

IESVS, MARIA, IOSEPH.

IN

PROCESSV

APPELLATIONIS D. IOAN-
nis Francês de Ariño, Equitis Nobilis
præsentis Regni, Cæsaraugustæ
domiciliati.

SVPER APPREHENSIONE.

POR LA REPOSICION, QUE SVPLICA
el Egregio Señor Don Melchor de Funes, Villal-
pando, y Ariño, Conde de Atarès,
y del Villar.



! **D**ON Iuan Francês de Ariño;
Señor de la Baronía de Figue-
ruelas, Cabañas, y Azuer, en
su vltimo testamento, que
otorgò en el año de 1463. des-
pues de aver dexado a su her-
mana Aldonça de Ariño vn
legado especial de siete mil florines; otro de mil à

Ursula de Ariño, hija del mismo testador; y a Aldonça de Ariño, hija tambien suya, otro de la misma cantidad; y si su muger, que se hallava preñada, pariesse hija, a esta otro legado de mil florines; passò a la institucion de heredero vniversal, disponiendola en esta forma.

2 Todos los otros bienes mios sitios, mobles, & se movientes, drechos, vozés, è acciones a mi pertenecientes, è pertenecer podientes, por qualquier causa, via, ò razon, lexo al mi postumo, que la dicha mi muger tiene en el vientre. **SI EMPERO MASCULO SERA**, el qual quiero, ò deno, è mando, sia heredero mio vniversal, con las condiciones empero, è vinclos infra scriptos.

3 A saber es, que aquel, ò qualquiere otro heredero, ò successor mio, no pueda **VENDER, ALIENAR, O TRANSPORTAR** los dichos Lugares, ò alguno dellos; **E SI LO FARA**, tal vendicion, alienacion, è transportacion, sea ipso facto nula, è invalida: E no res menos pierda la dicha herencia; la qual prevenga **AL MAS CERCANO PARIENT DE MI NOMBRE, E DE MIS ARMAS**, que **EN AQUEL CASO** se trobava, el qual **CON LA MISMA CONDICION**, aya de aceptar la dicha herencia mia; & aquel quiero, è ordeno sia mi heredero vniversal.

4 Y si el dicho postumo no serà fijo, ò si serà fijo; **E MORRA SIN SE FIJOS LEGITIMOS MASCLOS**, è de legitimo matrimonio procreados, en cada vno de los dichos casos substituezco, & mi heredero vniversal instituezco, el dicho

Gal.

3

*Galceran de Ariño, mi hermano, CON LAS
CONDICIONES SVSODICHAS.*

5 Muriò con esta disposicion el testador, sobreviviendole sus dos hijas, muger, y hermano D. Galceran; patiò su muger otra hija, con que faltò la condicion de *si emper o masculino serà*, debaxo de que instituìa heredero al postumo, y caducaron por necessario consequente las dos substituciones, dependientes de su nacimiento, que eran la de contravenir a la prohibicion de aguar, puesta à favor del pariente mas cercano, del nombre, y armas de dicho testador, que entonces se hallasse; y la de morir sin hijos masculos, puesta à favor del dicho Don Galceran; pues en quiẽ no avia llegado a ser, no se podia verificar vno, ni otro: Y verificandose a vn mismo tiempo la condicion contraria de no ser masculino el postumo, quedò Don Galceran instituido primer heredero vniversal, *con las condiciones sobredichas*, como del tenor de las clausulas referidas resulta.

