libertini, per textum in L. final. ff. de jure deliber. & alia de quibus Gam. d. loco n. 7.***

162 Habito ergo pro constanti, quod Reus legitimatus filius ultimi possessoris, unicuique apparet, ex resolutione juris, & Doctorum, de quibus jam venit disquirenda secunda quæstio, an in successione maioratus, de quo agitur, excludat Actorem substitutum, & faciat deficere conditionem, si sine liberis, in maioratibus appositam per mortem patris ultimi administratoris, qui eum legitimavit juxta dicta? In qua quidem quæstione, ommissis varijs maioratum formulis, institutionibus, & conjecturis, ad quas pro resolutione recurrunt Doctores cõmuniter in *L. ex facto 17. §. si quis rogatus ff. ad Trebelian. L. inter patrem 79. §. volo ff. legat. 2. L. cum avus ff. de conditionib. & demonstrat. cum alijs de quibus Menoch. lib. 4. præsumpt. 79. per totam, Medic. in tractatu de spurijs, verbo legitimatus, à num. 61. Mintic. de conjectur. ultimar. volunt. lib. 11. tit. 10. & 11. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 8. num. 31. & lib. 3. cap. 3. per totam, Tiraquel. in eo dict. tractatu cap. 34. per totam, maxime à num. 41. Cald. ad L. si curatorem, verbo sine curatore, n. 58. vers. unde, & de*

& de potestat. eligend. cap. 10. num. 11. & de nominat. q. 21. num. 28. Gam. dec. 278. Phab. 1. p. dec. 97. num. 10 & seqq. & 2. p. dec. 171. num. 14. cum seqq. qui varios casus distinguunt; quod ad presentem inspectionem attingit, cum maioratus institutus fuerit, non à patre legitimated, sed ab antiquo mortuo absque liberis ex iustis nuptiis parente Rei, in eius concursu cum Actore substituto, ex eodem sanguine institutoris, juxta text. in L. cum ita 33. §. in fideicommiss. ff. legat. 2. & Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. ibi: Succederà o parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo do sangue do instituidor, absque dubio est preferendus Reus legitimated, prout apparet à clausula ex certa scientia, & plenitudine potestatis, excluso Reo, seu quocunque alio consanguineo, juxta communem sententiam Doctorum, per quam consulere, & judicare debemus in hoc Regno, & ego aliquando in tyrocinio practice judicialis pro ea consalui, quia est opinio Bartoli in L. communium, Cod. de naturalib. liber. & quia maxime est receptior, & sic succedit Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1. versicul. & quando, ex qua cogimur, secundum hanc, judicare. Valasc. de jure emphiteut. q. 50. num. 30. vers. unde pater, Molin. de justit. & jure tract. 2. disput. 174. num. 16. Phab. dict. dec. 172. n. 17.

163 Quid sit hæc opinio communis, testificantur omnes fere Doctores proxime adducti, & alij multi, qui contrariam amplectuntur sententiam: Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 25. & 26. alter Molin. d. disput. 174. num. 36. Cov. variar. lib. 3. cap. 6. num. 7. & cap. 6. §. 9. num. 8. Mantio. dict. tit. 10. n. 6. vers. contrariam, Cost. in cap. si pater, verbo si absque liberis, num. 35. & 50. in princip. Gam. dec. 278. num. 4. & 21. ad fin. Castilb. lib. 5. quotid. cap. 106. num. 2. & 48. Valasc. conf. 94. num. 3. & 14. Carv. de una, & altera 4. 1. p. num. 174. Reynof. late observat. 33. Cald. conf. 4. num. 11. & 12. & num. 28. conf. 9. num. 4. Phab. dict. dec. 172. alias 173. per totam, verbo contrariam, admitti tantum inquit in disputationibus, & lecturis, prout etiam Castilb. dict. lib. 5. cap. 106. n. 8. prope fin. hanc vero in judicando, & consulendo, præcipue in nostro Regno sequendam esse, ubi magis communiter sequutam tenet ibi idem Phab. & pro ea judicatur in favorem filij legitimated ultimi possessoris, exclusis consanguineis substitutis.

164 Fortius est admittenda hæc opinio in nostro casu, in quo Reus fuit legitimated, cum clausula, ex certa scientia, ut possit succedere in maioratibus, ex quibus legitimated secundum communem opinionem admitten-

us est, excluso proximiori consanguineo, per fundamenta à DD. adducta, qui facit deficere conditionem, si sine liberis. Phab. dec. 97. num. 12. & num. 18. dec. 172. num. 14. & seqq. Gam. dec. 278. à num. 5. Larrea decis. Granat. disput. 32. num. 37. & 40. ubi quod etiam admittitur in maioratu dignitatis, ex quo nobilitate parentis congaudet, nec jam in dubium revocari debet, quod clausula, si sine filijs decesserit, in maioratibus, verificetur in naturalibus, siquidem deficere faciunt fideicommissum per textum capitalem in L. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebelian. secundum verum, & communem sensum DD. ibi, & in L. generaliter, §. cum autem Cod. de institut. & substit. cum sit certum, quod non decedit sine filijs, qui naturales reliquit, siquidem sunt de familia, & agnatione, ut ex alijs tradit Cald. d. conf. 4. num. 11. & 12. Barbof. dict. appellatione 99. n. 36.

Confirmatur resolutio ex Ord. lib. 2. tit. 165. 35. §. 12. in verbis ibi: E posto que até então fosses passadas muitas legitimações, para que os legitimados pudessem haver morgados, &c. Ex quibus patet, posse Regem, & solere concedere legitimationes, ut succedant legitimated in maioratibus. Carvalh. p. 1. num. 244. Cabed. 2. p. dec. 27. num. 4. Phab. 1. p. dec. 97. num. 13. Barbof. in remiss. ad dictam Ord. §. 12. Deinde facit pro hac parte clausula institutionis, in qua post vocationem simplicem filium exclusit institutor, Monachum tantum, & Clericum, nihil dicens de naturalibus, nec legitimated: in qua dispositione, quæ apparet fol. 27. eos censetur admittere, ut sic exclusio unius, sit alterius inclusio, ex text. in L. cum prætor ff. de judic. L. maritus Cod. de procurat. Cald. d. conf. 4. num. 20. Castilb. d. lib. 4. cap. 22. num. 164. eo maxime, quia cum naturales, & legitimated non sint expresse exclusi, admissi reputantur, ut per Cald. d. conf. 4. num. 16. & 37. Larrea d. disput. 32. num. 3. & licet maioratus institutor fuerit nobilis, non ex eo descendentes legitimum exclusit; quia quanto maiore dignitate excolit institutor primogenia, tanto magis respicere videtur ad filios naturales, legitimis deficientibus, ne sua memoria oblescat, quia ut ex Cephalo, & alijs tradit Mantio. de conjectur. ultimar. volunt. lib. 6. tit. 15. n. 1. multo magis vir nobilis, fama, & nomine clarus, naturali impulsu desiderare videtur sue familie memoriam, eamque conservare, & propagari: notat ex alijs Cassanate lib. 1. conf. 2. n. 13. & 14. & apud Nos præcipue experimur, quod in pluribus maioratibus illustrium familiarum expressim filij naturales vocantur, quasi per eos ho-

nor, & decus possit recte conservari.

66 Accedit & sententia fol. 63. qua census Regius iudicatus fuit Reo tanquam pars maioratus, ut videre est ibi fol. 64. & in dote à parente constituta fol. 107. ac nominatio ibi eiusdem filij ad maioratus successionem, post omnium bonorum donationem in eum collatam, quarum virtute in possessione, tam maioratus, quam aliorum bonorum Reus invenitur à morte parentis, qui sepultus fuit abhinc plus 30. annos, 17. scilicet Maij 1643. ut fol. 50. & quod Reus nobilis in domo parentis, & avorum invenitur, eorum memoriam conservando, in masculinitate prælata in institutione: que qualitas masculinitatis non sic in Actore invenitur, qui descendit à femina, ad ea quæ *Reynof. observ.* 14. num. 9. & hæc omnia fovent Rei partes; & si non possunt singula, collecta tamen juvant *L. spadonem §. qui iura ff. excusat. iur. L. rationes, L. instrumenta Cod. de probationibus cum vulgaribus.*

67 Ingenuè fateor, attento juris rigore, contrariam sententiam pro substituto contra legitimatum esse approbatam, & ea acerrime defenditur à doctissimo Iuriconsulto *Molin. in tractatu de primogen. lib. 3. cap. 3.* & alijs multis, præcipue Castellanis, relatis longa serie per *Castilh. quotid. lib. 5. cap. 82. n. 13. & cap. 106. à num. 8.* sed cum ex eorum, & aliorum dictis, secunda opinio pro legitimo, præcipue naturali, sit crebrior, & cõmunior, & ex illa iudicare teneamur juxta resoluta, & quæ idem *Castilh. d. num. 8. prope fin. Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 32.* hanc ego sequor, præcipue in casu præsentis, ubi Reus in possessione maioratus invenitur, ab ultimo possessore, simulque parente legitimante investitus, ex quibus in dubio meliorem sibi paravit conditionem *text. in L. si debitor ff. de pignorib. Gam. decis. 278.* præcipue quia sic inveni Senatam multoties censuisse, ut fol. 57. & 58. *Gam. d. dec. 278. Cyriac. controuv. 207. & seqq. in terminis Cald. conf. 4. & conf. 9. n. 80.* & alij quamplures ex quibus procedit doctrina *text. in L. 1. §. ait sextus ff. ad Syllan. L. 1. ff. de officijs præf. prætor. cum alijs Valasc. conf. 148. n. 34.* Ac ex his pro Reo, excluso Actore, sententias Iudicis, & Auditoris amplector, & sequor. Portu 9. Ianuarij 1674. Cazado.

68 Est præsens questio hujus processus quædam contentio tam celebris in jure, quam difficilis in decisione, inter duos patruales, unum legitimum, ex legitimo matrimonio, & alterum naturalem, & legitimatum; qualis nam eorum melius jus habere dicatur ad successionem maioratus, constat ex ver-

bis institutionis, quæ ita se habent.

E quer que a sua direita parte venha a seu irmão Domingos Nunes da Costa, o qual o haverá, & possuirá em morgado sem nunca o poder vender, nem espedaçar, & delle virá a seus filhos, por linha direita, precedendo o macho à femea sempre, com tanto que nam seja Frade, nem Clerigo, &c.

Supposita dicta institutione maioratus, facta in testamento à quodam nobili viro nũcupato Francisco da Costa de Mesquita, anno Domini 1597. ut patet fol. 24. & de verbis institutionis fol. 27. prope finem, primus vocatus Dominicus Nunes da Costa ingressus fuit possessionem ipsius maioratus, & post ejus mortem successit in dicto maioratu filius ejus Iorge da Costa de Mesquita.

Et cum iste sine filijs decessisset legitimis, reliquit filium naturalem legitimatum, impetrata ab ipsomet patre legitimatione; qui filius naturalis legitimatus, appellatus Dominicus da Costa de Mesquita, est Reus in hac causa, & Actor Franciscus da Costa de Mesquita, qui à sententia Iudicis ordinarij, & Auditoris appellavit ad hunc Senatam.

Pro utraque parte congerit Dominus sapientissimus, & colendissimus tot jura, & Doctores, quot à me omnem laborem tollere affirmarem; si quidem in adeo inextricabili dubio, tam lato, & eruditissimo calamo omnia pertractavit, quod solum mihi convenit ejus vestigijs inhærere.

Relatis enim ab eximio viro opinionibus pro utraque parte in hac materia, magis ei placet opinio pro filio naturali legitimo, & in hunc modum Iudicis, & Auditoris sententiam confirmat.

Ego tamen in contraria sum sententia per sequentia fundamenta. Primum fundamentum consistit in illa vulgari regula, de filiorum diffinitione, quæ tantum filium diffinit, & solum nomen filij meretur ille, qui ex justis nuptijs procreatus est, ut tradit *Ulpian. in L. filium ff. de his qui sunt sui, vel alieni juris*, dum inquit: *Filium eum diffinimus, qui ex viro, & uxore ejus nascitur: Bald. & Angel. & tenent alij, quos refert Iason in L. hac consultissima §. ex imperfecto num. 4. Cod. de testam. Corraffius Misballan. L. 1. cap. 7. Petr. Gregor. sintagmat. lib. 10. cap. 10. num. 6. Conan. lib. 10. cap. 1. num. 66. Paleot. de notis, & spur. cap. 27. ad princip. Roxas de success. cap. 2. n. 4.*

Qui omnes resolvunt, quod in dispositione legis, & hominis dispositione, solos justos filios appellatione filij contineri, non vero naturales., *L. generaliter §. cum autem*

Cod. de institut. & substitut. ibi: Iuxta sobolem: ex quo textu inferunt DD. quod in appellatione filiorum solos legitimos contineri, minime vero spurios, & naturales venire; neque jam positos in conditione (si sine liberis) substitutum excludere, notat Glossa, quam sequutus est Albericus, Bartol. num. 2. ibi, & Conan. lib. 10. cap. 1. num. 6. Tiraq. in L. si unquam, verbo suscepit liberos, n. 56. Gratian. forens. cap. 298. Paleot. d. cap. 27. Gabr. comm. tit. de fideicom. concl. 2. num. 67. Menoch. de presump. lib. 4. pres. 78. n. 2. constanter Faquin. controu. lib. 4. cap. 52. & cap. 60.

174 Et loquendo de successione maioratus, tenent; quod in institutione, vocatis filijs, naturales non admittuntur, ut tenet Molin. lib. 3. cap. 3. num. 41. & post multos, quos late refert Flores quæstion. variar. lib. 1. quæst. 16. §. 1. per totum, id confirmantes auctoritate text. in d. L. filium ff. de his qui sunt sui, vel alien. jur. & ex glossa doctrina, verbo liberi, de qua agit Buenhas regul. 36. Roxas de success. cap. 11. n. 2.

Comprobatur etiam; quia verba debent intelligi in suo potiori significato; L. ultim. Cod. de his qui veniam ætatis impetr. solos autem filios legitimos veros esse filios, probat text. in L. ultim. ff. de jure deliberandi, & tenent Abbas in cap. in presentia num. 17. de probationib. sequitur Cost. in §. & tantum 5. p. num. 74. Mantica. de conjectur. lib. 5. tit. 1. n. 6. Barbof. 4. p. rubric. num. 49. & seqq. ff. solut. matrimon.

175 Secundum fundamentum. Corroboratur prædicta conclusio; quia verosimile non videtur, vocantem filios ad maioratum, vel ad fideicommissum, de his intellexisse, qui illi ite, & cum peccato suscipiuntur, tum ex regula Legis filij ff. de condition. institut. ubi notat Gloss. in cap. faciat 22. q. 2. tum quia videntur patres ad delinquendos filios invitari, sed hujusmodi filij cum peccato suscepti ad maioratum admittuntur contra regulam L. convenire ff. de pactis dotalibus; quia hujusmodi filij, neque patri, neque Deo, nec hominibus amabiles, sed potius odiosi sunt, Cap. si gens 56. distinct. & ita nunquam testatores de illis videntur sensisse, juxta regulam Legis Lucius 9. §. Lucius Titius ff. legat. 2. quo argumento utitur Calvi. de nominatione 9. 19. n. 31.

176 Tertium fundamentum: quia neque legitimaciones, de quibus patet fol. 59. & sequentibus possunt operari, ut fiat Actor in jure deterioris conditionis, cum sit legitimus, quam Reus legitimatus; quia talis legitimatio, ut sit vera legitimatio, debebat

esse in totum absoluta, & non secundum quid, ut dicunt Philosophi; & quid sit secundum quid, patet ex verbis illius, ibi: Não he a minha tenção por ella ser feito prejuizo a alguns herdeiros lidimos, se os ouver, & a outras quæsq. pessoas, que algum direito hajaõ em os ditos bens, ut fol. 60. vers. in princip. & ibi fol. 69. in princip. E que outrossim possa succeder abintestado ao dito seu payjõmente.

Nam similes legitimaciones restrictæ ad 177 succedendum patri abintestato, & sine tertij præjudicio, sunt tantum dispensationes; quia cum in matrimonij radice legitimi fieri non possint filij naturales, neque ad omnia simpliciter legitimentur, sed quoad aliqua tantum, minime legitimatio dici potest, sed tantum dispensatio, tenet post Abbas Cov. de sponsalib. 2. p. cap. 8 §. 8. num. 1. Costa in §. & quid sit tantum num. 18. Menoch. lib. 4. de presumption. presump. 79 num. 38. Peregr. de fideicom. art. 23. num. 32. Pater Molin. de justitia disp. 173. post principium, P. Soares tom. 5. d. sp. 50. sect. 5. num. 7. Cab. 2. p. decis. 69. n. 2.

178 Omnes DD. expendunt pro hac doctrina leges, quæ de legitimacione agentes requiruntur, ut naturæ, & illis natalibus restituantur legitimi in quibus nascerentur, si ex legitimo matrimonio essent concepti. L. quia in provincia §. ultim. in fin. ff. de ritu nupt. dict. Authent. quibus modis naturales efficiantur legit. §. sit igitur licentia, ibi: Restituere natura, collat. 6. & authent. quibus modis efficiantur sui, §. illud, vers. sit igitur licentia, collat. 7.

179 Ex quibus resolvunt multi Doctores, solos veros legitimatos esse posse, qui in patrimonio Ecclesiæ legitimantur, quia hi soli ad omnia spiritualia, & temporalia fiunt legitimi; minime vero reliquos, qui vel ab Imperatore ad temporalia, vel à Sancto Patre ad spiritualia legitimantur, siquidem legitimi ad spiritualia remanent illegitimi quoad temporalia; legitimi autem ab Imperatore remanent illegitimi quoad spiritualia, ut tenet Alexand. in L. sed si hæc §. patronum n. 5. & 6. ff. de in ius vocando, Covas sup. d. §. 8. n. 4. Hostiens. & Peregrin. d. art. 23. n. 36.

180 Quartum fundamentum: quia neque in forma dicta, per quam illegitimus filius apparet, succedere potest; nulla enim legitimatio, quamvis plena, & ad omnes effectus, videtur efficere posse, ut legitimatus vere legitimus sit, ita ut nihil differat à legitimis, cum enim in veritate de legitimo matrimonio natus non sit: restitutio illa natalium

necessario fuisse importat, per quam fingitur, & habetur, ac si ex legitimis natalibus ortus esset.

81 Probat textus optimus in *Authent. quibus modis naturales efficiantur sui*, §. *filium ibi: Velut ex quadam machinatione*. Unde inferunt Doctores legitimationem similem esse alchimiae, quae facit, ut aes simile auro appareat, ut dixit *Bald. in cap. 1. num. 23 de constitutionib.* & legitimum similem homini medicato à vulnere, in quo semper manet cicatrix. ut ait idem *Bald. in cap. ult. num. 1. in fin. de translat. Episcop.* cum multis quos late in hoc proposito congerit post *Tiraq. in L. si unquam, verbo susceperit liberos, n. 79. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 5. cum seqq.*

82 His ita suppositis, resolvunt supracitati DD. quòd legitimatio facta per Principem in nostra Lusitania, & Hispaniarum Regnis, cum non sit plena, & absoluta quoad omnes effectus, & habeat adjectam clausulam, ut possit succedere abintestato, & ex testamento, quòd non sit vera legitimatio, sed dispensatio, & in similibus legitimationibus, quae habent clausulas limitativas, si talis filius legitimatus à patre praeeritus sit, non admittuntur contra testamentum legitimati, *L. inter cetera Cod. de liber. & posthum.*; unde recte sequitur non posse istos vere legitimatos dici. Et ita resolvit *Paulo de Castr. in d. L. sed si hac §. patroni, & Iason n. 6. & 7. Gom. in L. 9. Tauri num. 7.* sic intelligendus *Curs. jun.* quem refert, & sequitur *Gam. dec. 11. num. 4. & dec. 134. & post eum Cabed. dec. 69. n. 3. 2. p.*

83 Cum ergo in dicta legitimatione apponatur illa clausula, ibi: *E que outrosim possa succeder ao dito seu pay sómente abintestado*, ut jam notavi supra vers. dispensatio est non legitimatio, bene videtur, & adhuc non extendi cum dicta clausula restrictiva per verbum (*sómente*) quod verbum est de se limitativum, & limitatum producit effectum, in *L. in agris ff. de acquirend. rerum domin. cum vulgar.*

84 Quintum fundamentum. Dicta legitimatio etiam habet illam clausulam, scilicet: *Mas nam be minha tenção por ella fazer prejuizo a alguns herdeiros lidimos, se os ouver, ou outras quaesquer pessoas, que algum direito hação em os ditos bens*, ut ibi dixi in fine; licet aliqui DD. existiment, quòd illa dictio (*prejuizo*) solum ad filios legitimos spectet in bonis parentis, & ad descendentes, & non ita respectu ceterorum transversalium, qui à legitimato excluduntur; procedit tantum in bonis proprijs, & patrimonialibus ipsius

patris legitimationem impetrantis, ut tenent DD. asserentes, quòd nullum praedictum transversalibus considerari potest in hac successione abintestato, cum potuerit defunctus de bonis suis libere disponere, & quibus voluerit bona sua relinquere, ut bene consideravit *Faquin. controvers. lib. 13. cap. 62. in fin. post Tiraquel. & alios Crass. receptar. §. 1. num. 21. Menchac. de successib. orat. lib. 1. in praefatione à num. 15. & tenaciter tenet Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 10.*

Sed quamvis praecedente clausula successorum bonorum patrimonialium ipsius parentis, qui legitimationem impetravit, DD. inter se differant ad excludendos, vel admittendos transversales, posita illa clausula, sine praedictio tertij: attamen unanimiter omnes conveniunt, quòd in successione maioratus, nunquam legitimati succedere possunt, tum quia frequenter à nobilibus personis ordinatur, & succedit doctrina *d. §. si quis rogatus*; tum quia eorum finis est familiarum conservatio, & honestas domus testatoris, quae non consequuntur maioratum instituentes per hujusmodi filios illegitimos, & in peccato mortali conceptos, licet legitimatos, ut cum multis adductis comprobatur *Menoch. de praesumpt. praesumpt. 79. n. 27.*

Et tenent omnes DD. resolventes legitimum per rescriptum Principis, quamvis maior natu sit, non posse in jure primogeniturae succedere, imo praeferrì debere illos, qui ante, vel post legitimationem legitime nati sunt. Ita *Dominicus in cap. grandi de supplenda negligent. Pralat. in 6.* quem sequuntur reliqui omnes, ut post *Alexandr. Tiraquel Decius*; & alios comprobatur *Molin. de primogen. lib. 2. cap. 11. num. 22. & lib. 3. cap. 2. num. 6. & post eum Avendan. L. 40. Taur. gloss. 11. num. 7. Mantio. lib. 11. tit. 11. num. 4.*

Deinde asserunt supradicti DD. quòd etiam si patris consensus adsit in legitimatione, nihil prodest in bonis restitutioni subjectis, in quibus pater liberam non habet dispositionem, ex doctrina *Bartoli in d. §. & quod si tantum num. 14.* ab omnibus recepta secundum *Covas d. cap. 8. §. 9.* cum praecedenti explicat *Molin. d. lib. 3. cap. 3. per totum, & maxime num. 1. Pater Molin. de iustitia, & jure disp. 174. conclus. 5.* quòd in fideicommissio late comprobatur *Peregrin. art. 23. num. 62.*

Ulterius in maioratibus, ut dicunt DD. datur jus formatum considerabile, quæsitum omnibus successoribus, quos Princeps

non poteſt, vel intendit priuare, ut conſide-
rat *Molin. d. cap. 3. num. 3. & ſeqq. Cevalb.*
q. 2. num. 50. & 59. tenet Cervant. ad L. 12.
Tauri num. 6. & num. 48. quibus rationibus
juſtiſſime id ipſum diſponit *Ord. lib. 2. tit.*
35. §. 12.

189 Quintum fundamentum in eo con-
ſiſtit; quia inſtitutor ipſius maioratus erat
perſona adeo nobilis, ut ex certitudine fol.
172. & ſeqq. apparet, & ibi declarat, quo-
modo deſcendebat per lineam rectam, & ſi-
re aliqua illegitimitate, ut ſunt ibi verba,
ſcilicet: *Como elle deſcendia por linha*
directa, & ſem baſtardia, ut fol. 171. verſ.

190 Quæ talis petitio fuit facta anno Domini
1571. ut patet fol. 172. verſ. in fin. & teſta-
mentum, in quo inſtituit maioratum, fuit
conditum multos poſt annos, ſcilicet anno
Domini 1597. ut fol. 24. unde bene infer-
tur, quod illud verbum, *por linha directa*,
adjuſto alio verbo, *ſem baſtardia*, quod di-
ctus inſtitutor ſolum vocabat *linha directa*
illam, quæ illegitimitatem non continebat.

191 Ergo bene ſequitur, quod quamvis in
ejus teſtamento diſponit, quod dictus maio-
ratus devolvatur ad ejus hæredes *por linha*
directa, utendo ex his dictis verbis, ut ſupra
in dicta petitione; quod ſolum legitimos
vocare voluit, & nullo modo debebat dili-
gere in teſtamento, quod jam antea abhor-
tere demonſtrabat, ſcilicet illegitimitatem.

192 Et ita tenent DD. quod ubi probabiles
conjecturæ apparuerint ex voluntate teſta-
toris, quod nunquam ad illegitimos maio-
ratum noluiſſe devolvi, eſt tanquam Lex
obſervanda per *Auth. de nupt. ibi: Diſponat*
teſtator, & erit Lex; & alia, & præcipua cō-
jectura eſt etiam, ſi teſtator fuerit perſona
nobilis, quia maxime dedecet illegitimitate
natos habere hæredes, vel bonorum ſuo-
rum ſucceſſores, ex ijs quæ notantur à DD.
in *L. ex facto §. ſiquis rogatus ff. ad Trebell.*
& in terminis notat *M. enoch. conf. 173. n.*
75. vol. 2. & de præſumption. præſumpt. 79. n.
5. Molin. d. cap. 3. n. 30.

193 Ultimum fundamentum, bene etiam col-
ligitur ex alijs verbis dictæ legitimatiōis
relatis jam ſupra, ibi: *On a outras quaesquer*
peſſoas, que algum direito hação em os ditos
bens. Quæ particulæ (*quaesquer peſſoas*)
cum ſint generales, & univerſales omnes
comprehendunt, & eos, qui jam habebant
jus quæſitum in maioratus ſucceſſione, &
cum tranſverſales habuiſſent tale jus, ut no-
tatur proxime, Princeps in dicta legitima-
tione noluit eis præjudicare, & ita expreſſit
per verba ſupra relata.

194 Quæ verba cum ſint generalia, generali-

ter ſunt intelligenda. *L. 1. §. quod autem ff.*
de aleatoribus, L. in fraudem, ff. de teſtament.
milit. Afflict. deciſ. 319. num. 2. Surd deciſ.
122. num. 1. & conf. 271. num. 28. cum vul-
garibus.

195 Unde licet Princeps in aliquorum opi-
nione poſſit abſque cauſa legitima, & cita-
tione ſubſtitutorum illis in jure ad maiora-
tus ſucceſſionem in ſpe quæſito præjudica-
re, nunquam liberaretur à peccato mortali,
& non eſt dicendus, quod Princeps Chri-
ſtianus, & Catholicus propter aliquos ſub-
ditos, & vaſſallos voluiſſet concedere ali-
quam legitimatiōem cum diſpendio ſuæ ſa-
lutis æternæ.

196 Et in meliore opinione tenent DD. quod
Princeps tale facere non poſſit, & ei negant
hanc poteſtatem; quia ſolum ei conceditur
illud, quod juſtum, & honeſtum eſt, & quæ
abſque peccato, & tyrannide exerceri poſ-
ſunt, ut bene arguit *Molin. de primog. d. lib.*
cap. 3. n. 27. & 28.

197 Ergo bene ſequitur, quod quamvis
Princeps in verbis dictæ legitimatiōis hoc
voluit exprimere, nullum præjudicium in-
ferre noluiſſe maioratus ſucceſſoribus, jus
in dicto maioratu quæſitum habentibus,
quamvis antiquitus à primo inſtitutore, &
non à patre legitimati filij proveniebant, &
ita nil de bonis ſuis acquirebant, ſed de
bonis primi maioratus funcatoris, ſecun-
dum *L. unum ex familia §. ſi de ſalcidia ff.*
legat. 2. Decius conf. 445. num. 23. Covas lib.
3. var. reſolut. cap. 6. num. 10. Pinel. in L. 1.
p. 3. num. 48. Cod. de bonis matern. cum vul-
gar.

198 Accedit pro hac etiam parte Actoris legi-
timi ſententia prolata in domo ſupplicatio-
nis anno Domini 1660. ut fol. 203. & verſ.
ubi pro tranſverſali legitimo in eo dicto
gradu cum filio legitimato Senatores eximij
ſententiam protulerunt, ut ibi apparet; &
caſus ſimilis deciſus in ſupremo Senatu fa-
cit jus ad alios ſimiles, ut eo dicto modo
ſententia proferatur, *L. filius ff. ad Legem*
Cornel. de ſalc. Souſa de Macedo deciſ. 9. n.
23.

199 Et tantam vim habet judicatum in ſu-
premo Senatu, quod facit legem, ut eo dicto
modo judicetur. *Cab. dec. 212. 1. p. Gam. dec.*
228. L. 1. §. ait ſextus, ff. ad Sillenian. L. 1. ff.
de officio præſect. Prætor cap. cum in cauſis
extra de ſententia, & re judicata, Lara de vi-
ta hominis cap. 1. num. 58. & quod ſententiæ
ſupremi Senatus ſemper debeat obſervari,
tenet *Themud. dec. 280. n. 8. 3. p.*

200 Quibus præhabitis fundamentis, intelle-
ctus me duxit, ut pro Actore legitimo, & à
maior

maioratus institutore proveniente, & cum legitimato in eo dicto gradu existente sententiam dicam, sententiam Iudicis, & Auditoris revocando; atentis etiam rationibus à doctissimo Patroño relatis fol. 163. & sequentibus. Portu 28. Januarij 1674. Doctor Fonseca de Azevedo.

201 Paucratiales plusquam olimpiaco pulvere in praesenti collegisse juvat, adeo quòd nostri peritissimi doctores tenebrarum omnium floribus, & studijs sole clarioribus redigunt nemora, quamvis inculta, proprijs studijs manifesta, ac radianti luce ostendant: montes quaestionum turbabant scopuli, sed leni animo quando de apicibus juris decidunt, videntur sagitta de pharetra exire.

Ita in praesenti in hac eximia, strictaque disceptatione in jure nostro, nondum ab omnibus ultimo decisa, sed varijs ambagibus à multis scribentium morsus passa est; hac de causa istis deliberationibus inter se dimicantibus, primò divino Namini auxilium implorare debemus; fretus igitur sua illa incomprehensibili misericordia, quam nobis irrogare desideramus, dicere ausus sum; quis poterit cogitare mentem tuam nisi dederis Spiritum Sanctum?

202 Quapropter quamvis indignus, attamen ratione nostri muneris, hanc quaestionem dirimere tenemur, non parvo labore adhibito, sed sola consideratione juris terminata; sic se habet.

De facto igitur non dubitatur, imò à nostris erudito calamo nihil defuisse videtur; unde nobis solum suffragium proprium de jure interponere licet.

Visa namque institutione, quam in praesenti pro lege servare debemus, ex *Auth. de nupt. §. disponat, Cabed. dec. 121. 1. p. Phab. dec. 39. 1. p.* relata à precedenti deliberatione; primus institutor vocavit fratrem suum Dominicum Nunes da Costa, & deinde ejus filios, *por linha direita*, cum praelatione masculorum, exclusis Monachis, & Clericis.

203 Cum vero prima vocatio sit forma, & norma pro alijs sequentibus, eodemque modo, quo se habuit in prima vocatione, ita videtur se habuisse in sequentibus, ex dictis à *Bartol. in L. fin ff. ad Treb. Valasc. consult. 171. num. 2. & 6.* & quando verba sunt clara, & manifesta, otiosum est de illis disputare, ex *Menoch. de arbit. lib. 2. cas. 50. num. 1. & 2. Giurb. ad Senat. Stat. Messan. cap. 2. gloss. 15. n. 16. Pereir. de revision. cap. 31. num. 13. Castilb. cum multis tom. 5. cap. 39. n. 1. & 2.*

204 Per mortem vero istius primi vocati maioratum consequutus est ejus filius Geor-

gius da Costa de Mesquita, quem per multos annos possedit, & ultimo decessit sine successione legitima; imò reliquit filium naturalem, & legitimatum per Principis rescriptum in forma communi hujus Regni, qui nunc in possessione est maioratus.

