

Aut maioratus hæredi abintestato opposito-
ris prædefuncti: & est etiam planissima conclu-
sio, quod confessio partis in his, quæ consistit
in iure, sibi non præiudicat, Craucta *consil.* 29.
num. 2. & *consil.* 48. *num.* 7. & *consil.* 157. *num.*
6. Mascard. *conclus.* 387. Mancin. *de conf. ff.* ca-
pit. 1. *num.* 46. & cap. 7. *num.* 2. *versicul.* Nihil
etiam operatur, Rota *decis.* 320. *num.* 7. in tom.
unico *diuers.* edition. ann. 1636. seu tom. 5. in
recent. vbi quod confessio in diuisione bono-
rum emanata, quod bona sunt fideicommissio
subiecta, non probat fideicommissum,
quod non extat.

158 Quinto iterum insisit aduersu pars
in eo, quod Dominicæ Alvarez hoc possesso-
rium remedium denegant, l. 9. tit. 7. lib. 5. *Re-*
copilat. & l. 5. tit. 19. lib. 4. & ei solum ius pro-
prietatis reseruant: quia, vt sæpius repetitum
est, leges istæ procedunt quando qui tenentiam
amisit, continuat actionem petendi bona vt
maioratus, & Dominica Alvarez, vt allodia-
lia intendit, & in tenuta non obtinuit, quia
erat iudicium incapax adiudicandi bona illi,
qui ea intendit cum qualitate allodialium: &
sic nunc venit ex alio capite, & ei res iudicata
non obstat, vt supra *numer.* 146. & conducit
textus in l. si filius qui patri 42. ff. de bonis liber-
torum. ibi: Et qui alio iure venit quam eo, quod
amisit, non nocet id, quod perdidit, sed prodest id,
quod habet. l. si pater, §. qui duos. ff. de adoptioni-
bus, ibi: Facit etiam hoc quasi quilibet, non quasi
auus, l. debitor, §. fin. ff. ad Trebellian. ibi: Quia
non quasi hæres, sed quasi mater ex pacto accepit,
l. tutor petitus, §. quæ tutoribus. ff. de excusat. tu-
torum, ibi: Cum iudicium patris vt filius, non vt
tutor promeruerit, l. profectitia, §. Papinianus,
ff. de iure dot. ibi: Magis eum quasi pater id,
quam quasi curatorem fecisse videri, l. qui duos,
ff. de coniungendis cum emancipat. liberis: &
facit resolutio Oldraldi *consil.* 16. *num.* 4. vbi
pœna & priuatio vni imposita vt instituto,
non præiudicat, si vt substitutus succedere in-
tendit, Bald. in capit. studuisti, de officio legati
num. 4. *versic.* Pone Papa concessit, vbi resoluit
ex vno titulo amissum, posse & peti, & retine-
ri ex alio.

159 Sexto, dicitur contra communem opi-
nionem Doctorum Regni, legem Soriæ, quæ est
l. 3. tit. 13. lib. 4. *Recopilat.* non induci in fau-
orem Dominicæ Alvarez, vt hoc possessorium
remedium rectè intendat, dicendo quod Mie-
res 3. part. *quest.* 17. *num.* 58. diuerso modo eã
intelligit.

160 Quia Mieres loquitur in terminis il-
lius quæstionis, an filijs, quibus pater, dum vi-
xit, legitimas assignauit, competet remedium
possessorium adipiscendæ, & non competere
probat ex eo, quia iam habent possessionem à
patre traditam, & hac de causa *num.* 58 aliquid
dicit de intellectu legis 3. sed non conuincit,
quia illius litera est expressa in fauorem hære-

dum abintestato, vt habeant iudicium soma-
marium, & executionem pro consequenda bo-
norum possessione abintestato, vt probat Gu-
tierrez in §. sui institut. de hæred. qualitat. &
different. *num.* 74. Azcuedo in dict. l. 3. *num.* 30.
versic. Ibi, abintestato, & *num.* 31. & 32. Parla-
dor. & Castillo locis citatis *nu.* 15. & Castillo c.
24 ibi citatus *num.* 22. reprobatur in indiuiduo
Mieres.

161 Septimo dicitur, quod quando lex So-
riæ det remedium possessorium hæredi abinte-
stato, erit in terminis legis fin. C. de edict. Diui
Adrian. tollend. & sic pro bonis, quæ habet
defunctus tempore mortis: & quod D. Maria
Damiana hæc bona non habuit tempore quo
decessit.

162 Cui satisfit, nam D. Maria Damiana
fuit huius maioratus successor, & in eam fuit
vera maioratus possessio translata, vt supra
num. 9. ex quo resultat omnia remedia pos-
sessoria habere, adipiscendæ, retinendæ, &
recuperandæ, vt per Molin. lib. 3. cap. 13. *nu-*
mer. 1. & 2. Castillo tom. 3. cap. 3. cap. 24. *nu-*
mer. 25 & sequentibus, & *num.* 31. Paz de tenu-
ta cap. 5. *num.* 11. & cap. 24. *num.* 19. Cancer.
variarum lib. 2. cap. 6. *num.* 34. & 55. & se-
quentibus, Amato variarum tom. 1. capit. 39.
num. 53. cum duobus sequentibus, Argel. de adi-
piscend. *quest.* 13. art. 8. *num.* 115. cum sequenti-
bus, & latissime Posthio de manutentione ob-
seruat. 5. *num.* 54. vbi pluribus relatis in diffi-
ciliori casu resoluit, quod quando per statutu
possessio defuncti in hæredem transfertur, cõ-
petit hæredi manutentio in possessione bono-
rum hereditariorum, Rota *decis.* 200. *num.* 5.
in edit. ann. 1636. seu tom. 5. in recent. vbi eadem
conclusio probatur Rota. *decis.* 1. *nu.* 18. & vt
satisfit, l. fin. non est necessaria vera possessio
in defuncto, quia sufficit detentio, Rol. 1. qui
de communi testatur *consil.* 20. n. 3. lib. 3. Meno-
ch. de adipiscend. *remed.* 4. *nu.* 168. & seqq. & cõ-
eis Rota per Farin. *decis.* 131. *nu.* 5. tom. 2. in re-
cent. & *decis.* 226. *nu.* 2. in d. tom. edit. anno 1636.
Ludouif. *decis.* 194. n. 11. Scipio Theodor. alle-
gat. 61. n. 27 Farinac. *decis.* 472. *nu.* 4. & *decis.*
755. n. 4. tom. 1. in posthum.

163 Additur etiam, quod remedium l. fin.
est transmissibile ad hære dis hæredem: itaque
si hæres institutus decedit antequam possessio-
nem hereditatis apprehendat ex remedio legis
fin. potest eius hæres illud intentare ex perso-
na hæredis, vt tradit Bartol. ibi *num.* 11. Bald.
num. 35. *versic.* Idem in hærede hæredis, Zuchard.
num. 236. C. de edict. Diu. Adrian. tollend. Me-
noch. de adipiscend. *remed.* 4. *quest.* 30. *nu.* 236.
& seqq. Azcued. in l. 3. tit. 13. lib. 4. *Recopilat.*
num. 30. Noalis de transmission. casu 39. *num.* 1.
& 2. Rota per Farinac. *decis.* 116. *num.* 1. tom. 1.
in posthum. & hoc procedit, quamuis sit hæres
abintestato instituti, quia adhuc potest reme-
dium leg. fin. intentare ex persona sui authoris hæ-

hæredis scripti in testamento, vt per Menoch. vbi supra num. 242. & 243. Noalis vbi proxime num. 4.

164. Sine eo quod obstat replicare, Dominicam Alvarez ad hoc possessorium iudicium rem incertam præsupponere, vel ad minus litigiosam, scilicet quod consobrina fuit successor maioratus. & quod per illius mortem bona libera remanserunt, & sic ea eorum abintestato successor extitit, & quod prius declarari debebat in iudicio præambulo successio dicte D. Mariæ Damianæ.

165. Nam respondetur, executoriam declarare bona esse in quasi possessione allodialium, cum in ea determinatum fuerit locum non esse remedio tenuræ à partibus intestato.

166. Et D. Mariam Damianam fuisse ultimam maioratus possedtricem, hoc iudicium declarare potest, quin sit necessarium ad hoc aliud iudicium præambulum, & aliud posterius ad dandam ei possessionem, vt in terminis probat Paz de tenuta tom. 2. cap. 41. num. 4. & per totum, vbi latè probat posse in lite super tenuta cumulari iudicium rescindens, & rescissorium; & tom. 1. cap. 30. dicit remediū tenuræ competere illi, qui vocatus non est, & præten dit non potuisse excludi à successione maioratus.

167. Comprobatur hæc conclusio ex traditis ab Azeued. ind. l. 3. tit. 13. lib. 5. Recopil. num. 3. vbi resoluit, quod hæres ex testamento nuncupatio potest facere illud ad scripturam reduci, & publicari iuxta formam legis 4. tit. 2. partit. 6. & illius etiam virtute possessionem petere, & tamen dubitari non potest, quod iuxta in contrarium allegata necessarium erat iudicium præambulum super publicatione testamenti: & hoc non obstante totius capax est iudicium possessorium adipiscendæ: sequitur Argel. de adipiscend. quest. 6. art. 2. num. 22. cum seqq.

168. Idem in simili probat Molina lib. 3. cap. 13. num. 50. & 51. quod remedium tenuræ habet locum pro maioratu probato ex immemoriali præscriptione iuxta l. 41. Taur. sequitur Paz cap. 27. & cap. 57. ex nu. 42. Castill. tom. 3. cap. 24. num. 35.

169. Minus obstat asserere, quod iuxta nostrum præsuppositum D. M. Damiana possedit hæc bona vti vinculata, & maioratu subiecta, & quod Dominica Alvarez esse allodialia intendit, & mutat possessionis causam, quod est reprobaturum non solum in hærede, sed etiam in ipso possessore, qui propria autoritate causam possessionis mutare non potest.

170. Nam satisfit, quia Dominica Alvarez continuat titulum possessionis suæ consobrinæ, quia quamuis fuit horum bonorum vti vinculatorum successor, in ea libera remanserunt, quia vltima possessor familiæ erat, & nullus erat consanguineus, cui restituerentur, & sic

de eis ad libitum potuit disponere, vt supra num. 10. & moriendo abintestato intelligitur disposuisse expressè in fauorem hæredum abintestato, l. conficiuntur, ff. de iure codicillorum, Franchis decis. 45. & decis. 600. vbi latè probat habentem facultatem de aliquo disponendi intelligi disposuisse, si abintestato decedit, ad fauorem hæredum abintestato, Masrill. decis. 277. num. 8. vsque ad 16. Fontanel. de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. glos. 23. à num. 9. & pluribus comprobatur Amato tom. 2. resol. 76. nu. 23. & 24. Et hic adaptari non potest conclusio mutationis tituli possessionis, cum in hoc casu non interueniat, siquidem Dominica Alvarez est successor suæ consobrinæ in bonis, de quibus disponere potuit, & fuerunt in eius hæreditate reperta.

171. Præterea, quia conclusio certa, & communiter recepta est, quod superueniente nouo titulo, potest vnus & idem possessor propria autoritate causam possessionis mutare, vt probatur in l. 47. in princip. tit. 28. part. 3. & est conclusio communiter in Rota approbata, vt per Puteum decis. 163. num. 3. & 4. & decis. 447. lib. 1. & apud Farinac. decis. 393. nu. 7. in nouem centurijs, & decis. 127. num. 5. in fin. & decis. 561. num. 1. vers. Secundo fuit dictum, tom. 1. in posthum. & decis. 253. nu. 7. vbi quod mutatio possessionis inducitur ex titulorum transfusione, & decis. 402. num. 5. tom. 2. in posthum. Magon. decis. Florentina 48. num. 3. Marta voto 196. num. 4. Sese decis. 25. num. 57. cum seqq. part. 1.

172. Octauò dicitur, quod remedium l. fin. C. de edict. Diu. Adrian. non procedit existente legitimo contradicte.

173. Cui respondetur, quod in hoc termini confunduntur, & debet distingui iudicium summarium, quod intentatur pro consequenda possessione hæreditatis vacantis, quia tunc iudex summarie mittit hæredem in possessionem absque aliqua citatione, Castill. tom. 3. c. 24. n. 61. Cancer. post 1. tom. var. cons. 1. nu. 8. 20. 41. & 42. in 2. edit. Sed quando existit legitimus contradicte, qui opponitur cum titulo, vel possessione, debet audiri: & hoc iudicium dicitur plenarium possessorium, vt per eundem Castill. vbi supra num. 160.

174. Quod factum est in hoc iudicio, & cū intendissent Dominica Alvarez & D. Maria possessionem huius hæreditatis ex diuersis titulis, de illis fuit cognitum, vt pronuntiaretur, quæ earum melius ius foueret ad consequendam possessionem huius hæreditatis.

175. Nondò opponitur obstat Dominice Alvarez dominij defectum, quæ quidem est exceptio, quæ incontinenti probata impedit remedium l. fin.

176. Et hæc quaestione non disceptata, Dominica Alvarez idem opponit D. Mariæ de Castejon, quæ nec dominium nec titulum

habet, vt constat euidenter: & sic prætere-
re non potest remedium possessorium intenta-
re, nec se esse legitimam contradictricem, vt
impedire possit; quod Dominicæ Aluarez nõ
competat prædictum remedium ex dictis su-
prà num. 13.

177 Deinde opponitur, Dominicam Al-
varez ad hoc remedium intentandum plura
præsupponere, quæ sunt incerta.

178 Primò, D. Mariam Damianam fuisse
naturalem filiam D. Iosephi de Samano maio-
ris, & D. Elizabethæ Aluarez eius sororis, &
hoc incertum esse: sed satisfactum est suprà in
2. artic. vbi latè probatum est filiationem esse
notoriam, & ibi num. 91. & sequentibus, resolu-
tum est ex communi, & veriori omnium scri-
tentia, in iudicio possessorio sufficere qualem
qualem filiationis probationem, & est notif-
simum, quia si contraria oppositio admitte-
retur, nullus, de cuius filiatione dubitaretur,
posset remedium possessorium intendere, ex-
clususque esset à probatione suæ filiationis, &
consanguinitatis.

179 Secundò dicitur præsupponi D. Mariã
Damianam successissè in maioratu per mor-
tem D. Iosephi sui fratris, & quod hoc durissi-
mum est, cum eius negatio contineat maiore
difficultatem, cum l. 27. Taur. faciat succes-
siones necessarios meliorationum, descendentes
naturales, legitimis deficientibus.

180 Vltimò dicitur etiam præsupponi bo-
na libera remansisse in D. Maria Damiana, cu-
ius articuli decisio dicitur adhuc esse sub iudi-
ce: & respondetur esse executoriam Senatus,
quæ hæc bona esse libera probat, vel saltem ea
constituit in quasi possessione talium: & si op-
positio procederet, omninò obstaret D. Ma-
riæ, cum tituli, quibus nititur, præsupponant
libera remansisse per mortem D. Iosephi An-
tonij iunioris, negando fraternitatem D. Ma-
riæ Damianæ.

181 Et notari debet contrarietas D. Mariæ
de Castejon: nam insistens in re iudicata, quã
obstare dicit Dominicæ Aluarez, obliuiscitur
eam esse etiam contra se: nam cum post dictã
rem iudicatam in Senatu petisset, sequestrum
in bonis factum submoueri, vt bonis tãquam
liberis frueretur, fuit denegatum per visionis
decretum, quod in rem iudicatam transiuit,
quia ab eo non fuit supplicatum.

ARTICVLVS IV.

182 **D.** Maria de Castejon intendit se esse
manutenendam in possessione ho-
rum bonorum, & quando non sit locus manu-
tentioni, eam ei de nouo esse dandam.

183 Dominica Aluarez vtrumque contra-
dicit: & ad meliorem intelligentiam, articulus
iste in duos punctos diuidetur.

PVNCTVS PRIMVS

In quo probabitur manutentioni locum non esse.

184 **D.** Maria de Castejon ad hoc reme-
dium possessorium, in etiam pro-
bare debet possessionem in tempore litis motæ,
quæ tunc quæta & pacifica esse debebat, & ve-
tinenda instat de interd. l. 1. cap. cum venissent, de
instat. Couart in pract. cap. 17. Posthio de ma-
nutent. obseruat. 17. n. 1.

185 D. Maria hoc requisitum recognos-
cens, non iuuatur propria possessione, sed illa,
quam accepit D. Martinus de Castejon suus
pater virtute donationis & testamenti D. Io-
sephi sui nepotis.

186 Et quamuis vtrumque titulum mis-
ceat; certum est, quod virtute donationis 30.
Ianuarij 1630. nil petijt, nec possessionem in-
gressus est, & quod eam petijt dictus D. Marti-
nus vt sui nepotis hæres: quæ quidem posses-
sio utilis esse non potest prædictæ D. Mariæ ad
hoc remedium.

187 Primò, quia quando virtute dictæ pos-
sitionis fuisset legitimus possessor D. Marti-
nus, hæc transmissibilis non fuit ad D. Mariã,
& eius morte fuit extincta, & D. Mariã, vt sit
possessor, debet de nouo possessionem appre-
hendere, l. cum hæres ff. de adquir. poss. l. fin. C.
de edict. Diu. Adrian. tollend. Tiraq. in tract. de
constitut. 3. declaratio, in præfatio. num. 3. Noal.
de transmiss. casu 37. num. 2. & 3. Posthio de ma-
nut. obseruat. 55. num. 23. & 24. Rota decis. 35.
num. 3. 4. 11. & 12. tom. vnico edito anno 1636.
feu tom. 5. in recent. qui alias referunt: & ratio
est, quia possessio retinetur animo & corpo-
re, l. 3. de adquir. poss. sed mortuo possessore,
extinguitur animus, & corpus, l. 4. ff. locati, cap.
figratiuse, de rescripti. in 6. & consequenter ex-
tincta est possessio; & hæres de nouo tenetur
possessionem adquirere, quæ animo, & cor-
pore acquiritur, vt in d. l. 3. l. quemadmodum,
de acquirend. posses. Noalis d. casu 38. num. 3. Ro-
ta d. decis. 35. num. 2. 3. & 4. ex quo prouenit,
quod hæres non potest petere manutentionem
ex possessione defuncti, vt plenè probat Po-
sthio d. obseruat. 55. n. 25. cum sequent. Rota d.
decis. 35. n. 11. & 12.

188 Secundò, quia quando D. Martinus
petijt possessionem, & ei eam iudex dare ius-
sit, D. Maria Damiana exactorum bonorum
possessor virtute legalis possessionis, l. 4. 5.
Tauri, quæ operatur omnes effectus iuris com-
munis, vt sup. num. 9. & 162. & nec ea, acc. il-
lius tutor, citata fuit.

189 Et possessio non citato possessore
data, nulla est, c. licet Episcop. de præbend. in 6.
Decian. respons. 47. n. 2. & seqq. lib. 5. & in no-
stra specie Castill. tom. 3. c. 24. nu. 67. cum seqq.
Salgad. de Reg. prælect. 3. p. c. 7. n. 10. Rota decis.
513. n. 8. p. 1. in recent. Martã de succes. legal. 4.
p. q. 16. art. 3. n. 4. cum seqq.

