

do para haver do Author os mil cruzados, e redditos delles, em caso que lhos deva pagar. E quanto aos vinte mil reis de renda, que se deviaõ comprar para a Cappella, e Cappellaõ; essa obrigação incumbe ao successor do morgado na forma da instituição delle, e assim a deve satisfazer o Reo, e não o Author que não he possuidor do morgado, nem foy herdeyro dos bens do instituidor mas antes delles fez entrega ao Reo, como consta da escriptura de transacção, em a qual se obrigou o Reo aos encargos do morgado, e assim o absolvo do pedido nesta parte pela reconvenção, como tambem dos annos decursos da obrigação da Cappella, e Cappellaõ, porque além de se não provar se deixassem de pagar do tempo que a mulher, e filho do Author gozaraõ o dito morgado, pela testemunha contra producentem Domingos Ribeyro consta se pagaraõ estas pençoens todo aquelle tempo. Et tambem absolvo ao Author dos oitenta mil reis pedidos por reconvenção, procedidos do preço do prazo de São Vicente, porque além de este prazo ser julgado ao Author com os mais pela certidão junta consta ser o Author emprazado nelle, e a causa que sobre elle moveo Paula Antunes, se não sentenceou, e o Author lho pagou por concerto pelos oitenta mil reis, que recebeo, nem se prova não pertencer ao Author, e como se não mostre ser fateosim, mas antes por livre foy julgado ao Author pela transacção; e este prazo se diz pertencer a fazenda de Avelans Dom Bom, e o mais que o Reo pede por reconvenção se não prove pertencer aos bens do morgado, mas antes pela transacção, e sentença nella dada se adjudicaraõ todos estes prazos ao Author. O absolvo de todo o pedido pela reconvenção, e paguem as partes as custas

destes autos de premeyro, em qu os condemnno. Guarda 12. de Novembro de 677.

Luiz Pereyra de Menezes.

Aqua sententia fuit appellatum ad Portuensem Senatam ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Bem julgado foy pelo Juiz de fora da Cidade da Guarda, confirmaõ sua sentença por alguns de seus fundamentos, e o mais dos autos, e pague o Appellante as duas partes das custas aelles de ambas as instancias, e o Appellado a terça parte dellas, em que a hum, e a outro condemnnaõ. Porto 27. de Novembro de 679.

Mouzinho. Borges.

Hæc sententia fuit fundata in de liberationibus sequentibus.

Ex duplici capite venit hujus obsecuri, & male Ordinati processus decisio decidenda; quorum primum versatur circa restitutionem emphiteusium (de Cabrueiro, e Vella) & prædij (de Tentugal) quæ a Cantore seu præposito sedis Egitanensis in dotem datæ fuerunt ejus filia legitimæ D. Cifilia cum ejus primo marito, per cujus obitum Appellans cum ea secundas nuptias contraxit, ex quibus natus fuit filius Ludovicus, qui post mortem matris paucis post temporibus etiam occubuit, ejusque hæres extitit pater Appellans, & etiam Cifilia ejus matris, quia hæres hæredis primi testatoris hæres est *L. si quis filium 7. ff. acquirend. heredit. L. hæc edis §. sciendum ff. de borum significat. cum vulgarib.*

Versatur secundum circa restitutionem Appellanti faciendam 400 U. teruntiorum ad emptionem bonorum stabilium, ex cujus redditibus adimpleantur onera Cappellæ ab institutore Præposito institutæ, & etiam circa restitutionem emphiteusium, certi-

certique census 12. modiorum à Præposito empti, & etiam 800. rerunt. proventientium ex venditione emphyteusis (*das Varzes*) ad maioratum tamen pertinentium.

Deveniendò igitur ad primum circa restitutionem prædij de *Tentugal*, quo Appellans nititur non esse vinculo maioratus afixum: Visis & perpensis verbis institutionis fol. 23. vers. & seqq. rationibus, & fundamentis allegationum utriusque instantiæ à doctis Patronis atrente, & diligenter consideratis, & altercatis; in genere fateor me, mentemque meam ita anxiam reddere, ut quo mevertam nescio, sed ex munere officij quod sensum dicam, non posse dubitari de institutionis maioratus, & constitutionis dotis validitate, quia utrumque in eodem instrumento valide fieri potest *Valasc. consult. 153. n. 2. Nogueros. alleg. 31. n. 105. Larrea alleg. 26. n. 17.*

- 18 Et in contractibus potiusque mens contrahentium, et eorum voluntas; quam eorum verba, attendi debent ex *L. in ambiguis ff. regul. jur. L. fin. quæ res pignor.* et secundum suam naturam potius sit interpretatio non secundum verba appositæ, quæ ad diversas species trahi possunt *L. in contractibus ff. verborum significat. L. semper in stipulatione ff. regul. jur. Cabed. 1. p. dec. 153. n. 2. Gam. dec. 166. n. 1. & ait Valasc. de jur. emphyteut. q. 32. n. 35.* quando ex verbis et circumstantiis appositis in contractibus non possit, qualis sit dispositio apparere, tunc pro qua parte fuerit maior, et fortior conjectura iudicandum esse.

Qua propter ex tenore, et exordio instrumenti dotalis compertum est mentem, et voluntatem donatoris fuisse primo, et principaliter maioratum instituere, et in eo do-

tem filix dotata constituere, utriusque scilicet maioratus institutio, et dotis constitutio implementum haberet, ideoque incepit statim (ut ejus voluntatis intentio evidenter appareret) maioratum de omnibus bonis præsentibus, et futuris instituere, præter alia legata, de quibus in instrumento dotali, relicta, cum reservatione usus fructus omnium bonorum, et filix dotata in certa parte ipsius fructus dotem constituit consignatam in prædiis emphyteuticationis de quibus in ibi, & prædio (*de Tentugal*), et in 6000. rerunt, in auro, argento, et suplectili consignatis, ut doctus Appellati Patronus ingeniose consideravit, et absit à nobis dicere mentem, et voluntatem donatoris fuisse excipere à vinculo maioratus illud prædium aludiale, et dotem in ejus proprietate constituere, cum sit magni valoris et possit Vinculo afixi.

Cætera nanque bona institutoris sunt emphyteutica, de quibus maioratus institutio fieri non potest ex *Pinbeir. cum ab eo laudatis de emphyteus. 2. p. disputation. 4. sect. 7. n. 144. cum seqq.* nemo enim sanæ mentis concipere potest dotantem maioratum instituere desiderantem, et dotem constituere; voluisse illud prædium a suo vinculo abdicare cum sit fortassis præciosius reliquorum, quæ possidebat, quorum magna pars sunt emphyteutica, et mobilia, quæ, ut vincularentur, vendi debent, ut exorum pecunia immobilia emerentur, ut vincularentur. In quibus terminis fieri debet interpretatio contra eum, in cuius favorem contractus dotalis celebratus fuit *Cabed. 2. p. dec. 86. n. 9. Prax. Lusit. 1. p. lib. 1. cap. 2. n. 41.* quia se non declaravit, et legem contractus aperiens non dixit *Valasc. consult. 146. n. 11.*

Uterius si in vi instrumenti dotalis, et maioratus institutionis Appellans non repellatur à petitione dicti prædij ex instrumento transactionis fol. 8. omnis actio ei deneganda est, quia cum astantia Curatoris a Provisore Provincie dati, omne jus, si forte habebat, in favorem maioratus abdicare à se videtur, licet illius specificam mentionem non fuisse, quia transactio de qua in præfenti specialis fuit circa bona per mortem Præpositi relicta, in quibus terminis fit illius extensio ad dependentia, et annexa ex *L. cum tibi Cod. de iudiciis, optime Valasc. consult. 39. n. 5.*

Appellans nanque in transactione generaliter, et per clausulas nimis exuberantes omnia bona alodialia per mortem Præpositi relicta in favorem maioratus renunciavit, et cessit in cuius confirmationem regium diploma accessit, & auctoritas curatoris fol. 97. Iudice Actore, qui transactionem per sententiam iudicavit, & in rem iudicatam transivit, quæ facit rem notoriam, & jus inter omnes *L. si servus §. si heredibus ff. legat. 1.* & cessat omnis dubitatio *L. res iudicata ff. regul. jur.* Neque ei prodesse potest restitutionis beneficium post transactum quadriennium, ut fatetur in depositione fol. 106. *Ord. lib. 3. tit. 41. §. 6.* & in hac parte displicet mihi Appellantis querimonia. Confirmetur igitur iudicatum. Portu 7. die Januarij 1679.

Borges.

Tam de restitutione emphyteusium, de *Cabrueiro: e Vella*, & prædiorum de *Tentugal*, quam de rebus comprehensis in reconventionem de qua fol. 49. verè dictum est, suo tamen ordine servato ad hoc, ut melius veritas appareat de singulis pertractam.

Et primo quo ad restitutionem prædiorum de *Tentugal*, in quibus tota vertitur principalis controversia, licet Domino antecedenti videretur necesse verba constitutionis dotis, & maioratus, de quibus in instrumento fol. 23. interpretare, ad hoc ut succedat regula *text. in L. in ambiguis ff. de regul. jur.* Attamen mens mea alia est ad eundem tamen finem tendens in confirmationem scilicet iudicati, quia perpensis, consideratisque recte verbis constitutionis dotis in instrumento, de quo fol. 24. ibi: *E somente por via de dote irrevogavel entregará logo, como defeito entrega o seu praso de Santa Luzia: & ibi d. fol. verè. Nas vidas, e direito, que a elle dotante pertence e o pôde pertencer, com accessão, e pertençaõ de todo o direito, e assim mais lhe entrega logo por dote toda a fazenda, que elle dotante tem na Villa de Tentugal, &c.* negari non potest, quod prædicta verba: *todo o direito, e entregará logo*, ad proprietatem non vero ad usum fructum fermelem, ut dicunt DD. referenda sunt. Ac ita videtur quod ex verbis constitutionis dotis prædia de *Tentugal* ad dotem pertinere, non vero ad maioratum; quia licet ususfructus sit jus, ut inquit Imperator *Justinian. ad principium Institut. de usufructo* ibi ususfructus est jus utendi fruendi. Attamen cum ususfructus per se formaliter sumptus non dicatur pars domini ex *text. in L. recte decimus 25. ff. de verborum significat*; bene sequitur, quod prædictus ususfructus non comprehenditur sub illis verbis (*todo o direito*) sed necessario verba illa referenda sunt ad proprietatem plenam. Unde sic positus verbis constitutionis dotis non est absurdum dicere prædia de *Tentugal* à vinculo maioratus exempta esse, sed videbatur dicendum

endum quod reſtitutio prædiorum de *Tentugal* Appellanti concedenda erat; & licet hoc reſpectu attento, ita illi contingeret, alia tamen ratione ſcilicet virtute tranſactionis de qua fol. 8. reſtitutio ei deneganda eſt.

22 Sed prius ſciendum eſt quod præcipuus tranſactionis finis eſt lites derimere *L. fratres 10. L. cauſas 16. L. nec intentio 23. Cod. de tranſactionib.* Unde fit quod tranſactio nulla eſt, niſi de lite dubia & incerta *L. 1. ff. de tranſactionib. Gam. dec. 199. n. 4.* & eſt communis Doctorem ſententia, & licet hæc doctrinæ non bene aplicentur ad noſtrum intentum, quia in noſtro caſu dubium non verſatur circa omnes res comprehenſas in tranſactione, ſed tantum circa res relictas per mortem Præpoſiti Sædis *Ægitaniensis.*

Iterum ſciendum eſt, & quærendum, an ſcilicet quando ſuper una re aut caſa lis eſſet, & generalis tranſactio facta proponeretur adeo, ut de aliis etiam de quibus nulla lis eſſet cogitarem contrahentes, & ad omnes & quaſcunque lites reſpectiva eſſet, tunc non ſolum de controvertiis pendentibus, ſed de aliis etiam nondum motis facta valeret; contra de omnibus tranſigere partes voluerint; & quando ſufficiat, ſi occasione alicujus litis fiat, ad hoc ut ad cæteras extendatur, de quibus iudicium nondum cæptum eſt, tenent *Valensuel. conf. 175. n. 51. & 52. Padilha in L. ſi de certa n. 7. & 8. Cod. de tranſactionib. Anton. Faber. ad titulum Cod. de tranſactionib. difinit. 6.* ubi docet generalem tranſactionem, generalem quoque interpretationem recipere, ne qua litis materia ſuperſſit inter eos, qui non a lite tantum, ſed ab omni etiam litis metu divedere noluerunt *Caſtilb.*

Pars III.

tom. 4. controverſiar. cap. 41. n. 53. Plane negari non poteſt quod hæc eſt materia proceſſus in præſenti, & quod licet lis, ſeu controvertia eſſet tantum ſuper certis bonis, attamen tranſactio fuit generalis, ut ex iſtrumento tranſactionis apparet; ergo recte ſequitur ex ſupradictis, quod celebrata tranſactione generali, illius virtute reſtitutio prædiorum de *Tentugal* Appellanti deneganda eſt, quia Appellato adjudicata fuere.

Et quod tranſactio ſupradicta valida fit, probatur ex eo quia licet tranſactio de bonis maioratus in valida fit, ut tenet *Molin. de primogen. lib. 4. cap. 9. a n. 7. Flores de Mena in add. ad Gam. dec. 151. Morla in Emporio tit. 4. q. 3. n. 3.* Attamen hæc regula limitatur quando tranſactio facta eſt cum facultate Regia *Molin. ubi ſupra dicto cap. 9. n. 20. Valeron. de tranſactib. tit. 4. q. 2. n. 7.* Plane in noſtro caſu apparet dicta facultate Regia, ut videre eſt ex diplomante Regio de quo fol. 9. ergo recte fit dicendum quod virtute tranſactionis deneganda eſt reſtitutio prædiorum de *Tentugal* Appellanti.

Neque Appellanti prodeſt beneficium reſtitutionis, quia, ut Appellans fatetur in deſiſtione fol. 106. quadriennium jam claſſum erat, unde per *Ord. lib. 3. tit. 41. §. 6.* ei denegatur reſtitutio.

Sequitur nunc tractare de reſtitutione emphyteuſium do *Cabreiro, e Vella*, circa quam ex ſupra dictis deliberationem Domini mei amplector, & eodemmodo circa omnes res petitas per reconventionem Appellante quoad illas abſoluto, Judicatum confirmarem ſic placet. Portu 18. Octobris 1679.

Mouſinho.

Quid contrahentes intenderent

Kkk 2

in

in utroque, dotis scilicet fol. 23. & transactionis instrumento fol. 8. verſ. totus eſt præſentis controverſiæ labor; licet enim indubitabile ſit inter DD. contractus legem accipere ex partium conventionem juxta text. in *L. contractus ff. regul. jur.* & in *L. 1. §. ſi conveniat ff. de poſiti cum vulgaribus*. Quale ſit cujuſque contrahentis intentum obſcurum fere proponitur, & non ſine dubitatione percipitur, lex enim de interioribus non judicat, & ideo ut cognoscatur contrahentium animus, exteriora notari oportet, & verborum ſeries attendi debet juxta text. in *L. ſi tamen §. 2. ff. de edict.* & in *L. labeo §. Tubero ff. ſupel. leg. cum ſimilibus*.

Porpenſis ergo dotalis ſcripturæ verbis dicto fol. 23. verſ. ibi: *Inſtitue logo morgado, ou capella de todos ſeus bens*, & fol. 24. ibi: *Reſerva o uſofruto de todos ſeus bens &c.* non eſt dubium, duplicem propoſitionem generaliter diſponentem inveniri; Primo enim maioratus inſtitutor omnia bona ſubjecit ibi: *De todos ſeus bens*. Secundo in vita ſua omnes eorum fructus reſervavit; 26 Generalis nanque luquutio, generaliter debet intelligi, & qui omne dicit, nihil excludit, ut eſt in jure notiffimum.

Hoc ſuppoſito videndum eſt, quomodo ab inſtituente maioratum in omnibus bonis ſuis & eorum fructus omnes in vita ſua reſervante, una & altera diſpoſitio limitetur, in quo præſentis proceſſus tota vertitur reſolutio. A inſpecto ſcripturæ ordine, prout de jure diſponitur per text. in *L. quoties ff. de uſufruct.* & in *cap. mandato in fine de præbend. cum aliis de quibus Cardos. in prax verbo ordo n. 5.* indubium ſatis videtur diſpoſitionem primam, prima quoque limitatione reſtringi, & ſecundum

omnium fructuum reſervationem, ſecunda etiam exceptione limitari, quod etiam ex ea ratione oſtenditur, quia effectus proximiori cauſa tribui debet, & diſpoſitio præcedens ſequentibus verbis explicatur ex regul. text. in *L. ſi ſervus plurium §. fin. & in L. qui filialibus in principio ff. legat. 1.* ac per conſequens illa prima generalis inſtitutio omnium bonorum tantummodo limitata fuit, quoad fructus anni poſt mortem inſtituentis, & cætera quæ inveniuntur uſque ad aliam reſervationem generalem circa fructus omnium bonorum. Hæc nanque ſecunda generalitas per ſequentem limitationem reſtringitur, hoc eſt, quod ad emphyteuſes, & vinias, nec non bona de *Tentugal*, horum nanque bonorum fructus, non eſſe maioratus inſtitutori, in vita ſua reſervatos, illis tantum verbis declaratur, non autem quod diverſo, & non maioratus titulo poſſideri poſſint inſpecta vinculi expreſſione, in cujus generalitate non inveniuntur deducta, ut ex ſcripturæ verbis oſtenditur in quibus terminis ſuperfluum eſt ad merita transactionis quoad hunc effectum descendere, nec in aliis oportet immorari dubiis maxime cum omnia ſatis diſcuſſa a vigilantiffimis Patronis proponantur, & in doctiffimis deliberationibus reſoluta, quibus etiam ſubſcriberem in confirmationem judicati. Portu die 31. Martii anno 1681.

Reſende.

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

Licet bona de quibus contenditur dicendum videretur non eſſe comprehenſa in vinculo ex diverſitate diſpoſitionis, & ex caſu ſpecialiter proviſo fol. quia ex tali diſpoſitione acqui-

acquiſitum fuit jus dotatis, & bona exierunt de patrimonio dotantis, & affectu fuerunt de patrimonio dotante ex *Caſtilib. lib. 4. contr. cap. 16. n. 28. & 29. Carem. reſol. 1. n. 2. & 3.* non comprehenduntur in vinculo generali omnium bonorum, quæ vinculo ſubjicit dotans, quæ ſi voluiſſet quod dicta bona continerentur in vinculo, ſuperflua eſſet, dicta diſpoſitio ſpecialis, quæ non comprehenditur in vinculo generali ex *L. legatorum petitio 22. §. qui plures ff. legat. 2. L. doli 119. ff. verborum obligationibus, textus elegans in L. coheredi 41. §. qui patrem 5. ff. vulgar.* ubi diſpoſitio generalis per verbum, omne, non comprehendit quæ habent diverſam, & ſpecialem diſpoſitionem *Surd. conf. 241. n. 26. & conf. 213. n. 76. & 77. Valensuel. conf. 62. n. 129. Roman. conf. 100. n. 218. Barb. clauſul. 116. n. 4. Caſtilib. lib. 5. cap. 89. num. 150. & 175. lib. 6. cap. 181. n. 31.* eo maxime quando dotans jam locutus fuerat de maioratu, & diverſo modo locutus fuit de bonis de quibus agitur abſque vinculi onere, quo caſu non debent dici de vinculo ex *L. unica §. ſin autem Cod. de caduc. tollend. Cutello dec. 40. n. 37. tom. 2.* & ideo nominavit dicta bona, quando diſpoſuit de bonis emphyteuticis, quæ vinculo non ſubjiciuntur ex *dict. à Phæb. dec. 5. Pereir. dec. 26. n. 7. Carvalh. in cap. Rninald. de teſtam. 2. p. num. 305. verſic. occaſione.*

His tamen non obſtantibus confirmandam eſſe ſententiam inferioris Senatus judico, quia in conſtitutione vinculi in omnibus comprehenduntur bona de quibus invenitur ſpecialis diſpoſitio, ut eſt *text. elegans in ſimili caſu in L. hæres meus 98. §. uxori meæ ff. legat. 3. ibi Uxori meæ veſtem mundum muliebrem;*

ornamenta omnia, aurum, argentum quod ejus cauſa factum, paratumque eſt, omne do, lego. Trebatius hæc verba, quod ejus cauſa factum, paratum quæ eſt ad aurum & argentum duntaxat referri putat, procul ad omnia quod & verum eſt.

Ex quibus verbis Jovoleni patet diſpoſitionem omnium bonorum factam perviam maioratus comprehendere etiam bona de quibus dotans locutus fuit, quia ex ſimili diſpoſitione includuntur omnia, & ea quæ alias non includerentur, non enim reſpicit hæc diſpoſitio reſtrictione, ſed omnia comprehendit, ut eleganter tradit *Surd. conf. 21. n. 27. & conf. 73. n. 62. & ſeqq. Caſtilib. lib. 4. cap. 41. per tot. & n. 8. & 9.*

Et quanvis in dicta ſpeciali diſpoſitione non repeteret vinculum maioratus pro repetito habetur, ut in his terminis ex *Bartol. in L. fin. §. fin. ff. ad Trebelean. reſolvit. Caſſanet. conf. 47. n. 106. verſ. & repeterent totam vinculi præcedentis ſeriem, & rationem præſtat Caſtilib. tom. 6. contr. cap. 181. n. 37. & lib. 4. cap. 50. n. 54.* ad contraria reſpondit, & ita mihi videtur, non obſtante titulo irrevocabili, quo fit mentio in dicta ſcriptura, quia irrevocabilis eſt conſtitutio maioratus, & ex eodem titulo irrevocabili datus cenſetur *Pereir. dec. 48. cum aliis doctiſſimus Pegas cap. 4. n. 125. & ſeqq.*

Et in hoc caſu mihi videtur hanc reſolutionem eſſe indubitabilem etiã ex declaratione tranſactionis, non obſtantibus allegationibus nullitatis contra eam oppoſitis, quia tranſivit quinquennium, & maior factus intra quadriennium debet implorare reſtitutionis beneficium, adverſus actus à ſeſteſtos in minori ætate ex *Ord. lib. 3. tit. 41. §. 6.* nam ſi tacuit per quinquennium contractũ alienationis oneroſum ab eo etiam nulliter factum

factum, postea non potest dicere nullum *L. fin. Cod. si maior factus. Portug. de donat. Reg. cap. 19. n. 42.* cum multis eleganter noster *Pegas in comment. ad Ord. tam. 7. ad lib. 1. tit. 87. §. 28. gloss. 30. n. 13. & seqq. ubi n. 17.* cum Portugal loquitur in casu proposito, in quo minor alienavit, & ad hoc impetravit veniam ætatis; Ideoque ex dictis, & in aliis deliberationibus inferioris Aulæ tam in actione, quam in reconventionē sententiā confirmandā esse iudico. Ulyssipone 5. Augusti 682.

Freire.

An prædia de *Tentugal* maioratui vinculata censeantur, iustius contentiōnis principalis quæstio est; in qua tam præcedens Dominus quam meritissimi gravaminum inferioris. Aulæ expeditores lato calamo dixerunt, nunc mihi in ultimo loco deliberanti nihil ad dicendum deest, nisi jam dicta repetam; Et vere in hoc casu adæquatum venit proverbium; habent repetita saporem: quia magnam continent dicta eloquentiam: dico sane præcedentium Dominorum vestigia sequens, dicta bona maioratui obnoxia esse nullo dubio carere, quod bene verificatur tam ex mente institutoris, quam ex verbis institutionis.

32 Ex mente institutoris, quia scripturam a fol. 23. dotis, & maioratus fecit per sequentia verba, *Instrumento de dote, e constituicão de morgado:* duo principaliter continent dicta verba, dotem, & maioratum, dos respicit matrimonium filix, maioratus, dotem in ipso maioratu filix constitutam, & non est novum in dote maioratum constituere. *Valasc. conf. 153. Larrea alleg. 26. n. 17. & 27.* & in his terminis voluit institutor, ac donator filiam cum maioratu bonorum suorum dotare, & in dote maioratum instituere; & quod

hæc mens institutoris fuit sonant dicta verba, animus nanque & voluntas ex verbis probantur *L. cum virum Cod. de fideicommiss. L. penultima delegat. 1.* 33

Ex verbis institutionis, quia in dicta scriptura dotali hæc inveniuntur verba. *Que elle dito Reverendo Chantre institue logo morgado ou capella de todos os seus bens havidos, e por haver moveis, e de raiz, que agora, e ao tempo de sua morte se acharem.* Verba semper sunt interpretanda proprie, & in significatione absoluta, quando sic absolute proferantur *L. 1. §. 1. ff. de donationib. L. si ita quis §. fin. ff. de legat. 2. & illud verbum omnia est universale, & nihil excludit L. Julianus & in L. testatorem in princip. ff. de legat. 3. L. hoc artic. ff. de hered. instituend. Menoch. rem. 5. recuper. n. 194.* ubi ait, quod natura hujus dictionis est latissima, & omnia comprehendit, si-ve mobilia, si-ve immobilia, & propter suam generalitatem complectitur, quæ alias non includerentur, per *Bartol. in L. generali §. uxori ff. de usufruct. legat. Surd. dec. 255. n. 8. & conf. 453. n. 44. & conf. 466. n. 25. Mascard. conclus. 148. sub. n. 9.* Si ergo tam mens, quam verba institutoris omnia bona comprehendunt, quare excusanda sunt prædia de quibus agitur, si cum aliis bonis subdita generalitate etiam comprehenduntur. 34

Er magis in specie institutor suam declaravit voluntatem per sequentia verba. *Esómente por via de dote irrevogavel entregará logo como defeito entrega o seu prazo de Santa Luzia &c.* Quæ verba vicem declarationis obtinent, & omnia alia bona quæ in dictis verbis nominata non fuissent, vinculo maioratus pertinebant, illud importat verbum 35 *sómente* quia est taxativum & declarativum

rativum voluntatis testatoris ex arguimento text. in *L. cum certus numerus 5. ff. de tritico vino & oleo legat.* in cujus terminis textus testator legavit centum amphoras vini. quod ex fundo semproniano nascetur, fundus solum dedit quinquaginta amphoras. Queritur an debeantur tantum quinquaginta, ex eo quod fundus amplius non dedit, an centum secundum testatoris dispositionem, & ait textus ibi. Placuit non amplius deberi, & quasi taxationis vicem obtinere hæc verba. Si testator dixisset absolute centum amphoras relinquo in fundo semproniano, tunc centum amphoras obtinere debebat legatarius, ut ait glosa ibi. Sed cum addidit verba, quod nascetur ex fundo; quæ vicem taxationis, & declarationis habent, ideo tantum debetur quod ex fundo nascetur.

Institutor in nostro casu voluit emphyteuses donare, & cum alia sua bona maioratui vinculasset, se explicavit per illud verbum tantum, quod est taxativum & expressum includit, & reliqua excludit *L. qui aliena §. libertos ff. de negot. gest. & in L. qui sella §. qui actum ff. servitut. rusticor. prædior. Surd. dec. 291. n. 19. Cald. de renovat. q. 11. n. 15.* Ex quibus bene probatur bona, de quibus agitur non comprehendi sub donatione, sed vinculo maioratus obnoxia esse, & ita cum precedenti Domino convenio, tam in ea parte, quam in aliis de quibus factum extat ad confirmationem iudicati. Ulyssipone 20. Octobris 1682.

Motta.

No Feito de Pedro Carvalho Valdeveço, com Diogo Affonso, Escrivão Manoel da Costa Bahia, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Dezembargo &c. Não foy bem julgado pelo Juiz de fó-

ra da Cidade do Funchal da Ilha da Madeira em julgar pertencer a A. appellante a restitução que implora tanto contra a lezaõ das partilhas, como contra a transaçõ, declarando por nullas huma, e outra cousa, ou rescindindoas por ficar em tudo notriamente leza, mandando fazer de novo as ditas partilhas, e no mais contheudo na dita sentença, revogando vistos os autos, e como delles consta, que posto que a A. no tempo da transaçõ fosse menor, toda a via o fez com todas as solemnidades, e requisitos de direito, intervindo a autoridade, e consentimento do tutor, e curador, e o decreto do Juiz, nos quaes termos foy validamente, e sem nullidade alguma, e posto que outro fim pela idade lhe competio a restitução, toda via para se rescindir por ella o auto contra que se implora, não basta o implorala, senão que he necessario que se prove a lezaõ, e muito mais na transaçõ, na qual não he bastante qualquer para se rescindir pelo dito remedio, mas antes he necessario que esta seja immodica, não a respeito do que se recebeo, ou reteve mas do valor do futuro evento da demanda, que ha, ou se teme sobreveinha o que a A. Appellante, não só não provou, mas nem ainda allegou, nos quaes termos lhe não compete a dita restitução, nem por ella se deve facilmente rescindir a transaçõ por ser o mais efficaç remedio com que se dá fim às demandas tão danosas às partes, e à Republica, por tanto julgaõ por valida a dita transaçõ, e que pela restitução, e implorada senão deve rescindir, e mandaõ se cumpra, e guarde como nella se contém, e paguem os AA. Appellantes as custas dos autos em que os condemnão. Lisboa 4. de Novembro de 1690.

D. Maya. Matoso. Vieira.

Hic

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

- Partiones transactione probatas iterum evolvere intendit Actrix, restitutionis ad hoc implorans auxilium, quia & minorem, & læsam nos suadere conatur: Sed an civiliter queratur tota hujus jurgis disceptatio est, & ut clarius procedamus, aliqua prius prænotanda sunt. Advertendum igitur est primo, quod
- 37 ut transactio valeat, non est necessaria actualis existentia litis sed ejus timor sufficit *text. in L. cum te 2. Cod. transactionibus ubi Barb. in collectan. cum pluribus Valens. consil. 175. n. 2.* & etiam post sententiam admittitur, si adhuc ab ea potest appellari *Barb. in collect. L. si causa cognita 32. Cod. transact. n. 5. Valens. proxime n. 4.* Advertendum etiam est, non minorem auctoritatem ad lites finiendas, jus nostrum tribuisse, transactioni, quam rejudicatæ *L. non minorem Cod. transact. & ideo ut exceptio peremptoria impedit processum inchoari Barb. in L. fratris primo Cod. transactione n. 1. & ultimo, & est indubium.*

Advertendum etiam est, quam plurimas specialitates in transactionis favorem, ejusque stabilitatem à nostro jure introductas fuisse, in primis in hujusmodi contractu, quanvis in nominato pœnitentia non admittitur *Valens. proxime n. 9. & 10.* & etiam non de fuere quam plurimi, & gravissimi patres, qui in hoc contractu *L. 2. Cod. rescind.* locum non habere affirmarunt nec læsionem ultra dimidium esse admittendam *Valens. proxime n. 24.* & licet contraria communior sit & apud nos in concusse observanda propter *Ord. in 4. tit. 13. §. 6. Barb. in collectan. d. L. 2. Cod. rescind. n. 36. tamen cum Alexandr. concludit excessum non modicum, sed immodi-*

cum in transactione ultra dimidium læsioni, & dictæ legis secundæ locum facere.