Actor vero suam actionem proposuit fretus illa praerogativa legitimitatis, & in eodem gradu cum Reo legitimato, proximiorque ultimo possessori, tanquam filius Margaritæ Rabella de Muralles filiae primi vocati successoris Dominici Nunes da Costa, & nepos ex fratre ultimi possessoris Georgij da Costa de Mesquita.

Non facile dubium venit disputandum ob scribentium diffisionem, contrarietatemque deliberationum praecedentium, tot juribus, & DD. pro una, & altera parte nervose decisum.

Sed cum tota quaestio consistat inter legitimum, & legitimatum, qualis nempe eorum praefendus sit, altissima, & difficilima ipsamet quaestio venit decidenda secundum DD. opiniones.

Vnde Reus per totum suum fundamentum probare ostendit, esse legitimatum per Principis rescriptum, & ita debet regulari ad effectum excludendi Actorem, tanquam substitutum, vocatum in defectum proli ultimi possessoris, & quòd talis legitimatus consequitur omnia jura legitimis concessa, & dicitur de linea recta patris, & de ejus cognatione, & agnatione, & familia, & quòd vocatio solum de filijs simpliciter agit, & in illis legitimatum comprehendit.

Sed ego, visa forma institutionis in terminis, de quibus agimus, adhærere non possum opinioni DD. pro legitimato; & moveor ex sequentibus.

Primum fundamentum. Verum est, quòd secundum jus commune filius naturalis legitimatus non succedit in maioratu, nec excludit substitutum, quando de voluntate institutoris, vel concedentis non apparet aliqua conjectura, vel praesumptiones evidentes concurrunt, quòd ita noluit, ex *Flores de Mena variar. lib. 1. q. 16. num. 14. Valasc. tom. 2. q. 129. num. 13. Phab. 1. p. dec. 97. num. 27. ubi num. 2. ita decisum refert Pereir. dec. 14. num. 14. Reynos. observat. 33. n. 10.*

Attamen ex nostra institutione non videtur aliqua conjectura, ut ad legitimatum deveniamus; imò interdicitur maioratus ingressus in Clericis, & Monachis, ex eo quia legitimam prolem habere nequeunt, ut ex illa probatur.

Hoc procedit quando institutores nolunt ille;

illegitimos vocare; quia viro nobili, & dignitate ornato turpe eſt habere hæredem, & ſucceſſorem ex illicito coitu, qui nobilitatis memoriam conſervare non poteſt, ut in præſenti ex noſtro inſtitutore nobili ſigno Crucis Ordinis militiæ Chriſti inſignito. *Menoch. de præſumptione lib. 4. præſumpt. 79. num. 13.*

Augetur, quando adeſt illa vehemens præſumpcio, arcens illegitimum ex eo, quia petijt Principi ſtemma *dos Coſtas*, tanquam deſcendens illorum, & ſem *baſtardia*: quod verbum genericum eſt, & excludit omnes ſpecies illegitimitatis, ex *L. in fraudem ff. de milit. teſtam. Surd. dec. 122. num. 1.* præcipue in hominibus illiteratis; & valde incredibile eſt, ſuos deſcendentes voluiſſe deteriores cum ſucceſſore peccati labe maculato; & ſi interrogatus fuiſſet, id reſponderet ex *Flores in addict. ad Gam. dec. 2.* ſequendo opinionem *Caldas* dicit, eſſe veriore, quia in dubio non præſumitur, concedentem de his liberis in peccato conceptis cogitaſſe, maxime ex qualitate perſonarum; quare in verosimili non creditur, ex *Surd. conſ. 303. n. 39. L. qui habebat ff. de legat. 3. Farinac. q. 153. n. 76. Menoch. lib. 5. præſumpt. 20. n. 12. Gratian. dec. 28. n. 7.*

Secundum fundamentum. Filius efficitur legitimus per ſubſequens matrimonium, quando non adeſt impedimentum inter unum, & alterum, ex *Ord. lib. 2. tit. 35. §. 2.* deſumpta ex *Cap. 1. & cap. tanta, qui filij ſint legitimi, §. aliquando, Auth. de nuptijs §. dubitatum colat. 2.* Ita eſt in noſtro caſu, ubi *Georgius da Coſta de Meſquita* Rei pater legitimare noluit Reum per ſubſequens matrimonium: quomodo poſſumus intelligere inſtitutorem voluiſſe, quod pater noluit, præcipue decidendo illa anxietate, in ſucceſſione huius maioratus, jubendo eum decidere per ſeptem litteratos, ut videre eſt in ſuo teſtamento?

Hinc augetur alia conjectura de inquietudine ſui ſpiritus contra patrem decidentem, tam ſuper legitimatione, quam filiatione; quia veram filiationem ex parte patris difficilis probationis reputant DD. ex *Valſco conſult. 179. num. 7.* nec ex actis probatur illis qualitatibus contentis in *Ord. lib. 4. tit. 92. Phæb. dec. 68. num. 9.* quamvis partes non appoſuerunt, attamen ſufficit patris declaratio ex dictis à *Phæb. 1. p. dec. 97. n. 3.* attamen hoc intelligitur quoad patrem, non vero quoad alios antecellores, vel inſtitutores.

Tertiū fundamentū. Ampliatur hæc doctrina ex illo vulgari axiomate, quòd nemo

poteſt in alium transferre jus, quod non habet, ex *L. commiſſa ff. public. & vectig. L. ſin. Cod. ad Leg. Iuliam mai. Auth. inceſtas nuptias, Cod. de inceſt. nupt.* ſed pater non habet jus in bonis reſtitutioni ſubjectis; ergo in legitimatum non poteſt transferre jus, quod non habet.

Corroboratur: pater non poteſt alienare unam glebam iſtius maioratus; ergo non poteſt habitare unum ſucceſſorem, aliàs incapacem, contra formam vocationis; maxime cum ſit in præjudicium ſubſtituti inauditum, & ſine citatione, contra clauſulam *text. in L. 7. Cod. de jure fiſci, L. in concedendo ff. de aqua pluvia arc. L. de uno quoque ff. de re judicat. Gam. dec. 207. n. 2.*

Quartum fundamentum. Hac retenta 213 resolutione verum eſt, quòd Princeps in conſeſſionem iſtius legitimationis deferre videtur ſupplicationi impetrantis; at iſte ſolum petere poteſt, quod poteſt: ſed ſic eſt eſt quod non poteſt revocare inſtitutionem, augendo, vel minuendo eam; ergo legitimatione ſolum operatur quantum ipſe pater poteſt, & cum interdicitur ſucceſſori facultas conditionis, bene ſequitur, quòd non poteſt perſonam habitare contra mentem vocationis, ut reſolvimus: ratio eſt; quia quod mihi non licet, per alienum nomen mihi non competit, ex *Cap. quod alicui de regul. juris in 6. cap. ſicut non ſuo 44. diſtinct.* atque pater per ſe novare aliquid non poteſt; ergo per Principem minime potuiſſe videtur, ex eo quia legitimatione ſupplicationi, vel petitioni impetrantis adheeret.

Quintum fundamentum. Magnum diſcrimen conſiderare debemus inter filium carnalem, vel mentalem, ita ut in ſucceſſione maioratus veniat filius mentalis, ſuam mentem inſtitutores declararent, lineam reſtam intelligere debemus de legitimo, & non de legitimato, quia ſi interrogatus fuiſſet, idem diceret, ut reſolvimus, maxime cum percautum fuerit in acquisitione ſtemmatis, & ſem *baſtardia*, ut probatur per inſtitutionem.

Sextum fundamentum. Retenta hac opinione verum eſt, quòd nativitas iſtius legitimationi nullum præjudicium intulit ſubſtituto, in quo erat jus radicatum in maiortu, & ſolum per legitimationem jus dubium efficitur, ſicut DD. opiniones contrariæ ſequentium legitimatum non ſuccedere exiſtimant, cum vero reſolutiones Theologorum; nec Deus Optimus Maximus cum omni ſua Omnipotentia poteſt facere, quòd non ſit factum, quod antea factum erat; ergo nec Princeps poteſt tollere jus radicatum

tum in substituto post natiuitatem legitima-
ti, maxime cum ita cautum fuerit per Prin-
cipem in d. & ta legitimatione, ibi: *Sem pre-
juizo de terceiro.*

216 Negare non possum, quod supremus
Princeps legitimare potest naturalem cum
præiudicio substituti, & hoc debet esse causa
publicæ utilitatis; sed tamen deest in ipsa
met illegitimatione specificè manifestare
causam illius motionis, vel præiudicij ex
Flor. ad Gam. dec. 279. vers. quinto concl. 6.
Ratio est; quia regia maiestas nunquam in-
tendit juri alicujus quærendo præiudicare
ex causa de præterito, ex *L. 2. §. si quis à
Principe ff. nequid in loco publico. L. ultim.
Cod. de nat. liber.* & solum per viam legis
potest tertio præiudicare. *Surd. conf. 210.
num. 63 lib. 1. Cancer. variar. tit. 3. cap. 3. n.
29.* sed in præsentis sumus extra hanc quæ-
stionem, quia sicut ex legitimatione con-
stat, nulla datur Reipublicæ utilitas, nec
causa præiudicij manifesta invenitur; ergo,
&c.

217 Fulcitur hæc assertio; quia impedi-
mentum legitimitatis, vel illegitimitatis prove-
nit, & inventum fuit à jure Civili, ex *textu
in L. ex facto in principio ff. vulgar. & pupi-
lar. substit. Castil. lib. 4. cap. 22. num. 64.* &
ita restituit legitimatum natalibus, & cum
hoc impedimentum proveniat à jure Civili,
Princeps illud derogare potest, auferendo
substituto jus quæsitum, vel quærendum,
ea tantum declaratione, quod in his termi-
nis tenetur Princeps satisfacere, & integra-
re læso; quæ quidem resolutio communis
est, ex *Covas variar. lib. 3. cap. 14. num. 3.
Molin. de primog. lib. 1. cap. 8. num. 31. Pinel.
in rubrica de rescindend. vend. 1. p. cap. 2. n. 2.
Cab. 1. p. dec. 151. num. 6. & p. 2. dec. 10. num.
6 & decis. 18. num. 12. Valasc. tom. 1. con-
sulti. 72. n. 10. & 22.*

218 Ratio in eo consistit; quia nulli juri con-
sentaneum est, quod Princeps rem meam
sine facto meo à me avellere possit (salva
justitia) & si fecerit necessitatis causa, mihi
solvere tenetur, ex *L. venditor §. si constat ff.
comm. præd. L. Lucius ff. de victionibus,* &
DD. supra relatis.

219 Sed quamvis hoc sit de jure communi, at-
tamen in præsentis adaptari non potest, quia
sumus in maioratu antiquo, ubi institutor
de linea recta solum curavit; & voluntates
disponentium, & suum jus commune servare
debemus, tanquam legem, ex *d. Auth. de
nuptijs,* & ita resolvimus.

220 Sep. i. num. fundamentum. Ad hoc ut le-
gitimatus possit succedere in bonis maiora-
tus, vel feudis antiquis, virtute suæ legiti-

mationis præcise, & necessario tenetur
Principem certificare de substituto gravato,
vel saltem aliquo modo apparere debet,
Principem certiorum fuisse de gravamine il-
lato substituto, ex *Aretin. Socin. junior. conf.
49. num. 41. lib. 2. Decius conf. 90. num. 26.
lib. 2.*

Attamen Flores de Mena ad *Gam. dec. 2.*
affirmat quod legitimatus tenetur citare
substitutum, lias si non citat excluditur, ex
*Gam. dec. 11. num. 4. & dec. 134. num. 2. &
dec. 278. num. 31. in fin. Valasc. tom. 2. consult.
135. num. 7. & 13. Cabed. 2. p. dec. 69. n. 3.
Phab. 1. p. dec. 97. num. 28. & 2. p. dec. 172.
num. 50.*

211 Quamvis in hac materia non deficient
contradictores, attamen communis, & vera
opinio est, quod legitimatio facta à Princi-
pe supremo requirit citationem substituti,
& illarum personarum quas præiudicare
intendit, quamvis pater superstitie fiat legi-
timatio ad illa bona, in quibus ipse pater
non potest libere disponere. Ita *Decius conf.
85. num. 8. vers. potremo, Socin. junior. conf.
14. num. 3. lib. 2.* quamvis adversus hanc
sententiam objici possunt *DD. sequentes*
aliam opinionem, quibus erudite respondet
*Ruin. conf. 7. n. 33. lib. 1. quem refert Man-
tic. de tacitis tit. 12. n. 15.*

212 In his igitur terminis resolvit *Gail. pra-
ct. lib. 2. observat. 140. & 142. num. 15. ad
fin.* qui plures refert, quod Princeps non
potest legitimare naturalem, ut succedat in
bonis restitutioni subjectis in præiudicium
substituti, cui ex pacto, & providentia jus
quæsitum est, adeo quod substituto tene-
tur satisfacere, ex *Pinel. in rubrica de res-
cind. vend. 1. p. num. 2. Valasc. supra consult.
72. num. 10. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 8.
num. 31. & supra diximus.* Ratio est; quia
sublata restitutione visum non est tertio
præiudicare.

213 Octavum fundamentum. Legitimatio
autem Regis, & Rei habet illam clausulam
nempe, ibi: *Mas nam he minha tençãõ por
ella ser feito prejuizo a alguns herdeiros li-
dimos se os ouver.* Vnde inferitur, noluisse
Principem juri substituti, & legitimo præ-
iudicare. *Tiraquel. in L. si unquam verbo
omnia, vel partem aliquam, num. 14. Sera-
phin. dec. 144. num. 6. Thuse. practicab. con-
clus. tom. 1. littera C. conclus. 330. Farin. dec.
226 tom. 1. p. 2. Ramon. conf. 1. n. 31.*

214 Hæc clausula reddit decisionem in præ-
sentis indubitatum, quia ex illa manet sub-
stitutus illæsus; nec Princeps voluit ei præ-
iudicare, imo illi conservat omnia jura in
illis bonis, in quibus pater legitimatus tan-
tummodo;

tummodo habet uſumfructum, & reſtitutioni ſubjectis, ex *Paulo de Caſtro in L. Galus, §. & quid ſi tantum, num. 16. in ſin ff. liberis, & poſth. Decius conſ. 576. num. 6. Paris. conſ. 14. num. 44. Felin. in cap. cum olim, num. 17. & re iudicata Berous conſ. 177. num. 74. lib. 2.*

215 Nonum fundamentum: Legitimus namque cum dicta clauſula, ut in præſenti, ſolum videtur habilitatus ad ſuccedendum ſecundum patris voluntatem, vel diſpoſitivam, vel permiſſam; at vero contra illius voluntatem nihil conſequi poſſe, affirmat cum infinitis *Mantic. de coniecturis ultimar. voluntat. d. tit. 22. n. 158.*

216 Idem affirmat *Cald. in L. ſi curatorem, verbo ſine curatore, num. 58. verſ. aduerto ultimo, Cod. de in integr. reſtit.* quòd Princeps nunquam videtur præiudicare tertio, qui in bonis reſtitutioni ſubjectis jam habet jus quæſitum, vel quærendum ex cauſa tantum de præterito, veluti ex cauſa fideiçomiſſi; ubi citat *Auguſtin. Ruin. & in verſ. cæterum,* dicit omnem difficultatem ceſſare propter prædictam clauſulam, quia oſtendit Principis legitimationem non poſſe aliquid operari in præiudicium tertij.

217 Sed obſtat, quòd prædicta clauſula debet intelligi reſpectu deſcendentium, vel aſcendentium, non vero de tranſverſalibus, ex dictis à *Cald. conſ. 4. num. 16. Cab. 2. p. dec. 69. num. 4. Cardoſ. in præct. verbo clauſula, n. 32.* Sed breviter reſpondetur, quòd hoc procedit in bonis patris deſcendentis, in quibus nullum jus habent tranſverſales, ſed ſolum deſcendentes, vel aſcendentes: eo dictoque modo in bonis vincuſatis reſtitutioni ſubjectis, ubi legitimus poſt mortem patris nullum jus habet, & ſtatim deferuntur proximiori in gradu, ex *text. in L. ut vim in princip. ff. juſt. & jure, Avendank. reſponſorum tit. de las excepciones num. 6. Gail præct. lib. 1. obſervat. 3. num. 3.* in iſtis vero nullum jus habet, nec habere poteſt virtute ſuæ legitimationis.

218 Decimum fundamentum: Fateor etiam, quòd legitimus per legitimationem redditur legitimus, & æqualiter cum alijs filijs admittitur ad ſucceſſionem paternam, tanquam legitimus ſecundum *Alex. in L. ex faſto ff. de vulgariis,* & in his terminis procedunt omnia jura, & opiniones DD. tenentes contrariam.

219 Sed hoc limitatur in hoc Regno, unde legitimationes vocantur diſpenſationes ad hoc, ut poſſint parentibus ſuccedere, tam ex teſtamento, quàm abinteſtato in bonis relictis illis à quibuſcunque perſonis: optime

*Cab. 2. p. dec. 69. num. 15. & quòd legitimationes ſint vere diſpenſationes in noſtro Regno, & ſecundum illas vere dicantur diſpenſati ſecundum communem uſum loquendi, patet ex dictamet legitimatione in primo verbo, ibi (Diſpenſo) ſequitur *Cald. nil ſi curatorem, verbo ſine curatore, num. 42. 52. 55. in ſin. & 56. Cod. de in integr. reſtit. & de nominat. q. 21. num. 64. & quæſt. forenſ. lib. 2. quæſt. 58. num. 23. & conſ. 4. n. 16. verſ. ultim. Gam. dec. 11. num. 4. & dec. 134. & 383. num. 7. Valaſc. tom. 2. conſult. 165. n. 6. 7. & 13. & de part. cap. 13. num. 32. Petr. Barboſ. in L. quæ dotis, num. 177. ad ſin ff. ſolut. matrim. Cab. 2. p. dec. 69. num. 3. & 9. Phæb. 1. p. dec. 97. num. 28. & 2. p. dec. 172. num. 22. Card. in præx. verbo clauſul. n. 32.* Ratio eſt; quia iſte diſpenſatus in forma communi hujus Regni, dicitur legitimus quoad certos caſus in ipſa legitimatione còtentos; tunc reſtringitur, & verè legitimatione dici non poteſt. *Garc. de nobilit. gloſſ. 21. num. 76. Gail præct. lib. 2. obſerv. 142. n. 17. late Covas de ſponſalibus p. 2. cap. 8. §. 8. n. 1. cum ſeqq.**

Undecimum fundamentum. In his terminis omni dubio caret, Reum legitimatum in forma communi hujus Regni non poſſe excludere ſubſtitutum legitimum per lineam rectam primi inſtitutoris; quia legitimatione ſua limitata invenitur ad caſus in illa expreſſos, & ſolum operatur per mortem patris in ſuis bonis, non vero in illis, qui proveniunt à primo inſtitutore ſecundum *L. unum ex familia, §. ſi de falcidia, ff. leg. 2.* Ratio eſt; quia à præteritis non datur potentia ex Theologis, ut ſupra; quapropter Reus debet regulare ſuam legitimationem in bonis dumtaxat in quibus ipſius pater habebat liberam poteſtatem ex doctrina *Paul. de Caſtr. conſ. 30. lib. 1. Decius conſ. 258. Cab. 2. p. dec. 69. n. 3. & 7.*

231 Non dubito quòd iſti diſpenſati poſſunt excludere agnatos, & cognatos, & alios tranſverſales in bonis proprijs ipſius patris, & aliarum perſonarum, quæ volent illis relinquere, ex *Alexand. lib. 1. conſ. 2. Decius conſ. 307. Salicet. in Auth. item ſine Cod. de naturalib. liber.*

Ratio eſt; quia in iſtis bonis quæ ſunt de familia, agnatione, & cognatione, ut reſolvunt DD. ſupra eodemque modo poſſunt ſuccedere in maioratibus, vel fideiçomiſſis ab ipſo parente, vel alijs perſonis inſtitutis; ſed non in maioratu antiquo de familia, vel providentia; quia in iſtis bonis datur diverſa ratio: quia legitimatione nulla cenſetur reſpectu ſubſtituti. *Garcia de nobilit. gloſſ. 21.*

num. 28. *Peregrin. de fideicom. art. 6. num. 8. Mantio. de conjectur. ult. volunt. lib. 9. tit. 6. num. 8. & seqq. Surd. dec. 93. num. 18. 19. in fin. late Castil. lib. 3. controvers. cap. 106. n. 4. 13. & 40. Gutierr. de matrim. cap. 74. num. 26. & 28. Castro in prax. 2. p. lib. 1. cap. 2. num. 3.*

232 Unde venit, quod legitimatus vere, & naturaliter, & non dispensatus in forma hujus Regni succedit tanquam legitimus, & naturalis, ex *Bartol. in L. nuper in fin. Cod. de naturalib. liber. & in L. is qui pro emptore quest. 3. vers. item quæretur, ff. de usucapion. & excludit substitutum, & facit omnia tanquam legitimus naturalis, ex Ias. Soccin. Alex. in rubrica de liberis, & posthum. Cabed. supra dec. 69. n. 2.*

233 Sed attamen in dispensatione in forma hujus Regni, tanquam restrictiva ad certos casus non excluditur substitutus, nec operatur illam prærogativam legitimatis vere, & realiter, *Costa in §. & quid si tantum, 3. p. n. 23. Cab. ubi supra n. 3. & 9.*

234 Duodecimum fundamentum: quod dispensati non faciunt deficere conditionem (*si sine liberis*) nec excludunt substitutum legitimum tenet *Garc. de nobilitate gloss. 21. num. 4. Menoch. de presumptionibus lib. 4. præsumpt. 79. num. 47. & 71. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 38. Covas de sponsalibus 2. p. cap. 8. §. 8. Paris. conf. 14. num. 45. vol. 2. Succin. in L. Gallus, §. & quod si tantum ff. lib. & posth. nec clausula appositæ in dicta legitimatione, idest, *de certa sciencia, poder Real, & absoluto*, valet ad effectum præjudicandi tertio, quia illiditur per aliam, idest: *Que nam he sua tenção prejudicar he;* nec regulariter operatur ad aliquod præjudicium. *Burg. de paz. conf. 25. num. 45. Menoch. conf. 1. num. 431. Seraph. dec. 182. n. 8. Sesse de inhibitione cap. 4. §. 3. num. 14. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 7. num. 23. Thusc. litter. C. conclus. 3. n. 340. cum seqq. Marta de clausulis p. 1. clausul. 72. n. 10.**

Idem procedit in clausula de motu proprio legitimationi adherente, quia tanquam præcedens non præjudicat substituto, nec ex illa sequitur aliquod præjudicium ex notatis à *Gigas de pensionibus quest. 29. num. 4. & quest. 77. num. 3. Brun. à Sole in locis communibus, verbo clausula, n. 23. Menoch. conf. 36. num. 65. & conf. 202. numer. 8. & 82.*

235 Decimum tertium fundamentum. Hinc venit disputanda quæstio illa tractata à *Gom. in L. 40. Tauri num. 71.* utrum pater possit privare filium primogenitum jure maioratus, & primogenituræ? Vbi dicit quod non,

nisi ex magna causa, per quam posse eum exhæredare, & privare sua legitima; & ibi allegat jura, & DD. & tandem concludit, quod potest, præcipue in maioratu ab ipso patre instituto ob offensam illi factam, quavis maioratus sit irrevocabilis; secus vero si proveniret ab alijs ascendentibus, quia tunc non potest eum à tali jure privare.

Ratio hujus dissentionis est; quia in maioratu ascendentium pater non habet aliquod jus, quia istud filius recipit à primo institutore, ex *L. unum ex familia, §. si de falcidia ff. leg. 2.*

Ita in præsentī, sicut pater si habuisset prolem legitimam (quamvis ingratam) ei adimere non potuisset maioratum ab antecessoribus proveniente; ita & pater in maioratu ascendentium non potest filium, alijs incapacem, eum capacem efficere; ubi datur ea dicta ratio, eadem juris dispositio esse videtur, ex *L. illud ff. ad Leg. Aquil. Surd. de alimentis tom. 1. quest. 12. n. 1. & 8.*

Decimum quartum fundamentum: Quavis incapacitas medijs temporis non noceat, quia retrotrahit actum ad principium perfectionis, *L. retro, & ibi DD. ff. de captiv. & post lim. reversis, Bald. conf. 23. & seq. volum. 4.* sed fictio legis, vel legitimationis locum non habet, nec retrotrahitur in præjudicium tertij, cui medio tempore jus quæsitum, vel quærendum inest, ex *L. stipulatio de dote ff. de jur. dot. necessario* requiritur, quod hæc duo extrema sint habilia, & quod inter illa aliquod jus speciale non concurrat, quod semper impedit fictionem retrotractionis, & obviat conjunctiones extremorum. *Cap. per tuas de conl. apposit. cap. si per te, cap. quamvis de rescriptis;* præsertim quando vigore juris intermedijs aliquod jus fuit, quod si jam in se formatum est, extrema conjungi, & fictionem retrotrahi in præjudicium tertij impedit. Ita *Bartol. Iason. Mathiens. & alij citati à Menoch. lib. 2. præsumptione 9. num. 15.* affirmat, quod licet restitutio deportati à Principe facta, restituat atque reponat restitutum illum in pristinum statum, tam quoad honores, quam quoad bona, *L. 1. 2. & final Cod. sent. pass.* attamen restitutus iste non recuperat jus medio tempore in alium translatum aliquo modo, cum illi censeatur jam quæsitum, quod auferre Principem noluisse, multis affirmat *Menoch. conf. 186. numer. 10. & 11.*

Ex quibus evincitur, quod noster legitimatus non potest præjudicare juri quæsito substituto medio tempore suæ nativitatis, usque ad legitimationem concessam, cum

tum in illo medio tempore jus quæſitum fuit ſubſtituto, & minimè poſſumus affirmare, quòd illa duo tempora conjungi poſſe; quia quamvis primus tempus habile ſit in deportato, & ſecundum Principis reſtitutionem enim habiliter, & jus medijs temporis quæſitum ſubſtituto non auferatur; ergo à fortiore in legitumato, cui primum tempus habile non fuit in nativitate, quamvis deinde legitumatus, quomodo poteſt jus quæſitum ſubſtituto auferri?

37 Decimum quintum fundamentum: ſed ne aliquid omittatur, videndus eſt *Pegas tom. 2. ad Ord. regiam lib. 1. tit. 3. §. 1. n. 221.* ubi pro conſtanti tenet, reſpuendos eſſe legitumatos, quamvis *num. 212.* aliud ſentiat in terminis *Gam. dec. 278. num. 4. & 5. ad finem;* ſed tandem concludit ſentire pro noſtra opinione: *Quod ſi ſoror legitima eſſet, conſobrina legitumata eam non excluderet, quod mihi non diſplicet, cum non videam ſane congruam rationem; & num. 214.* ibi partem affirmativam amplector in illis caſibus, in quibus aliquo modo legitimo conſtituitur, inſtitutorem voluſſe excludere illegitimos, quantumvis legitumatos; & ibi allegat *Molin. Mantio. Menoch. Faquin.* & quamplurimos.

38 Conſtat namque de varijs conjecturis in noſtro inſtitutore, voluſſe illegitimos excludere, ut ſupra retulimus, præcipuè in Stemmate *Dos coſtas, & ſem baſtardia por linha direita,* cum excluſione Monachorum, & clericorum, ratione legitumæ proliſ indigentia, cum prælatione maſculorum; & ita debemus intelligere de filio naturali, non vero ſecundum carnem de filio, vel ſucceſſore inſucceſſibili, ut naturali reſpectu nobilitatis patris, quamvis diſpensato ad ſucceſſionem tantummodo paternam; non vero de alijs bonis ab inſtitutore antiquo, in quibus poſſeſſori nulla datur facultas diſponendi, variandi, alienandi, & ſimilia de quibus ſupradiximus.

39 Ultimum fundamentum. Non omittam illud non illepidè per *Craveto* relatum à *Valenſ. conſ. 159. num. 32.* ubi inſirmus vel vulneratus occultando morbum medico, vel chirurgo vulnus, mortuus eſt: ita in præſenti, quia diſpensatus æquiparatur inſirmo, vel vulnerato, impetrans tenebatur ſpecificare Principi morbum, vel vulnus, id eſt, quod habebat bona in duplici capita diſta, nempe vinculata, & reſtitutioni obnoxia, & deindè alia bona propria ſua; cum que ſupplica, vel petitio ſit tantummodo de bonis proprijs ibi (*ſua fazenda*) ut patet fol. 69. v. bene ſequitur quòd de alia uſu-

Pars II.

fructui deſtinata, vel reſtitutioni obnoxia diſpenſationem non impetravit, & ita in diſpensatus remanſit Reus quoad maioratum in præſenti, & mortuus ratione taciturnitatis morbi, vel vulneris. Ita probatur per multa jura, & DD. à dicto *Valenſuela* ſupra citato loco, & exinde multis rationibus.

Ne tandem incidamus in illa afflictione vel anxietate *Isaac, Genes. cap. 27. n. 22.* ibi: *Vox, quidem, vox Jacob eſt, ſed manus, manus ſunt Eſau:* ita in præſenti, vox quidem vox filij inſucceſſibilis eſt, ſed manus habet pilofas legitumationis. Quare iudicatum revocarem. *Portu. 26. Februarij 1674. Fonſeca.*

A qua ſententia fuit gravamen interpoſitum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata, Iudices *Gouvea, Cardoſo:* & fundata fuit in deliberationibus ſequètibus.

Erudita ſane hinc inde patrocina ſingulari voluptate mentem delinierunt; dictum mirum, quantum jurisprudentia ex præacutis effulgeat ſuffragijs, adeo, ut potius diſcendi, quàm dicendi præbeat anſa; deliberandi tamen impoſitum munus mihi ineſt.

Conqueritur *Dominicus* ultimi maioratus poſſeſſoris filius per reſcriptum regale legitumatus fol. 60. eo quod per inferiorè Aulam excludatur à ſucceſſione primogenij per *Franciſcum* militiae *Chriſti* equitem inſtituti, admiſſo ad eundem *Franciſco* ex *Margarita* ſore ſore ultimi poſſeſſoris *Georgij* filio legitimo ſuſcepto.

Hanc controverſam materiam difficilem vocat *Gam. dec. 278. in principio,* profundam dixit *Franciſcus,* controverſam *Caſtil. cap. 84. num. 1. prolixam Afflictis dec. 386. n. 8. altiſſimam Fuſar de ſubſtitut. q. 407. in principio;* & tantum quæ veram cauſæ deciſionem attento noſtro jure municipali ſpectant, breviter præſtringenda ſunt.

Non poteſt dubitari, legitumationem filio naturali à Principe indultam, & quibuſcunque clauſulis munitam eſſe diſpenſationem, ut taliter legitumatus parenti ſuccedat ab inteſtato. *Valenſ. conſ. 165. num. 7. & de partit. cap. 12. num. 42. Cabed. 1. p. dec. 69. n. 3. Gam. deciſ. 11. Cald. à n. 2. in l. ſi curatorem, verbo ſine curatore, n. 51. & 52. Phœb. dec. 172. num. 5. Barboſ. in l. quæ dotis num. 64. ff. ſolut. matrimon. Gratian. cap. 138. n. 41.*

Deinde prævia legitumatione naturalis filius diſpensatur, ut ſuccedere valeat in bonis, quæ eidem in teſtamento fuerint adſcripta. *Collega meus Carvalho in cap. Rainaldus*

aus 1. p. n. 532. de testam. Cabed. dec. 69. n. 3. Gam. dec. 10. n. 4. & 2. nec Princeps in præjudicium tertij intelligitur, plenariam legitimationem; app sita clausularum exuberantia, indulgere, nisi de eo fuerit certioratus. Gam. dec. 276. num 16. Peregrin. defideicomissis art. 23. n 75. Portugal, collega noster, de donationibus Reg. p. 2. lib. 1. cap. 16. à n. 41. & ita sancitum reperitur in Lege Regia lib. 2. tit. 35. § 13. quòd non sit nens Principis exuberantem legitimationem concedentis tertio præjudicare.