6 *Las condiciones sobredichas*, eran por necesidad de la relacion, las que se leen puestas al postumo, en caso que fuesse este varon, y heredero; a saber es, que no pudiesse vender, aguar, ò transportar los dichos Lugares, ò alguno de ellos; y que si los vendiesse, aguar, ò transportasse, la tal vendicion, aguar, ò transportacion, fuesse ipso facto nula, è invalida; y assi mismo quedasse privado de la herencia, la qual passasse al mas cercano pariente del nombre, y armas del mismo testador, que se hallasse en aquel caso; quien avia de aceptar la dicha herencia, *con la misma condicion*, y ser heredero vniversal suyo: Y
avien-

4

aviendo sucedido con ellas Don Galceran en dicha herencia, por aver agenado esta Baronia en persona extraña de la familia, y consentido, ò repetido la misma agenacion Don Manuel de Ariño, su hijo; contraviniedo vno, y otro a la prohibicion, y precepto del testador; hallandose Don Juan Francès de Ariño, segundo de este nombre, nieto, è hijo, respectivamente, de los dichos Don Galceran, y Don Manuel; y aunque nacido despues de la contravencion referida; el pariente mas cercano, y masculino, del nombre y armas de Ariño, en aquel tiempo; introduxo por la Corte del Señor Iusticia de Aragon, causa, y juizio de reivindicacion contra los compradores, y possedores de dicha Baronia; de donde salieron absueltos los convenidos; mas aviendo interpuesto el recurso de la apelacion a esta Real Audiencia, obtuvo sentencia favorable, en fuerça de que entrò a possederla, y la gozò hasta su muerte.

7 Casò dicho Don Juan Francès de Ariño, segundo, con Doña Isabel de Ariño, y de este matrimonio huvo dos hijas, Doña Vicencia, y Doña Guio-
mar de Ariño; y llegando a hazer testamento, sin hijo, ni descendiente alguno varon, instituyò heredera vniversal, assi de sus bienes (entre los quales se comprehendia tambien la Baronia de Offera) como de los de la dicha Doña Isabel de Ariño, su muger; a Doña Vicencia, y a sus hijos, y descendientes varones por recta linea masculina, mediante esta clausula:
Dexolos todos a la dicha Doña Vicencia de Ariño, mi hija, y a sus hijos VARONES, Y DESCENDIENTES VARONES POR RECTA
LI.

LINEA MASCULINA, legitimas, de uno en otro, de mayor en mayor, perpetuamente, y entre ellos servando ordẽ de genitura, en los quales, respectivamente, herederos mios universales los instituyo, sin que dichos Castillos, Baronias, Lugares, y bienes, en tiempo alguno, se puedan partir, ni dividir en medios; antes siempre aya de suceder uno de los sobredichos, solo, y no mas en un mismo tiempo y assi sucesivamente de uno en otro, como dicho es: Excluyendo de la dicha herencia, como quiero se an excluidos, los que fueren furiosos, en Ordenes Sacros constituidos, y Religiosos de Orden, que no se puedan casar.

Y en falta de hijo, ò hijos varones de dicha Doña Vicencia, y descendientes de ellos varones, por recta linea masculina, legitimas, y para siempre, y en qualquier tiempo, que faltaren hijos varones, y descendientes de ellos, varones, por recta linea masculina, como dicho es; llamò a la sucesion de dicha herencia a las hijas, y descendientes legitimas, assi masculinos, como hembras, de la dicha Doña Vicencia, por via de mayorazgo regular, con la misma prohibicion de dividir dichos bienes, y exclusion de incapazes de matrimonio, aumentando el gravamen, de que los que sucediesen, huviesen de llevar siempre el nombre, y armas de Ariño.

Y faltando la descendencia de Doña Vicencia, llamò a Doña Guiomar, su segunda hija, y a sus hijos varones, descendientes de varones, por recta linea masculina; y en falta de ellos, a las hijas, y descendientes legitimas de la misma Doña Guiomar, assi

masculos, como hembras, con el mismo orden, y en la misma forma, que respeto de Doña Vicencia lo dexava dispuesto, y ordenado.

10. Y faltando ambas descendencias de las dichas sus dos hijas, instituyó heredero vniversal suyo al Real Monasterio de Santa Engracia, del Orden de S. Geronimo, de la presente Ciudad, para la obra pia, que declara en el testamento, como de todo ello consta por su tenor.