Advertendum utique est ad læsionem in transactione introducendam, attendendum non esse ad estimationem rerum, ceu actionum per transactionem amissarum, sed ad dubii eventus valorem *Barb. in dicta L. 2. dicto n. 35. Valens. dicto consilio 175. n. 26.* & in dubio in hoc contractu non præsumitur læsio *Valens. proxime n. 27.*

Advertendum est etiam, quod licet restitutio adversus transactionem minori de jure concedatur juxta totum titulum *Cod. si adversus transactionem, & ibi Doctores,* necesse ei tamen est, ut eum obtineat, ut se læsum probet, ut non qualicumque læsione sed enormi, ut docet ex pluribus *Barb. in collectan. L. 1. Cod. si adversus transactionem n. 3.* & merito cum hic contractus in jure favorabilis, & minori utilis præsumatur.

His ita de jure suppositis, superest, ut prædictas juris regulas ad nostram hypotheseum contrahamus, & visa scriptura transactionis eam validam, & omnibus numeris absolutam existimo, cum ab Actrice, tutoris auctoritate judicisque decreto interveniente celebrata deregatur, prout de jure necesse erat *Barb. in collectan. d. L. 1. Cod. si advers. transact. in fin. & licet transactio non nisi aliquo dato, vel retento, vel promisso subsistere possit L. transactio 38. Cod. transact. & ibi Doctores;* non defecit hoc requisitum in nostra transactione ut patet ex dicta scriptura, & patet ex quietatione recepti.

Non defecit utique transactionis materialis causa, nempe res dubia nam ut hæc interveniret, meo arbitrio sat erat, ut super partitionibus tran-

transactio caderet, ex his namque quamplurimæ ſolent lites oriri, ut quotidie experientia docet, & illæ per ſententiam deciſæ extarent, adhuc ab ea appellari poterat, ad iudicationes, quæ in favorem Actricis factas variari, prolixumque iurgium currere in grave, & laboris & expenſarum diſpendium, & hæc omnia ex dictis ſatis ſunt, ut transactio legitime fieri poſſet.

Quare cum transactio in valida ſit; videamus an Actrix reſtitutionis auxilio enixa, & læſionis prætextu eam reſcindere poſſit, & non improbabiler dici poterat, noſtram minorem non eſſe reſtituendam, cum in iudicio ſe maiorem affirmaret, immo de facto probaret per teſtes ad ſui inſtantiam productos, ut maioremque iudicatam, hancque poſt ſententiam transactionem aprobatam, dum ejus virtute recepti liberationem Reus præſtitit, & ſi minor extrajudicialiter ſe minorem dicens regulariter non reſtituitur juxta textum, ſed ſi minor ſe maiorem dixerit, à fortiori quando in iudicio, an iudicis, & magiſtratus oprobrium arg. text. in *L. confeſſionibus 13. ff. de interrogatoriis act.* Deinde quia poſt ſententiam, quæ Actricem minorem iudicavit, amplius de ejus ætate diſputandum non erat, neque quærendum, ſed an iudicatum fuiſſet, tanta eſt enim ſententiæ autoritas, ut faciat de albo nigrum; nec adverſus hanc ſententiam reſtitutionem imploratam video in actis, ut ei prodeſſe poſſit *tit. Cod. ſi adverſus ſententiam*; & quanvis ut minor ſe maiorem dicens non reſtituatur, neceſſe ſit hoc dolose fuiſſe ex *text. in L. 3. Cod. ſi minor ſe maiorem dixerit*, & de hoc dolo commiſſo non conſtat, tamen contra minorem præſumptio eſt, ex *gloſſ. in dicta L. 3.* & quanvis Doctores a calu recedunt,
Pars III.

noſterque *Agid. in L. ex hoc jure p. 2. cap. 3. n. 28.* ſolum in ſagace minore dolum præſumat, etiam in hac opinione contra Actricem mihi præſumptio eſt, cum illa maioris ætatis aſſeveratio ad ſuorum bonorum administrationem tenderet, & ferendum non eſt, ut minor maior iudicatus contrahentes ipſa ſententia, iudicis que autoritate fallere poſſit. Sed dato, quod noſtra Actrix etiam prædictis non obſtantibus reſtitutionem implorare poſſet ex alio capite eam repelleremus; nam ſe læſam in transactione nos non docet, nec docere poterat viſis libelli valde diſuſi, & confuſi articulis, in illis namque ſolum allegantur errores, ſolemnitatumq; defectus in partitionibus occurrentes, & hæc allegationes in partitiones influunt, nullitatemq; earum arguunt, minime tamen transactionem inficiunt, has tamen ut allegare poſſet prius transactionem in fringere tenebatur, & ut hoc conſequeretur, allegare, & probare debebat, juſtum dubii eventus valorem pretioque diminuto fuiſſe ab ea demiſſum, ſequè circa id enormiter fuiſſe læſam, ut in præſuppoſitis adnotavi & cum hoc non probaret, imo nec allegaret, contra transactionem obtinere nequit, & illa in ſuo robore permanente, adverſus partitiones Actrix audiri nequit, cum ei deficiat actio, utpote per transactionem ſopita, quam ad unguem obſervare puto, & hæc ſufficiant pro ſententia revacanda, transactioneque defendenda, reliqua ad actiori calamo ſequentes patres docebunt. Ulyſſipone 22. Martii 1690.

D. Vieira.

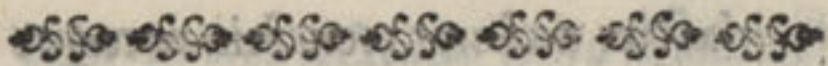
Ex elegantiffime prænotatis à Domino ſapientiffimo conſtanter convenio in revocationem iudicati non obſtante minoritate AA. allegata, cum transactio omnibus requi-

fitis de jure necessariis celebrata fuisset in ea enim non incidimus læsionem per quam retractari debeat, & nihilominus ut minor resti-
44 tuatur adversus transactionem necessaria est grandis & enormis læsio non qualis qualis *Cald. in L. si curatorem verbo lesis n. 154.* dubiis quæ notari possunt satisfit vigilantissimus patronus in suis præorationibus sic placet. Ulyssipone Augusti 5. anni 1690.

Mattofo.

Litem, & variis sententiis decisam, & tandem transactione finitam in præsentis libello suscitare Actrix desiderat ad quem finem varias partitionum recenset nullitates, dato tamen quod aliquæ intervenissent, omnes illa ultima absorbit transactione, & dum illam rescindere, in quo tota processus sistit dubitatio, virtute restitutionis intendit, in vanum defudat, legitime namque celebrata extat, dum in illa & tutoris, & curatoris consensum, ac tandem judicis decretum intervenisse constat, & quod ad desideratam restitutionem, quanvis legitime Ab Actrice postulatam fuisse annuamus, adhuc ipsa saltem enormem læsionem habito respectu ad futurum litis eventum, non verò ad datum, vel retentum prout totum in transactione necessarium erat, non solum intervenisse non probat, sed nec saltem allegat, cumque hoc totum ad rescindendas transactiones restitutionis prætextu requiratur, & adhuc facile rescindi non debere jura comedent, cum per illas litium tollatur error partibus adeo, & Reipublicæ nocivus, præsentem sustinendam esse sententia revocata magis placet. Ulyssipone die 20. Octobris anno 1690.

D. Maya,



C A P. LXXIII.

De inclusionē & exclusionē, ex caducatione secundæ substitutionis, ob caducitatem primæ & quando corrupto antecedenti gradu substitutionis, caducentur sequentes vel potius intret vulgaris in fideicomisso aut maioratu ad hoc ut detur inclusio vel exclusio successoris maioratus.

S U M M A R I U M.

- DD. de materia. n. 1.*
Vulgaris substitutionis forma. n. 2.
Omnis substitutio, est conditionalis dispositio. n. 3.
Verbum illud etiam extraneos comprehendit. n. 4.
Verbum gerundii importat conditionem. n. 5.
Quando fideicommissum a testatore post mortem hæredis gravati relinquitur, sub conditione, relictum censetur. n. 6.
Cum incertitudo dici mortis in hæreat, hæc pro conditione reputatur. num. 7.
Conditionalis dispositio dicitur, quando ponitur inconditione relinquere, vel non filios. n. 8.
Cum dispositio sit conditionalis, requiritur purificatio illius alias locum non habet substitutio. n. 9.
Quando successionis jus in aliquem non est delatum in ipsius filium non potest esse transmissum. n. 10.
Ante conditionis existentiam nullum datur juris, ac obligationis principium, quod transmittatur, neque

neque dicitur vocati diem cedere
n. 11.
Defecta conditione ſubſtitutionis, ha-
beri debet dicta ſubſtitutio ac ſi
facta non fuiſſet n. 12.
Tempore mortis requiritur existen-
tia vocati, defectus illius, &
conditionis vocationem facit ca-
ducam. n. 13.
Caducato gradu ex defectu conditio-
nis, caducati fuerunt omnes ab
eo descendentes. n. 14.
Ad vocationem introducendam, quæ
qualitates requiruntur n. 15.
In caſu caducationis gradus ſuccedit
filius. n. 16.
In noſtro regno ſervandum eſt jus com-
mune, & non Caſtellæ. n. 17.
Appellatione filiorum non veniunt ne-
potes in præjudiciũ vocati. n. 18.
Linia non incipit niſi ab illo qui oc-
cupat maioratus poſſeſſionem
aut ſucceſſionem. n. 19.
Spes reſultans ex vocatione eſt incer-
ta n. 20.
Spes habetur pro veritate n. 21.
Et ſic poteſt donari. n. 22.
Et obligari. n. 23.
Et ejus emptio contrahetur. n. 24.
In ſpe vendita habet locum remedium
legis 2. C. de reſcindend. vend.
n. 25.
Propter ſpem quis mittitur in poſſeſ-
ſionem bonorum. n. 26.
Non poteſt quis privari ſibi jure com-
petenti, ut ſpe ſine factõ ſuo. n. 30.
In actione legis Aquiliæ venit dam-
num ſpei. n. 31.
Cautio ita datur propter ſpem ſicut
& propter rem. n. 32.
Conſiſtit ſtipulatio ejus, quod nondum
eſt, tamen eſſe ſperatur. n. 33.
Spe deberi dicitur, quod eſt impotentia
de præſenti n. 34.
Jus competens de futuro ſub aliquo
eventu, bene poteſt renunciare.
n. 35.
Contractus ſpectativus, ſeu conditio-
Pars III.

nalis, pendente conditione ligat
& revocari non poteſt. n. 37.
Spes provenit ex futuro eventu, &
falaciſſima res dicitur. n. 40.
In maioratu ſucceſſione, non attendi-
tur ad jus ortum tempore inſti-
tutionis, ſed tempore delatæ ſuc-
ceſſionis, ex qua oritur ad ſucceſ-
ſionem obtinendam quia vocatio
reducetur ad eſſe vel non eſſe. n.
42.
Quando aliquid pendet a futuro even-
tu, quod poteſt ſe habere ad eſſe,
vel non eſſe non habet ſpem in ali-
quo jure de præſenti, nec debet
conſiderari. n. 43.
Diſtinctiones in hac controverſia. n.
44.
Spes dupliciter conſideratur, & qua-
tenus vinculis juris non eſt mu-
nita, ſine jure immediato voca-
tur vana. n. 45.
Spes ſuper qua tranſigi licet. n. 46.
per totum.
Fateri videtur adverſarius, quæ non
contradicet. n. 47.
Confefſio facta per ſucceſſorem omni-
modam meretur fidem dum con-
trarium non probatur. n. 48.

Hanc quæſtionem proponunt, &
& reſolvunt uterque Luca
unus delineat legal. reſponſ. Alter
theatr. verit & juſt. diſcuſ. 107. 108.
109. 110. 112. 113. 114. & diſ-
cuſ. 131. eleganter cum multis
Quezada Pilo forenſ. contr. cap. 27.
per tot. Altograd. contr. 55. 56. &
57. eleganter Roſa conſul. 44. &
Nos diximus ſupra tom. I. cap. 5. n.
549. & ſeqq. & vide Valaſc. conſ.
139. & vide reſolutiones & ſententias
de quibus infra cap.

Urſeol forenſ. reſolut. cap. 82 ubi
etiam an conditio ſuperviventia ſci-
licet ſi tunc Titius vixerit, cum
ſimilibus, ſubſtitutioni gradus me-
dii appoſita, an dicatur neceſſaria;

vel potius voluntaria, ita ut ea non verificata faciat, vacillare & deficere omnes sequentes substitutiones, non obstante clausula adjecta vulgariter & per fideicommissum & vide DD. à nobis citati ubi supra & sententias sequentes.

No Feito de Joseph Gomes de Arvellos, com Manoel Rodrigues Jacome, Escrivaõ Manoel Gomes Machado, se deu a sentença seguinte.

Não foy bem julgado pelo Juiz em condemnar aos RR. larguem aos AA. as casas de que se trata para sua filha Maria da Luz neta de Domingos Alvares Perdigão: revogando sua sentença vistos os autos disposiçãõ do testamento de Domingos Alvares pelo qual se mostra, que as substituições que fez foraõ condicionaes no caso; que seu filho antes do primeiro nomeado não entrasse a possuir as ditas casas, e como se mostra, e os AA. o confessãõ, que elle a possubio, caducaraõ as substituições, e ficou em seu vigor a disposiçãõ de que poderia dispor dellas, e as haverá com seus herdeiros, para dellas fazer, o que lhe parecer, e como se mostra que a A. ficou herdeira do dito Antonio Alvares, nem era necessario, que fosse do seu sangue, por que conforme o direito; na palavra herdeiros, se comprehendendo os estranhos; e a condiçãõ do encargo de Missas não induz Capella absolvem aos RR. do pedido pelos AA. aos quaes condemnãõ nas custas dos autos. Lisboa 5. de Julho de 1685.

Freire. Pereira.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentis.

2 Supponendum primo donationem factam filio monacho, non proprietatem domus, sed usumfructum tantum importare proprietatem vero filio Antonio, testator, sicut donator, dona dedit, primum constat in ipsa

donatione fol. 17. ibi: *dos rendimentos, & ibi: e arrecadar seus rendimentos, secundum fol. 18. ibi: a seu filho Antonio Alvares.*

Supponendum secundo neutquam hic, fideicommissarium, vel expressæ, vel per compendium, fuisse factam, sed omnes substitutos vulgariter esse vocatos, patet, quia testator substitutos sequentes invitavit, eo casu, quo, præcedentes, domos non occuparent, & non advocatos, ut vita, vel morte restituerent, sed ad sequentes, casu, quo primi vocati deficerent, antequam caperent, verba direxit, quæ est vulgaris substitutionis forma, dilucide Donel. lib. 6. comm. cap. 22. vers. ita quid sit.

Primus vocatus ut fol. 7. fuit testatoris filius Antonius, & sequentes substitutiones evanescere, non enim conceptæ sunt casu, quo ipse Antonius occuparet, sed casu, quo non occuparet sed omnis substitutio est conditionalis dispositio L. coheredi 41. §. coheres ff. de vulgar. & pupilar. L. in ratione 11. §. quod vulgo ff. ad L. falsid. saltem quoad effectum: ergo condicione deficiente, dispositio subea concepta, evanescit, L. si ita scriptum §. 1. ff. delegat. 2. L. si filius qui patri §. cum filius ff. bon. libertor. L. quidam in testamento ff. de fideicom. libertor. L. si quis heredem Cod. de instit. & subst. Reinos. obs. 64. n. 12. & seqq. cum ergo sequentes substituti admissi sint, eo casu, quo dicitur Antonius periret, qui tamen supervixit, & domum occupavit, illas evanuisse proculdubio statuendum est, id plane colligitur, tum facili argumento, tum ex ipsis verbis testatoris argumento, quia sequentes vocati sunt, casu quo præcedentes præmorianantur, aut Antonius vixit, qua ergo dialectica inferitur

fertur, idem voluisse testatorem in casu superviventia, quod in casu mortis? cum ipse testator non expresserit ex verbis testatoris, quia irrefragabilis est ejus dispositio fol. 8. ibi: *Com declaração, que o que primeiro chegar a possuillas, as haverá com seus herdeiros para dellas fazer, o que lhes parecer, &c.* Primo itaque obtinenti data facultas de dicta domo libere disponendi: quo discursu hinc infertur illum gravatum actricis filia restituere? neque obstant, quæ circa verbum illud a testatore expressum *com seus herdeiros*, nempe post mortem Antonij addictam domum, solum ejus filios admissos, non vero extraneos; sed hoc quidem frigidum est, quando verbum *heres* solum hæredes sanguinis, quando autem etiam extraneos significet id ex variis disponendi formulis intelligitur satis sit dicere, testatorem non conditionaliter, sed dispositive de Antonij hæredibus meminisse, quibus interminis verbum illud etiam extraneos comprehendit, ut per multa jura *Reinos. obs. 68. n. 17. expressse Peregrin. de fideicom. art. 32. n. 16. 30. & 32. Mantic. de conject. lib. 8. tit. 14. n. 2.*

Quod autem dicitur exonere 50. missarum capellam institutam cum tale onus simpliciter impositum sit, hoc nec pedes nec caput habet *Cald. forens. q. 23. n. 56. Reynos. obs. 68. n. 15. Lara de capellan. lib. 1. cap. 4. à n. 15. Flores q. 17. à n. 31. pluribus Castilb. lib. 4. contr. cap. 9. ex his judicatum censeo revocandum. Ulyssipone 29. Februarii 685.*

Pereira.

Ego etiam libenter convenio Carneiro. Idem teneo Freire.

No Feito de agravo de Belchior Moreyra de Barbuda, com Maria de Freitas, Elcristão Domingos Luiz de

Oliveira, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello dos Authores, contrariedade do Reo mais artigos recebidos, papeis juntos, e prova dada. Mostra-se que no testamento com que faleceo Maria Toscana, instituo vinculo, e morgado de seus bens com obrigação de dez missas rezadas cada anno, para a successão do qual chamou em primeyro lugar a sua irmãa Isabel Correya de Siqueyra, e em segundo a Diogo Mendes da Costa, e Sebastião de Abreu da Costa seus sobrinhos filhos da dita sua irmãa, declarando succederiaõ hum ao outro, e morrendo sem filhos chamou em terceyro lugar para successão do dito morgado a Antonio da Costa Moreyra filho de sua sobrinha Maria Fragofo, e em caso que o dito Antonio da Costa morresse sem filhos, chamou para a dita successão ao Reo Belchior Moreyra de Barbuda. Mostra-se mais que o dito Antonio da Costa faleceo da vida presente estando ainda possuidor do dito morgado seu tio Sebastião de Abreu, e deyxou hum filho por nome Antonio da Costa de Lemos que foy marido, pay dos Authores, e falecendo o dito Sebastião de Abreu possuidor do dito morgado, se meteo na posse delle o Reo Belchior Moreyra de Barbuda, e sendo este o facto, sem duvida approvado por estas partes. Pela dos Authores se mostra que o Reo se introsou na posse do dito morgado sem lhe tocar, por quanto pertencia ao dito Antonio da Costa Lemos que foy expressamente chamado pela instituidora, e que o Author Sebastião de Abreu, por ser seu filho, e representar sua pessoa o legitimo administrador do dito morgado, e lho devia o Reo largar com os fruitos, e rendimentos da individua occupação até real entrega. Pelo Reo

Reo se allega que o dito vinculo lhe pertence por ser chamado em quarto lugar pela instituidora para a successão delle, na qual entrara por morte de seu tio Sebastião de Abreu da Costa, no tempo de cujo falecimento era já morto o dito Antonio da Costa Moreira chamado em terceyro lugar pela instituidora, e que por este não entrar na posse do dito morgado se lhe devolvera logo a successão por ser o que se seguia na vocação; e sendo os bens de que se trata hum fideicomisso particular, era a vocação pessoal, e não real, e ficara pertencendo a elle R. e não aos AA. por seu Avô não chegar a entrar na posse do dito vinculo, o que era mais sem duvida, por quanto ao tempo que se lhe devolvera a successão ainda não eraõ nascidos os AA. e assim não podiaõ avocar a successão, nem ella fazer retrogresso para elles; e que por seu pay Antonio da Costa de Lemos assim o entenderlhe não pedira nunca os bens do dito vinculo, e devia ser absoluto. O que tudo visto, e o mais dos autos, e como se prova que a instituidora fez morgado de seus bens com vocações, e linhas separadas, chamando em primeiro lugar para a successão a sua irmãa Isabel Correa, e em segundo a seus filhos Diogo Mendes da Costa, e Sebastião de Abreu, e morrendo estes sem filhos, chamou em terceira vocação a Antonio da Costa Moreira filho de sua sobrinha Maria Fragofo, e a seus filhos, e no caso que os não tivesse, chamou em quarto lugar ao R. e acrescentou que morrendo este sem filhos succedessem seus parentes por linha direita; e se prova outro sim que o dito Antonio da Costa de Lemos marido, e pay dos AA. foy filho legitimo de Antonio da Costa Moreira chamado em terceiro lugar, e posto que este falecesse em vida de seu tio o dito Sebastião da Costa

possuidor do morgado, com tudo no tempo de seu falecimento, não podia o R. entrar, como entrou, na posse do dito morgado por ser para elle chamado em quarto lugar, e no caso que o dito Antonio da Costa Moreira chamado em terceiro lugar morresse sem filhos, e tendo-os existentes, e estando na linha habitual da successão formada pela instituidora logo ficou radicado, e verdadeiramente formado na sua pessoa o direito de succeder no dito morgado, e o podia transmitir, como transmittio pelo beneficio da ley em seus filhos, e descendentes, ainda que se lhe não tivesse deferido, pois bastava que lhe competisse habitualmente, e não era necessario que o tivesse actual, e em virtude desta transmittio devia seu filho, e descendentes entrar na successão do dito morgado, logo que o dito Sebastião de Abreu faleceo sem filhos, pois eraõ chamados, e por direito se lhe defirio o dominio, e administração do dito morgado sem poder estar suspensa, e pendente a successão delle, e attendendo-se nella em primeiro lugar à linha; e a que cada bum deve ter a intrancia que lhe toca, por se não compadecerem; e sendo o dito Antonio da Costa Moreira cabeça, e principio da terça formada pela instituidora, ainda que falecesse em vida do possuidor, deixando filho ou neto, ou outro descendente, estes haviaõ de succeder por sua ordem; e não o R. que era de diversa linha, que não tinha intrancia em quanto senão extinguisse a do Avô do A. que o precedia, termos em que o R. individamente se meteo de posse do dito morgado, maiormente tendo em seu poder a instituição della, não obstante o que por sua parte se allega, por quanto nem este morgado se pôde chamar fideicomisso particular, nem a vocação pessoal, mas real, e expressa em que os filhos do dito Antonio

nio da Costa Moreira forão chamados, e se lhe deferio pela mesma instituidora o direito de succeder; e o dominio, e administração dos bens do morgado de tal sorte, que por nenhum modo se pode considerar retrocesso neste caso; e pôde o A. como neto legitimo descendente do dito Antonio da Costa Moreira chamado em terceira vocação, avocar a successão, e reivindicar o dito morgado. Por tanto julgo lhe pertence, e o declaro por legitimo successor, e administrador delte, e condemno ao R. abra mão de todos os bens vinculados, e os deixe livres, e desembargados ao A. com os frutos da individua occupação até real entrega, e pague os autos em que outro fim o condemno. Lisboa 26. de Junho de 690.

Gonçalo Mendes de Brito.

Viderur dicendum, hanc sententiam sustinendam non esse, quia hæc dispositio est conditionalis, ut constat ex verbis vocationis e morrendo non solum ex dictis in cap. n.

5 Sed etiam quia verbum, morrendo, est gerundij, & ut tale importat conditionem expressam L. si tu ex parte ubi Bart. ff. de acquir. hered. Phæb. p. 1. dec. 79. n. 3. Cyriac. forens. contr. 424. & inspecie verbi morrendo diximus in cap. 5. n. 92. in sententia & n. 98. in deliberatione & probat L. si a testatore ff. cond. & demonstr. ubi omnes Barb. in rubric. ff. solut p. 1. n. 23. Pret. deinterp. lib. 3. interp. 2. dub. 1. solut. 1. n. 1.

6 Et quando fideicomissum à testatore post mortem hæredis gravati relinquitur, sub conditione relictum censetur L. 4. ff. quand. dies leg. ced.

7 Et cum in certitudo diei mortis in hæreat, hæc pro conditione reputatur L. dies incertus ff. condit. & demonstr. Valasc. cons. 139. n. 13. in specie & Nos diximus tom. 1. de maior. erect. cap. 5. n. 565.

Ideoque dicitur conditionalis dispositio quando ponitur in conditione relinquere vel non filios, L. heredes mei §. cum ita ff. ad Trebel. Costa in cap. si pater verbo si absque liberis detestam. Bald. cons. 241. lib. 1. & cons. 264. n. 13. Cod. lib. & in L. Lulius §5. ff. de hered. inst. & in L. generaliter in princip. Cod. inst. & subst. ubi DD.

Et cum dispositio & substitutio sit conditionalis requiritur purificatio, illius alias non habet locum substitutio ut diximus forens. cap. 4. n. 40. & seqq.

Et interminis relinquendi vel non filios, quod defectus conditionis, evanescat substitutio, Paul. de Cast. cons. 282. n. 1. & 2. Bursat. cons. 97. n. 5. & 6. probat Valenz. cons. 2. n. 33. & cons. 106. n. 26. Larrea dec. 33. n. 10. 14. 15. & 60. Donel. in L. qui Romæ 122. §. Genus ff. verbor. obligat.

Et cum vocatus non existisset tempore mortis ultimi possessoris nullum quæsit jus, quod in filium transmitteret, sed defecta conditione & caduca vocatione filius excludi debet, quia cum successionis jus in ejus patrem non fuisset delatum, in ipsum filium non poterat esse transmissum L. unic. §. sin autem sub conditione Cod. caduc. tol. Fachin. contr. lib. 5. cap. 56. Gail. præcl. lib. 2. observ. 132. Præceptor Cunha in privat. sed ad tit. de cond. & demonstr. n. 4. Ægid. in L. ex hoc jure 2. p. cap. 11. conven. 5. n. 5. & convenient 7. in princip. L. unic. ubi gloss. Cod. de his qui ante apertas tab. Rovit cons. 77. n. 11. Magon. dec. 82. n. 17. Gom. var. tom. 2. cap. 5. n. 9. & Nos diximus §. n. tom. 2. cap. 10. n. 371. & tom. 1. cap. 5. n. 565.

Jus enim conditionale non transmittitur d. L. unic. §. sin autem Cod. caduc. tolend. Casilh. contr. lib. 4. c.

55. n. 59. *Cancer. var. p. 3. cap. 21. n. 83. capisclar. dec. 1. n. 78. ubi Add. & ad dec. 2. n. 1. Boavent. Tristan dec. 16. 21.*
- 11** Quia ante conditionis existentiam nullum datur juris ac obligationis principium quod transmittatur, neque dicitur vocati diem cedere *L. si post diem 5. §. subcontione ff. quand. dies leg. cedat. Peregrin. de fideicomis. art. 31. n. 21. Donel. lib. 8. com. cap. 28. vers. quæ vero & ibi Obluald. multis citat lit. 2. & diximus hoc cap. §.*
- 12** Defecta enim conditione substitutionis Antonii haberi debet dicta substitutio ac si facta non fuisset. *Galeat. contr. 39. n. 1. tom. 2. Fontanel. dec. 224. n. 5. Ramon. conf. 28. n. 6. Bonavent. de Tritan. dec. 16. n. 12. & 23. Castil. tom. 4. cap. 55. n. 6.*
- 13** Et cum tempore mortis requiratur existentia vocati defectus illius, & conditionis facit vocationem caducam ex defectu conditionis ut tenent *Add. ad Molin. lib. 1. cap. 1. n. 17. Cassanat. conf. 36. n. 37. sèsse d. 66. & 138. & 266. Gratian. forens. cap. 979. Molin. derit. nupt. lib. 3. cap. 23. n. 31. & 32. Castil. tom. 5. cap. 119. n. 9. & cap. 181. post. n. 45. Duran dec. 239. n. 10. & 70. Fusar q. 469. n. 79. Amat. var. resol. 40. n. 15. Ramon. conf. 100. n. 122. Gam. dec. 254. n. 8. & 9. Surd. conf. 144. Gobius conf. 129. Censal in add. ad Peregrin. art. 15. vers. sexto observa suelves conf. 47. n. 3. lib. 1.*
- Et caducato gradu ex defectu
- 14** conditionis caducati fuerunt omnes ab eo dependentes *Cassanat. conf. 2. n. 13. & seqq. Guaneur conf. 1. n. 60.*
- Et cum vocatio Antonii tertio loco vocati, fuisset facta cum præsupposito existentia et vitæ illius, cum deficeret quia jam tempore mortis ultimi gravati evita decessant, cessat vocatio et non habet
- locum dispositio, ut ex aliis tenet *Castil, tom. 5. contr. cap. 82. n. 6. vers. secundo deinde Valenz. conf. 9. n. 1. & conf. 22. n. 49. & conf. 93. n. 18. Gut. conf. 1. n. 16. Tusc. lit. P. concl. 636. n. 1. & seqq.*
- Et cum tres qualitates requirantur ad vocationem introducendam, prima vocatio, secunda qualitas illius, tertia casum vocationis ut diximus *cap. 10. n. 1.* cum deficiat vita qualitas vocationis, & superviventia casum vocationis, non potest Antonii filius admitti, quia non videtur præmotiens substitutus *L. si ita quis 21. ff. vulgar ibi: non enim videtur in hunc casum substitutus L. ex facto 43. §. item quero ff. cod.*
- Atque ita non potest succedere filius Antonii, sed præfertur ei in successione substitutus à testatore, licet dicat venire ex repræsentatione ut diximus *§. num. Menoch. conf. 200. n. 16. & 17. Robles de repræs. lib. 3. cap. 9. n. 46. tenent citati à Roxas de incomp. p. 5. cap. 4. n. 24. & 25. Fusar. de subst. q. 359. n. 6. & q. 485. n. 70. & probat rationes adductæ cum multis à Doctiss. Aquil. in add. ad Rox. ubi supra n. 23. & seqq.*
- Licet contrarium attento jure castellæ tradat, ipsemet *Roxas n. 26. & defendat Aquil. in add. n. 27. & seqq.* ubi ad contraria respondit ampliat, & limitat, & in casu caducationis gradus quod succedat filius tenet *Torre de maior. Ital. dec. 2. n. 52. 53. & 54.*
- Quia fatetur de jure communi **17** contrariam opinionem esse veram, & in nostro Regno jus commune servandum esse & non legem castellæ constat ex *Ord. lib. 3. tit. 64.*
- Et cum fideicomissum, aut maiora- tus remaneret apud primū vocum, & eo mortuo apud successores, cum illo onere restitutionis, si restitutio fieri non

non poteſt ſecundo ſubſtituto, quippe iam deceſſit, fieri debet tertio qui exiſtit in rerum natura & non filiis præmortui *Menoch. conf. 215. in primo dubio Amat. var. reſol. 40. n. 8. Spada conf. 331. lib. 3. Cyriac. contr. 269. n. 37. Gratian. cap. 747. n. 18. & ſeqq. Medic. dec. 8. num. 48. Tondut civil. p. 2. cap. 161. num. 1. Torre de maior. Ital. p. 2. q. 31. n. 11. & eleganter n. 12. omnino videndus ubi explicat Urſeol conf. 82. n. 23. & ſeqq. Luca de fideicommiſſ. lib. 10. diſc. 53. n. 3. Altograd. jun. contr. 55. Bonden. de jur. controu. col. 41. n. 15. ubi multos refert & n. 16. & 17. & ſeqq. explicat Ioan. Bapt. Saminiat. contr. 76. num. 4. Actolin. reſol. 106. n. 55. & de ratione diximus tom. 1. de maiorat. erect. cap. 5. n. 566. & hoc. cap. §. Bich. dec. 480. num. 22. eleganter & per tot.*

Et maxime quando Antonius evita deceſſit quanvis reliquiſſet filium, & tempore mortis ultimi poſſeſſoris iam ultimum diem clauſerat extremum, & cum non exiſtiſſet filius ſed nepos iſte non poterat excludere quartum vocatum, quia in hoc caſu apellatione filiorum non veniunt nepotes in præiudicium vocati, *L. quod ſi nepotes ff. de teſtam tutel. Bich. dec. 480. n. 23. 24. & 25. Fuſar. de ſubſt. q. 319. & per tot.*

Neque in hoc caſu linea incipere poteſt ab Antonio prout dicitur in ſententia, quia cum poſſeſſionem non habuiſſet maioratus, non potuit conſtituere lineam ad Nepotis favorem, quia non incipit niſi ab illo qui occupat maioratus poſſeſſionem aut ſucceſſionem diximus ut tom. 2. cap. 10. n. 759. & pag. 268. col. 2. verſ. quia ubi quod inter collaterales non attenditur ſed præcedentia gradus & pag. 350. n. 416.