246 Planè in maioratibus per simplicem filiorum vocationem, ut est in presenti, legitimatedi censentur exclusi; verba enim intelligenda sunt, quatenus eorum proprio significato patitur *L. 1. §. quod autem ff. de aleat L. cum lege ff. testam.* per verba autem, filios, ab instituyente maioratum simpliciter pro'ata proprie filij ex legi in no matrimonio procreati significantur, ex *L. filium ff. de his qui sunt sui*; igitur ex tali simplici filiorum vocatione per lineam rectam non censetur R. legitimatedi vocari ad successionem maioratus, cum per legitimationem non coitus, sed filia to confirmetur, jure tamen legitimatedi dicitur non natura sed gratia, non generatione, sed regeneratione, non felicitate resciscendi, sed dono Principis, ut ratio teneatur. *Fab. in Cod. lib. 5. tit. 16. definitione 5. n. 7. in allegat.* unde aggravantem excluderem à successione, non enim maioratus à patris hæreditate provenit.

247 Præsertim cum in ea legitimatione non detur cohærentia illa personarum, quæ directam lineam constituunt, nec sit de familia, nec in eo perpetuetur nobilitas instituentis, quæ omnia in aggravato reperiuntur, & illius juri in spe certa habente causam de præterito exuberantia legitimationis præjudicium inferre nequit, ut evidenter ostenditur in docto patrocinio pro eo præstito; laudetur ex omnibus judicatum Vllissipone 16. Julij 1674. *Cardoso.*

248 Trivialis quæstio meo judicio decidenda proponitur, ad cujus resolutionem hos litigantes in facto, & cognatione tam respectu institutoris, quàm ultimi possessoris conformes invenio: A. & R. sunt ambo nepotes Dominici primo loco invitati ab institutore fol. 27. qui Dominicus ipsius institutoris frater erat; Actor, & Reus patruales sunt, & sobrini ultimi possessoris, per legitimam cognationem; Reus vero filius naturalis ejusdem.

249 Quare tota difficultas versatur circa utriusque jus in successione maioratus, de quo agitur; illius decisio pendet ex institu-

tionis forma, fol. 27. quæ est lex secundum quam præsens successio regulari debet. *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. & ex legitimatione fol. 66. in duobus punctis examinandis præsens controversia terminanda est.*

Primum, an in successione maioratus in hoc Regno admitti debeat filius naturalis ultimi possessoris in defectum legitimatedi, exclusis collateralibus institutoris cognatis, & primi vocati descendantibus, licet remotiores sint respectu ultimi possessoris?

Secundum, an filius naturalis per Principis rescriptum legitimatedi illos collaterales excludat?

Quoad primum, dico, & respondeo distinctionis fædere, nempe aut illegitimi ab institutore ad successionem reperiuntur vocati in possessione, aut exclusi etiam à possessione, aut verò nec vocati, nec exclusi in institutione inveniuntur. Primo casu, quando vocati in possessione fuerunt, non est dubium institutoris voluntatem esse sequendam, & filium naturalem esse admittendum. *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. n 45. eleganter Castilho lib. 5. controversiar. cap. 82. num. 41.*

In secundo verò casu, ex eadem ratione viribus, & DD. esse excludendos; in tertio verò etiam non admittendos dubitari non licet. Fundamentum est; quia maioratus natura postulat, ut successio illius derivetur in personas, per quas familia institutoris conservatur, ut illius splendor resulgeat, quod nullo modo per filios spurios, sive naturales derivari potest, ex mente omnium Doctorum quos refert, & lata manu sequitur *Castilho dicto lib. 5. controversiar. cap. 82. num. 41. & 43. Molin. ubi supra, §. lib. 3. cap. 7. num. 4. Mier. de maiorat. p. 2. q. 2. num. 1. & 2.* hanc resolutionem esse in Hispania communissimam, testatur idem *Castilho num. 41. vers. ex his*; & in nostro Regno idem dicendum testatur *Percir. dec. 14. num 4.* in illo namque inter nobiles viros non datur jus successionis hæreditariæ inter cognatos, legitimos, & illegitimos, sive naturales, ut patet in expressa *Ord. lib. 4. tit. 92 §. 1. vers. & falecendo*, ibi: *Sem testamento herdarâm seus bens os parentes mais chegados, & não os filhos naturais*; *Ord. lib. 5. tit. 92. §. 4. ibi: Com quebra de bastardia, Phab. 1. p. dec. 97. per totam*; ergo à fortiori illis debet denegari successio maioratus, cujus substantia est familiaris splendor, ac nobilitas.

A deò jus nostrum Regium abhorret; successionem illegitimatedi nobilium respectu legitimatedi, ut licet de jure communi

muni Romanorum pater poſſet, ſi voluiſſet, etiam extantibus filiis legitimis, naturalibus relinquere unam unicam hæreditatē juxta *textum in L. 2. Cod. naturalibus liber. authent. quibus modis naturales efficiant. ſui §. discretis collat. 7. Caſtilho lib. 5. controu. cap. 82. n. 43. & ab inteſtato filij naturales legitimis non extantibus patri in duabus uncijs ſuccedunt, authent. licet. Cod. naturalibus, liber. idem Caſtilho ibi proximè num. 43. verſ. ab inteſtato quæ ſucceſſio, lex Regia dicto lib. 4. tit. 92. §. 1. non admittit, imo filiis naturalibus excluſis collaterales patris admittit, ibi: *porque os filhos naturais não podem herdar ab inteſtado ſeu Pay.**

253 Nec contrarium ſuadet *Ord. lib. 4. tit. 36 §. 4. ibi: Ainda que ſeu Pay foſſe Cavalheiro*, ubi ad ſucceſſionem emphiteuſis admittitur filius naturalis nobilis, quæ ſimilitudinem habet cum ſucceſſione maioratus, & valet argumentum de uno ad alterum, quia reſpondetur cum *Pereir. dec. 14. num. 7.* cujus intelligentiam amplectuntur *DD. & Caſtilho dicto lib. 5. cap. 82. n. 42. verſ. prætereà, & dubium*, & immemorata *Ord.* agebatur de ſucceſſione emphiteuſis, cujus natura eſt poſſe tranſire ad extraneos, poteſt pater etiam extantibus filiis legitimis extraneum nominare. *Cald. de nomin. lib. 2. 9. 25. n. 30. & 31. Menoch. conf. 41. num. 26. & conf. 61. num. 3. & 4. Phæb. 2. p. dec. 161. n. 11.* Igitur nihil mirum ſi deficientibus filiis legitimis deferatur ſucceſſio ad naturales, cum ſit ſecundum naturam, & conventionem emphiteuſis familiam non ſequi, quod etiam in ſucceſſione noſtra admitteretur, voluiſſet.

254 Cum ergo inſtitutio noſtra fol. 27. in vocatione, ſive diſpoſitione ſuper quam controverſitur, non inveniantur expreſſe vocati naturales filij, bene ſequitur de jure non eſſe admittendos, nec verba illa *a ſeus filhos por linha direita*, ſunt incluſiva filiorum naturalium: *Caſtilho dicto lib. 5. cap. 82. n. 23. verſ. quo circa, & num. 25.* imo excluſiva illorum, attenda qualitate nobilitatis inſtitutoris, ut inſinuat idem *Caſtilho dicto verſ. quocirca, Molin. de primogenijs Lib. 3. cap. 3. num. 43. Pereir. dec. 14. num. 4. & 5.* & maxime conſiderata diſpoſitione dicto fol. 27. ibi: *Em tanto, que não ſeja frade, nem clerigo*, quæ eſt excluſiva naturalium. Ratio eſt; quia nec unus, nec alter poſſunt

contrahere matrimonium, nec prolem habere legitimam, propter quod excluſi fuerunt ab illo, quia familiæ ſplendorē delgere cenſetur, conſona: *Ord. lib. 2. tit. 35 §. 11.*

Deveniendū ad ſecundum punctū legitimatiōis dicto fol. 66. quæ potius diſtinctio ad ſuccedendum in aliquibus caſibus, quàm legitimatio eſt, nihil aliud important noſtri Regni legitimatiōes, & ita erat de jure communi, *ex textu in auth. quibus modis naturales efficiantur ſui §. filium, Reinoſo obſervat. 33. num. 10.* tacit de jure Regio *Ord. lib. 5. tit. 92. §. 7.* ibi: *E os baſtardes, poſto que legitim. diſ ſejam, ſe não poderã chamar de Dom, como puderã ſe de legitimo matrimonio foram nãſcidos*: ergo legitimatio in noſtro Regno, etiam quoad nobilitatem, in qua præjudicium tertio non irrogatur, non matris, licet ſtet in legitimo matrimonio procreatus; eo vel maxime, quando legitimatio fol. 66. eſt limitata, & ut exorbitans à regulis juris ſemper eſt in trepretanda, & non eſt extendenda ad caſus, in quibus non loquitur, maxime in præjudicium tertij regula quæ exorbitant regula. *Barboſa in Collectan. ad illa verba, Souſa de Macedodec. 65. n. 4.*

256 Plane legitimatio fol. 66. in principio, limitata ad ſuccedendum patri, & alijs perſonis, bi: *Que los derem, & paulo infra: E outrosy poſſa ſucceder em morgados, & em outras quaesquer heranças, que lhes aſſim forem dados, ou deixados*: verum iſtius maioratus ſucceſſio nec de jure aggravanti debetur, nec à patre ei poterat relinquere; nemo dat quod non habet, maioratus poſſeſſor eſt velut uſufructurarius, & non Dominus verus ad alienanda bona, nec ad introvertendam ſucceſſionis formam ab inſtitutore datam: ſucceſſores nihil capiunt ab immediato poſſeſſore, ſed ab inſtitutore. *Valaſc. conſult. 132. num. 37. Gam. dec. 59. n. 5. Gom. in L. 40. Taur. num. 87. Valaſc. de jure Emphiteut. 9. 10. num. 3.* et eſt vulgare: igitur cum bona maioratus, de quibus agitur, à patre filio relinquere non valeant; quia ipſius patris non ſunt, in illis memorata diſpenſatio ſive legitimatio locum habere non poteſt; ex quibus inferioris Senatus decretum laudandum judico *Uliffipone 26. Julij 1674. Doutor Gouvea.*

Ab iſta ſententia fuit petita reviſio à me, & facta in forma ſequenti.

SENHOR.

- 257 **D**iz Domingos da Costa de Mesquita, que perante o Juiz ordinario da Villa de Lanhoso deu Francisco da Costa de Mesquita, contra elle suplicante o L bello fol. 1. vers. para lhe largar o morgado, que instituio Francisco da Costa de Mesquita o velho, juntandose a instituicam fol. 24. & seqq. contrariou o suplicante a fol. 47. & seqq. com o pretexto de ser legitimado, & filho do ultimo possuidor, & o parente mais chegado, como se ve da legitimaçao fol. 55. vers. & as sentenças dadas em seu favor fol. 57. & 58. juntou mais outra legitimaçao a fol. 59. vers. & outra de Sua Santidade fol. 61. & correndo a causa seus termos, posta em dilacão sedeu a favor do suplicante a Sentença fol. 146. & 147. vers. em a qual foi absoluto julgandose lhe o morgado.
- 258 Desta sentença se appellou para o Ouvidor, que a confirmou, & della se appellou para a Relação do Porto, & se mostrou nas razões fol. 208. & seqq. haver de ser confirmada: & o primeiro Juiz fez a douta tençam fol. 214. vers. the fol. 220. a favor delle suplicante; & o segundo Juiz votou contra elle suplicante a fol. 221. the fol. 225. & tambem o terceiro de fol. 226. the fol. 232. aonde & vers. se proferio a sentença, & se revogou a do Juiz, & foi excluido elle suplicante por illegitimo, ainda que fosse legitimado, & se julgou o morgado ao suplicado Francisco da Costa de Mesquita, mandandose lhe largar.
- 259 Desta Sentença aggravou elle suplicante a fol. 233. vers. & pagou os nove centos reis, a fol. 237. & arrezou o feito a fol. 346. & o suplicado arrezou a fol. 411. & indo por primeiro Juiz ao Doutor Carlos Cardozo Godinho, confirmou a sentença, como se ve da tençao fol. 416. vers. & seguindo-se por segundo Juiz, o Doutor Joao de Gouvea da Rocha, foy do mesmo parecer, & escreveu a Sentença fol. 430. em que se disse, que não era aggravado o suplicante, & vindose a passar pela Chancellaria com os embargos fol. 432. se registarão a fol. 489. & esta Sentença foi dada em seis de Novembro deste anno, & he muito injusta, & digna de V. Alteza a mandar rever; & o suplicante tem direito claro, não só por ser legitimado, mas natural, como mostraremos discorrendo por cada huma destas couzas, & respondendo às tençoes, porque tudo se mostrará ser a sentença injusta, & digna de revista.
- Quanto à legitimaçao. Esta legitimaçam vai a fol. 60. &c. & suposto que por ella se diga nas tençoes, & sentença, que semelhantes graças, não são legitimaçoes, mas dispensaçoes, & que assim o legitimado só pode succeder ao Pay, mas não no morgado em perjuizo do terceiro, & do herdeiro legitimo; contudo he o contrario certo, & a legitimaçao fol. 60. &c. foi verdadeira legitimaçam, & não dispensaçao, o que se mostrará discorrendo pelas clausulas della nos fundamentos seguintes.
1. porque começa o titulo, & prologo da legitimaçam fol. 60. com as palavras seguintes.
- 260 *Faço saber aos que esta Carta de Legitimaçao virem.* As quaes palavras denotão a causa final da disposiçao, & a mente, & animo do disponente; nam à primordio tituli posterior formatur eventus, L. 1. Cod. imponend. lucrat. descript. lib. 10. L. ultim. ff. de Hared. inst. ubi Bart. & reliqui DD. in rubric. ff. si certum pet. late Dec. conf. 640. in fin. Cravet. conf. 192. num. 21. Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. num. 6. Menoch. lib. 6. presumpt. 2. n. 5. & num. 13. & conf. 766. num. 15. lib. 8. Bellon. de his que fiunt. in cant. seu ex interv. lib. 1. cap. 114. à num. 5. Se Sua Magestade tivera animo de dispensar, fomente dissera: Faço saber aos que esta carta de dispensaçao virem; & supposto que lhe chamou legitimaçao, ella foi a graça, & não dispensaçao.
2. Porque entrando pelo contexto da Carta, o mesmo se prova da clausula fol. 60. &c. que diz: *Quero, & outorgo, que elle haja, & possa haver todas as honras, Privilegios, & liberdades, dignidades, & officios assim publicos, como privados, que de feito, & de direito haver poderia, se de legitimo matrimonio nascido fora.* E mais abaixo fol. 61. *Ourossy quero, & outorgo por esta legitimaçao, que o dito Domingos haja a nobreza, & Privilegios della, que por direito commum, Leis, Ordenaçoes, & usanças dos ditos meus Reynos, haver deveria se de legitimo matrimonio nascido fora.*
- 261 As quaes clausulas induzem verdadeira, & ampla legitimaçam, porque se dirigem principalmente à pessoa que Sua Magestade quiz que ficasse legitimada, posto que limitasse os efeitos da legitimaçam, ou da successao resolvit Dec. conf. 258. n. 10. & in L. pactum n. 15. Cod. de collat. & post eum optimè Costa in L. Gallus §. & quid si tantum 2. p. num.

num. 152. Curt. Sen. conf. 73. vers. sed præmissis, Aloiat. lib. 3. parerg. cap. 4. Paris. conf. 7. num. 17. lib. 2. Gozad. conf. 6. n. 63. & 67. Laz. conf. 40. num. 6. & seqq. lib. 3. & conf. 162. lib. 1. Ruin. conf. 75. n. 10. lib. 3. quos refert, & sequitur Covar. de Sponsal. 2. p. cap. 8. §. 8. num. 2. Tiraquel in L. si unquam, verb. donatione largitus, num. 317. cod. revocand. donat. Hyeron. Gabri. conf. 50. num. 1. lib. 1. Bursat. conf. 1. n. 26. lib. 1. Menoch. conf. 306. num. 25. lib. 1. plures relati per Intrigl. dec. 3. num. 115. Peregrin. de fideicom. art. 23. num. 34. vers. secus autem: comunem dicit Tell. Fernand. L. 12. Tauri, n. 22. quem refert & sequitur Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 38. ubi dicit iudicatum prope ab omnibus iudicibus in quadam difficultate, & inextricabili lite, quæ super cuiusdam maioratus successione, & in summo Castellæ donatu defuncta fore: Ioan. Baptist. Lup. de illegitim. Comment. 3. §. 1. num. 48. Cal. ad L. si curatorem, verb. sine curatore, num. 52. vers. contrariam tamen, & num. 53. P. Molin. de iust. & iur. disp. 72. num. 6. vers. asserendum tamen esse legitimam, Gam. dec. 383. num. 5. vers. nec omittenda, & vers. & hoc dicit potest.

Entanto qualificação Sua Magestade a legitimação que fez plenissimamente na pessoa do suplicante filho do ultimo possuidor, que quiz ficasse restituído aos primores do matrimonio com as palavras que ficam referidas: Se de legitimo matrimonio nascido fora; as quaes denotação amplissima, & absoluta legitimação, ut in specie tradit. Ias. conf. 40. num. 7. & 8. Roland. conf. 67. num. 39. lib. 3. & conf. 26. num. 8. & 9. lib. 4.

262 Entanto ficou com esta legitimação o dito suplicante Domingos natalibus restituito, como se a principio nascera legitimo, juxta text. in L. qui in Provincia 57. §. fin. in fin. ff. de ritu nupt. ibi: Perinde ac si legitimi concepti fuissent: L. 2. L. ultim. ff. natalib. restituend. Auth. quib. mod. natur. eff. legit. §. sit igitur licentia, b: Restituere naturæ, & ibi: Nihil à legitimis filiis differentes, collat. 6. Auth. quib. mod. natur. eff. sui, vers. sit igitur licentia, & §. & quomam varie, ibi: Nihil dissimilis legitimis, collat. 7. junta a significação da palavra, nihil, que he universal negativa, & debet utiliter operari L. ultim. ff. de liber. & posthum. L. si is qui ducenta §. utrum ff. de reb. dub. explicat eleganter Conan. lib. 2. Comment. cap. 12. num. 4. Garc. de nobilitat. glos. 21. num. 71. & o mesmo dispoem a L. 12. de Toro in fin. que he a L. 10. tit. 8. lib. 2. recopil. ibi: Mandamus, que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legitimo matrimonio.

No primeiro estado do Mundo não havia differença entre filhos legitimos, & illegitimos, todos nascião verdadeiramente legitimos. Authent. quib. mod. natural. eff. legit §. si quis sane, vers. liceat igitur, ibi: Neque enim à principio, quando sola natura sanciebat homines (antequam scripta provenirent Leges) fuit quædam differentia naturalis, atque legitimi, sed antiquis parentibus aut qui filij nati ut procedebant fiebant legitimi & c. Authent. quib. mod. natur. eff. sui §. naturæ, siquidem eadem fere verba repetuntur, & in §. si quis ergo, vers. non enim fuit in princip. & c.

263 Isto obrou a legitimação no caso presente, que reduzio o legitimado ao primeiro estado, & o constituiu sem differença de legitimo, & lhe tirou todo o obstaculo, & impedimento que esta differença induzia pelas Leis Civis, ut in L. legitima ff. de pactis, lhe podia causar: porque como o Principe, que não reconhece superior he Ley animada na terra, Authent. de consulib. §. ult. collat. 4. Gloss. in L. & quis ff. de iurisd. omn. jud. Ord. lib. 3. tit. 66. in princip. ibi: Porquanto he sobre a Ley; podia tirar, & tirou este impedimento de illegitimidade, que he effeito de direito civil, & obrou nesta parte o rescripto secundum veritatem, non secundum fictionem, de maneira que ficou verdadeiramente legitimo, docet Bart. in L. 1. num. 14. ff. de acquirend. posses. & in L. si is qui pro emptore num. 29. ff. de usu cap. ubi Ias. num. 227. & num. 230. & conf. 127. num. 7. vers. & sic non obstat lib. 4. Bald. in L. cum accurissimi num. 7. cod. de fideicom. ubi eleganter dicit, quod legitimatio est verus status legitimorum, licet non sit verum principium; & post Tiraquel. Fortun. & alios comunem esse omnium sententiam, testatur & sequitur Covar. de sponsal. 2. p. cap. 8. §. 8. num. 13. eleganter Mant. de con. eclur. lib. 11. tit. 10. num. 10. & 13. & seqq. onde diz, que como a legitimidade he acto civil, o legitimado por rescripto dicitur verè, & prope legitimus, cum nihil aliud sit esse legitimum, quam esse idoneum ad ea, quæ deferantur jure civili, & que com a legitimação não se imprime nova forma, sòmente se descobre a legitimidade, que de direito natural tem todos os homens. Fusar. de substis. quest. 407. à num. 2. usque ad num. 7. Cald. ad L. si curatorem, verb. sine Curatore, n. 51. vers. sed his non obstantib. Cabed. 2. p. dec. 69. n. 2. Surd. conf. 75. num. 7. lib. 1. Honded. conf. 83. num. 12. & 14. lib. 3. Peregrin. de fideicom. art. 33. a num. 26. Nicol. Intigliol. dec. 3!

dec. 3. num. 6. Lancellot. Gallia conf. 95. num. 5. Montealegr. in praxi civil. cap. 1. §. 4. n. 1. & 2. Salzel. qui plures refert de represent. lib. 2. cap. 9. a num. 8. cum. seqq. Castilb. 265 lib. 4. contr. cap. 22. num. 48.

E tem lugar no suplicante todas as Leis, que fallaõ em filhos legitimados, & lhe competem todos os beneficios, prerogativas, & direitos de successão, que competem aos filhos legitimados, L. liberos, cod. de jur. deliber. d. Auth. quib. mod. natur. eff. sui. §. reliq. in princip. & §. generaliter vers. quapropter, post alios Tiraguel. in L. si unquam verb. susceperit. num. 85. cod. de revocand. Lancellot. Gall. d. conf. 95. num. 6. & 7. Intrigl. d. dec. 3. num. 7. & 8. Molin. de just. & jur. disp. 173. num. 24. Covar. d. cap. 8 §. 8. num. 13. & num. 15. vers. ego tamen, Roxas in epitom. success. cap. 23. num. 35. & 36. Cervant. ad L. 12. Taur. num. 44. Peregrin. de fideicom. art. 23. num. 28. & 29. onde mostra com doze exemplos, que as Leis exorbitantes, que fallaõ em filhos legitimados, & naturaes, tem lugar nos legitimados, quando a legitimação he plenaria. Cald. de nomin. q. 22. a n. 25. cum. seqq. Castilb. lib. 4. contr. cap. 22. num. 43. & 44. ubi plurimos refert, & expressamente o declara a mesma Carta de legitimação nas palavras referidas no numero 266 6. destas razões.

Quæ omnia adeo vera sunt, que ainda stante conditione si sine liberis de corpore legitime descendentibus, & ex legitimo matrimonio procreatis, quo casu non admittuntur legitimati, ut docet Bald. in L. gallus §. si ejus, ubi etiam DD. ff. de liber. & posthum. Menoch. conf. 20. num. 27. & conf. 173. num. 71. Surd. conf. 1. num. 97. & conf. 456. num. 9. Vincent. Fusar. qui plurimos refert de substit. q. 407. num. 71. licet contrariam sententiam teneant Butr. in cap. Per venerabilem qui filij sint legitimi num. 17. Menoch. conf. 225. num. 19. & conf. 227. num. 31. lib. 3. Bursat. qui alios refert de communi opinione testantes, conf. 18. num. 6. lib. 1. Mantua conf. 191. qui testatur ita consuluisse collegiam Patavinum, cujus consilium sequendum esse attulit Bursat. d. loco, & sequitur Menoch. locis relatis.

A lhaç havia de ser admittido o filho legitimado com a dita clausula, que haja, & possa haver todas as honras, & dignidades, privilegios, & liberdades, que de feito, & de direito haver deveria, se de legitimo matrimonio nascido fora, sic limitata illa prima opinione, ut in specie tradit Mar. Cutell. de donat. inter patr. & filium. tract. 1. discurs. 2. part. 6. num. 160. ubi citat Seac. Dec. Ruin Gozad. Afflict. Pariz Cephal. Marzar. Roland. Peregr. & alios sub his verbis: *Quam tamen limitationem intelligas nisi Princeps ita legitimationem concipiat, ut velit hos legitimatos succedere in bonis sub hujusmodi conditione relictis, inquam si ex legitimo matrimonio essent procreati, ea ratione, quia licet Princeps vere, & secundum naturam non possit efficere, ut sint nati ex legitimo matrimonio illi, qui ex illicito coitu orti sunt, attamen hoc potest facere de jure, videlicet, ut cum effectu pro talibus* 268 *habeantur.*

3. Se mostra ser a dita legitimação plenissima & absoluta das palavras da Carta fol. 61. ibi: *Porque minha tençam he de legitimar, & habilitar ao dito Domingos o mais firmemente que eu posso fazer, & elle pode, & deve ser.*

Dois extremos contem estas palavras, & cada hum poderoso para fazer esta legitimação perfeita, & absoluta: o 1. he interpor ElRey todo o seu poder, ibi: *O mais firmemente que o eu posso fazer.* 169

Ignotum autem non est, que o Principe que não reconhece Superior, como he Sua Magestade, pôde nos seus Reynos, & Senhorios legitimar amplissima, & absolutamente, & restituere naturalibus juxta tit. ff. de natal. rest. L. 2. Cod. tit. ibi: *Ut ecce si libertinus à Principe natalibus suis restitutus fuerit, illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus sit: & hic enim quantum ad totum ius pertinet, perinde habetur, ac si ingenuus natus esset. L. fin. §. fin. cod. tit. ibi: Libertinus, qui natalibus restitutus est, perinde habetur. at que si ingenuus natus medio tempore maculam servitutis non substinisset. Authent. quib. mod. natural. eff. legit. §. sit igitur licentia, ibi: Et offerre Imperatori precem hoc ipsum dicentem, quia vult naturales suos filios restituere nature, & antiquæ ingenuitati, & legitimorum juri, & sub potestate ejus consistant nihil à legitimis filijs differentes, Auth. quib. mod. natur. eff. sui §. si quis ergo, ibi: Hoc agat per nostrum rescriptum, & ibi: Imperio preces offerre hoc declarantes, quia vult naturales suos restituere nature, & antiquæ ingenuitati, & juri legitimo, ut sub potestate ejus consistant nihil à legitimis filijs differentes, cap. Per venerabilem qui filij sint legit.*

Esta he huma das regalias, que se chamaõ maiores. Montan. de feud. lib. 2. cap. 1. vers. quan-

quandocumque, & lib. 5. cap. 7. vers. regalia, Afflict ad cap. 1. quæ sint Regal. verb. regalia, num. 1. Sextin. de regalib. lib. 1. cap. 2. num. 20. ubi alios citat Rosent. de feud. tom 1. cap. 5. de regalib. conclus. 2. num. 4. ibi: His adnumeratur, & potestas extra legitimum matrimonium quæſitos legitimare. Ubi additio lit D. plures citat, & extat apud nos Ord. lib. 1. tit. 3. § 1. ibi: Item Cartas de Legitimaçoens.

271 O 2. extremo, he a vontade pette ta, & deliberada de Sua Mageſtade querer, que fique legitimado o mais firmemente que o pôde ser. Plane, o mais firmemente que o dito Domingos pôde ser legitima lo, he ficando restituído natalibus, & primæ naturæ, como se fora nacido de legitimo matrimonio, capaz de succeder ex testamento ab intestato, & contra testamentum, & em morgados, & para todas as honras, dignidadês, & privilegios, &c. sem differença nenhuma do legitimo; o que tudo comprehende a dita legitimação, como della se mostra.

272 O que mais se justifica com as palavras da mesma legitimação, fol. 60. &c. ibi: E porque não tinha herdeiro forçado, que sua fazenda houvesse de herdár. As quaes palavras mostraõ ser a dita Carta de verdadeira legitimação, & não dispensação; porque ainda que conforme a commum opiniaõ dos DD. podia o filho natural ser legitimado pelo Principe, ainda em caso que o pay tivesse filhos legitimos, com tanto q̄ fizesse delles mençam na supplica (super quo non insisto, porque estamos fõra deste caso) todavia quando o pay não tinha filhos legitimos, & o declarou assim na supplica, & se tomou por motivo, fica a legitimação mais facil, mais corrente, & mais absoluta, sem prejuizo de filhos, que saõ os que podãõ ser prejudicados [porque os transverſaes não se consideraõ, nem he necessaria citaçam sua, por ser a sua esperanza remota, & o seu prejuizo secundario, como direi abaixo] Auth quib. mod. natur. eff. sus § si vero is, ibi: Si vero is qui solummodo naturalium si iurum est p̄ter. & § generaliter, ibi: Omnino enim legitimis existentibus, deinde naturalibus provenientibus, nequaquam jus legitimacionis eis adducitur. Alexand. T. entacinq Var. lib 1 tit de legitimat. resol. 2. num. 3. & num. 11. Alciat. in L. 2. in princip. num. 53 ff de verb. Rep. in L. ex facto, § si quis rogatus, num. 20. & 21. ff. ad Trebell. relati pro Molin. de primogen. lib. 3. cap. 2. num. 3. Tiraq. de primogen. q. 34. num. 49. & seqq. Gosadin. conf. 6. num. 60. & conf. 48. num. 1. & 2. & conf. 85. num. 18. Menoch. conf. 827 num. 6. lib. 9. Fusar. qui alios refert. de substit. q. 407. num. 87.

273 Quarto, juntou El Rey para esta legitimação, sea querer com seu pôder: e a querer naquellas palavras: porque minha tençam he; & seu pôder nas outras: o mais firmemente, que o eu posso fazer; & iterum: & por fazer graça, & merce ao dito Domingos seu filho de minha certa sciencia, pôder Real, & absoluto. E huma cousa, & outra em favor da legitimação, para que ficasse exuberante, & omnibus numeris absoluta, como declaraõ as palavras: o mais firmemente que o eu posso fazer, & o elle pôde, & deve ser. Nec mirum; porq̄ e o querer, & poder aperfeiçoam qualquer acto, ut docent Philosophi, & de jure probatur in cap. cum super Abbacia, ubi Abbas, & Dec. de offic. deleg. L. cum te, ubi Bald. ff. de acquirend. hered. L. 2. ubi etiam Bald. C. comm. de leg. Molin. de primogen. lib. .cap. 24. innumeros refert Castilb. contrav. lib. 4. cap. 5. num. 9. & concorren lo no Principe querer; como diz a Carta, ibi: Porque minha tençaõ he, & pôder não sõmente geral, do qual senaõ pôde disputar, L. 2. cod. de crimin. sacrileg. mas particular para legitimar, como está mostrado no fundamento precedent, & ficou a legitimação amillissima, & perfeita

274 E he de tanta ponderaçãõ nesta legitimaçãõ a clausula, de minha certa sciencia, poder Real absoluto, que tira toda a duvida, & obstaculo, que contra ella se podia considerar. Bart. in L. consueuntur § codicilli in princip. ff. de jure codicil. Oldrad. conf. 252. in fine, Valasc. consult. 130. num. 6. Molin. qui alios citat de primogen. lib. 2. cap. 7. num. 18. & 19. ubi in specie diz que sendo legitimado hum espurio com esta clausula, potest auferre jus quæſitum ab intestato in successione parentis, etiam sine citatione hæredum quibus delata hæreditas, ex doctrina Bart. in L. Gallus § & quid si tantum, n. 13. in fin. ff. de liber. & posthum. quam dicit communem Ias. ibi num. 143. & plures alij quos ipse Molin. refert. lib. 1. cap. 8. num. 28. & nos infra latus comprobabimus in responsione ao segundo fundamento da parte contraria; nec Principi aliquid ex certa sciencia facienti, potest dici cur ita facis. Bald. in proem. feud. n. 4. Dec. conf. 373. n. 8. & alibi sæpe scribentes.

275 Nem aqui tem lugar a opiniaõ de alguns DD. que dizem, que a clausula, ex certa sciencia, non operatur in his, que in facto consistunt, & de quibus Princeps non presumitur habuisse notitiam; de quibus Rodolphin de suprem. Princip. potest. cap. 6. num. 6. Menoch.

clausula, ex certa scientia num. 23. nem se presume pela dita clausula, que o Principe teve noticia do negocio, quando a brevidade do tempo não deu lugar a isso, como considera Menoch. d. loco Decian. tract. crim. crim. lib. 2. cap. 37. num. 4. in fine.