190 Et quod hæc possessio adepta, possessore non citato, non sit manutenibilis, late Posthio *obseruat.* 12. num. 57. ubi ad longum, etiam quod sit iudicialis, quia licet possessio auctoritate iudicis apprehensa reputetur iusta, *Liusiè possidet.* ff. de *acquirenda possessione*, debet hoc intelligi, si iudex ritè, & rectè processit, cum causâ cognitione, & partis citatione: alias enim nec constituit possessorem, nec priuat aliam suâ possessione, ut per Posthium *d. obseruat.* 12. num. 36. cum pluribus sequent.

191 Et in nostra specie, quod possessio continuata per statutum, vel legem particularem, eo quod sit propria, & vera, non interrumpatur ex eo, quod alius de facto occupet possessionem, probat Peregrin. *art. 47. num. 14.* Personalis de *acquirend. possess. num. 14. & 15.* Argel. de *adipiscend. quest. 13. n. 100. & 117.* qui loquuntur in terminis *l. 43. Tauri*, quando statutum transfert possessionem in hæredem absque ullo facto suo, *Cancer. lib. 2. variarum cap. 6. num. 60. in 2. edit.*

192 Tertio, nam possessio D. Martini litigiosa est, quia die 7. Ianuarij anni 630. quo dari ei decretum fuit, & ex quo coepit apprehendere illorum bonorum possessionem, petitio tenuræ producta iam fuerat à D. Maria Damiana die 12. eiusdem mensis Ianuarij: itaque possessio impugnata fuit in continenti, & cum protinus causa initium acciperet, asserta possessio non est manutenibilis, *glossa in capit. commissæ de elect. lib. 6. verb. Pacificam, Mandol. ad reg. 34. Chancellar. quest. 26.* Rota apud Ludouil. *decif. 4. num. 2. & ibi additio lit. A. & decif. 569. num. 4.* ubi fuit dictum possessionem, ex qua lis sumit initium, non esse manutenibilem, *Cancer. lib. 3. variar. capit. 4. num. 95. & 96.* Fontan. de *pact. nupt. tom. 2. claus. 7. gloss. 3. part. 10. num. 56. & 57.* Ramon. *consil. 56. n. 5. 6. & sequent. & consil. 58. num. 3.* Posthio *obseruat.* 17. num. 44. cum pluribus sequent. & qui habet possessionem litigiosam, non est legitimus contradictor, Rota *decif. 348. num. 13. d. tomò unico anni 636.* Ludouil. *decif. 206. num. 6.* ubi additio. *Burat. decif. 431. per totam, que est in nostris terminis: nam fuit ibi resolutum possessionem attentatam, & litigiosam non debere attendi ad constituendum aliquem legitimum contradictorem.*

193 Quarto, nam dicta possessio fuit inutilis, & instrumentalis: nam D. Martinus illius virtute nil exegit, nec fructus percepit uti possessor, & similis possessio sufficiens non est ad manutentionem, quando alius exiit in possessione, ut per Posthium. *obseruat. 21. num. 25. vsque ad 30.* additio. *quidam titulum 301. f. 103.*

194 Et ut possessio instrumentalis dicatur, sufficit quod qui est in ea civiliter possideat, *l. quod meo, §. final. l. peregre, §. fin. ff. de acquir. possess.* Rota per Ludouil. *decif. 159. num. 1. & decif. 382. num. 4.* Posthium. *d. obseruat. 21. nu.*

35. vsque ad 42. que conclusio nostro casu adaptatur, nam D. Martinus non continuauit possessionem, nec illius virtute aliquid exegit.

195 Et quamuis sit probatum D. Martinum habitasse certas domos, hoc non fuit virtute possessionis, quam earum uti hæres accepit, sed iure familiaritatis, nam D. Martinus erat in prædictis domibus cum genero, & nepote, quibus assistit quousque decesserunt, ut est probatum à D. Maria, & tunc ab eis deijci non poterat extante litis pendentia, & sequestro, & possessio familiaritatis non releuat, nec est manutenibilis, *l. qui iure, de acquirend. possess. Posthium. obseruat. 54. ubi num. 15. & 18.* exemplificat hanc possessionem inter cohæredes, & quando vxor post mortem viri remanet in possessione bonorum, quod isti dicantur iure familiaritatis possidere, & quamuis curauit D. Martinus exigere aliquos redditus ex bonis, administrator post decreta sequestri obtinuit, quod ei soluerentur.

196 Et non releuant locationes factæ à D. Martino, quia omnes fuerunt post petitionem tenuræ D. Mariæ Damianæ.

197 Quinto, nam decretis visionis, & reuisionis iussum fuit, quod horum bonorum sequestratio fieret, & quo qualibet possessio obtenta à D. Martino de Castejon fuit resoluta.

198 Et non obstat replicare sequestrum iudiciale, & necessarium non priuare possessione.

199 Nam in hoc puncto est vera distinctio, sequestrum necessarium priuare possessione iam apprehensa, si hoc constet ex mente, & animo iudicis sequestrantis, ut ex Mandello *consil. 75. num. 2. & consil. 78. num. 3.* Menoch, & alijs obseruat Paz de *tenuta cap. 10. num. 41. & 42.* Rota per Ludouil. *decif. 9.* Et dubitari non potest ex allegatis, & ex mente Senatus euidenter colligi, ex sola bonorum sequestratione noluisse Senatam D. Martinum possidere, siquidem in petitione tenuræ possessionem horum bonorum, & maioratus petijt D. Maria Damiana, & D. Martinus respondere noluit dicens nullum esse fundatorum consanguineum, & sic non esse locum remedio tenuræ, nam bona possidebat uti allodialia, & uti hæres sui nepotis, qui tanquam vltimus de familia de eis rectè potuerat disponere: & sic cum Senatus bona sequestrasset ex eo quod celsabat exceptio D. Martini, cum esset, qui ea uti bona maioratus intendebat, dubitari non potest voluisse eum non possidere.

200 Cui additur, quod plurimi possessionis actus (ut supra notatum est) fuerunt lite pendente facti, & sic ex hac causa debuit dicta possessio sequestrari uti malitiosa, & attentata: in quo etiam casu amittitur possessio, ex sequestro supervenienti, Scraphinuthi *decifio 314. num. 4.* additio ad Ludouil. *dict. decif. 314.*

decif 9 num. 14. Posthum. dict. observatio. 90. num. 11.

201 Et quod dicit. quod D. Maria potest vti sui patris hæres continuare possessionem, quam accepit, excluditur ex l. cum hæres, de acquirenda possessione, & ex dictis supra numero 187. quod hæres nō potest, absque nova possessione apprehensam à defuncto continuare.

PVNCTVS SECVNDVS.

In quo probatur immisionem à D. Maria Castellon petitam esse denegandam.

202 **P**rima sunt fundamenta, quæ actionem D. Mariæ de Castellon excludunt. Primum, quod nunquam possessionem petijt virtute donationis, in qua bona, super quibus controuertitur, comprehenduntur, sed virtute testamenti, in quo non comprehenduntur, & sic petijt quod consequi non potest, & non petijt quod consequi poterat, si esset valida donatio: quapropter actus sustineri non potest, Rota per Farinac. decif. 285. n. 4. & 412. num. 2. part. 2. in recentior. vbi quod productio vnus tituli operatur, quod nō possit alius produci, nec actus virtute ipsius conuolidari, Gratian. tom. 3. capit. 573. num. 48. & 49. vbi citato Felino & Romano resoluit, quod factum virtute vnus tituli incongrui non sustinetur ex alio congruo, & sic petita possessio, quando alia non obstant, dari non potest, nam est contra titulum, cuius virtute petitur.

203 Et si iuxta resolutionem Argel. de legitim. contrad. quæst. 10. num. 132. & de adipiscend. quæst. 35. art. 10. num. 5. 10. art. 19. n. 982. qui est hæres pro parte, si in solidum possessionem apprehendit, irritatur in totum, ex l. si non sortem, §. Si centum, & ibi Iason num. 2. ff. de condition. indebiti, Rota per Ludouic. decif. 198. & ibi additio, quanto fortius est deneganda possessio petita virtute tituli incompetentis, ad quod sufficit, quod sit aliqua incertitudo, vt per Menoch. de recuperand. remed. 9. nu. 221. vbi quod quando est incertitudo, nulla potest quæri possessio, Marta de success. 4. part. quæst. 16. artic. 3. num. 16. quæ comprobantur ex additione ad glossam in l. Bebius Marcellus de pact. dotalib. vbi via executiua intentata virtute vnus scripturæ, nec sustineri, nec prosequi potest ex alia, cuius virtute non fuit petita, quod latè explicat Giurba decif. 10. num. 11. Costa Siculus conf. 19 n. 24. & n. 25.

204 Nec obstat replicare D. Mattinum vtroque titulo, testamenti, & donationis iuari: nam non habet fundamentum, ex l. sequens quæst. 70. de legat. 2. vbi probatur, quod in institutione hæredis, non comprehenduntur bona prius donata, & legis casus est, quod maritus vxori donauerat certa bona, quæ qui dem donatio erat reuocabilis ex titulo de donationibus inter virum, & vxorem, & postea

maritus eam hæredem instituit: & dicit textus, quod in institutione hæredis non comprehenduntur bona ei donata, & ita notant Bart. & Doctores ibi, idem Bart. in l. Marcellus, §. Quidam liberis, num. 4. & ibi Socin. ff. ad Trebellian. Peregrin. de fideicommiss. art. 6. num. 1. & per totum, Ciriac. tom. 2. controuers. 283. n. 26. Fusar. quæst. 632. num. 1. & per totam, vbi num. 19. id ampliat ad donationem causa mortis, quod licet morte confirmetur, non tamen comprehenditur in institutione hæredis, nec in restitutione fideicommissi, Thomas. tract. 5. de Trebellianica tit. 8. cap. 29. pag. 445. vbi loquitur de donatione reuocabili, Fontanela de pact. nuptial. tom. 1. claus. 4. gloss. 5. num. 52. Surd. decif. 93. Cutelli de donation. tractatu. 1. di. curs. 2. partic. 10. num. 84. & 85. Castill. tom. 1. de usufructu capit. 39. num. 33. cum sequent. vbi resoluit, quod in dispositione generali, in qua bonorum usufructus legatur, non comprehenditur donatio anterior bonorum maioratus iam instituti, quamuis sit reuocabilis.

205 Et quando D. Maria iuaretur donatione, obstat ei etiam non potuisse suū consobrinum derogare institutioni alterius maioratus antea instituti, ex dictis supra num. 13.

206 Tertio comprobatur ex eo, quod est legitimus contradicor ille, qui allegat bona, de quibus disposuit testator, esse talis qualitatis, quod de eis non potuit disponere, vt per Caualean. decif. 45. 1. part. in addit. ex num. 5. cum sequent. pag. mihi 242. vbi probat donatarium virtute donationis irrevocabilis factæ à testatore impedire posse hæredis possessionem, sequitur Castillio tom. 3. cap. 24. nu. 106. Rota per Farinac. decif. 270. num. 2. part. 1. in recent. Marta de success. legal. 4. part. quæst. 16. art. 2. num. 36. & sequent. quam conclusionem admittit Argel. de adipiscend. possess. quæstio. 3. art. 15. ex num. 805. 816. cum sequent. quando donatio est perfecta, & continet clausulam constituti, & facultatem capiendi possessionem propria autoritate, vel quando possessio hæredis est incompatibilis cum donatione, quod latè explicat vsque ad num. 834.

207 Et qui habet titulum ab illo, qui bona vi maioratus possedit, non potest impedire, vt legitimus contradicor, possessionem petitam virtute antiqui maioratus, vt per Argel. de legitim. contradictione, quæst. 2. art. 5. num. 180. cum quatuor sequent. & latius quæst. 7. art. 7. num. 135. cum sequent. & num. 144. 145. vbi in indiuiduo hanc ponderationem facit, quod cum hæres grauatus debeat observare voluntatem testatoris, possessionem transferre non potest, nec titulum habilè tribuere in præiudicium successoris, Rota apud Burat. decif. 494. n. 1. & 2. vbi dicit, quod Rota cōcedit immisionem fideicommissario cōtra tertium possidentem virtute tituli habite ab hærede grauato, Pont. decif. 40. nu. 14. & 43. vbi quod

titulus possessionis habitus à possessore feudi, non iuuat ad opponendum contra successorum pro impedienda feudi possessione, sequitur Rouit. *consil. 98 num. 9 & 10. & consil. 99. num. 2. lib. 2.* & hanc conclusionem in specie maioratus probauit Molin. *lib. 3 cap. 13 num. 52. usque ad 55.* vbi resoluit possidentem bona maioratus titulo venditionis, vel donationis ab ultimo possessore, non esse legitimum contradicentem, vt impediatur successori maioratus tenentem, ex eo quòd notorie constat de nullitate tituli, sequitur Molina Theolog. *disputat. 638. num. 4. pagina mihi 144.* Auend. *in l. 45 Tauri, gloss. 10. num. 1.* additio ad Molin. *sup. dict. num. 52. usque ad 56.* & sic prædicti non potuerunt esse legitimi contradicentes ad impediendum tenentem D. Mariæ Damianæ, quæ bona vt antiqui maioratus intendebat.

208 Quarto, vitium inuisibile testamenti ex eo, quòd filius, qui debebat institui, fuit præteritus, vel iniuste exheredatus, impedit possessionem, ex *l. fin.* nam ex hoc defectu comprobatur testatorem disposuisse prout non potuit, Castill. *tom. 3. cap. 24. num. 148.* Rota per Farinac. *decis. 526. part. 1. in recent. latè Merlino controuers. 10. num. 1. & sequent. & num. 6. & per totam, Marta de success. legal. part. 4. quest. 16. artic. 2. num. 15. pag. 214* exceptio quòd testator non potuit testari eo modo, quo disposuit, impedit missionem in possessionem, Argel. *de adipiscend. g. 3. art. 10. n. 491.*

209 Quinto etiã adaptatur quæstio, quando litigantes, duobus titulis à diuersis personis habitis iuuari intendunt, quia tunc in remedio possessorio adipiscendæ præfertur, qui meliorem titulum habet, vt per Argel. *de legitim. contradicent. quest. 4. art. 4. num. 149.* vbi dicit, quòd qua ratione est legitimus contradicentor, qui habet à testatore titulum, & admittitur contra habentem possessionem ex testamento ipsius testatoris, eodem modo qui aliũ titulum ab alio habito producit, & cũ eo præterdit, & in hoc puncto, Rota apud Farinac. *decis. 36. num. 3. part. 1. in recent.* resoluit titulorum diuersitatem ad esse, quando proueniunt ab eodem fonte, vel causa, seu persona, quòd rectè procedit aduersus D. Mariæ actionem: nam ius D. Mariæ Damianæ dimanat à successore anteriori, & sic non prouenit ab eodem fonte.

210 Et conclusio ab Argel. supposita certissima est, scilicet, quòd validior dispositio minus validæ præfertur, vt per Menoch. *de adipiscend. remed. 4. num. 579. 581.* Peregrin. *in art. 48. num. 43.* Marta *de success. 4. p. quest. 16. art. 3. num. 35.* Rota *dict. decis. 36. n. 3.*

211 Denique in nostro Regno ex *l. 2. & 3. tit. 14. part. 6.* quando qui possessionem contradicentor, offert incontinenti docere de suo titulo, debet admitti ad iudicium summarium,

& executiuum, *l. fin.* quòd ex *l. 2.* notat Cast. *l. dict. capit. 24. num. 165.* vbi refert Burgos de Paz, & Parlador.

212 Et *l. 3.* notabilior est, nam loquitur in duobus testamentis, quibus iuuantur oppositores, scilicet quòd iudex in ipso summario iudicio potest, & cognoscere debet quale sit legitimum, & possessionem melius probanti dare, & sic si constat D. Iosephum minorem non potuisse de his bonis disponere, quia sua non erant, & quòd per mortem D. Mariæ Damianæ allodialia remanserunt, consequens est, quòd in hoc concursu debet præferri Dominica Aluarez, quia illius ius deriuatur à sua consobrina, quæ potuit disponere de dictis bonis vt allodialibus.

213 Ex his facile satisfit fundamentis, quæ ad petendam hanc possessionem D. Mariæ de Castejon proponit, siquidem ei obstat requisitum *leg. fin. C. de edict. D. Adrian. tollend.* cum hæc bona non remanserint vt hæreditaria patris, vel consobrini.

214 Nec obstat quòd primo loco dicitur, quòd postquam Senatus impedimentum sequestri sustulit, possessionem D. Martinus continuare potuit, vt fecit.

Quòd nec factò, nec iuri huius causæ adaptatur, nam ex decreto Senatus à partibus approbatò, in quo bonorum fuit sequestratio sublata, quia cessauit illius causa, negatur D. Mariæ possessio bonorum vt allodialium, & Lancellor. *cap. 1. num. 44.* loquitur quando iudex, qui impedimentum sequestrationis auferit, declarat aliquem esse legitimum possessorem, quòd cessat in hoc casu.

215 Secundo dicitur, quòd cum oppositores non possint proponere hoc possessorium remedium, dubitari non potest D. Mariam illud posse intentare, vt fecit tanquam sui patris hæres, cui dictum remedium, & interdictum adipiscendæ competeat, vt sui nepotis hæredi, quia hoc remedium hæredi hæredis debet concedi.

216 Sed respondetur hanc conclusionem Dominicam Aluarez non solum non negare, sed potius ea iuuari *num. 163.* pro responsione cuiusdam oppositionis contrariæ, & idem allegans D. Maria, fortior remanebit satisfactio, & oppositio exclusa, & quòd à nobis negatur, est D. Martino competisse hoc possessorium remedium, nec illud intentare potuisse, existente plena possessione, quia bona maioratus D. Mariæ Damiana possidebat; & quòd absque dubio prædicta erat eorum possessor, & sic legitima contradicentrix ad impediendum hoc remedium D. Martino, vt supra *num. 13.* & idem ius habet Dominica Aluarez eius amita, quia per mortem consobrini hæreditas iacet, super qua controuertitur.

Tertio opponitur, quòd ad impediendam missionem in possessionem, quia hæres in-

tendit, ille legitimus contradicitor iudicatur, qui ostendit in continenti ius superius, & potentius iure heredis, qui eam virtute testamenti prætendit.

217 Hæc conclusio verissima est (vt nos fatemur) & solùm eius adaptatio notatur: nã factum, quod supponitur, falsum est, quia D. Maria, & eius pater, non petierunt virtute vinculi instituti à D. Iosepho, sed testamenti, & sic eis dictum remedium non competere certum est, vt supra ex num. 202. & si petissent virtute vinculi, eis obstabat maioratus anterior, & antiquior, cuius virtute D. Maria Damiana successit, vt supra num. 13.

218 Et modus percipiendi hanc quæstionem est, Dominicam Alvarez petisse horum bonorum possessionem vt hæredem ab intestato consobrinæ, & hoc D. Mariam impedire, & contra eam non esse legitimam contradictricem, quia non docet de suo bono iure, nec incontinenti, vt debet, iuxta doctrinas in contrarium allegatas.