Pras III.

Nec in hoc caſu habet locum ſpei conſideratio ratione ſubſtitutionis factæ, nam licet, ſpes reſultans ex vocatione ſit certa, ut tenet *Doctiſſ. Aquila d. Rox. de incomp. p. 8. cap. 10. n. 13.*

Et dicatur tale jus eſſe in bonis & ad hæredes tranſmittatur ut inquit *Lar. dec. 39. n. 10.* ubi exornat & multis exemplis confirmat *Olea de ceſſ. jur. & act. tit. 3. q. 10. n. 13.*

Et Spes habeatur pro veritate *Bart. in L. Gallus §. nunc videndum ff. liber & poſth. n. 2.*

Et ſic poteſt donari, *L. ſpem C. de donat. Olea ſupra.*

Et obligari, *L. ſpem C. qui poſt in pig. hab. Olea proximè.*

Ejus emptio contrahitur *L. nec emptio §. ff. de contrahenda empt. Olea ſupra.*

Imo in ſpe vendita habet locum remedium *Legis ſecundæ C. de reſcind. vendit. ut tradunt Pet. Anch. & imo in cap. cum cauſam extra, de emptio; & vendit. in fin. ubi Ant. Burg. col. 7. in §. extenſ.*

Nam & propter ſpem quis mittitur in poſſeſſionem bonorum abſentis *L. ſi filio familias ff. ex qui cauſ. in poſ.*

Neque poteſt quis privari jure ſibi competentem, et ſpe ſine facto ſuo, *L. in diem § non autem ff. de aqu. plu; notat Bald. conſil. 431. ad evidentiam, & notat per illum textum in L. ſi conſtante in verſ. exceptis, C. de donat. ant. nup.*

Nec facto Principis *Olea deciſ. tit. 28 3. queſt. 10. n. 125.*

Imo datur actio etiam pro ſpe *L. Titius ff. de verbor. oblig. ubi Bart. notat, & Imola dicit eſſe ſingulare.*

Et pro ſpe datur in integrum reſtitutio *L. 3. ſi quid minore ff. de minorib.*

In actione legis Aquiliæ venit

Mmm

dam:

damnum spei, *L. proinde §. 1. L. inde neratius, & L. in lege Aquilia ff. ad legem Aqu.*

32 Cautio ita datur propter spem, sicut & propter rem, *L. si ususfructus mihi ff. de usufruct.*

33 Consistit stipulatio ejus, quod non dum est tamen esse speratur, *L. interdum ff. de verbor. oblig.*

D. Larrea, dicta disputat 39. n. 10. ad hoc notat textum in L. si primo §. ff. de liber; & posth. dicens. Ubi substitutio sub conditione non tantum velut in spe consideretur, sed quasi jam existens, quo fit, ut cum rem ipsam habere videatur, qui actionem habet ad eam recuperandam L. quia actionem 15 ff. de reg. jur.

34 Spe deberi dicitur, quod est in potentia de presenti *L. non solum §. si libertus ff. de excusat. tutor; & ita tenent Bald. Bart. & Corn. quos refert Decian. resp. 3. n. 124. & respons. 52. n. 17. tom. 1.*

35 Jus competens de futuro sub aliquo eventu bene potest renunciari *Albar. Valas. cons. 134. num. 13. tom. 2.*

36 Et in spe tantum à jure probata datur habitus, & aliquid in jure considerabile, idem dic consultat. *n. 14.*

37 Contractus spectativus, seu conditionalis pendente conditione ligat, & revocari non potest, ut in *L. ususfructus ff. de stipulat. serv.*

38 Denique, ut claudemus, omnes habetur ex futuro eventu, *Cagnol in L. fin. num. 251. C. de pact. ex L. pater filium, de inoffic. testament. cum similibus.*

39 Maxime actus viventium, *L. final ad finem ff. com. præd. Cardin. Thusc. tom. 2. verb. donat. conclus. 648. à n. 52. & sequitur Trentasinq. allegat resolut. 3. n. 18. vers. in hoc casu de qua re etiam diximus forens. cap. 7. in 2. impress. in add. p. 541. vers. ex quibus.*

Contraria sententia probatur ex eo, quia spes provenit ex futuro eventu, & fallacissima res dicitur, & somnium vigilantis, desiderium quæ appellatur, & fere nihil dicitur ut ex *Tiraq. & aliis diximus forens. d. pag. 541. exornat cum multis DD. & exemplificat Olea d. tit. 3. q. 10. n. 12.*

Et cum in maioratus successione, non attendatur ad jus ortum tempore institutionis, sed tempore delatæ successionis ex qua oritur ad successionis jus ut tenet *Molin. de primog. lib. 3. cap. 2. n. 19.* quia ante mortem possessoris nullus proximior certus dicitur cum possit prius mori *L. cum ita legatur §. in fideicomisso ff. L. peto §. fratre ff. leg. 2. & quare Molin. d. lib. 3. cap. 11.*

Et antea non acquiratur spes certa ad successionem obtinenda quia vocatio reducitur ad esse vel non esse, ex hoc futuro eventu non dicitur jus delatum *Petra de pax. nec considerabile Petra de potest. Princip. cap. 30. n. 28.* ubi quod jus quærendum spe non dicitur acquisitum & tolli potest *Alciat de præf. reg. 3. præf. 11. n. 3. & idem Petr. n. 29. conclus. ubi ex Felin. concludit quod quando aliquod, pendet à futuro eventu quod potest se habere ad esse, vel non esse, non habet spem in aliquo jure de presenti, nec debet considerari & Dec. cons. 269. n. 10. & cons. 390. n. 11. ubi concludit quod jus succedendi non dicitur esse in bonis nostris per *L. pretia rerum ff. ad leg. falsid. idem firmat Astic. dec. 385. in fine idem Petra cap. 32. n. 22. & alia multa allegavimus tom. 10. comment. de lege mental cap. 72. n. 22. & seqq. ubi exornavimus & explicat Olea ubi supra n. 12.**

In qua controversia distingendum est inter eum casum in quo jus et spes est firmiter quæsitæ de presenti certa

certa et invariabilis et eſt juſ firmum et mediatum ultimo poſſeſſori, ut in ejus filio; et inter eum caſum in quo ſpes eſt remota, aut poſſibilis, quando plures aut alii præcedabant, ita ut cenſus ſit, quod in primo caſu habeat locum ſpes ut tranſmittatur illius juſ; At vero in ſecundo caſu non ita & ita intelligendus venit *text. in L. ſubſtitutio ff. acq. rer. dom. ibi*: ſubſtitutio, quæ nondum competit, extra bona noſtra eſt exornat *Olea de ceſſ. tit. 3. q. 10. n. 12.* et ultra quæ refert probatur ex *Avend. in L. 40. Taur. gloſſ. 7. n. 7.* quem et alios Ego ipſe reſero in *tom. 2. cap. 10. n. 418.*

45 Quia ſpes dupliciter conſideratur, primo quatenus vinculis juſis, non eſt munita, et hæc ſine juſe immediato vocatur vana ſeſſe *dec. 115.*

46 *n. 69. tom. 2.* Alia eſt ſpes, à juſe approbata veluti, quæ ex fideicommiſſo, aut maioratu etiam conditionali reſultat in favorem filii primi vocati, vel ex contracto, feudo, aut emphiteuſi, lege, vel conſuetudine in juſe primogeniture, quæ ſpes eſt conſiderabilis, et æſtimabilis eſt et ſuper qua tranſigi licet *L. de fideicommiſſo cod. tranſact. ubi omnes Peregrin. de fideicomi. art. 23. n. 52. 62. Mier. de maior. 2. p. in initio n. 24. eleganter Geurb. de feud. §. 2. gloſſ. 5. n. 25. Olea de ceſſ. juſ. & act. tit. 3. q. 3. n. 9. Quem reſero forenſ. cap. 4. n. 38. Scob. de purit. p. 1. q. 7. n. 132. & 134. Noal de tranſmiſ. caſ. 5. n. 1. Idem Geurb. gloſſ. 10. §. 2. n. 59. verſ. non obſtat et ita in hiſ terminis procedit utraque opinio, et ſic non tranſmittit ſubſtitutus tertio loco quod prædeceſſit ultimo poſſeſſori juſ ad filium in vocati quarto loco præjudicium et ita fuit etiam deciſum in caſu Domingas da Conceição, cum Jorge Barreiros de Aguiar, apud Notarium *Rars III.**

Emmanuelẽ Pinheiro da Coſta, et tenor ſententiæ eſt ſequeſ.

Vistos eſtes autos libello do A. Jorge Barreiros de Aguiar contrariada de da R. Domingas da Conceição trẽslado do teſtamento com que faleceu Luiza de Abreu, mais papeis, e inquirição junta. O que tudo viſto, e o mais dos autos diſpoſição de direito neste caſo, e como a defunta Luiza de Abreu no teſtamento com que faleceſſe, e em que diſpoz da terça de que ſe trata deũ a fórma de ſucceder nella, aſſim na caſa da R. Domingas da Conceição ſua irmãã viva como na caſa da meſma R. morta, e na caſa da R. ſua irmãã viva nomeara para ſucceder na dita terça a jua tia Luiza de Bairros com obrigação de ſuſtentar a R. das ſuas portas a dentro, e que por morte de ſua tia ſuccederia ſua filha, e que falecendo eſta ſem deſcendentes ſuccederia o pay do A. Diogo Barreiros ambos com a meſma obrigação de ſuſtentar, e ainda que ſe prove das teſtemunhas do A. que a filha da teſtadora primeira ſubſtituida faleceſſe ſem deſcendentes, com tudo como ſenaõ prova que o pay do A. venceſſe em dias a primeira ſubſtituida para haver lugar a ſua vocação, e tãmbem ſenaõ prove que algum dos ſubſtituidos viveſſe depois da morte da dita Luiza de Abreu para haverem lugar ſuas ſubſtituições antes ſenaõ duvida que aſſim a filha da teſtadora primeira ſubſtituida como o pay do A. ſubſtituido por ſua morte faleceſſe em vida da Aggravada a reſtituir depois da morte, nos quaes termos ficaraõ caducando as ſubſtituições, e o defunto Diogo Barreiros não tranſferir em o A. ſeu filho direito algum de ſua ſubſtituição para ſucceder pela vocação do defunto ſeu pay que por falecer em vida do Aggravado a reſtituir depois da morte ficou caducando, e no teſtamento

mento senão acha clausula de que se possa conjecturar tivera a testadora vontade de que o direito de succeder do dito Diogo Barreiros fosse transmissivel ao Autor seu filho, e por sua pessoa tambem não pode succeder por senão achar nomeado na substituição, e o segundo caso em que a testadora dispoz dando modo de succeder morrendo a R. sua irmã, senão chegou ainda a purificar a R. sua irmã ainda viva, e como outro sim senão prova que a filha da testadora falecesse primeiro que sua mãy para haver lugar a disposição que fez da metade de seus bens. Absolvo a R. do pedido pelo A. em seu libello, e declaro não ter aução para pedir à R. os bens da terça, nem para a obrigar a que se meta em recolhimento para nelle ser alimentada, e pague o A. Jorge Barreiros de Aguiar os autos. Lisboa 31. de Novembro de 1672.

Antonio Duarte de Bairos.

A qua sententia appellatum fuit ad supplicationis senatum ubi fuit confirmata à Judicibus. D. Gouvea & Cerqueira. Velles.

No Feito do Padre Domingos Gomes com Bento João, e Maria Nunes, Escrivão Domingos Luiz de Oliveira, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos mostra-se por parte do A. que no anno de 1695. fez Mecia Gomes huma escritura de dote a sua neta Mecia Francisca em que lhe dotava para seu casamento as casus em que vivia no lugar da Arcoeira pomares das portas a dentro, e terra cercada assim como vay até a fonte do dito lugar, e vindo sobindo até a eira que está dentro da cerca, e todos os mais curraes, e palheiros pertencentes a dita fazenda por suas confrontações com obrigação de lhe mandar dizer huma Missa por dia de Paschoa cada anno para sempre e que a dita fazenda pos-

subiria em sua vida seu filho o Padre Rui Gomes Franco havendo o usufructo, e por sua morte a dita sua neta, e andaria assim na sua linha direita de seus filhos mais velhos precedendo sempre o varão a femea, e nunca seria vendida ou escambada, mas sempre andaria unida, e com mais declaração, que falecendo a dita Mecia Franca sem filhos antes de falecer a dotadora o dito Padre seu filho, lhes ficaria a elles a dita fazenda para a nomearem, e a nomeação neste caso em Rodrigo outro sim seu sobrinho com as mesmas obrigações. Mostra-se mais, que o Padre Rui Gomes Franco entrou de posse dos ditos bens, e a dotada Mecia Franca faleceu sem tomar estado, e do mesmo modo o outro sobrinho Rodrigo com o que o dito Padre veyo a succeder nesta fazenda, e fazendo testamento de mão commum com sua irmã Brites Franca, a deixarao ao Padre Antonio Gomes Franco seu irmão como tambem o mais remanente de suas fazendas compridos seus legados com encargo de Missas para que a lograsse em sua vida, e por sua morte ficasse aos herdeiros mais chegados, termos em que ficara instituido hum morgado, e por ser falecido o dito Padre pertence a successão delle ao A. por ser filho legitimo de Francisco Gomes, o qual foy tambem filho legitimo de Alvaro Gomes, e este de Antonio Gomes irmão inteiro, e legitimo de Mecia Gomes instituidora, e assim vem a ser o parente mais chegado ao ultimo possuidor da linha da instituidora a quem pertence o dito morgado, que o R. possui inadvidamente, e deve ser condemnado a largar ao A. a dita fazenda com os frutos da inadvida occupação até real entrega. Por parte do R. se allega, que ainda que a dita Mecia Gomes fizesse o dito fideicomisso a favor de sua neta Mecia Franca,

Franca, e ſeus filhos para effeito de ſucceder, por morte de ſeu tio o Padre Rui Gomes, tomando os bens de ſua diſpoſição em ſua terça, não conſta, nem ſe mostra, que os ditos bens coubeſſem na dita terça como era preciso para ſua validade tendo a dotadora filhos, e ainda que couberão, não teve effeito a diſpoſição porque a dita Mecia Franca faleceo ſem tomar eſtado em vida do dito ſeu tio, e caducou o fideicommiſſo de ſua familia ficando os bens livres ao tio o qual depois diſpoz do remanecente da ſua fazenda pagos ſeus legados, e não ſendo o A. da deſcendencia da dita Mecia Franca a cujo favor ſe deixou o dito fideicommiſſo não tendo direito algum para os bens de que ſe trata, que o R. poſſue por titulo de compra, que fizera a Domingos Leitão à viſta, e face do A. ha onze annos com que tem preſcripto toda a aução que o A. po-deſſe ter, ou competirhe. O que tudo viſto, com o mais dos autos fórma da diſpoſição de Mecia Gomes, que conſta da eſcritura originaria fol. 24. porque ſe mostra diſpor dos bens declarados no libello para q̄ andaeſſem unidos, ſem nunca ſerem vendidos, e com o encargo da Miſſa em cada hum anno por dia de Paſchoa para ſempre a qual fórma de diſpor, denota vinculo, e perpetuidade quanto aos bens, e quanto à ſucceſſão ſe conſtitue morgado, pois na meſma diſpoſição he preferida a familia de Mecia Franca com precedencia de filho mayor ao menor, e do varão a femẽa, que he a fórma regular dos morgados, e ſuppoſto a teſtadora diſpozeſſe eſte modo de ſucceder a favor da dita ſua neta, e de ſua deſcendencia, daqui ſó ſe infere a quiz preferir na ſucceſſão aos mais parentes, mas não, que exclutiu eſtes da ſucceſſão, o que além de ſer aſſim conforme a direito ſe verifica da meſma diſ-

poſição da doradora, que prevendo o caſo de não ſucceder a dita ſua neta, e de não ter filhos, nomeou a meſma fazenda com as meſmas obrigaçoens em outro neto Rodrigo, manifeſtando aſſim a vontade de a conſervar vinculada em ſua familia com a fórma de ſucceder como morgado: e ſuppoſto, que nem hum nem outro chamado chegaffe a ſucceder nem deixaffe familia, não ficaraõ por iſſo livres os bens do vinculo de morgado, pois de outra fórma ſenaõ podia verificar a clauſula da diſpoſição de não poderem ſer nunca vendidos, trocados, ou eſcambados menos que conſervando ſe em morgado perpetuo, e como eſte ſeja o verdadeiro ſentido da inſtituição pouco importa que nella ſenaõ declaraffe expreſſamente, que fazia morgado dos ditos bens, pois o meſmo val a fórma com que diſpoz da conſervação, e ſucceſſão delles. O que aſſim ponderado não obſtaõ os fundamentos allegados pelo R. pois o caſo de não ſuccederem os primeiros chamados, não tirou o vinculo dos bens para a ſucceſſão dos mais da familia, e conſervação delles a que ſatisfez o filho da inſtituidora o Padre Rui Gomes Franco, nomeando os ditos bens em ſeu irmão Antonio Gomes Franco conforme o teſtamento da dita ſua mãy como o declarou no que fez a fol. 12. e neſta conformidade envolveo todas as diſpoſiçãoens do dito teſtamento, e inſtituição, e viſto finalmente como o R. não provou couſa alguma do que mais articulou, e confesse eſtar de poſſe deſtes bens por titulo de compra, e não por ſer da familia da inſtituidora, e o A. prova ſer ſeu parente da meſma familia, e bisneto de Antonio Gomes irmão da inſtituidora. Julgo os ditos bens de que ſe trata por de morgado, e ao A. por ſucceſſor delle, e condemno ao R. os largue ao A. com os frutos da lide

contestada em diante, que se liquidaraõ na execuçaõ desta, e nas custas dos autos. Lisboa 9. de Agosto de 687.

Antonio Baracho Leal.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatuum ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo &c. Naõ he aggravado o agravante pelo Corregedor do Civel da Cidade em o condemnar na restituçaõ dos bens de que se trata, cumprase sua sentença por seus fundamentos, e o mais dos autos, com declaraçaõ que na restituçaõ, naõ entraraõ as casas terras de que se faz mençaõ no testamento fol. 12. por estas naõ pertencerem a esta Capella como se prova do mesmo testamento, e pague o agravante as custas dos autos em que o condemnãõ. Lisboa 21. de Fevereiro de 688.

Mouzinho. Basto Pereira. Freitas.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus seqq.

Plenissimè probat A. descendere ab Antonio Gomes institutricis fratre per testes fol. 67. & de hoc non dubitatur, etiam identitatem bonorum probat institutio fol. 34. & confirmat testamentum fol. 12. & Reus non contradicit *Mend. 2. p. 47 lib. 3. cap. 11. n. 3.* ubi fateri videtur adversarius, quæ non contradicit, autumat idem *Salgad. in labor. creditor. 3. p. cap. 2. sub n. 68.* Tandem in confesso est, quod in clausulis expressis in institutione fol. 35. maioratus constitutus fuit per onus missarum, prohibitionem alienationis, perpetuitatem inductam ex adverbio *semper* vocationem, neptis, & filiorum, & precedentiam ætatis, & sexus, quæ omnia maioratum plenissime probant, ut late tradit *Pegas forens. cas. 4. n. 165. 175. 180. 186. 188. 193. & aptius ad intentum n. 202. & 215. 226.* ubi quam plures demore citat.

Nec obesse potest clausula fol. 37. in ea enim maioratus naturam non restrinxisse ad neptim, itaut præmortua ea bona libera manerent sed in hoc casu sibi reservavit successorem nominare, ut expresse institutores ibi: *em tal caso lhes ficará a dita fazenda para os elles nomearem; & per effectum subsequentem conformatur; postea enim fol. 38. in defectu neptis primo vocata, nominavere nepotem Rodericum ad bonorum successionem cum eisdem obligationibus, & tantum ab est, quod dicta clausula sit exclusio maioratus, quod immo potius per illam comprobatur, siquidem non levis maioratus conjectura est, vocatio filiorum primo vocati, & in illorum seu illius defectu substitutio alteri facta doctissime *Pegas dicto cap. 4. n. 203. & 207.* Etiam non obstat, quod spirat maioratus factus favore dotis, si matrimonium subsequutum non fuit, hoc enim intelligitur quando finis institutionis maioratus fuit aliquod certum, & determinatum matrimonium, ut explicat *Castilb. contr. tit. 6. lib. 5. cap. 19. n. 1. Portugal de donat. reg. 1. p. præclud. 2. n. 71.* at in presenti finis fuit conservatio bonorum in familia, siquidem deficiente prima vocata, & dotata in Rodericum translatum fuit vinculum dicto fol. 38. unde etiam non sequuto matrimonio maioratus sustineri debet juxta dispositionem, quæ servanda est *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.**

Tandem non obstat, quod testatrix dicta bona vinculavit de tertia fol. 34. vers. de qua etiam fune is expensas solvi jussit fol. 35. & non constat, quod tertia, & bona, & expensas caperet; quia satis est, quod filius, & filia confessi sint dicta bona juxta testamentum matris spectare in solidum fratri suo Antonio fol. 13.

48 12. quia confeſſio facta per ſucceſſorem omnimodam meretur fidem, dum contrarium non probatur. *Reinos. obſ. 22. n. 5. & per totam* ubi ſolum illam non probare dicit n. 10. & ſeqq. quando de errore conſtet.

Sed quia indicta confeſſione declarant ſupradicti, quod ædes & prædia anexa ſpectabant ad fratrem ſuum Antonium ex teſtamento matris, exceptis domibus terreſtribus, & aliis rebus in legitimam Antonio adjudicatis ex filio partitionum videndis, ex qua declaratione ſatis colligitur, quod dictæ domus & alia à tertia non capta fuere à reſtitutione dictarum domuum Reos abſolverem, in cæteris confirmato meritiffimo Civitatis Præſide. Ulyſſipone 12. Januarii 1688. Sed addere oportet, quod de aliis rebus Antonio adjudicatis non eſt curandum, quia ignoratur, an mobilia, an immobilia ſint, & quæ; & ſolum de domibus in individuo conſtat, ideo de illis mentio eſt facienda, non de aliis juxta *Ord. lib. 3. tit. 66. §. 2.* Ulyſſipone dia ſupra

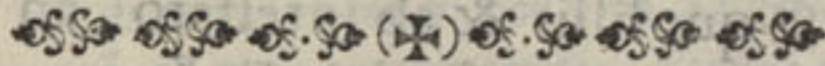
Freitas.

Sententiam Præſidis confirmo. Baſto Pereira.

In eo, in quo tantum dicere poſſum, nempe circa domos, humilis primo jurisprudentiffimo domino accedo, ſolum enim demonſtratur, tertiam inſtitutoris vinculo fuiſſe ſuppoſitam, & quæ bona in tertia fuiſſent incluſa: ſolum ex filiorum confeſſione colligimus & in tali confeſſione prædictas domos excipiant extra tertiam certe permanserunt, prout optime de ſuo more ratiotinetur primus doctiffimus dominus cuius reſolutioni & ex eiſdem fundamentis libenter ſubſcribo in ſententiæ revocationem. Ulyſſipone 18. Februarii 1688.

D. Vieira.

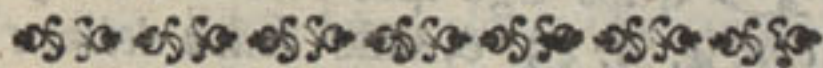
Cum primo, & tertio Dominis convenio. Mouſinho.



C A P. LXXIV.

De incluſione, & excluſione, quando numerus pluralis, reſolvatur in ſingularitates, & quæ conditio in persona plurium adjecta ſufficiat ut in ſingulis verificetur, & habeat locum incluſio vel excluſio, & etiam ubi conditio mortis plurium reſpicit duos gradus, & ob existentiam, personæ prædilectæ, quæ vel jure transmissionis vel jure implicitæ vocationis præferri debeat ulteriori ſtatuto.

HÆc quæſtio eſt materia text. in *L. heredes mei §. cum ita ff. ad l. rebel. & eam reſolvit Luca theatr. vir. & juſt. tom. 10. de fideicommiſſ. diſc. 95. 96. 97. 98. Urſeol. forenſ. cap. 54. Altograd. contr. 60.*



C A P. LXXV.

De incluſione & excluſione ex conditione affirmativa, ſi filios habuerit, aut ſi ſine filiis deceſſerit, & an ſubſtitutio facta in caſu deficientiæ, locum habeat in caſu non existentæ vel potius intret

tret caducatio, & facta duplici conditione mortis absque filiis & ab intestato, an requiratur ad inclusionem utriusque conditionis concursus, & quando in hoc casu detur inclusio vel exclusio, & teneatur gravatus præstare cautionem.

SUMMARIUM.

DD. qui agunt de hac questione.
n. 1.

Bona in testamento relicta libera, & alodialia dicuntur, quia testatoris mens intueri oportet tanquam legis anima. n. 2.

Duobus modis maioratus constituitur
n. 3.

In maioratibus dispositio testatoris est lex. n. 4.

Dies incertus mortis conditionem facit. n. 5.

Superflua cautione, nemo onerari debet. n. 6.

Adveniēte die fideicommissi vindicare potest aquocumque fideicommissarius. n. 7.