- 276 Porque he tão exuberante esta legitimação, que não somente tem as clausulas de poder absoluto, de motu proprio, pro expressis, & derrogação de Leis inclusas virtualmente na clausula, de certa sciencia, *ex Molin. d. lib. 2. cap. 7. num. 17. Menoch. Matiens. Menchac & alij quos refert Barb. claus. 25. num. 2. mas ainda as tem todas, & cada hũa dellas exprimidas por extenso, ut patet fol. 60. &c. ibi: De minha certa sciencia, poder real, & absoluto; & fol. 61. ibi: Não embargando quaesquer Leis, decretos, decretaes, costumes, constituicoens, opinioes de DD. & quaesquer outras cousas, que esta legitimação poderaõ embargar, ou annullar, posta que sejam taes, de que em ella devesse ser feita expressa menção, as quaes hey aqui por expressas, & declaradas, & quero que em esta Carta não bajão lugar.*
- 277 Contem estas clausulas todo o complemento do poder Real, sem deixar lugar a duvida nenhuma de feito, nem de direito, para que não somente se não possa pôr em disputa se he dispensação, ou legitimação; mas para que necessariamente seja havida por legitimação absoluta ex omni parte, quanto alcance o poder Real, que he restituilo à natureza sem diferença de legitimo, & como se verdadeira, & não fingidamente fora nascido de legitimo matrimonio.
- 278 E a dita legitimação se concedeo ao dito Domingos por seu Pay não ter filhos legitimos, & a seu pedimento, ut fol. 60. &c. & em sua vida, pela escritura, que se refere na dita legitimação, & a seu requerimento; & he certo, que a legitimação concedida em vida do Pay, & a seu requerimento he verdadeira legitimação, & não dispensação. *Auth. quib. mod. natur. eff. sui §. si. vero, ex §. generaliter, collat. 7. docuit Bart. in L. gallus §. & quid si tantum, ff. deliber. & posthum. & in L. si cognatis num. 1. vers. quam dico sic, & ibi Succ. Sen. num. 21. ff. reb. dub. Intrigliol. de substit. cent. 3. q. 65. num. 7. Imol in L. ex facto in princip. num. 14. ff. ad Trebell. Ludovic de Sard. in tract. de natural. liber. §. requisita in legitimatione impetranda, num. 14. Tiraq. in L. si unquam, num. 20. vers. & similiter, cod. de revocand. Mantic. de conjeclur. lib. 11. tit. 10. num. 18. Alexand. Trentacinq. lib. 1. var. tit. de legitimat. resol. 2. num. 4. vers. sed si fiat vivo patre, & num. 11. Gallus de except. tit. 4. except. 27. num. 44. p. 5. Fusar. de substitut. q. 407. n. 20. & 89*
- 279 Nem obsta o dizerse nas tençoens, que o Aggravante não pôde succeder pela clausula fol. 60. &c. ibi: *E que possa haver, & herdar os bens do dito seu Pay, & de outras quaesquer pessoas que lhos derem, & deixarem por qualquer maneira que seja, assim por testamentos, como por codicillos, como por outra qualquer maneira de doaçam, & que outrosy possa succeder ab intestado ao dito seu Pay somente.*
- 280 Porque só por ella podera succeder a seu Pay, & não no morgado; porque se responde que o contrario he certo ainda na legitimação, que tem a clausula, que succeda naquillo que o Pay lhe quizer deixar, porquanto a dita clausula não prejudica, quando aliunde consta da legitimação, & clausulas della, que he para todos os effeitos, como he a legitimação de que tratamos, para honras, dignidades, & successões ex testamento, & ab intestado, com tão exuberantes clausulas, como está mostrado acima; non efficit, que seja dispensação limitada, nec ideo deixa de ser legitimação plena, resolvit *Dec. conf. 258. num. 10. & in L. pactum num. 15. cod. de collat. Curt. Sen. conf. 73. vers. sed pramissis, Socin. conf. 246. col. 3. lib. 2. Alciat. lib. 3. parerg. cap. 4. Paris. conf. 7. num. 17. lib. 2. Gozadin. conf. 6. num. 63. & 67. Ias. conf. 162. lib. 1. Ruin. conf. 75. n. 10. lib. 3. quos refert, & sequitur Covar de sponsal. 2. p. cap. 8. §. 8 n. 2. Peregrin. de fideicõm. art. 23. num. 34. vers. secus autem; communem dicit Tell. Fernand. in L. 12. Taur. num. 22. quem refert, & sequitur Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 38. ubi dicit judicatum prope ab omnibus Iudicibus in quadam difficili, & inextricabili lite, quæ super cujusdam maioratus successione in summo Castellæ Senatu diffinita fuit: Alter Molin. de just. & jur. disp. 173. num. 6. vers. asserendum tamen esse legitimationem, & ex Regnicolis Cost. in L. Gallus, §. & quid si tantum, 2. p. num. 152. Cald. ad L. si curatorem, verb. sine curatore, n. 52. vers. contrariam tamen, & num. 53. Gam. dec. 383. n. 5. vers. nec omittenda, & vers. & hoc dici potest.*
- 281 A razam he; porque quando a legitimação se dirige à pessoa habilitandoa para honras, & dignidades &c. a clausula in eo, quod patri placuerit, limita somente o effeito da successão, & não a substancia da legitimação, & per consequens non tollitur vera legitimationis ratio; ut colligunt omnes *ex cap. primo de matrim. ad morganitic. contracto; & confirmatur*

firmatur optimo ſimili in *L. cum in adoptivis §. ſed ne articulum juncta Gloſſ. verb. tantummodo. cod. de adoptionib.* ubi filius datus in adoptionem fit legitimus patri adoptanti, & contrahitur vinculum legalis cognationis, *cap. 1. de cognatione legali*, & tamen non ſuccedit contra patris voluntatem, ſed in eo quod patri placuerit.

282 Facti etiam, que o direito da ſucceſſão para o filho haver de ſucceder plena, ou limitadamente he ſeparado do direito da filiação, & legitimação, ut tradunt DD. præcitati, & alij relati per *Intrigliol. dec. 3. num. 115.* por illo em muitos caſos o filho legitimo, & nacido de legitimo matrimonio não ſuccede a ſeu Pay, como vemos no filho deſherdado, no que renunciou a herança com juramento, no religioso profeſſo, & em muitos outros; & conforme a iſto não implica, que pela legitimação feita com a clauſula in eo quod patri placuerit, fique o filho plenamente legitimado, & ſeja a legitimação propria, & absoluta, ainda que o modo de ſucceder a ſeu pay ſe ache limitado, ut conſiderant DD. ſupra citati.

283 E ſobre tudo os meſmos Deſembargadores do Paço, tem a legitimação concedida na forma ſobre dita por verdadeira, & absoluta, como teſtifica *Gama*, que teve o meſmo cargo, *d. dec. 383. num. 5.* ibi: *Et hoc dici poteſt ſecundum prædictum collegam in caſu prædicto, in quo non fuerunt citati cognati; & quia expeditores Palatii Regij hanc legitimationem concedentes reputant veram legitimationem, ideo citationem cognatorum omittunt.*

284 E quando o filho natural foi pelo Principe legitimado, com qualidade que poſſa ſucceder ex teſtamento, ab inteſtado, ſem aquellas palavras, quod patri placuerit, como vemos na clauſula referida, fica o filho tam amplamente legitimado, que pô de ſucceder a ſeu pay contra teſtamentum, ſe for preferido, ut notabiliter poſt *Bald. & alios* tradit *Greg. in L. 9. tit. 18. Gloſſ. 3. p. 3.* ex illo receptiſſimo juris principio, quod filius vere legitimatus, ſi præteritus ſit, poteſt agere contra patris teſtamentum, juxta *text. in Auth. quib. mod. natur. eff. legit. §. liceat, & §. ſit igitur licentia, & in Auth. quib. mod. eff. ſui, §. & quoniam varie, & §. reliqui, & §. ſiquis ergo, verſ. ſit igitur licentia, & in §. quib. inſtit. de hereditat. quæ ab inteſt. deferunt* reſolvit late communem dicens *Iaſ. in rub. ex num. 3. ff. de liber. & poſthum, & ibi Alex. num. 3.* qui etiam de communi teſtatur, & *conſ. 139. num. 1. lib. 1. Menoch. de ſucceſſ. creat. lib. 2. p. 2. §. 20 num. 31. & de ſucceſſ. reſol. lib. 1. §. 6. num. 3. Covar. de ſponſal. 2. p. cap. 8. §. 10. num. 5. & 6. Gam. dec. 11. num. 4. Cabed. 2. p. d. dec. 69. num. 2.* poſt alios *Molin. de juſt. & jur. d. diſp. 173. num. 24. Intrigliol. dec. 3. num. 126. 127 & 128.* ubi alios refert.

E menos lugar tem o argumento, que ſe faz da clauſula da legitimação fol. 61. & c. ibi: *Mas não he minha tenção por ella fazer prejuizo a alguns herdeiros lidimos, ſe os houver, & a outras quaesquer peſſoas, que algum direito hajaõ em os ditos bens, & coſas que lhe forem doadas, & deixadas.*

285 Porque ſe reſponde 1. que eſta tal clauſula comprehende ſõmente os deſcendentes, & não ſe eſtende aos tranſverſaes, os quaes não he neceſſario que ſejaõ citados para a legitimação. Ita notabiliter *Ancharan. conſ. 153. & poſt. Paul. Alexand. conſ. 51. lib. 2. ex quibus magis communem aſſerit, & ſequitur Gam. dec. 278. num. 3. & multis adductis Sarmient. lib. 1. ſelect. cap. 8. num. 7. Cabed. d. 2. p. dec. 69. num. 4. & magis communem fatetur Molin. diſp. 174. num. 16. Gab. commun. tit. de legitimat. conſ. 8. num. 7. Graſſ. recept. §. ſucceſſio ab inteſt. quaſt. 19. num. 14. & poſt longam diſputationẽ late defendit *Menoch. integro conſ. 306. lib. 4. ubi num. 21.* citat pro hac ſententia in terminis *Angel. Anchar. Paul. Corn. Alex. Soc. Sen. Calder. Fulgoſ. Felin. in cap. cum olim, num. 17. de re judic. Capic. dec. 22. in fin. Gozad. conſ. 6. num. 33. & hanc eſſe magis tutam, & retinendam docet Crot. in L. Gallus, §. & quid ſi tantum, num. 144. ff. de liber. & poſthum. & ibidem Lancelot. Galiaul. n. 90. teſtatur magis communem optime *Gratus conſ. 63. num. 11. lib. 1. Cæphal. conſ. 167. num. 16. lib. 2.***

286 2. Se reſponde, que a dita clauſula não altera a natureza da legitimação plenaria, quando conſta das palavras do reſcripto, que foi legitimação, & não diſpenſação, como neſte caſo fica moſtrado; in ſpecie *Intrigliol. dec. 3. num. 111. verſ. applicabat, ex num. 112. & ſeqq.* quia in legitimatione non requiritur conſenſus, nec citatio ſubſtituti. *Imol. in L. ex factõ §. ſi quis rogatus col. 1. ff. ad Trebell. Eugen. conſ. 52. num. 6. Bursat. conſ. 1. n. 31. verſ. attamen, lib. 1. Paris. conſ. 1. num. 37. lib. 1. Laderch. conſ. 35. n. 21. lib. 1. & conſ. 459. n. 44. lib. 5. ubi teſtatur magis communem opinionem.*

287 3. Se reſponde, que a dita clauſula ſine præjudicio & c. ſõmente comprehende o prejuizo principal, & primario, que com a legitimação podia vir a outrem, ſcilicet, tendo

do já direito adquirido nos bens em que o legitimado ha de succeder, non vero no prejuizo secundario, & por consequencia, porque esse tal não se considera, ut in specie tradit Angel conf. 264. & alij relati per Hyeron. Gabr. conf. 30. num. 30. lib. 1. Menoch. conf. 306. n. 3.

288 E daqui procede, que assim para a legitimação, como para qualquer outro negocio não he necessario que seja citadas aquellas pessoas a quem pôde resultar prejuizo secundario, & por consequencia. Gloss. communiter recepta in L. de unoquoque verb. quos causa ff. de re jud. Surd. dec. 256. num. 1. cum seqq. Menoch. conf. 501. & conf. 630. à num. 23. & 25. cum seqq. & conf. 939. a num. 35. & 36. cum seqq. tit. 13. lib. 4. recopil. & L. 2. num. 45. tit. 17. eodem lib. Gutier. conf. 19. num. 18. Valasc. de jure emphit. q. 10. à num. 3. Cald. de recept. q. 13. à num. 77. cum seqq. Barb. in L. venditor 49. num. 170. ff. de judic. Cabed. 1. p. dec. 197. num. 10. Cevalb. commun. contra commun. q. 636. Gerurb. dec. 1. ex n. 14. cum. seqq. Gabriel Pereir. dec. 26. n. 11. & dec. 52. num. 15. & dec. 65. num. 1.

289 E no caso presente, nem o suplicado, nem nenhum successor do Pay do suplicante pôde dizer que está prejudicado em direito que tenha adquirido em sua successão, porque esta legitimação se fez em vida do Pay do suplicante, quo tempore jus successionis nondum erat delatum, & El Rey na dispensação lómente removéo o impedimento, que o suplicante seu filho tinha de direito civil, & o poz no primeiro estado natural, auferendo vitium illegitimitatis, quo succedere impediatur, L. quæris ff. de natalib. restit. Aub. quib. mod. natural. eff. sui §. illud tamen à nobis; & assim como se o dito Domingos nascera legitimo, ninguem se podia dizer prejudicado na successão, assim restituído por El Rey ao estado de legitimo, não se pôde considerar prejuizo primario, & se se seguir por consequencia não he de consideração quominus a legitimação seja valida, & obre sem effeito de successão, exclusis omnibus, qui aliàs succedere poterant illa deficiente; quo argumenti genere utitur in hac propria specie Menoch. conf. 20. num. 26. lib. 1. post Anton. de Butr. Gozad. ad Paris. & Roland. Surd. conf. 1. num. 30. Covar. lib. 3. var. cap. 6. v. tertio, Cephal. conf. 23. num. 5. & 6. & seqq. Valemin. Forster de success. lib. 6. cap. 39. num. 11. & 12. Curt. Iun. conf. 1. num. 22. & seqq. & conf. 157. num. 19. Nicol. Bellon. conf. 2. num. 16. & 17. Petr. de potest. Princip. cap. 24. num. 188. cum seqq. cum plene traditis per eum Cod. 32. vers. aliud quoque exemplum, num. 23. Alex. & communis in L. generaliter, §. cum autem, Cod. de instit. os quaes todos dizem, que quando o Principe admitte a hum incapaz, removendo o obstaculo da incapacidade, he valida a disposiçõ inda que se figura prejuizo secundario a quem em falta da tal pessoa pudera succeder, porque tirado pela legitimação o impedimento da illegitimidade, accidentalmente ficará o parente transversal perdendo a esperanza que poderia ter, que por morte de seu Pay poderia entrar na successão, a qual esperanza de futuro he tãõ remota, que se não considera mais rico o que a tem, L. qui autem ff. quæ in fraud. cred. L. si servus meus hereditarius ff. de stipulat. serv. L. substitutio 41. ff. de acquir. rerum. domin. tradit Bart. in L. ult. q. ult. Cod. de pact. onde diz a este proposito, que a esperanza de succeder nam he cousa provavel, porque por muitos accidentes pôde vir a faltar; sic etiam quòd in hoc jure eventuali, quod tollitur in consequentiam, & occasionaliter non procedit regula de jure quæsito non tollendo, constat ex deductis per Franc. in cap. his qui, num. 4. in fin. vers. nec obstat, quòd tunc tollatur de prabend. in 6. Curt. Iun. d. conf. 1. num. 20. & 21. Sarnen. in d. rez. de jure quæsit. & q. 3. Seraph. dec. Rot. 1445. num. 2. & 3. & n. 6.

290 E em termos e específicos libet referre huma decisaõ novissima da Rota apud Farin. in posthum. 1. tom. dec. 730. num. 4. in hæc verba: Sicut etiam Princeps legitimando filium illegitimum non dicitur facere præjudiciũ agnatis, qui alias successissent, nempe quia Princeps legitimando utitur jure suo, & jus succedendi competens agnatis erat eventuale, scilicet si alij agnati dicebant sine filiis legitimis, & naturalibus, & sic Princeps impedit, ne eveniat ille casus, in quem agnati succedere debuissent. Socin. conf. 226. ante num. 10. vers. adduco etiam, & melius Curt. Iun. d. conf. 1. num. 22. Felin in cap. quæ in ecclesiarum n. 49. in 1. casu de constit.

291 Et in specie, que a dita clausula sine præjudicio, se virefique sómente no direito que o transversal tinha adquirido, antes de concedida a legitimação, resolvit Angel conf. 269. num. 5. Phæb. dec. 97. num. 25. tom. 1. Menoch. conf. 306. num. 7. lib. 4. ubi quodcum viventis non sit hæreditas, L. 1. Cod. hered. vel act. vend. DD. in L. ultima cod. de pactis; os transversaes em vida do Pay, não tem direito, nec re, nec spe in ejus bonis, em

em que poſſão dizer que foraõ prejudicados com a legitimação concedida vivente patre; ita ad propositum dicit Socin. Sen. cons. 41. num. 8. vers. præterea, lib. 3. que ainda que seja certo que o Pontifice não pôde com seu privilegio prejudicar ao direito de terceiro, se enten le do direito adquirido antes do privilegio, ut in cap. extuarum de Authorit. & usu palsj, & in cap. super eo de offic de legat. refert Menoch. d. cons. 306. n. 7. & 8.

292 Respondetur 4. que a dita clausula, sine præjudicio, inerat à jure, & affim nenhũa couſa obra, & foi ſõmente poſta para tirar toda a duvida, que podia haver, & confervar o direito dos transverſaes, se aconteceſſe, que o filho legitimo não aceitasse a herançã, ou faltasse antes diſſo, & chegasse a ſucceſſer, & em o itros caſos ſemelhantes, ut in specie Alex. cons. 187. num. 15. lib. 5. Menoch. d. cons. 307. num. 22.

293 Respondetur 5. que se a dita clausula se houveſſe de entender nos transverſaes, ficaria a legitimação frustratoria, & ſem effeito, & não obraria nada, porquanto como os transverſaes podem ſucceſſer até o decimo grao, §. ult. inst. de leg. i. agnat. ſucceſſ. L. 1. Cod. unde vir, & uxor, L. 1. & L. 3. Cod. hæred. Decur. Ord. lib. 4. tit. raras vezes ſucceſſeria não ter o Pay parente transverſal, que excluiffe o filho legitimado, o que se não pôde admittir, porque as palavras do reſcripto, & de qualquer outra diſpoſição não ſe podem entender sine effectu operandi, L. si quando in princip. ff. Leg. 1. cap. si Papa de Privileg. in 6. late Felin. in cap. 1. col. 1. & ibi Dec. col. 4. Ripa num. 42. de reſcript. Cra- vet. cons. 135. num. 24. & cons. 272. n. 7. & hoc argumenti genere utitur in specie An- char. cons. 153. num. 5. Angel. cons. 264. num. 2. Alex. cons. 187. num. 8. vers. 2. & cons. 188. num. 22. vers. non autem potest, lib. 5. Menoch. cons. 306. num. 11. & 12. lib. 4.

294 Respondetur 6. que a dita clausula, sine præjudicio, não limita a legitimação em couſa alguma, porque como ella foi impetrada, & concedida in vita patris, & ad ejus instan- tiam, não era necessaria citaçam de parentes transverſaes, nem de agnados, cradi Lupus de illegit. coment. 3. §. 5. num. 19. Ioseph. de rusticis in L. cum avus, n. 138. Roxas de ſuc- ceſſ. cap. 23. n. 96. Gabriel commun. tit. de cit. conclus. 1. num. 143. Cost in L. Gallus, §. & quid si tantum 2. p. n. 158. ff. de liber. & posthum. Intrigliol. dec. 3. n. 10. & seqq.

295 Respondetur 7. que as clausulas, ex certa ſcientia, de plenitudine potestatis, & non ob- ſtante, que na dita limitaçam foram poſtas, além dos mais effeitos que obraõ, para ſua cor- roboração, & validade, como atraz fica considerado, excluem tambem a citaçam dos paren- tes, que podiam pertender direito na ſucceſſam em falta da peſſoa legitimada, aſſerunt ſin- gillatim os DD. prout da clausula, ex certa ſcientia, o ensina Innocent. in cap. nisi cum pridem de renuntiat. & habetur in cap. cum olim. de re judic. Dec. cons. 269. n. 10. Paris. cons. 1. n. 70. lib. 2. Cost. in d. L. Gallus, §. & quid si tantum, 2. p. n. 156. & 158. ubi n. 157. dicit nec etiam legitimos liberos hoc caſu eſſe citandos: Cald. ad L. si curatorem, verb. sine curatore, num. 53. Gam. dec. 287. num. 1. Barb. clausul. 25. num. 10. Gabriel commun. tit. de claus. 1. num. 11. & da clausula de plenitudine potestatis o dizem Dec. ubi proxime, & in cons. 191. num. 6. Alexand. cons. 16. & cons. 30. lib. 3. Curt. Iun. cons. 154. & 274. Paris. d. cons. 1. num. 71. Gam. d. dec. 278. Barb. clausul. 19. num. 5. & omnem obre- ptionem, & subreptionem tollit Ludovic. Ludolphin. de absol. Princip. potest. cap. 5. num. 15. & o meſmo effeito tem a clausula non obſtante, porque se equipara à clausula de plenitudine potestatis. Gloss. singularis in cap. ad hæc, & ibi Abbas de reſcript. Ias. cons. 110. col. 4. lib. 4. quem refert, & ſequitur Socin. Iun. cons. 33. num. 39. lib. 3. exornat late, & eleganter Rolland. a Valasc. cons. 67. num. 57. & seqq. lib. 3. Ioseph. de rusticis ubi supra num. 140

296 E ſuppoſto que cada hũa das ditas clausulas he poderosa para excluir a citação dos parentes, & corroborar a legitimaçam de tal maneira, como se todos os parentes foram citados, ut verius, para que não seja necessaria citação de nenhum, à fortiori todas jun- tas, como se acham na legitimaçam do dito Domingos, ut in specie considerat Valent. Fo- ster. de ſucceſſion. lib. 6. cap. 37. vers. septimus effectus num. 42. & seqq. & in cap. 39. n. 13. 14. & 15. notabiliter Dec. cons. 269. num. 10. & seqq. ibi, Marzar. cons. 10. num. 77. & seq. Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. num. 25. E porque ſenão diſſeſſe que ſua Mageſta- de nam teve noticia verdadeira, & que as ditas clausulas nam obram in his, quæ in facto conſiſtunt, & de quibus Princeps non preſumitur habuiſſe noticiam ad tradita in specie per Rodolphin. de absol. Princip. potest. cap. 6. num. 5. Vincent. de Franch. dec. 192. n. 18. Sanch. de matrim. lib. 8. disp. 4. num. 6. Barb. d. claus. 25. num. 15.

297 Nem obſta outrosy o fundamento das tençoens das palavras da legitimaçam, diſpenſo com elle; porque se responde, que a carta de legitimação uſa promiſcuamente das palavras,

Pifanas *vor.* 94. n. 1. ubi eam probavit per 13. doctores primæ classis, omnes attestantes de communi, & magis communi, & quod ab ea in iudicando, & consulendo non sit recedendum. *Card. Tusc. tom. 5. conclus. 238. num. 2.* & secundum eam iudicavit *Rota Roman. ut in dec. 484. in fin. & dec. 485. in fin. in novissim. 4. p. Seraph. dec. 880. in fin. Farin. in novissim. p. 1. dec. 667.*

301 Todos estes Doutores, & outros por elles referidos seguem esta resolução verdadeira, & commua, não somente quando a condiçãõ foi posta fallando em filhos simplesmente sem fazer mençãõ de legitimõs, como no caso presente, onde na instituiçãõ fol. 25. se não faz mençãõ de legitimõs, mas tambem quando se faz mençãõ de filhos legitimõs, & naturaes nos quaes termos, que sam mais apertados, assentaõ, & resolvem, que o filho legitimado exclue o substituto, como consta dos muitos, que particularmente para este ponto ajuntou *Castilh. d. lib. 5. contr. cap. 106. num. 8.* onde n. 9. traz os fundamentos desta opiniãõ, & no n. 10. responde aos fundamentos da contraria.

302 E inferindo daqui a successãõ dos morgados se o filho legitimado hade excluir o substituto: os Doutores que não admitem o legitimado, fundam sua opiniãõ limitando a dita resolução commua, que procede somente em respeito dos bens de que o pay do legitimado podia dispor livremente; porẽm nos bens sujeitos a restituçãõ por dispensaçãõ antiga de outro fundador, dizem que o filho legitimado nam pode excluir o substituto, salvo sendo citado, & ouvido, & sendo a legitimaçãõ passada com justa causa, prout teneantur relati per *Tiraq. de primog. q. 34. num. 48. Crot in L. Gallus, §. & quid si tantum, n. 128.* post *Socin ibidem, num. 27.* qui ex mente *Bart.* & aliorum deducit regulam, ut legitimatio non præjudicet his, quibus Pater testando præjudicare non potest, *Gam. dec. 278. n. 16. Castilh. contr. lib. 5. cap. 106. num. 13.* esta razãõ contra o legitimado e n favor do substituto consideram *Molin. d. lib. 3. de primog. cap. 3. num. 10. Mier. de maiorat. 2. p. 9. 1. num. 9. Gutier. de matrimon. cap. 84. num. 27. Phab. dec. 97. num. 11. p. 1.* & outros que por extenso refere *Castilh. d. cap. 106. n. 12.*

303 Contrariam tamen sententiam, que o filho legitimado fica capaz de succeder no morgado, excluso substituto, tenet expresse *Covar. lib. 3. var. cap. 6. num. 7. in responsione ad 4. rationem, & de sponsalib. 2. p. cap. 8. §. 9. num. 8.* & agnoscit ipse *Molin. d. cap. 3. n. 26.* ubi n. 9. à communi, de qua supra, recedere non audeat; & ea retenta numeris sequentibus usque ad n. 40. declara, & limita esta opmãõ: multis comprobat *Ioan. Franc. del Castilh. dec. 70. num. 12. 13. & 14.* onde resolve, que o legitimado em ampla forma pôde succeder em morgado, porque nam difere do legitimo, & natural, & dicitur de familia, cognatione, & agnatione, ut infra ponderabo; & esta mesma resolução tem *Gam. dec. 278. Phab. dec. 172.* & outros muitos, quos Ego ipse refero, & sequor in *Commentar. ad Ordin. tom. 2. tit. 3. §. 1. cap. 32. pag. 89. num. 212.* & me citato hoc loco tradit Doctissimus Senator, qui in favorem Rei deliberavit in sua aurea deliberatione fol. 220. &c.

304 E procede o sobredito sem duvida, quando na dita legitimaçãõ do suplicante entre outras qualidades, & clausulas, que tem a dita legitimaçãõ, que a fazem amplissima, & plenissima; huma he, que possa succeder em morgados, & como esteja expressamente admittido para elles cessaõ todas as mais conjecturas da vontade, verba enim ubi sunt clara conjecturis non egemus, *L. ille aut ille §. cum in verbis, ff. legat. 3. cum vulgarib.* assim o resolvem in specie *Covar. d. lib. 3. var. cap. 6. num. 7. vers. eadem quidem ratione,* ibi: *Siquidem ibi ad primogenium vocantur legitimi, & naturales, satis erit, ut illegitimi admittantur, quod illi rescripto Principis efficiantur legitimi, & potissimum si expressim ad successionem primogeniorum fuerint effecti legitimi, opinor etenim necessariam fore expressam legitimationem ad successionem primogeniorum, sicut & est necessaria ad fœnda.*

305 Fallou *Covar.* em caso mais forte, quando na instituiçãõ do morgado sam chamados filhos legitimõs, & naturaes, & ainda neste caso, diz que os legitimados sejam admittidos ad exclusionem substitutorum transversalium, sendo expressamente legitimados para morgados. O termos do caso presente são menos fortes, porque na instituiçãõ não sam chamados filhos legitimõs, somente se faz mençãõ de filhos simplesmente; facilius ergo corre a opiniãõ referida estando o suplicante admittido expressamente para morgados: idem *Molin. d. lib. 3. cap. 3. num. 25. vers. secundus casus,* quando in legitimatione adjectum est, quod filius legitimatur ad succedendum in maioratu junctis per eum resolutis *lib. 1. cap. 8. num. 28. & seq. Cephal. conf. 23. num. 25. & seqq. Paris. conf. 1. num. 122. & 123. Curt. lun. conf. 136. num. 1. Lup. de illegit. coment. 3 §. 2. num. 43. idem Cephal. conf. 103. num. 4. lib. 1. Boer. dec. 123. num. 4. & 6. & Mench. de success. progress. §. 2. num. 52. Phab. d. dec. 97. n. 12. vers. ter-*

tius casus est, quando qui legitimat non est institutor, sed ea legitimatio fuit facta à Principe ex certa scientia, legitimando naturales ad succedendum in maioratibus, in hoc casu ex vi, & potentia dictæ clausulæ legitimatus excludit omnes alios substitutos transverfales. *Velasq. de Avendan. in L. 40. Tauri ex num. 33. usque ad num. 38.* onde tem por opiniaõ verdadeira, que o filho legitimado para succeder em morgados, especialmente ha de excluir os substitutos transverfaes. *Mier. de maiorat. 2. p. q. 1. num. 67.* ibi: *Poterit tamen Princeps licite legitimare filium illegitimum ad successionem maioratus in duobus casibus: Primus est, ubi filij illegitimi per testatorem non excluderentur à maioratu, sed remanserit illius dispositio solum in prohibitione juris communis, quia cum in isto casu Princeps possit jus derogare virtuti ejus filij illegitimi prohibiti sunt à maioratu, & omnis legitimatio ab eo dependeat, juste Princeps derogando leges, quæ illegitimis successionem primogeniturarum impediunt, potest legitimare filium illegitimum ad successionem primogenituræ.*

306 Idem tenet *Rojas in epitom. success. cap. 23. num. 86. Cald. Pereir. conf. 9. num. 68. vers. quæ quidem dubitatio.*

307 Corroborata muito esta resoluçãõ, que nos feudos onde ha prohibiçãõ expressa de nam poderem succeder filios legitimados, ex *text. juncta gloss. in cap. 1. §. naturales, verb. legitimi si de feud. fuerit contr. inter domin. & agnat.* (a qual prohibiçãõ não temos na successãõ dos morgados, por onde fica sendo caso mais favoravel) todavia se a legitimaçãõ for expressa para feudos, serã admittido à successãõ delles, excluindo aos substitutos remotos, que em falta dos taes filios poderiaõ succeder, ut tradit *gloss. citata, quam sequuntur Bald. Alvar. Cald. Alex. & outros muitos, que refere, & segue Boer. dec. 123. num. 4. ubi num. 6.* etiam dicit servandum ubi non esset facta in legitimatione mentio de feudo, sed aliàs de certa scientia, & de plenitudine potestatis, ut erat (inquit *Boer.*) legitimatio de qua agitur, & tunc si in eadem est clausula inserta, & concurrat generalis clausula derogatoria, non obstantibus in contrarium disponentibus, ut hic etiam erat, tunc legitimatus succedit in feudo.