219 Cui additur, quòd quando quæstio à contrario proponeretur, & Dominica Alvarez esset legitima contradictrix contra D. Mariam Castejon intentantem remedium immisionis, debebat etiam obtinere, quia sua iura potiora probavit, vt supra n. 206. & hoc fecit incontinenti, & intra tempora à lege inducta, quòd in termino probatorio concessò à Senatu in hac causa ostendit absque alia dilatione, vt Doctores exemplificant verbum, *In continenti*, in quo legitimus contradicitor suam oppositionem debet verificare, vt per Molin. lib. 3. cap. 13. num. 15. & 16. Bellon. de potest. eorum, quæ fiunt incontinenti lib. 1. capit. 105. ex num. 7. vsque ad fin. Garcia de beneficijs part. 1. c. 5. n. 547. vbi dicit esse positum in arbitrio iudicis iudicare, quæ exceptio requirat altiorem indaginem.

220 Quarto infert ex dicto allegatio contraria quòd vitium inuisibile testamenti, nō impedit immisionem in possessionem hæredi scripto, cum sit cōtrarium certius, & quòd exceptio, quòd testator non potuit de bonis disponere in continenti probata, est legitima, vt supra num. 208.

221 Quinto opponitur D. Alvarez contradicere non posse petitionem D. Mariæ de Castejon, quia quæstiones iuris ambigui, & quæ requirunt altiorem indaginem, reseranda sunt ad peritorium, nam vt proximè dictum est, positum in arbitrio iudicis est, quæ exceptio requirat altiorem indaginem, & si rectè animaduertitur, videbimus conclusionem hanc esse contra D. Mariam Castejon.

222 Nam si consideratur Dominica Alvarez, vt actrix in hoc possessorio remedio, & D. Maria vt contradictrix, inuenitur non esse legitimam ex supra notatis à num. 205. & quia secundum doctrinam Bartoli communiter

receptam in l. fin. C. de edict. D. Adrian. tollend. num. 21. versic. *Aut comparet aliquis*, legitimus contradicitor, vt admittatur, debet allegare cō similem titulum, prout aliud testamentum, quo possit impugnare intentionem hæredis petentis immisionem, sequitur Farinac. decis. 711. num. 1. & 2. tom. 1. in recentior. & D. Maria de Castejon titulum diuersum producit, & habitum à persona, quæ testari non potuit, vel de bonis disponere, qui erant antiqui maioratus, quibus accedit incapacitas D. Iosephi minoris ad disponendum de dictis bonis, quæ est notoria, & comprobata ex sola titulorum inspectione, & sic D. Maria tantum allegat prædictam D. Mariam Damianam, non esse filiam sui patris, cum sit in notoria filiationis quasi possessione, & cognitio harum actionum, & replicationum requirit altiorem indaginem, & interim filia debet mitti in possessionem bonorum, ex traditis ab Argel. de legitim. contradic. quæst. 19. num. 15. vbi postquam hanc quæstionem latè disputauit, dicit, quòd quamuis constet bona esse feudalia, si aliqua tamen vrget ratio persuadens feminam esse successibilem, debet mitti in possessionem bonorum, non obstante exceptione feudalitatis, & quòd in his terminis procedunt fundamenta pro sua parte allegata ex num. 36. quod reperit de adipiscenda possessione quæst. 2. artic. 1. ex num. 323. & quæstio. 3. num. 488.

223 Quod comprobatur ex traditione ipsius Argel. de adipiscenda quæst. 3. num. 490. vbi resoluit, quòd quando ex inspectione testamenti constat filium possessionem petentem esse spurium, non potest remedium possessorium intentare, quia petitur virtute testamenti, in quo non potuit hæres institui, quòd latè prosequitur ex num. 501. cum sequent. atque ita D. Maria ex testamento sui consobri- ni possessionem bonorum petere non potest, quia cum sint maioratus, & ea extranea à parentela institutorum, maiorem incapacitatem habet ad succedendum, quàm spurius in bonis patris.

224 Et replicatio contra D. Mariam Damianam, quòd non sit soror vltimi possessoris maioratus, negari non potest, quod requirat altiorem indaginem, præmaximè existente in quasi possessione filiationis, & ita ex ea non potest dubia fieri exceptio, & oppositio supra dicta, Rota decis. 57. num. 4. & 5. part. 2. diuersorum, & per Farinac. decis. 526. num. 12. & 539. num. 9. part. 1. in recent. Manento cons. 141. num. 41. cum sequent. volum. 2. Garcia de beneficio. part. 1. cap. 5. num. 558. Posthum. de mutatione obseruat. 42. num. 143. vb latè probat, quòd exceptio non efficitur turbida, per replicationem actoris.

225 Et Garcia vbi proximè, nu. 559. refert quãdam decisionem coram Pamphilio in vna

- Imolens bonorum 21. Maij 1593. vbi quod ad impediendam missionem ex l. fin. admittitur exceptio defectus proprietatis, de qua in continenti docetur, non obstante quod videatur requirere altiore indagine, quādo illa altior indago oritur ex replicatione haredum, Argel. de adipiscend. poss. q. 2. n. 333.*
- 226 Deinde opponitur contra Dominicam Alvarez non posse esse legitimam contradictricem ad impediendam immissionem in possessionem D. Mariæ, quia non possidet bona, super quibus controuertitur.
227. 228. Ad quod respondetur primo, quod non intrat hæc oppositio, quia ex actis notum est neutram partem possidere, & sic sumus in alio ex membris distinctionis, Bart. in l. fin. C. de edict. D. Adrian. num. 21. de qua supra num. 222. vbi dicit, quod cum neutra pars possidet, discutiendum est de potioritate iurium, sequitur Rota decis. 184. num. 1. tom. 5. in recentior.
229. 230 Secundo, quod vt dictum est n. 211. 212. in nostro Regno ex l. 3. tit. 14. p. 6. sublata est disputatio Bart. quia ex dict. l. 3. efficitur legitimus contradicitor veniens ex alio testamento, quamuis non possideat.
- 231 Tertio, quod habens facultatem capiendi possessionem propria auctoritate, est legitimus contradicitor, quamuis non possideat, vt per Rotam decis. 185. num. 8. & 9. tom. 5. in recentioribus.
- 232 Quarto, cum Dominica Alvarez in hoc iudicio fuerit admissa, debet de suo iure cognoscit, quamuis ea principaliter iudicium possessorium non intentasset, Rota dict. decis. 185. num. 10. tom. 5. in recent. Castillo tomo 3. cap. 24. num. 161. cum tribus sequent.
- 233 Quinto, est etiam legitimus contradicitor de iure communi, qui docet in continenti de iure suo, etiamsi non possideat, Castillo dict. cap. 24. num. 165.
- Ex quibus manifestè apparet in hoc iudicio adipiscendæ potiora esse iura Dominicæ Alvarez.
- 234 Ordo iuris postulat, vt prius de possessorio, quàm de petitorio cognoscatur, & n. 235.
- 236 Præsertim quando suspenditur petitorium. Cap. Pastoralis, de caus. pos. Clement. vnica eod. tit. exornantur.
- 237 Suspendio petitorij operatur suspensionem iurisdictionis iudicis, ad hoc vt non possit de petitorio cognosci, nisi prius deciso possessorio.
- 238 Præsertim quando iurisdictionis est limitata.
- 239 Vel quando est commissio, vt iudex cognoscat de petitorio, & possessoria, quia adhuc de possessorio prius cognoscere debet.
- 240 Tertij oppositio non retardat prosecutionē litis pendentis, etiamsi vtriusque litigantis iura velit infringere, & num. 200.
- 242 Suspendio petitorij procedit, etiam respectu tertij oppositoris, quando ius suum est conuenum, cum iure perturbantis, & n. 243.
- 244 Commissio vt iudex procedat super petitorio, aut possessorio ad suum arbitrium, intelligitur vt prius de possessorio cognoscat, & arbitrium debet esse regulatum, & n. 45.
- 246 Arbitrium in Rota non intrat ad cognoscendum de petitorio omisso possessorio, constituto de possessorio, & n. 247.
- 248 Pars de tenuta cap. 70. explicatur, & num. 249.
- 250 Scriptura publica si de falso redarguatur, non probat, si non comprobetur, vsque ad 253.
- 254 Redargutio instrumenti resultat ex allegatione, quod non sit publicum, nec authenticum.
- 255 Antiquitas scripturarum debet aliunde probari, quàm ex ipsarum inspectione.
- 256 Antiquitas scripturarum non probat absque alijs adminiculis.
- 257 Notarij legalitas debet etiam probari exhibendo alia eiusdem instrumenta, cum quibus fiat comparatio instrumenti antiqui exhibiti.
- 258 Instrumenta antiqua per verba enuntiativa loquentia non probant ascendentiam, consanguinitatem, vel parentelam in antiquis, nisi de quolibet gradu absint duo instrumenta à diuersis personis emanata, & illis gratis.
- 259 Fama, vt probet in antiquis, debet probari duobus testibus, & num. 260.
- 261 Filiatio non probatur ex testamento antiquo, in quo aliquis, vt filius est heres institutus.
- 262 Verba enuntiativa in antiquis vt probent, debent esse præcisa, & necessaria ad actum qui geritur, & non otiose prolata.
- 263 Verba enuntiativa debent proferri à personis non suspectis, & interesse in enuntiatione non habentibus.
- 264 Identitas personarum probanda est.
- 265 Identitas probatur ex identitate nominis, cum duabus demonstrationibus. Bart. in l. demonstratio falsa, quasi. 7. num. 14. de condit. & demonstrat. exornatur.
- 266 Quæ resolutio procedit à fortiori in nominibus vulgaribus, quæ sunt Petrus, Ioannes, & Franciscus.
- 267 Legimitas ascendens debet plene probari.
- 268 Cognominis identitas, non probat consanguinitatem, cum alijs similis cognominis.
- 269 Familiarum diuersitas arguitur ex aliqua differentia inter eas.
- 270 Lotherius de re benefic. lib. 2. quest. 11. nu. 120. expenditur circa identitatem probandam.
- 271 Gratian. tom. 3. cap. 554. num. 56 declaratur.

- 272 *Nominis identitas non inducit identitatem persone, & num. 273.*
- 274 *Testis de auditu, nihil probat, & num. 275.*
- 276 *Tempus antiquum dicitur centum annorum & num. 277.*
- 278 *Allegans in loco non esse testes antiquos, debet id probare.*
- 279 *Fraternitas antiqua bene probatur, non probato communi stipite.*
- 280 *Antiquitas temporis quomodo fit computanda.
Decius consil. 13. num. 8. versic. Dato, expenditur.*
- 281 *Consanguinitatis dubia probatio eam non probat.*
- 282 *Testes de parentela in antiquis debent deponere cum requisitis, cap. licet ex quadam, de testibus, & quomodo id intelligatur, usque ad 284.*
- 285 *Parentela antiqua in causis grauis preiudicij debet probari cum requisitis d. ct. cap. licet ex quadam, & num. 286.*
- 287 *Quilibet gradus debet duobus testibus probari in antiquis.*
- 288 *Testes de auditu post motam litem, nihil probant, & num. 289.*
- 290 *Vno gradu, quo iungitur ascendenti, non probato, probatio corrumpitur.
Mantica decis. 88. n. 2. expenditur.*
- 291 *Ascendenti antiqua adminiculis probatur, dummodo quodlibet adminiculum sit perfectum in suo genere, & omnia tendant in eundem finem, usque ad 293.*
- 294 *Rota decis. 187. num. 8. & 18. tom. 5. in recent. expenditur.*
- 295 *Proclamata publicata super perquirendo domino alicuius rei, mouentia ut compareat, alias excludetur, confirmant dominium ad favorem illius, qui proclamata publicari curauit.*
- 296 *Scripturarum extractio, absque decreto iudicis fieri non potest, & n. 297.*
- 298 *Probationes super puritate sanguinis ad admissionem in Collegio habenti statutum puritatis sanguinis, non prosunt oppositori ad aliud Collegium simile statutum habens.*
- 299 *Valasc. consultat. 10. explicatur.*
- 300 *Probationes factæ in iudicio summario, non probant in plenario, etiam inter easdem partes.*
- 301 *Probationes factæ in iudicio non solum summario, sed in quo proceditur iuris ordine non seruato, non probant inter easdem personas.
Cap. veniens el. 2. de testibus, explicatur.*
- 302 *Probationes ad vnum finem factæ in vno iudicio, non probant in diuerso ad diuersum finem.*
- 302 *Probationes in vno iudicio factæ non probant in alio.*
- 304 *Instrumentum ex alio transcriptum nihil*
- probat, usque ad 306.
- 307 *Archiuum Monasterij priuati robur, non prestat instrumentis in eo inuentis.*
- 308 *Archiuum publicum robur non prestat instrumentis, non probato quod ex eo extracta fuerunt, & quod ibi per multum temporis spatium fuerunt custodita.*
- 309 *Diuersitas personarum arguitur ex diuersitate demonstrationum, usque ad 312.*
- 313 *Testes de auditu ubi admittantur, debent concorditer deponere, & quilibet defectus eos repellit.*
- 314 *Probatio de auditu nihil probat, quando auditus in aliquo prosternitur.*
- 315 *Garcia de nobilitate glos. 18. §. 1. num. 13. expenditur.*
- 316 *Fama in antiquis ut probet, debet esse constans, & perpetua, illa fa, & inuariabilis apud omnes.*
- 317 *Nihil contra eam debet obstare.*
- 318 *Testes inter se contrarij, siue ab eodem, siue à diuersis producantur nihil probant.*
- 319 *Instrumenta ut sint antiqua, debet eorum data centum annos excedere, & tempus litis debet de antiquitate adimi, & deduci, & num. 320.*
- 321 *Probatio consanguinitatis inter transversales strictius facienda est.*
- 322 *Et requiritur, quod probatio concludat de tractatibus inter eos.*
- 323 *Tractatus leuè adminiculum consanguinitatis est.*
- 324 *Cum facile possit aliquis frater, & consobrinius vocari.*
- 325 *Tractatus, & nominatio ad probandam parentelam in re graui nihil probant.*
- 326 *Possessor maioratus non potest in agnitione alicuius consanguinei successoribus preiudicare.*
- 327 *Hæredi ab intestato sufficit, quod oppositores suam consanguinitatem dubiè probent.*

ARTICVLVS QVINTVS.

Contra Gabrielem de Vargas, & ceteros oppositores, qui se huic causæ opposuerunt, hæc bona esse maioratus intendentes.

234 **H**Æc causa in possessorio adipiscendæ l. fin. C. de edict. D. Adrian. tollend. & l. sorie decidenda est.

Nam libellus Dominicæ Alvarez præcisè petitorium adipiscendæ concludit, suspenditque petitorium, & protestatur non consentire, quod de proprietate disceptetur, & cum oppositores ius proprietatis in discursu litis immiscuisent, Dominica Alvarez contradixit, petijtque repelli articulos proprietatem concernentes, & cum hoc iudex, qui de negotio cognouit, ad definitiuam reuerasset, appellatione interposita a Dominica Alvarez obtinuit sententiam, per quam fuit con-

firmata prima, & iussum, quod talis diffinitiva litise esse super possessione, & ita in ea decidenda est.

235 Primò, quia hoc petit iuris ordo, quia cum nullus ex oppositoribus sit possessor, necessarium est, quòd prius iudex vnum ex eis mittat in possessionem, cuius respectu alij sint auctores, l. ordinarij, C. de reuendicatione, l. incerti, C. de interdictionis, l. si de vi, ff. de iudicijs, Decius consil. 407. in principio, & consil. 424. num. 2. & hoc procedit etiam de iure Canonico, Abbas in capit. cum ad sedem, de restitutione spoliatorum, Gozadin. consil. 10 num. 13. Argel. de legitimo contradictor. quest. 2. artic. 1. num. 39. cum duobus sequentibus, Posth. de manutatione obseruat. 7. num. 15. versic. Cum ordo iuris sit, vbi pluribus decisionibus citatis dicit ordinem iuris esse, vt prius de possessione, quam de proprietate cognoscatur, Paz de tenuta cap. 70. num. 1. & sequent. & num. 8. Rota per Farinac. decis. 507. num. 8. tom. 2. in posthum.

236 Secundo hoc planius procedit, cum Dominica Alvarez suspenderit petitorium, petieritque, quòd de possessorio cognoscat, quam suspensionem de iure potuit facere, cap. Pastoralis, de causa possessionis, & proprietatis, Clement. 1. eodem titulo, Rota per Ludouif. decis. 307. num. 19. Marefcot lib. 1. variar. cap. 36. num. 1. & 2. vbi post Rotam, & alios dicit hanc suspensionem, vt prius de possessorio, quam de petitorio cognoscatur, procedere in quolibet interdictione possessorio, tam adipsicendam, quam retinendam, & recuperandam possessionis, & quòd hæc suspensio potest fieri semel, & pluries, Rota decis. 8. de causa possessionis, in nouis, Marefcot. dict. capit. 36. num. 5. & potest fieri hæc suspensio in prima, secunda, & tertia instantia, Marefcoto ibi numer. 6. & 7. quod probatur in dict. Clementin. 1. de causa possessionis, cuius decisio procedit etiam in profanis, Paris. consil. 70. num. 9. lib. 3. Gozadin. consil. 10. num. 21. Marefcot. dict. cap. 36. num. 7.

237 Tertio, suspensio petitorij operatur, quòd iurisdictione iudicis suspendatur, ita vt non possit, nisi de possessorio cognoscere, Socin. in l. rem, quæ nobis 9. num. 19. versic. Secunda variatio, ff. de acquirend. possess. Marefcot. dict. cap. 36. num. 5. Posth. dict. obseruat. 7. num. 21. & 22. vbi addit suspensionem tollere iurisdictionem iudicis, ita vt non possit de petitorio cognoscere.

238 Quarto, hæc conclusio est indubitabilis extante re iudicata iam relata, quæ præcipitur sententiam diffinitiuam in hac causa proferendam debere esse super possessorio, Posth. d. obseruat. 7. n. 26. qui loquitur in casu difficiliori, quando commissio iudicis est, vt procedat super possessorio, & hic habemus rem iudicatam, vt illud solum decidatur.

239 Quinto idem procederet, si commissio esset, vt super possessorio, & petitorio procederetur, quia adhuc suspensio petitorio commissio exequenda esset, pronuntiando super possessorio tantum, Posth. dict. obseruat. 7. num. 52. & 53.

240 Nec obstat dicere pro parte D. Ioannæ Zuritæ eam se opposuisse liti iam exceptæ inter Dominicanæ Alvarez, & D. Mariam de Castejon, & quòd debet super proprietate audiri, & sic debet intelligi suæ oppositionis admissio.

241 Nam respondetur primò, in admissione dictæ oppositionis disceptatum fuisse de vulgaris, ac quotidiana questione, vt rùm tertius liti se opponens ad infringenda iura litigantium, debeat admitti in statu, & terminis, in quibus causa reperitur, vel debeat ipsius profuquutio retardari. In qua questione diuersæ sunt opiniones, & certior est resolutio Couarru. in practicis cap. 14. num. 4. dicentis litem inter collitigantes retardandam non esse, quæ resolutio communiter recepta est, vt per Rouit. decis. 1. num. 12. versic. Alij verò fuerunt, & in hunc modum fuit decretum Curie Prætoris, quòd cum dicto temperamento fuit à Senatu confirmatum, concedendo prædictæ D. Ioannæ breuem terminum, ad hoc vt de iure suo potuisset docere, & sic credendum est Senatam hoc tenuisse, & noluisse iudicium possessorium vulnerare, nec inhibitionem per rem iudicatam decretam moderari.