11. Por muerte del testador sucedió en todos sus bienes la dicha Doña Vicencia, su hija primogenita, que casó con Don Garcia de Funes y Villalpando, y de este matrimonio hubo en hijo al señor Don Juan de Funes y Villalpando, Marques que fue de Offera; quien, muertos sus padres, pidió reposicion en la instancia ganada por el dicho Don Juan Francés de Ariño, segundo de este nombre, su abuelo, en fuerza del vinculo, y mayorazgo, que aquel dexó dispuesto en su testamento, arriba ya referido, y fue repuesto: Y aviendo possido los bienes aprehensos hasta su muerte, y muerto con diversos hijos varones, sucedió en dicho mayorazgo el señor Marques Don Francisco Jacinto de Funes, Villalpando, y Ariño, primogenito, que murió sin descendencia; por cuya muerte, fueron repuestos en aquella instancia la señora Marquesa Doña Atanasia de Bolea, su muger, por el derecho de su viudez; y el dicho señor Marques Don Joseph, por el dominio, en fuerza del mismo vinculo, y mayorazgo; que murió tambien sin hijos, ni descendientes varones, y por su muerte pretende el Conde su hermano, como varon, y successor legi.

legitimo, è immediato de Don Juan Francès de Ariño, reposicion en la misma instancia.

12 Pretendela assi mismo la Señora Marquesa de Castañeda Doña Maria de Funes y Villalpando, hija vnica del dicho señor Marques Don Ioseph, fundandolo, y derivando su pretension principalmente del testamento de Don Juan Francès de Ariño, primero de este nombre, y alegando, que en él se constituyó, y formò, no solo fideicomiso contravenencial, sino tambien absoluto, perpetuo, gradual, y restitutorio, en caso de muerte, a favor del pariente mas cercano del nombre, y armas de Ariño, a quien dice no pudo perjudicar Don Juan Francès, segundo, en el mayoralazgo, que fundò a favor de su descendencia masculina; y que quando huviera de gobernarse la sucesion por él, deve, sin embargo, ser repuesta, como hija del vltimo poseedor. Y los fundamentos de su alegato, y peticion, se ha servido V.S.I. de participar a esta parte en seis dudas, que son las siguientes.

DVBIVM I.

Repositio Illustris Marchionissa de Castañeda decernenda videtur, reiecta ab Egregio Comite de Atarès, ex adverso supplicata: Quia in ultimo elogio D. Ioannis Francisci de Ariño, iuxta quod inter utrosque litigantes videtur fore successionem regulandam, absolutam, & graduale fideicommissum institutum videtur, quia etsi illud conceptum reperiat, sub verbis, quod testatoris posthumus, primo vocatus, & quicumque alius hæres, aut successor, non possit bona hæreditaria vendere, aut aliquid

nare;

nare; quæ regulariter fideicommissum contraventionale constituere censentur; sed integra testamentaria dispositionis littera inspecta, alijsque coniecturis, scilicet Nobilitatis familia, & qualitatis bonorum concurrentibus, successionis tractus successivus, ac perpetuus (alienatione etiam non facta) inter familia de Francès de Ariño consanguineos à testatore videtur præscriptus, iuxta cuius succedendi ordinem legalem Illustri Marchionissa (ut ultimi possessoris filia) in concursu eius patris Egregij Comitis de Atarès, fideicommissi bona pertinere videtur.

RESPUESTA.

13 Reducese esta primera duda à considerar en el testamento de Don Juan Francès de Ariño, vn fideicomisso, no solo contravencional, para en caso de agnacion, como las palabras principales, y dispositivas de la clausula hereditaria, parece lo muestran; sino tambien absoluto, y restitutorio in casum mortis, perpetuo, gradual, y sucesivo, a favor de los contemplados en èl, segun la contextura de toda la clausula, y circunstancias de Nobleza de la familia, y qualidad de bienes, que se litigan.