308 E todas estas clausulas tem a legitimaçãõ do supplicante juntas com a permissãõ expressa de poder succeder em morgados: communem dicit *Paris. conf. 1. num. 76. lib. 2. Clar. §. feudum q. 82. Rojas d. cap. 23. num. 86.* onde resolve, que se pôde legitimar o filho illegitimo para succeder no feudo no Reyno, & no morgado em prejuizo dos agnados a quem podia competir direito, faltando o tal filho. *Covar. de sponsal. 2. p. cap. 8. §. 2. num. 27. & §. 8. num. 6. Rosent. de feud. 1. tom. cap. 7. conclus. 19. ubi additio lit. F. & lit. E.* refere mais de quarenta DD. por esta opiniaõ, que quasi todos a tem por cõmun: *Molin. etiam d. lib. 3. cap. 3. n. 25. Gam. d. dec. 278. n. 14.*

309 Nec mirum, que o legitimado sendo admittido expressamente para morgados, & para feudos exclue o substituto, cum sit certissimi juris, que pela legitimaçãõ ex familia, cognatione, & agnatione maioratus institutoris esse censeatur, & ideo in perpetuitate maioratus continetur, ut ex *Azone in summ. tit. quib. mod. natur. eff. sui, §. in successionib. autem, Ioann. Andr. Paul. de Castr. Salicet. Alex. Socin. & alijs tradit Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 44. Dec. conf. 365. num. 5.* ubi quod per legitimatos conservatur agnatio, & quot dicuntur de linea, & familia testatoris; & *conf. 307. num. 13. & 14.* ubi dicit communem *Tiraq. in L. si unquam, verb. suscepit liberos, num. 68. Cod. de revoc. donat. Covar. de spons. 2. p. cap. 8. §. 10. n. 2. & 3. Cravet. conf. 138. num. 4. & 5. Rojas in epitom. success. cap. 23. num. 91. Menoch. conf. 266. num. 16. lib. 3. Montealegr. in prax. civ. lib. 2. cap. 1. §. 4. num. 22.* & se reputaõ por descendentes legitimos. *Socin. conf. 63. n. 19. lib. 3. Roland. conf. 67. n. 16. lib. 3.*

310 O que mais se justifica com a clausula da legitimaçãõ, como se de legitimo matrimonio nascido fora; as quaes palavras per sy sãõ tomadas sãõ capazes para comprehender a successãõ de morgados: porque assim como sendo verdadeiramente nascido de legitimo matrimonio ouvera de succeder; assim tambem estando a esse mesmo estado reduzido pela dita clausula, ex vi, & efficacia æquiparatorum, quorum eadem est natura, nulla differentia constituta inter unum, & alterum casum, §. 1. *instit. de donat. L. quid ergo, §. ex compromisso, ff. his qui not. infam. L. 1. ff. de legat. 1. ubi late Alex. num. 9. post Bald. in L. omnia num. 3. Cod. E. piscop. & Cleric. gloss. in L. si quis seruo, verb. corrumpi, Cod. de furtis, & in L. quod vero contra verb. quod vers. in fine ff. de legib. 1. as. in §. ex maleficijs num. 39. instit. de action. Dec. conf. 199. num. 3. Roland. de lucr. dot. q. 42. num. 7. Menoch. conf. 158. num. 49. lib. 2. Surd. conf. 33. num. 28. lib. 1. & conf. 384. n. 22. & seq. lib. 3. Gratian. forens. lib. 5. cap. 946. n. 9.*

311 O que procede ainda nas dispensaçõens penaes, & exorbitantes, as quaes ainda que se não comprehendãõ na propriedade das palavras, a equiparaçãõ as faz ignaes, indifferentes, & comprehendidas. *Gloss. notabil. in cap. si postquam, verb. mente, in §. 1. & §. fin. de elect. in 6. gloss.*

*gloss. verb. facile in d. L. si quis seruo alieno suaserit, Cod. de furt. Marc. Anton. de Amat. dec. 21. num. 44. Everard. in topic. legal. loco à simili, & in specie tradit Menoch. conf. 12. 12. num. 6. lib. 13. quòd æquiparata in ſucceſſione, & in privilegijs præbent argumentum quantumcunq; reſcripta ſint ſtricti iuris, Cap. ſignificante, ubi *gloss.* & in cap. ſignificavit de reſcript. & in cap. P. & G. de offic. delegat. & tamen extenduntur ex mente, & intentione concedentis virtute æquiparatorum, *Gloss. in cap. si propter tua debita, verb. intentionis de reſcript. in 6. quam ad hoc dicit notabilem Iaſ. in L. juris gentium, §. prætor ait, num. 16. ff. de pact. gloss. ſimilis in cap. mandatum per text. ibi, verb. non fuit intentio de reſcript. & in cap. dilecti, verb. neque fuit intentionis eod. tit. cum alijs congeſtis per Tiraq. in L. si unquam, verb. libertis, num. 45. Cod. de revocand. don.**

312 De que procedem termos proprios, que val o argumento do legitimado por reſcripto com a dita clauſula, como ſe de legitimo matrimonio, &c. ao legitimado por matrimonio, & todos os privilegios, & direitos que competem a hum, competem a outro, dicit *Bart. in L. ex facto ff. de vulg. & probatur in Auth. quib. mod. natur. eff. sui §. tribus, & §. reliqui cum alijs supra citatis, ex quibus Fortun. Garc. in L. Gallus, §. & quid si tantum, num. 269. vers. item non solum legitimi, ff. de liber. & posthum. infert singulariter, quòd nati ex matrimonio ideo dicuntur legitimi, quia jus habent legitimum, sicut & illud habent legitimi per reſcriptum, quod bene probat L. 1. tit. 13. partit. 4. ibi: Legitimo hijo tanto quiere decir, como el que es hijo segun Ley. Et statim subjungit utrumque modum legitimandi, scilicet per matrimonium, & per reſcriptum.*

313 Sed magis in specie *Menoch.* omnino videndus *conf. 687. ex num. 27. usque ad fin. lib. 7.* o qual nos termos de que o legitimado se comprehende no estatuto, que exclue as femeas propter masculos, propoem a questão mais apertada nos termos de hum estatuto de Milão, que exclue femeas propter masculos legitimos, & pluribus asseverat, que o legitimado per reſcriptum com clauſula na legitimação, como se de legitimo matrimonio, &c. exclue as femeas, & se comprehende no estatuto, posto que expressamente chame varoens legitimos: a mesma opiniaõ antes de *Menoch.* seguio *Ruino conf. 68. lib. 3.* fallando em outro estatuto semelhante, cujas palavras refere, que excluia as femeas extantibus masculis legitimis, & naturalibus, ac de legitimo matrimonio natis; & diz *Ruino*, que sendo filho legitimado com a dita clauſula, como se de legitimo matrimonio, cessa a duvida utrum legitimatus comprehendatur in statuto? Porque as ditas palavras obraõ que se comprehenda ex interpretatione Principis legitimantis, de que se segue (diz *Ruino*) que nam pòde a filha succeder havendo o legitimado; a mesma opiniaõ teve *Paulo de Castro conf. 252. quæstio ista col. 2. vers. & sic legitimati lib. 2.* onde havendo dito, que o legitimado nam exclue as femeas, quando o estatuto requere existencia de filhos legitimos, & naturales, expressamente subjungit *Castrens.* que o legitimado naõ pòde valer-se do tal estatuto, salvo se na legitimação fosse admittido, ou expressamente, ou æquipolenter; hoc est, que succedesse in omnibus, & per omnia, como se de legitimo matrimonio, &c.

314 A mesma opiniaõ teve *Dec. conf. 392. & conf. 316. num. 8. vers. & ista conclusio, & num. 10. vers. & per hoc Gozadin. conf. 6. num. 39. & num. 73. vers. ad quintum respondeo; & mais claramente Gail. lib. 2. præct. cap. 140. num. 20. vers. potest enim, Peregrin. conf. 96. numer. 4. lib. 1.*

315 A razão em que esta opiniaõ se funda he, porque a incapacidade do filho illegitimo na materia de ſucceſſoens procede de Direito positivo, & o Princepe pòde derogar, & alterar no Direito positivo, *L. ex hoc jure ff. de just. & jure, cap. proposuit de concess. præbend. gloss. communiter recept. in L. ultim. Cod. si contra jus vel util. publ. & in L. quoties Cod. de precibus Imper. offer. traditur in Cap. que in Ecclesiar. de constit. & in rubr. & in L. 1. ff. & Cod. de legib. Paul. in L. cum hæredes ff. de acquirend. possess. & in L. 3. ff. de testam. Curt. Sen. conf. 49. in fin. & conf. 50. vers. cum maxime, Dec. d. conf. 390. num. 10. in fin. Menoch. d. conf. 687. num. 31. Monet. de commut. ult. volunt. cap. 5. num. 100. adeoque nas cousas que tocão a Direito positivo, naõ ha que buscar mais razão, que a vontade do Princepe. *Craves. conf. 241. num. 3. Cephal. conf. 12. num. 19. Menoch. conf. 455. num. 19.* & daqui procede o poder de legitimar a naturales, & a spureos em prejuizo de outros parentes, que havião de succeder, ut tradunt *Alex. in L. Gallus, §. & quid si tantum, num. 24. ff. de liber. & posthum. & ibi Socin. Senior n. 23. Iaſ. num. 129. Fortun. Garc. num. 290. Cost. in 2. p. num. 174. Craves. conf. 135. num. 7.* & outros que refere *Menoch. d. conf. 687. num. 32.* & infra latius probabimus, onde nos numeros seguintes mostra outros effeitos, que deste poder do Princepe sobre o Direito positivo resultaõ.*

316 De que se infere para o nosso caso, & verdadeira resolução, & ainda muito mais favoravel, porque na instituição não estão chamados filhos legítimos, senão filhos simplesmente, cuja vocação comprehende todo o genero de filhos, ainda que sejam naturaes, *ex d. §. si quis rogatus*, & ainda que estiverão chamados legítimos, entrava nesta vocação o filho legítimado para excluir quaesquer substitutos pela clausula da legitimação, como se de legitimo matrimonio, *ex interpretatione*, & voluntate Principis legitimantis, como se fora nascido de legitimo matrimonio. Ita in specie argumentatur, & colligit *Paul. Cast. conf. 252. quaestio ista, col. 2. vers. & sic legitimati non possunt, lib. 2.*

317 Sic videmus, que ainda que o filho simplesmente legítimado nam succede no feudo, todavia se for legítimado com a dita clausula, como se de legitimo matrimonio, succede. *Socin. Sen. conf. 3. n. 17. lib. 3. Menoch. d. conf. 687. n. 41.*

318 Sic etiam videmus, que ainda que o legítimado simplesmente nam succeda no fideicommisso deixado sómente para os legítimos de legitimo matrimonio, nem exclua o substituto, *ex doctrina Bald. in L. Gallus, §. si ejus ff. de liber. & posthum.* quem sequuntur plures relativos per *Fusar. d. q. 407. num. 71.* succederá, & excluirá o substituto, se a legitimação tiver clausula, como se de legitimo matrimonio. Esta resolução seguem 27. Doutores, que referio *Paul. Castrens. in d. L. Gallus, §. & quid sit tantum, ff. liber. & posthum. Socin. Sen. conf. 63. num. 22. lib. 3. Ancharran. conf. 225. videtur prima facie dicendum, col. 2. Fulgos. conf. 26. casus talis est, col. 1. Cuman. conf. 168. Reverendus Pater col. fin. Alex. conf. 2. num. 12. & seq. lib. 1. Dec. conf. 624. num. 6. & 7. Ruin. conf. 161. num. 19. lib. 2. & conf. 76. num. 12. lib. 3. Gozadin. conf. 25. num. 12. & conf. 29. num. 22. & conf. 92. num. 15. vers. praeterea, Paris. conf. 1. num. 87. lib. 2. Curt. Iun. conf. 221. num. 16. & 17. lib. 3. Cephal. conf. 103. num. 4. & conf. 111. num. 10. lib. 1. Simon. de Praet. de interpret. ultim. voluntat. fol. 315. num. 5. Laurent. de Pin. conf. 53. Paul. Pic. conf. 24. num. 12. & 20. Roland. conf. 67. num. 48. lib. 3. Decian. conf. 5. num. 22. & 23. lib. 1. & conf. 35. num. 41. lib. 4. Reminald. Iun. conf. 294. num. 21. lib. 3. Mazollis conf. 117. num. 30. Bursat. conf. 18. num. 7. & 10. lib. 1. Bonacos inter consil. Reminald. sen. conf. ult. num. 62. & 80. lib. 4. Bertazol. conf. 3. num. 32. & conf. 107. num. 17. & conf. 111. num. 39. lib. 1. in Civilib. Surd. conf. 1. num. 98. lib. 1. & conf. 472. num. 2. & 3. lib. 4. ubi firmiter hanc opinionem defendit *Achil. Pedroch. conf. 10. num. 45. Menoch. conf. 20. num. 19. & seq. lib. 1. & conf. 227. num. 31. lib. 3. & conf. 687. num. 42. lib. 7. & conf. 827. per tot. lib. 9. ubi latissime Mart. conf. 96. num. 29. lib. 1. & de successione leg. 1. p. 9. 18. art. 2. ex num. 29. usque ad num. 32.* qui hanc opinionem dicit veriore, & sequendam, & por esta opiniaõ respondeo o Collegio Patavino, ut refert *Mantuc. 191. lib. 1. quod sane responsum efficit* [inquit *Menoch. d. conf. 827. num. 1. ad fin.*] ut dici debeat haec communis sententia posteaquam tot, tantique illius amplissimi ordinis DD. eam affirmarunt, & quod unius Collegij opinio est anteposenda opinioni singularium DD. ut ipse probat *praesumpt. 71. num. 9. lib. 2.* ainda que outros tem a contraria opiniaõ, esta he a mais comua, & mais seguida, conforme o numero dos DD.*

319 Porque a contraria opiniaõ tiveraõ 14. DD. que refere, & segue *Fusar. d. 407. num. 34.* a saber *Dec. Grat. Ruin. Paris. Socin. Iun. Cephal. Decian. Reminald. Iun. Menoch. Intrigh. Gall. Rust.* & destes se haõ de tirar alguns, que tiveraõ a opiniaõ primeira, como saõ *Dec. Ruin. Paris. Socin. Iun. Cephal. Decian. Reminald. Iun. & Menoch. praesumpt. 79. numer. 22. lib. 4.* qua fretus auctoritate idem tenuit *Castilb. contr. lib. 5. cap. 106. num. 34.* porque ainda que entaõ teve *Menoch.* esta opiniaõ contraria, depois se retratou, & seguiu a primeira, por achar que he mais verdadeira, & mais seguida dos DD. ut ingenue fatetur *d. conf. 827. num. 6. in fin. ibi: Hac itaque in opinione haecenus fuisse reperio solummodo dicere DD. quot & Ego sum aliquando sequutus in comm. de praes. lib. 4. praes. 79. num. 22. porro cum 20. DD. aliter sensisse adhibito moveri studio, & diligentia invenerim, reprehendendus non essem, si nunc mutarem, ut dici solet, in melius consilium.*

320 E *Castilho loco supra citato num. 35.* tempera esta opiniaõ contraria, & diz, que procede a primeira, quando a legitimação admite o legítimado a succeder em morgados, & derogada a disposição contraria, & ultimamente remete o negocio a conjecturas, de que se mostra que o Principe pelas ditas palavras quiz prejudicar ao substituto, & admitir o legítimado; com o que se mostra cessarem os fundamentos das tençoens, & fica provado com algũa novida le, como erráraõ alguns DD. que disseraõ, que as legitimaçoens para succeder em morgados erãõ dispensaçoens, quando não saõ senãõ verdadeiras legitimaçoens, pelas quaes o legítimado succede no morgado, excluindo o transversal da mesma sorte, como se fora nascido de legitimo matrimonio, como largamente fica mostrada; & esta largueza permitio a gravi-

gravidade da cauſa, & os muitos fundamentos das Tençoens a que foi neceſſario dar reſpoſta diſcorrendo pelas clauſulas da meſma legitimação, & verdadeiras reſoluçoens de Direito, nos termos do qual he clara a juſtiça do ſupplicante, & injuſta a ſentença que o condenou.

321 Quanto a ſer filho natural: Ainda que a legitimação fora ſó diſpenſação, & ſenam ouvera de fazer caſo della, como as ditas Tençoens querem, o que não ha, ut dictum eſt, ainda entã nos termos de ſer o ſupplicante ſimples filho natural do ultimo poſſuidor, tinha juſtiça clara na ſucceſſão deſte morgado, por ter vocação nella, pois na inſtituição ſe chamão filhos, & deſcendentes por repetidas vezes, & geminada diſpoſição, como ſe vê a fol. 26. ibi: *Venha a ſeus deſcendentes*, & paulo infra, ibi: *De deſcendentes em deſcendentes*, & fol. 27. ibi: *Delle virã a ſeus filhos*, & fol. 27. ibi: *E ſendo mortos ſeus filhos*, & ibi: *Virã a ſeu filho*.

322 E neſtes termos, chamandose na inſtituição filhos, & deſcendentes ſimplesmente ſem a qualidade de legitimos, ſe entendem chamados os filhos naturaes para a ſucceſſão do morgado, & ſuccede o filho natural, excluindo o tranſverſal; quia naturales filij veniunt appellatione liberorum, & deſcendentium, quando nulli extant legitimi filij, como o dizem os textos na *L. ſin. de jure deliberand. L. hæreditas §. ult. ff. ad Trebell.* & aſſim o reſolvem *Bart. Angel. Imol. & c. in L. ſi ex factò, §. rogatus, ff. ad Trebell.* ubi late *Ripa num. 15. Alexand. n. 5. & 6. poſt gloſſ. in cap. Raynutius verb. legitimi de teſtam. & in cap. præſentia verb. ſine liberis de probat. ubi Abbas num. 22. & conſ. 365.* & eſſe communem opinionem, & receptam tenet *Socin. Sen. in L. cum avus num. 46. ff. de condit. & demonſtr. cum alijs de quibus Coſt. in cap. ſi pater verb. ſi abſque liberis num. 40. Gom. lib. 1. var. cap. 5. num. 40. Mant. qui plures refert de conjeçtur. ultim. volunt. lib. 8. tit. 7. num. 5. verſ. quarta eſt conjeçtura, ibi: Nam ſi legatum, & fideicõmiſſum eſt purum, veluti cum teſtator reliquit filijs ſuis, vel alterius, ſi nulli ſunt legitimi, neceſſario intelligitur de naturalibus.*

E iſto meſmo torna a repetir no lib. 11. tit. 9. & o reſolve tambem *Peregrin. de fideicom. art. 22. num. 8. & art. 28. num. 45. Fuſar. de ſubſtit. q. 314. num. 11. ibi: Limitatur ſexto, quando nulli extant legitimi, quia tunc naturales veniunt.* Idem tradit *Menoch. lib. 4. præſump. 78. num. 2. Caſtilh. contr. lib. 5. cap. 82. num. 18. Mart. conſ. 33. num. 3.* os quaes affirmão que eſta concluſão he regular, & a conſtituem por regra, como tambem o faz *Scobar de purit. & nobil. proband. 1. p. q. 4. num. 3.* & facit elegans text. in *L. generaliter, §. ſpurius, ff. de Decurionibus.*

324 Eſta regra tirão os DD. referidos da *L. ex factò, §. ſiquis rogatus, ff. ad Trebell.* ibi: *Siquis rogatus fuerit, ut ſi ſine filijs deceſſerit, reſtituat hæreditatem. Papinian. lib. 8. reſponſor. ſcribit etiam naturalem filium efficere, ut deſiciat conditio.*

Das quaes palavras ſe moſtra, que Papiniano abſolutamente reſpondeo, & conſtituo por regra que na diſpoſição do homem, ſendo chamados filhos ſimplesmente, & deſcendentes, ſe comprehende o filho natural, & faz faltar a condição, ainda que haja tranſverſaes legitimos, como o conſiderão, & affirmão *Corraſ. lib. 1. miſcellan. jur. cap. 7. Connan. lib. 10. comment. cap. 1. num. 8. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 43. Menoch. lib. 4. præſumpt. 78. num. 6. & 19. & defende Mant. d. tit. 9. num. 2. in ſin. & Papinian.* por aquella regra, naturalem filium, entendo tanto dos naturaes nacidos in figura matrimonij, como dos nacidos in ſervitute ex concubina extra figuram matrimonij; ergo cum Papinianus omnes caſus comprehenderit, hanc regulam ex ipſius verbis colligi dicendum eſt, como o conſidera neſtes meſmos termos, & argumentos *Mart. d. conſ. 33. n. 4.*

325 Eſta meſma regra confirmou *Papinian. na L. cum pater, §. ſin. ff. de legat. 2.* aonde diz quòd filius liberti gravati reſtituere alijs collibertis, ſi ſine liberis deceſſerit, ex voluntate ſubſtitutum excludit, & com tudo o liberto nam podia ter outros filhos mais que os naturaes; donde nota, & tira *Bart. filium in ſervitutis contubernio conceptum excludere ſubſtitutum, quod firmat Coſt. in L. Gallus, §. quid ſi tantum, 3. p. n. 71.*

326 E daqui vem, que faltando o filho legitimo do ultimo poſſuidor, ſuccede no morgado o filho natural, & exclue o tranſverſal ainda legitimo, como he reſolução do text. in cap. 1. §. naturalis ſi de feud. fuerit contr. *Rofental. de feud. cap. 7. conſuſ. 19. num. 4. lit. E. Gregor. Lop. in L. 2. tit. 25. verb. la hija mayor, q. 1. & in L. 36. tit. 9. partit. 6. gloſſ. magna, q. 8. & 12. Azved. conſ. 20. num. 27. Flores var. lib. 1. q. 16. & §. 2. num. 8. Mier. 2. p. q. 2. num. 134. in nova editione, addentes ad Molin. lib. 3. cap. 3. num. 41. & cap. 45. Paz de tenut. cap. 29. & ultra eos eleganter exornat, & erudite pertractat omnino videndus *Molin. & Guſman. verit. jur. 5. per tot. Gam. dec. 278. Cyriac. contr. 207. & ſeqq. noſter Cald. conſ. 4. & conſ. 9. num. 80. eleganter, & omnino etiam videndus Larrea dec. 32. num. 9. & 54. ubi etiam judicatum refert, &**

ahi responde a todos quantos argumentos se podem fazer em contrario.

- 327 E esta resolução não só he commua entre os DD. mas he approvada neste Senado nos casos occurrentes, como cada hora se julga nelle; & no anno passado se julgou em hum caso semelhante a este, a favor de Frâncisco Luzarte da Fonseca, & de sua mulher D. Cecilia Maria de Menezes, por ser filha natural do ultimo possuidor do morgado D. Ioaõ de Menezes, excluindo-se os legitimos transversaes só com o pretexto de ser filha natural, & nam ser necessario atender-se à legitimação, por ser alcançada depois da morte do pay, como consta da certidão fol. 249. & seqq. porque se mostra darem o libello fol. 249. vers. & 250. contra a irmã legitima do ultimo possuidor, juntado com elle a instituição fol. 254. & vers. que chamava descendentes hũa só vez, & mais apertada que a do morgado de que se trata, porque geminadamente chama filhos, & descendentes.
- 328 Opondo-se nesta causa Affonso Furtado de Mendoça com os artigos de opposição fol. 259. em que disse que a A. nam podia succeder, por ser filha natural, & que só haviam de succeder os legitimos, qual era a irmã do ultimo possuidor a quem pertencia a successão, ainda que transversal, por excluir a filha natural do ultimo possuidor, que he o mesmo que a irmã delle deduzio nos artigos, & a contrariedade fol. 262. & nos outros a fol. 267. até 271. replicou o A. ibi: & disse que a filha natural do ultimo possuidor precedia à dita irmã legitima, & transversal; & havendo treplica a fol. 274. se deu a sentença fol. 280. até fol. 293. aonde ibi vers. se julgou o morgado à irmã do ultimo possuidor, declarandose que por sua morte pertencia ao dito Affonso Furtado, excluindo-se a filha natural, & appellado desta sentença para este Senado aonde se deu a sentença fol. 294. em que excluidos os transversaes legitimos se julgou a successão do morgado à filha natural, como se vê a fol. 295. omnino videnda, & vindose com embargos fol. 296. & seqq. aonde se disse tudo que se podia dizer contra a filha natural, se regeitáraõ os ditos embargos na sentença fol. 326. & o mesmo se julgou no outro caso da certidão fol. 327. & no da outra certidão fol. 334. & assim sendo os casos semelhantes, ainda que nam ouvera as resoluções de Direiro referidas, a decisão daquelles faz Direito para a determinação destes. *Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 64. in princip. n. 6.*
- 329 O que mais se justifica com a certidã fol. 343. porque se mostra os achaques do supplicante, & pela outra fol. 344. porque se mostrão os muitos filhos que tem, pela qual razão fica mais justificada a sua justiça, pois por elles se ha de conservar a familia do instituidor, & a descendencia do ultimo possuidor, ainda que sejam filhos do natural, como o dizem *Mart. conf. 96. n. 31. & de success. legal. 4. p. 9. 2. art. 5. num. 12. & seqq.*
- 330 E quanto às Tenções, com isto cessa o que diz o Doutor Carlos Cardoso Godinho em a Tenção fol. 427. & tambem o dizer, que os legitimados não são da familia, nem tem as honras dos pays, nem a nobreza, armas, & braçoens, como tambem o considera o Doutor João de Gouvea da Rocha em a sua Tenção fol. 428. vers. 429. & 430.
- Porque além do que fica dito, aos filhos legitimados, & ainda aos naturaes competem as honras, armas, & braçoens de sua geração, & pay sem differença do legitimo, como o diz *Menoch. conf. 1286. num. 22.* & se appellida do mesmo nome da familia, & he da mesma varonia, & agnação, como diz *Gratian. 4. tom. cap. 635. num. 41.* & por isso succedem aos agnados, ex *Menoch. conf. 266. num. 19.* & tendo a nobreza de seus progenitores fica nobre da casa, da familia, & da profapia, & em tudo como se fora legitimo, & de legitimo matrimonio, ut tenet *Merlin. dec. 77. sub tract. de pignorib. num. 5.* & por isso fica habil para todas as honras, & dignidades, ex *Menoch. conf. 737. num. 6.* & succede sem embargo de ser legitimado, nas Capellas, & morgados, feudos, fideicommissos, & nos mais bens vinculados. *Molin. de justitia disp. 610. num. fin.*
- 332 Et etiam à maloratu ab antiquissimo instituto, quando foi legitimado de certa sciencia, como no caso presente, ut tenent multi, quos refert, & sequitur *Phab. 1. p. dec. 97. num. 2.* & dizem ser recebida esta opiniam; porque a illegitimidade he defeito da ley humana, & de Direito positivo, que o Principe póde tirar, & o ser legitimo, ou natural, filho de seu pay he de Direito natural, & de facili res revertitur ad suam naturam, ut tenet *Joseph Vela dissert. 49. n. 72.* & já acima o mostramos.
- E assim cessaõ nesta parte as ditas Tenções, como largamente se mostrou nos embargos que se formárão a fol. 432.
- 333 E tambem a *Ord. lib. 4. tit. 92.* em que se fundou o Doutor João de Gouvea da Rocha, dizendo que por ella se excluião os naturaes. Porque esta Ordenação nam falla hũa só palavra na successão dos morgados, & assim sendo nella caso omitido, fica na disposiçã de Direito comum, conforme ao qual, & ao sexto na *Ley ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebel. succe-*

succede o filho natural, & exclue o transversal ainda legitimo, & por este texto he que se ha de julgar, pois assim o manda a *Ord. lib. 3. tit. 64.* nam estando o caso decidido por ella, como não está, sendo que o supplicante está expressamente chamado na instituição.

334 Porque como se mostrou em esta petição em o num. 78. na instituição por repetidas vezes, & geminada disposição se chamão filhos, & descendentes simplesmente sem a qualidade de legitimos, & nestes termos se entendem chamados os filhos naturaes para a successão do morgado excluido o transversal: succede o natural, como mostrei nesta petição no num. 79. & seqq. & esta resolução está approvada por muitas sentenças da Casa da Supplicação, as quaes referi em o num. 86. & 87. desta petição, & além dellas nos exemplos que se ajuntaram na certidão fol. 443. & seqq.

335 Porque se mostra haver outra instituição de morgado semelhante a esta q' começa a fol. 444. aonde a fol. 449 chama filhos, linha, & geração, & duraçam de memoria, como se vê d. fol. & 450. 452. vers. & 454. & sem embargo disso se resolveo a causa a favor do filho natural, como se vê da sentença fol. 455. até 461. confirmada na Casa da Supplicação a fol. 461. & se julgou outra vez na outra sentença fol. 462. confirmada na mesma Casa da Supplicação, & dando-se a outra sentença fol. 468. até fol. 475. contra o natural se aggravou ordinariamente, & distribuido o feito, tencionou o D. Luis Alvarez Ribeiro a fol. 475. vers. & 476. a favor do filho natural, mostrando ahí todos os DD. que assim o resolvem, a quem seguiu o Doutor Carlos Cardoso Godinho, que foi Juiz nesta causa, em a tenção fol. 476. vers. em virtude das quaes, & da que se segue se deu a sentença fol. 481. vers. a favor do natural, & a fol. 482. aonde se diz, & supoem ser seu direito claro, em quanto se nam mostra exclusão delles, com o que estando já interpretada esta resolução por tantas sentenças, fica corrente a justiça do supplicante, & injusta a sentença, & digna de V. A. a mandar rever.

P. a V. A. lhe faça merce mandar passar Alvará para se rever o dito feito na fôrma ordinaria, relevando-o a elle, & a seu Advogado da pena da Ley. E R. M.

Manoel Alvarez Pegas.

336 Sed hac revisionis petitione non obstante, excusata fuit, & filius legitimus, qui ut tertius impedivit executionem sententiæ, fuit etiam exclusus per domus Supplicationis sententiam, apud eundem Notarium.

337 At vero his non obstantibus, pro filiis naturalibus, & legitimatis, fuit iudicatum in casibus seqq.

338 No feito de Antonio de Amorim com João de Abreu, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Desembargo, &c. Não he bem julgado pelo Juiz em condenar aos RR. larguem ao A. os bens da contenda, revogando sua sentença, vistos os autos, & como ainda que o A. pretende succeder nelle, como vinculados por Pedro de Amorim Pereira, & sua mulher Isabel de Almeida, de consentimento de seu filho Christovão de Amorim, que por falecer sem filhos de legitimo matrimonio, pertencem ao A. como seu parente mais chegado, & do sangue do instituidor, nem a tal disposição, & consentimento se prova legalmente; antes computado o tempo em que falecerão os ditos Pedro de Amorim, & Isabel de Almeyda, ao em que se reduzio o testamento com duas testemunhas procuradas para outro fim, se acha infra-

quecido, & debil o direito do A. & quando concludentemente se provar, a instituição do morgado toca, & pertence à appellante, como filha do dito Christovão Pereira, legitimada pelo dito Senhor para succeder nelle; com o mais dos autos, absolvem aos RR. do pedido pelo A. & pague as custas dos autos de ambas as instancias, em que o condenaõ. Porto 18. de Março de 1681. Lemos, Resende, Rocha.

Hæc sententia fuit fundata in deliberationibus sequentibus. 339

Processus controversiam, prout cõmuniter à Doctoribus disputatur, difficilem adeo in decisione invenio, ut prolatam in favorem filie legitimatæ sententiam, & in superiori iudicio confirmatam, negotio plene examinato, dignam revisione iudicaret Gam. dec. 278. num. ultim. in fin. & quod magis est, undecim Senatorum iudicio interveniẽte, per unicum tantum votum fuisse in confirmationem iudicati evictum, testatur ibi prædictus Actor; quia tamen in præsentis specialia multa in filie defensionem insurgunt, de quibus nostri DD. eam quaestio-nem absolute disputantes, non agunt; eam adhuc disputare, & eorum proferre ex utraque parte sententias laboriosum magis esset, quam utile, satis namque esse videtur.

ut etiam regulariter, & absolute loquendo facta institutione de bonis tantum ab ipso institutore possessis, filijsque legitimis expresse vocatis, & in eorum defectum cognatos velle succedere disponentis voluntate expressa: adhuc prædictis non obstantibus probabilior sententia sit, posse filium legitimatum in maioratu succedere; hoc enim, quod vere arduum est, præsupposito, facile ad casum processus, in quo nulla earum apparet conditio, sequella manet in promptu; qui enim potest maius, potest & minus, juxta regul. text. in *L. non debet ff. regul. jur.* & in *Auth. multo magis, Cod. sac. Eccles.* & in *cap. cui licet de reg. jur. lib. 6.* & validum est à maiori ad minus, sive à maiori ratiōnis argumentum, ut est vulgare per text. in *L. in tuis in fine ff. liber. & posth.* & in *cap. si ergo 8. q. 1.* & in *cap. per venerabilem qui filij sint legitimi, cum similibus.*

340 Quod autem etiam in propositis terminis probabilior, & magis recepta sit eorum opinio, qui ad successionem maioratus filium legitimatum admittunt, probare videtur text. in *Auth. quibus modis naturales eff. legitim.* §. sit igitur, & in *Auth. quibus modis natural. eff. sui* §. & quoniam varie, & ibi: *Siquis ergo filios legitimos non habens col. 6.* quibus juribus habetur legitimatos non differre à legitimis, ac per consequens bene infertur posse in maioratu succedere, sicut per legitimati existentiam, expirat substitutio fideicommissaria alicui facta, si sine liberis decesserit, ut tenet *Alber. in L. generaliter, §. cum autem, Cod. de institut. & substit.* & ibi *Alexand. num. 2.* & *Iason num. 7.* qui hanc esse communem opinionem affirmant, & ita in terminis tenet *Mench. de success. progress. §. 2. num. 52.* & *lib. 2. contr. frequent. Decius conf. 365. num. 2.* ubi concludit, quod per legitimationem conservatur agnatio, & quod filius legitimatus dicitur de linea, & familia testatoris; quod etiam repetit in *consil. 433. num. 19.* & *conf. 307. num. 13.* & *14.* cum pluribus quos refert *Phab. 2. p. decis. 173. num. 16. cum seqq.* ubi ait hanc esse opinionem *Bartoli in L. communium Cod. natur. liber.* & magis communiter receptam, ut affirmat *Cald in L. si curatorem, verbo siue curatore, num. 56. vers. additur præterea,* & secundum prædictam opinionem iudicandum, & sic communiter iudicari testatur *Gam. d. dec. 278.* & novissime affirmat *Peg. in Cōment. ad Ord. tom. 2. lib. 3. cap. 32. num. 212.* adeo ut etiam qui contrarium lequuntur, hoc esse magis commune fateantur, ut ex *Cov. Mantio. Mench. & ex utroque Molin. & alijs refert idem Peg. loco citato;*

quod quidem ex abundantia adducimus, multa alia quæ occurrerant omittendo; quia etiam si opinio in favorem legitimati non esset adeo communis quoad maioratus successiones, prout vocatis liberis legitimis, & proximos in eorum defectu agnatos communiter fieri solet, adhuc in præsentī legitimatam admittendam dicerem, & jus appellato ad prædicta bona non esse existimarem sequentibus fundamentis.