242 Secundo, quia quando ius tertij oppositoris opponentis se iudicio possessorio connexum est cum iure litigantium, videtur in spolio, & perturbatione consentire, & sic respectu, ipsius petitorij suspensio procedit, Butr. in cap. in literis, de restitut. spoliator. num. 23. & ibi Beron. num. 102. versic. Vel dici potest, & num. 103. Rota per Farinac. decis. 23. num. 2. part. 1. in recentior. Cancelet. lib. 2. variar. cap. 16. num. 93. in 2. editio. quod mirè huic calui conuenit: nam ius D. Ioannæ de Zurita connexum, & coniunctum est iuri ligatium, cum omnes prætendant bona esse maioratus: ex quo impeditur Dominica Alvarez apprehendere possessionem bonorum, super quibus lis vertitur.

243 Denique nulla potest esse disputatio, cum habeamus rem iudicatam, quòd lis super possessorio terminetur: itaque Senatus, qui oppositionem D. Ioannæ admisit, eam moderatus fuit, vt solum esset super possessorio.

244 Nec obstat, si iterum à dicta D. Ioannæ opponatur, quòd attentata æquitate iuris Regij debet pronuntiarì super petitorio, & possessorio simul, iuxta quandam singularem resolutionem Francisci Sarmiento, quæ ad hoc solet allegari.

245 Cui satisfit primò, quòd cum sit res iudicata, ad hoc vt prius de possessorio, quam

de petitorio cognoscatur, esset eam in pugna-
re, vel contradicere, si prius vel eodem tem-
pore de petitorio cognoscatur, vt in simili
probat Loher. *de re beneficiaria lib. 1. questio.*
38. num. 103. 104. 105. Rota decij. 348. num.
4. part. 1. diuersorum, & cum eis Posthum. de
manutentione obseruat. 7. num. 54. qui dicunt,
quod etiam si in commissione dicatur, vt pro-
cedatur tam in possessorio, quam in petito-
rio, iuxta arbitrium iudicis: adhuc hoc arbi-
trium extendi non potest ad cognoscendum
de petitorio reiecto possessorio, quia esset cō-
tra iuris ordinem, & dispositionem, & arbi-
trium debet esse regulatum, & iuris commu-
nis regulis conforme, Rota *decij. 365. num. 4.*
& *decij. 547. num. 1. & 558. num. 1. part. 1. in*
recentior. Ludouic. decij. 189. n. 3. & decij. 221.
n. 1. & 416. n. 4. & 405. n. 1.

246 Secundo, quod etiam in Tribunali
Supremo, & in Rota nunquam intrat arbi-
trium ad cognoscendum de petitorio, con-
sulto de possessorio, Rota per Farinac. *decif.*
177. num. 1. 2. 3. part. 2. in posthum. reddens
rationem, quod arbitrium debet esse regula-
tum, & iuris communis regulis conforme, &
cum iure dispositum sit in l. *ordinarij, C. de rei-*
vindicatione, & in l. incerti, C. de interdicitis,
quod prius cognoscatur de possessorio, quam
de petitorio, Rota non potest arbitrari, quod
hic ordo peruertatur, & quod prius de petito-
rio cognoscatur, omisso possessorio, eadem
Rota apud Farinacium *decif. 365. num. 9. &*
476. in principio, & per totam, part. 1. in recent-
ior. & decif. 542. & decif. 698. part. 2. in re-
centior. vbi hæc resolutio fuit approbata, quod
arbitrium, quo Rota potest vt, non intrat
quando constat de remedio possessorio alicui
competenti.

247 Ex quibus patet Gabrielem de Varg-
gas & contortes hæc bona, tanquam maio-
ratus petentes audiri, non debere in hoc iudi-
cio, cum illis obstat exceptio rei iudicatæ, per
quam eis remedium tenuræ fuit denegatum
in his bonis.

248 Nec pro se possunt allegare Paz de
tenuta cap. 70. qui resoluit remedium posses-
sorium super bonis maioratus posse intentari
in Cancellaria, & illud prosequi postquam ad
eam causa per Senatum remissa est: quia hoc
procedit, vt ipse asserit, quando causa tenuræ
non decisa remissa est ex Senatu ad Cancellaria-
m, sed quando iam decisa remittitur, obstat
l. 10. tit. 7. lib. 5. *Recopilat. ad hoc vt non pos-*
sit iterum de iudicio possessorio agi.

249 Et quamuis ex his videatur opus non
esse agere de exclusionem horum opposito-
rum, ne tamen videat difficultatem
effugere, accedo ad articulum

sexturn.

ARTICVLVS SEXTVS.

In quo probatur, Gabrielem de Vargas, & cete-
ros oppositores hæc bona, tanquam maioratus
pretendentes, non esse consanguineos,
nec de familia fundatorum.

250 **V**T clariùs procedatur, de exclusio-
ne cuiuslibet oppositorum sigilla-
tim agendum est.

Exclusio Gabrielis de Vargas.

251 **E**Xclusio huius oppositoris procedit,
etiam si causa super petitorio esset
decidenda.

252 Quia suam prætensionem fundat in
probatione scripturarum, & testium, & neu-
tra illi potest optulari.

253 Primò, instrumenta ab eo producta
de falso sunt redarguta à Dominica Alvarez,
& cum non sint comprobata, fidem non fa-
ciunt, l. 115. tit. 18. part. 3. & cum Roderic. Sua-
rez, Paz in *prax. 1. tom. p. 4. cap. 3. n. 16 ad fin.*
Parlad. lib. 2. vsr. quotid. cap. fin. 1. part. 5. 11. n.
14. Simon de Præcis de interpret. vlt. volunt.
lib. 5. interpret. 2. dubit. 2. solut. 4. n. 107. folio
542. col. 3. Menoch. lib. 2. præsumpt. 78. n. 2.
Malcard. conclus. 1097. n. 1. Pacian. de probat.
lib. 2. capit. 21. num. 23. optimè Gonzalez ad
regul. 8. Cancellarie gloss. 64. n. 6.

254 Ex iuxta resolutionem Gregorij in
dict. l. 115. gloss. 1. vers. *Sed si non ita dicatur,* ad
redargutionem sufficit negare instrumentum
esse publicum, ad hoc pars producentenca-
tur illud comprobare.

Nec obstat dicere, antiquitatem scriptura-
rum illas sufficere comprobare absque alia
verificatione, quia excedunt centum annos.

255 Primò, quia de antiquitate scriptura-
rum debet constare aliter, quam ex earum in-
spectione, quia qui instrumentum falsum fa-
bricat, et sicere potest, vt ita conficiatur, vt ap-
parere videatur antiquum, Rota per Putcum
decif. 186. num. 2. lib. 3. in 2. edit. ibi: Quia quod
instrumentum esset antiquum non probatur ex
sola data, cum potuisset per de nouo sub illa da-
ta, sequitur Ludouic. decif. 393. num. 2. & ibi
addit. lit. A. Rota decif. 187. n. 10. & 11. tom. 5.
in recent. editio anno 1636. Burat. decif. 290. n. 8.
& ibi additio, lit. C.

256 Secundo, quod ultra antiquitatē scrip-
turarum requiruntur alia adminicula, Cor-
neus *consil. 142. num. 2. lib. 3. & consil. 24. lib.*
4. Craucta de antiquitate temporum 3. part. se-
ctio. vidimus in genere num. 3. folio mihi 123.
& Capit. Galcot. tom. 2. controuersiar. 53. num.
27. & sequent. dicit antiquitati instrumenti nõ
esse dandam tantam autoritatem, vt omnia
suppleat.

257 Tertio, quia ad hoc, vt prædictæ scrip-
turæ aliquod timentum haberent, necessa-
rium erat exhibere alia instrumenta, quæ indu-
bita-

bitabiliter essent eorundem notariorum, coram quibus exhibita confecta fuere, & quod cum illis cōpararentur, & in omnibus similia, & indiferepantia essent, vt per Rotam *decisio*. 199. n. 31. d. tom. 5. in recentio. edito anno 1636. *Gonçalez ad reg. 8. Cancell. gloss. 64. num. 11.* vbi quod requiritur ad cōprobationem scripturarum, quod constet de legalitate notarij, & de recognitione manus, & ligni, & hoc præcipuè quando agitur de re grauis præiudicij, vt ibi num. 13. quod in hoc casu deficit.

258 Quarto, quia ad hoc quod instrumenta antiqua de filiatione, fraternitate, consanguinitate, per verba enuntiativa loquentia, cā probent, vltra antiquitatem requiritur, quod de quolibet gradu ad sint duo ad minus instrumenta à diuersis personis emanata, & quidem grauibus, & absque aliqua suspicione, quibus fides danda sit, vt per Aretin. in capit. cum causam, de probationibus num. 22. & ibi Felin. nu. 4. Peregrin. art. 43. num. 84. Marescot. lib. 1. variarum capit. 10. num. 6. Garcia de beneficijs part. 7. cap. 15. num. 32. & sequent. & part. 12. cap. 2. num. 254. 257. & 259. Farinac. *decisione* 295. num. 6. & 7. part. 1. in recent. Franchis de cis. 357. num. 3. Castilho tom. 6. cap. 123. num. 8. & 9. Genua de verbis enunt. lib. 2. capit. 1. n. 63. 85. Bardelon. *consil.* 49. num. 27. & 28. & num. 48. Loth. de re beneficiaria lib. 2. *quest.* 111. num. 110. *versic.* Si verò agatur, & num. 111. Trentacinq. lib. 1. variar. titulo de verb. significat. *resolut.* 2. num. 84. Riccio in *praxi iuris patronatus resolution.* 157. num. 4. colum. 2. Capitius Galeot. tom. 2. *controuerf.* 53. num. 32. Alphons. de Leon. de offic. capellan. *questio* 4. *prax.* 3. num. 161. & sequent. pag. 282. 283. Ferrentil. ad Burat. *decis.* 172. à num. 33. vbi ad longum.

259 Et ratio horum est, quia ex instrumentis antiquis aliquid enuntiantibus inducitur fama, Bart. Baid Albert. & cæteri Doctores in l. cum aliquis, C. de iure deliberand. at verò dubitari non potest eam non probari ex depositione vnius testis super ea concludenter deponentis: à fortiori ergo probari non debet ex vnico instrumento, vel ex pluribus ab eisdem partibus emanatis, vt arguunt prædicti Doctores in l. cum aliquis, C. de iure deliberandi, Socius Senior *consil.* 194. num. 9. *versic.* Quod dicitur, lib. 2. Menochius *consil.* 409. num. 9. & 10. lib. 5. Farinac. *decis.* 160. num. 6. vbi de verbis enuntiativis in antiquis, quod non probent, si in vnico instrumento fiat enuntiatio, & *decis.* 163. num. 2. qui loquitur de diuersis enuntiativis antiquis: vltra cursum ceterum annorum, quæ emanarunt à diuersis personis, & in diuersis scripturis, & ait quod resultat probatio famæ, & *decis.* 169. num. 2. vbi quod vnica enuntiativa in antiquis nihil probat, & *decis.* 202. num. 1. & *decis.* 211. num. 1. & *decis.* 295. num. 7. vbi de pluribus enuntiativis ema-

natis ab eisdem personis, quod nihil probent, & *decis.* 312. num. 6. & *decis.* 472. num. 1. & *decis.* 541. num. 3. part. 1. in recent. vbi hæc conclusio late comprobatur, Mantica *decis.* 88. n. 4. Rota *decis.* 84. num. 4. vbi de duabus enuntiativis accedentibus pluribus instrumentis, in quibus ea enuntiativa refertur, & *decisio*. 366. num. 5. vbi de enuntiativa vnici instrumenti, quod etiam in antiquis nihil probet, tom. vnico diuersorum edito anno 1636. seu tom. 5. in recent. idem tradit Trentacinq. *dict.* *resolutio*. 2. num. 74. Genua *dict.* lib. 2. de verbis enuntiativis, cap. 1. num. 64. 65. Ex quibus hæc est communis, & vera *resolutio*.

260 Et iuxta eam non potest Gabriel de Vargas assertam descendentiã à Didaco de Cuerba comprobare ex illis duabus scripturis.

261 Nam ex testamenti scriptura solum potest probari Didacum de Cuerba institutum fuisse hæredem à Ioanne Gonçalez de Cuerba, sed non fuisse eius filium: cuius declarationi non est standum, vt per Marescotum lib. 1. cap. 70. num. 7. Loth. d. *quest.* 11. num. 112. qui resoluunt ex testamento antiquo, in quo quis est institutus, vt alterius filius, non probari filiationem, & conducunt tradita per Ciriaco. tom. 2. *controuerf.* 281. n. 22.

262 In his etiam terminis necessarium est, verba enuntiativa ad probandam in antiquis famam, esse præcisa ad actum, qui celebratur, & non otiosè prolata, aut inutiliter, vt per Matheslan. *singul.* 79. Loth. vbi proximè num. 111. & ideo verba scripturæ venditionis domus, in qua Didacus de Cuerba, & reliqui vendunt eam Secretario Camanes, assertentes esse fratres, & filios suorum parentum, non conducunt ad prædictam venditionem, siquidem sufficeret quod domus eorum esset.

263 Quibus additur, quod si hodie in humanis esset Didacus de Cuerba, & ageret de probanda sua filiatione, certum est reliquos fratres in scriptura contentos in testes examinatos non fore idoneos testes, cum sint fratres, & ideo verba enuntiativa ab eis prolata, non probant propter hoc interessè, vt per Aretin. in capit. cum causam de probat. num. 13. & 17. vbi Felin. *notab.* 4. Mantica. *decis.* 88. num. 4. Rota per Farinac. *decis.* 678. num. 5. circa finem tom. 1. in *posihum.* vbi hæc ponderatio facta fuit, scilicet verba enuntiativa, quæ ponderabantur procedere ab interessè habentibus, & quod etiam enuntiativa erat vnica tantum, quæ indiuidualis est *decisio* ad reprobationem venditionis scripturæ, & illationis ex ea factæ.

264 Quinto, quod quando constaret euidenter extitisse Didacum de Cuerba, & fundatricis fratrem fuisse, & similiter Gabrielem de Vargas descendere à quodam Didaco de Cuerba, adhuc non posset obtinere, debebat enim probare identitatem ascendentis, & esse

fratrem prædictæ fundatricis, vt per Mascard. *conclus. 874. identitatem alicuius rei num. 11. & 12. & de probanda identitate personarum, Bart. in l. 1. num. 3. ff. si vnus ex pluribus, Decius consil. 13. num. 9. qui loquitur in nostro casu, Menoch. lib. 6. præsumpt. 15. num. 37. & 38. Galganco de condit. part. 2. capit. 2. quæst. vlt. num. 8. pag. 265.*

265 Et ad probandam personæ identitatem, non sufficit probare extirile quendam hominem tali nomine appellatum; sunt enim necessariae aliæ duæ demonstrationes cognominis, & patriæ, aut aliæ similes, ex doctrina Bart. communiter recepti in l. falsa demonstratio. ff. de condit. & demonstrat. quæst. 7. num. 14. vbi exemplificat quando quis vocatur Petrus Martinus de Perusio: quo casu interueniunt nomen, cognomen, & patria, sequitur Decius d. consil. 13. num. 9. Menochio lib. 6. præsumptio. 15. num. 40. & sequent. Galgancet. dict. p. 2. c. 2. quæst. vlt. ex n. 9. cū sequent. pag. 265. Mascardo volum. 7. conclus. 504. demonstratio falsa n. 2. Lotherio de re benefic. lib. 2. quæst. 11. num. 121. 122. vbi quod ex identitate nominis, & cognominis non probatur personæ identitas, sed requiritur alia demonstratio, Ciriaco tom. 2. controuers. 281. num. 25. & 26. & num. 33. Mieres 2. part. q. 7. n. 96. in 2. edit.

266 Quod præcipue procedit in nominibus communibus, & frequētibus, veluti Ioannes, Franciscus: tunc enim requiruntur etiam aliæ demonstrationes, vt per Decium dict. consil. 13. num. 9. Ciriaco dicta controuers. 281. n. 25. & 33. quæ resolutiones Gabrielis de Vargas prætensionem excludunt, cū deficient propositæ identitates.

267 Sexto deficit etiam probatio legitimæ Didaci de Cuerba, & quod fuisset frater legitimus fundatricis, vt per Mascardum *conclus. 512. num. 12. Ciriaco dicta controuers. 281. num. 15. & 16. & cum sequent. & num. 23.* qui probat simul cum identitate personæ necessarium esse probari legitimam ascendentis, à quo intenditur deriuari consanguinitatem, vt tradit ibi num. 19. si enim dictus ascēdens fuisset illegitimus, hoc notaret descendente, quamuis ex sua persona fuisset legitimus, taliter quod ei ad succedendum obstatet illegitimitas, vt in l. fin. C. de naturalibus liberis, vt ibi num. 20. & 21. & plenè resoluit Cancet. lib. 1. variarum capit. 5. num. 66. & 67. in 2. editione, vbi quod legitimitas ascendentium debet probari.

268 Septimo, quia etiam familia diuersa est, tum quia licet fundatrix appellaretur Catherina de Aguilera, vt patet ex fundatione, si asserti patres vocati fuere Ioannes Gonzalez de Cuerba, & Ioanna Gonzalez, non percipitur ex hac lite, ex qua parte cognominetur Aguilera: tum etiam, quia licet eius nomen fuisset Catherina de Cuerba, ex identitate cog-

nomini non præsumitur, nec inde citur consanguinitas, vt tradit Signorolus de Homodeis consil. 81. num. 5. vbi ex hoc i. fert Mediolani quamplures cognominari Homodeis, & non esse eius consanguineos, Menoch. consil. 331. num. 14. & sequent. volum. 4. & præsumptio 88. num. 18. in additione ibi posita, pag. 19. colum. 1. late Ciriaco dicta controuers. 281. num. 29. & 30. & sequent.

269 Octauo, quia cū sit Didacus de Cuerba vicinus, & originarius oppidi de Vailecas, & familia de Cuerba, de qua descendit testatrix, habeat originem Matriti, præsumuntur familiæ diuersæ, vt per Menochium lib. 6. præsumpt. 15. num. 49. qui loquitur in duabus familijs eiusdē ciuitatis, & cognominis, quæ præsumuntur diuersæ, & non coniunctæ inter se, ex aliqua demonstratione diuersificatiua, Galganco de condit. lib. 2. capit. 2. quæst. vltim. n. 22. pag. 269. Mieres 2. part. quæst. 7. num. 97. vbi tradit, quod quando agnationi est coniuncta aliqua qualitas, quæ significat pluralitatem agnationis, præsumuntur plures agnationes, & non vnica. Pulchrè Ciriaco dicta controuers. 281. num. 28. vsque ad 32. vbi loquitur de duabus familijs diuersarū ciuitatum, & ait, quod si non probetur vnā ex alia deriuari, præsumuntur diuersæ.