14 Y para que por su orden, y con claridad, procuremos representar su satisfacion, primer cuydado del que lo huviere de conseguir, segun nos lo advirtió el texto in cap. super litteris, de rescript. & in l. i. in princ. iuncta gloss ff. de doli except. & in §. sed non usque, instit. de legat. y evitar con esta el riesgo de equivocar el caso especifico de este pleyto con otros, que lo generico del assumpto puede comprehender,

9
inconveniente advertido del señor Luis de Molina
de Hispan. primogen. lib. 1. cap. fin. num. 5. vers. Sed
quamvis opinio ista; y que refiere avia notado mu-
chas vezes el Señor Cardenal de Luca in theat. verit.
lib. 10. de fideicom. discurs. 32. num. 1. § 2. nos sirve
de advertencia mas singular, y del caso, lo que con
magisterio, y discrecion, dixo D. Pedro Antonio de la
Piedra de fideicom. in ptesat. num. 2. § 3. Sed nulla
est, elctive, materia, qua frequentius versetur in hoc
Foro nostro, quam fideicommissorum, que ut pluri-
mum trahunt originem ab expressa prohibitione de
non alienando, in qua quotidie videmus disceptari
acerrimè, § subtiliter admodum, § sapè plus, quam
par sit. Est autem hæc materia valde difficilis, § no-
dosa, quia num ex prohibitione alienationis induca-
tur fideicommissum? Res versatur in magno pelago,
ut inquit post alios per eum citatos, Purpurat. cons.
375. num. 14. ad fin. volum. 1. § maxime, ubi agitur
de fideicommisso absoluto, Albar. cons. 54. in princip.
§ quod res versetur in alto pelago, quando quæri-
tur, an ex prohibitione alienationis dicatur indu-
ctum fideicommissum, tenet Dec. cons. 637. in princ.
ubi addit, hoc esse propter varietatem casuum, etiam
modicam: propter quam, et ipse refert, et etiam va-
rio modo consuluit, § alij scribentes: Nam verba
testamentorum magnum pondus habent ad cognos-
cendum, quod est, ut post Bald. Boer. decis. 155 num.
22. in fine. Sed certè non solum propter casuum di-
versitatem, is, § alij multi variarunt fortè, § sibi
ipsis parùm constantes fuerunt; sed principaliter id
ipsum contingit; non propter auri sacram famem, ut

malè senserant quidam moderni, qui in maledicendo gloriam filijs expetunt, & meliores ceteris videri volunt, sed propter materiae difficultatem, quae ut plurimum consistit in scrutanda voluntate disponentis, cum quo loqui non sumus, & verè solus Deus sit cordium scrutator, & quandoque solum cordi verborum inherere voluerunt, modo mentem divinantes. l. in conditionibus primū locum ff. de condit. & demonst. modo verba sectantes, l. si alij fundum, ff. de usufruct. legat. ut meritò propterea Imperator dixerit, voluntatis questionem defuncti in aestimatione Iudicis esse, l. voluntatis, C. de fideicom.

15 Hasc, pues, de distinguit la proposicion principal, que contiene la duda, de si de la prohibicion de agerar del testamento de D. Iuan Francès de Ariño, resultò fideicomisso solamente contravencional, ò tambien sencillo, y absoluto, divisio namque illustram, & perspicuam orationem reddit, ac praeterea animum legentis incitat, mentem audientis praeparat, & memoriam artificiosè reformat, ut glossa refert in proœmio institut. S. igitur, in verbo Easdem, noster Portol. de consort cap. 1. num. 2. Y el efecto de esta distincion es tan importante, como explica Marco Antonio Peregrino de fideicom. artic. 14. num. 7. diciendo: Multum autem interest inter fideicommissam in casu contrafactionis per alienationem, & inter fideicommissum simplex restitutorium post mortem: Nam primum, ut dixi, non committitur, nisi in casu contrafactionis, idcirco facta alienatione in unum de permissis, quia non fit adversus testatoris prohibitionem, non committitur fideicommissum.