IDE hac questione agunt multi quos Ego ipse refero *Forens. cap. 4. n. 35. & vide Luca delineat leg. respons. 2. & 24. & 25. & 32. Alter Luca theatr. verit. & just. tom. 10. disc. 90. de fideicommiss. & discurs. 120. Urseol. forens. cap. 70. Joseph Altograd. contr. 55. 56. 57. & post contr. cons. 8. ad multa Rosa consult. 40. & 42. 44. & Nos late diximus tom. 1. hujus tract. cap. 5. n. 570. & seqq. & Reynos. observ. 64. & multis aliis ubi explicavimus, & vide sententias sequentes.*

No Feito de Manoel Nunes de

Andrade com Manoel Antunes, Escrivaõ Lourenço Correa de Torres, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos libello dos AA. contrariedade dos RR. mais artigos recebidos papeis, e mais documentos juntos prova a tudo por huma e outra parte dada. Mostra-se por parte dos AA. que o Padre Antonio Fernandes instituiria de seus bens em seu testamento huma capella, ou morgado com obrigação de cinco Missas em cada hum anno, e para administrador da dita capella chamar a em primeiro lugar sua prima Maria Nunes mãy, e sogra dos AA. e por sua morte a seus descendentes por linha direita. Mostra-se mais, que a dita Maria Nunes entrara na posse do dito morgado, e em quanto vivera o possuiria como administradora delle mandando dizer as ditas cinco Missas. Mostra-se outrossim, que a dita Maria Nunes fora cazada com Antonio de Andrade já defunto do qual matrimonio teve ao A. seu filho unico, e como tal lhe pertencia a administração do dito morgado, e competia a reivindicar todas as propriedades, que andavaõ desanexadas delle. Mostra-se finalmente, que entre os mais que pertencia ao dito morgado, eraõ humas cazas com seu quintal, e chaõ de regadio citas nesta Villa, e hum quarto de vinha, com seu lagar, e olival que esta ao Ribeiro de Alvanel lemite da mesma as quaes propriedades eraõ do dito morgado, e foraõ sempre do instituidor delle, e o possubio a dita Maria Nunes como administradora do dito morgado, e que os RR. haveria sinco annos a estavaõ possuindo, e occupando individamente, sem as quererem largar aos AA. pelo que deviaõ ser a isso condemnados. Por parte dos RR. se mostra que o dito Padre Antonio Fernandes não instituiria de seus bens capella, ou morgado,
mas

mas antes deixara a dita Maria Nunes ſua prima por ſua herdeira na parte delles, que declara, e que morrendo ella ſem deſcendentes entãõ os deixava a Casa da Santa Miſericordia, com os encargos, que declarou, e faltando na ſatisfaçaõ delles ao parente mais chegado em titulo de morgado, como ſe via do ſeu teſtamento. Mostra ſe mais, que por a dita Maria Nunes falecer tendo ao A. ſeu filho, e decendente, ficara caducando o mais diſpoſto no dito teſtamento, e ſe fizeram partilhas por ſeu falecimento nas quaes ſe devidio a dita fazenda entre o A. e o dito ſeu pay, por não ſer vinculada, nem de morgado: e ſuposto a dita Maria Nunes gozaſſe a dita fazenda com encargo de cinco Miſſas, com tudo, era em quanto ella vivelle, e a poſſuiſſe, e nem por eſſe encargo ſe induzia vinculo, ou morgado, em tanto que, querendo o A. depois da morte de ſua mãy Maria Nunes obrigar ao dito ſeu pay Antonio de Andrade a dizer as ditas Miſſas no juizo eccleſiaſtico ſe julgara, não obrigado a mandalas dizer por não ſer capella pelo que deviaõ os RR. ſer abſolutos do pedido o que tudo viſto com o mais que dos autos conſta diſpoſiçaõ de direito em tal caſo conforme ao qual he viſto, que o teſtador não inſtitubio vinculo, ou morgado de ſeus bens no caſo, em que ſua prima Maria Nunes a quem delles inſtitubio por ſua herdeira na fórma de ſeu teſtamento morreſſe com deſcendentes, como nos termos preſentes ſe acha, ſem embargo das varias ſubſtituiçoens, que delles fez como ſe ve do dito teſtamento por todas, e vaneerem, e caducarem pela existencia do A. filho, e decendente da dita Maria Nunes, ao que não obſta o fazer o dito teſtador na ultima ſubſtituiçaõ delles vinculo, e morgado, chamando ao parente mais chegado, e aſſim ſe de-

Pars III.

verem regular por eſta ſubſtituiçaõ delles vinculo, e morgado, chamando ao parente mais chegado, e aſſim ſe deverem regular por eſta ſubſtituiçaõ as mais antecedentes, por que eſta regra procede, e tem lugar nos termos, em que por verosimeis conjecturas ſe poſſa preſumir, que o teſtador, quiz tambem nelles, fazer vinculo, e inſtituir morgado, o que no caſo do teſtamento preſente ſenaõ acha, como alẽm de o teſtador o não declarar, o que ſe preſume fizera, ſe eſſa fora a ſua vontade, como o fez na ultima ſubſtituiçaõ, aonde o declarou ſe mostra, que o dito teſtador nos antecedentes, não reſpeitou a conſervaçaõ dos ditos bens na ſua familia, e agnaçaõ, pois na falta dos deſcendentes da dita Maria Nunes os deixava logo a casa da Santa Miſericordia deſta Villa fora dellas, e juntamente por que no encargo de Miſſas que com os ditos bens deixou a dita Maria Nunes, declarou, que era em quanto elle os poſſuiſſe em caſo, que tivelle deſcendentes, lhe não impoz algum encargo, ſendo que nas mais ſubſtituiçoens que fez em todas declarou donde verosimilmente ſe mostra, que nem a dita Maria Nunes, nem a ſeus deſcendentes os deixava vinculados, e que ſó quiz o teſtador inſtituir morgado no caſo da ultima ſubſtituiçaõ em que o declarou, e que ficou caducando pela existencia do A. como fica dito, e aſſim ſeraõ os ditos bens livres, e partiveis, por tanto julgo não serem vinculados, nem de morgado, e abſolvo ao R. do pedido pelos AA. aos quaes condemno nas cuſtas dos autos. Alpedrinha de Julho 26. de 678.

João Saraiva de Carvalho.

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

Nna

Cum

Cum de dispositione testamentaria fol. 6. & 7. aperte constet testatoris bona nominatim divisa, facta institutione uniuscujusque in re propria absque vinculi subjectione, dum inter fratrem & Mariam existerent in cujus terminis sumus, otiosum est disputare de maioratus, seu capellæ vinculo, antequam ad Misericordiae domum perveniat per defectum sobolis prædictorum eo maxime cum probetur A. esse filium prædictæ Mariæ, unde bona in testamento relicta, libera, & alodialia dicuntur, quia testatoris mens intruere oportet tanquam legis anima *Salsed. de leg. pulitic. lib. 2. cap. 5. n. 4.* quam obrem de aliis in testamento contentis resultat claritatis evidentiam, conjecturis exclusivam, ne dicatur emittere certitudinem, & iudicia quærere est intellectus infirmitas *Castilh. quotid. lib. 4. cap. 10. n. 9.* sustineatur igitur iudicatum. Ulyssipone 5. Julii 679.

Fonseca.

Convenio Almeida.

Quavis doctissimi Patres, sodalesque mei amantissimi docte, & laconice necessarium dixere, liceat mihi in confirmationem suarum resolutionum aliqua prænotare.

- 3 Duobus modis maioratus constituitur, scilicet per actum testamentarium, & per actum inter vivos; in priori modo regulatur maioratus juxta fideicommissum perpetuum familiæ relictum *text. in L. peto §. fratre ff. legat. 2. Molin. lib. 5. cap. 1. ex n. 7. Gam. decis. 92. n. 3.*

In posteriori vero regulatur juxta *text. in L. quoties Cod. de donat. que submodo Oldrad. conf. 224. n. 28. Cost. de success. Regn. pag. 9. Val. de jur. emphyt. q. 50. pag. penult.*

- 4 Et in maioratibus dispositio testatoris sit lex *Sous. de Maced. decis. 16. L. pen. ubi gloss. voluntas ff. le-*

gat. 1. quam inult. elogio fol. 6. & 7. fundatam custodire debemus, non ut partes desiderant, sed ut nos censemus, nunquam à trametibus juris deviando.

In præsentiarum non recurrere debemus, ad præsumptiones, ut testatoris voluntas cognoscatur, ex qua & ejus dispositione apertè colligitur solummodo voluisse maioratus vinculum instituere, quando suæ voluntatis plenitudini aliquid defecisset, ita nos conspicue verba testamenti fol. 6. insinuant.

Et cum verba juxta commune dicitur magis animum declarant, quam facta *L. recusari ff. acquirend. hered. L. reconvenitur de legat. 3.* Igitur non convenit sine fructu mentem fatigare nec iudicatum maiori allegationum apparatu exornare. Ulyssipone 11. Julii 1679.

Andrade Rua.

No Feito de Luiz de Mira de Siqueira com Joaõ de Mira Coelho, Escrivaõ Lourenço Correa de Torres, se deu a sentença seguinte.

Que se passe carta a Joaõ de Mira para que dentro de trez dias, que lhe assigno peremptorios venha dar cauçaõ neste juizo dos bens da restituiçaõ na fôrma que se tem mandado, aliàs se procederá a sequestro. Evora 16. de Abril 664.

Antonio Marchaõ Themudo.

Ab hac sententia fuit appellatum ad supplicationis Senatam, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo &c. He bem julgado pelo Provisor, em mandar dar fiança aos bens moveis de que se trata; mas em a mandar dar tambem aos de raiz, não foy por elle bem julgado; cumpra-se o confirmado por alguns de seus fundamentos, e pelo mais dos autos, os quaes vistos, e como para os bens de raiz não seja necessario fiança, pois acontecendo

tecendo o caso da reſtituçãõ podem ſer reivindicados de qualquer poſſuidor, mandãõ que nãõ ſeja o appellante obrigado a dar fiança a elles, com declaraçãõ que na fiança dos movens ſe fará mençãõ dos de raiz, que eſtãõ ſogeitos a reſtituçãõ ſe ſucceder o caso della, para que a todo o tempo conſte quaes ſãõ; e condemnaõ o appellado nas duas partes das cuſtas dos autos, e o appellante na terceira parte. Lisboa 12. de Janeiro de 1666.

Rego. Marchãõ. Lamprea.

Hæc ſententia fuit fundata in deliberationibus ſequentibus.

Ut patet ex certitudine teſtamenti fol. 71. verſ. appellatrix, non fuit rogata reſtituere bona de quibus agitur ſimpliciter poſt ſuam mortem, ſed inſuper ſi ſine liberis deceſſiſſet, itaque hæc ipſa reſtitutio reſpectu agnetæ etiam ſobrinæ teſtatricis ſubſtitutæ habet non ſolum illam conditionem ſi appellatrix ſeu appellantis uxor hæres 1. l. go, inſtituta decedat ſine liberis ſed habet, & aliam, ſi appellatrix prius quam appellata decedat, ſeu ſi appellata ſubſtituta vivat poſt mortem teſtatricis, hic enim dies incertus mortis conditionem ficiffe videtur juxta text. in L. 4. verſ. dies. L. hæres meus 78. verſ. 1. ff. cond. & monſtrationib. L. 4. ff. quand. legati cedat cum ſimilibus de quibus interminis Gom. 1. var. cap. 5. n. 9.

Cum ergo pendente una, & magis pendentibus duobus conditionibus hujus ſubſtitutionis, illius pendendæ dies nec ceſſit nec venit, ut notant per text. in L. cedere diem 213. ff. verbor. ſignificat. Cum vulgar; & ſi pendentibus dictionibus appellata decedat nihil tranſmitat ad hæredes; juxta notata ad text. in L. unica §. ſi autem Cod. ead. tollend. cum ſimilib. L. 1. verſ. dies ff. cond. & monſtrat. Videbatur fore

Pars III.

nunc excludendam apertitione, quam intendit, & quod appellatrix non oneretur cautione, quæ deficientibus, conditionibus dictæ ſubſtitutionis ſuperflua manet, & ſuperflua cautione nemo onerari debeat juxta notata ad text. in L. Hæc ſtipulatio 14. §. Divus ff. ut legator. ſeu fidei-commiſſ. nomine caveatur. Molin. de 1. gen. lib. 1. cap. 15. n. 12.

Ad nihilominus quanvis prædicta procedant ne ipſæ res fidei-commiſſæ, interim ab hærede gravato evincantur, cum interim ſuæ ſint, et non ſint ſubſtitutæ, tamen ne dum perdet conditio fraus ulla aggravato adhibeatur, adveniente poſtea conditione fruſtetur voluntas deſuncti in perjudicium ipſius fidei-commiſſarius juſtiſſime inductum apertore fuit illa prætorica cautio ſeu ſtipulatio, aut legatorum ſeu fidei-commiſſorum nomine caveatur juxta text. in L. 1. L. hæc ſtipulatio 14. L. filio 7. & fere per tot. ff. illo tit. ut legatorum nomine caveatur cum aliis pluribus, de quibus Peregrin. de fidei-commiſſ. art. 40. an. 10. ubi plures DD. et communem opinionem refert Petra de fidei-commiſſ. q. 10. an. 13. Gom. & alii plures cum quibus Molin. de 1. gen. lib. 1. cap. 15.

Et prædicta cautio habet locum, ſive fiſſum ſit particulare, vel univerſale omnium bonorum ut interminis ex aliis tradunt Perig. dicto art. 40. n. 10. Petr. ſupra dicta q. 10. n. 16. et quanvis non detur actualis delapidio, vel ſuſpicio illius Molin. ſupra n. 3.

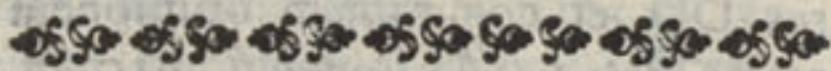
Unde cum in præſenti actualis delapidatio, vel juſta ſuſpicio illius exiſtat in alienationibus de quibus teſtes fol. 11. 17. et ſequentibus merito ad cavendum tenebitur appellans.

Sed quia non multum uſitur talis cautio maxime de ipſis rebus

Stabilibus in restitutione comprehensis, cum omni tempore ibi sint, et adveniente die fideicommissi eadem vindicare a quocunque possit fideicommissarius ut ex *L. final. §. si autem sub conditione cod. communia delegatis*; tradunt *Petr. de fideicom. dicta q. 10. an. 13. & 29. magis interminis Perig. dicto art. 40. n. 10. & 14. in fine. Molin. supra dicto cap. 15. n. fin.* ubi de maioratus possessore agit ex *Ord. lib. 3. tit. 86. §. 15.* puto non inmerito iussisse meretissimum Provisorem appellan-tem cavere debere, ea tamen ad hanc declarationem quod si forte habet res stabiles subjectas restitutioni, sufficiat quod de his in cautione fiat mentio, pro earum vero æstimatione non sit necessario fidei iussores querere, sed pro residuo rerum mobilium, sic Provisore confirmato, et declarato. Ulyssipone 19. Decembris 665.

Lamprea.

Convenerunt Judex. Marchaõ.
Rego.



C A P. LXXVI.

De exclusionem & inclusionem ex conditione negativa si vocatus aut institutus filios non habuerit.

SUMMARIUM.

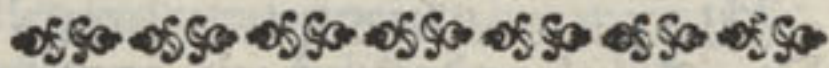
De hac materia conditiones negativæ n. 1.

Quando verificatur n. 2.

DD. qui per tractant materiam n. 3.

I DE hac materia conditiones negativæ, si vocatus aut institu-

tus filios non habuerit, si sit limitata, et ad certum tempus restricta, solum ad illud tempus attendi debet, ad hoc ut ex defectu illius, substitutio locus fiat, ut multis citatis tenet *Roxas de incompat. maior. p. 5. cap. 2. n. 27. 28. & num. 51.* quod non verificatur, quousque impossibile sit filios posse habere et sic usque ad mortem de qua re vide *Fusar. de subst. q. 414. Ad alium casum Luca delineat leg. respon. 25. Urseol. forens. cap. 70. Rosa consult. 40. & 42. 44. & tenent multi quos allegavimus tom. 1. cap. 5. n. 570. & seqq.* ad varios casus; et tenent alii citati à *Doctiss. Aquila in add. ad Roxas proxime & diximus cap. antecedenti 75.*

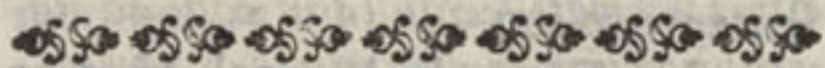


C A P. LXXVII.

De exclusionem, aut inclusionem, in maioratu facto in descendentes Titii vel alterius, an terminetur deficientibus descendentes; & an transeat ad possessorem alterius maioratus vel terminetur linea præmorientis finita, & quando in hoc casu detur inclusio vel exclusio successoris maioratus, & an substitutus post defectam lineam alicujus, admittatur si linea non incæperit, & an includatur substitutus, quando certum est, eum de cujus linea quæritur, non posse liberos procreare, vel contingat in capacem esse, & an inter ipsos delineat defecti-

defectiva inducatur ſubſtitutio reciproca, & de differentia inter ſubſtitutionem factam in caſu deficientiæ, & in caſu mortis.

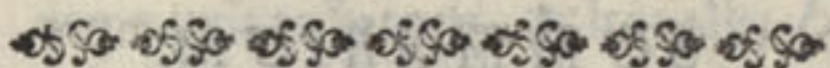
Hanc quæſtionem proponit et reſolvit *Luca delinea legal. art. 13. per tot. ubi multos refert, & art. 14. & 15. & Nos diximus in tom. 1. ſupra cap. 5. n. 31. & ſeqq. Altograd. contr. 61. & 64. Roſa conſult. 44. & vide ſententias allegatas ſupra cap. 75.*



C A P. LXXVIII.

De incluſione & excluſione, quando in maioratu vocata eſt linea an ſolum includantur deſcendentes, & illis deficientibus excludantur tranſverſales, & qui comprehendantur in tali vocatione, & liniæ proximioris, contentivæ, aut effectivæ, masculinæ, & fœmininæ, paternæ, maternæ, electivæ, & quis dicatur incluſus vel excluſus, & quid in vocatione familiæ.

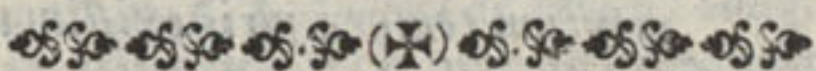
Has quæſtiones, proponit, et reſolvit *Luca delin. leg. art. 15. 16. 17. 18. ubi infinitos refert et Roxas de incomp. maiorat p. 1. cap. 6. n. & ſeqq. et idem Luca reſponſ. 8. & 13. 14. 15. 19. Alter Luca theatr. verit. & juſt. tom. 10. diſc. 50. 51. 52. 53. Aquila ad Roxas proxime.*



C A P. LXXIX.

Maioratus, aut fideicommiſſum deſcenſivum, ſi factum ſit in infinitum in liberis, & deſcendentibus, vel aliorum hæredum inſtitutorum, an cenſeatur reciprocum delinea ad lineam, vel diſcretivè reſpectu cujuſlibet liniæ, & quis dicatur incluſus vel excluſus; & quando inſtitutor ſubſtituit deſcendentes ipſos ſubſtitutos invicem, pupillariter, & per fideicommiſſum.

Hanc quæſtionem proponit et reſolvit omnibus citatis et multis juribus explicatis *Luca delinea leg. art. 19. per tot. & reſponſ. 5. & 13. 14. 15. 19. Alter Luca theatr. ver. tom. 10. diſcuſ. 91. Joſeph Altograd. contr. 1. 33. 35. 61. & 64. & 75.*



C A P. LXXX.

De incluſione, & excluſione à ſucceſſione maioratus inſtitutus à conjugibus in eadem charta, an ſit unus vel duplex, & qui conſanguinei includantur, vel excludantur & an poſſit revocari à ſupreſtite!

SUM.

SUMMARIUM.

DD. qui agunt de materia, & author citatus. n. 1.

Maritus superstes etiam addita hereditate uxoris potest testamentum factum de manu communi pro sua parte revocare. num. 2. & 12.

Heres addita hereditate censetur quasi contrahere cum legatariis n. 3.

Heres gravari potest usque ad quantitatem qua fuit honoratus, & constitutus. n. 4.

Limitatur quando res est communis, testatoris & heredis n. 5.

Vel quando conjux consentit ut alter de bonis suis leget. n. 6.

Quando res heredis est legata valet. n. 7.

Heres tenetur solvere legata pro parte hereditaria. n. 8.

Testatoris voluntas interpretari debet, ut si indefinite loquitur, universaliter intelligatur. n. 9.

Interpretatio debet fieri ut actus magis valeat, quam pereat. n. 10.

Tot sunt testamenta, quod sunt testantes. n. 11.

Quando pater substituit pupillariter filio in potestate unum testamentum censura juris existimatur. n. 13.

Conjuges in communi disponentes unus quisque censetur medietim disponente secundum medietatem bonorum ad unumquemque spectantem. n. 14.

Quando plures contrahentes in unum conveniunt, & idem instrumentum omnes comprehendit non unum, sed plures contractus uniuscujusque pro sua parte dicuntur. n. 15.

DE hac questione agunt quos Ego ipse refero in comment

ad Ord. tom. 4. ad tit. 50. pag. 262. n. 176. & seqq. & me citato hoc in loco Luca delineat legal art. 9. n. 42. explicat Fragos. de reg. reip. p. 3. lib. 9. disp. 20. §. 2. n. 18. Castil. lib. 5. contr. cap. 67. Valens. conf. 97. Aug. Barb. vot. 126. n. 221. Roxas de incompat. mai p. 8. cap. 3. n. 5. & seqq. Jul. Cappon. tom. 2. discept. 101. cum multis Aquila ad Roxas ubi proxime ubi eleganter. De quare vide sententiam & deliberationes de quibus cap. 5. n. & seqq. & tom. 2. cap. 10. & seqq.

Et an possit revocari pro sua parte à suprestite vide per citatos & sententiam seq.

No Feito de Manoel Martins da Fonseca com Domingos Rodrigues, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deu a sentença seguinte.

Acordão os do Dezembargo &c. Não he bem julgado pelo Juiz, em julgar a determinação das partilhas fol. 13. por juridica; recusando sua sentença vistos os autos, porque se mostra revogar Pedro de Ilhescas o testamento comum que tinha feito com sua mulher, no que foy visto revogar também os legados, que cabião á sua parte, e ametade, e ficarem só valiosos pela parte, e ametade de sua mulher, cujo testamento teve effeito sómente por sua parte, e ametade. O que visto julgaõ os embargos do Embargante por provados; e mandaõ que a determinação das partilhas se emende, e não tenha lugar mais que na ametade da estimação, e valia do legado em morgado deixado á filha do Embargado; ao qual como pay, e legitimo administrador da filha se entregará a dita ametade da estimação do legado, e elle será obrigado a dar caução na fôrma da sentença do Juiz, no que sómente confirmaõ sua sentença, e pague o embargado as custas dos autos

autos em que o condemnaõ. Lisboa
17. de Agoſto de 676.

Brito. Pinheiro. Lemos.

Hæc ſententia fuit fundata in de-
liberationibus ſeqq.

Conditio inter conjuges teſta-
mento in eadem charta in quo ſe ad
invicem hæredes inſtituerunt, con-
junctis perſonis aliqua legata reli-
cta reperiuntur; & mortua prius
uxore teſtamentum pro ſua parte
firmitatem habuit, viro tamen ſu-
pervivente ad ſecundas nuptias con-
volante filiis ex ſecundo matrimo-
nio quæſitis, primam reſpuit volun-
tatem, & ſecundum ordinavit teſta-
mentum in quo illud expreſſe de-
claravit, quod mens avices inten-
tio non erat legatariis ſuo juri quæ-
ſito præjudicare; dubium exinde
oritur inter hæredes mariti, & lega-
tarios. Utrum legatum in communi
teſtamento relictum totum debeat
ur, an ſolummodo dimidia uxoris
pars, quia legatum non in quanti-
te, ſed in ſpecie uti in domibus fuit
relictum; iudex quidem circunſpe-
ctiſſimus totam ædium ſtimationem
deberi pronuntiavit, & merito quan-
vis enim ſuperſtes maritus etiam
adita hæreditate uxoris poſſit teſta-
mentum factum de manu communi
pro ſua parte revocare *Valaſc. conf.*
3 7. n. 6. & 7. tamen hæres adita hæ-
reditate cenſetur, quaſi contahere
cum legatariis §. *hæres inſt. de obli-*
gat. quæ quaſi contractus, & lega-
tum eſt donatio quorſdam a defun-
cto relicta ab hærede præſtanda
4 *princip. inſt. delegat.* Et poteſt hæres
gravari uſque ad quantitatem qua
fuit honoratus, & inſtitutus *L. ab eo*
Cod. de fideicom. Gom. var. cap. 12.
n. 54. & licet teſtator cenſeatur,
tantum legare jus, vel partem quam
habet in re communi *L. ſervi ele-*
5 *ctione §. fin. ff. legat. 1.* tamen iſta
regula lemitatur, quando res eſt

communis teſtatoris, & hæredis. *L.*
cum filius 76. §. Dominus ff. legat. 2.
interminis Gom. dicto lib. 1. cap. 12.
n. 15. verſ. limita, tamen, ſuperio-
rem clauſulam; vel quando conjux 6
conſentit ut alter de bonis ſuis leget.
Pechi de teſtament. conjugum cap. 45.
n. final. Et quando res legata eſt hæ-
7 redis in deſtinete valet, legatum
modo teſtator fuerit ſciens modo
ignorans. *L. unum ex familia §. ſi*
rem ff. legat. 2. Gom. dicto cap. 12.
n. 13. §. 2. intellige; & hæredes te- 8
nentur ſolvere legata pro parte hæ-
reditaria. *L. legatorum ff. legat. 2.*
Gom. dicto cap. n. 17.

Accedit etiam quia teſtatoris vo- 9
luntas interpretari debet ut ſi inde-
finite loquitur univerſaliter inteli-
gatur. *L. divortio §. quod in anno ff.*
ſoluto matr. Bart. L. dotis promiſſio
ff. de jur. dot. L. defuncta ff. de uſu-
fruct. gloſſ. & DD. in L. placet ff.
deliber. & poſt, plane in teſtamento
quanvis de communi conſenſu non
medietas ædium fuit legata ſed totæ
ædes, & quanvis pro parte mariti
teſtamentum fuiſſet revocatum u-
xoris voluntas ſuſtinenda eſt, in om-
nibus, & interpretatio debet fieri 10
ut actus magis valeat quam pereat.
L. ſi prætor ff. de judic. Surd. conf.
3 15. n. 5. L. quoties de verbor. oblig.
et teſtatoris voluntas in communi
teſtamento ita eſt interpretanda aſi
ipſa ſolum teſtamentum conderet
quia ſunt duo, et non unum teſta-
mentum quanvis eadem voluntas in
viro ac uxore teſtante et tot ſunt 11
teſtamenta quod ſunt teſtantes *L.*
1. ff. hæred. inſt. Bartol. Alexand. &
alis quos cicit Valaſ. dicta conſult. 7.
n. 2. ex quibus ſententiam confir-
marem. Ulyſſipone et Junii 5. de
676.

Barros.

Quanvis olim inter DD. contro- 12
verteretur utrum diſpoſitio à con-
jugibus

jugibus in eadem charta facta continens reciprocā institutionem pro mortuo uno posset à superstitē pro sua parte revocari, tamen hodie indubitātā affirmatīvā tenet communis ut ex *Bart. Rod. Suar. Cov. Greg. Lop. Burg. de pax. Padilha. Valasc. Molin. Pech. Gail & aliis tradit Castilb. lib. 2. contr. cap. 18. an. 2. usque ad 7. plures alios Larr. dec. 60. per tot. et probant ex text. in L. Lucius 78. §. Gaioff. ad Treb.* Cum ergo duæ sint hæreditates in hoc casu, et duarum personarum, etiam si in una charta fiat testamentum, non unum et idem sed diversa
 13 testamenta censentur, sicut in testamento quando pater substituit pupillariter filio in potestate quod quanvis censura juris unum testamentum existimetur *L. pen. Cod. de impub. duæ tamen hæreditates dicuntur L. 2. §. prius ff. de vulgar. et duplex testamentum dicitur L. 1. §. 1. ff. si cui plusquam, per legem falsid.* quo supposito cum Petrus et Ilhesca ex conjugibus superstites pro sua parte testamentum revocaret, et ex defectu voluntatis evanesceret, legata pro illa parte corrumpuntur ex vulgaribus. Urget tamen vallidissime argumentum positum à sapientissimo Præcedente; nempe quod in præsi, Petrus hæres reperitur institutus à conjugē mortua sine obligatione restituendi totam hæreditatem alicui (quæ sunt termini in quibus loquuntur DD. quando revocatur dispositio) immo simpliciter institutus et lucrans hæreditatem uxoris quam libenter adivit, et censura juris quasi contraxit cum legatariis, et creditoribus hæreditariis ut illis solveret, si vero Petrus in charta separata à conjugē institueretur nulli dubium est teneri adimplere omnia legata, et integre illa solvere, quomodo ergo institutus in eadem charta, si

duo testamenta reputantur, excusabitur à solutione communem hæreditatem lucrans. Quod quidem argumentum non tam facile solvi potest, corroboratum cum alia juris dispositione de qua idem dominus meus circa legatum reicommunis scilicet testatoris, et hæredis, vel tantum hæredis. Nihilominus tamen his non obstantibus à sententia non recederem ex illo vero fundamento, quia hic duo testamenta reputantur omnino separata, et in communi con-
 14 juges disponentes unusquisque censetur mediātim disponere secundum medietatem bonorum ad unumquemque spectantem, et quem admodum ex *Oldrad. refert Larrean. 11. ad fin.* quando plures contra-
 15 hentes in unum conveniunt, et idem instrumentum omnes comprehendit, non unum, sed plures contractus uniuscujusque pro sua parte dicuntur, ex *L. eo quod 10. Cod. si cert. pet.* Sicque revocato uno testamento ex illis manu communi (ut vocamus) in simul conditio illa dispositio communis ab utroque approbata, censetur pro parte revocantis; revocata; et cum hæc sit media, revocatur ex altera media, sicut in primogenio instituto ab utroque conjugē, et ex bonis utriusque, quæ cum sit facta unico contextu dispositio, veluti in legato, censentur, non unicum, sed duo primogenia instituta, ita ut si ab aliquo eorum revocetur, sustineatur tantum aliud ex dimidia alterius instituentis, ut observarunt *Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. n. 84. Mier. de maiorat. 1. p. q. 23. n. 2. Gutier. in cap. quanvis pactum in princip. depact. in 6. & cons. 2. n. 6. Castilb. tom. 5. cap. 67. n. 28. vers. ego vero, & cap. 89. n. 117. Cevalb. q. 210. n. 8.* sic etiam in præsi non unum legatum respectu unicuique legatario censendum est,

est, ſed duo legata in quantitate declarata in teſtamento, & ſuſtineri, & revocari pro ſua dimidia ad libitum uniuſcujuſque teſtatoris debet duo enim ſunt teſtamenta *L. falſa 31. §. final. L. ſi cui fundus ff. de condit. & dem.* Ceſſat enim argumentum etiam legatrici communis teſtatoris & hæredis, ſi quod in præſi unusquiſque teſtamentator de ſuo tantum legavit; Ceſſat utique conſideratio ſententiæ dum legatum intelligit pro ſua medietate uxoris totum ad implendum eſſe quippe quod talem declarationem non fuit, teſtatrix, neque quod tale legatum ex ſuo dimidio tantum deducendum fore, neque ſe velle totum integrum ſolvendum ſed diſpoſuit ſicut in cæteris pro illa parte pro qua diſponere vellebat, alias enim nihil in legatis diſponere cenſeretur Petrus, ſi ergo communiter cum uxore diſpoſuit, etiam dimidiatim in legatis fatendum eſt diſpoſuiſſe, unusquiſque enim ſine diminutione juris alterius teſtari viſus fuit, probat per argumentum. *L. cum filius 28. de milit. teſtament. ibi,* qualem vellet ſubſtitutionem facere poteſt, verumtamen alienum jus minuere non poteſt.) Ex quibus quanvis ab utroque conjuge hoc legatum unico contentu relicto ſit, tamen duo legata relicta cenſentur, ex *Alvarad. de conjeçtur. mente de ſunc. lib. 2. cap. 3. n. 4. Caſtilb. lib. 5. cap. 67. ex n. 27.* ubi in fortioribus terminis in Capellaniis, & anniverſariis. Sic revocato meritiffimo Iudice. Ulyſſipone Julii ultima die de 656.

Lemos.

Mihi potius placet cum proximiori domino doctiffimo convenire ex illius fundamentis, quæ Juri & factõ mihi conſona videntur. Lisboa 8. de Agoſto de 656.