341 Primo, & efficaciter in favorem legitimatæ deciderem, eò quod pater ejus *Christophorus* non fuit proprie administrator maioratus contentionis, sed potius principalis administrator, sive, inquam, institutor, cum adhiberet patris, & matris legitimam sibi debitam, & parentes tertiam tantum adungerent, ut est manifestum; ac proinde cum esset institutor, non est dubium posse filiam legitimatam nominare, filijs legitimis non existentibus, ut expresse tenet *Phab. 1. p. dec. 97. num. 10.* ex singulari *Bartoli* doctrina in *L. Gallus, §. & quid si tantum, ff. liber. & posth.* & sic ab omnibus receptam dicit *Tiraquel. in L. si unquam, verbo susceperit, Molin. de primog. cap. 3. num. 10. lib. 3.* optime *Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 79. n. 2.* & expresse ad intentum *conf. 266. lib. 3. à princip. & sic in terminis limitat contrariam opinionem Roxas de incompat. p. 1. cap. 6. num. 83. vers. limitatur 4. cum Castilb. Garc. & alijs, quos ibi refert; & hoc adeo de jure probatur, ut superflua in hoc puncto legitimatio videretur, ut filie naturalis pater posset eam ad maioratum admittere, cujus ipse institutor fuerat; quisque enim potest de rebus suis ad libitum disponere: neque maioratus institutor prohibetur quæcunque ad ejus successionem vocare, ut est manifestum, & multis juribus ostendit *Peg. forens. cap. 4. n. 1. cum seqq.**

342 Secundo rejicitur Actor, & appellantis justitia demonstratur; quia etiam si ad patrem, & matrem *Christophori* attendamus, qui etiam cum eo simul institutores maioratus fuerant, nullus alius apparet legitimus successor, nisi utriusque neptis, in qua utriusque sanguis servatur, quod non limitat in appellato, cum nullam habeat consanguinitatem cum instituentis *Petri* uxore; satis namque vulgare est ad maioratus successionem non admitti, qui de sanguine instituentis non est, licet proximior ultimi possessoris, ut tenet *Molin. de primog. lib. 3. cap. 9. num. 2. Alexand. conf. 3. num. 4. lib. 4. Ripa in L. ex facto num. 6. in princ. ff. ad Trebelian. Valasc. consult. 121. num. 7. cum alijs quos refert Cardos. in prax. verbo maioratus*

ioratus num. 8. & eſt expreſſa noſtra Ordinationis diſpoſitio lib. 4. tit. 100. §. 2. ibi: *Sendo do ſangue do inſtituidor.*

343 Neque dici poteſt in præſenti duplicem eſſe maioratum ex his, quæ *Tiraquel. de primog. quæſt. 68.* & alij quos refert *Molin. lib. 4. cap. 2. num. 84.* quia præterquamquod DD. prædicti hoc conſiderent ad effectum ut conjux ſuperſtes poſſit maioratum pro ſua parte revocare, non autem, ut poſt mortem utriuſque parentis poſſit dividi maioratus, nunquam in caſu proceſſus dividi poſſe exiſtimarem, eo quod inſtitutores ambo bona unirent, & ſic unica eſſe deſiderent, tunc enim locum non habet diviſio, ut limitat *Noguerol. alleg. 11. n. 20.* & oſtenditur ex vulgari principio, quod ſemper in his diſpoſitionibus diſponentium voluntas attendatur, ut late oſtendit *Peg. ubi ſupra;* neque etiam in contrarium facit quod ibi ait idem *Noguerol.* dum in prædictis terminis proximiorum cuilibet inſtituentium admittendum dicit, & ſi æquales in gradu ſint, proximiorum mariti præferendum eſſe; hoc enim licet in alijs terminis verum ſit, nunquam poteſt proponi in præſenti, cum adſit neptis utriuſque inſtitutoris, in qua plura ſanguinis, & conſanguinitatis vincula proponuntur, & utrique conjuncta oſtenditur per deſcendentiam, in quibus terminis, ratio, quæ in appellato conſanguineo allegatur, duplex in filia appellante conſpicitur, & ideo ſuccedit regula *text. in §. ſi vero inſtit. de adopt. & in Auth. ceſſante, Cod. leg. hæred. & in L. diſcretum, Cod. qui teſtam. facer. poſſ.* & in ſucceſſionis materia conſiderat *Souſa de Maced. dec. 1. num. 25. cum ſeqq.*

344 Deinde etiam ſi nonnulla inter Doctores inveniatur repugnantia quoad ſucceſſionem maioratus in filia legitimata, nimis communiter accipitur admittendam eſſe, ſi in legitimatiſſionis reſcripto legatur clauſula illa: *Para ſucceder em morgados,* præcedente clauſula: *De certa ſciencia, & poder Real,* ut legitur fol. quod expreſſe tenet *Phab. d. dec. 97. num. 13.* cum alijs quos ibi refert, quibus addo *Manticam de conje-ctur. ultim. voluntat. Molin. Menoch. Cabed.* & alios plures, quos plena manu, & ſollet, refert *Peg. in Cõment. ad Ord. tom. 2. tit. 3. cap. 32. num. 213.* ubi ait ita expreſſe confirmari ex Ordinatione, quam ſingularem appellat *lib. 2. tit. 35. §. 12.* in illis verbis ibi: *Salvo ſe na legitimacõ, &c.* & ibi: *Para que os legitimados pudeffem haver morgados;* quæ verba expreſſe præbent Principem noſtrum concedere legitimatiſſiones, ut legiti-

matus poſſit ſuccedere in maioratibus, & quod virtute legitimatiſſionis prædictæ non poſſit ſuccedere in bonis Coronæ, niſi ita etiam expreſſe exprimat; ac proinde cum in legitimatiſſionem oblata clauſulam prædictam habeamus, indubitabilis redditur reſolutio, quæ etiam abſolute loquendo, & ſolum abſolutam legitimatiſſionem attendentes à graviffimis a deo Doctores amplectendam eſſe dicitur.

Denique omiſſis alijs, ſi bene teſtatorum diſpoſitio attendatur, ſuperfluum omnino videtur, quod circa maioratus ſucceſſionem in favorem legitimatiſſionem conſideravimus; quæ enim in hoc puncto Doctores ſcribunt, de eo maioratu colligitur, in quo filij legitimi vocantur, & in eorum defectu proximiores agnati; & in hoc ſenſu quæſtio prædicta nonnullam patitur difficultatem propter præjudicium, quod vocatiſſionem reſultat, juncta clauſula in fine legitimatiſſionem expoſita, quod eſt totale fundamentum eorum qui legitimatiſſionem excludunt, ut late oſtendit *Gam. d. dec. 278.* nec non ex ea ratione, quia inſtitutoris voluntati deſiciebat implementum, ſi vocatiſſionem ab eo legitimis liberis, & in eorum defectu agnatis, per legitimatiſſionem impletam eſſe conditionem dicamus, quæ rationes in caſu proceſſus non apparent, teſtatores enim legitimatiſſionem non ſolum non excludunt, neque contra eos aliquam adverſionem oſtendunt, ſed neque etiam filios abſolute vocant, neque ullam aliam vocationem faciunt, & ideo pro legitimata ſtat juſtitia ex pluribus, & Doctores relatis à *Mantic. de conje-ctur. ultim. volunt. lib. 11. tit. 10.* ubi plura ad intentum, maxime *num. 22. uſque ad num. 25.*

Adeo in vocationibus, & conditionibus in maioratu apponi ſolitibus deſuiſſe teſtatores oſtenditur, ut non ſine fundamento dici poſſit, inſtitutum proprie maioratum non eſſe, non ſolum propter exiguum bonorum valorem, ut ex actis oſtenditur, & propter conditionis vocationes, ſive, inquam, vocationis filiorum, lineæ, aut familiæ defectum, ſed quia teſtatores prædicti, poſtquam ſe invicem inſtituerunt, ut apparet fol. 7. ibi: *Inſtituimos por noſſos univerſaes herdeiros hum ao outro, & depois de pagas noſſas dividas, & compridos noſſos legados o noſſo filho Chriſtovão Pereira;* quæ quidem verba hæredem magis in prædictis bonis denotant appellatiſſionem legitimatiſſionem parentem, quàm maioratus adminiſtratores, & tunc non eſt dubium, ſi hæreditario jure poſſidere ſupponamus, legitimatiſſionem filiam non extantibus legitimis, poſſe ad hæreditatem nominari. Neque

347 Neque obstat quod ex verbis antecedentibus maioratus præsumptio oriatur, non solum propter alienandi prohibitionem, sed ex verbis ibi fol. 6. *Vinculamos, & encapellamos, & ibi: Como em Capella, & morgado*; quia præterquamquod illud verbum, *como em Capella, & morgado*, videntur rejicere propriam, & veram maioratus institutionem videntur, certum namque est simile non esse idem, juxta *textum in L. ad similitudinem Cod. de Episc. & Cleric.* & quod si testatores proprium, & verum maioratum instituere voluissent expressissent, & cum in expressione defuerunt, illud voluisse dicendum est, quod minus gravat heredem, juxta *text. in L. unum ex familia ff. de legat. 2. §. si rem*, cum alijs de quibus *Manuic. de conjecl. ultim. volunt. lib. 7. tit. 1. §. 8. & lib. 12. tit. 17. num. 25.* & ideo cum solum alienationis prohibitio appareat à testatoribus imposita, cetera in heredum favorem interpretanda videntur quoad electionem successorum, saltem intra testatorum familiam, & consequenter tollitur allegatum tertij præjudicium, ut est manifestum.

348 Neque etiam in favorem appellati operatur verbum illud fol. 7. ibi: *Passarà logo ao parente mais chegado*; ex hoc enim nulla probatur facta vocatio proximorum, cum proposita conditio sive cominatio in odium eorum apponeretur, qui bona sibi relicta alienarent, ac proinde nihil habeat cum eo, qui bonorum alienationem non fecit, ut necessarium sibi successorem ex eo tantum capite proximum consanguineum dicamus; verba enim in suo sensu accipi debent, & penes suos tenent Actores, ut sunt vulgaria principia; imo verbis illis perpensis, dum possessore bona alienante, proximus consanguineus vocatur, videtur eo casu deficiente, minime in alijs vocari; validum enim est argumentum à contrario sensu; & exceptio regulam firmat in contrarium; resque in uno casu prohibita, in alijs concessa censetur, ut est in jure nostro satis vulgare; & ex omnibus in favorem filiae legitimæ contentions bona possidentis judicandum esse deciderem, revocata judicis sententia. Portu die 9. Januarij anno 1681. Responde.

349 Satis superque magna eruditione ponderata extat præsens questio à præcedenti domino; ita etiam minutatim discussa, ut solet, quod nihil mihi superest dicendum, quoniam vere, dilucide, & distincte ostendit appellantis justitiam, quæ vero, tam in casu, quo testamentum institutorum validum sit, aut non, patens est; & licet in eo consideretur

maioratus institutio per contractum, vel ul' imam voluntatem, consentiente, vel non præmitente filio Christophoro patre appellantis, circa suam legitimam jure naturæ debitam, quocunque dato, semper jus, & justitia appellanti assistit ad victoriam obtinendam; cum præcedenti Domino libenter subscribo in revocatione judicati. Portu 27. Februarij anni 1681. Rocha.

Secundum ordinem intellectus, artis, & 350 disciplinæ, prius est questio, an sit? Et postea qualis sit? In præsenti lite prius est quærere, utrum documentum à fol. 5. sit testamentum? Et postea investigare, utrum in eo creatus, & constitutus sit maioratus?

In dicto documento solum invenitur 351 quædam petitio, quædam narratio Christophori Pereira cum duobus testibus interrogatis sine aliqua citatione partis, procuratis ab ipso Christophoro, ut se tutum, & securum redderet, & ne aliquid in bonis deterius sibi contigisset, prout contingit, ut cernitur ex appenso.

Quæ veruscia plene constat computato 352 tempore asserti testamenti, & mortis testantium, cum tempore sententiæ reductionis; plusquam viginti quinque annis dormivit Christophorus in moratoria reductione, substituendo in re tam gravi, ut cernitur fol. & in paucis annis contigit illud deterius, à quo se securum reddit; de Christophoro dici potest: Hoc est sapere, non quæ ad pedes modo sunt, sed ea quæ futura sunt prospicere; & inducta ad illum finem, de se liberando à lite appensa, non debet operari contrarium effectum contra regulam *L. legata inutiliter ff. adimend. legat.*

Agnoscamus fieri posse contractus in te- 353 stamento, sed omnino negamus intervenisse testamentum, duo testes procurati sine aliqua citatione partis ad finem supra relatam, neque nomen testamenti meretur, & ridiculosa res foret præjudicium gerere appellanti cum tali documento.

Ego, ut totum dicam, existimo, quod si 354 doctus appellati Patronus, sine aliqua affectione legerit deliberationem auream primi Domini, amplius de revocatione sententiæ non hæsitabit. Sic placet judice revocato. Portu 17. de Março de 1681. Lemos.

A qua sententia fuit gravamen interpo- 355 situm ad Supplicationis Senatam, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus sequentibus.

Habemus in præsenti maioratum à quodam nobili viro, & uxore in testamento institutum, prout evidenter concludunt clausulæ

ſula fol. 6. ibi: Vinculamos, & encapellamos todos noſſos bens; quod ſufficit ad hoc ut maioratus cenſeatur cum omnibus qualitatibus, & vocationibus inſtitutus, ex *Molin. de primog. lib. 1. cap. 3. num. 1. Surd. conf. 441. num. 27. ad medium, & num. 33. Valenſ. conf. 69. num. 7. Cald. in L. ſi curatorem, verbo prohiberis, num. 96. & iterum fol. 7. ibi: Como Capella, & morgado; quæ omnia maioratum à teſtatoribus fuiſſe inſtitutum probant ſine hæſitatione, nec in re indubitabili, & vulgariffima noſtrum eſt, tempus, & oleum inutiliter perdere.*

356 His ſic ſuppoſitis, principalis quæſtio eſt, an filius naturalis admitti debeat ad ſucceſſionem huius maioratus, excluſo tranſverſali legitimo? Et jam ſuper alijs litibus hac ſemel, & iterum examinata quæſtione, ſemper exiſtimavi, & ſemper iudicatum fuit filium naturalem admittendum non eſſe ad ſucceſſionem maioratus, imo excluſendum eſſe, admiſſo potius tranſverſali legitimo, ex *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 3. num. 44. & lib. 3. cap. 7. num. 4. Pelæus de maiorat. 2. p. quaſt. 2. à num. 1. & 2. cum ſeqq. Molin. de juſt. & iur. tract. 2. diſp. 174. colun. ult. verſ. dubium eſt, Flor. à Men. variar. lib. 1. q. 16. per totam, & num. 22. hanc opinionem ſervandam eſſe in iudicando dicit *Pereſ. dec. 14. num. 7. iudicatum refert in fortiori caſu Phæb. 1. p. dec. 97. num. 30. Caſtilb. qui alios refert, & hanc veriſſimam eſſe ſententiam fatetur lib. 5. contr. cap. 3. à num. 41. ubi declarant hanc opinionem neceſſario ſervandam eſſe in iudicando.**

357 Hæc eadem ſententia eodem modo admittenda eſt reſpectu naturalis filij à Principe legitimati, ex *Molin. d. lib. 3. cap. 3. à n. 331. & 34. Surd. conf. 1. num. 19. & conf. 459. num. 9. Menoch. conf. 173. num. 71. & lib. 4. præſumpt. 81. num. 24. Caſtilb. dicto cap. 8. num. 46. in ſin. Phæb. dicta dec. 97. Pereſ. d. dec. 14. num. 7. latiffime idem Caſtilb. lib. 5. contr. cap. 106. à n. 12. Add. ad Molin. d. cap. 3. num. 3. qui infinitos referunt; quapropter filiam naturalem excluſendam eſſe à ſucceſſione huius maioratus exiſtimo, quamvis à Principe fuiſſet legitimita, vel diſpenſata.*

358 Nec obſtat illud inutile fundamentum, quod cum maioratus inſtitutus fuiſſet ex bonis ad legitimam filij pertinentibus, nullus fuit momenti inſtitutio, ut pote facta de bonis, quæ parentes vinculo ſupponere non poterant, ex regula text. in L. quoniam in prioribus, *Cod. de inoffic. teſtam.* ubi cõmuniter Doctores; quoniam ubi adest filij conſenſus, diſpoſitio prædictæ legis limita-

tur. *Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. numer. 7. Phæb. dec. 2. 12. num. 7. Vaz alleg. 63. num. 7. Caſtilb. qui alios refert lib. 5. contr. cap. 107. à num. 41. cum ſeqq.* Plane in præſenti eſt veluti in meridie caligare, ſuadere, quòd filij non intervenit conſenſus; ipſe namque teſtamentum patris ad publicam formam reduxit; ipſe in appenſo allegavit, quod in ipſo teſtandi actu parentis voluntatem, & diſpoſitum approbavit, & hoc ita probavit teſtibus teſtamentarijs in dicto appenſo, & profeſſus fuit ſub juramento, & tandem hoc idem iudicatum fuit in dicto appenſo; unde extra dubium ſuccedit prædicta juris reſolutio, quòd ubi adest filij conſenſus, valide inſtituitur maioratus ex illius legitima.

Nec etiam obſtat quòd maioratus inſtitutus de conſenſu filij ex ipſius legitima, ab ipſo potius inſtitutus cenſetur, ac per conſequens filius, quem voluerit ad maioratum vocare, poterit; quod quidem late, & doctiffime exornatur de jure in deliberatione fol. 86. verſ. Hæc tamen conclusio à digniffimis Senatoribus approbata peccat in jure; eo quippe in ſimili ſpecie non filius qui conſenſit, ſed pater maioratus inſtitutor dicitur etiam reſpectu bonorum, quæ ad filij legitimam pertinent. Ita reſolvit in terminis *Noguerol. alleg. 19. à num. 61. cum ſeqq.* nec enim in vita parentis aliquid jus filius habet ad bona parentis, prout optime declarat *Noguerol. ubi ſupra num. 64.* hoc etiam reſolvit *Flores ad Gam dec. 218. colun. 3. latiffime etiam in terminis Salgad. in labyrinth. lib. 2. cap. 16. à num. 40. & 60. & ferè per totum; unde cum pater, & non filius fuiſſet maioratus inſtitutor, non licebat filio quem voluiſſet ad maioratum à parentibus inſtitutum vocare, ex *Molin. de primog. lib. 3. cap. 2. num. 21. Pelæus de maiorat. 3. p. q. 18. num. 19. Caſtilb. lib. 3. contr. cap. 12. num. 111. cum ſeqq. Fuſar. de ſubſt. q. 387. num. 31. Giurb. de ſucceſſion. feudal. §. 2. gloſſ. 11. à num. 28. & 29.* Quod quidem fortiori jure procedit in præſenti, ubi filius in vita patris tempore, quo teſtamentum conditum fuit, vinculum approbavit. *Salgad. ubi ſupra num. 40. ubi alios refert, & hanc ſententiam latiffime, & eleganter multis comprobatur fundamentis.**

Nec allegata teſtamenti nullitas obſtat, ob ſolemnitatum defectum alicujus eſt momenti, eo quòd teſtamentum inter liberos factum nihil aliud ad ſolemnitatem expoſtular, niſi illam probationem voluntatis à jure gentium requiſitam, ſive per duos teſtes, ſive per conjecturas ſufficienter efficaces, prout

prout decrevit *Constantinus in L. ultim. Cod. famil. eriscund.* & *Theodosius in L. hac consultissima §. ex inpræfecto, Cod. de testament.* *Molin. de primog. lib. 2. cap. 8. num. 31.* *Gratian. forens. cap. 219. num. 22.* quos, & omnes latissime, & eleganter de suo more congerit *Boss. moral. variar. tom. 2. tit. 10. §. 1. n. 1. & 2. cum seqq.* Cum ergo hoc adfit in præsentem, sine fundamento de validitate testamenti inter liberos dubitatur.

361 His sic suppositis, unicam tantum dubitationem, usque adhuc intactam habet processus; an scilicet Actori competat jus ad petendum integrum maioratum, cum institutus fuisset à viro, & uxore in eodem testamento? In quibus terminis quæstio est inter Doctores, an unum, vel duplex censeatur vinculum, ad quod, deficientibus institutorum descendentibus, æqualiter diviso maioratu vocari debeat uterque consanguineus mariti, & uxoris? In qua quæstione ego altius prævisa institutionis forma efficaciter existimo quòd Actori, ut pote solum institutoris Petri consanguineo actio tantum competit ad petendam maioratus partem ex bonis Petri institutoris conflata; non enim in præsentem inveniuntur illæ clausulæ, & conditiones, quæ suadent virum, & uxorem unicum tantum maioratum instituere noluisse, de quibus eleganter *Gutierr. conf. 2. num. 9.* *Noguerol. alleg. 9. n. 20.* *Castilb. lib. 5. contr. cap. 67. num. 28. versic. ego vero;* unde cum censura juris testamentum à viro, & uxore factum duplex sit testamentum, argumento *L. Lucius, §. Gayo, ff. ad Trebellian.* & ita etiam dicendum sit de maioratu à viro, & uxore instituto, ex *Larrea dec. Granat. 60. num. 10. cum seqq.* *Noguerol. ubi supra num. 18. & 19.* *Castilb. lib. 2. contr. cap. 4. num. 149.* *Mier. de maiorat. 1. p. 9. 23. num. 2.* *Add. ad Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. num. 84. in princip.* sequitur quòd Actor tanquam Petri institutoris consanguineus, illius bona tantum petere poterit; & quod maioratum divisum poterit quoad medietatem tantum vindicare. Optime *Gregor. Lopes in L. 2. tit. 15. part. 2. gloss. 18. verbo, El mas propinquo pariente, quæst. 7.* *Noguerol. ubi supra num. 19.* & maxime hanc opinionem consuluit *Oldrad. conf. 174.* iudicatum refert pluribus citatis *Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 50. in princip. gloss. 3. cap. 7. num. 176.*

362 Verum licet primo in conspectu hæc ita vera videantur, tamen contrarium iudicandum esse in præsentem suadeor; unicus namque mihi videtur maioratus, tum ex unico onere imposto successoribus fol. 6. ibi: *Huma*

missa; tum etiam quia institutores non simpliciter unusquisque maioratum instituit, sed designatis, & nominatis bonis, è quibus maioratus conficiebatur dicto fol. 6. vers. vinculum instituerunt; unde sequitur quòd illorum intentio fuit unum tantum inseparabilem, & indivisibilem maioratum constituere.

Deinde Institutores in vocatione successorum semel, & iterum unicum vocarunt successorem fol. 7. ibi: *E o possuidor;* & ibi: *ao parente mais chegado;* quæ quidem conjectura à Doctoribus approbatur ad inducendam in simili specie vinculi singularitatem. *Noguerol. d. alleg. 9. num. 20* faciunt quæ *Castilb. d. lib. 5. cap. 67. num. 28. prope finem,* refert in terminis iudicatum *Peg. ubi supra num. 182.*

Tandem si ex qualitate bonorum indicatur conjectura institutionis, & maioratus, ex *Molin. de primog. lib. 1. cap. 12. n. 18* *Valens. conf. 40. num. 20.* *Castilb. lib. 4. contr. cap. 9. num. 65.* & validè arguitur ad institutionem maioratus, ad agnoscendum, an fuisset institutus; non infeliciter ex teneritate bonorum, quæ in vinculo supponuntur, præsumendum est, quòd institutorum voluntas fuit, unum tantum conficere vinculum; & ita iudicarem revocata inferioris Aulæ sententia; & Reum condemnarem cum fructibus à lite contestata. *Vlyssipone 27. Iunij 1681. Carneiro.*

Subscribo. *Vlyssipone 16. Augusti 1681* *Sylva & Soufa.*

Mihi etiam ex ijs, quæ eleganter de more suo proponit Iurisconsultissimus Dominus, qui primo loco deliberavit, asseverandum videtur, non posse jam de viribus institutionis maioratus disputari, quippe quem Christophorus instituentium filius, cui solummodo ex institutione ipsa præiudicium inferebatur, pluribus approbationibus confirmavit, & roboravit, & denique in suo testamento fol. Sed utrum ejus successio Actori agnato transversali, exclusa Rea instituentium descendente illegitima, deferenda sit, hoc opus, hic labor. Ego cum charissimis sodalibus convenire non possum.

In primis autem animadvertendum iudico Ream ultimi possessoris Christophori non esse spuriam, sed tantum naturalem filiam, quippe quæ ex coitu inter solutos procreata fuit, ut evidenter patet ex instrumentis fol. 30. ex quibus constat Christophorum uxorem duxisse die 20. Martij 1648. Ream vero sacro baptismo initiatam die 2. Aprilis ejusdem anni; unde licet tempore natiuitatis Christophorus jam forte exogatus

ratus fuiſſet (quamvis etiam contrarium poſſibile ſit) ſufficit tamen Ream genitam eſſe, quo tempore ſolutus erat, in hoc enim illud attenditur tempus, quod filio utiliſſe, *L. nuper §. ultim. Cod. de natural. liber. Auth. quibus modis natur. eff. ſui, §. ſiquis igitur dotalia, Molin. de juſtit. tract. 2. diſp. 172. num. 2. & cum alijs Barboſ. ad Ord. in 4. tit. 92. §. 1. num. 1. eleganter Larrea dec. 4. per tot. Sanch. de matrim. lib. 8. diſp. 7. n. 19. Pachin. contr. lib. 3. cap. 50. noviffime Fajard. de legitim. per ſubſequens matrimonio, ex n. 32.*

367 Neque obſtat patrem eam tanquam ab uxorato genitam legitimaſſe, ad hoc non ma- niſeſto facti errore induſtum, evidenter patet; quod Reæ nocere non poteſt, perſpicuum eſt.

368 Secundo autem, & præcipue animadver- tendum eſt, quòd licet diſertiffimus domi- nus, qui primo loco deliberavit, cenſuerit maioratum unicum fuiſſe, & minime dividi poſſe, atque ita neceſſario ad Actorem per- tinere, quamvis Elifabethæ uxoris Petri non ſit conſanguinea; Chriſtophorum au- tem, qui parentum diſpoſitioni conſenſum adhibuit, minime poſſe inſtitutorem nuncupari: Ego ſane ei minime aſſentire ſta- tuo; nam circa maioratum ab uxore ſimul cum marito inſtitutum, illud ſine contro- verſia apud authores invenio, quòd quam- vis dicant, unum tantum, & indiviſibilem inſtituere maioratum, ſub unico, & indivi- ſibili vinculo; attamen juris cenſura duo ſunt maioratus, ita ut ſi deficient utriuſque conjugis ſcendentibus, & ad collaterales ſit tranſeundum, alterius bona minime ad conſanguineos alterius ſibi autem penitus extraneos venire ſit permittendum, quippe qui maioratum inſtituit, non eſt credendum, bona ſua ad extraneos venire voluiſſe. Ita cum *Gregor. Lop. Ceval. & Caſtilb. Nogue- rol. alleg. 9. num. 19. apertiffime Addentes ad Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. ad num. 84. verſic. ampliatur ſecundo;* ubi ampliatur, quamvis ab utroque conjugate dictum ſit, quòd unum tantum maioratum inſtituunt. *Roxas de incompat. maior. p. 8. cap. 3. ex n. 5.* cum ergo Actor quoad Elifabetham ſit extraneus, nulloque ſanguinis nexu ei con- junctus, mihi eſt indubium, actione prorfus carere ad vendicanda ejus bona.

369 Similiter dicendum videtur quoad bona, quæ Chriſtophorus vinculo ſubjici conſen- ſit, nempe ſuam legitimam; quia licet quoad Chriſtophorum ipſum Actor non ſit omnino extraneus, Rea autem ejus filia naturalis le- gitimata; attamen filij naturales ejuſdem-

met inſtitutoris non excluduntur à ſucceſ- ſione maioratus, ſi ab eodem ſint legitimati, ut nuper in graviffima cauſa judicavimus ſecundum opinionem *Joan. Garc. de nobi- lit. gloſſ. 21. num. 28. Phæb. dec. 97. à num. 10. Caſtilb. contr. lib. 5. cap. 106. num. 12. Ad- dent. ad Molin. de primog. lib. 3. cap. 3. ad n. 3. verſ. limitata ſecundo, Rox. de incompat. maior. p. 1. cap. 6. n. 84.*

Neque officit Chriſtophorum non poſſe 370 dici inſtitutorem, ex quo parentibus in actu teſtandi conſenſum adhibuit, prout cum *Noguerol. & Salgad.* eleganter oſtendere videtur primus ſcientiffimus dominus: Ego non Chriſtophori expreſſum, vel etiam ta- citum conſenſum in actu teſtamenti paren- tum non invenio; licet non præſens fuiſſet, & pro matre ſubſcripſiſſet fol. 7. verſ. non ideo gravamini ſuæ legitimæ tunc conſen- ſiſſe viſus fuit, quippe expreſſe dixit, ſe pro matre impedita ſubſcribere. *L. ſiquis ex ſig- natoribus ff. quemadmodum teſtam. apert. L. Titia §. Lucia ff. de legat. 2. Jaſon, Mangrel. Neguſant. & alij apud Hermoſ. in L. 60. tit. 5. part. 5. gloſſ. 1. Franc. Merlin. contr. cent. 2. cap. 58. n. 7.*

Ille ergo tantummodo conſenſus conſi- 371 derabilis eſt, quem Chriſtophorus tranſa- ctis jam multis annis adhibuit; & quidem ad eum tantum ſinem, ut à creditoribus pa- rentum ſe liberaret, quo in tempore ſuæ legitimæ jam factus fuerat dominus, & cum ex eo gravamen probaſſet, quòd à lege ipſo jure penitus ſublatus fuerat, inſtitutor ve- re nuncupari debet, ſic eleganter declarat, & pulchre comprobat *Salgad.* à primo do- mino laudatus in *labyrinth. cred. p. 2. cap. 16. ex num. 87.*

Super eſt ergo tantum ut diſpiciamus de 372 ea parte bonorum, quæ pater Chriſtopho- ri maioratai adjunxit, cujus reſpectu maior mihi dubitatio videtur, ſed etiam pro A- ctrice ſententiam dicere magis placet; quia quidquid ſit, quando adſunt legitimi inſti- tuentis ſcendentibus, ſive, inquam, collatera- les, tam reſpectu ultimi poſſeſſoris, quam reſpectu primi inſtituentis, ſecurius mihi videtur, ad noſtrum maioratum, atque vo- luntati diſponentium magis conſentaneum naturales potius admittere, quam collatera- les. *Larrea dec. 32. num. 37. Roxas de incom- patibilit. p. 1. cap. 6. num. 126. & 127.* confe- runt quæ *Gusman verit. jur. 5.* & nuper, ſi recte memini, judicavit Senatus in graviffi- ma maioratus cauſa contra illuſtrem Vice- Comitem Barbacenum.