270 Denique, vt ait Lotharius lib. 2. dict. quæst. 11. num. 120. est necessarium identitatem personæ præcisè probari, sine vilo æquiuocationis serupulo; facillimè enim potest accidere, quod inueniantur à multis annis duo homines eiusdem nominis, quod in nostro casu deficit: non enim est probata identitas Didaci de Cuerba.

271 Ex quibus satisfat allegatis in contrarium, ex Gratiano tom. 3. cap. 554. num. 56. & alijs Doctoribus ad probandum identitatem præsumi ex nomine, & cognomine: nam hæc resolutio, aut debet intelligi quando non dubitatur de persona, aut erit falsa, vt ex Bart. & alijs diximus supra num. 265.

272 Et Lotharius de re beneficiaria libro 2. quæst. 11. num. 121. cum Bart. & alijs probat nominis identitatem, non inducere identitatem personæ.

273 Ex quibus omnino patet scripturam probationem minimè Gabrielis de Vargas prætensionem coadiuuare.

274 Secunda probationis species in testium depositionibus consistit, ex quibus Gabriel de Vargas intendit probare se à prædicto Didaco de Cuerba originē trahere, quod non consequitur: in articulo enim octauo articulauit Ioannam de Aguilera abauam prædicti, fuisse filiam legitimam Didaci de Cuerba, & Theresiæ de Vargas eius vxoris: & hoc nullus testis concludit, neque prædicto articulo respondet, præter Dominum Philippum de Vera in iudicio tenutæ productū, qui tempore,

posse, quo deposuit, erat ætatis 55. annorum, & deponit de auditu, circa prædictam filiationem, & in reliquis articulis, in quibus Gabriel de Vargas agit de probanda ascendente, vsque ad dictos Ioannam de Aguilera, & Didacum de Cuerba nullus testium eam concludit.

275 Ex quo non potest dictam ascendentiam prætere, licet pro se haberet quamplures testes de auditu, non enim probant, iuxta *cap. licet ex quadam de testibus, l. 28. tit. 16. part. 3. Farinac. de testib. q. 69. n. 2.*

276 Sine eo quod obiter replicare, quod in probanda ascendente antiqua ob probationis difficultatem sufficiunt testes de auditu.

277 Nam satis fit primo, quia attendenda verior, & communior sententia, tempus antiquum in hac materia dicitur illud, quod centum annorum spatium excedit, vt per Farinacium *de testibus quest. 69. num. 142. & pluribus congestis Castillo tom. 6. cap. 122. num. 25. fol. 74. colum. 4. Lotherius de re beneficiaria lib. 2. quest. 11. num. 100. cum sequent. vbi ait hanc opinionem in Rota obseruari.*

278 Et non obstat replicare, in oppido de Vallecas, vbi probatio facta fuit, non esse testes antiquos: nam hoc est ridiculum, sunt etenim, & si fortè non sint, hoc deseruiet, vt ex defectu probationis in causa non obtineat, & vt aduertit Præcis *lib. 5. dubitat. 4. num. 244. fol. 549. colum. 3. in hoc casu debet probari in illo loco homines parum viuere, & non reperiiri homines maturæ ætatis.*

279 Secundo hoc præsupposito, non potest in contrarium intendi in præsentem versari in tempore antiquo, circa probationem dictæ ascendente: nam licet tempus antiquum sit quoad probandum Didacum de Cuerba fuisse filium parentum Catherinæ de Aguilera, nõ est antiquum ad probandam fraternitatem cum ea, quod sufficeret iuxta communem opinionem, quod ad probandam consanguinitatem, non requiritur probatio communis stipitis, & sufficit probare fraternitatem, *cap. tuos de cons. & affinitat. Peregrin. arict. 43. n. 64. Mieres 2. p. q. 7. n. 94.*

280 Atque ita sufficeret probare Didacum de Cuerba, & Catherinam de Aguilera fuisse fratres, & hoc non est tempus antiquum, non enim constat de tempore mortis prædictæ Catherinæ, & à die mortis Didaci de Cuerba parum temporis spatium excessit: nam in probatione, quæ per Collegium Seguntinum facta fuit pro receptione Magistri Zarate, Petrus Benito senior, & alij testes deponunt se cognouisse, & pertractasse Didacum de Cuerba, quæ probatio facta fuit anno 1567. & ideo potuit esse eodem anno eum vidisse, & pertractasse, aut paucis ante, & hoc modo computatione facta, non est tempus antiquum illud, in quo Didacus de Cuerba iucundissima huius

Lucis vsura fruebatur, vt notabiliter in his terminis arguit Decius *consil. 13. num. 8. versic. 2. dato quod ista instrumenta*, vbi ait, quod cum non sit necessarium probare stipitem communem, sed solum consanguinitatem inter ascendentes, non poterat dici tempus antiquum dicto modo tempore computato, & Dominice Aluarez sufficit ad obtinendum contra Gabrielem de Vargas hoc dubium esse, *glossa in cap. in presentia de probat. Surd. consil. 151. nu. 48. & consil. 168. n. 42.*

281 Et in puncto ad successionem, ita arguit Rota *decis. 75. num. 3. 4. apud Vibianum de iure patronatus, Fular. quest. 615. n. 5. Marta de success. legali part. 4. quest. 22. art. 1. num. 16. usque ad 19. & part. 3. quest. 1. art. 1. num. 18. qui resoluunt dubiam parentelæ probationem contra probantem retorqueri.*

282 Tertio, quia nullus ex testibus, qui de præsentia consanguinitate deponunt, concludit cum requisitis *cap. licet el. 3. de testib. l. 20. tit. 6. part. 4. quæ sunt plura, vt ex illis iuribus patet. Et licet ex eo quod hi textus loquantur in probanda parentela antiqua ad dissoluedum matrimonium, sint aliqui Doctores, qui eorum dispositionem solum ad illum casum restringant, vt per Gregorium in d. l. 20. gloss. 1. Peregrin. art. 43. num. 81. & cum pluribus Castillo tom. 5. c. 122. n. 22.*

283 Alij quamplures Doctores contrariam opinionem sequuntur, vt scilicet horum iurium requisita procedant in probatione consanguinitatis antiquæ ad quemcumque effectum, vt tradit Castillo *dict. cap. 122. ex num. 9. fol. 68. colum. 4. qui omnes Doctores, qui de hac questione egerunt, recenset.*

284 Inter quas opiniones concordia est, quod in alijs materijs, præter matrimoniales, non requiruntur omnia requisita *cap. licet ex quadam*, licet aliqua eorum requirantur, vt per Farinac. *de testibus quest. 69. num. 140. vbi ait testes in hoc casu debere esse graues, & necessarium esse, quod nominent alios, à quibus audierunt ad minus duos vnusquisque, & quod hi debent esse fidedigni, & non suspecti, neque habentes in causa interesse, & debent etiã dicere se credere pro certo illud, quod audierunt, & num. 141. addit debere etiam dicere, ita audiuisse ab alijs maioribus, & senioribus, quam resolutionem sequitur, & comprobatur Castillo *dict. cap. 122. num. 24. folio mihi 73. colum. 3.**

285 Et in hoc etiam notanda est resolutio Rotæ per Mantice *decis. 307. sub n. 3. versic. Nec obstat*, vbi dicit, quod in rebus magni præiudicii descendente antiqua probanda erit cum qualitatibus *dict. cap. licet ex quadam*, Lotherio *de re beneficiaria lib. 2. quest. 11. num. 97. cum sequent. vbi hoc bene explicat Trentacinq. lib. 1. variarum resolutio. 1. de filiatione*

num. 13. fol. 97. vbi subdit sex requisita, quæ debent habere testes deponentes de parentela antiqua, Gratian. tom 5. cap. 969. num. 10 & 13. vbi idem dicit quoad gravitatem testium, & quod audiuerint ante litem motam.

286 Et etiam necessaria est distinctio graduum, Mantica. decis. 88 num. 2 Riccio in præxi iuris patronatus resolut. 155. n. 1.

287 Et etiam requiritur, quod unusquisque gradus duobus testibus comprobetur, & si fiat de auditu, inter se concordent, referentes ab eisdem audiuisse: aliàs enim erunt testes singulares, Marefcot. lib. 1. variar. cap. 70. n. 8. Lotharius de re beneficiaria dicit. quasi. 11. num. 108. & sequentibus. Garcia de nobilitate glos. 18. §. 1. num. 14. à tergo, versic. 1. Sed adverte ad unum, vbi ait hanc materiam testium de auditu immutatam esse per l. 29. tit. 16. part. 3. quæ solum admittit hanc probationem in probando opere antiquo, & ait in alijs materijs fidem non facere, & quod idco in Castellæ Regnis debet observari prædicta lex partitæ.

288 Quarto, debet multum animaduerti, quod ad hoc vt Gabriel de Vargas probe descendentiã à D. Didaco de Cuerba, non solum debet probare se nepotem dictæ Annæ de Grado, sed etiam prædictam fuisse neptem Didaci de Cuerba.

289 Quod verificare intendit ex art. 7. in quo proponit eius auiam fuisse filiam Ioannis de Grado, & Ioanne de Aguilera, & nullus testium productorum aliquid, circa hanc consanguinitatem concludit: nam Licent. Petrus de Camargo deponit audiuisse à Licentiate Francisco de Zarate, qui cum sit pars formalis, nihil probat, vt supra dictum est num. 263. & Isidorus Alphonsus deponit de auditu post litem motam, & idco non probat, vt per Gratian. tom 5. cap. 969. num. 11 & 13. & reliqui testes deponunt de auditu vago, & alij audiuisse ab alijs, quos non nominant.

290 Ex quo resultat euentissima probationis Gabrielis de Vargas exclusio: nã quantumcumque extrema fuissent probata (quod negatur) nempe Didacum de Cuerba esse fratrem fundatricis, & Gabrielem de Vargas esse nepotem Annæ de Grado, non probata ascendentiã media, quæ vnit & coniungit hæc extrema, asserta probatio penitus euanescit, vt in terminis tradit Rota apud Mantica. decis. 88. num. 2. ibi: Et quidem vt descendentiã probetur, singuli gradus distincti probari debent, ad id vt si deficiat probatio vnus gradus, aliorum etiã graduum consequentiã destruitur, capit. licet ex quadam, ibi: Singulos gradus de testibus, Bald. post Innocent. in cap. series num. 1. & 3. eodem titulo, Cepola consil. 43. num. 3. & 4. in ciuilibus, Decius consil. 321. num. 6. & 7. & fuit resolutum in causa Sutrina beneficij coram R. P. D. Pamphilio die 18. Decembris 1587. Vnde licet probatum esset Antiochum esse filium Angeli, qui

fuit filius Philippi Maria: non tamen hæc probatio concludit, nisi etiam probetur, quod Philippus Maria descendat ab is, quibus fuit ab initio concessum ius patronatus, eandem decisionem transcribit Riccio in praxi iuris patronatus decis. 155.

291 Nec obstat replicare, quod quando Gabrielis de Vargas probationes non essent perfectæ, & concludentes qualibet de per se, deberent iungi, & colligi, & faciendam plenam assertæ ascendentiã probationem.

292 Ad hoc enim erat necessarium, quantumlibet coniecturam, & adminiculum esse perfectum in suo genere, ex doctrina Bartoli in l. admonendi de iur. iurand. n. 48. Gutier. practice. lib. 3. q. 12. n. 3 Rota per Farinac. decis. 1. post tom. 2. cons. crimin. Cornazan. decis. 85. n. 8. & sequent. Marra voto 45. num. 14.

293 Et idem requiritur, quod adminicula & coniecturæ tendant ad eundem finem, Bart. in d. l. admonendi n. 49. Lothario de re benefici. lib. 2. quasi. 43. num. 102.

294 Et in specie fecit hanc pōderationem Rota decis. 187. num. 8. & 18. anno 1636. vbi in his terminis dicit, quod quando omnia adminicula, & coniecturæ habent imperfectionem in se, non procedit regula, quod singula, quæ non profunt, multa collecta iuuant.

295 Et præter contrarietates, quas habet prætensio Gabrielis de Vargas inter se, & cum allegatis, & deducis ab alijs oppositoribus, qui ad inuicem se excludunt, est notatu dignum, quod allegauit D. Maria Castellon, & quod constat ex processu, scilicet anno præterito 626. cum intenderetur venditio quarundam domũ huius maioratus, nullum fuisse immediatum successorem, qui posset citari, & idco creatum fuisse bonis defensorem, qui petijt poni edicta, & per proclamata quæri consanguineos, & nihilominus nullum repertum fuisse, qui citari posset: ex quo euidenter conijciunt, nullum fuisse consanguineum, & remansisse exclusos omnes, qui nunc consanguinitatem prætendunt, l. si eo tempore, C. de remiss. pign. Bartol. in l. rem. que nobis. ff. de adquis. endâ possessione, & in l. cum res num. 12. C. de probat. vbi assertit bonum genus probationis dominij esse, facere super eo inuestigationem, veluti per edictum, vel generale proclama, & quod si nullus sit, qui se opponat, & illud petat, pro domino remanebit, qui fecit emitte proclama, & exclusi qui se non opposuere, sequitur Boerius decis. 42. num. 13. Mascard. conclus. 537. aliàs 538. dominium per hæc tria num. 14. Menoch. lib. 6. præf. 63. in addit. pag. 42. versic. Duodecimus modus.

296 Tertium medium, quo iuari intendit Gabriel de Vargas ad probationem assertæ consanguinitatis, est certus testium numerus examinatorum ad instantiam Collegij Segurini in probationibus, quas pro admissione Ma-

Magistri Zarate in Collegam fecit, & aliud testimonium probationum, quæ factæ fuere ad hoc ut Licentiat. Zarate admitteretur ut Cappellanus rogatus in Maiori Diui Ildephonsi Cõplutensi Collegio.

297 Quorum testium dicta nullo modo possunt attendi. Primò, nam probationes Collegij Complutensis extractæ fuerunt sine partis citatione, & probationes Collegij Seguntini de facto, & contra Consilij decretum, in quo compulsoriam ad hunc effectum patitam denegauit, & ideo nullam fidem faciunt ex regul. cap. 2. de testib. l. 23. tit. 16. part. 3 & in terminis Gonçal. ad regul. 8. Chancellar. gloss. 64. num. 12. ubi dicit, quòd ad compulsionem scripturarum requiritur partis citatio.

298 Secundo, hæ probationes fiunt per processum informatiuum & summarium, & sine partis citatione, & ideo non probant, nec in fauorem ipsius prætendunt in alio iudicio, licet irregulari, & eiusdem qualitatis cum primo, Lara de annuers. lib. 2. cap. 4. num. 17 & seqq. quem refert Lothorius de re benefic. lib. 2. q. 43. n. 82.

299 Nec obstat consultatio 10. Aluar. Valase. ad hoc, ut hæ probationes faciant fidem, solum enim ait fidem attribui tabellionibus confraternitatum, in ijs, quæ coram ipsis fiunt, & Lara cap. 4. lib. 2. contrarium tenet, & quòd extractæ sint ab archiuijs, non facit eas maiori fide dignas, ut per Gratian. tom. 4. cap. 736. num. 25. & 36.

300 Tertio, hoc quidem probatur in difficilioribus terminis actorum, & probationum in iudicio summario confectarum, quæ non præiudicant in plenario, etiam inter easdem partes, Mascard. vol. 1. conclus. 34. acta iudicij probant n. 47 & 48.

301 Et quando iudicium non solum est summarium, sed in eo proceditur iuris ordine non seruato, ita ut probationes fiant ante litis contestationem, tunc non probant etiam inter easdem personas, ut probatur in capit. veniens el. 2. de testibus, qui textus ad hoc duas assignat rationes. Prima, quòd probationes fuerunt receptæ in iudicio summario. Secunda, quòd fuerunt receptæ ante litis contestationem, & hæc ratio procedit etiam quòd probationes sint plenariæ, Trentacinq. lib. 2. variar. resolut. 1. de probation. nu. 31. vers. Declara hanc conclusionem, pagin. mihi 184. ubi ita intelligit hunc textum, idem probat Paz de tenuta c. 32. num. 14. & 15. qui ait testes examinatos sine partis citatione non probare etiam inter easdem personas.

302 Quarto, quòd principaliter intendebatur probari in dictis probationibus, erat puritas sanguinis Collegarum in genere, & contrarietas, quæ resultauit cum ascendenti Didaci de Cuerba, fuit incidenter: & quia testes taliter deposuerunt (licet hoc solum fuerit in

probationibus Collegij Seguntini factis anno 367.) & cum nunc agatur de hac ascendenti ad alium finem, scilicet ad successionem, ad quam verè & realiter consanguinitas, & personarum identitas probandæ sunt, absque dubio prædictæ probationes non possunt in hoc iudicio adduci, etiam quòd in illo fuissent plenariè receptæ, & inter easdem partes, Mascard. conclus. 34. num. 39. & 40. Trentacinq. dict. resolut. 1. de probat. num. 32. & sententia nihil operatur, nisi super re principali cognoscatur, Rota per Farinac. decis. 274. num. 8. post tom. 2. cons. criminal. iuuat quòd tradit Menoch. consil. 904. num. 69. lib. 10. Fufar. quest. 622. num. 31. & 32. ubi quòd sententia nihil obstat, si prolata sit super incidenti, nisi super principali proferatur.

303 Denique dictæ probationes factæ fuerunt sine citatione D. Mariæ Damianæ, neque eius ascendenti, à quibus habet causam, & ideo licet haberent requisita necessaria, nullum possent ei præiudicium afferre, ex titulo res inter alios acta, & probatur expresse in cap. inter dilectos, vers. Nec attestations, de fide instrumēt. Bald. in l. 2. C. de edend. sub num. 17. vers. Vltimus qui eritur, ibi: Aduertatis vos, ubi quòd acta facta in vna causa nullo modo generant præiudicium, nec plenum, nec quælibet, respectu nouæ personæ, quæ nullo modo fuit in prima litè, Aretin. in cap. causam que num. 10. vers. 3. adde, & à num. 11. vsque ad 16. de testib. Alexand. in l. sepè, de re iudicata num. 125. Molina. lib. 4. c. 8. n. 5. Scaccia de iudicij lib. 2. capit. 11. n. 310. cum seqq. Franch. decis. 158. n. 11. & 12. & decis. 345. n. 8. 9. & 10. Trentacinq. de resolut. 1. de probat. n. 35.

Exclusio D. Ioannæ de Zurita.

304 **Q**uando non esset contra D. Ioannam res iudicata, ad hoc ut causa solum in possessorio determinetur, & possit agi de proprietate, minimè obtinere posset.

305 Primò, quia ad hoc ut probet Petrum de Cuerba fuisse fratrem Catherinæ de Aguilera fundatricis, eisdem iouatur scriptoris, & instrumentis exhibitis à D. Martino de Castellon, quibus nititur etiam Gabriel de Vargas, quæ nullam probationem, nec fidem faciunt, ut supra diximus.