Pinheiro.

Cum proximioribus Collegis cen-
Pras III.

ſeo ſimul atque iterum propenſatio juris diſpoſitionibus in hac materia. Ulyſſipone 16. Auguſtj 656.

Brittos.

No Feito de Vasco Sotil com Bartholomeu Pires Galeano, Eſcrivaõ Manoel Pinheiro da Coſta, ſe deu a ſentença ſeguente.

Vistos eſtes autos, libello do A. contrariedade do R. teſtemunhas juntas, prova por huma, e outra parte dada, pela do A. ſe allega, que tendo feito Sebaſtiaõ Vaz com ſua mulher Iſabel Fernandes ambos teſtamento de maõ commua inſtituindo hum ao outro nas Capellas declaradas no dito teſtamento, e depois do que derradeiro ficaffe as pessoas nelle nomeadas, e ſendo o que mais viveo a dita Iſabel Fernandes, e tanto que caſu ſegunda vez, fez outro teſtamento revogando por ſua parte o que tinha feito com o dito ſeu primeiro marido, em cujos termos não podia gozar os rendimentos da ſua metade que logrou por eſpaço de vinte e dous annos por mudar a ſua vontade, e ſe devem reſtituir à mulher delle A. ſubinha do Inſtituidor, e primeira nomeada no dito teſtamento commum. Por parte do R. ſe moſtra que o dito Sebaſtiaõ Vaz inſtituiu a dita ſua mulher Iſabel Fernandes por herdeira de todos os ſeus bens em ſua vida, e ſuppoſto que no dito teſtamento commum inſtituiſſem por morte do que derradeiro ficaffe, as pessoas nelle nomeadas, nenhum delles por pena alguma, e menos de reſtituição de fructos em que incorreſſe aquelle que mudaffe ſua vontade, o que lhe era muito facil, ſe aſſim o quizerão, antes he viſto inſtituirem hum ao outro com o amor de bons cazados, como commummente ſe eſtá vendo neſta Villa. O que tudo viſto com o mais dos autos, e como por parte do R. ſe provar inſtituir o dito Sebaſtiaõ Vaz por herdeira de todos

Ooo

os

os seus bens a sua mulher Isabel Fernandes em sua vida, sem lhe pôr pena alguma, nos quaes termos conforme a direito, ainda que a dita Isabel Fernandes mudasse a vontade, não era obrigada a restituir frutos alguns, pois assim o não declarou o dito Testador, o que devia fazer, se o quera assim, por quanto dispunha por testamento que se podia mudar até o ultimo da vida, e nem por isso se pode arguir que a dita sua mulher se houve com algum engano porque por accidens foy ficar ella atraz, que poder a succeder ir diante, e o dito seu marido fazer o mesmo. Por tanto absolvo ao R. do pedido pelo A. ao qual condemno nas custas dos autos. Campo mayor 27. de Mayo 1685.

Manoel Viegas Alamaõ.

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

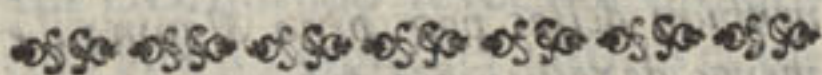
Sententia confirmanda venit extradictis à Valasc. cons. 7. à n. 7. & prosequitur Pater Pinh. de testamen. 2. tom. disput. 6. sect. 3. §. 3. à n. 70. etiam seqq. videndus. Ulyssipone die 26. Aprilis 1686.

Sampayo.

Idem Ulyssipone 6. Maii anno Domini 1686.

Basto.

Convenio Ulyssipone 13. Septembris 686. Quifel.



C A P. LXXXI.

De inclusionem & exclusionem possessoris, & successoris futuri, & quando vivente possessore iudicium possit institui super successione futura

post mortem ejus, & circa maioratus bona.

SUMMARIUM.

DD. qui agunt de questione n. 1.
Transigi potest, non solum super lite jam mota, sed etiam timore futurae litis. n. 2.

Maioratus possessor transigere non potest, super bonis maioratibus pertinentibus. n. 3.

Transactio est species alienationis. n. 4.

Qui transigit super bonis maioratus, saltem in vita sua de nullitate agere potest. n. 5.

Si adest expressa alienationis prohibitio potest successor contra nullam alienationem, in surgere, & illam revocare. n. 6.

Si tantum adest tacita alienationis prohibitio, tunc enim expectare debet praedeccessoris mortem. n. 7.

DE hac questione sunt videndi Larrea dec. 38. ex Molin. Mier Castil. Thoro Fontanel dec. 155. & 156. Rovit. cons. 95. tom. 2. Bottiller de success. cap. 2. theorem. 42. n. 8. quos refert Valeron. de transact. tit. 2. q. 2. n. 20. & cum multis Nos diximus in tract. de lege mentali tom. 10. Ord. cap. & supra tom. 1. cap. 6. n. 205. 459. 460. 461. 530. 535. & posse agi de jure futuro circa suppositionem partus etiam in vita matris posseditricis iudicatum fuit in causa Vice Comitum de Barbacena apud Notarium Emmanuelem Soares Ribeiro anno 1685. Arouca alleg.

No Feito de agravo de Anna da Conceição com Francisco Reymão de Sampayo, Escrivão Domingos Luiz de Oliveira, se deu a sentença seguinte.

Julgo

Julgo os embargos recebidos por provados, e como ſe prove que a divida de que procedo eſta execuçãõ ſe originou de huma compoſiçãõ que celebraraõ eſtas partes, a qual he nulla, e de nenhum vigor, e podem os embargantes como immediatos ſucceſſores do vinculo opporſe legitimamente contra ella, ainda que ſeja com direito de futuro; por quanto ſeu pay não podia fazer convençãõ alguma ſem provizaõ real de que reſultaffe alheiaçãõ dos bens que eſtavaõ additos ao vinculo da Capella do marido da A. e de que a embargada ſe não podia aſſar por ter celebrado huma diſpoſiçãõ entre vivos, irrevogavel, e aſſim nem em quanto na vida do pay dos embargantes, deve ſubſiſtir, aquella chamada compoſiçãõ, e abdiçãõ, que elle contratou com a embargada pelo perigo que ſe ſegue na difficuldade da execuçãõ, por tanto julgo carecer de acçãõ a embargada, para proſeguir neſta execuçãõ, e lhe reſervo direito para demandar, e convir ao pay dos embargantes pelos legados que lhe foraõ deixados no teſtamento de ſeu marido, e pague os autos. Lisboa de Março 10. de 1690.

Joseph da Cunha Brochado.

Ab hac ſententia interpoſitum fuit gravamen ad ſupplicationis Senatuum, ubi confirmata fuit, in deliberationibus ſequentibus.

2. Quanvis agnoſcam tranſigi poſſe non ſolum ſuper lite jam mota propter dubium eventum ex his quæ Valeron de tranſact. tit. 2. quæſt. 1. n. 8. Cald. Pereira in L. ſi curatorem verbo per quod priſtinum n. 17. Cod. de integ. ruſtit. Cyriac. contro. 128. n. 11. Sed etiam timore futuræ litis ex text. in L. cum te 2. Cod. de tranſact. Larr. alleg. 26. n. 6. Valens. conf. 175. n. 2. Gutierr. de juramento confirmatorio 2. p. cap. 2. n. 1. Cyriac. ubi ſupra n. 87. & in præſentia-

Pars III.

rum aliquo modo futuræ litis timor interveniſſe reſpectu acquiſitorum conſtante matrimonio, ut ipſamet tranſactionis ſcriptura ſpecificè declarat fol. 5. verſic. nihilominus tamen tranſactionem nullam dicerem, & nullius momenti eſſe judicaret, moveor enim ex eo quia ſecundum juris regulas maioratus poſſeſſor tranſigere non poſteſt ſuper bonis ad maioratum pertinentibus, ex his quæ Molin. de primog. lib. 4. contro. cap. 9. à n. 7. ubi addentes Mieres de maioratu 4. p. quæſt. 22. Fuſar. de ſubſiſtit. quæſt. 562. n. 14. Caſtilho lib. 4. contro. cap. 35. num. 38. Olea de ceſſ. jur. tit. 2. quæſt. 1. n. 47. hoc enim ex ea ratione, quia tranſactio eſt ſpecies alienationis; quod quidem procedit etiam ſi accepta alia re aut pecunia res maioratus unita demittatur ex his quæ Molin. ubi ſupra n. 26. & ſequenti Peregr. de fideicommiſſ. articul. 40. n. 124. Carvålho de teſtamentis 2. p. num. 265. cum ergo per tranſactionem non ſolum maioratus irrevocabiliter conſtitutus infringatur, ſed etiam aliqua illius bona dimittantur, ut cernitur tam ex ſcriptura dotis & teſtamento fol. 32. & fol. 45. verſic. quam etiam ex ſcriptura tranſactionis fol. 5. verſic. cum ſequentibus, merito dici debet tranſactionem nullius momenti eſſe.

Quin aliquid officiat quod in præſentiarum ſolummodo contenditur circa implementum in quantitate conſiſtens, & cum reſpectu huius vinculum conſiderari nequeat, neutiquam illius conſtitutio executioni obſteſte poſteſt, urpote quia per actionem perſonalem convenitur impediens. Siquidem reſpondeatur, quod quanvis Reus conveniatur propter actionem perſonalem, attamen talis actio ex tranſactione provenit, & cum hæc pro parte

Ooo 2

valere

valere non valeat, & pro parte sic propter individuitatem contractus, merito interminis propositis utile per inutile vitiatur, utpote quia separari non valet, actio proposita.

Fortiter tamen obstat in contrarium, quod ille, qui transigit super bonis maioratus, saltem in vita sua de nullitate agere nequit argumentum text. in *L. post mortem ff. de adopt. ubi Doctores Petr. Barbosa. in L. Laticis 39. a n. 18. ff. de soluto matrimonio Molin. de primog. lib. 4. cap. 1. n. 16.* Siquidem respondetur prædicta recte procedere quando datur alius qui possit alienata revocare, secus vero quando non datur, quia tunc potest ipsemet contrahens de nullitate opponere ex text. in *L. quemadmodum Cod. de agricol. & cens. lib. 11. L. si tibi Cod. de evict. Gutier. lib. 3. pract. quest. 41. n. 4. Carvalh. de una & altera quarta 2. p. n. 374. Hermosilh. glosa 5. lib. 22. tit. 5. n. 6.* Ultraquamquod excipiens in casu de quo contenditur non de nullitate agit proprio nomine sed potius administratorio ex jure filiorum, & cum hi proximi successores inveniuntur per mortem patris, merito ex doctrinis supra rellatis ad revocationem seu potius nullitatem opponendam admitti debent, sic confirmata sententia jure reservato Aggravatrici, tam ad exigendum relictum in testamento, quam etiam ad impugnandam constitutionem dotis, si sequentibus Dominis placuerit super quo conferam. Ulyssipone die 14. Junij anni 1690.

Albuquerque.

Tota hujus processus quæstio in eo est, an successori in vita alienantis revocare alienationem liceat, quod negat *Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. n. 3. per text. in L. fin. §. sed quia, & §. sin autem Cod. com. de*

leg. Attamen ipsemet doctissimus Molin. eodem lib. cap. 16. a n. 32. resolutionem prædictam distinguit, vel maioratus habet expressam alienationem prohibitionis, vel tantum tacitam inductam ex natura ipsius maioratus; si adest expressa alienationis prohibitio tunc potest successor contra nullam alienationem insurgere, & illam revocare, ita etiam tenet *Antonius Gomesius in L. 40. Taur. n. 88.* Si ergo hoc procedit ad vendicanda bona alienata, multo fortius ad executionem impediendam melitare debet. At vero si tantum adest tacita alienationis prohibitio, tunc enim expectare debet prædecessoris mortem juxta text. in *L. fin. §. sed omnia nostra majestat. & §. sin autem Cod. com. de legatis.*

Plane sumus in primo casu qui adest expressa alienationis prohibitio ut patet, igitur recte impediunt minores executionem sententiæ virtute transactionis prolatae. Nam alienans non proprio nomine, sed nomine administratoris, & bene potest ad diversos respectus duplici persona fungi, quare sententiam confirmare placet, cum declaratione à præcedenti Domino facta & declararem etiam, quod jus ipsis minoribus reservetur, ad hoc ut partem transactionis impletam eis revocare liceat. Ulyssipone 1. mensis Julij anno Domini 1690.

Cunha.

Dicturus super declarationes. Juris reservationes ad nihil aliud inferviunt, nisi ut litigantes, ad iterum litigandum invitemus, nam non dant, nec adimunt actiones, igitur eas regulariter sperno. Ulyssipone 30. Julij 1690.

Doutor Vieira.

C A P. LXXXII.

De inclusione, & exclusione post mortem possessoris maioratus, aut successoris, in casu mortis super successione maioratus mortuo litigatore, an experiret mandatum procuratorium, & quis maneat dominus instantiæ, & an transeat contra successorem, & an ad hoc novus successor citari debeat, & quid post conclusum in causa & lata sententia!

S U M M A R I U M.

In causis super successione maioratus, mortuo litigatore expirat mandatum procuratoris. n. 1.
Debet novus successor citari ad articulos habilitationis formandos. n. 2.
Ex defectu citationis sententia in hoc casu nulla est. n. 3.
Jus deductum ab agente pro successione maioratus non est personale, sed totius liniæ ideo ad sequentem illius liniæ successorem transit. n. 4.
Successor ad quem transit instantia, active, & passive tenetur assumere litem in eo statu in quo prædecessor eam relinquit. n. 5.
Nam in instantia jure sanguinis succedit, non sicut hæres. n. 6.
Ad hoc sufficit citatio seu libelli oblatio n. 7.
Instantia transit & jam in substitutum, necessarium que successorem. n. 8.

Actio & instantia sicut accessoria bonorum maioratus sequitur suam naturam, & bona prosequitur, & successorem. n. 9. contrarium n. 15.

Sententia in causa maioratus prodest, & nocet successoribus, & in eos active & passive transit. n. 10.

Et etiam acta judicii moti. n. 11.

Contrarium. n. 12.

Maxime quando successor non fuit hæres antecessoris quia tunc non transit contra eum instantia causæ. n. 13.

Transitus instantiæ habet originem quasi contractu defuncti. n. 14.

Successor non succedit in maioratu ut hæres patris, aut antecessoris, sed ex dispositione institutoris, ideo non potest in illo transire instantia. n. 15.

Nec ei nocet acta guta cum defuncto immo novus libellus contra eum est intentandus. n. 16.

Quæ dentur distinctiones. n. 17. ubi late.

Lis acta cum possessore maioratus transit ad successionem in maioratu. n. 18.

Per omissionis, aut delicta prædecessoris, non transit instantia in successorem. n. 19.

Opiniones in materia n. 20. ubi late per tot.

Quo in casu non præjudicat res iudicata. n. 21.

Limita primo quando pars litigans est minor, & per restitutionem instantia & jam iudicata ad hoc ut revocetur, non transit. n. 22.

Actus tertij non præjudicant minori quoad restitutionem in integrum. n. 23.

Et quid quando lis est super laceratione institutionis facta ab antecessore. n. 24.

Instantia litis contra filium transire juri consentaneum videtur. n. 25.

Communis & vera opinio. n. 26.

Indestincte intelligitur procedere tam in lite super proprietate, quam super possessione. n. 27.

Communis magis est sententia quod instantia passive, in singularem transeat possessorem. n. 28.

Extra punctum de quo aggravatur aliquid permissum est desinire. n. 29.

Fiscus succedit litiganti, virtute confiscationis. n. 30.

Hanc quæstionem proponit *Valeron. de transact. tit. 2. q. 4. n. 46. 47. & 48.* ex quo in causis super successione maioratus, mortuo litigatore expirat mandatum procuratoris, & non manet dominus instantiæ sed illa transit in successorem illius, qui ultimum diem clausit extremum ex *Add. ad Molin. lib. 4. cap. 8. n. 6. & ibi Molin. d. n. 6. Fusar. q. 620. n. 1. Rovit. & add. cons. 82. Arouca allegat. Larrea dec. 35. n. 9. Valens. cons. 60. n. 29. & 35. Cabed. dec. 198. n. 4. p. 1. Leon. dec. 136. n. 5. vers. 4. in hoc articulo Pereir. de jur. Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 29. n. 65. & ultra eos Sousa de Maced. dec. 51. n. 13. de qua re nos diximus tom. 8. in comment ad Ord. ad tit. 1. §. 8. n. 24. Amat. var. resol. 86. n. 21. Castil. lib. 2. contr. cap. 9. n. 1. & lib. 5. cap. 157. n. 24. Somot p. 4. de reg. cap. 8. n. 302. Barb. in L. si constante §. fin. n. 23. vers. simili ff. solut Portugal de don. 2. p. cap. 20. n. 89.*

2 Et ad hac debet novus successor citari ad articulos habilitationis formandos, ut in terminis tenet *Xuaret. cons. 10. n. 2. & 13.* dicens ex defectu citationis sententiam in hoc casu nullam esse & quod regulariter novus successor citandus sit *Peregrin. de fideicomiss. art. 53. n. 4. Castil. lib. 2. contr. cap. 9. n. 4. Va-*

3

leron. d. q. 4. n. 48. qui non resolvit, quam dolis pendeat circa quæstionem, de qua re *Ord. lib. 3. tit. 27. §. 2. & tit. 82. Barbof. ad Ord. ibi & ad §. 2. n. 7.* ubi quod transit instantia in successorem quod etiam traddunt citati num. antecedenti, & ultra eos *Burat. dec. 337. n. 3. Nogueros. alleg. 25. n. 125. & seqq. cancer var. lib. 3. cap. 15. n. 197.* ubi etiam quod requiritur citatio *Lara de vot. homin. cap. 24. n. 75. usque ad 77. optime Somot. de reg. 3. p. cap. 8. alias 9. n. 209.*

Transit enim in hoc casu instantia ad maioratus successorem tam passive, dicunt citati; quam active ad sequentem in gradu, quia jus deductum ab agente pro successione maioratus non est personale, sed totius liniæ, ac proinde quanvis deficiat qui egit, non perit instantia quæ nomine totius liniæ est intentata, sed ad sequentem illius liniæ successorem transit, ut tradit *Larrea dec. 35. n. 16. & 33. sequitur Leon. dec. 136. n. 9. & 10. p. 2. Mier. de maior. 4. p. q. 14. n. 13. & seq. & fere omnes citati n. 1.*

Ideoque successor ad quem transit instantia active & passive tenetur assumere litem in eo statu, in quo prædecessor eam relinquit *Molin. de primog. lib. 4. cap. 8. n. 6. Peregrin. de fideicomiss. art. 53. n. 18. Castil. d. cap. 9. n. 5. & seqq. Gratian. forens. cap. 736. n. 18. & seqq. Barb. in L. si constante §. fin. n. 23. ff. solut. Valasc. cons. 160. & maxime n. 9. Cabed. dec. 198. n. 6. Leon. dec. Valent. 136. per tot. p. 2.*

Succedit nam in instantia, non sicut hæres, nec jure hæreditario, sed jure sanguinis tamquam proximiori consanguineo, ut tradit in specie *Menoch. cons. 904. n. 75. & 76. & 77. Valasc. cons. 160. n. 9. Peregrin. d. art. 53. n. 26. Leon. d. dec.*

136. n. 7. & ſeqq. *Rovit. conf.* 82. n. 9. *Xuar. alleg.* 27. n. 1.
- 7 Et hunc effectum non venit in conſideratione, quod lis fuerit conſeſtata cum defuncto ſive non, ſufficit enim libelli productio, & oblatio in iudicio vel ſimplex citatio *Molin. d. cap.* 8. n. 6.
- 8 Atque ita tranſit iudicium & inſtantia in ſubſtitutum neceſſariumque ſucceſſorem *Molin. d. cap.* 8. n. 6. *Caſtil. d. cap.* 9. lib. 2. *Barb. in L. ſi conſtante §. ſin. n.* 23. ff. ſolut. matr. *Leo. dec. Valent.* 136. p. 2. *Fuſar. d.* q. 620. n. 1. *Larrea dec.* 35. n. 16. *Amat. var. reſol.* 86. n. 31. & ſeqq. *Somet. de reg.* 4. p. cap. 8. n. 302. *Clemens Merlin. dec.* 831. n. 7.
- 9 Quare inſtantia & actio ſicut acceſſoria bonorum maioratus ſequitur ſuam naturam, & bona proſequitur, & ſucceſſorem *Tiraq. de retract. lign. n.* 1. 2. & 3. *ſeſſe dec.* 89. n. 11.
- 10 Et ſententia in cauſa maioratus prodeſt & nocet ſucceſſoribus & in eos active & paſſive tranſit *Molin. d. cap.* 8. n. 3. cum aliis quos ego ipſe refero *forenſ. cap.* 4. n. 65. & 76.
- 11 Et etiam acta iudicij moti ſuper maioratu proſunt & nocent ſucceſſori *Molin. de primog. d. cap.* 8. n. 5. lib. 4. *Caſtil. d. cap.* 157. n. 22. *Cald. forenſ. lib.* 1. q. 23. n. 80. *Fuſar. q.* 621. n. 1.
- 12 Contrariam nihil omnibus ſententiam, & quod inſtantia cauſata contra anteceſſorem poſſeſſorem maioratus non tranſit ad ſucceſſorem; imo remanet extincta tradit ex *Pereir. de jur. ind. tom.* 2. lib. 2. cap. 29. n. 64. *Noguerol. alleg.* 25. n. 129. *Valenſ. conf.* 60. n. 29. & ſeqq.
- 13 Maxime quando ſucceſſor non fuerit hæres anteceſſoris quia tunc non tranſit contra eum inſtantia cauſæ; ſed ſolum quando fuerit hæres;
- 14 quia cum tranſitus inſtantia habeat originem a quaſi contractu defuncti,

facto ex trat. ex lite ab eo inchoata *L. 3. §. idem ſcribit. ff. peculio inſtantia* ab eo nata tranſit ad hæredem, ut late fundat *Valenſ. conf.* 60. n. 36. & ſeqq. Atque ita cum non ſuccedat poſſeſſor in maioratu, ut hæres patris aut anteceſſoris ſed ex diſpoſitione inſtitutoris, non po- teſt in illo tranſire inſtantia, & qua- re tradit cum multis *Valenſ. d. conf.* 60. n. 29. & ſeqq. & n. 34. & 35. & ſeqq. *Amat. var. reſol.* 86. n. 17. & 18. *elegantè Bald. conf.* 121. in capit. à capite inchoantes vol. 3. n. 10. ibi: cum igitur pater, de ſuo jure, ſe, litigando ſubmiſerit: extincto illo jure; tamquam extincta mate- ria, ſuper qua inſtantia iudicij con- ſiſtebat maioratum ipſum, & ſic iudicium ſolvi neceſſe eſt *Roderic. Xuar. conf.* 10. n. 13. ubi in fine ita loquitur: cum igitur Comes Mo- dernus, non fuerit hæres, nec Uni- verſalis ſucceſſor Comitæ de Onate, ejus avi, nec in ſucceſſione dictæ Vallis & domus de Guevarra habue- rit cauſam ab ipſo, ſed ex conceſ- ſione Regum, & Antiquorum ſuo- rum inſtantia in ipſum non tranſi- bit. Idem latiffime reſolvit *Valenſ. d. conf.* 60. n. 26. & ſeqq. & n. 61. reſpondit. *Molin. & Valaſc. conf.* 160. & iterum n. 68.

Probatum etiam, quia aut poſſeſ- ſor maioratus, conſideretur ut ſuc- ceſſor univerſalis, aut particularis, non tranſit in ipſum inſtantia nec ei nocent acta geſta cum defuncto im- mo novus libellus contra eum in- tentandus eſt, & de novo probatio- nes fieri debent, ut multis juribus comprobat, & concludit *Valenſ. d. conf.* 60. n. 41. & ſeqq. & ita iudi- catum fuit in cauſa Maioratus de Oliveira contra D. Joſeph de Me- nezes apud Notarium Dominium Ludovicum de Oliveira, qui novum libellum proponit.

17 In quã controversia distingundum puto inter eum casum in quo lis erat super bonis aut juribus maioratus, aut super successione: Ita ut sensus sit, quod transeat quando possessor facit litem agendo aut defendendo bono bona aut jura maioratus accipata a tertio possessor enim in hoc casu litem facit administratorio nomine ex persona ficta, & intellectuali ipsiusmet maioratus, quæ semper permanet durat, & nunquam moritur, & tunc magis dicitur durare instantia; quam transire, sicuti in Prælato qui litigat, aut defendit bona & jure Ecclesiæ aut dignitatis: At vero si lis est inter duos, qui prætendunt successionem maioratus vacantis, & unus habet possessionem, alius vult eum reivindicare, prætendens se esse inclusum, & vocatum, tunc enim, cum lis non sit in utilitate maioratus facta, sed particularis, & personalis litigantium petentis scilicet & defendentis, & quæstio versetur quis eorum sit præferendus in successione! mortuo litigante uno, instantia extingitur, & finitur tamquam extincta materia & ad successorem non transit, ita resolvunt in terminis *Ca. bed. p. 1. dec. 198. n. 3. & 4. & per eum Sousa de Macedo dec. 51. n. 13. & 14. ubi n. fin. judicatum tradit Molin. de just. disp. 647. n. 2. 3. & 4. Paz de tenut. cap. 43. n. 8. Add. ad Molin. supra d. cap. 8. n. 3. de qua re Portugal. d. cap. 20. n. 90. & 91. & vid. Arouca alleg. & decisum fuit in casu sequenti.*

No Feito de appellaçõ civil de Catherina Lopes contra Mathias Rodrigues de Carvalho, Escrivaõ Antonio de Aguiar Villalobos, se deu a sentença do Ouvidor do theor seguinte.

Não he bem julgado pelo Juiz em julgar a habilitante Catherina Lopes Franca por successora no direito

desta causa, e que como tal siga os termos da appellaçõ interposta pelo ultimo possuidor da Capella de que se trata André Lopes Franco, revogando sua sentença vistos os autos, e como se mostra pela sentença que nesta instancia da appellaçõ se juntou por parte do appellante que sendo em o anno de 1637. Mathias Rodrigues de Carvalho seu pay, e como administrador de seus bens alcançava a dita sentença contra André Lopes Franco ultimo possuidor da capella, para lhe largar os bens em que he imposta, da qual Andre Lopes appellara, e morrera nos termos em que houvera de seguir, e sendo habilitado por herdeiro do mesmo hum Luiz Lopes do termo de Evora ratificava a appellaçõ interposta pelo R. originario; e pela não seguir sendo passados seis mezes fora requerido para a dezerção della, e para se tirar sentença do processo, e com effeito se julgara por deserta, e não seguida, e se tirara sentença do processo pela qual se meteo de posse dos bens da Capella o dito Mathias Rodrigues de Carvalho pay do Appellante como administrador de seus bens, e na mesma continuava doze annos, até o tempo em que o habilitante pretendeo o direito desta causa, o que supposto ainda que a instancia em causas de morgados ou capellas passe ao successor legitimo, não como herdeiro, mas como successor legitimo em taes bens qual senão mostrou ser o dito appellante Luiz Lopes, por quanto ainda que fosse habilitado por herdeiro ao ultimo possuidor André Lopes, não consta lhe assistisse o direito a tal capella, nem que o allegasse antes que desistindo da appellaçõ interposta desferia se tirasse sentença do processo, comtudo como sendo herdeiro do ultimo possuidor, e habilitado para seguir a appellaçõ em quem regularmente passãõ todas as acçõens o não quizesse

ſe fazer nos quaes termos conforme a direito, e ordenação do Reyno não ficou a dita appellação in ſuſpenſo, antes valida, e em ſeu vigor a ſentença que ſe julgou por não deſerta, e não ſeguida, paſſando em verdadeira couſa julgada, e como tambem conforme muito commua, e ſeguida opinião, querendo o habilitante allegar direito que tinha à ſucceſſão deſta capella por parenta mais chegada ao ultimo poſſuidor como ſe fundaffe na ſua propria peſſoa, o devia fazer ordinariamente, pois então paſſa a inſtancia, e eſtado da couſa ao ſucceſſor do morgado ou capella quando a contenda he sobre bens que pertençam a eſſe morgado, e não quando indetiſtamente a propria peſſoa ſó trata da ſucceſſão delle por tanto julgo os artigos de habilitação por não provados, e a habilitante por não habilitada, para ſucceder no direito deſta couſa, e lhe deixo ſeu direito reſervado, para tratar delle parecendo lhe via ordinaria; e julgo a poſſe em que o appellante eſtá da dita capella por boa, e por conſervado nella em virtude da ſentença que juntou, e pague a appellada as cuſtas dos autos. *Villa Viçosa 8. de Agoſto de 686.*

Manoel Dourado Soares.

Hæc ſententia Auditoris confirmata fuit, & fundata indeliberationibus ſequentibus.

Inſtancia tunc & eo caſu tranſit ad ſucceſſorem maioratus quando mota quæſtione à poſſeſſore illius ſuper aliquibus iuribus & bonis ad eum pertinentibus pendente lite deceſſit, & ſucceſſor maioratus ejus obitu protali habitus ſine controverſia & contradictione ac cæterorum honorum poſſeſſor tanquam intereſſe habens, & ad defendendum eum paratus, ac obligatus cauſam proſequi intendit, & ad hanc obligationem ſatisfaciendam ſe offert,

Pars III.