Et alij non revocant, etiam propinquiores pro aliqua parte, l. filius familias, §. c. AT SECUS est, cum fideicommissum restitutorium est, nam uni ex pluribus, etiam si pares sint, restitui non potest, sed omnibus est restituendum paribus in gradu, alioquin quisque ex eis portionem suam advocat, uti est casus in d. l. cum ita, §. in fideicommissis, ubi sic distinguit Cuman & in d. l. unum ex familia §. sed si uno, & §. si duos, & c. Et est verissima distinctio, Et ita alias obtentum fuit, ut prohibita alienatione extra descendentes, poterit gravatus in unum solum ex descendentes, alijs exclusis, alienare, Et hanc distinctionem post Paul. Castrens. in d. §. cum pater, probavit idem Menoch. §. c. & bene Fontanell.

16 Y aunque la distinguiò el mismo D. Pedro Antonio de Petra in d. tract. de fideicom. q. 5. pero fue con tanta prolixidad de casos, exemplos, y declaraciones, que dificultosamente haze comprehensible su doctrina, como experimentará qualquiera, que la leyere; y tambien, aunque no con tanta obscuridad, la tratò, y distinguiò Fusario de substit. quest. 688. Pero quien con mas claridad, y concision lo executò, fue Peregrino eod. tract. de fideicom. art. 14. donde despues de aver propuesto algunos principios generales, reduce en el num. 14. la dificultad, a tres casos, ò formas de fideicomissos, de los quales, la primera dize ser, quando el testador prohibiò agenaar desnudamente los bienes, explicando la razon, de que queria, que se conservassen en su familia, ò que permaneciesse en su posteridad, y descendencia: *Difficultas restringitur, dicitur, ad tres fideicommissorum formulas; quarum pri-*

ma est, cum testator prohibuit bona sua alienari: *QVIA* vult in sua familia conservari: *VEL QVIA VULT* ea apud nos posteros, & descendentes permanere. Y refiriendo los que en este caso fuerõ de opiniõ que se inducia fideicomisso absoluto, passa en el num. 15. a la contraria, y dize: *Contrariam verò opinionem, quod non inducatur fideicommissum, nisi in casum contrafactionis, & secundum naturam prohibita alienationis; & illa adiectio, QVIA VOLVIT, novam non inducat speciem fideicommissi, sed nudam prohibitionem convalidet plenissimè defendit Socinus.* Y refiriendo tambien otros muchos, que la siguieron, concluye: *Et hæc in contingencia facti mihi verior de stricto iure visa fuit, siue prohibitioni adiecta sit clausula, QVIA IN PERPETVVM VOLVIT, siue etiam omisso perpetuitatis mentione, ut per DD. in dictis locis; y alega en su confirmacion por texto expreso la novell. 159. tit. ut restitutiones fideicommissi.*

17. Pone el segundo caso, ò formula de prohibicion, vestida yà de alguna causa, y con la razon, que tambien despues explica en el num. 16. alli: *Alia, & secunda formula est, cum prohibitio non fuit nuda, quia dictum fuit, ne alienari possint DE MEO NOMINE, de mea familia, de meis descendibus, addita ratione; QVIA VOLVIT* bona sua in eos, vel sua familia conservari; y dize, que en este caso entendian los Autores, que avia referido en el antecedente, y otros, que junta, resultava fideicomisso, no solo contravencional, sino absoluto.

18 Refiere en el 17. el tercero, diciendo se entendia lo mismo, que del segundo. *Et idem est. Et hac est tertia formula, cum testator prohibuisset bona sua EXTRA FAMILIAM alienari, UT IN FAMILIA relinquantur*; citando en comprobacion el texto *in l. fideicommissa. §. hac verba. ff. de legat. 3.* por la razon, *quod nisi adiectio hac iuncta prohibitioni de per se valida, operaretur fideicommissum absolutum, otiosè staret*; y que por esta opinion la estendian a otros casos semejantes, aunque con mas variedad.