306 Secundo, ad comprobationem dicti Petri de Cuerba ponderat scripturam quamdam census perpetui celebratam à quodam Petro Fernandez de Cuerba ad fauorem Doctoris Ferdinandi Gonzalez de Monçon: quæ cum sit exemplum ex alio transcriptum, nullam fidem meretur, cap. 1. de fide instrument. & antiquitas hunc defectum non supplet, Rota per Ludouil. decis. 293. Rota diuers. decis. 187. num. 12. & 13. in tom. unico edito anno 1638. ubi in indiuiduo resolutum fuit, exemplum scripturæ

Scripturæ ex temporis antiquitate non fieri
solemne, nec fide dignum.

307 Et nullam eis comprobationem at-
tribuit, quod deductæ sint ex Archivio Mona-
sterij D. Hieronymi, quia est priuatum, vt per
Puteum *decif. 186. lib. 3. Scaccia de iudicys lib.*
2. cap. 12. num. 759. Rota decif. 45. num. 23. &
decif. 353. n. 91. cum seqq. tom. vnic. diuers. ann.
1636. Genua de scriptura priuata lib. 5. tit. 1.
de libris rationum in archiuo publico repertis nu.
30. & 31. pag. mihi 264.

308 Et quando prædictum archiuum fuis-
set publicum, & concurrerent solemnitates
necessariæ, necessum erat comprobare non so-
lum prædictas scripturas ex archiuo deductas
fuisse, sed etiam ibi per multum tempus repo-
sitas, & custoditas fuisse, Puteus *decif. 440. nu.*
2. lib. 2. Verallo decif. 41. num. 4. lib. 1. qui in
terminis dicit debere constare, quo tempo-
re scripturæ fuerunt positæ in archiuo, cum
potuerint ibi esse dimissæ tempore litis pen-
dentis.

309 Tertio, quia in aliquibus ex scripturis
productis assertus frater testatricis appellatur
Petrus de Cuerba tantummodò, & in alijs Pe-
trus Fernandez de Cuerba, & ideo diuersitas
inter Petrum de Cuerba, & Petrum Fernan-
dez de Cuerba versatur.

310 Sicuti etiam verificatur, in eo quod
eodem tempore paucis annis antè vel post fuit
in hac Curia alius Petrus de Cuerba matrimo-
nio cum Maria de Sagredo copulatus, vt con-
stat ex scriptura in actis producta, & alijs instru-
mentis.

311 Ex hac enim diuersitate in cognomi-
ne, patria, & vxore deducitur fuisse duos Pe-
tros de Cuerba, ex doctrina Bart. in *l. demonstra-*
tio falsa ff. de condit. & demonstrat. num. 14. ad
fin. & num. 15. & rursus num. 19. ad fin. vbi pro
regula constituit, concurrentibus duabus ve-
tis demonstrationibus, ex quibus constat de
corpore, vel de persona, non vitari dispositio-
nem ex eo, quod deducatur alia demonstratio
falsa ad identitatem non necessaria, nisi diuers-
itas probetur, Rota per Ludouil. decif. 455. n.
10. & 11. vbi Rota resoluit, duas esse personas
eiusdem nominis ex eo, quod reperiebantur
matrimonij foedere iunctæ cum diuersis mu-
lieribus, & quod in contrarium allegabatur
esse vnum solum hominem, qui primas & se-
cundas nuptias contraxit, esse quid facti, & de-
bere concludenter probari ad probandam idē
titatem, sequitur D. Valençuela conf. 110. per
tot præcipuè n. 24. vol. 2.

312 Ex quo sequitur, probationem D. Ioã-
næ de Zrrita dubiam remanere, & æquiuocā,
& non concludere, à quo ex prædictis Didacis
de Cuerba originem trahat, ex doctrina Pauli
in *l. in testamento quidam ff. de condit. & demon-*
strat. vbi ait, quod si reperiuntur demonstratio-
nes contrariæ hinc inde, quædam probantes

diuersitatem, aliæ verò identitatem, ad inuicē
se excludunt, & nihil ex eis probatum resol-
tat, quod latè exornat Suid. *conf. 235. n. 19. vo-*
lum. 2. & probatio dubia contangunitatis nõ
sufficit, & retorquetur contra probantem, vt
suprà dictum est.

313 Quarto, hæc diuersitas confirmatur
ex articulatis à D. Elizabetha de Aguilera in
causâ tenuræ, vbi allegat Petrum de Aguilera
fuisse fundatricis fratrem, ambos filios Gun-
dialui de Aguilera, & Annæ de Mesa, & testes
examinati ita concludant, & ideo ex actis re-
sultat fuisse tres Petros (quos intenditur fuisse
fratres fundatricis) vnde est euidentior harum
probationum contrarietas, & præcipuum ex
requisitis, quæ debet habere probatio de audi-
tu (in casibus, in quibus potest admitti) est,
quod pars, & testes sint concordēs, & inter
eos nulla confurgat contrarietas, *cap. de parē-*
tela el. 2. 35. quest. 6. ibi: In quibus omnibus nec
uarietas, nec contrarietas vlla reperiri debet, Gar-
cia de nobilitat. glos. 18. §. 1. num. 13. fol. mihi
299. D. Valençuela conf. 92. n. 196. vol. 1.

314 Et vna ex verioribus huius materiæ
resolutionibus est, quod testes de auditu nihil
probant, quando auditus in aliquo prosterni-
tur, Cumanus *conf. 18. Cure. Iun. conf. 77. Gar-*
cia d. gl. 18. §. 1. n. 13. D. Valençuela d. conf. 92.
n. 195. optimè Ciriaco tom. 2. controuers. 281.
num. 27.

315 Et Garcia vbi proximè constituit,
quod cum probatio de auditu in antiquis sit
exorbitans à regulis iuris communis, oppor-
tet quod sit constans apud omnes, perpetua
perpetuo tenore, sine contrarietate, siue repug-
nantia: & ideo plurimum corrui ex monu-
mentis & instrumentis contrarijs, *l. census &*
monumenta, ff. de probat. D. Valenç. d. consil. 92.
n. 196. vol. 1.

316 His additur alia conclusio certa apud
omnes, quod fama in antiquis, vt probet, re-
quiritur quod sit constans, & perpetua, & in-
variabilis apud omnes, Bald. *conf. 77. num. 6.*
lib. 3. & conf. 447. num. 10. volum. 5. Farinac.
in prax tom. 1. quest. 47. ex num. 164. Butrio in
cap. transmissa notabili 3. num. 4. qui filij sint le-
gitimi, Petra de fideicommiss. nu. 443. Farinac.
decif. 182. num. 5. part. 5. in recentio. Rictutus
de neophytis cap. 7. num. 19. & 20. vbi quod fa-
ma debet esse perpetua, & illæsa apud omnes,
D. Valençuela conf. 90. ex num. 79. vsque ad fi-
nem, & consil. 92. num. 165. vsque ad num. 189.
Barbosa de Episcopis tom. 2. gl. 17. n. 41.

317 Et nihil debet ob stare contra famā,
Malcardus *volum. 2. conclus. 797. num. 14. Me-*
noch. consil. 927. nu. 50. volum. 10. Farinacius
decif. 67. num. 24. & 182. n. 7. part. 1. in recent.
Ludouil. decif. 498. n. 14.

318 Quod etiam comprobatur, testes enim
inter se contrarij, siue sint producti ab vna par-
te, siue ab alia, fidem non faciunt, Farinacius
de

de testibus quæst. 65. num. 99. & 100. qui ita intelligit regulam cap. cum tu, de testibus, ad hoc ut concordia, quam requirit text. sit ad evitandam falsitatem tituli, sed non ut probent, & idem in scripturis contrarijs procedit: inter se enim se impediunt, & se excludunt, taliter quod non probent, l. ubi repugnantia, de regulis iuris, Farinac. de falsitate quæstion. 153. ex num. 121.

319 Et quod Maria de Aguilera fuerit filia Ioannis de Aguilera, & Ioannæ de Rengifo eius uxoris, nullus testium concludit, & scripturæ sunt modernæ, & quæ centum annorum tempus non excedunt, quod est requisitum substantiale, ad hoc ut scriptura sit antiqua, & probet per verba enuntiatiua, ut tradunt Doctores citati supra n. 258. & 259. Rota apud Puticum decis. 151. lib. 1. & decis. 185. post principium p. 1. diuers. & cum eis additio ad Ludouisium decis. 3. num. 7.

320 Et nulla ex his centum annorum tempus continet, si attendatur, licet super hoc maioratu agi ab ann. 630. & ad qualificandam scripturarum antiquitatem deducendum est tempus litis, Rota dict. decis. 185. in principio, vers. 2. de mpro tempore litis, & decis. 188. num. 1. part. 1. diuers. & apud Farinac. decis. 160. sub num. 9. part. 1. in recent. & apud Buratum decis. 278. num. 8. ubi hoc notat Ferentilius in addit. lit. A. & in additione ad decis. 111. num. 14. & in additione ad decis. 667. num. 12. Garcia de beneficio part. 1. 2. cap. 2. de unione num. 267. Scraphinus decis. 76. num. 2. præcipue quando, sicut in hoc casu, scriptura est adeo substantialis, ut in ea partis victoria consistat, additio ad Ludouij. dict. decis. 3. num. 8. & ad decis. 389. num. 7. Riccius in præxi iuris patronatus resolut. 77. per tot. Ferentilius ad Buratum dict. decis. 667. num. 12. & hæc ponderatio procedit respectu eius scripturæ, quæ celebrata fuit anno 1538.

321 Et quod Petrus de Cuerba fuisse fundatricis frater, nullus testis concludit, sed solum resultat ex instrumentis unde dicta ascendenti non est verificata, præcipue cum simus in transversalibus, in quibus requiritur magis clara & exacta consanguinitatis probatio, ut post Ancharran. tradit Marta in summa successione legalis part. 3. quæst. 1. art. 1. num. 21. ibi: Tamen hoc non obtinet in parentela collateralis, quæ ab actore probanda est, quoniam hæc non est ita favorabilis, sicut parentela lineæ rectæ, nec inuenitur de ea iure cautum, sicut de lineæ rectæ descendentiæ, Ancharran. consil. 52. num. 7. & seqq.

322 Quinto, non est probatum D. Ioannæ de Aguilera, & eius consanguineos familiaritatem, & consanguinitatem pertractasse cum consanguineis Calherinæ de Aguilera: nam testes non deponunt de actibus particularibus huius pertractationis: quod quidem requisi-

tum substantiale est, ut dictum eorum aliquem operetur effectum, ut per Marram d. art. 1. num. 21. vers. Iterum sufficit pag. 806.

323 Præterea, quia solus tractatus, consanguinitatis leue adminiculum est, gloss. in capit. transmissa, qui filij sint legitimi, cap. per tuas de probat. glossa communiter approbata in l. nō epistolis, C. de probat. l. non nudis, C. eodem tit. gl. in cap. Michael de filiis presbyter. cap. illud de testament. Mascard. vol. 2. cons. 790 nec illa, num. 2. Marta vero 26. num. 12. & 13. Trentacing. lib. 1. variar. resolut. 1. de filiatione num. 14. vers. Quartus casus, Paschal. de patris potestat. parte 2. cap. 2. num. 16. Casullo tom. 5. capit. 104. num. 12. col. 2.

324 Cum facilis res sit propter diuersos respectus aliquem fratrem, sobrinum, vel consanguineum appellare, ut per Mascard. d. cōcl. 790. nu. 3. Lupum de illegitimis comment. 2. §. 3. num. 44. versic. Sed ratio ea sit, & versic. Extenditur etiam.

325 Et quando agitur de re graui, & de præiudicio tertij, planissimum est hanc appellationem, seu vocationem nil operari, ut per Mascard. dict. conclus. 790. num. 40. Genua de verbis enuntiatiuis lib. 2. quæst. 33. num. 23. & 24. Menoch. lib. 6. præsumpt. 34. num. 51. & 54. Castillo tom. 6. cap. 124. num. 13. col. 2. fol. mihi 90. Lupus de illegitimis comment. 2. §. 3. n. 42. in principio, & num. 44. vers. Restrigitur tamen pag. 153. qui loquitur in probatione filiationis per tractatum & nominationem, quod solum præiudicat illis, quorum tractatio probatur, & non tertio, & consanguineis, qui nō assentiuntur.

326 Et in hoc casu sumus in causa maioratus, in qua sicut possessor non potest suo facto præiudicare successoribus, ita nec recognoscendo aliquem consanguineum potest facere eum capacem successionis, Alciatus responsō 201. num. 57. & responsō 625. ad finem, vers. Item quia non est standum, Ialen. consil. 106. col. 2. vers. Secundo & adhuc lib. 1. Graro consil. 140. num. 44. lib. 2. qui dicit, quod ista est firma opinio, & cons. 62. nu. 9. & 10. & cons. 158. num. 7. lib. 2. Bursatus consil. 88. num. 5. Præposit. in cap. per tuas num. 21. vers. Nec obstat, qui filij sint legitimi, Mascard. conclus. 799. Grarus num. 26. Menoch. consil. 89. num. 22. versic. Extenditur, Petra de fideicommissis quæst. 11. num. 484.

327 Denique summè notandum est, Gabrielen de Vargas D. Elizabetham, & D. Ioannam de Zurita, Gundisaluum de Salinas, & Ioannem de Angulo, omnes simul prætendere, illos de genere de los Vitorias eos recognoscisse tanquam successores huius maioratus in eorum defectum, & sic sufficit Dominica Alvarez, quod dubitetur: & cum in sui fauorem habeat iuris præsumptionem, scilicet esse hæredem ab intestato sua sobrinæ, sufficit hoc ei,

ut succedat ex non iure actoris, l. loci corpus, §. competit, ff. si seruitus vindicetur, & non est curandum de iure possessoris, quando de iure actoris non constat. l. fin. C. de rei vindicatione, Bald. in l. planè, ff. de petition. hereditatis, ubi quòd ad exceptionem fundandam attenditur potius defectus agentis, quàm iustitia opponentis, l. militis codicillis, §. Veteranus, ff. de testam. militis, & pluribus comprobatur Riminald. conf. 112. num. 89. & seqq. Lancellot. de attentatis 3 part. cap. 24. quæst. 1. num. 36. ubi quòd reo sufficit obtinere ex non iure actoris, Thefaurus decis. 4. Rota per Farinac. decis. 652. nu. 2. post medium part. 2. in recent. Marta de success. legali part. 4. quæst. 16. art. 2. num. 36. cum tribus seqq. ubi in his terminis dicit hæredem impediendum esse ingredi possessionem hereditatis ex non iure agentis, quando ius tertii, quod opponitur, est coniunctum iuri opponentis, & ab eo dependens.

Ex quibus vndique constat pronuntiandū esse in fauorem Dominicæ Aluarez. Salu. &c.

SVMMARIVM Allegationis 26.

- 1 Proponitur materia, & diuisio allegationis, usque ad num. 3.
- 4 Ecclesia ex iuris dispositione succedit in bonis Episcopi defuncti.
- 6 Spolium pertinere ad successorem Episcopatus, plura iura probant, quæ referuntur.
- 7 Reus potest solum se defendere ex non iure actoris si possidet.
- 8 Iuris actoris eneruatio, & illius disputatio in iudicio possessorio non admittitur.
- 9 Fructus decursi tempore vocationis Episcopatus ad successorem pertinent, non vero fructus percepti & lucrati ab antecessore.
Cap. quia sæpè de electione in sexto, declaratur.
- 10 Nauar. de spolijs, §. 10. num. 1. & 2. ponderatur circa intellectum cap. quia sæpè, de electione in 6. & aliorum iurium.
- 11 Secunda monasterij oppositio proponitur, quòd Episcopus bona spolij intuitu Ecclesiæ non adquisierit.
- 12 Regularis monachus effectus acquirit Ecclesiæ, & non monasterio.
- 13 Episcopus præsumitur bona quesisse intuitu Episcopatus.
- 14 Hæres Episcopi bona ab eo relicta possidens, fundatam habet intentionem, si constat Episcopum bona habuisse, aliunde, quam intuitu Ecclesiæ, secus vero si non constat.
Ioan. Andreas in cap. 3. de peculio Clericorū, explicatur, & num. 16.
- 17 Episcopus si tempore consecrationis inuentarium non confecerit, præsumitur contra eum bona omnia intuitu Ecclesiæ adquisita, & num. 18.
- 19 Iudicis probatur bona Episcopi intuitu Ecclesiæ fuisse quesita.

- 20 Quædam schedule Indiarum recensentur disponentes circa spolia Episcoporum illarum partium.
- 21 Regijs Chancellarijs Indiarum commendatū est, ut suspendant executionem literarum Apostolicarum circa spolium Episcoporum expeditarum.
- 22 Aliæ leges Indiarum recensentur, & nu. 23.
- 24 Quædam obiectio monasterij proponitur, & num. 25.
- 26 Translatio Episcopi de vno Episcopatu ad aliū non præiudicat primæ Ecclesiæ.
- 27 Destinatio Episcopi, nihil officit Ecclesiæ. Contrahens extra territorium ad euitandā fraudem statuti propria patriæ, nihil agit.
- 28 Leges fauorabiles vires suas porrigunt extra territorium, siue loquantur in rem, siue in personam.
- 29 Ecclesiæ Indiarum iuxta consuetudinem diu obseruatam succedunt in spolijs Episcoporum.
- 30 Consuetudo circa successionem multum operatur.
- 31 Et contra Cameram Apostolicam.
- 32 Scheda donationis, in qua monasterium infisit, refertur.
- 33 Testis in causa interesse habens repellitur.
- 34 Testes de vniuersitate pro ea possunt deponere.
- 35 Sed non quando vtilitas litis resultat in commodum singularium, & num. 36.
- 37 Nec quando causa est grauis, & ardua, & agitur de magno honore, & iurisdictione vniuersitatis.
- 38 Nec in causa magni patronatus.
Riccio decis. 110. & 111. part. 3. ponderatur.
- 39 Monachi degentes extra monasterium testes spectati sunt in causa graui, & num. 40.
- 41 Amicus in causa amici non est integer testis.
- 42 Monachi magis timent Abbatem, quàm laici suum iudicem.
Vncientius de Anna singulari 8. expenditur.
- 43 Obedientia, & superioritas respectu omnium monachorum eadem est.
- 44 Cuidam monasterij obiectio respondetur.
- 45 Monachi magis affecti sunt monasterio, quàm ciues vniuersitati.
- 46 Arbitrium iudicis circa probationes strictissimum esse debet.
- 47 Monachi procuratores monasterij à testimonio repelluntur, & num. 48.
- 49 Et sollicitatores.
- 50 Cap. insuper de testibus, generaliter loquitur, tam in procuratore ad lites, quàm ad negotia.
- 51 Abbas in cap. insuper de testibus sub num. 8. explicatur.
- 52 Mediatores repelluntur à testificando in causa, in qua interuenerunt.
- 53 Approbatio testis in instrumento adhibiti quomodo fiat.