& habilitare conatur, & in his terminis loquantur DD. qui reſolvunt ad illum inſtantiam tranſire, ut videre eſt apud DD. *Caſtilh. controverſ. lib. 2. cap. 9. per tot. Valenſ. 1. tom. conſ. 60. à n. 1. Larrea dec. 35. Peguera dec. 20. q. 2. Cancer 2. tom. variar. cap. 16. Gracian. cap. 736. à n. 18. P. Molin. de juſtit. diſp. 647. n. 4. plures alios refert Barb. glosator ad Ord. lib. 3. tit. 27. §. ſin. num. 7. hanc concluſionem ponend. 5. lis cæ. 18* pta cum poſſeſſore maioratus tranſit ad ſucceſſionem in maioratu, at vero in præſenti inſpectione nimis diverſa ſunt, non actio mota in appendice eo tendebat, ut A. ſucceſſor maioratus declararetur, R. penitus ab illius ſucceſſione excluſo, & per conſequens contentio erat ſuperius ſucceſſionis, & in hoc caſu nunquam appellatrix poterat R. deſuncto ſe ad cauſam proſequendam habilitare, tum ex eo quoniam illius hæres non eſt tum etiam quoniam non poteſt conſequi via ſummaria habilitationes id quod requirit altiorem indaginem, & via ordinaria aget, ut definiatur, tum etiam quoniam cum contentio ſit, an R. verus & legitimus ſucceſſor eſſet maioratus, quæ eſt principalis cauſa in hoc puncto, appellatrix non eſt legitima contraditoris, nec ad eam attinet ſive ratione aut intereſſe ſi talis iudicatus ſit nec ne, & ideo deficiet meum fundamentum principale habilitationis, quæ ad eum finem dirigitur, ut intereſſe in cauſa habentes eam proſequentur, & auditi ſint, declarat *Cabed. p. 1. dec. 198. & DD. citat. à Barboſ. ad d. §. ſin. n. 3.* & ſi obijciat principale in tantum habilitationis eſſe ut ſucceſſor maioratus declararetur, hoc non eſt materia cauſæ, ſuperquam talis habilitatio cadere poſſit immo reſultat manifeſta contradictio & repugnantia, ut habilitata

PPP

bilitata pro successore postea repellatur & contraria proferatur sententia ultra quod Judices appellationis ad cuius prosecutionem habitationem procurat, de hac materia cognoscere non possunt, cum tantum jurisdictionem habeant super ea quæ per appellationem devoluta sunt, nempe an Reus in cuius locum se subrogare intendit, sit legitimus successor maioratus, & sic appellatus tanquam tertia super cuius jure ad hoc non contenditur, non potest se ingerere, ut de eo cognoscatur contra *text. in element. de appellat. L. per hanc Cod. temporib. appellationum* nec manet destituta remedio quoniam ad viam ordinariam recurrere potest, prout in sententia ei jus reservatur, & poterat etiam medio oppositionis se subvenire, quod proponit *Ord. lib. 3. tit. 20. §. 31.* qua propter meo inepte iudicio intendit appellatrix se habilitare ex causa in qua nullum interesse habere potest, nec est legitime contradictoris, & maxime quia dato quod sententia confirmetur in instante appellatione R. in illa causa penitus repulso, hoc ei non officit, ut ostenso meliori jure successionem maioratus consequatur, utendo remedio à jure & *Ord. preposito.*

Ultra quod quoniam instantia erat perempta, & consequenter habilitatio infructuosa, quoniam ut constat ex tenore suo extracta à processu appenso, & in his actis ponderata fol. 213. unde Reus condemnatus ad sententiam appellationem interposuit, & eo defuncto ejus hæres eam ratificavit, & habilitatus fuit, cumque intra terminum sex mensium statutum in *Ord. lib. 3. tit. 90. §. 3.* eam prosequi non valet citatus ad desertionem ut in *d. Ord.* requiritur interdictio non apparuit, immo declaravit, nullam dubitationem ha-

bere ut appellatio pro deserta iudicata fuisset, & ita definitum fuisse asseritur, quibus interminis instantia in totum perit ex depositione ordin. cessat totale fundamentum habilitationis ex quibus & aliis à Patrono appellati consideratis Auditoris indubie sententiam confirmarem. Ulyssipone 669.

Da Cruz Freire. revocata Judicis sententia.

In eodemmet consensiere Judices Noronha. & Cardoso.

Atque ita verior videtur hæc resolutio.

Et quando contraria sententia sequenda foret, limitatur quando prædecessor cum quo fuit capta instantia, non se bone se habuit, in adducendis defensionibus quas habebat, vel habuit culpam aut comisit delictum subtractionis instrumentorum, aut falsitatem in illis, quia tunc non transit instantia ad successorem sed novo libello agit potest quia d. actu non præjudicant successoris, nec omissiones aut delicta prædecessoris, nec in hoc casu transit instantia *L. dictum §. si compromisero ff. evict. L. petro §. fratre ff. leg. 2. cum aliis de quibus Molin. de primog. lib. 4. cap. 9. n. 10. & probat text. in L. 3. ff. de interd. & releg. ibi: quæ vero non à patre, sed à genere, à Civitate, à rerum natura tribuntur ea manere eis incoluma. L. si errorator 22. ff. de adopt. ibi: quia hoc non iudicio ejus, ad eum pervenit, sed principali providentia L. unum ex familia §. sed si fundum & §. si de falsidia ff. leg. 2. Mier. de maior. 4. p. 9. 14. n. 28. 29. & 31. probat text. elegans & singularis in L. si prætor §. Marcellus ff. judic. ubi in simili hæc verba J. C. inquit existimo debere iudicem quærellam admittere probat etiam Sanch. de matr. lib. 7. disp. 100. n. 4. & 8. ibi: Tertio de-*

ducitur

ducitur, ut hæc ſententia reſcinda-
tur oportere condemnatum uti nova
quærela novoque libello. *Notat*
Mier. de maior. d. q. 14. n. 28. ibi:
ſed quod de novo audiendus eſt &
rationem præſtat *Valeron de tran-*
ſact. tit. 3. q. 2. n. 13.

20 Et in ſpecie huius limitationis, ita
ſupponunt & reſolvunt DD. citati
pro contraria openione, ut tenet
Valenz. d. conf. 60. n. 61. ibi: Neque
obſtat reſolutio *Molin. de primog. lib.*
4. cap. 8. n. 6. & Valasc. conf. 160.
n. 1. quatenus videntur tenere inſ-
tantiam tranſire in ſucceſſorem ma-
ioratus; nam ex fundamentis ſupe-
rius deductis, certior, & ſecurior
eſt opinio contraria; & in rigore o-
pinio *Molin. limitatur*, quando præ-
deceſſor cum quo fuit capta inſtan-
tia, non ſe bone habuit in adducen-
dis deſenſionibus, quas habebat &
num. ſeqq. multis comprobatur exor-
nat & idem inquit *Valasc. d. conf. 160.*
n. 1. ibi: Frequens eſt quæſtio iſta
apud Tribunalia noſtra; An in ſuc-
ceſſorem maioratus tranſeat inſtantia
litis, incoata à poſſeſſore! & vidi,
non ſemel in ſenatu noſtro iudica-
tum tranſire, ad præcidendas lites
novas, & quando non opponitur,
colluſionem aliquam interveniſſe in
lite, vel aliquid relevans omiſſum
in proceſſu litis, & tenet etiam *Cas-*
til. lib. 2. contr. cap. 9. n. 9. & lib. 5. cap.
157. n. 22. & ſeqq. Eufar. de ſubſt.
q. 620. n. 4. Capiblani tom. 2. de Ba-
ron. cap. 73. in fine Lencal ad Pere-
grin. de fideicom. art. 53. pag. mihi
361. verſ. hæc conceſſio, Add. ad Ro-
vit. conf. 82. n. 6.

21 Quare etiam in hoc caſu neque
præjudicant acta nec ſententia, ut
dicunt jura & DD. quos ego ipſe re-
fero *forenſ. reſol. cap. 4. n. 84. & no-*
viſſima impreſſione in add. tom. 1.
pag. 324. & 325. atque ita in hoc
caſu non obſtat res iudicata ex di-
Pars III.

ctis & quæ in ſimili tradit *Cald. conf.*
36. n. 1. & ſeqq.

Limatur etiam quando pars liti-
gans eſt minor, quia tunc poteſt im-
plorare reſtitutionem in integrum
adverſus ſententiam, & inſtantiam
etiam iudicatam, ad hoc ut revo-
centur, & non tranſeant, ut elegan-
ter & in ſpecie tradit *Valenz. d.*
conf. 60. n. 48. ibi: & ita quanvis
acta d. litis præjudicant d. Domino
Ferdinando Valdes, adhuc dicto
minori competit contra ea reſtitu-
tio, non ſolum quando acta fuiſſent
cum alio, ſed etiam ſi facta fuiſſent
cum d. minore, & cauſa decisa, nam
minor reſtituitur contra læſionem
reſultantem, exactis, & ſententia
nec poſſunt nocere dicto minori acta
cum illius patre; nam actus tertii
non præjudicant minori quoad reſ-
titutionem in integrum, & ibi mul-
tos refert & *n. 49. & 50. & n. 51.*
proſequitur his verbis. Et eadem in
integrum reſtitutio competit d. do-
mino Francisco minori adverſus
quemcumque actum præjudicialem,
à patre illius factum, in limitatio-
nem, deſiſtentiam, renunciationem
juris quod maioratus habebat, &
elegantè interminis *num. 71. verſ.*
quod certius ibi; Quod certius eſt,
quando maioratus ſucceſſor eſt
perſona privilegiata, prout eſt ratio-
ne minoris ætatis d. D. Franciſcus de
Valdes, caſus in quo non loquitur
aliquis Doctorem, qui opinati fue-
re inſtantiam tranſire in ſucceſſo-
rem, in cujus generalitate non com-
prehenditur privilegiatus, cui com-
petit beneficium reſtitutionis in in-
tegrum, & ibi DD. multos allegat,
& uſque ad finem confirmat.

Et quid quando lis eſt ſuper la-
ceratione inſtitutionis facta ab an-
teceſſore an noceat explicat *Bichius*
dec. 160. n. 16. 17. & 18. & per tot.
& tranſire inſtantiam vidi iudicatum

in causa Joannis Pereira de Vasconcellos & etiam in causa spolii & possessoria circa prioritate possessionis; & in processu Francisco da Costa Correa cum Antonio Vieira apud Notarium Manoel de Goes Pinheiro Et vide *Carleval de judic. tit. 3. disp. 14. n. 1.*

No Feito de Francisco da Costa Correa com Antonio Vieira Veigaõ, Escrivaõ Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Aggravado foy o aggravante pelos Dezembargadores da Casa do Porto em confirmarem a sentença do Juiz: revogando sua sentença vistos os autos, e como delles se mostra estar já pendente a causa jobre a posse do morgado da contenda, com o pay do aggravado, e conforme a direito contra elle devia passar a instancia no mesmo estado em que se achava por morte do dito pay, por quanto posto o aggravado allegue naõ existio seu herdeiro, contende comtudo ser seu successor no morgado, o que he bastante para contra elle passar a dita instancia, pois ficou sendo successor necessario, ainda que particular, por tanto recebem os artigos de habilitaçã, e os julgaõ por provados para effeito de se continuar com o aggravado a causa de posse, que com seu pay estava principiada: e condemno ao aggravado nas custas dos autos. Lisboa 14. Dezembro de 1686.

Vieira. Vogado. Rezende.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Tota quæstio hujus contentionis est, utrum litis instantia cæpta cum patre super maioratus possessione, qui in illa præcedere, & conservari contendebat (mortuo patre ante sententiam) transeat contra filium qui se ex propria persona noviter in prædicti maioratus possessionem

introduxit, confitens se illius successorum esse, & non patris hæredem.

Transire in his terminis instantiam litis contra filium mihi juri consentaneum magis videtur per text. in *L. si operarum 29. ff. de oper. libertor. tenent Molin. de primog. lib. 4. cap. n. 6.* qui dicit hanc esse communem opinionem ex *Jason in L. 1. ff. ad Trebell. n. 10. Larr. p. 1. decis. 35. n. 17. & 18. & fere per totam Castilb. tom. 2. cap. 9. n. 1. cum seqq. Valasc. cons. 160. Peregr. de fideicom. art. 53. n. 6. Cald. Pereira in forens. quæstion. lib. 1. q. 23. n. 81 qui n. 83. vers. Sed prima opinio dicit hanc esse communem, & ve-*

riorem opinionem, quod adeo procedit contra maioratus particularem successorum, ut locum habeat in lite cæpta, quanvis non contestata ita *Molin. loco citato; Cald. dict. n. 81 in fin. & declarat text. in dict. L. operarum.*

Vim magnam suæ defensionis in hoc processu facit aggravatus in eo, quod hæres patris non fuit, & ab ejus hæreditate se abstinuit illam repudiando (de quo non constat) confitens vero se in maioratus possessionem introduxisse post mortem patris ex sua propria persona tanquam illius particularis successor; non attendens meliorem conditionem habere non posse in tali possessione ab eo sumpta, quam pater ejus defunctus habere constat tempore mortis suæ, & satis esse ut contra illum transeat litis instantia cum patre cæpta, se successorum, & intrusum possessorem confiteri, ex Doctrina DD. supra, & illa quæ docto calamo exposita invenitur in tertio inferioris aulae suffragio à jam nunc collega nostro dignissimo prolato in §. *ultim.* in quibus terminis aggravatus filius; seu successor contendoris

tendoris cum aggravante ſuper poſſeſſionem litis inſtantiam aſſumere debet in eodem ſtatu, quo per illam reliquit, quin de novo aggravati neceſſarium ſit novam contra illum movere litem prout interminis cum *Molin. & aliis dicit optime Cald. dict. n. 81. ibi*: Itaut denuo lis cum eiſdem incoanda non ſit, ſed ſequens ſucceſſor in eo ſtatu iudicium ſubire debeat in quo ab ipſo maioratus poſſeſſore fuerit relictum &c.

27 Et quod in diſtincte intelligatur procedere tam in lite mota ſuper poſſeſſione dicunt *Perigr. ubi ſupra n. 27. Amat. reſolut. 86. n. 26.* optime adducti per doctum advocatum in perorationibus fol. 112. in fine.

Deinde nos legem habemus iubentem per veritatem notam iudicare *Ord. lib. 3. tit. 63. & tit. 48. §. 4.* conſtat optime ex actis aggravantem Franciſcum da Coſta legitimum huius maioratus ſucceſſorem eſſe, quia notorie de ſanguine inſtitutoris eſt, & filius legitimus ultimi poſſeſſoris Emmanuelis da Coſta, qui fuit primus ſucceſſor, & per multos annos poſſeſſor à fundatore ſeu inſtitutore nominatus, & conſtat amplius ex ipſis actis per juridica inſtrumenta dictum aggravantem poſt mortem ejus patris ultimi poſſeſſoris, tam capellæ, quam bonorum maioratus pertinentium anteriorem poſſeſſionem juridice conſequentum fuiſſe per ſpatium unius diei, antequam aggravati pater, ſeu ſocer (quod idem valet in præſenti) Andreas Correa in illam ſe introducere conatus fuiſſe, fundatus in nullo teſtamento patris aggravantis fol. 52. quod ab aggravantis patre revocatum invenitur per poſterior teſtamentum in actis etiam inventum fol. 24. factum anno 1681. poſtquam aggravans teſtatoris filius le-

gitimatus per ſubſequentis matrimonio remanſit, & ſi hæc eſt veritas, ad quid æternas lites inſurgere occaſionem dabimus contra diſpoſitionem *Ord. dict. lib. 3. tit. 63. in princip. & jura adducta per Mend. à Caſtr. in prax. p. 1. lib. 3. cap. 3. §. 5. n. 17. & 18.* Ex quibus omnibus aggravantem Franciſcum protinus in poſſeſſionem huius maioratus mittere juberem, tam quia illam prius ſibi acquiſiſſe conſtat, quam quia melius jus ad proprietatem illi adeſſe manifeſte exactis patet, & ſi aggravatus intruſus jus aliquod ad illam habere conatus fuerit, cum illo ordinarie agat, ſic placet revocata inferioris aulæ ſententia. Ulyſſipone 21 Auguſti 1686.

Vogado.

Post longum omnium examen, quod in una, & altera inſtantia docte quidem, & copioſe opponunt advocati, & quæ in doctiſſimis deliberationibus habentur fol. 133. dubiam adhuc invenio proceſſus deſiſſionem, & ſolamque ſi juris attenderem ſubtilitatem non multum forte diſpliceret iudicatum, veritate tamen inſpecta, arbitrium præcedentis domini meritiffimi juſtitæ magis amicum, & conſonum magis invenio æquitati; quid enim, factis jam probationibus, et ventilata poſſeſſionis in antecellore, juſtitia, novus iterum inſurgat proceſſus, propter acceptam noviter poſſeſſionem, et prior peribit inſtantia, factoque quod reſolvi poteſt proceſſu, quid nova eſt contentione reſolvendum contra doctinam *Ariſtotel topic. 8.* in jure noſtro acceptam per *text. in L. generaliter Cod. inſt. ſub cond. fac. & in L. 1. ff. de eo quod met. cauſ. cum ſimilib.*

Deinde ſi per mortem antecelloris vacuum poſſeſſionem à ſe ſumptam dicit aggravatus, quare antecelloris

cessoris defendere, opus sibi non esse dicit possessionem, non ne si defuncto non esset possessio, ut erat aggravantis intentio et tota processus difficultas, quare tanquam defuncti successor possessionem sibi esse dicit aggravatus? non ne plus esse potest in causato, quam in causante, aut quis dare quod, non habet, contra juris rudimenta? et se ipsum, etiam aggravati patronus non dubitat, communem magis esse sententiam, quod instantia passive in singularem transeat successorem, juraque, et scriptores sic absolute loquuntur; quid hoc in causa possessionis limitare contendit Aggravatus post habita regula *Legis de pratio ff. de pub. in rem act. cum vulgarib.*

Igitur quoad instantiæ transitum in iudicati revocatione, cum domino meritissimo convenio, non autem ut possessionum merita decedamus, hoc enim adhuc non est in inferiori iudicio decisum, neque ad superiorem instantiam devolutum, maxime cum expediretur processus, per viam gravaminis, cujus strictam spheram transgredere non possumus, neque extra punctum, de quo aggravatur aliquid permissum est definire, juxta *Ord. lib. 1. tit. 9. §. 2. ad fin. & proxim. de qua Mend. 1. p. lib. 3. cap. 19. n. 4. & ex aliis*, quæ ibi refert, Ulyssipone 19. Octobris 1686.

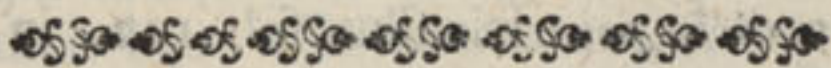
Rezende.

Ego etiam cum præcedenti colendissimo Domino prosequi instantiam assererem cum possessore, quin sit necesse ut novalis incolitur, licet enim generalis illa regula procedat in successore ejusdem juris, quod nostro casui non applicatur, cum successor aggravatus extincto jure sui antecessoris cujus occasione instantia cæpta fuit nihilominus

tamen quocumque modo considerato semper verum est dicere aggravatum succedere antecessori litiganti, quippe hoc non invenitur exceptuatum prout in fisco qui succedit virtute confiscationis litiganti ex *text. in L. si constante §. fin. ff. solut. matr.* et in aliis exemplis, quæ habentur in *L. nulla Cod. de procurator.* ut tenet *Barbos. in dict. §. fin. n. 15.* igitur sententia inferioris aulæ reformanda venit. Ulyssipone 17. Novembris 1686.

Baracho.

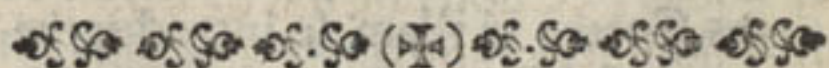
Cum proximis Dominis potius accedo. Doutor Vieira.



C A P. LXXXIII.

De inclusionem famuli, quando Institutor illum vocat in defectum descendendum, & excludit transversalem, & quando dicatur inclusus, vel exclusus.

DE hac institutione & admissione agitur in sententia de qua supra & famuli fuerunt vocati in defectum descendendum in testamento Secretarij Andreæ Franco de quo in *cap. 5. n. 22. & seqq.* & probatur resolutio ex *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2. & à DD. de quibus forens. cap. 4. n. 122. & seqq.*



C A P. LXXXIV.

De inclusionem, & exclusionem consanguinei Divitis, proximioris quando institutor vocat

cat

cat & includit pauperiorem, licet iſte ſit remotior; & e contra, & quis in his terminis dicatur inclufus, vel exclufus, & quid quando maioratus eſt inſtituendus ad favorem magis nobilis ac magis digni de domo, & an comprehendat illegitimum vel legitimum tantum & quid quando vocatur illegitimus dummodo ſit filius mulieris honeſtæ vulgo *de mulher honrada*.

SUMMARIUM.

Mulier honorata intelligitur de nobili, & non de virgineo. n. 1.

Quando qui tenetur elegere, & nominere non elegit cenſetur nominatus ille ad quem fideiſſimum de jure per venire debet. n. 2.

Non ſolum qui offendit teſtorem indignus manet ſed & qui offendit ejus uxorem. n. 3.

Privatur feudo vaſſalus, ſi uxorem domini ledat. n. 4.

Agens ex aliqua diſpoſitione debet probare illius qualitates. n. 5.

Hanc quaſtionem reſolve ex dictis à *Rosa* conſult. 62. eleganter *Antonius Govius* conſulta decif. 9. ubi late agunt & explicant, & ex quo mulier honorata intelligitur de nobili, & non tantum de virgine quia nobilitas requiritur ad conſervationem maioratus qui non conſervatur per machinicos ut diximus cap. & diſputatum fuit in cauſa *Ferdinandi Martins Mascarenhas* com *D. Maria Joſepha de Mendonça* hoc anno 1686. apud Notarium Bras

Alvares Couſeiro in judicio Civitatis ubi pendens lis.

Et quo ad pauperes & divites judicatum fuit in cauſa ſeq.

No Feito de *Gregorio Dias*, e ſua mulher *Joanna Baptiſta*, contra *Vicente Carreyra de Almada*, e ſua mulher, e oppoente *Vicente Vaz de Almada*, *Eſcrivaõ Manoel Rebello de Brito*, ſe deu a ſentença ſeguinte.

Vistos eſtes autos, libello do A. contrariedade do R. artigos de oppoſiçaõ prova dada. Mostra-se que falecendo Dona Angela da Rosa, mulher do Lecenciado Antonio de Pinna, Corregedor. que foy da Cidade de Tavira fez Capella de todos ſeus bens, nomeando por primeiro administrador, e ſucceſſor della ao dito ſeu marido concedendo-lhe facultade para nomear por ſua morte hum parente pobre da dita inſtituidora, qualidades, que elle ſe nomeara não podia alterar, por ſe haver de cumprir em forma eſpecifica a vontade da inſtituidora. Mostra-se falecer o dito Antonio de Pinna, ſem nomear, e ſer morto violentamente pelo oppoente, que de preſente he poſſuidor dos bens vinculados a eſta Capella, como confeſſa no ſegundo artigo da oppoſiçaõ fol. 124. Mostra-se ſer o R. parente pobre da dita inſtituidora, e ainda que em grao mais remoto, que a mulher do R. e o oppoente, que eraõ primos direitos da dita defunta, e o A. ſeu ſegundo primo, contudo concorre nelle a qualidade de pobre, que falta na R. oppoente, que ambos ſe mostra ſerem muito abastados de bens, e dos mais ricos das terras aonde vivem, e ficão excluidos pela vontade da teſtadora, que não he neceſſario conjecturar, nem induſilla de preſumpçoens, quando a diſpoſiçaõ he tão clara, e require expreſſamente as qualidades de parente, e pobre, e ſe a tençaõ da dita teſtadora foy ex-
cluir

cluír a mulher do R. como oppoente articula, por ser rica, que maior razão se pode considerar, para querer que fosse admitido o oppoente, sendo também rico, podendo se quizer a nome allo, pois para isso tinha livre facultade, demais de se haver de reputar o dito oppoente por pessoa odiosa, por ser homicida do possuidor, e marido da instituidora, e a quem não he verosimel quisesse que a dita Capella pertencesse por morte do dito seu marido, nem a favor do oppoente se allega cousa, que em termos de direito possa alterar a forma da successão dada pela instituidora. O que tudo visto, e o mais dos autos julgo pertencer esta Capella ao A. como parente mais chegado, e pobre da instituidora e condemno aos RR. oppoentes lha restituão, e os bens a ella vinculados com os fructos da contestação da demanda em diante, que se liquidarão na execução desta sentença, e pague o R. oppoente as custas destes autos de premeio. Lisboa 4. de Janeyro de 655.

Doutor Luiz Gomes do Basto.

Ab hac sententia fuit gravamen interpositum ad supplicationis Senatuum, ubi fuit confirmata à iudicibus Doctor Carneiro. Pereira. & fundata in sequentibus de liberationibus.

Testatricem Angelam marito Antonio hæredi instituto in iunxisse, ut Capellam, & maioratum institueret, ad quem eligeret unum consanguineum pauperem ipsius testatricis patet fol. 10. Cumque ipse Antonius morte oppressus, utpote interfectus fato iniquo, nec maioratum instituerit, nec elegerit consanguineum ad quem deberet de vului, asserendum est maioratum pro instituto habendum de bonis testatricis juxta illius dispositionem prout resolvunt unanimiter DD. nostri

Castilb. lib. 4. quotid. cap. 36. n. 6. Carpius de execut. & commiss. testamentor. lib. 2. cap. 17. n. 36. & consequenter electum, & nominatum ceteri consanguineum proximiorum ipsius testatricis, qui tamen paupertatis qualitatem habuerit juxta expressam testatricis voluntatem, à qua recedere, nefas ex vulgari allegatione, quando enim qui tenetur eligere, & nominare, non eligit, sensetur nominatus, & electus ille, ad quem de jure fideicommissum pervenire debet, Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. n. 42. Fontan. de pact. nuptial. claus. 4. glos 9. p. 5. n. 11.

His suppositis contendunt de successione hujus maioratus A. Gregorius, Reus Vicentius ex persona uxoris, oppositor Antonius ex propria, & quia primo de controversia inter A. & oppositorem ab advocatis peritis actum est, & nos de hac prius disceptemus, cumque constet Actorem consanguineum esse testatricis per testes productos a fol. 162. ex quo in dispositione constat illum esse fratrem patrualem patris testatricis, & in simul pauperem, prout testes unanimiter deponunt ad tertium libelli articulum, & ad tertium libelli responforij ad oppositionem, videtur asserendum ad eundem maioratum istum pertinere, & potiora jura habere in illius successione.

Nec oberit, quod oppositor sit consanguineus proximior testatricis, quam quod defectus sit qualitate paupertatis, de qua infra in controversia inter A. & R. differemus, constat eundem interfecisse Antonium maritum & heredem testatricis, ex quo indignus effectus est ad successorem hujus maioratus, quod vero interfecerit indubitatum mihi videtur, tum ex iis, quæ testes deponunt, tum etiam ex appendice B.

B. ubi ipsamet uxor oppositoris id iuramento afferuit fol. 5. & in Inquisitione pronuntiatus reperitur eod. fol. & ipse veniam impetravit tam à cognatis occisi, quam à Rege nostro invictissimo; asserit tamen oppositor, quod & si interfecisset Antonium possessorem maioratus, tamen non ex eo indignum debere reputari, quia ipse non fuit institutor, sed tantum commissarius ad instituendum, sed hoc inciviliter ex stimo allegari, quia & si fateamur, ipsum Antonium non fuisse institutorem, sed Angelam institutricem fuisse ex *Carpio d. cap. 17. n. 38. ibi: & ipse est meliorationis, & maioratus verus institutor, junctis iis que dixerat eodem lib. 2. cap. 3. n. 7.* tamen constat eundem, maritum fuisse institutricis, & ab illa factis dilectum, & uti talem hæredem ab ea institutum & commissarium testamenti sui constitutum, unde & illum occidens indignus censeri debet ad succedendum uxori, & capienda illius bona non solum quippe offendens testatorem indignus manet, sed & offendens illius uxorem, vel conjuntos taliter, ut defunctus si viveret ad justam iracundiam fuisset provocatus ut explicat *Peregrin. de jure fisci lib. 2. tit. 8. n. 4. ex Bart. & Ruino* quos citat, quod & in vassalis receptum est, qui feudo privantur, si uxorem Domini occidant, vel aliter illam lædant, non minus quam si propriam ipsius domini personam læderent, resolvit *Rosental. de feud. cap. 10. concl. 20. n. 45. ubi aditio lit. 2.* alios DD. refert; cum ergo oppositor indignus ex hoc delicto reperitur, & uti talis repelendus sit à successione, quid ei prodest ostendere se proximiorum, & si simulase pauperem ostenderet, nec ex hoc potest Actorem impedire in successio-

ne, ac si ipse non existeret, ex *text. in L. 2. §. sed si sint sui ff. ad Tertilian. Surd. cons. 544. n. 8. & cons. 517. n. 8. in fine & n. 9.*

Excluso ex his oppositore, veniamus ad Reum, qui ex persona uxoris, quæ est soror oppositoris, & proximior institutricis, quando Actor, utpote quæ est consobrina ipsius, vult excludere Actorem, cum enim Antonius non elegerit successorem, electa debet censeri proximior juxta naturam maioratum, ut supra dicebamus, verum omissis, quæ Patronus adducit de negatione possessionis bonorum, et translatione illius in oppositorem lite pendente, ex eo existimo illum bono jure destitui, quod in uxore deficiat qualitas paupertatis requisita à testatrice d. fol. 10. ibi *hum parente pobre* plane constat Reum satis divitem esse, & consequens illius uxorem, ergo deficiente qualitate paupertatis non potest censeri electa ad hanc successionem, quia agens ex aliqua dispositione debet probare qualitates illius, nam deficiente in agente qualitate dispositionis, definitionis, deficit etiam in ipso ipsa met dispositio, ita enim restringit qualitas dispositionem, quod illa carens, exclusus à dispositione censetur, imo existimo illam qualitatem à testatrice adjectam ad exclusionem uxoris Rei, nam si vellet illam admittere, cum satis nota, & propinqua, cumque etiam possit credere testatricem novisse uxorem Rei divitem esse, ad illam excludendam ab electione per maritum faciendam adjesit qualitatem paupertatis, & ut aliis egentibus cognatis consulere.

Nec aliud suadet allegatio vitij, & falsitatis in testamento, dum asseritur, verbum, pauper, vitiatum ex verbo, nobile, quod in testamen-

to erat, quia cum hoc propositum fuerit a Reo fol. 134. & à Pratore meritissimo admissus fuerit ad acta perquirenda, & adducenda cum proprio testamento ut fol. 135. tamen id neglexit, nec curavit examen fieri, ut inspiceretur falsitas, & mutatio verborum, unde de hoc non curandum modo videtur, ejusdem farinae videtur consideratio nobilitatis, quia si verum amamus, cum & testatrix, & Actor ab eisdem avis, & proavis agricolis originem ducant, parvi facienda est nobilitas, quæ divitiis, & non ex serie avorum acquisita apparet, maxime interveniente pauperum vocatione, qui paupertate oppressi, artes ignobiles exercere sine dedecore poterant, iis ergo non obstantibus sententiam Prætoris meritissimi dicerem esse confirmandam. Ulyssipone 12. Aprilis 1655.

Pereira.