19 Y despues explicando la loya, num. 18. resuelve la materia con esta doctrina general: *Ego autem arbitror, remotis verbis dispositivis, ubicumq; procedit prohibitio de alienando, in omnibus, Et singulis formulis supra relatis, inspectis legibus, Et regulis iuris civilis, defendi rectè posse, non resultare absolutum, Et simplex fideicommissum, sed tantum in casu contrafactionis; atque ideò valere alienationem inter vivos, vel etiam per ultimam voluntatem, in unum tamen ex permisis, etiam remotiorem in gradu.*

20 Prueballo con el texto *in l. pater filium 38. §. filiam 2. ff. de leg. 3.* cuya especie fue esta: *Filiam suam heredem scripserat: Et ita caverat; veto autem edificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos, quos hoc testamento nominavi pertinere volo: Quæsitum est, de functæ herede, Et legatarijs vernis; an ad unum libertum, qui remansit, totum fideicommissum pertineret? Respondit ad eum, qui ex vernis superesset, secundum ea que proponerentur, virilem partem pertinere.*

21. Y Bartolo, que es el original de Peregrino, y de otros, que cita, sumando dicho § *filiam*, dixo: *Res contemplatione plurium prohibita alienari, ad eum ex pluribus pertinet, qui superest tempore alienationis*; y despues en su decision la reduce a estas breves, y compendiosas palabras: *Nota, quod istud fideicommissum est conditionale: veto venire, seu vendi; & volo pertinere ad tales; quia intelligitur pertinere, scilicet, si vendantur: Ideò inspicitur qui superest tempore venditionis. Secundo notanter vide sic, quod si precedit dispositio prohibitiva, & alia simpliciter sequitur: intelligitur sequens dispositio sub conditione, si contra prohibitionem factum fuerit.*

22. Y siguiendo a Bartolo, con otros, sobre este mismo texto, và ponderandolo, y confirmandolo Peregrino, y dize: *Prohibitio equidem valida erat de se ob illam adiectionem de meo nomine, uti est casus in eadem l. in § in duobus; & clausula subsequens, sed ad vernas meos pertinere volo, necessaria nõ erat; attamen de sancta filia, & relicto herede, qui non sit de familia; qui à vernis superest, fideicommissum petit, sic enim illum intellexerunt gloss. Bartol. Alber. & alij; ex quo formaliter Bartolus notat. fideicommissum istud; veto rem alienari de meo nomine, & volo pertinere ad tales: conditionale esse, scilicet, si alienetur: ideò inspicitur, qui ex vocatis superest tempore alienationis. Secundo notat, quod cum precedit dispositio prohibitiva, & alia simpliciter sequitur, intelligitur sequens dispositio sub conditione, si contra prohibitionem factum fuerit: ex cuius verbis per illum textum cum glossa res expedita videtur; sicque rex;*

sum illum cum Bartoli theorica, ut fideicommissum non committatur, nisi in casu contrafactionis, expendit Alexander, Rinus. § c. Et idem profirmit, ut prohibita alienatione extra familiam, quia voluit bona in familia perpetuo conservari, ut non resultet absolutum fideicommissum, sed tantum in casu contrafactionis. presupposuit Alexand. ipse cons. 56. in princ. Et col. ult. in 1. repetit. cons. 23. in 2. clarè Socin. d. cons. 227. col. 4. vers. Quibus tamen, & Riminald. Sen. cons. 185. num. 27. Dec. cons. 218. num. 14. 287. col. 5. in vers. Ultimo non obstat 377. nu. 5. § 122. col. 2. clarè Rin. cons. 89. num. 22. col. 3. vers. Sed premisis, § 128. sub num. 13. in 2. § cons. 28. num. 15. § 16. § 111. nu. 4. § 168. sub num. 2. § 26. in 3. Cæphal. cons. 17. num. 22. Silvan. cons. 6. num. 26. Menoch. cons. 85. num. 103. in 1. § 327. num. 75. in 4. & ultra hos Berol. cons. 84. num. 45. in 2.