Quæ omnia eo mihi probabiliora viden- 373 tur; quoniam Chriſtophorus Reæ pater,

Nun ij qui

qui parentum testamentum occultum plures annos habuit, & deinceps habere posset, id tandem produxit, & non obstantibus probabilibus nullitatibus voluit observare, quod se à creditoribus exemptum, & immunem redderet; unde non immerito tentari potest eum totalem fuisse institutorem, qui proinde filiam, quam diligebat excludere, & remotum collateralem admittere voluisse non est credendum.

Igitur sententiam Senatus inferioris sustinendam existimo. Vlyssipone 27. Augusti 1681. Lopes Oliveira.

374 Ita plene discussa à primo, & tertio doctissimis sodalibus apparet hujus disceptationis materia, ut sola eligendi sit oblata occasio, non tamen facilliter expendenda, ob efficacissima hinc, inde fundamenta, adeo ut nulli parti adhærere fas sit sine formidine partis adversæ; attamen quamvis fundamenta primi Domini efficacissima sint, ejusque auream deliberationem non laudare crimen sit, tamen cum tertio doctissimo Sodali convenire mens mea petit. Vlyssipone 24. Septembris 1681. Monteiro.

375 In tanta juris ubertate, tam à doctis patronis allegati, quam à sapientissimis patribus resoluti, nihil de novo ad dicendum jus mihi liberaliter offert; sed ad animadvertendum plura occurrunt.

376 Prima consideratio fit institutio facta à Christophori parentibus, quam nullam judicarem, ex animadversis in oratione fol. 118. §. quanto ao primeiro; & cum omnis repetitio sit in ore prudentium damnabilis juxta text. in *L. ampliore*, §. in refutatorijs, *Cod. de appellat.* silentio me remitto.

377 Secunda, quod talis institutio non potest sustineri de legitimis utriusque parentis Christophoro debentibus, quibus privari nequibat, quia à *Lege* differtur, & ad quam naturalis juvat ratio *ff. de bonis damnat.*

378 Tertia, juxta text. in *L. 1. Cod. de bonis maternis*, quæ disponit patrem non posse alienare, nec vinculare legitimam filiorum, & solummodo consentire filius potest in suæ legitimæ gravamine per specialem consensum. *L. si quando §. & generaliter, Cod. de inoffic. testam L. non putavit, §. si quis suam manu, ff. contra tab. latè Molin. lib. 2. de primog. cap. 1. n. 9. & latius cap. 3. n. 7.*

379 Atqui in præsentem non invenitur in toto hoc processu talis consensus specialis, & transcriptio in testamento loco parentis facta eum non inducit, quæ fieri poterat per quamcunque aliam personam, & tantummodo necessaria ad supplendum subscrip-

tionis testatoris defectum, sine qua solemnitate omne testamentum nullum, & irritum redderetur: ergo institutio de legitimis Christophori nulla etiam censetur; & ita cum supradietis *DD. citatis tenet Valase. cons. 130. n. 3.*

380 Quarta, nec consensum inducit appendicis sententia, & minus Christophori postulatio; nec testamenti suorum parentum ad publicam formam reductio ei nocere poterat, quia ad diversum suæ defensionis finem attendebat, *L. defensionis facultas, Cod. de jur. fiso.* & aliqui Doctores autumavere etiam hunc specialem consensum juramento esse firmaturum.

381 Quinta, ut notatur in deliberatione penultima, & valde doctissima, Ream, & filiam à Christophoro ejus parente institutam in hoc contentione maioratu, esse naturalem, & non adulterinam, quin contrarium dicat in supplica Principi facta ad legitimationem consequendam.

382 Quia tempore conceptionis Reæ erat ejus parens in cælibatus statu, etiam si in natiuitate fuisset uxoratus, ut aperte liquet ex documentis, & secundum nostrum jus Regium filij naturales succedunt etiam tam in emphyteusibus, quam in maioratibus, quamvis pater sit eques; quia valet argumentum de emphyteusi ad maioratum, ex *Molin. de primog. lib. 1. cap. 7. num. 7. Valensuel. cons. 60. num. 176. & Phæb. decis. 96. num. 8.*

383 Et ad merendam qualitatem filij ex qualitate patris attenditur tempus, quo filius conceptus est, non natiuitatis tempus, *L. emancipatum, §. 1. ff. de Senator. L. 2. §. 1. vers. sed si pater ff. de Decurionib.* & idem est quoad matris conditionem, *L. sed & servorum §. ff. de statu homin. L. 4. Cod. de pen. §. sufficit, instit. de ingen.* optime dicit *Augustin Barbof. in collect. in d. L. pactum n. 3.* Respondetur id quod non est in patre, in quo unicum tantum tempus, nempe generationis considerari poterat, quia illo solo tempore pater est causa potentior, & efficacior, & est in proposito optimus text. in *L. moris, §. penult. ff. de panis.*

384 Sexta, & irrefragabilis ratio est, filium naturalem non excludi à fideicommissio à patri nobili relicto, *Cap. in presentia de probat. Gam. dec. 294. num. 2.* maxime intervenientibus illis clausulis de certa scientia, & de plenitudine potestatis; quia tunc, ut in præsentem, non solum filijs naturalibus præjudicium afferre solet, sed etiam legitimis, ut per omnes quos refert *Ludovicus de Sarsis in statu legitimationis, q. 6. n. 7.*

Et debemus advertere cum *Gam. dec. 278. num. 2.* hoc præjudicium à legitimatione hæredibus legitimis cauſatum, intelligitur in dubio, non quando verbis conſpicuis liquet ex legitimatione nolluiſſe eis in nihilo præjudicare; quæ declaratio non militat in noſtro caſu ad concluſionem refragandam, quia nec Diploma hoc declarat, nec ad hanc maioratus institutionem ulli hæredes, etiam extranei ſunt vocati.

385 Septima conſideratio, quæ non ſolum iſto iurgio finem imponit, ſed Actoris objectionibus plenarie ſatisfacere videtur, in eo, quòd institutio à patre, & Elifabetha fuit facta, non ſolum de ſuis tertijs (de quibus tantum diſponere poterant juxta *Ord. lib. 4. tit. 82.*) ſed de legitimis Chriſtophori Reæ parentis; & quamvis, ut ſupra notatur, filius ſuum conſenſum præſtitiffet etiam expreſſum, & ſpeciale, ut de jure requiritur: quis, & quo jure poterat illarum diſpoſitione privari?

386 Maxime quando institutio, de qua agitur, fuit teſtamento facta, uno ex duobus modis quo fieri poteſt, quod uſque ad mortem, tam inſtituentis, quàm teſtantis mutari poterit juxta *text. in L. 4. ff. de adimend. legat. L. cum hic ſtatus ait oratio, ff. de donat. inter Menoch. conf. 329. num. 6. Pinel. in rubric. Cod. de reſcind. vendit. partit. 1. cap. 3. num. 24. Gutierr. de jurament. confirmat. part. 2. cap. 1. a num. 1. Pichard. ad §. poſteriore, n. 9. inſtit. quibus modis teſtamenta inſirmantur.*

387 Et ratio eſt; quia teſtator ſibi legem imponere poteſt, à qua ſibi recedere licet, *L. ſiquis in principio teſtamenti, ubi Bartol. & alij ff. de legat. 3. Manic. de conjeçtur. ultimar. volunt. lib. 12. tit. 1. num. 1.* eo magis, quòd pater Reæ non condidit institutionis teſtamentum, ut ſupra oſtenſum manet, & tantummodo, ſubſcripſit in illo per Petrum ejus parentem impeditum, ſeu impedimenti cauſa.

388 Octava, & ultima conſideratio, relictis alijs ultimorum ſodalium doctiſſimis fundamentis, quibus etiam libenter nitor, non hæſitatur dictam institutionem maioratus fuiſſe ex legitimis filij compositam, de quibus diſponere non valebant, nec filio illarum diſpoſitionem interdiceret.

389 Neque Actor ſucceedere poteſt in tertia Elifabethæ Chriſtophori matris, & tantummodo, quando Actori fuiſſet adminiſtratio translata, ſolum de tertia patris, & Avi Reæ locum habere poſſit, juxta vulgares juris regulas, quæ ſunt admodum limitatæ, quòd ademptis legitimis, & legatis, nihil Actori

Pars II.

ſuperelle poteſt, & maioratus ſine redditibus, & proventibus, quæ ſunt illius finis, quibus familia nobilitatur, & generoſe ſuſtineri valeat, non ſolum maioratus non dicitur, ſed pro nihilo reputatur; & ut tenet *Cardof. in prax. verbo maioratus, num. 3.* non poteſt inſtitui de bonis, quæ legitimam tangant.

Vnde, & ex alijs, ſententia inferioris Aulae non ſolum ſuſtinenda, ſed ſemper laudanda eſt. Vlyſſipone 25. Novembris 1681. Andrade Rua. 390

No feito do Doutor Luis de Oliveira da Costa, a quem aſſiſte o Procurador da Coroa, contra João de Souſa Pereira, & oppoſente Joſefa Fragofa Botto, Eſcrivão Luis Gomes Pinkei o, ſe deu a ſentença ſeguinte. 391

Acordãõ em Relaçãõ, &c. Viſtos eſtes autos, libello do A. Joſeph da Costa Caſtello Branco, em cu'o lugar veyo a ſucceder por ſua morte o Doutor Luis de Oliveira da Costa ſeu irmão, & lhes aſſiſtem os Procuradores da Coroa, & Fazenda, contrariedade dos RR originarios Antonio Correa Pereira, & ſua mulher Dona Felippa de Mello, aos quaes vieraõ a ſucceder ſeus filhos, em eſpecial ſeu filho mais velho João de Souſa Pereira, & a ſer admitidos por reſtituição com nova contrariedade fol. 198. ao dito libello, & ultimamente a oppoſição neſte auto apartado de Joſefa Fragofa Botto, à qual o A. & Procuradores Reaes indolhe viſta, naõ quizeram contrariar, & ſõmente differaõ fiat juſtitia; & o dito R. João de Souſa indolhe por muitas vezes viſta para contrariar os ditos artigos, tratou ſõmente de dilatar a dita cauſa do dito auto apartado, com que veyo a ſer lançado finalmente da contrariedade, & ſe poz em dilatação, aſſim a cauſa principal, como a deſta oppoſição; & viſta a prova dada por parte da dita oppoſente, documentos juntos, & o mais do proceſſo: Moſtraſe denunciar neſte juizo o dito Joſeph da Costa por vagas para a Coroa, por falta de parentes do ſangue dos inſtituidores, as Capellas ſeguintes. Primeira Capella, que inſtituira Diogo Botto no ſeu teſtamento fol. 11. o qual fixera no Eſtado da India em 20. de Agoſto de 1530. & para cuja ſucceſſãõ conſta chamar em primeiro lugar ſeu irmão André Botto, em ſegundo lugar a ſeu primo João Botto, filho de ſeu tio Antonio Botto, na falta de ambos, os parentes mais chegados da parte de ſua mãy: a qual Capella declara Dona Thereſa da Silveira filha do dito João Botto em ſeu teſtamento a fol. 23. in fin. & verſ. eſtar cita na Fregueſia de Noſſa Senhora do Eſcouraõ, termo de Mon-

Nnn ij

temor,

temor o Novo na herdade chamada do Zambugeiro, que rendia quatro moyos de pão trigo, & cevada; tem de encargo hũa missa todos os sabbados, & vespèras de Nossa Senhora sem lugar certo. Segunda Capella, que instituirão Maria Mousinha, & Henrique Mendes Casco no dote que fizeram fol. 77. v. em 17. de Julho de 1584. para haver de casar sua sobrinha a dita Dona Theresa, que no dito instrumento de dote se declara ser filha do dito João Botto da Silveira já falecido, & de sua mulher Margaida Vaz Pegas, prima com irmãa da dotadora Maria Mousinha, & consta ser chamada para a successão da dita Capella a dita dotada, & sua descendencia, na falta della sua irmãa, filha dos mesmos pays Major da Silveira, & na falta desta sua descendencia Genebra Fragosa, mulher de Francisco de Carvalhaes, & filha de Isabel Pegas, prima outrossim da dita dotadora, & na falta de todas tres, & suas descendencias, o parente mais chegado barão da dita dotadora da parte de seu pay: consta a dita Capella dos bens declarados no dito instrumento de dote fol. 78. vers. & dos que mais lhe acrescentou a mesma dotadora no seu testamento fol. 71. vers. tem de obrigação a dita Capella duas missas todas as sextas feiras, & dias de Nossa Senhora, ditas na Igreja de S. Domingos da Cidade de Evora, ou aonde os administradores mais quizerem. Terceira Capella he, a que instituiu a dita Dona Theresa da Silveira em seu testamento fol. 19. em 12. de Dezembro de 1621. dos bens declarados fol. 21. & vers. para cuja successão chamou a seu sobrinho Antonio Fragoso de Ataide sua descendencia, em falta o herdeiro mais chegado ao ultimo possuidor, & lhe poz de obrigação hũa missa quotidiana para sempre no Capitulo do Convento de S. Francisco de Evora. Quarta Capella, que instituiu a mesma Dona Theresa no dito testamento dos bens declarados fol. 24. vers. & 25. para cuja successão chama a Dona Constança Loba sua sobrinha, moradora na Villa de Borba, & viuva que havia ficado de Diogo Fariseu Godinho, outrossim seu sobrinho; por sua morte seu filho barão, & na falta de barão a femea, assim & na forma que havia disposto na outra Capella de seu sobrinho Antonio Fragoso, dispondo reciprocamente, que na falta da descendencia de qualquer delles hũa Capella a outra se unia: tem de encargo esta Capella outra missa quotidiana dita no Convento de S. Domingos da Cidade de Evora. Quinta Capella, que instituiu a mesma Dona Theresa no mesmo testamento, do quinhão que tinha da herdade, chamada da Silveira, que fica

no termo da Villa do Redondo, como declara fol. 25. para a successão da qual chama a Ruy Lopes da Silveira seu sobrinho, morador em Viana de Alvito, & sua descendencia, na falta della a Luis, filho mais velho da dita Dona Constança sua sobrinha, chamada para a segunda Capella, que instituiu, a qual manda, que se una tambem em falta do dito Luis, esta Capella, que tem de encargo dez missas rezadas por dia de todos os Santos, & seu oitavario. Sexta, & ultima Capella, a que instituiu Miguel Pegas, pagem de Dom João Cõde do Redondo, de que consta a fol. 87. feita a dita instituição em seu testamento, que fez estando doente em Evora em casa de seu tio o Conego João Rodrigues em 8. de Abril de 1530. para cuja administração chamou em primeiro lugar ao dito Conego, & por sua morte a seu primo Lucas Rodrigues, & seus herdeiros sendo machos; não sendo machos, aos filhos, ou netos de seu tio Fernão Rodrigues, andando em hũa sô pessoa a mais velha da linhagem de sua mãy: foi imposto o dito vinculo nas propriedades declaradas fol. 87. v. in fin. & seq. com encargo de meyo annal de missas rezadas no Mosteiro de S. Francisco da dita Cidade com seus responsos, & doze missas cantadas de requiem, com seu noturno, & ladainhas no primeiro de cada mez; & das ditas Capellas se mostra o dito Senhor fazer merce ao denunciante em sua vida, tirandoss a sua custa para a Coroa, na forma ordinaria, & a este fim em seu libello allega o A. que por morte de Alvaro de Attaide, filho de Antonio Fragoso, ficara vaga a primeira Capella, que instituiria o dito Diogo Botto, que morrera na India, & que os RR. estavam injustamente de posse della, por não serem dos Bottos, & que assim o declara Ayres Falcao Pereira no testamento com que falecera, sendo hum homem grande Christão, de muita qualidade, & grande Letrado, & mui visto nas familias, não só de Evora, & Monsemor o Novo, mas de todo Alentejo; o qual sobre a posse da dita Capella havia andado em demanda com os ditos RR. & fizera a dita declaração por descargo de sua consciencia, allegando outrossim, que estava tambem vaga para a Coroa, a Capella que Dona Theresa instituiu em seu sobrinho Antonio Fragoso, & a que se unira a esta instituida em Dona Constança, porque succedendo nellas Alvaro de Attaide, filho do dito Antonio Fragoso, viera a morrer, sem deixar filhos, nem outros descendentes, nem havia parentes alguns dos Bastos, que ouvessem de succeder nas ditas Capellas: os RR. não podião mostrar, q̃o fossem do sangue dos instituidores, como tambem não eraõ

do instituidor da ultima Capella Miguel Pegas, com que eraõ injustos possuidores de todas as ditas Capellas, & as devião largar por as nam poderem possuir, & succeder na administração dellas, sem precisamente mostrarem serem da geração, ou sangue dos instituidores de cada hũa dellas; porque em outra forma se ficaraõ devolvendo à Coroa para o dito Senhor fazer nomeação de administradores por antiquissimo costume deste Reyno, que val como Ley, & já hoje nam pôde ter duvida algũa, por estar julgado muitas vezes conforme a elle, sem exemplo em contrario. Por parte dos RR. se allegãrãõ os artigos de embargos de obrepção, & subrepção fol. 81. & fol. 86. & huns, & outros embargos lhe foraõ recebidos por contrariedade, & vierãõ finalmente a allegar sendo admitidos por restituição os RR. filhos dos RR. originarios, & principalmente o R. Ioã de Sousa, que o libello do A. não concluia, por se nam mostrar, que faltasse a successão dos instituidores, senam declararem os bens, em que estavaõ instituidas as ditas Capellas, & de que Diogo Botto no testamento com que morrera na India, não instituir a Capella, mas somente hum fideicõmissõ com obrigação de missas, sem prohibição algũa de alheação, nem declaração de familia. Mostrase, que nas Capellas, que instituiu Dona Theresa por faltas dos descendentes dos chamados pela dita instituidora, haviãõ de succeder os parentes mais chegados da dita instituidora, como era a R. Dona Felippa de Mello, a qual se allega, que era filha de Dona Constança Loba, & seu marido Diogo Fariseu Godinho, os quaes ambos eraõ sobrinhos da dita instituidora Dona Theresa, & para a successão da segunda Capella, que instituiu, chamou em primeiro lugar a dita Dona Constança. Mostrase, que a dita Dona Felippa casara com o R. Ioã de Sousa Pereira, & mais filhos, que foraõ habilitados por morte de seus pays; & allegãõ outrosim, que de Miguel Pegas, & Maria Mousinha instituidores, que foraõ de outras duas Capellas, não faltara tambem a successão, & geração por os ditos RR. pela parte da dita sua w.ã D. Felippa de Mello serem da geração, & familia dos Pegas, Silveiras, Bottos, Mousinhos, Attaide, & do sangue de todos os instituidores das Capellas, de que se faz menção no libello; o que reconheçera tanto, assim o Doutor Ayres Falcão Pereira, que o confessara na supplica, que fizera ao Desembargo do Paço, ut fol. 98. vers. Por parte da oppoente Iosefa Fragosa neste auto apartado se allega, que de todas as ditas Capellas pedidas no dito libello, de que foraõ instituidores Diogo

Pars II.

Botto, Dona Theresa, Miguel Pegas, Maria Mousinha, & Ines Rodrigues, fora possuidor Alvaro de Attaide, & antes delle seu pay Antonio Fragoso Botto, & que foraõ pacificos, & legitimos possuidores por se lhes deferirem as ditas Capellas por leguima, & direita successão; & mostra que dos ditos possuidores nam ficaraõ descendentes alguns legitimos, nem parentes do sangue dos instituidores das ditas Capellas, & que ella oppoente he neta, & sobrinha dos ditos dous legitimos possuidores, & successores Antonio Fragoso, & seu filha legitimo Alvaro de Attaide, por ser filha legitima de Manoel Rodrigues, & sua mulher Isabel Fragosa, a qual foi filha natural do dito Antonio Fragoso; & se allega finalmente, que os RR. somente saõ possuidores intrusos, como o fora tambem Ayres Falcão, por nenhum delles ser das ditas geraçoens. O que tudo visto, com o mais que dos autos consta, disposição de Direito, conforme ao qual, para se haverem de dizer quaesquer Capellas vagas, & se haverem de deferir por vagas à Coroa, he necessario, não somente, que faltem os parentes por descendencia legitima, mas dos naturaes, por a favor destes, na falta dos legitimos, estar a vontade conjecturada dos instituidores das ditas Capellas, nam sendo nellas por clausula expressa excluidos os ditos naturaes, como o não saõ das que se trata, & a oppoente provar, nam só por testemunhas, mas por hũa sentença dada em caso semelhante em juizo contencioso, ser filha da dita Isabel Fragosa, a qual fora filha natural do dito Antonio Fragoso, que se não duvida, & seu filho legitimo Alvaro de Attaide serem possuidores legitimos successores das Capellas pedidas, que os RR. confessãõ em sua contrariedade estarem possuindo; porẽm não provaõ legitimamente, nem ainda allegãõ neste auto apartado de artigos de opposição, pelos não quererem contrariar, direito algum, que tenhaõ para succeder nas ditas Capellas, ou algũas dellas; pelo que os condenaõ a que as larguem à oppoente, com os frutos do tempo da opposição: que como neta filha de hũa filha natural do dito Antonio Fragoso, & sobrinha de Alvaro de Attaide, ultimos, & legitimos administradores das ditas Capellas. Julgãõ pertencer a successão dellas na falta dos parentes legitimos dos instituidores das ditas Capellas, & nam estarem vagas as ditas Capellas, para não ter lugar a denunciação de A. com que mandãõ se ponhão no titulo das absolutas, & condenaõ aos RR. nas custas dos autos. Lisboa 30. de Agosto de 1681. Silva & Sousa, Quifel, Motta, Pereira, Doutor Freyre.

Nnn iiiij

No

392 No feito de appellação de Iosefa Fragosa Botto com Diogo Botto de Aguiar, Escrivão Diogo Correa Marichal, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello dos AA. Diogo de Aguiar Botto, & sua mulher Maria Fernandez, artigos de opposição de Iosefa Fragosa Botto, Ruy Mendes de Vasconcellos Botto, Dona Ioanna de Lacerda Botto, o Doutor Antonio de Brito de Lacerda, contrariedade do R. Sebastião da Fonseca Falcão Botto, provas dadas, & documentos juntos: Mostrase por parte dos AA. que Gonçalo Botto, morador que foi nesta Cidade, instituiu hum morgado na Capella do Espirito Santo, sita no Convento de S. Domingos desta Cidade, concertando-se para este effeito com os Religiosos d'elle, hypothecando-lhe as propriedades conhecidas em seu libello; com declaração, que nunca poderia. L. car, & que em ella succederia o seu parente mais chegado, o qual se chamaria Botto, & satisfizesse as condições declaradas na dita instituição. Mostrase, que em primeiro lugar succedeo Pedro Botto sobrinho do dito instituidor; por sua morte ordenou o mesmo, que em caso, que falecesse sem filhos, ou descendentes ficaria a dita Capella aos ditos seus parentes mais chegados, andando sempre em varaõ legitimo de sua geração; & por quanto depois de alguns successores succedeo na dita Capella o Doutor Ayres Falcão Pereira Botto, o qual faleceo sem descendentes, fica elle A. sendo legitimo administrador della, por ser o parente mais chegado do ultimo possuidor, & do sangue do instituidor, por ser filho legitimo de Ioão de Aguiar Botto, & de sua mulher Catharina Mendes já defuntos, & neto de Diogo Botto de Aguiar, bijneto de Mecia de Aguiar Botto da geração do dito instituidor. Mostrase, que nesta Cidade ram ouve outra geração de Bottos, mais que a do dito instituidor, com a qual o dito R. nam tem parentesco algum, nem nunca se chamou do tal appellido, nem seu pay Luis da Fonseca, nem sua mãy Maria Falcoa; pelo que deve ser consirangido lhe largue os ditos bens, com os frutos da indevida occupação até real entrega. Mostrase por parte do oppoente Ruy Mendes de Vasconcellos Botto, que elle he filho de Vicente de Vasconcellos, & de Maria de Brito & Botto, que era filha de Alvaro de Brito Botto, & de Guimar Botto, a qual era parenta muito chegada de Pero Botto, sobrinho do instituidor, & do sangue do mesmo, em tanto que a dita Guimar Botto, chamava primo ao dito Pedro Botto, & sempre se tratavaõ parentes, & na mesma forma com seu avo. Mostrase, que o dito oppoente foi her-

deiro de sua avò, & está possuindo seus bens, a qual fez, j. sigo em a dita Capella do Espirito Santo, donde elle paga as missas, que nella se dizem. Mostrase, que Alvaro de Attaide ultimo possuidor, que foi deste morgado, era filho de Antonio Fragoso de Attaide, com o qual se tratava por parente, & o mesmo com sua mãy; & que supposto o dito Doutor Antonio Falcão Pereira Botto, por falecimento do dito Alvaro de Attaide tomasse posse dos bens do dito morgado, o fez como poderoso, sem ser do sangue do dito instituidor, por cujas razões pertence o morgado a elle oppoente, & não aos mais, por nam serem do dito sangue: & deve o dito R. largalo cõ os frutos da indevida occupação, até real entrega. Por parte da oppoente Iosefa Fragosa Botto se mostra, que Antonio Fragoso de Attaide possuio o morgado, de que se trata, por ser o parente mais chegado do ultimo possuidor, & do sangue do instituidor, & por sua morte succedeo nelle seu filho Alvaro de Attaide & Botto, q̄ em sua vida o possuio, & faleceo sem descendentes, por cuja causa se meteo de posse d'elle o Doutor Ayres Falcão Pereira, sem lhe pertencer, nem ser parente do ultimo possuidor, nem do sangue do dito instituidor; & na mesma forma por falecimento do mesmo, se investio nella o R. & a deve largar a ella oppoente, com os frutos da indevida occupação, por quanto he filha legitima de Isabel Fragosa, & de Manoel Rodrigues Borracheiro, & moradora nesta Cidade, & a dita sua mãy filha natural do dito Antonio Fragoso de Attaide, & de Maria Fernandez, que a ouve sendo ambos solteiros, & moradores na Villa de Portel, sem entre os mesmos haver impedimento, por a deixarem de casar, & a tratou sempre como sua filha, & por tal erada, & havida; por cuja razão vem a ser neta do dito Antonio Fragoso, & sobrinha do ultimo possuidor Alvaro de Attaide, que faleceo sem descendentes, & legitima successora do dito morgado, por nentum dos oppoentes Authores, & R. serem parentes do dito instituidor. Mostrase por parte do R. que a Capella de que se trata, lhe pertence por ser da familia dos Bottos, & do sangue do dito instituidor, & parente mais chegado do ultimo possuidor Ayres Falcão Pereira, o qual era primo de sua mãy Maria Falcoa, com a qual elle R. se tratou sempre por sobrinho; & por esta causa tomou posse da dita Capella, a qual nam pertence aos AA. & oppoentes, por nam serem parentes do ultimo possuidor, nem dos antepossuidores em grao algum, nem se chamáraõ Bottos, senão depois de o verem de posse, & que o dito A. não pôde succeder nella por morar fóra desta Cidade,

dade, nem a oppoente Iosefa Fragosa por descender por bastardia, pelo que deve ser absoluto. Mostrase por parte da oppoente Dona Ioanna de Lacerda, que no morgado de que se trata, depois de outros possuidores, succedeo Ruy Botto Machado, morador que foi nesta Cidade, por ser do sangue do instituidor, & se achar em esse tempo verdadeiro successor delle, & como tal o possuo em quanto viveo, pelo que na successão delle ficou fazendo linha para seus descendentes, & por sua morte o possuo seu filho Pedro Botto Machado, que o tivera na mesma fôrma, o qual morreo na India, deixando hum filho chamado Ruy Botto, que por estar ausente, se entrometêraõ na posse delle outros chamados successores, que o foraõ de facto, & não de direito; por quanto a elle pertencia somente, & por ella oppoente ser prima irmãa do dito Ruy Botto, por ser filha de Dona Maria Botto, irmão de Pedro Botto seu pay, filhos ambos do dito Ruy Botto o velho, lhe pertence o dito morgado, por quanto Ruy Botto o moço morreo sem descendentes; & não aos ditos A.A. & R. & oppoentes, que nam tem parentesco algum com elle, pelo que deve o dito R. ser constrangido, a que lhe largue o dito morgado, com os frutos da indevida occupação, até real entrega. O que tudo visto, com o mais dos autos, disposição de Direito neste caso, conforme ao qual a opiniaõ dos Doutores, que admitem em falta de parentes filhas naturaes à successão dos morgados, se funda em que os bens nam fiquem vagos, & se deve limitar, quando da instituiçãõ consta claramente, serem excluidos, & nomeandose substituto; & como da instituiçãõ a fol. 12. vers. se veja claramente, q̃ o testador não quiz, q̃ succedesse no morgado de que se trata, femca, & menos sendo illegitima, por quanto na ultima clausula da instituiçãõ dicto fol. 12. que conforme a Direito, se deve deferir aos antecedentes, a que faltado pessoa de sua linhagem, pertencesse a dita administração, nomeou administrador o Bispo desta Cidade, & o Prior de S. Domingos, à qual pessoa pertence, & se deve entender só varão legitimo, conforme a outra clausula atraz fol. 11. que diz, sempre seja varão lidimo; o que mais se verifica, mostrandose da dita instituiçãõ fol. 7. que o dito instituidor era pessoa nobre, & primeiro chamado, tambem conjectura sufficiente, para se presumir, nam querer o dito instituidor a successão de illegitimos, pois a hã para conforme a Direito, não exclua o filho natural, & substituto, que nos termos presentes a não levaõ de administrador, que dà ao dito Prior, & Bispo, por cuja razãõ tambem se vê,

nam ficarem os bens do dito morgado vagos, & como outrosim se mostra ser a dita Iosefa Fragosa, filha de huma filha illegitima de Antonio Fragoso, & por esta causa incapaz da dita successão, & avendo tambem respeito, a que nam prova a dita oppoente ser a dita sua mãy filha natural do dito Antonio Fragoso, como era obrigada, por as testemunhas nam darem razãõ de seus ditos sufficiente, & constar ser o dito seu avo casado tres vezes, & o instrumento junto por ser feito sem citaçãõ de parte, nam fazer prova alguma: Julgo nam ter lugar sua açãõ, como tambem a dos mais oppoentes, & A.A. por não provarem o deduzido em seus libellos; pelo que absolvo ao dito R. do por elles pedido, que pagarãõ as custas destes autos, em qui os condeno. Evora 3 de Mayo de 1676. Francisco de Paga Pinto & Antas.

A qua sententia fuit appellatum ad Sup- 395
plicationis Senatium, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordãõ os do Desembargo, &c. Bem julgado he pelo Iuiz, em não admitir para a successão do morgado de que se trata, ao A. & oppoentes Ruy Mend's de Vasconcellos, & Dona Ioanna de Lacerda; porẽm em absolver ao R. & excluir Iosefa Fragosa Botto, nam foi por elle bem julgado, revogando nesta parte sua sentença, cumprase o confirmado por seus fundamentos, & o mais dos autos. E como delles se mostre ser a oppoente Iosefa Fragosa Botto, filha legitima de Isabel Fragosa Botto, & esta filha natural de Antonio Fragoso, pay do ultimo possuidor do morgado, que como tal a tratou em sua vida, tendoa em sua casa, & tratandoa como filha, como largamente depoem as testemunhas de sua inquiriçãõ, & de que os mais litigantes nam duvidaõ; nem tambem, de que o dito Antonio Fragoso seu filho fosse legitimos successores deste morgado, como parentes do instituidor; se fica mostrando com toda a legalidade, ser a dita oppoente neta do dito Antonio Fragoso, & sobrinha do ultimo possuidor, & como o R. & os mais oppoentes, nam provem parentesco algum com o dito possuidor por parte do instituidor, nem se mostre haver outros parentes legitimos, que conforme a Direito, em falta destes, serem admitidos para a successam dos morgados os filhos naturaes, & seus descendentes; declarãõ, que a successam deste morgado pertence à dita Iosefa Fragosa Botto; & mandãõ, que o R. lhe restitua os bens delles, com os frutos da indevida occupaçãõ até real entrega, & pague o R. & mais oppoentes as custas dos autos. Lisboa 4. de Novembro de 1677. Doutor Freyre, Cerqueira, D. Alvarez Coelho.