- 54 Administratores testes idonei sunt in negotijs administrationis, & num. 55.
- 56 Superior Monasterij idoneus testis non est.
- 57 Testis de vniuersitate quando pro ea admittitur, debet esse omni exceptione maior.
- 58 Intereffe possibile repellit testem.
- 59 Testes Collegij pro eo deponentes omni exceptione maiores non sunt.
- 60 Et ideo vnus semiplenam probationem non facit, nec duo plenam.
- 61 Nec legatum Ecclesie factum probant.
- 62 Imola in capit. cum nuntius de testibus, versicul. Dixit tamen Archidiaconus num. 2. ponderatur.
- 63 Difficilis probationis casus dicitur, quando ex natura rei à communiter accidentibus alij testes interuenire non solent.
- 64 Testis deponens pro defensione sua existimationis fidem non facit.
- 65 Liber Monasterij non probat pro eo contra tertium, & num. 66.
- 67 Necepistola missiua.
- 68 Multa tractantur, quæ non perficiuntur.
- 69 Testium numerus supplet eorum defectum, & num. 70.
- 71 Probatio dubia contra probantem retorquetur.
- 72 Testis deponens aliquem fuisse presentem, non concludit intellexisse.
- 73 Quod præmaximè procedit, quando agitur de obligando presentem.
- 74 Testis periurium indicij comprobatur, & numer. 75.
- 76 Testis fides est indiuidua, & ex falsitate in parte, totum dictum repellitur.
- 77 Testis ex suo capite & persuasione deponens, nihil probat.
- 78 Testis vilis fidem non facit.
- 79 Disponentis voluntas non est dispositio.
- 80 Cap. fin. de succession. ab intestato, explicatur.
- Probationes imperfectæ diuersi generis quales debeant esse, ad hoc vt simul iunctæ probationem plenam efficiant, & num. 81.
- 82 Confessio extraiudicialis duobus testibus debet probari ad faciendam semiplenam probationem.
- 83 Et testes idonei, & legales esse debent.
- 84 Caualecan. decis. 19. num. 24. vsque ad 27. p. 1. ponderatur.
- 85 Testis non præsumitur omni exceptione maior.
- 86 Testes in aliquo discrepantes, vel contrarij, confessionem extraiudicalem non probant.
- 87 Et rogati esse debent.
- 88 Probationes semiplenæ, vt coniungantur ad probandum, debent esse in suo genere perfectæ, & num. 89.
- 90 Testium pluralitas non supplet eorum defectus.
- 91 Contrarietas testem repellit, & num. 105.
- 94 Testis contrarietas, quando non est circa substantialia, eum non repellit, & num. 95.
- 96 Testium contrarietas circa notabilem circumstantiam eos repellit.
- 97 Testis non dicitur omni exceptione maior, si contra eum aliquid potest opponi.
- 98 Testium diuersitas in tempore eos repellit, quando tempus est de substantia depositionis, vsq; ad num. 100.
- 101 Tempus dicitur de substantia depositionis, quando articulatum est.
- 102 Multum temporis spatium ad annum refertur, vsque ad num. 104.
- 106 Testium contrarietas in parte non substantiali, eos suspectos reddit, & num. 107.
- 108 Testibus suspectis contrarietas valde obstat.
- 109 Testium contrarietas in circumstantijs proximis actui, eos repellit.
- 110 Testium concordia debet fieri, vt euitetur periurium, non vt probent.
- 111 Hypotheca si probanda est per schedulam, debet esse trino teste munita, & num. 112.
- 113 Leges Partitæ non sunt correctoria iuris ciuilibis, & num. 114.
- 115 Testium idoneitas & legalitas debet probari in materia l. scripturas, C. qui potiores.
- 116 Quia eam lex requirit.
- 117 Testis, cui aliquid opponi potest, non est omni exceptione maior, & num. 118.
- 119 L. scripturas, C. qui potiores, dispositio procedit non solum in probanda pralatione hypothecæ per instrumentum priuatum, sed etiã quando per id donatio probanda est, & num. 120.
- 121 Clandestinitas actus falsitatis præsumptionem inducit.
- 122 Donatio secunda, in qua de prima mentio facta non fuit, falsitatis præsumptionem inducit, & num. 123.
- 124 Instrumenti occultatio falsitatis præsumptionem inducit, & num. 125.
- 126 Et tarda instrumenti productio.
L. si quis forte ff. de pœnis, exornatur.
- 127 Falsitatis præsumptionem inducit consuetæ solemnitatis ommissio.
- 128 Falsitatis suspitio est, per testes probare, quod per instrumentum probari consuevit.
- 129 Falsitatis præsumptionem inducit nimia cautela, & actuum multiplicitas.
- 130 Falsitatis suspitio est subscriptio titubanter facta.
- 131 Falsitatem inducit diuersitas atramenti, & num. 132.
- 133 Donatio Ecclesie facta acceptationem requirit.
- 134 Testi perito de suo iudicio deponenti credendum est.
- 135 Similitudo literarum ad comprobendam falsitatem prodest.
- 136 Testes magis specificè deponentes præferuntur.

- 137 *Ocularis inspectio falsitatem melius iudicat.*
- 138 *Contrarietas inter partem, & scripturam, falsitatis presumptionem demonstrat.*
- 139 *Falsitatis duo gradus considerari possunt in instrumento.*
- 140 *Primus, quando falsitas plene est probata ad declarandam pro falsa scripturam.*
- 141 *Secundus, quando non est plena probatio, sed solum suspitio.*
- 142 *Falsitatis suspicionis sunt duo genera, quedam visibiles, quedam inuisibiles.*
- 143 *Falsitas difficile probatur.*
- 144 *Quia detegere falsitatem quodammodo provenit à diuina reuelatione*
- 145 *Coniecturæ vehementes tendentes ad eundem finem falsitatem probant, & num. 146.*
- 147 *Falsitatis suspensiones in ciuilibus sufficiunt ad reprobationem instrumenti.*
Archidiaconi in cap. in memoriam, distinct. 19 num. 12. explicatur.
- 148 *Quod à fortiori procedit quando suspensiones sunt visibiles.*
- 149 *Suspitiones ab extra sufficiunt ad eneruandam fidem scripturæ.*
- 150 *Coniecturæ vehementes, & tendentes ad eundem finem falsitatem probant.*
- 151 *Probatio per testes est naturalis, & inducta per ius ciuile & gentium, per instrumentum verò artificiosa.*
- 152 *Testibus de falso suspectis non creditur.*
- 153 *Falsitas instrumenti facilius indicijs comprobatur, si super falsitate pronuntiandum non est.*
- Post num. 154. inuenies alia summaria.

ALLEGATIO XXVI.

P R O

Decano, & Capitulo Ecclesiæ Cathedralis de Guadalaxara in Prouincijs Nouæ Hispaniæ.

C O N T R A

Monasterium S. Benedicti Regalis, ciuitatis Valliçolitanæ.

EPITOME ALLEGATIONIS.

- I *Ecclesia succedit Episcopo defuncto.*
- II *Monachi quando possunt esse testes pro monasterio.*
- III *Contrarietas testium eos repellit.*
- IV *Materia legis scripturas, C. qui potiores declaratur.*
- V *In ciuilibus suspitio falsitatis habetur pro falsitate.*
- VI *Episcopus regularis quærit Ecclesiæ dominium rerum emptarum, & in Ecclesiæ præiudicium non potest de eis dispo- nere.*
- VII *Respondetur pluribus oppositionibus, quæ in contrarium fiunt.*
- VIII *Quando quis dicatur constitutus in infirmitate, vel in mortis articulo.*
- IX *Donationes factæ à Prælati in infirmitate reprobantur.*
- X *Pij IV. constitutio circa donationes ab Episcopo faciendas, explicatur.*
- XI *Schedula Regia anni 1620. edita super spolijs Episcoporum Indiarum declaratur.*
- XII *Regula de infirmis resignantibus applicatur Episcoporum donationibus.*
- XIII *Petitorium quando simul cum possessorio determinari debeat.*
- XIV *Cap. 1. de restitut. spoliat. declaratur.*
- XV *Clementina 2. de causa possessionis, & propriet. explicatur.*
- XVI *Suspensio petitorij quando nõ admittatur.*
- XVII *Ecclesiæ quæritur possessio bonorũ acquiritorum ab Episcopo.*
- XVIII *Ad hoc vt ex actu nullo acquiratur possessio, requiritur vera traditio.*
- XIX *Fauor Ecclesiæ in hoc ponderatur.*

I **P**Lura notabilia fuerunt discossa in causa agitata inter Decanum, & Capitulum Sanctæ Ecclesiæ de Guadalaxara in nouo Hispaniæ Regno, cuius ius D. Fiscalis Regij In-

Indiarum Senatus coadiuat ex vna, & Monasterium S. Benedicti Vallisoletani, cuius ius etiam D. Fiscalis Regij Senatus Castellæ coadiuat ex alia.

2 Præterit Ecclesia de Guadalaxara, vt confirmetur visionis sententia Regij Senatus 13. Iulij ann. 1629 in quantum iussit, vt ei daretur omnium bonorum possessio, & similiter spoliij, quod post mortem reliquit Episcopus D. fr. Ioannes del Valle: & emendetur in quantum solum super possessorio fuit determinatam, cum simul super petitorio determinari deberet declarando dicti spoliij proprietatem ad Ecclesiam pertinere.

3 Et præsuppositi litis facto de quo in memoriali, quod Dominis iudicibus porrectum fuit, quatuor discutientur articuli. Primus super legitimatione iuris Ecclesiæ. Secundus, quod priuata schedula, in Monasterium fundat donationem, non est comprobata. Tertius, quod quando esset comprobata, ob iuris defectus, quos habet, pro nulla reputari debet. Quartus, quod debet pronuntiari super petitorio, visionis sententiam emendando.

ARTICVLVS I.

4 Ecclesia de Guadaxara in hoc spolio legitimam habet successionem de iure, & Indiarum schedulis, & consuetudine.

DE IVRE.

5 Iure eam habere probatur per cap. placuit 12. quest. 3. cap. 1. 12. quest. 4. cap. 1. cap. fixum 12. quest. 3. cap. statutum 18. quest. 1. vbi glossa ab omnibus recepta, cap. 1. cap. cui in officijs, de testament. & ex alijs iuribus, quæ refert Sarmient de reddit. num. 19. Barbol. de officio Episcop. allegat. 114.

6 Contra hoc opponitur per Monasteriũ, hæc spolia ad Ecclesias non pertinere, sed ad successores in Episcopatu, ex cap. quia sæpè 40. de electio. lib. 6. ibi: Bona à Prælati ipsarum dimissa, vel vacationis tempore obuenientia, quæ in utilitatem dictarum Ecclesiarum expendi, vel futuris deberent successoribus fideliter reservari, cap. præsentis de officio ordinarij lib. 6. ibi: Eorundem bona (morientibus eorum rectoribus, vel ministris) in ipsis inuenta, siue vacationis ipsorum tempore obuenientia, quæ in utilitatem eorundem expendi, vel futuris debent successoribus fideliter reservari. Clementina, statutum, de electione, ibi: Super bonis à prælati Cathedralium, Regularium, & Collegiatarum Ecclesiarum dimissis, aut obuenientibus tempore vacationis earum futuris successoribus fideliter reservandis, & quod ideo Ecclesia excluda est ex defectu iuris agentis, iuxta l. fin. C. de rei vindicat.

7 Cui primò satisficit: nam qui potest excludere ex non iure actorem, est reus, qui possidet, vt expresse tradit l. fin. C. de rei vindicat. & actor, vt Monasterium est, solum potest iuvari

iure quod in eius persona residet, & non alio. l. in speciali, ff. de rei vindicat. l. indebiti, § si nūmi. ff. de condict. indebit. & ita in specie tradit Ruin. conf. 88. num. 1. lib. 3. Maranta de remed. poss. num. 95. qui reperitur post eius consilia, qui ad id citat Socin. in l. 2. de except. rei iudicat. vers. Notabis tamen.

8 Secundò, quando Monasterium fuisse reus, & possessor (quod factum est) sibi ipsi in actionibus contrariatur: nam aliquando hoc iudicium possessorium esse præterit, aliquando verò iuris Ecclesiæ opponit defectum, quod in iudicio ordinario, non verò in summario fieri potest, l. ille à quo, § si de testamento, ad Trebellian. Ruin. conf. 129. nu. 8. ad fin. & num. 6. lib. 2.

9 Tertio textus in cap. quia sæpè, de electione in 6. & ceteri citati clarè intelligentiam habent: nam promiscuè loquendo de bonis à defuncto prælato relictis, & de obuenientibus tempore vacationis Episcopatus, tradunt ea successori futuro dari debere, aut in utilitatem Ecclesiæ conuerti. Et referendo singula singulis, hi textus nostram probant conclusionem: nam bona quæ debent futuro successori reservari, sunt obuenientia tempore vacationis: & Ecclesiæ, bona quæ antecessor reliquit: & ita sunt hi textus communiter interpretati à Doctoribus, cum illis impedimento non fuerint ad decidendum fauore Ecclesiæ. Et allegantur ad hoc, vt fructus obuenientestempore vacationis pertineant ad successorem, vt latè probat Surdus conf. 333. nu. 23. lib. 3. Cerola in præxi Episcop. 1. p. verb. Beneficia, § ad sextum, vers. Quoad secundam partem, pag. mihi 54. Barbol. de Episcop. allegat. 114. n. 8. Garcia de benefic. 2. p. c. 1. n. 89.

10 Quarto in indiuiduo his iuribus respondet Nauarrus de spolijs Clericorum, § 10. nu. 1. & 2. pag. mihi 546 & 547. inter diuersos tractatus de spolijs, vbi dicit, quod clausulæ, vel futuris successoribus reservari, capitis præsentis, de officio ordinarij in 6. & cap. quia sæpè, de electione in 6. non debent referri ad præcedentem dispositionem, sed ad immediatam scilicet reservationem futuris successoribus, fieri debere de fructibus vacationis, & nõ de bonis, quæ Episcopus antecessor reliquit.

11 Secundò opponit Monasterium bona acquisita ab Episcopo non esse intuitu Ecclesiæ, sed patrimonialia, & eius industria acquisita ex Bibliotheca, & mutuo, quod ei fecit Monasterium, & alijs rebus venditis.

12 Cui primò satisficit, quod hæc oppositio momenti non est, quia quando Monasterium intentionem suam probasset, adhuc Ecclesia fundaret in dominio omnium bonorum (cum Episcopus regularis sit) qui acquirit Cathedrali Ecclesiæ, non solum bona intuitu Ecclesiæ obtenta, sed etiã cetera alijs iustis causis quæ sita, vt probatur in cap. statutum

18. *quæst.* 1. & latè tradunt Doctores infra referendi.

13. Secundò, nam certum est spolijs bona acquisita intuitu Ecclesiæ ex Episcopatus fructibus fuisse, & sic de iure præsumitur in eius fauorem, *capit. 1. de peculio Clericorum, glossa verb. Probentur, in auth. de Ecclesiasticis titulis, §. interdicitur collatione 9. Couarr. in cap. 1. de testament. num. 6. Menoch. lib. 3. præsumpt. §. 1. num. 23. Paris. de resign. lib. 14. quæst. 7. numer. 48. & 49. vbi quod Ecclesia habet fundatam intentionem super omnibus bonis à Prælato defuncto possessis, Redoan. de spolijs quæst. 15. num. 12. & sequentibus, vbi latè distinguit, Borrel. in summa decif. tom. 1. tit. 6. num. 35. & 36.*

14. Tertio, nam etsi Monasterium, vt spolijs bona non ex redditibus Episcopatus (qui communiter ad 36. millia pondera argentea annuatim ascendunt) sed ex alijs bonis acquisita esse demonstret, formare intendat magnū capitale, & articulos fecerit, nihil tamen releuans probauit, & Ecclesia probauit omnia bona spolijs, super quibus controuertitur, ex redditibus Episcopatus fuisse acquisita.

15. His probationibus ponderatis, facile resoluitur quæstio Ioan. Andr. in cap. 3. de peculio Clericorum, an in dubio debeat præsumi pro hærede, vel Ecclesia in bonis prælati: nam distinguit, aut constet prælatum bona patrimonialia habuisse tempore promotionis, aut ea non habuisse, vel dubitatur.

16. Si ea habuisse constet, & prælati hæres in eorum sit possessio, pro eo præsumitur: & Ecclesia, quæ ea sibi restitui intendit, probare debet acquisita fuisse intuitu ipsius, & de redditibus Ecclesiasticis: si verò constet tunc bona non habuisse, pro Ecclesia præsumitur, & hæres ante promotionem patrimonialia bona Episcopū habuisse, debet probare: quod similiter procedit quādo dubitatur. Quam distinctionem communiter sequuntur Menchaca *conuers. illustrium cap. 105. num. 35. Barbol. allegatio, 114. num. 11. 12. & 13. Marta in summa success. legal. tom. 1. part. 3. quæst. 13. art. 5. num. 19. & seqq. & part. 4. quæst. 1. art. 4. num. 29. & 33.*

17. Quo supposito, cum constet Episcopū ab initio pauperem fuisse, quia regularis erat, Ecclesia pro se præsumptionem habet, ad hoc vt hæc omnia bona intuitu Ecclesiæ acquisita censentur.

18. Et quando constasset bona ab initio possedisse, si illorum possessionem Monasteriū non habet, etiam pro Ecclesia existit præsumptio, vt infra: & etiam contra Episcopum præsumitur, quia inuentarium non fecit, vt in specie ponderat Marta *part. 3. q. 3. d. art. 5. num. 19. & 20.*

19. Et denique, quando Monasterij probatio superior esset, iusticiebat Ecclesiam pro-

basse per iudicia & præsumptiones, bona fuisse ex fructibus Ecclesiasticis acquisita, vt tradit Marta *d. art. 5. nu. 46. & n. 47. addit vnum notabile, quòd ex illentibus contrarijs probationibus Ecclesiæ, & hæredis Episcopi, debet Ecclesiæ probatio præualere, quamuis actor sit: ob ipsius fauorem. Et in hac causa Monasteriū est actor, & Ecclesia rea.*

Iuxta schedulas Indiarum, & Regij Senatus ordinationes.

20. Per schedulam anni 581. quæ est libro 2. ordinationum fol. 46. disponitur, quòd in spolijs Episcoporum, & sedium vacantium, ius canonicum obseruetur: cum qua concordant alie schedulæ & præcipue vna, quæ est fol. 45. anni 573.

21. Et in summario ordinationum Indiarum, lib. 1. tit. 7. l. 3. fol. 15. iuuetur, quòd Regiæ Indiarum Chancelleriæ retineant Bullas Apostolicas, quæ ad illas partes fuerint perlatæ ad recolligenda spolia Episcoporum, & supplicatione interposita earum executionem impiedant.

22. Et per l. 51. tit. 5. eodem lib. 1. summarij fol. 14. iubetur Indiarum Regis officialibus, vt spolia, & vacantia recolligant, & seruent, illorum rationem separatam habendo.

23. Quæ conclusio ad eò recepta, & communiter practicata est, vt in Regali Indiarum Senatu de illa dubitare non liceat, & iuxta eā decisum fuisse in casu occurrenti, refert D. D. Ioannes de Solorzano Pereira Eques Militiæ Diui Iacobi quondam in Salmanticenſi Academia Vespertinæ legum Cathedræ dignissimus moderator, nunc verò in illo Senatu Sapientissimus Consiliarius *tom. 2. de Indiarum Iure lib. 3. cap. 11. num. 99. vique ad finem. fol. 748.*

24. Contra quod opponitur à Monasterio, quòd hæ Indiarum Senatus ordinationes solū in spolijs Episcoporum, qui in nouis Regnis decedunt, possunt practicari, & in bonis in illis partibus sitis, iuxta quod poterit Ecclesia succedere in effectibus relictis ab Episcopo in Guadalaxara, & illo territorio, & non in bonis in Hispania relictis. Sed satisfis.