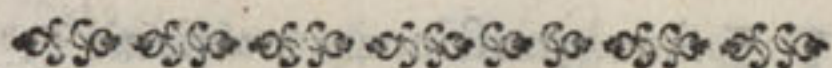
Inter Actorem & oppositorem præcipua est contentio in processu, prodest tunc Actori vilitas ac paupertas, quæ semper, & ubique nocere solet; nocet oppositori divitiarum moles, quæ viliorum fortunam in feliciorum convertit; Actor remotior est in sanguine, oppositor proximior indubie utriusque æqualis est nobilitas in radice, licet ex tempore variata in ramis; adhuc tamen Actoris, & remotioris in sanguine, & vilioris in officio meliorem causam existimo, quia quoad institutricem fuit plus dilectus quia expressius vocatus; non enim verosimile est, quod illa oppositorem ac Ream amicabiliter pertractans, ut ipsi agnoscunt, eos ad Capellam vocare voluisset, quando neutrum nominavit, vel enim tunc temporis divitiis jam abundat, & eos repellere voluit, dum pauperes vocavit, vel si adhuc egerit erant

alios pauperiores agnovit, & hos prædilexit, ut ex testibus a fol. 185. præcipue quando marito extraneo electionem potius tribuens futurum paupertatem præ oculis habuit, & ubi maior erat egestas succurrere voluit. Sicque præsumendum est ex conjecturata voluntate, quod cum ipsa multos haberet pauperes consanguineos, qui ea de causa viliora officia exercebant, ut notum est, voluit hunc pauperiorem mariti arbitrio à penuria liberare, & in meliorem conditionem reducere, in quo majus charitatis opus indubitabiliter exercebat, cum autem Actor indubie sit pauperior, maior fuit circa illum instituentis dilectio, maior circa oppositorem quia divitiis abundabat.

Si autem quoad institutricem fuit oppositor minus dilectus, quoad maritum cui relicta est facultas nominandi extitit exosus & indignus, ut bene ostenditur in processu; qualiter enim præsumendum est, quod mortis tempore illum nominaverit, quem sui impium occisorem eodem mortis tempore exclamavit, ut ex testibus fol. 174. & quæ jure ferendum est, quod oppositor defunctum sine causa vita, ac usufructu bonorum privaverit, & ex hac impietate commodum reportet, et eundem usufructum sibi acquirat; et tandem qua ratione sub paupertatis velamento in eodem processu Capellam exoptulat, qui in eodem processu se divitem agnoscit ex testibus à se productis a fol. 264. hæc omnia pauperis justitiam manifestant, divitis deteriore causam ostendunt, sic confirmata meritissimi Prætoris sententia. Ulyssipone 25. Septembris 655.

Doctor Carneiro.

CAP.



C A P. LXXXV.

Pater ſi inſtituat maioratum irrevocabilem in filium, & filios, & ejus dependentes, an poſſit ex intervallo declarare quod intellexit de filiis masculis, & non de fœminis ad hoc ut dicantur incluſæ, vel excluſæ.

S U M M A R I U M.

Pater ſi inſtituat maioratum irrevocabilem an poſſit declarare quod intellexit de filiis masculis, & non de fœminis. n. 1.

Qui maioratum inſtituit ex donatione irrevocabili poſteſt etiam poſt longum tempus in teſtamento declarare & illius declarationi ſtandum eſt. n. 2.

Juxta DD. mentem procedet quando verba de quorum declaratione agitur ſunt ambigua. n. 3.

Maioratus irrevocabilis non poſteſt alterari prætextu declarationis factæ per inſtitutorem, quando ejus verba ſunt clara. n. 4.

Maioratus inſtitutus a patre in favorem filii & filiorum vel dependentium eſt regularis ad cujus ſucceſſionem fœminæ admittuntur excluſis masculis linie inferioris. n. 5.

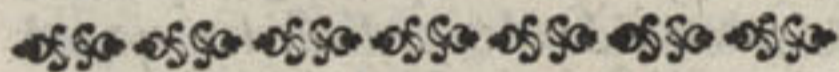
Idem procedit in vocatione conſanguinei proximioris. n. 6.

ID E hac quæſtione agit Doctiſſimus Oſea de ceſſ. jur. & act. tit. l. q. 6. n. 15. poſt ſin. ubi in noviſſima additione ita reſolvit. Ex his convincitur opinio Tiber. Decian. Præſ III.

conf. 7. à n. 99. verſ. ſecundo conſidero, quem laudat Mieres de maiorat. 1. p. q. 44. n. 16. & ſequuntur Fontanell. de pact. nupt. clauſ. 4. gloſ. 5. n. 12. & dec. 172. num. 9. tom. 1. noviſſime Roſa conſult. jur. conſul. 69. n. 108. quod pater inſtituens maioratum irrevocabilem ex cauſa matrimonii in favorem filii, & filiorum ejus, vel dependentium, poſteſt ex intervallo declarare, quod appellatione filiorum, vel dependentium filii intellexit dumtaxat de masculis, non vero de fœminis nam licet verum ſit, eum qui maioratum inſtituit ex donatione irrevocabili, poſteſt eam etiam poſt longum tempus, & in teſtamento declarare, & illius declarationi ſtandum eſſe L. heredes palm. 21. §. 1. ff. de teſtam. L. adeo 7. §. cum quis ff. de acquir. rer. dom. & ex aliis juribus D. Larrea dec. 32. à n. 30. & 100. Dom. Valenſuel. conſ. 23. à n. 124. exornate Roſa d. conſ. 69. à n. 98. & declarationis effectibus, & quod in eſt diſpoſitioni, & ad eam retrotrahitur multis relatis Dom. Salgad. de retent. Bullar. 2. p. cap. 2. à n. 14. exornat Paul. Rubeus reſol. præct. circa teſtamenta cap. 83. fere per tot. omnino videndus Mier. d. q. 44. id tamen juxta omnium DD. mentem procedit, quando verba de quorum declaratione agitur ſunt ambigua, & poſſunt in alterutram partem trahi; nam ſi verba clara eſſent, & eis declaratio repugnaret, diceretur potius nova diſpoſitio, & deſtructio prioris voluntatis & magis perimeret, quam exponeret, ad text. in cap. cum dilecti 18. de accuſation. D. Larrea d. decif. 32. à n. 54. Carpio de executoribus teſtament. lib. 2. cap. 5. per tot. D. Salgad. d. 2. p. cap. 30. §. 5. à n. 20. ad 25. Paul. Rubeus d. cap. 83. à n. 163. & interminis maioratus irrevocabilis, quod non poſſit

alterari prætectu declarationis factæ per institutorem ejus quando verba sunt clara *D. Castillo d. cap. 10. à n. 24. tom. 3. & tom. 6. cap. 182. à n. 36. ubi per tot. plura refert de viribus declarationis.*

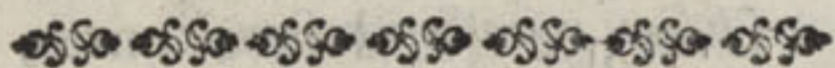
5 Unde cum maioratus institutus à patre in favorem filij & filiorum, vel descendendum ejus, sit maioratus regularis ad cujus successione[m] scemina[m] admittuntur exclusis masculis lineæ inferioris *L. 2. tit. 15. part. 2. D. Molin. lib. 3. cap. 4. ubi late Addent idemque procedat in vocatione consanguinei proximioris d. leg. 2. L. 27. & 45. Tauri D. Castillo lib. 5. contrav. cap. 93. §. 5. n. 16. & 17. & §. 21. multis relatis D. Vela dissert. jur. dissert. 49. n. 10. declaratio patris ex intervallo, quod invocatione filiorum descendentium, vel consanguineorum voluit dumtaxat comprehendere masculos, auferret sceminis jus quæsitum, & maioratum regularem, ad irregularem reduceret, quæ non esset declaratio, sed perversio prioris dispositionis contra d. leg. perfecta donatio, & doctrinas proxime relatas; de qua rediximus supra cap. 7. n. & seqq.*



C A P. LXXXVI.

De inclusionem, & exclusionem nepotum quando vocantur & includuntur filii, & an sub nomine filiorum contineantur nepotes, & de conjecturis, quæ pro comprehensionem nepotum solent considerari & in quibus casibus procedant, ut detur inclusio vel exclusio nepotum.

Hanc quæstionem proponit & resolvit *Joseph Altograd. contr. 97. & conf. 8. post contrav. de qua re late Nos late diximus tom. 1. ad varias quæstiones cap. 5. n. 640. & seqq.*



C A P. LXXXVII.

Semel exclusus quando perpetuo dicatur exclusus & semel inclusus & admissus quâdo perpetuo dicatur admissus & inclusus, licet deficiat causa admissionis, vel exclusionis, & an exclusus debeat alimentari à successore maioratus ad quem devoluta fuit maioratus successio!

S U M M A R I U M.

DD. qui agunt de materia. n. 1. Limitatur Molin. n. 14.

Indubio semper præsumitur potius exclusio temporalis quam perpetua. n. 2.

Exclusus semel non censetur exclusus perpetuo, sed de novo admitti potest cessante causa exclusionis. n. 3.

Exclusus à maioratu, non est exclusus ab alimentis, sed debet alimentari à successore. n. 4.

Maioratus successio potest deferri ei qui exclusus fuit mortuo eoque excludit absque descendibus. n. 5.

Facta vocatione naturalis sub conditione, vide n. 6.

Vocatus sub una conditione sub contraria

traria cenſetur exclusus. n. 9.

Sub conditione quæ non evenit, perinde eſt ac ſi vocatus non fuiſſet. n. 10.

Vocati ſubconditione negativa non ſunt admitendi niſi prius conſtet contrariam conditionem affirmativam adimpleri non poſſe. n. 11.

Semel exclusum perpetuo manet exclusum, quando ſcimus in exclusione ad tempus mortis relatæ, vel exclusionis cauſa ceſſet n. 12.

Exclusionis cauſa attenditur ſi alius vocatus inveniatur admiſſus. n. 13.

Illegitimus ſuccedit ex voluntate teſtatoris deficientibus conſanguineis vocatis, & non dum ſupreſt qui capax ſit familiam repreſentando. n. 15.

Vocati ſemper admittuntur, etiam ſi ſint remotioris linie & gradus n. 17.

Succeſſio maioratus quærit lineam ſequentem ſubſtitutam ultimo poſſeſſori, & vocato, non poteſt ſaltum facere retrogradum ad lineam primam poſt tergatam. n. 18.

Fœmina vocata indefectu maſculorum excludit omnes maſculos qui jam fuerunt a maioratu, & fideicommiſſo excluſi. n. 19.

DE hac, quæſtione agent Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. n. 22. & 23. & ibi Add. & Maldonad. ad lib. 3. cap. 10. n. 36. & idem Molin. d. cap. 10. n. 11. quos Ego ipſe refero forenſ. reſol. cap. 4. n. 37. Olea in add. noviff. ad tract. de ceſſ. jur. tit. 3. q. 4. pag. 47. 48. de qua re vide ad multa Molin. de primog. lib. 2. cap. 5. n. 72. & cap. 10. Caſtil. lib. 5. cap. 91. & cap. 143. §. unic. n. 15. & ſeqq. lib. 2. cap. 15. Vela diſſert. 49. n. 37. Cyriac. forenſ. contr. 174. 223. 283. Barb. vot. 126. n. 137. & 141. Geurb. de feud. §. 2. gloſſ. 6.

n. 11. & dicunt alij citati ſupra tom. 1. cap. 8. & cap. 10. n. & ſeqq. Buſar q. 484. n. 27. 43. Gratian. cap. 218. n. 84. & 85. & cap. 695. n. 17. & 18. Luca de fideicommiſſ. diſc. 40. & 49.

Et cum indubio ſemper præſumatur potius exclusio temporalis quam perpetua ut inquit Molin. lib. 1. cap. 6. n. 23. & lib. 3. cap. 5. n. 72. Caſtil. lib. 5. cap. 91. Vela diſc. n. 37. Geurb. de feud. §. 2. gloſſ. 6. n. 11. Aug. Barb. vot. 126. n. 137. & 141. Cyriac. d. contr. 174. n. 223. & 283. Aquil. ad Roxas de incomp. maior. p. 1. cap. 2. n. 13.

Exclusus ſemel non cenſetur exclusus perpetuo ſed de novo admitti poteſt ceſſante cauſa exclusionis, & deficientibus omnibus conſanguineis ne maioratus extingatur Caſtil. tom. 6. contr. cap. 143. §. unic. n. 22. in medio & lib. 5. cap. 91. n. 71. & exclusus ex uno capite ex alio poteſt admitti, ut jam diximus ſupra & tom. 2. de maior. cap. 10. n. 768. & tenet Menoch. conſ. 197. n. 75. conſ. 200. n. 10. & ſeqq. Aquila ad Roxas in add. ad 1. p. cap. 8. n. 3. 5. & n. 9. quod exclusus ſemel non cenſetur perpetuo exclusus ſed durante cauſa Geurb. de feud. §. 2. gloſſ. 10. n. 29. in fine & gloſſ. 6. n. 11. ex Florez. ad Gam. dec. 27. alias 37. Caſtil. lib. 5. cap. 91. n. 60. & ſeqq. & cap. 92. n. 58. & cap. 43. §. unic. n. 15. & 16. Pereir. de jur. ind. lib. 2. cap. 19. n. 34. & idem Aquila ad p. 8. cap. 10. n. 26. & p. 2. cap. 6. n. 9. quod exclusus à maioratu non eſt exclusus ab alimenta, ſed debet alimentari à ſucceſſore, ex Surd. de aliment. tit. 1. q. 58. n. 4. tit. 8. privil. 33. n. 4. Caſtil. de alim. cap. 37. n. 16. & 26. Boſſ. de alim. oblig. cap. 7. n. 278.

Quid autem dicendum ſit quando aliquis excluditur naturalis vel vocatur ea conditione adhibita, ſi

Petrus

Petrus non vivat tempore mortis Francisci & si supervivat succedat Antonius; an mortuo Petro qui successione habuit absque filio, succedat Antonius vocatus tertio loco, vel debeat admitti primus vocatus ex eo quia cesset causa exclusionis cum Petri obitum & censeri non debet perpetuo exclusus ut diximus sed suspensus donec duraverit persona, quæ ipsum excludit, eo autem absque descendensibus mortuo, poterit ei qui semel exclusus fuit ejus maioratus successio deferri, ex dictis à *Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. n. 22. vers. hac autem regula & ibi Add. & lib. 3. cap. 5. n. 72. ut probat textus in L. 3. ff. de usufr. accresc. ibi: adeam enim partem redire debet, à qua initio divisus est L. 2. §. si mater 20. & §. fin. ff. ad Tertil. Castil. tom. 6. contr. cap. 143. §. unic. n. 16. & vers. hactenus Bart. in L. fin. §. 1. n. 2. ff. ad tertilim Peregr. de fideicomiss. art. 27. n. 24. vers. eadem Castil. tom. 6. cap. 19. n. 82. circa finem vers. limitatur & tom. 6. cap. 143. §. unic. n. 10. 16. & 22. Menoch. cons. 220. n. 51. & Nos diximus tom. 2. cap. 20. n. 138. & 6 cap. 10. n. 775. & n. 779.*

Sed his non obstantibus, videtur contrarium tenendum quia facta vocatione naturalis subconditione si Petrus non vivat, vivo eo et supervivente tempore mortis Francisci defecit vocatio subqua naturalis fuit vocatus, & remanet exclusus, ita ut non possit succedere post Petri obitum sed erit locus vocationi Antonii tertio loco vocati ut multis citatis tradit interminis *Cassanat cons. 36. n. 41. & seqq. Menoch. cons. 106. n. 292. & cons. 399. num. 16. & 17. Gabriel cons. 117. n. 3. Honded. cons. 49. n. 64. lib. 2. Fusar. cons. 64. per 7 tot. & n. 20. & seqq.*

Et si ille naturalis ex juris disposi-

tionem erat excludendus ut diximus c. 20. tom. 2. vocatus fuisset si non viveret Petrus solum in hoc casu dicitur vocatus et extra illum non potest succedere ut multis diximus tom. 2. cap. 19. n. 57. *Aquil. ad Roxas p. 1. cap. 6. n. 112. Molin. lib. 3. de primog. cap. 5. n. 55. Peregr. de fideicomiss. art. 25. n. 45. Mier. de maior. 2. p. q. 4. illat 8. n. 15. & q. 6. n. 67. Fontanel. dec. 584. n. 26. lar. dec. 54. n. 17. & seqq.* quia uno casu vocatus in aliis videtur exclusus ex regul. *alimenta §. basilica ff. alim. leg.*

Unde cum tempore mortis Francisci superviveret Petrus et eo supervivente decesserit prorsus defecit vocatio prioris ut multis resolvit *Cassanat cons. 4. n. 8. & seqq. & probat text. in L. in substitutione 31 ff. de vulgar.*

Et vocatus sub una conditione sub contraria censetur exclusus *Torr. de maior. 2. p. q. 8. n. 27. & n. 28.* quod vocatus subconditione quæ non evenit perinde est ac si vocatus non fuisset & q. 16. n. 124. quod deficiente conditione defecit etiam vocatio et ibi multos allegat et vocati subconditione negativa, non sunt admittendi nisi prius constet, contrariam conditionem affirmativam adimpleri non posse ex *Molin. de primog. lib. 3. cap. 10. n. 16. Molino resol. 120. n. 49.* et de hac conditionali vocatione quod non adimpleta cesset late *Idem Torre 3. p. dec. 62. n. 5. & seqq. & per tot.*

Et ita succedit regula quæ proposuimus, et vulgo traditur semel exclusum perpetuo manere exclusum, quando sumus in exclusionem ad tempus mortis relata licet exclusionis causa cesset ut tenent multi apud *Cassanat consult. 4. n. 110. & seqq. Torre de maior. p. 2. q. 6. n. 31. & 3. p. cons. post dec. 62. n. 25. optime Altograd. tom. 1. cons. 96. n. 54.*

& feqq. & 2. tom. conf. 13. n. 34. & feqq.

13 Et ita exclusionis caufa attenditur, fi alius vocatus in veniatur et admiffus *Menoch. conf. 200. n. 10. & feqq. Castil. lib. 5. cap. 91. n. 71. Roxas de incomp. p. 4. cap. 6. n. 40. & ibi remiffive Aquil. in add. n. 42. & quare p. 1. cap. 6. diximus cum multis tom. 2. de maior. cap. 10. n. 768. pag. 437. num. 113. Altograd. tom. 2. conf. 92. n. 20. & feqq.*

14 Neque obftant quæ in principio diximus ex *Molin.* quia procedunt non folum ceffante caufa exclusionis, fed deficientibus omnibus defcendentibus vocatis ne maioratus extingatur *Menoch. conf. 197. d. n. 75. & conf. 200. n. 10. & feqq. Aquil. ad Roxas p. 1. cap. 8. n. 3. & 5.*

15 et illigimos dicendum eft succedere ex voluntate testatoris deficientibus confanguineis vocatis, et non dum fuperfit aliquis quifit capax familiam representandi ut multis tenet *Aquil. ad Roxas de incomp. maior. p. 1. cap. 6. n. 117. & feqq.*

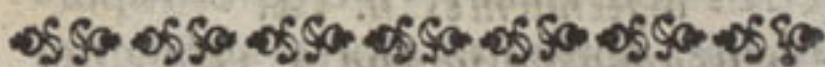
16 Et cum exiftat vocatus tertio loco, non potest primus exclusus propter fuperviventiam Petri admitti primo loco vocatus, et exclusus fi Francifcus dicefferit fupervivente Petro et ita ceffant difputationes data

17 fpeciali vocatione, nam vocati femper admittuntur, etiam fi fint remotioris linæ et gradus, nec regula linearum et graduum attenditur quando fpecialis vocatio eft clara et testatoris voluntas id ex poftulat *Torre de maioratib. cap. 14. n. 8.*

18 Et cum exclusio primi vocati fuiffet fimpliciter facta fuit vocatus fi Petrus non viveret, et non temporaliter femel exclusus cenfetur perpetuo exclusus ex diftinctione eufdem *Molin. ad fin. d. num.* et ceffat ratio perpetuitatis, quia ifta continuatur in tertio vocato, et maiora-

tus non finitur ut fundavit *Molin. d. verf.* Hæc in verbis propter eorum naturam et perpetuitatem prout etiam profiterentur *Addent. d. n. 22.*

Et cum fucceffio maioratus quæ- 18 rat lineam fequentem fubftitutam ultimo poffeffori, & vocato, non potest faltum facere retro gradum ad lineam primam poftergatam *Bald. conf. 200. num. 2. vol. 5. verf. non refpicit retro ad gradum deftitutum & caducum Tiraq de primog. q. 10. n. 21. Cald. de renov. q. 5. n. 21. ubi expluribus refolvit, fæmi- 19 nam vocatam indefectum mafculorum excludere omnes mafculos, qui jam fuerunt à maioratu, & fideicomiffo exclusi Palatin. repet rubric. § 69. n. 32. Menchac fucceff. creat lib. 3. §. 27. n. 9. Gregor. Lop. L. 3. tit. 13. part. 6. gloff. verb. mugeres pag. 89. verf. an autem Mier. de maior. 2. p. q. 6. n. 49. & 50. in anti- qua impres. Burg. conf. 29. n. 50. in fpecie Angulo in L. 11. tit. 6. lib. 5. recop. gloff. 9. n. 5. Castil. lib. 5. contr. cap. 91. n. 72. & Nos diximus cap. 10. n. 766. 767. & feqq. & redintregatio fucceffionis maioratus eft exclusa & prohibita *Mier. de maior. 2. p. q. 6. n. 49. Castil. lib. 5. cap. 91. n. 63. Add. ad Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. n. 72.**



C A P. LXXXVIII.

Patre aut matre exclusis tam quam a radice infecta derivatis, an & quando cenfentur quoque exclusi omnes illius defcendentes, vel ex propria perfona dicantur inclusi.

SUM.

SUMMARIUM.

In casu contraventionis DD. qui agunt. n. 1.

Primus vocatus, magis dilectus presumitur. n. 3.

Et si deficiat prædilectio ad exclusionem interpretationem dicendum est quod regulariter excluso patre, aut matre à maioratu omnes ab eo descendentes in infinitum exclusi sunt. n. 4.

Loquendo in exclusionem ratione incompatibilitatis quis agat. n. 5.

Interminis exclusionis filii illegitimi quod excludi debeant filii etiam legitimi. n. 6.

Contrarium. n. 7.

In maioratu agnationis in quo excluditur fœmina, manent ejus exclusi descendentes. n. 8.

Exclusa matre propter agnationem, & sexum, excluduntur etiam masculi ejus descendentes, & ex propria persona non possunt succedere. n. 9. & 11.

Si filius fœminæ non habet propriam vocationem, absurdum est illum admittere, quando mater propter sexum est exclusa. n. 10.

Duo possunt evenire casus de exclusionem matris, vel est de exclusionem perpetua vel temporali. n. 13.

In primo non admittuntur filii & ejus descendentes. n. 14.

In secundo ita quidem. n. 15.

In qualibet exclusionem inspicienda est causa quæ movet fundatorem. n. 16.

Idem est in filio excluso ab alienationem, aut contraventionem. n. 17.

Idem si ab aliquo delictum mater, vel primus successor fuit exclusus. n. 18.

Idem in filiis matris exclusæ quæ nupsit extra familiam. n. 19.

Idem in maioratu masculinitatis, in

quo filius ex propria persona succedit. n. 20.

In his casibus, & similia cessant principia quibus DD. fundantur. n. 21.

DE hac materia late dictum est tom. 1. hujus tract. cap. & cap. & agunt DD. citati n. 1. cap. antecedentis 87. Urseol cons. forens. cap. 57. n. 12. & 26. eleganter in casu contraventionis & incompatibilitatis me citato forens. cap. 4. Add. Oleæ decess. jur. tit. 3. q. 4. pag. 44. 45. 46. 47. 48. & 49. & diximus supra cap.

Et maxime procedit si pater aut mater erat prædilectus, quia tunc succedunt ex propria persona & videntur prædilecti ejus descendentes Molin. lib. 3. cap. 5. n. 53. Mier. de maior. 2. p. in initio n. 366. Castil. lib. 3. cap. 15. n. 84. & lib. 5. cap. 92. n. 59. & 60. Fontanel. dec. 35. n. 15. Larrea dec. 54. n. 7. Pereir. de jur. ind. lib. 2. cap. 8. n. 19. ubi primum vocatum magis dilectum præsumi probat Aylon ad Gom. lib. 1. var. cap. 12. n. 20. optime Solorz. in politic. d. ind. lib. 3. cap. 24. pag. 410.

Et si deficiat prædilectio ad exclusionem interpretationem dicendum est quod regulariter excluso patre, aut matre à maioratu omnes ab eo descendentes in infinitum exclusi censentur L. cui fundus 56. ff. cond. & demonstr. ibi: & omnis numerus eorum, qui in locum ejus substituuntur pro singulari persona est habendus L. denique 4. ff. in just. rupt. irritiq. facto testam. ibi: gradu enim rupto amplius hæreditas inde obtineri non potest. Menoch. cons. 172. n. 31. & 32. & cons. 318. n. 25. & 26. Molin. lib. 3. cap. 7. n. 2. Burg. de Paz. q. 3. n. 15. Mier. 2. p. q. 2. num. 85. Robles de repr. es. lib.

lib. 2. cap. 6. n. 4. in fine alios laudat
Lar. dec. 51. n. 18.

Et loquendo in excluſione ratio-
ne incompatibilitatis tradit Larrea
dec. 51. ubi n. 16. iudicatum refert
Roxas de incomp. maior. 4. p. cap. 1.
n. 87. Caſtil. cap. 181. n. 8. & 9.

6 Et interminis excluſionis filii illi-
gitimi quod excluſi debeant filii
etiam legitimi & non poſſe ſuccedere
ex propria perſona defendunt Man-
tic. de conj. tur. lib. 11. tit. 12. n.
33. & ſeqq. Mier. de maior. 2. p. q.
2. n. 83. Gracia de benef. tom. 2. p.
7. cap. 15. n. 45. & 50. Caſtil. lib.
5. centur. cap. 103. num. 16. & 25.
Surd. conf. 85. n. 11. Rox. de incomp.
maior. p. 1. cap. 6. num. Cyriac. contr.
8. & 9.

7 Licet contrarium teneat Caſtil.
lib. 3. cap. 15. n. 59. & 60. & lib.
5. cap. 161. num. 10. verſ. præterea
Menoch. conf. 802. n. 51. Add. ad
Molin. lib. 3. cap. 5. n. 41. uſque ad
43. verſ. & Authoris conclusio Bart.
conf. 118. lib. 1. Cephal. conf. 103.
n. 1. lib. 3. Torniol. conf. 83. n. 17.
Grac. d. cap. 15. num. 53. Caſſanat.
conf. 8. n. 19. Larrea dec. 34. n. 34.
Aug. Barb. in L. unic. cod. nat. liber.
Beccius conf. 138. n. 29. Mart. conf.
36. n. 31. & de ſucceſſ. leg. p. 1. q. 1.
art. 3. n. 5. Peregrin. de fidei omiſſ.
art. 26. num. 6. Paleot. de noth. cap.
53.

8 Et in maioratu agnationis, & in
quo excluſitur ſcæmina manent etiã
excluſi ejus descendentes maxime
ſi vocetur descendens ex linea ma-
ſculina Ord. lib. 2. tit. 35. §. 14. quæ
approbat juris communis diſpoſitio-
nem ſecundum quam excluſa matre
9 propter agnationem aut ſexum ex-
cluduntur etiam maſculi ejus de-
ſcendentes & ex propria perſona non
poſſunt ſuccedere ut tenet Bart. in
L. 2. §. videndum in fin. ff. ad Sena-
tum conf. Trebel. et in L. liberorum

Pars III.

n. 141. ff. verbor. ſignif. ſequutus d
Barb. lib. 1. vot. 3. n. 13. verſ. pri-
mo quia & lib. 2. vot. 70. n. 12. et
ſeqq. Menoch. conf. 205. n. 20. Mo-
lin. de ritu nuptiar. lib. 3. q. 24. n.
193. Cald. de revocat. q. 24. n. 85.
et ſeqq. Valasc. de jure emphyt. q. 41.
n. 5. et ſeqq. Souſ. in L. ſcæminæ. n.
41. Robles de repræſent. lib. 2. cap.
16. n. 42. Surd. conf. 316. n. 7. et
conf. 373. n. 17. Molin. de primogen.
lib. 3. cap. 5. n. 41. Peregrin. de fi-
deicom. art. 27. n. 18. et 19. Caſſa-
nat. conf. 47. num. 1. Gratian. cap.
621. n. 3. et cap. 999. n. 2. Pereir.
dec. 59. n. 5. Larrea dec. 34. n. 7. et
23. et dec. 51. n. 2. et 13. Noguero.
alleg. 23. n. 155. Fuſar. q. 347. n.
42. Cyriac. contr. 8. num. 17. 19.
118. et ſeqq. et contr. 9. Vela diſſert.
46. n. 58. et ſeqq. Caſtil. cap. 143.
§. unic. n. 12. Valenſ. conf. 40. num.
27. et conf. 113. num. 23. et ſeqq. de
qua re vide Roſa conf. 69.

Et ſi filius ſcæminæ non habeat
10 propriam vocationem, abſurdum eſt
illum admittere, quando mater pro-
pter ſexum eſt excluſa Tomat. dec.
158. Menoch. 158. n. 11. et conf.
530. n. 27. Surd. dec. 319. n. 11. q.
404. n. 5. et q. 468. Ramon. conf.
15. n. 52.

Et maxime ſi ſint vocati descen-
11 dentes ex linea maſculina, tunc
enim ex ſcæmina descendens non ad-
mittitur ex propria perſona, nec di-
citur de linea maſculina, prout mul-
tis citatis teſtatur Tomat. dec. 158.
n. 3. Gratian. cap. 901. Fuſar. conf.
192. n. 29. et 30. et q. 346. n. 12.
& 31. & q. 34. 7. n. 32. & q. 385.
n. 28. Andreol. contr. 251. n. 3. &
contr. 344. n. 23. Tanagl. de ſa-
cro Auditor. lib. 1. cap. 6. dec. 17. per
tot. Durand. dec. 300. Rovit. conf.
16. Mellius poſt obſerv. forenſ. dec.
50. & n. 8. Barbos. ubi ſup. Joſeph.
Vella diſſert. 49. n. 55. Belon Jun.