- 394 Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.
- 395 Prolata extat sententia fol. 219. vers. ad absolutionem R. virtute dispositionis scriptæ in *L. fin. Cod. de reivind.* agnovit namque Iudex, Reum rem alienam possidere; cum tamen solum suam intentionem probanti, illam restituere teneatur, absolutus extat ex defectu probationis A. quam etiam non fecisse opposites, idem Iudex existimavit: nititur deinde dicta sententia doctrina *Giurbæ* §. *de feud. gloss. 16. num. 11.* in dubio enim pro possessore judicari debet.
- 396 Quoad Actorem originarium, ejusque filium habilitatum, bene extat iudicatum, cum eo namque quæstio est facti, an scilicet probet esse consanguineum ultimi possessoris per consanguineum institutoris? Et de facto nil probavit, ut cernitur ex fol. 130. usque ad 141. & idcirco nil in hac instantia proposuit.
- 397 Eodem etiam modo facti est; quia quoad opponentem Rodericum, eodemque fundamento bene exclusus fuit, & licet probasset ultimi possessoris esse consanguineum, cum non demonstraret hoc esse per viam institutoris, parum interest, ut eleganter tenet *Sous. in L. feminae num. 57. Gam. decis. 354. num. 4. & 258. num. 4. ubi Flor. Molin. de primog lib. 3. cap. 9. num. 2. Pereir. decis. 5. n. 4. vers. cum ergo: bene decisum extat fol. 269.*
- 398 Nec in contrarium facit istius opponentis probatio, nec illum juvat documentum fol. 201. non illa (poterat enim attingere ultimos possessores) alia quam institutoris, via; non istud ultra enim, quam quod non habet requisita à jure, institutores non prohibuerunt extraneis sepulturam in suo sacello.
- 399 Alia oppositrix Ioanna nil probavit, nec appellavit, nec in hac instantia comparuit, ideoque bene exclusa fuit. Restat nunc quæstio de facto, & jure inter Reum, aliamque oppositricem Iosepham: illum jure destitutum, ut dicitur, bene considerat Iudex, nil enim probavit consanguinitatis cum institutore, nec cum ultimis possessoribus pro illius parte; ad quod supponendum est consanguinitatem, quoad successionem præsentem, non esse attendendam respectu personæ Ayres Falcão, licet fuisset ultimus intrusus possessor, de facto, non de jure debet judicari: hoc articulatum, reciproceque confessum in hoc processu extat fol. 51. vers. & 60. ad id testis fol. 142. vers. & passim.
- 400 Instat tamen adhuc Reus contra oppositricem, negotium hoc metiri non debere ex sua probatione, sed ex facta ab oppositricem, contraque illam inducit vulgaris doctrina: *Tu non es de vocatis, nec de substitutis; non es in scriptura contenta, imo exclusa: ergo quoad te liberum habeo maioratum*, ut notant Doctores in *L. si quis §. filium ff. de jur. Cod. Caneer. variar. cum multis tom. 1. cap. 1. num. 171. Giurb. decis. 31. num. 1.* & hoc fuit unicum sententiæ fundamentum, sed contra processus probationem colligantiumque confessionem; constat enim ultimos duos maioratus possessores fuisse Antonium, illiusque filium Alvarum, patet etiam evidenter oppositricem Ioannam filiam esse legitimam Isabelis Fragosa, quæ naturalis fuit filia docti Antonij; sicque istius est neptis, & ultimi possessoris Alvari ex sorore filia.
- De facto abundans in hac parte invenitur probatio, nec de hoc multum dubitant contrarij, cerniturque fol. 143. cum seqq. Reus ipse fatetur fol. 73. vers. idem fol. 200. vers. non parum urget documentum fol. 181. certe lectis probationibus, non percepi in hac materia dubitandi rationem.
- His non obstantibus, subinstat Reus de jure, & dicit, quod licet de facto oppositrix legitima filia filie fraternalis dicti Antonij sit de jure, ex quo præsumpta, inimo, & quod magis est, expressa in hoc casu institutoris voluntate, exclusa extat de jure, naturalis enim filius ad successiones maioratus non admittitur, nisi expresse inveniatur vocatus, ut cum *Pereir. Gam. Castilh. & alijs* ostendit doctus advocatus Reus fol. 289. ex præsumptaque institutoris dispositione, erat enim ipse nobilis, quo casu, ex illius conditione dignitateve hoc patendum, disponitur in *L. si ex facto, §. si quis ff. ad Trebel.*
- Ultimum, & quod, si verum, totum dirimisset dubium, ipse advocatus proponit: institutor expresse excludit naturales fol. 9. quibus non obstantibus dictæ Iosephæ istius maioratus successionem concedendam esse, mihi videtur: non obest primum filij, namque naturales, si expresse non inveniuntur exclusi, indubitanter admittuntur in defectum consanguineorum legitimorum, quotidie judicamus; & jam de hoc dubitari nequit, solumque illis datis, nominatoque substituto, subintrat voluntatis quæstio, & præsumptio, ut bene cum multis *Larr. decis. 32. num. 8. cum Castilh. & Flor.* decidimus multoties in iudicio Capellarum Coronæ Regiæ, sicque cessat primum, & secundum fundamentum in contrarium.
- Ad tertium excludendum attente legi institutionem, non exclusis filijs naturalibus, nec

nec in prima clauſula fol. 8. verſ. nec in ſe-
cunda fol. 11. imo in iſta, ſi non expreſſe, ta-
cite illos vocavit: non in prima, licet enim in
ea vocentur legitimi, eſt ad hoc, ut illis ex-
tantibus, ſemper excludantur naturales, non
ut legitimis extinctis, naturales non admit-
tantur, ſed vel extraneus, vel fiſcus, iſti
enim, non plus amantur, quàm naturales.

405 In ſecunda, ſi non expreſſe, ſaltem taci-
te deficientibus legitimis, admiſſi extant na-
turales; ſolum in hoc ſecundo caſu institu-
tor concedit electionem Epifcopo, intrans-
tamque extraneis extincta totaliter familia;
& tunc in ſecunda clauſula, caſuque extin-
ctionis totius familiae, non meminit institu-
tor de legitimitate, tacite diſponens, quòd
ut nominet Epifcopus, intret extraneus, nõ
excludantur naturales, imo præferantur ex-
traneis.

406 Illudque verbum institutionis fol. 11. ſu-
pra in ſecunda clauſula: *Que para admini-
ſtrador ſeja pertencente*, non ad legitimos,
tanquam ad ſucceſſionem ſolum pertinen-
tes referri debet, ut Iudex conſiderat; ſed ad
prodigos, mentecaptos, claudos, & mancos,
de quibus dixerat inſtitutor fol. 9. verſ. &
10. à princip. iſtos ibi quia non pertinen-
tes, inſucceſſibiles declaravit poſtea dicto
fol. 11. de illis recordatus fuit, & tanquam
non pertinentes excludit; & ideo in utra-
que parte per verbum (pertinente) ſe expli-
cuit, quòd uſque adhuc in hoc proceſſu
animadverſum non inveni; ideoque Iose-
pham oppoſitricem ad iſtam ſucceſſionem
admitto, revocata ſententia, Vlyſſipone
Maij 23. de 1677. Cerqueira.

407 Reus certe nullo jure fulcitur; tantum-
modo ſuſtinetur à Iudice ob illam juris
Civilis politicam, qua cavetur, ut Actore
non probante, Reus abſolvatur, & ſi nil de
ſuo jure edoceat. At vero Rodericus op-
poſitor aliquid probavit, attamen in ſaluta-
ri defecit, ſiquidem conſanguinitatem reſ-
pectu inſtituentis concludenter non pro-
bat; & cum non ſufficiat conſanguinitatis
reſpectu Alvari ultimi legitimi poſſeſſoris
probatio, merito à Iudice fuit excluſus.
Quapropter ſolummodo inter appellatri-
cem Iosepham, & Reum contentio, meo vi-
deri, recte procedit: tenet communis, quòd
naturales non admittantur ad ſucceſſionem
maioratus, niſi expreſſis verbis ſint vocati,
& cum pro parte Iosephæ, & ex matre filia
naturali, ex illo Antonio penultimo legiti-
mo ſucceſſore deſcendi, non reperiatur ex-
preſſa vocatio in inſtitutione, videbatur Iose-
pham, ut pote deſcendentem ex radice in-
fecta, excludendam eſſe à ſucceſſione hujus

maioratus. Attamen hanc opinionem, &
ſi communem non admitterem in hoc ca-
ſu, in quo iſta Iosepha non concurrat cum
aliquo conſanguineo, imo ſolum cum Reo,
qui nullo modo conſanguinitatem oſtendit,
quibus in terminis, nullo conſanguineo ex-
tante, ſemper in ſubſidium admitterem ille-
gitimos cognatos, & cum de iſta illegitima
appellatricis cognatione non dubitetur ex
articulato fol. 73. verſ. igitur illam admitte-
rem, excluſo Reo, & revocata ſententia.
Vlyſſipone 16. Junij 1677. Doutor Alva-
rez Coelho.

Mafculos, & legitimos vocat inſtitutio à 408
fol. 9. ad ſucceſſionem præſentis vinculi, &
varij occurrunt legitimitate fundati liti-
gantes; ſed omnes in probatione conſan-
guinitatis cum inſtituente, & ultimo poſſeſ-
ſore defecerunt, ut late primus, & ſecun-
dus domini exiſtimarunt, & nitido calamo
delineavit doctus patronus fol. 246. ita ut
maiori indagacione non indigeat punctum
hoc; quare neque Actor, neque Reus, ne-
que Ioanna, & nec Rodericus, qui tali quali
probatione in ultimo poſſeſſore invenieba-
tur conſanguinitatis, ſunt admittendi ad diſ-
putationem ſucceſſionis maioratus, & ad
examen proximitatis, ut omnes conſangu-
inei vinculum in inſtituente non probent,
quod neceſſarium eſt juxta legis formam.

Iosepha tamen oppoſitrix potiori jure 409
nititur; quia licet deſcendat ex filia natura-
li, non obest illegitimitatis vitium, quan-
do alij legitimi deficiunt conſanguinei, quo
jure utitur in ſucceſſionibus maioratus ne
bona vacantia ſiant, ex *Larrea decif. 32. Ca-
ſtilib. lib. 5. cap. 82. ad fin.* quæ reſolutio eſt
practicanda etiam in caſu, quo inſtitutio le-
gitimos admittat ſine excluſione expreſſa
fæminarum, non deficientibus legitimis, &
maſculis, ſemper naturales, licet fæminæ
ſint, ad ſucceſſionem maioratus admittuntur,
cum ex ſanguine ſint fundatoris; & neque
clauſulæ illæ vigent, niſi ad concursum le-
gitimorum, & maſculorum.

Quod autem opponentiſ mater eſſet filia 410
naturalis poſſeſſoris Antonij Fragoſo (de
cujus ſanguinis, & ſucceſſionis jure non du-
bitatur) liquidiffime probatur ex teſtibus
expreſſis, omnibus circumſtantijs, quæ ne-
ceſſariæ ſunt ad filiationis probationem, ita
ut nulla alia fortior probatio filiationis in
judicijs queat inveniri; quare Iosepham
ad ſucceſſionem admitto. Vlyſſipone 4. O-
ctobris 1677. Doutor Freyre.

No feito de Manoel de Almeyda de Bri- 411
to contra Ioão de Aboim Paſſanha, Eſcri-
vão Domingos Luis de Oliveira, ſe deu
a ſen,

a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello dos AA. Manoel de Almeida, & sua mulher Dona Luiza de Meneses, contrariedade do R. João de Aboim Passanha, prova dada, & mais documentos juntos: Pertendem os AA. que o R. lhe largue hũ moyo de trigo de foro, que lhes pertence com a herdade chamada Aldeya de Trez, no termo da Cidade de Beja, que o R. possui, por ser pertença da Capella, que da sua terça instituiu Francisco Faleiro, em a qual succedeo a A. Dona Luiza por falecimento de Iorge da Fonseca de Meneses seu pay, que em sua vida o possuio, & cobrou o dito moyo de foro de Luis de Sousa, senhor que era da herdade. Defendese o R. dizendo, que pelos papeis, que os AA. juntarãõ, senam provava que Francisco Faleiro fizera Capella, por serem treslado de treslados, & que os AA. além do referido, não provavaõ ser do sangue do instituidor, nem que elle fosse senhor do dito moyo de foro, que o R. possuio, por quanto da dita herdade se pagavaõ outros mustos moyos de trigo, & ainda q̃ fora de Capella, & a elle pertencesse o dito foro, nam podia nelle succeder a A. por nam ser filha legitima de Iorge da Fonseca; mostrase porém, ser administradora da dita Capella D. Luiza de Meneses por falecimento de Dona Maria de Meneses sua mãy, & que por morte de Dona Luiza ficara de posse della Iorge da Fonseca seu filho, pay da A. o qual cobrou o dito moyo de trigo imposto na dita herdade da Aldeya de Trez, de Luis de Sousa, que em o tal tempo a possuia, & contra elle ouve a sentença fol. 122. Mostrase mais pelos artigos dos embargos fol. 76. em os quaes pertendia Luis de Goes Pegas, chamado para a Autoria desta causa, excluir aos AA. dizendo, que elle comprara este moyo de trigo a Nuno Barreto sobrinho de Dona Maria de Meneses, visavõ da A. por lha deixar em seu testamento, cujo treslado está em os autos appensos fol. 84. & que este fora o que vendera ao R. em a dita herdade. O que tudo visto, & o mais dos autos, disposição de Direito, & como se prova legalmente pela certidão junta tirada do treslado do tombo do livro da Provedoria da Comarca de Beja, a que se dà nestes termos inteiro credito, instituir Francisco Faleiro Capella da terça de seus bens, com prohibição de alheação, & que nella succederia em primeiro lugar Violante Faleira sua irmã, & em segundo lugar sua filha Anna de Goes, & por sua morte seus filhos, ou filhas, & nam os tendo, Rodrigo seu sobrinho, sem que em a dita instituição excluísse os filhos naturais; & como se mostre, que Iorge da

Fonseca ultimo possuidor era pay da A. em a qual a nomeou, ainda que a não nomeara, a A. pertencia, por ser sua filha natural, & legitimada, q̃ se nam acha excluida na dita instituição, & por essarazõ lhe foi judicialmente mandado dar posse dos bens pertencentes á dita Capella; & posto que Dona Maria de Meneses deixasse a Nuno Barreto seus bens nam tendo seu neto Iorge da Fonseca filhos, forãõ sómente os bens livres, que dos vinculados nam podia dispor, porque nelles succedeo o dito Iorge da Fonseca em virtude da instituição, & por sua morte a A. por ser sua filha natural, & legitimada: condeno ao R. largue aos AA. o moyo de trigo de foro imposto em a herdade da Aldeya de Trez, que o R. possui, & em todos os cabidos do tempo da morte de Iorge da Fonseca, que se liquidarãõ em a execução da sentença, & nas custas dos autos, & ao R. deixo seu direito reservado para haver de Luis de Goes Pegas o preço porque lhe comprou o dito moyo de trigo, com todas as perdas, & damnos, que por causa da dita compra teve. Lisboa 23. de Fevereiro de 1677. Antonio Freyre da Fonseca.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata, Iudices, Doutor Gouvea, Silva & Sousa.

No feito do Capitão Bertholameo Fernandes Pereira contra Pedro Ribeiro Esmeraldo, Escrivão Manoel Rebello de Brito, se deu a sentença seguinte.

Acordãõ, & c. Nam he bem julgado pelo Corregedor das Ilhas em condenar ao R. Pedro Ribeiro Esmeraldo, abra mãõ dos morgados, que instituirãõ João Esmeraldo o Velho, & sua mulher Agueda de Abreu, julgando se pertencer a successão delle ao A. Antonio de Carvalho Esmeraldo, com os frutos da lide contestada, condenando ao R. lhe restituia, & absolvendo ao A. da reconvenção, revogando sua sentença, vistos os autos, & escrituras de partilhas fol. 3. & mais provas, & documentos. Mostrase no anno de 1522. João Esmeraldo o Velho, & sua mulher Agueda de Abreu fazerem partilhas entre sy, & seus filhos, a saber João de Esmeraldo o moço, & Christovão Esmeraldo, ambos os quaes dividiraõ seus bens entre ambos na forma dellas, como se vê de fol. 3. em diante, deixando a cada hum obrigação de mandar dizer huma missa quotidiana na Capella de Santa Anna, para a qual, & para a fabrica da Capella, consignaraõ a cada hum delles certos mantimentos, impondo lhe condição de nomearem para administrador dos ditos encargos a hum filho primogenito varãõ, & de-

pois no anno de 1527. se mostra os sobreditos instituirem hum morgado da parte, que cabia a seu filho Christovão de Esmeraldo mais moço, annexandoſelhe outros bens seus, em o qual instituirão em primeiro lugar ao dito seu filho Christovão de Esmeraldo, para que ouvesse, & lograsse o morgado; com condiçã, que por morte succedesse nelle seu filho maior, havido de sua mulher de legitimo matrimonio, & morrêdo o primogenito succedesse o segũdo, & assim os demais seguintes, em falta dos quaes nam havendo filhos varoens, se mostra mandarem, & ordenarem succedessem os filhos, dispondo mais, que sendo filho varão, & primogenito incapaz de succesaõ, & inhabil, succedesse o segundo capaz, & em falta delle, por nam haver filhos segundos capazes, succedesse o filho do dito instituidor Christovão de Esmeraldo, preferindo as femeas ao macho incapaz, sempre da linha direita del-le instituidor, & primeiro instituido; com condiçã mais, que nam havendo filhos descendentes do dito Christovão de Esmeraldo de legitimo matrimonio, succedesse seu filho natural, havido de mulher solteira, legitimado por minha Provisã, & que estas mesmas clausulas, & condiçoens, que na succesaõ de seu filho Christovam de Esmeraldo impunhão os mesmos, do proprio modo queriam se entendessem, & tivessem lugar em qualquer outro successor, que no dito morgado entrasse, como se vê da instituiçã fol. 57. vers. confirmada por Provisã do dito Senhor fol. 55. vers. Mostrase depois de haver succedido, & possuido o morgado o dito Christovam Esmeraldo, succeder por sua morte seu filho legitimo Antonio Esmeraldo, o qual possuiu alguns annos, & por morrer sem filhos, sabindo da linha direita, succeder nelle João Esmeraldo da Touguia, irmão transversal do ultimo possuidor, que por sua morte, nam tendo filhos legitimos, nomeára a succesaõ do dito morgado a Francisco Gonçalves da Camera, filho mais velho de Pedro Ribeiro Esmeraldo da descendencia, & sangue do instituidor, & do primeiro nomeado Christovam Esmeraldo: o qual Francisco Gonçalves da Camera se mostra ser pay natural do R. Pedro Ribeiro Esmeraldo, irmão legitimo do A. Antonio de Carvalho Esmeraldo. Mostrase na escritura de partilhas fol. 3. nam haver instituiçã perpetua de morgado, por quanto nelles senam acha a fôrma, & solemnidade, que a costumão induzir, & só se fez mençã de partilhas entre todos della, tendo o effeito dellas para o tempo da morte depois, sem expressa nomeaçã de morgado, nem circumstancia, que tacitamente a costumão induzir; por

Pars II,

quanto se nam falla em conservaçã de familia, nem tem outras particularidades, como se prova da tal eleiçã, & instituiçã; & só ha hum a nomeaçã de certa pensã feita a cada hum dos ditos filhos separadamente, para que cada qual mande dizer hũa missã na Capella de Santa Anna, & para a fabrica della, com poder de nomear administrador da dita fabrica, & missas hum filho mais velho varam, sem se ajuntar a instancia dos bens todos à tal clausula, nem às partes, & presumir, que lhe cabião nas ditas partilhas, as quaes em nome de partilhas, & nam de morgado foram confirmadas pelo dito Senhor, como se vê de fol. 8. vers. em Provisã, que supre a menoridad: ao dito Christovam Esmeraldo, de que nam tinha bastante; & outrosim se mostra os ditos João Esmeraldo o Velho, & sua mulher depois no anno de 1527. instituirem hum morgado na parte dos bens, que na partilha coube a seu filho Christovam Esmeraldo, & em outros, que annexarão, para durar em perpetuo, & que bem podiam fazer, principalmente concorrendo consentimento do dito filho, como concorreo, por quanto a primeira disposiçã nam continha instituiçã, como fica dito, em caso que a ouvera por ser feita em partilhas, sem haver doaçã, & com o effeito para o tempo da morte, & com as solemnidades de testamento, intervindo sete testemunhas, & o Tabaliã tem, & na execuçã de todos os bens o podiam os mesmos instituidores revogar, & fazer outra, como fizeram, em a qual se mostra declararem pelo modo bastante nam haver morgado nas ditas partilhas, pela impressã, & fôrma, com que fizeram na segunda disposiçã, aonde só o havia de morgado com as clausulas delles, & nome expresso, confirmando assim pelo dito Senhor, que na Provisã de confirmaçã lhe chamar morgado, & havendo chamado a outra escritura fol. 3. partilhas, como se vê fol. 55. & fol. 8. vers. Mostrase, que intervindo neste verdadeiro morgado feito dos bens de Christovam Esmeraldo, & seus instituidores João Esmeraldo o Velho, & sua mulher Agueda de Abreu ao mesmo seu filho Christovam Esmeraldo, ordenarão, & mandarão, que tendo elle filhos de legitimo matrimonio ao tempo de sua morte, succedesse no dito morgado seu primeiro filho barão mayor, & havido de sua mulher em legitimo matrimonio, & morrendo este, succedesse o segundo, & assim os mais sempre varoens da linha do dito Christovam de Esmeraldo, & em defeito destes as femeas, continuandose nesta fôrma a dita succesaõ, preferindo sempre a linha do dito Christovam Esmeraldo aos mais paren-

tes transversaes, com tal declaração, que morrendo o dito primeiro instituidor Christovam Esmeraldo, como filho mais velho incapaz, fosse excluído da successam, & entrassem nella os seguintes, & as fêmeas em falta de varoens, & ser em seguimento desta descendencia, & continuação da linha, ordenarão, que nam havendo filhos legitimos de seu filho Christovam de Esmeraldo, descendentes por linha direita, succedesse o filho natural havido de mulher solteira, legitimado por Provisam do dito Senhor; com declaração, que estas mesmas clausulas, & condições, que em Christovam de Esmeraldo instituíram, & em primeiro, as haviam por expressas, & repartidas em qualquer outro successor, aonde ultimamente o morgado estivesse, chamando sempre por expressa vontade, & vocação clara a linha direita, & descendencia filial, & se continua de seu primeiro instituido, como de qualquer ultimo successor em quem o morgado estivesse, filhos sempre legitimos, & nam os havendo, chamarem com a mesma expressa vocação os filhos naturaes legitimados, preferindo aos transversaes legitimos, como se vé na mesma instituição; em tanto, que sendo de certo, que os ditos instituidores, no tempo que fizeram a dita instituição, lhe deram modo de succeder, sabiam muito bem havia Ioaõ Esmeraldo o Velho, que estava vivo, com tudo o nam chamãrão em falta de filhos legitimos descendentes de Christovam Esmeraldo, nem seus filhos delle Ioaõ Esmeraldo, netos do instituidor, se os tivesse legitimos, antes quizeram, fosse preferido a elles o filho natural legitimado, em defeito de legitimos, & assim mais, havendo excluído o filho legitimo maior, sendo incapaz tanto a varão a descendencia, & linha direita, que nam quizeram, que viesse o morgado a transversaes, ainda que capazes, & tornãrão a chamar, & admitir o filho incapaz antes excluído, & aborrecido, no que bem se mostra haver expressa vontade nos instituidores, & vocação clara a filhos, ainda incapazes, & naturaes legitimados para serem preferidos a todos quaesquer transversaes legitimos; & ainda que se allegue pela parte do A. haver em outras occasioens filhos, nem mais descendentes, que nam succedram neste morgado, nem se mostra, que fossem legitimados pelo dito Senhor, nem que se passe com elles esta questão da successão em tella de juiz; Mostra o R. Pedro Ribeiro de Esmeraldo ser filho natural do ultimo possuidor do morgado, de que se trata, & Francisco Gonçalves da Camera estar legitimado por Provisam do dito Senhor ao tempo da morte de seu pay ultimo possuidor, & muito antes, co-

mo se vé do Alvará fol. 58. & o A. Antonio de Carvalho Esmeraldo, ser irmão do dito ultimo possuidor Francisco Gonçalves da Camera, ainda que legitimo transversal, & estarem nelle dito Francisco Gonçalves repartidas, impostas todas as clausulas, que o foram em Christovam Esmeraldo primeiro instituido pela expressa disposição, & vontade dos instituidores, que sempre se ha de guardar, primeiro que tudo, seguindo-se a vocação, & antepoñendo-se a toda a observancia, & regras ordinarias de succeder. O que tudo visto, com o mais dos autos, & como se mostra, o R. Pedro Ribeiro Esmeraldo ser filho natural de Francisco Gonçalves da Camera, ultimo possuidor do morgado, de que se trata, & nam haver filho, ou filha legitima, & elle estar na linha direita do ultimo possuidor, ainda de Direito se considera sempre constituída a verdadeira linha de successor, depois da primeira acabada, & ser outrosim havido de mulher solteira, legitimado pelo dito Senhor, & como os filhos naturaes fazem linha, & são della, a respeito de seus pays; & como pela expressa vocação, he chamado pelo instituidor, & por elle preferido, & a transversaes legitimos, & a todos os tios, em virtude, & poder forçoso da vocação, que se deve guardar, conforme a Direito contratada, & observancia, grao, & legitimidade, que por ella ficão excluidos, visto finalmente, como o A. Antonio de Carvalho Esmeraldo, posto que legitimo, & transversal, nam he chamado, pois nam está na descendencia da linha, que já prevalece, que he a do ultimo possuidor; Absolvo o R. Pedro Ribeiro Esmeraldo do pedido pelo A. em seu libello, & lhe hei por adjudicado o morgado, que instituiu Ioaõ de Esmeraldo o Velho, & sua mulher Agueda de Abreu, & mando, que seja conservado na posse, & propriedade delle, que tudo julgo pertencer-lhe; & condeno ao A. Antonio de Carvalho Esmeraldo lhes restituas as propriedades contheudas na reconvenção, por serem pertencentes ao dito morgado, com os frutos da indevida occupação até real entrega; & as custas dos autos em que outrosim o condeno. Lisboa 26. de Agosto de 1638. Sousa, Marchão.

No feito de Francisco Iuzarte da Fonseca, & sua mulher Dona Cecilia Maria de Meneses, com a Priorisa do Convento do Bom Successo, oppoente Affonso Furtado de Castro do Rio & Mendonça, & Dona Dorothea Maria de Meneses, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deu a sentença seguinte.

Acordam os do Desembargo, & c. Bem julgado he pelo Juiz em excluir a oppoente Dona Doro

Dorothea Maria de Meneses da ſucceſſam do morgado, & quanto ao direito da R. nam ha que tratar, por ſer falecida da vida preſente, como conſta da certidaõ junta, & ſe de- ver de decidir a cauſa com as mais partes, co- mo estava vencido. Porẽm em declarar o Juiz, que a ſucceſſaõ do morgado por morte da R. pertencia ao aſſiſtente Affonſo Furtado, nam foi por elle bem julgado, revogando ne- ſta parte ſua ſentença, cumpraſe o confirmado por alguns de ſeus fundamentos, & o mais dos autos, & como delles, & diſpoſiçaõ de Di- reito ſe moſtre poder o immediato ſucceſſor do morgado tratar do direito de futuro, para ſe lhe declarar a ſucceſſaõ por morte do ultimo poſſuidor, & da inſtituiçã conſte chamar o inſtituidor para a ſucceſſaõ deſte morgado a ſua filha Dona Maria do Rio, & por ſua morte a ſeu filho mais velho, & todos os ſeus deſcendentes ao diante, & A. moſtre ſer deſ- cendente do dito filho mais velho da primei- ra chamada Dona Maria do Rio, por ſer fi- lha de Dom Ioã de Meneses ultimo poſſui- dor do morgado, & ainda que natural, cha- mada para a ſucceſſaõ pela vocaçã geral de todos os deſcendentes, principalmente ſendo naſcida de mãy nobre, a quem o dito D. Ioã de Meneses prometêra, & dera palavra de a receber por mulher, & ſendo chamada pela in- ſtituiçã, devia ſer preferida ao aſſiſtente, por ſer unica deſcendente do primeiro chama- do, falecida a R. & o aſſiſtente ainda que ſeja deſcendente do inſtituidor, nam era do filho mais velho da primeira chamada D. Ma- ria do Rio, ſenam de hum irmão ſeu, a quem nam pertence direito de ſucceſſaõ, achandoſe peſſoas da linha, & ella A. poſto que filha natural, ſe acha chamada, & conforme a Di- reito ha de ſer preferida aos tranſverſaes do primeiro chamado, poſto que legitimos, decla- rão pertencer a ſucceſſam do morgado por morte, & falecimento da R. à A. & que os bens delle ſe lhe reſtituã: paguem a oppoen- te, & aſſiſtente as cuſtas dos autos de permeyo. Lisboa 10. de Mayo de 1672. Doutor Freyre, Nogueira, Doutor Carvalho.

414 Hæc ſententia fundata fuit in delibera- tionibus ſequentibus.

Tam reſpectu perſonarum, quàm facul- tatum ratione maxima ſe ſe nobis offert controverſia hic inde ſtabilita fundamentis, & juris regulis, & in electione melioris ju- dicij elucidanda, non parum laboris vi cruci affigemur.

Agunt AA. adverſus Prioram do Bom Suceſſo, quæ poſſidet bona maioratus poſ- ſeſſa à Domina Maria do Rio, & ejus filio, & genero Emmanuele de Meneses, & nepo-

Pars II.

te Ioanne de Meneses aſtrictis Cæcilie pa- rente naturali. De Domina Agnete D. Cæ- cilie ſorore ſeniori non ſit mentio, cum cer- tum eſſet hanc juniore ſorori fuiſſe præfe- rendam, ſi juris regulæ annuerent Aſtrictis votis.

Integrale fundamentum Aſtrictis ad ex- 415- cluſionem Monialis poſſidentis in eo niti- tur, quòd deſiciente Ioanne ejuſdem fratre abſque filijs legitimis, eidem licet filie na- turali maioratus ſucceſſio erat deferenda, eo quod in inſtitutione vocabantur deſcen- dentes Domine Mariæ do Rio, unde ipſa licet naturalis filia ea vocatione reperitur comprehenſa, ideoque ipſam excludere de- bere Monialem conſanguineam tranſverſa- lem, ex Farin. dec. 350. num. 2. Larrea dec. 32. Azved. conſ. 24. n. 34. quibus annunt aliorum ſcribentium bonæ frugis autori- tates.

Cum tamen inſtituentis diſpoſitio pro 416- lege debeat obſervari, Aſtrictis admiſſio, vel excluſio ab ea regulanda eſt; idcirco clauſu- las in ea appoſitas afferre in medium licebit, ut admiſſionis, vel excluſionis potestas pa- lam innotefcat. Igitur in inſtitutione ma- ioratus ex parte Aſtrictis allegatur, quòd ſit vocata per verba illius: De todos ſeus deſcen- dentes; defectu vocationis filij ſenioris, nam ipſa ut pote filia naturalis magis compre- henſa videtur in vocatione: Seus deſcenden- tes; quoniam genuina ſignificatio, deſcen- dentes, pertinet filijs naturalibus maiori cū proprietate, quàm legitimis, & hoc verbo, deſcendentes, utens inſtitutor ſe legibus at- que juri conformavit, ſecundum quas filius naturalis proprio ſignificato comprehendit- tur in vocatione, deſcendentes, & etiam quã- do iſta adunitur generico verbo, todos, & ita naturalium filiorum comprehenſiva eſt. Ti- raq. in L. ſi unquam, verbo totum, num. 1. Cod. revocand. donat. Burg. de pace conſ. 11. num. 32.

Quod etiam confirmatur, quòd ſcilicet 417- deſcendentium appellatione veniant filij naturales ex reſolutione Bartol. in L. tutelæ num. 4. ff. cap. minut. Angel. in L. ex factis, ſi quis rogatus, num. 4. verſ. fallit ſi ſtatutum, ff. ad Trebel. Felin. in cap. in præſent. num. 22. de probat. Decian. conſ. 3. num. 8. lib. 1. & ve- niant omnes in infinitum deſcendentes, L. ſin. Cod. ſuis, & legitim. hæred. Alex. conſ. 18. in ſin. lib. 5. in ſucceſſione tamen primo- genij, de qua agitur, verius, & receptius eſt in praxi, filium naturalem appellatione deſ- cendentis non contineri, ut amitæ legitimæ præferatur, ſi expreſſe in inſtitutione non fuerit invitata verbis, vel ſaltem tacite ex