25. Primò, nam quando hæc oppositio certa esset, nulla utilitas Monasterio sequitur: nam iuxta eam hæc bona ad Camera Apostolicam pertinebant, & ira de iure tertij allegatur: quod facere non potest Monasterium, cum in bonorum possessione non sit, vt *sup. num. 7.*

26. Secundò satisfis ex infra dicendis ex n. 20. circa translationem, quæ fit vnus Episcopi ad aliam Ecclesiam, quòd non debet esse in præiudicium primæ, & domini bonorum, quæ iam erant acquisita.

27. Quod quidè probat Rota apud Seraph.

decif. 594 num 20 ad fin & num. 21. & 22. vbi fuit decifum, destinationem, quæ bonorū, & effectuum fuorum facit Prælati, nullum debere operari præiudicium contra Ecclefiā, ad quam iure pertinet: & conuincunt quæ in fimilitudine Riminald. in princip. inst. de donat. num. 161. vbi refoluit contrahentem extra territorium in fraudem statuti prohibentis aliquem contractum absque certa solemnitate, iuari eo non posse: sequitur ipse Riminald. conf. 42. nu. 43. 46 & 47. lib. 2. & in pulchro casu Cened. in Canon. q. 21. per tot. Mascard. de statutis conclus. 6. num. 134 & seqq. Borrel. conf. 58. n. 14. & seqq. Ciriac. tom. 1. controuers. 10. num. 82.

28 Territoria nam hæc Regij Senatus ordinationes de Ecclesiarum successione loquentes, fauorabiles sunt, quia eas ad ius commune reducant, & ita extra territorium extenduntur, siue loquantur in rem, siue in personam. ex doctrina Bart. in l. 1. C. de summa Trinit. num. 32. Surd. conf. 535. n. 17. & 18. lib. 4. Menoch. lib. 2. presumpt. 2. n. 6. in additione ibi posita, versic. Tertius est casus, Belon. conf. 74. n. 117.

Ob consuetudinem Indiarum generalem.

29 Satis nota est in Regio Senatu consuetudo succedendi in spolijs Episcoporum Indiarum, siue in eis, vel in Hispania decedant, quæ ab Ecclesia probata est, & sic in schedula anni 573. vt Apostolica Camera ab his excludatur spolijs, consuetudo immemorialis adducitur, & ponderatur.

30 Et idem exempla decifionum Regij Indiarum Senatus comprobant, præcipuè in causis super spolio de Chile, de las Charcas, & Guamanga, & alijs pluribus: semper enim Senatus ad Ecclesias pertinere declarauit, & in hac successione materia plus præponderat consuetudo, quæ potens est, vt ab eo, ad quem pertinet successio, auferatur, & in alium transferatur, vt probatur in l. fin. tit. 8. lib. 5. Recop. Azor institut. moral. lib. 7. cap. 9. q. 1. & lib. 8. cap. 4. q. 4. Barbol. de Episcop. allegat. 114. Marta de succes. legal. p. 4. q. 1. art. 4. n. 36. Sanct. Fausto in Thesaur. Religios. lib. 8. artic. 8. q. 76. vbi quod consuetudine induci potest, quod Religiosus possit testari.

31 Et in materia spoliatorum contra Camera Apostolicam ita arguit Seraphin. d. decif. 594. n. 13. & per tot. Pereira decif. 95. n. 9. 10. & 11. omnino videndus, Bonacina tom. 2. tractat. de spolijs disput. 3. q. vlt. puncto 5. vers. Secunda causa pag. 1005.

ARTICVLVS II.

In quo fundatur, donationem, in qua Monasteriū infistit, non esse probatam.

32 Donatio, qua Monasterium iuuatur, à tabellione non est celebrata, nec sub-

scripta, & solum schedula simplex presentatur, contra cuius legalitatem, & comprobationem quatuor fundamenta proponuntur, super quibus breuiter discurretur.

PRIMUM FUNDAMENTVM.

In quo probatur, testes in schedula positos idoneos non esse.

33 Vt ex chyrographo constat, solum quatuor testes in eo interuenisse interditur, videlicet fr. Petrus de Albistur, fr. Franciscus de Vega, fr. Ildephonsus Nuñez, & fr. Gaspar Franciscus, qui conuenticiales sunt domus S. Benedicti Vallisoletanæ ciuitatis, vnde idonei testes non sunt ad prædictæ schedulæ comprobationem: nemo enim in propria causa testis idoneus est, l. omnibus, C. de testibus.

34 Sed poterit replicari, quod hæc regula limitatur ex dispositione cap. in super, cap. cum nuntius, de testib. l. 18. tit. 16. p. 3. in quibus probatur, quod testes deponentes ad fauorem vniuersitatis, & Monachi ad fauorem sui Monasterij faciunt fidem.

35 Verum habet plures sublimitationes, quæ penitus fidem dictorum Religiosorum excludunt.

36 Primum, nam quando vniuersitatis causa redundat in singularium beneficium, tunc non probant pro vniuersitate, vt quando agitur de pascuis, & nemoribus, Ioan. Andreas in cap. nuntius, de testibus, Gregor. in d. l. 18. tit. 16. p. 3. verb. Los del Consejo, glos. 6. Farinac. de testib. q. 60. n. 496.

37 Quando causa est ardua, & grauis, quia in ea agitur de magno commodò, vel magna iurisdictione vniuersitatis, dicitur vtilitatem singulorum respicere, & ita idonei testes non sunt, vt tradit Bald. in cap. cum nuntius, de testib. ante num. 1. vbi dicit, quod si quæstio esset de statu vniuersitatis, vel aliquo magno honore, vel magna iurisdictione, repelleretur ciues a testimonio ferendo pro vniuersitate propter ipsorum interesse: sequitur Felin. ibi num. 4. fallent. 3. Ursill. ad Afflic. decif. 400. num. 2. vbi agitur de Monachis deponentibus in fauorem Monasterij, Menoch. de arbitrar. casu 106. num. 11. Farinac. de testib. quæst. 60. num. 521. vbi loquitur in causa ciuili ardua, & magna, & num. 522. vbi quando ageretur de magno honore, & magna iurisdictione vniuersitatis, & decif. 312. num. 4. tom. 2. criminal. Rota apud Seraphin. decif. 1166. num. 1. part. 2. vbi de monialibus, quæ deposuerunt ad fauorem Monasterij pro validitate professionis cuiusdam monialis, ex qua penes Monasterium pingues redditus erant remanaturi, quod non admittantur ad ferendum testimonium. Idem tradit Farinac. decif. 705. n. 4. ad med. part. 2. in recentioribus.

38 Et in indiuiduo in causa patronatus ho-

norifici, quòd dicatur ardua, & grauis, vt in ea non admittantur ciues ad deponendum in fauorem vniuersitatis, tradit Ricc. *decif. 110. & 111. part. 3. inter decif. Curie Archiepiscop. Neapolitan.*

39 Nec obstabit si replicetur, prædictos Religiosos non residere in Monasterio Sancti Benedicti Vallisoleti, & ita cessare proprium interesse quod ex eorum depositione proueniebat.

40 Cui satisfit, nam allegatio hæc est ex capite, & non constat quod non resideant: & quando constasset, adhuc erat proprium Religiosorum interesse ob grauitatem causæ, eo quòd vna sit Religio: quod expressè determinauit glos. in *auth. de Monachis, §. cogitandum, verb. Testes*, vbi æquiparauit habilitatem, vel inhabilitatem Religiosi testis, siue in fauorem Religionis deponeret, siue Monasterij, in quo residet, & in vtroque casu tradit æquiparari debere amici depositioni in fauorem alterius amici, cui fides non datur.

41 Et cum Religiosus sit qualiscumque Monasterij suæ Religionis amicus, fidem non facit, cum iuste propter amicitiam repellatur, l. 3. ff. *de testib. ibi: Vel amicus sit pro quo testimonium dat. cap. si testis, vers. Si testium fides 4. q. 3. cap. quatuor 11. q. 3. cap. quoties, de testib. Graf. de effect. amicitia num. 38. Farinac. de testib. q. 55. num. 233.*

42 Ex quo satisfit ponderationi in contrarium adductæ ex Ricc. *dict. decif. 110. num. 4.* dum asserit, vnius oppidi naturales in fauore ipsius idoneos testes esse, si extra illud degunt: nam in sæcularibus cessat reuerentia, quoad iudices, & superiores suæ originis, si extra eam degunt, & solus affectus originis remanet, & quamuis ad hoc Riccius nil alleget, Vicent. de Anna *singulari 81.* qui in terminis loquitur, nullam facit distinctionem inter illos casus de habitantibus extra, vel intra locum domicilij.

43 Quod cessat in Religiosi, nam vnio, & obedientia, quam debent superiori, semper in omnibus militat: in quo Riccius innititur *dict. decif. 110. num. 3.* vt repellantur vniuersitatis testes in probatione iuris patronatus, ad quod citat Verallum *decif. 136 part. 2. Paris. de confidentia, quest. 28. num. 252. Gonzalez ad regulam octauam Chancellarie, gloss. 18. sub num. 71. Gratian. tom. 1. cap. 168. num. 23.* & præter hos, idem probat Garcia *de benefic. part. 5. cap. 9. num. 102.*

44 Secundò opponitur à Monasterio hæc cautam arduam non esse, nam creditis Episcopi sublatis, Monasterio S. Benedicti quantitas considerabilis nõ remanet. Quod certum non est: nam Regalia iura, & debita, quæ in administratoris sunt potestate, ascēdunt ad pluriquam 1000 ducata, præter alia debita, & effectus, quæ huic spolio debentur in ciuitate de Guadalaxara, & in quibus est Monasterium in-

trusum: & bona, quæ in dicta schedula continentur, sumant 112807. Regalia, quæ solui possunt ex redditibus iurium hac causa pendente: & ita doctrinæ adaptantur, quia agitur de magno patronatu, & magno honore, præminentiaque Monasterij.

45 Tertio dicitur, has *decisiones 110. & 111. Riccij part. 3.* loqui de vniuersitate sæcularium, & quòd hic sumus in vniuersitate Monachorum: nam differentia ratio est in fauorem Ecclesiæ, & non Monasterij. ea enim ratione sæculares idonei non sunt ob subiectionem & affectum, quem erga vniuersitatē, & bonum eius euentum habent: quæ ratio fortius in Religiosis militat, propter obedientiam, quam superiori debent. Vt in individuo ponderat Corneus *conf. 261. num. 6. lib. 1. Trevisan. decif. 35. num. 5. ad fin. part. 1. ibi: Tenenturque obedire superioribus suis, & Farinac. (qui in contrarium allegatur) de testib. q. 60. n. 450 & 459. & seqq.* qui de hac materia agit, loquitur indistincte, de testibus vniuersitatis Ecclesiasticæ, & sæcularis, easdem rationes proponendo. Et Toto in *compendio tom. 2. vers. Testes deponentes in causa pascuorum pag. 697.* cum eadem generalitate loquitur: & de iure hæc certior est resolutio, quòd ad hoc vt fidem testes vniuersitatis faciant, vel non, nulla est differentia inter sæcularem, & Ecclesiasticam: vt tradit Incola in *cap. nuntius, de testibus, num. 2.* vbi dicit non percipere differentia rationem, quæ constituit Archidiacon. Corneus *conf. 261. num. 6. lib. 1. Farinac. q. 60. n. 457. & 458.*

46 Quarto, hanc materiam arbitrariam esse dicitur ex Menoch *de arbitr. casu 106. n. 11.* qui ad hoc citat Bald. in *cap. cum nuntius, de testib. nu. 1.* sed hanc limitationem non adducit Bald. quæ ex natura sua incerta est, quia in hac materia iudicis arbitrium strictissimè esse debet, vt per Crauet. *de antiquit. 1. part. vers. Quid in libro officialis, n. 25. pag. mihi 65. Thetaur. lib. 1. forens. q. 37. n. 7.*

47 Et omnes huius causæ circumstantiæ restrictionem arbitrij Senatus persuadent, vt nulla his Religiosis fides adhibeatur.

48 Secunda sublimitatio est respectu fr. Petri de Albistur, & fr. Francisci de Vega, qui mandatum habuerunt, vt asserta donatio acceptaretur, & virtute prædicti mandati eam acceptarunt. Quibus ipsis, & fr. Gaspari Francisco, & fr. Ildephonso Nuñez mandatum dedit Monasterium ad huius causæ prosecutionem. Vndè idonei testes non sunt, iuxta exceptionem *capitis in super, de testib. Farinac. de testibus, quest. 60. num. 526. Gratian. tom. 5. c. 980. n. 18. & 19.*

49 Eadem sublimitatio procedit respectu fr. Gaspari Francisci: nam vt ipse asserit in sua depositione, quādo facta fuit donatio, causas Religionis agebat, & super validitate huius donationis aduocatos consuluit: qui de-

fectus contra aliquos ex dictis testibus oppositus, & probatus est: & ita cum fuerint in causis Monasterij sollicitatores, in eius fauorem testificari non possunt, Anton. de Burr. in cap. cum à nobis, de testibus, num. 13. ad fin. vers. De sollicitatore, & ibi Felin. num. 15. Farinac. de testib. q. 60. n. 244. & seqq.

50 Contra hoc opponit Monasterium, exceptionem cap. insuper, de testib. vt Ecclesiæ procuratores nō admittantur in testes in eius fauorem, solum procedere in procuratoribus ad lites, & non in procuratoribus ad negotia. Sed hæc limitatio imaginaria est: nam cap. insuper loquitur generaliter excipiendo testes procuratores, & in procuratore ad negotia probat l. fin. ff. de testib. quæ dicit non esse idoneū testem ad probationem negotij à se gesti, Farinac. de testib. q. 60. n. 261.

51 Et in hoc vera, & magistralis est distinctio Abbatis in dict. cap. insuper, de testib. ubi n. 8 vbi dicit, quod si procurator ad negotia deponit super negotio à se gesto, ex quo illi honor, laus, vel vituperium aut aliud quodlibet interesse sequitur, non probat, quia deponit super re ipsam tangente: quæ resolutio est etiā Bald. & Salicet. in l. omnibus, C. de testib. & aliorum, quos citat Farinac. de testib. q. 60. n. 265. & in nostro casu rectè percipitur proprium Religiosorum interesse, si Monasterium causam vincat. Siquidem huius negotij, illi sunt instrumenta, & nulla inuenitur probatio, aut scriptura, sed solum illorum depositiones, & ob affectum, quem habet testis in negotio, in quo extitit procurator, deponere non potest, etiam finito negotio. Farinac. d. q. 60. n. 202. & 203. quamuis non agat de proprio interesse, quia sufficit affectio ad causam, vt ibi dicit Farinac. Gratian. tom. 5. cap. 980. n. 18. & 19. vbi in individuo loquitur de Monacho deponente in fauorem Monasterij, quod etiam finito officio non sit idoneus testis.

52 Tertia verò sublimitatio procedit respectu dictorum fr. Francisci de Vega, & fr. Petri Albistur, quia intercesserunt, & fuerunt mediatores cum prædicto Episcopo D. fr. Ioanne del Valle, vt donationem faceret, vt ipse fr. Franciscus refert, & probatū est: & ita debent repelli, vt probatur in cap. 1. de testib. lib. 6. & ibi glos. verb. Mediatores, & ibi Archidiacon. in princip. num. 1. Ioan. Andr. ante num. 1. versic. Magis enim in effectu est, Mascard. de probat. conclus. 1363. testis in causa, num. 36. Farinac. q. 60. n. 408. & sequent.

53 Contra quod opponitur à Monasterio, quod quamuis prædicti Religiosi ob hanc causam idonei testes non sint, vitium tamen fuit purgatum ex eo, quod à partibus in testes fuerunt adhibiti in instrumento donationis, ad quod aliqui DD. citantur. Quorum opinio procedit in scriptura publica, in qua de voluntate partium non dubitatur, & tabellio, qui ei

subscripsit, attestatur de voluntate partium testem fuisse adhibitum illum qui aliquas patitur exceptiones, vt per Mascard. conclus. 408. coniunctum pro coniuncto, num. 17. 18. & 19. quod inter ipsos contrahentes procedit, qui in suo contractu inhabiles testes producent, sed non tertij respectu (vt in hoc casu Ecclesiæ, quæ in contractu non interuenit, nec illum approbavit) nam huic dispositio dictorum testium præiudicare non potest, vt declarat Salicet. in l. 1. C. de testament. colum. 3. num. 6 in fin. vers. & ibi Corneus num. 20. Farinac. de testib. q. 62. n. 120.

54 Quarta sublimitatio procedit etiam respectu dictorum fr. Petri Albistur, & fr. Francisci de Vega: nam in scheda, in quæ fundatur donatio, administratores bonorum Episcopi nominati fuerunt, & suæ voluntatis executores, & ita in sui comprobationem deponere non valent, nam in eorum fauorem redundat, Farinac. quasi 60. num. 263. legendus ex num. 261. vbi de teste executore vltimæ voluntatis, quod non possit ad fauorem ipsius testamenti deponere.

55 Et quamuis Monasterium hæc oppositionem in prima instantia recognouit in suis allegationibus, ei non satisfacit.

56 Quinta sublimitatio procedit respectu fr. Petri de Albistur, qui, tempore, quo fuit datum mandatū ad huius causæ prosecutionem, erat Monasterij Vallisoletani Prælat, & vt talis illis subscripsit: vnde in hac causa testificari non potest, nam hæc exceptio legitima est contra vniuersitatis testem, Viuius opinione 953. num. vers. Et hoc potissimum, Anna singul. 81 & 82. Farinac. q. 60. n. 527.

57 Sublimitatio 6. supra relatas coadiquat: nam vt testis Monasterij, vel vniuersitatis in fauorem illius deponat, debet esse omni exceptione maior, & nullum alium defectum pati, vt per Menoch. casu 106. n. 12. Farin. q. 60. n. 524. & 525. & cum Religiosi defectus ponderatos habeant, & reliquos, qui in discursu huius allegationis proponuntur, certum est nullā facere fidem, nec aliquid probare.

58 Sublimitatio 7. procedit respectu interesse fr. Petri de Albistur, & fr. Francisci de Vega, qui vt Commissarij ad faciendas dicti Collegij ordinationes, & illius foundationem disponendam, poterant se ipsos administratores, aut exactores reddituum Collegij nominare, aliquo assignato stipendio: quapropter idonei testes non sunt, vt per Farinac. decisionē 312. num. 2. ad med. post 2. tom. consil. criminal. vbi quod quando agitur de pascuis, testes vicini, qui greges non habent, idonei non sunt, cum possibile sit greges habere, & decis. 230. ad fin. dict. part. 2. vbi eadem opinio comprobatur, & decis. 210. eadem part. 2. vbi Rota repellit testes ex eo, quod habebant prædia in loco controuerso.