Rit

tom.

tom. 1. cons. 73. n. 3. *Castilh. cap. 131. n. 3. & 4. 133 n. 13 Valens. cons. 40. n. 24. & seqq. & cons. 113. n. 14. 18. & 57. & per tot. Mandel de Alba cons. 366. num. 11. Altograd. 2. tom. cons. 80. n. 81. & 84. Cald. & Valasc. ubi sup. Molin. lib. 3. cap. 5. n. 55. & ibi Addent. barrea dec. 54. num. 17. & late exornavimus supra cap.*

- 12 Et loquendo in exclusionem facta ob odium & in micitiam tradit *Roxas de incompat. 1. p. cap. 2. 3. & 4. & ibi doctissimus Aquila in addit. n. 56. & seqq. Me citato in commentar. ad Ord. tom. 1. ad proem. gloss. 53. num. 13.*

- 13 Et sunt regulæ generales & in illis mihi videtur advertendum esse quod in matris exclusionem, & filiorum ejus, ex voluntate fundatoris alicujus maioratus duo possunt evenire casus: aut enim agitur de exclusionem perpetua matris, aut temporalis primo casu cum perpetua matris infertur exclusio à fundatore maioratus, eam simpliciter & absolute excludente, dubium non est quin exclusa matre excludantur ejus filii & descendentes, ut tenet *Avendan. Curtius, Gregor. Cost. Peregr. Valasc. Pereir. Ravedens. quos refert. Castilh. lib. 3. cap. 3. quotid. cap. 15. n. 76. Gratian. forens. cap. 5. per tot. ubi multos refert additio novissima.*

- 15 In secundo autem casu de exclusionem temporali matris sive aidentaria, filius etiam viva matre admittitur, in his quæ differtissime disputat, & resolvit *Mantic. de conjectur. lib. 8. tit. 18. n. 49. & 72. Menoch. cons. 172. n. 18. Castilh. d. cap. 15. n. 73.*

- 16 Et cum in qualibet exclusionem à successione maioratus inspicienda, & attendenda sit causa, quæ movet fundatorem ad eam inducendam

cessante ea, cessare debet exclusio, ut diximus *cap. antecedenti*; unde est, ut cessante ratione matrem excludente admittatur ejus filius, ut patet exemplum in exclusionem filii primo loco vocati, quando est surdus, aut mutus, aut habet alium defectum similem in qua admittitur ejus filius, vel quicumque sequens ingradu ex his quæ de sententia *Bald. & aliorum tenet Molin. lib. 1. cap. 13. n. 35.*

Idem est in filio excluso ob alienationem aut contraventionem contra tenorem fundationis, ut late diximus supra & tenet *Mier. de maioratu 2. p. q. 4. n. 22. & 4. p. q. 19. n. 25. Molin. lib. 4. cap. 1. n. 12.*

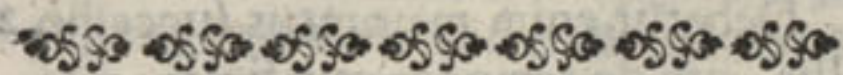
Idem si ob aliquod delictum mater, vel primus successor fuisset exclusus, ut ex *Molin. Mier. & aliis tenet Castilh. d. cap. 15. n. 56. Thesaur. lib. 1. q. 34. n. 18.*

Idem in filiis matris exclusæ, quæ nupsit extra familiam, ad tradita per *Molin. lib. 1. cap. 6. n. 22. & lib. 3. cap. 5. n. 72. Rosental. defed. concl. 44. Thesaur. d. q. 34. n. 17.*

Idem etiam dicendum est in maioratu masculinitatis in quo filius expropria persona succedit exclusa matre ut late diximus supra *tom. 2. cap. 16.*

In his casibus & similibus cessant stricta illa dictæria, in quibus fundatur DD. contrariam partem sectantes: media persona, quæ non potest succedere, impedit filium ne succedat *Menoch. late cons. 172. n. 3. & succissa vena deficit cursus vel fluxus L. flumina §. final ff. de damno infect. & nisi in capite initium summa linea non potest ulterius produci L. quacumque gerimus ff. de obligat. & action. & medium vitiosum in materia successione impedire transitum ad extrema *Bald. in L. maximum vitium Cod. de liber. præterit,**

terit, & ſucceſſio non debet fieri per ſaltum, ut ex eodem Bald. notat
 22 *Surd. conf. 85. n. 10.* nam hæc omnia & conſimilia locum non habent ceſſante in filio cauſa, ob quam mater, aut pater excluditur, ut diximus ſupra & totum pendet à voluntate inſtitutoris ſecundum quam cenſentur vel non excluſi filii, aut deſcendentes, vel ex propria perſona incluſi, licet pater aut mater ſint excluſi, & illi à radice infecta procreati.



C A P. LXXXIX.

De incluſione, & excluſione ex repetitione qualitatum, & an præſumantur repetitæ in aliis vocationibus ſubſtitutionibus, diverſis & diſtinctis, & quando ex hac repetitione, vel non repetitione detur incluſio, vel excluſio, & an gravamen quaſitum in una linea aut vocatione cenſetur repetitum in alia.

S U M M A R I U M.

Vocatus ad maioratum ſufficit habere qualitates ab inſtitutore requiſitas de tempore de latæ ſucceſſionis. n. 1.

Maioratus ſucceſſio debetur illis qui de tempore puriſcati maioratus habent qualitates ab inſtitutore requiſitas. n. 2.

Qualitas in uno gradu ſubſtitutionum appoſita; non cenſetur in cæteris gradibus diſtinctis re-
 Pars III,

petita. num. 3. 4.

Ad repetitionem qualitatis de una oratione ad aliam duo concurrere debent. n. 5.

Quare in facultate nominandi, & eligendi regulariter non datur petitio. n. 8.

Cum verba in ſolam perſonam dirigantur, & aliud expreſſum non ſit nequaquam induci, ne repeti poteſt qualitas ſucceſſionis ad diverſam perſonam. n. 9.

Subſtitutio ultra caſum expreſſum a teſtatore trahi non debet n. 10. nec diſpoſitio debet contra regularem diſpoſitionem repeti ibidem.

DD. in terminis repetitionis qualitatis mascula nititis. n. 11.

Et qundo in maioratibus. n. 12.

Præcedentia in ſequentibus nunquam cenſetur repetita. n. 13.

Repetio eſt neceſſaria ad conſervationem perpetuam maioratus. n. 14.

Repetio masculanitates nunquam inducetur niſi ubi expreſſa fuerit. n. 15.

Si inſundatione alicujus maioratus in aliqua clauſula vocatur tantum masculus, cum præferentia feminis, & jam proximioribus, repetitio eſtius masculanitates quod fieri poſſit venit vitanda id cæteris clauſulis. n. 17.

Qualitatis non neceſſariæ non fit repetitio ubi ſola, proveniens ex natura diſpoſitionis inducit repetitionem. n. 18.

Quod dictum eſt procedit in variis caſibus notatis per DD. n. 20.

Primus in maioratu æque principaliter erecto amarte, & uxore n. 21.

Secundus quando fundator in aliqua parte fundationis vocat. feminas. n. 22.

Tertius quando fundatori in aliqua

parte substituit masculos, in alia vero de illis mentionem non fuit. n. 23.

Quartus quando fundator post masculos specialiter vocatus sequentes de genere nomine masculorum omisso ad suum maioratum vitavit. n. 24.

Causa a quibus omnis tacita repetitio procedit. n. 27.

Quo in casu non censetur repetita. n. 29.

Qui habent vocationem absolutam succedunt absque onere, conditione aut gravamine posito invocatione particulari. n. 30.

L. coheredi 41. §. qui patr. ff. de vulgar. explanatur. n. 31.

In materia repetitionis quando orationes sunt diversae, & separate & jam si esset identitas rerum, & personarum qualitas expressa in uno capitulo non censentur repetita in alio. n. 32.

Gravamen positum in secundo gradu non extenditur ad primum, nec contra. n. 33.

Contraria sententia quae resolvit repetitionem concedendam esse ex juris dispositione. n. 34.

In facultate nominandi, data in primo censetur repetita in aliis sequentibus successoribus. n. 35.

Loquendo in conditionibus & gravamine positus in uno gradu intelliguntur repetita in ceteris. n. 36.

In qualitate legitimatis posita in prima parte institutionis quod censeatur repetita in omnibus clausulis. n. 38.

In qualitatibus extra ordinariis censeantur repetita in sequentibus clausulis. n. 39.

In qualitate masculanitates apposita in prima substitutione intelligitur repetita in secunda, & aliis n. 40.

Concordatio oppinionum. n. 42.
Appendix in materia repetitionis masculanitates. n. 43.

Vocatus ad maioratum sufficit habere qualitates ab institutore requisitas de tempore delatae successionis L. ex facto §. si quis autem ff. ad senat. cons. Trebel. Fusar. q. 409. n. 20. Giovagn. cons. 59. sub n. 57. vers. quarto lib. 1. Altograd. cons. 93. n. 30. & 31. lib. 2. Castil. lib. 5. contr. cap. 90. n. 21. Urseol. contr. forens. cap. 57. n. 23. & 24.

Debetur enim maioratus successio illis, qui de tempore purificati, maioratus, aut fideicomissi habent qualitates ab institutore exigitas L. praetor ait §. docere ff. de vobner rapr. cum aliis Otthobono dec. Rot. 244. n. 2. Urseol. d. cap. 57. n. 25.

Et qualitas in uno gradu substitutionum apposita non censetur in ceteris gradibus distinctis repetita; imo censetur consulto omissa Surd. cons. 200. n. 26. Otthobon. dec. 252. n. 8. Urseol. d. cap. 57. n. 30.

Repetitio enim qualitatium non praesumitur in aliis substitutionibus diversis, & distinctis gradibus & personis, ab illa prima & antecedenti substitutione qualificata Giovagn. cons. 21. n. 59. & 61. lib. 1. Noguero. alleg. 23. n. 40. & seqq. Hodiern. forens. cap. 33. n. 24. & 25. Otthobon. dec. 252. n. 7. & dec. 265. n. 17. Urseol. d. cap. 57. n. 31.

Ad repetitionem enim qualitatis de una oratione duo concurrere debent, nempe quod secunda oratio sit imperfecta, & quod continuetur perditionem continuativam, vel repetitivam text. est in L. in repetendis ff. de legat. 3. & ibi: Bartol. magistraliter explicat, & illum sequuntur omnes in d. L. Cephal. cons. 436. n. 7. vol. 3. probat. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. n. 59. vers. locus autem si in

in diversis orationibus repetitio fieri prætendatur.

- 6 Maxime quando non militat eadem ratio *Octobon. dec. 252. n. 10. & seqq. Urseol. d. cap. 57. n. 32.*
- 7 Et fuerit substitutio facta de transversalibus, & longiori gradu distinctis, & in diversis orationibus *Geovanon. d. cons. 21. n. 73. lib. 1. Urseol. d. cap. 57. n. 33.*
- 8 Quare in facultate nominandi & eligendi regulariter non datur repetitio, quia facultas factum personalissimum faciat *L. unum ex famil. §. rogo L. cum pater §. heredit. ff. de legat. 2. L. ex facto §. si quis rogat. ff. ad Trebel. Cost. in §. & quid si tantum 2. p. n. 14. cum seqq. & lib. 2. selectar. cap. 24. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. n. 62. Mier. de maiorat. 1. p. q. 8. n. 48. & alibi dicemus.*
- 9 Et cum verba in solam personam dirigantur, & aliud expressum non sit, nequaquam induci, nec repeti potest qualitas successionis ad diversam orationem *L. cum personas Cod. transact. Gom. 2. tom. variar. cap. 11. n. 42.*
- 10 Et ita substitutio ultra casum expressum à testatore trahi non debet, nec dispositio debet contra regularem successionem, repeti, nec extendi adversus regulas ordinarias & dispositionem juris communis, sed debet restringi ad dispositionem expressam *L. final §. Seya ff. de legat. 2. L. filium fam. ff. quando dies legat. cedat. L. legatum 24. ff. de adimend. legat. L. sub conditione ff. de hered. instituend. L. quæ conditio ff. condit. & demonstrat. Cavalcan. dec. 5. n. 14. Alciat. cons. 96. n. 2. Ruin. cons. 93. n. 4. & cons. 114. n. 17.*
- 11 Et in terminis repetitionis qualitatis masculinitatis ad hoc ut non præcedat masculus alterius lineæ in præjudicium cursus, & successionis regularis defendant contra *Abbat.*

cons. 36. col. fin. Antecignan. Annan. in celebri cons. 22. col. 11. sequuntur Jason. cons. 34. col. 4. lib. 3. Socin. junior. cons. 23. et cons. 29. n. 12. et cons. 100. n. 20. et cons. 202. col. 6. et cons. 128. n. 233. lib. 1. et cons. 138. lib. 2. Ancharr. cons. 220. Farinac. dec. 485. n. 3. vers. præterea, et in collectan. dec. 354. p. 2. et cons. 484. Pedroch. cons. 5. n. 63. & 165. Reminal. cons. 59. n. 59. et cons. 80. n. 21. Cephal. cons. 68. n. 16. et cons. 527. n. 20. Marsar. cons. 8. n. 12.

Et loquendo in maioratibus *Me-¹²noch. cons. 6. n. 46. & cons. 82. cons. 86. et 97. cons. 926. Castilb. lib. 2. cap. 4. et n. 141. Burg. de Paz in proem legum Taur. n. 37. et n. 128. Gracia de nobilit. in divisione operis n. 43. Alvarad. de conjecturata mente defuncti lib. 2. cap. 3 §. 4. n. 24. et 28. Gutter. cons. 13. Molin. lib. 3. cap. 5. n. 56. vers. sed¹³ quamvis, et n. 57. ubi quod nunquam præcedentia in sequentibus censetur repetita, quando agitur de repetenda qualitate adversus dispositionem juris communis, & est videndus *Castilb. lib. 5. cap. 117. n. 30. et 31. ubi ex Molin. sic ait, quod quamvis omnium conditionum, quæ ad perpetuitatem necessariae sunt, repetitio facienda sit, hæc tamen masculinitatis repetitio ad perpetuitatem maioratus necessaria non est, cum possit maioratus tam in fœminis, quam in masculis perpetuus esse, & hæc masculinitatis repetitio, ut fœmina proximioris gradus excludatur, sit quodammodo adversus maioratus naturam, ex quo consequitur non esse in maioratibus masculinitatis repetitionem faciendam, ea ratione ut maioratus perpetuitas conservetur, sed ex eo quod ejusdem institutor agnationem etiam contra maioratum communes regulas conservare voluerit, & ex eo deducitur, quod quamvis conditio, si**

fine

sine liberis, apposita primo hæredi, censetur repetita in omnibus
 14 lineis, gradibus, & personis, quia repetitio est necessaria ad conservationem perpetuam maioratus, ut per *Molin. lib. 1. cap. 6. n. 18.* conditio tamen qualificata, si decesserit sine filiis masculis, non est repetenda, quia non est necessaria ad confirmationem, & perpetuitatem maioratus, & apponitur, dum taxat, ad graduandam successionem, & dandam prælationem masculis contra fœminas, vel alia, ut per *Molin. lib. 3. cap. 5. n. 18. 19. 20. & 26. Gam. dec. 354. ubi ejus Additio- nator n. 5.*

15 Et sane ab is fit, quod repetitio masculinitatis nunquam inducatur, nisi ubi expressa fuerit, ut ex *Anania conf. 22. notat Greg. Lop. in L. 3. tit. 13. part. 6. Garcia de nobilit. gloss. 9. n. 49.* maxime ad exclusionem fœminarum *Molin. lib. 3. cap. 5. n. 57. Castilb. lib. 2. cap. 4. n. 103 & seqq.*

16 Et plures hujus resolutionis prosequutus fuit *Molin. lib. 3. de ritu nuptiar. q. 24. n. 71. usque ad 217.* omnino videndus, ubi mille rationibus comprobat, & exornat.

17 Et ab istis sub infertur, quod si in fundatione alicujus maioratus in aliqua clausula vocatur tantum masculus cum præferentia fœminis etiam proximioribus repetitio istius masculinitatis quo ad fieri possit, venit vitanda in cæteris clausulis, & vocationibus *Ruin. conf. 181. n. 8. vers. non obstat alia conjectura Cephal. conf. 710. n. 13. & 14. lib. 5.*

18 ubi eleganter notat non fieri repetitionem qualitatis non necessariæ, ubi sola necessitas proveniens ex natura dispositionis inducit repetitionem *Surd. conf. 403. n. 18. & 21. lib. 2. Menoch. conf. 200. n. 14. & conf. 793. n. 26. Gam. decis. 354. n. 4. 5. 8. & 9. Molin. d. cap. 6. n. 26.*

& ibi aditio *Becc. conf. 221. n. 22. vol. 2. Beltran. ad Ludovis. super decis. 514. Castil. d. cap. 4. & 117. ex n. 30.*

Et ratio hujus resolutionis nata 19 est ex odio quod in se habet repetitio masculinitatis, & ideo non admititur nisi in casu expresso juxta tradita à *Molino d. q. 24. n. 72.* ut inde cesset omnino in casu omisso: cum facile fuisse testatori iterum qualitatem masculinitatis repetere si voluisset, quod cum fuerit, pro omissa habet *Peregrin. de fideicom. art. 25. n. 28. ubi judicatum, Molino d. q. 24. n. 78. & n. 115. qui ex n. 116. hoc ipsum admittit, etiam si in aliquibus casibus masculinitatis repetitio facta fuerit, nam adhuc firmiter tenet, de expressis ad alios extensionem fieri non debere.*

Quod dictum est, procedit sine 20 dubio in variis casibus notatis per DD. & primus est in maioratu æque 21 principaliter erecto à marito & uxore, in quo attenda fœmina fundatrice exclusio fœminarum, & repetitio masculinitatis difficillus inducitur, ut late probat *Molin. d. q. 24. n. 166. usque ad 180.*

Secundus casus, est quando fun- 22 dator in aliqua parte fundationis maioratus vocat fœminas tunc enim vix est, ut in aliquo casu nisi expressissimam masculinitatis amplectam repetitionem *Molin. lib. 3. cap. 5. n. 50. & Molino d. q. 24. n. 143.*

Tertius casus erit, quando fun- 23 dator in aliqua parte substituit masculos, in alia vero de illis mentionem non fuit, & sane in eo extra omnem controversiam repetitio masculinitatis non datur *Molino d. q. 24. n. 179.*

Quartus casus est, quando fun- 24 dator post masculos specialiter vocatos sequentes de genere nomine masculorum omisso ad suum maioratum

- ratum vitavit, quo caſu ceſſat omnino repetitio maſculanitatſ ex *Molino d. q. 24. n. 109 & n. 182. & ſeqq.* aſſerit admittendam fore hanc reſolutionem etiam caſu, quo maioratus inſtitutus eſſet ad conſervationem memoriae, vel familiae inſtituentis, quia etiam conſervatur per ſæminas ut diximus *tom. 1. cap. 2. & n. 191. & 192.* firmat procedere etiam quando potuit gravamen nominis, & armorum.
- 25 Sit ergo firma regula ſemper admittenda vel repuenda repetitione maſculanitatſ, quod tunc tantum veniat admittenda, quando ſumus in claris, apertis, & expreſſis, aut in relatione omnium præcedentium univerſim, & præciſe reſpiciente juxta varia exempla perpenſa à *Molino d. q. 24. n. 109. 200. 203. 230. 233. 236. 237.*
- 26 Adhuc autem prætermittere non poſſumus ad interpetrationem traditorum à *Molino d. q. 24. n. 337.* ubi admittit repetitionem qualitatis ex verbis cum aliis modis, formis, & qualitibus, ut ſupra *Mantic. de conjectur. tit. 13. n. 10. Gracia de nobilit. in diſiſione oper. n. 51. Mier. 2. p. q. 6. n. ult. Fuſar. q. 403. n. ult.* prædicta enim verba adhuc non inducunt repetitionem præcedentis maſculanitatſ, ut optime tradit *Berolus conf. 115. n. 22.* ubi ait eſſe referenda ad qualitatem legitimitatis vel ſimilis *Molino lib. 3. cap. 5. n. 64. Gavalcan. dec. 33. n. 12. p. 4. Surd. dec. 319. n. 8. Manent. conf. 135. n. 27. Fuſar. q. 403. n. 49. Caſtilh. tom. 5. cap. 117. n. 28. Peregrin. de fideicom. art. 29. n. 17.* quod mihi non placet, ſed opinio *Molino d. n. 337.*
- 27 Et merito quia omnis tacita repetitio procedit aut ratione copulae vel conjunctionis, aut ex relatione prætout ſupra, aut quia reguntur ab eodem verbo, et determinantur ab eodem actu, et determinantis, re-
gentis totam orationem *Bald. conf. 153. n. 2. vol. 5. Paris. conf. 18. lib. 2. Sylvan. conf. 18. lib. 2. Ananias d. conf. 22. refert. Jaſon. in L. qui filiabus col. 1. Alexand. conf. 12. col. 4. verſ. primo quia, & conf. 26. vol. 2. Bartol. in L. in repetendis ff. de legat. 3. n. 1. Azved. conf. 15. n. 47. Ramon. conf. 100. n. 392. & ſeqq. optime Garcia de nebil. in diſiſ. oper. n. 24. et loquendo in eodem caſu *Molino de primog. lib. 3. cap. 5. n. 60. Caſſan. conf. 50. n. fin. ubi multos eſert, et eleganter exornat, optime etiam Tiber. Decian. conf. 17. n. 34. vol. 1. & de ratione Mantic. de conj. et. ult. volunt. lib. 8. tit. 18. n. 63. ubi etiam loquitur de clauſulis ſeparatis. et quando in illis habet locum repetitio, & de tacit. & ambig. tom. 1. lib. 3. tit. 3. n. 3. Cavalcan. 3. p. dec. 18. Fuſar. conf. 180. n. 25. Farinac. dec. 330. p. 1. in recentiorib. Marjar. conf. 4. n. 26. verſ. nec refragatur, & conf. 15. n. 59. verſ. 3. reſpondetur Menoch. conf. 86. n. 49. Surd. conf. 200. n. 23. Caſtilh. lib. 2. cap. 4. n. 131. ubi etiam loquitur de repetitione qualitatum præcedentium, et quod non continuentur, nec repetantur, ubi qualibet ſubſtituto præcedens, et ſubſequens clauſulis poſita, et perfecta oratione determinata, quod etiam probat *Azved. d. conf. 15. n. 46. & 47. Larrea. dec. 34. n. 19. Caſſanat. conf. 50. n. 41. & conf. 57. n. 59. Seſſe tom. 2. dec. 187. n. 109. Ganaverr. conf. 1. deſenſ. 4. n. 163. & 168. & 169. Valenſ. conf. 97. n. 174. Vela diſſert. 49. §. non autem ſuperior regula Paſija de inſtrum. edit. tit. 3. reſol. 3. n. 70. qui omnes explicant, quando verba repetitiva ſunt poſita in eadem oratione perfecta, aut diſveſa, et omnes infinitos referunt DD. atque ita videtur dicendum non habere locum talem repetitionem***

nem in terminis propositis, ut non habet in qualitate legitimorum proposita in prima clautula, prout testatur *D. Heronym. de Leon. dec. 93. n. 28. & seqq. eleganter Noguero. alleg. 23. n. 40. & seqq.*

- 29 Et in gravamine aut conditione posita, in diversa oratione et in clautula habent suam claram et specificam determinationem, et vocationem absolutam, quod non censetur repetitum, sed quod potius extendatur tantum ad gradum in quo apponitur, et non ad alium separatum ab institutore, et probatur per *text. in L. quæ conditio ff. cond. et demonstr.* ubi J. C. proponit duos casus, videlicet, quando vocationes sunt absolutæ in successione aliquarum linearum, vel et gravamen est limitatum, ad aliquam lineam particularem, et specialem, tunc enim, illi, qui habent vocationem absolutam succedunt absque onere, conditione, aut gravamine posito in vocatione particulari, & rem censetur repetitum, nec extensum, nisi ad gradum in quo positum fuit; & ideo subdit J. C. in principio legis resolvendo primum casum vocationis absolutæ in his verbis: quæ conditio ad genus personarum non ad certas, & notas personas pertineat eam existimamus totius esse testamenti, & ad omnes hæredes institutos pertinere, & determinans secundum casum gravaminis positi limitat in una linea, ad hoc ut tantummodo intelligatur positum in illa, & non extendatur ad cæteras, sic ait: Atque conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus; ad cum dumtaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt.

- 31 Probatur etiam ex *textu in L. coheredi 41. §. qui patr. ff. vulgar.* in cuius specie cum testator faceret ins-

titutionem patri, & filio in primo loco in tribus partibus hæreditatis unicuique, & eos substituere ad invicem, postea instituit alios hæredes in residuo suorum bonorum cum gravamine substitutionis dicens, *hos in vicem substituo*, & cum dubitaretur si per verba generalia extendendum esset gravamen substitutionis breviloquæ ad primos gradus, resolutum extat à J. C. negative, ex eo quia prima institutio erat perfecta, & absoluta, & gravamen substitutionis positum in secundo gradu vocationum non refertur ad primos, & quod tantummodo intelligendum erat gravamen inter cæteros cohæredes ex verosimili mente disponentis propter specialem inter patrem, & filium substitutionem, per quem *textum ita tenent Alexand. et alii, quos refert, et sequitur Menoch. cons. 151. n. 43. ex Bart. Reminald. et alii et n. 158. ex d. L. quæ conditio repprobat. opinionem Oldrad. cons. 141. n. 2. et Dec. cons. 227. n. 3.* qui voluerunt qualitatem substitutionis factam primo instituto videri in secundo locum habere dicens. Quod in contrarium est veritas et n. 59. et 60. exornat, & probatur ex *text. in L. sub conditione 73. ff. de hæred. Instit. ibi: sub conditione hærede instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetamus pure eum hæredem substituere intelligemus tenet Menoch. lib. 4. præf. 178. n. 17. Mier. de moior. 2. p. 4. illat. 8. n. 215. Castil. tom. 2. contr. cap. 4. n. 43. & seqq.*

Et in materia repetitionis quando orationes sunt diversæ, & separatae, etiam si esset identitas rerum, & personarum qualitas, expressa in uno capitulo, non censentur repetita in alio nec gramen positum in secunda, extenditur ad primum, nec

nec è contra ut tenet *Bart. in L. in repetendis ff. leg. 3. ſequuntur Roland. conf. 38. n. 56. vol. 4. Paris. conf. 38. lib. 2. n. 21. & eleganter n. 23. Menoch. d. conf. 151. n. 43. & d. p. af. 178. Peregr. in. de fideicomiff. art. 16. à n. 8. & 45. & 90. & conf. 57. n. 11. Surd. conf. 164. n. 7. & 8. Fufar. q. 450. n. 3. Marian. ſoc. cin. conf. 128. n. 111. lib. 1. Caſſanat. conf. 4. n. 141. & conf. 38. n. 103. & conj. 55. n. 36. & conf. 53. n. 51. & in ſimili Honded. conf. 4. n. 32. & ſeqq. lib. 1. ubi eleganter exornat Menoch. conf. 900. n. 17. Hieronym. Gabriel. conf. 111. n. 22. Pe egr. dec. 134. n. 7. & n. 34. Fufar. q. 683. n. 20. ubi multos refert Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. n. 21. 56. 57. & 59. Lara in compendio vit. homin. cap. 30. n. 84. idem Fufar. q. 403. per tot. ubi late exornat.*

34 Contrariam ſententiam tenent alii multi, qui reſolvunt repetitionem concedendam eſſe ex juris diſpoſitione ſecundum quam ordo ſuccedendi datur primis inſtitutis debet & in poſteris obſervari, & repetitur in ſequentibus *L. in ratione §. ſi filio ff. ad leg. falſid. L. 3. ff. de fund. inſtruct. L. ædiles §. loquunt. ff. de ædilit. edict. L. neque tutores §. ſed & ſi ff. de reb. eor. L. 2. Cod. de conjung. cum emancip. lib. 11. Bartol. in L. final. n. 2. ff. ad Treb. l. Gam. dec. 307. n. 5.*

35 Et loquendo in facultate nominandi, quod data primo cenſeatur repetita in aliis ſequentibus ſucceſſoribus, ut late dicemus in tractatu de maioratu electivo, & agunt DD. quos Ego ipſe refero in tractatu de excluſ. incluſ. & ereſtione maiorat. cap. 6. ſub n. 54. pag. 389. verſ. in varias, & verſ. mihi.

36 Et loquendo in conditionibus & gravamine poſitis in uno gradu, quod intelligantur repetitæ in cæte-

ris tradit *Cephal. conf. 581. n. 13. lib. 4. Surd. conf. 344. n. 14. vol. 3. Caſtilh. tom. 6. cap. 178. n. 2. & cap. 181. n. 8. 10. & 21. Larrea dec. 51. n. 16.*

Et interminis repræſentationis ſi 37 in aliqua parte inſtitutionis aliquibus perſonis, gradus, aut gradibus inſtitutor maioratus repræſentationem induxerit, vel admiferit, cenſetur repetita in cæteris perſonis, & gradibus, ad hoc ut in illis locum habeat repræſentatio, & cenſeatur repetita, ut multis citatis tradunt *Robles de repræſentat. lib. 1. cap. 13. n. 24. Gutter. lib. 3. practicar. q. 67. n. 55. & ſeqq. Fufar. q. 313. n. 59. Caſtilh. tom. 2. cap. 4. n. 12. & lib. 3. cap. 19. n. 289.*

Et in qualitate legitimatis poſitæ 38 in prima parte inſtitutionis quod cenſeatur repetita in omnibus clauſulis judicatum fuit me patrocinate in cauſa, de qua tom. 2.

Et in qualitatibus extraordinariis, 39 quod cenſeantur repetitæ in ſequentibus clauſulis tradunt *Menoch. conf. 33. n. 15. & conf. 158. n. 11. & conf. 350. n. 27. Surd. dec. 319. n. 11. Mantica. de conjeclur. lib. 8. tit. 8. n. 16. Peregr. de fideicom. art. 22. n. 47.*

Et in qualitate maſculinitatis ap- 40 poſitæ in prima ſubſtitutione, quod in ſecunda, & in aliis tradunt *Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. n. 51. 59. 60. & 61. & tenent multi quos refert Roſa conſult. 69. n. 187. & ſeqq. & ultra quos refert Mier. de maiorat. 2. p. q. 6. n. 79. Menoch. conf. 117. n. 69. Fufar. de ſubſtit. q. 406. n. 26. Caſtilh. cap. 178. n. 2. & cap. 181. n. 2. 9 & 10. Lar. dec. 51. n. 10. aliàs dec. 54. Alexand. Raudens conf. 35. n. 71. uſque ad 83. vol. 1. & ad alium caſum Larrea d. dec. 54. n. 8. & 10. ubi etiam loqui- 41*