23 Y advertiendo, que del texto referido inferian otros argumento contrario, les responde, ibi: *Et licet circa illum textum in d. S. filiam, per multa scripta fuerint à maioribus nostris, veluti à Curt. lun. cons. 116. num. 6. Crot. cons. 48. num. 29. Menoch. cons. 197. num. 30 in 2. & per D. Petrum Placent. in d. s. q. num. 124. & plerique ex eis sumant argumentum pro fideicommissio absoluto; attamen intelligendo illum textum, secundum positionem glossæ, quam Bartolus sequitur, quod ibi filia decesserit, instituto sibi ex testamento herede extraneo, qui non sit de familia, est ibi casus pro fideicommissio in casu contrafactionis tantum; nam frustra pōderaretur, quod ibi fuisset institutus extraneus heres, si absolutum ex ea formula resultaret fideicommissum.*

Com-

24 Compruebalo con los textos en la *l. peto, §. fra-*
tre, ff. de legat. 2. cuyas palabras son: *Fratre hærede*
instituto petit, ne domus alienaretur, sed vt in fami-
lia relinqueretur; si non paruerit hares voluntati, sed
domum alienauerit, vel extero hærede instituto de-
cesserit, omnes fideicommissum petent, qui in fami-
lia fuerunt. Quid ergo si non sint eiusdem gradus?
Ita res temperari debet: vt proximus quisque primo
loco videatur inuitatus; y en la l. pater filium § 4. ff.
ad l. Falcid. que es concordante.

25 Y a la distincion, que algunos discurren, de
 si en la misma prohibicion de agerar, se nombra-
 va, y expressava, ò no, por causa la familia, como
 el segundo, y tercero caso, arriba propuestos, res-
 ponde tambien con singular comprehension de to-
 da la materia, ibi: *Solutio autem, quod ibi in probi-*
bitione, familia non fuerat expressa, non euacuat
difficultatem, quia nullibi apud leges scriptas con-
stitutata reperitur differentia supra relata, quam So-
cinus illius distinctionis auctor formauit ex suo ca-
pite, in d. §. cohæredes, sed solum apud Iurisconsul-
tos, duplex fideicommissi formula considerata fuit,
altera cum relinquitur familia, de qua in d. l. cum
ita, §. in fideicommissio, ff. de legat. 2. & in l. fin. de verb,
signif. ex qua absolutum, & successivum post mor-
tem resultat fideicommissum: Altera verò in casu
prohibita alienationis, per quam fideicommissum re-
sultat in casu contrafactionis tantum; nec ullibi
constitutum reperitur in tot iuribus in materia hec
scriptis, presupposita alienationis prohibitione, alio
modo fideicommissum resultare, quam in casu con-

trafactionis; quod etiam clarè voluit Iustinianus
in authent. de restit. fideicommiss. quavis ¶ *ibi in*
prohibitione non fuerit facta familia mentio: Pon-
derarunt enim Iurislatores speciem fideicommissi
hanc fuisse constitutam in casu alienationis; ideò
observarunt in suis responsis, an per alienationem
videri possit contrafactum: ¶ ad hoc pondero ego
text. in d. l. patet filium, per totam illam legem, ff. de
legat. 3. ubi Iurisconsultus proponit varias prohibi-
tionis de alienando figuras, ¶ semper advertit, an
per alienationem possit videri factum contra prohi-
bitionem.

26 Y desde el num. 19. empieça individualmente
 a proponer, y satisfacer a los argumentos, y razones
 de dudar, que pueden discurrirse en contrario, con
 que dize quedará mas clara su resoluciõ; de las quales
 la principal, y mas digna de tenerse presente, es la que
 propone en el num. 20. por fundarse en otra doctrina
 del mismo Bartolo, a quien Peregrino sigue, como
 se ha visto, cuya respuesta dará luz especial a la que
 vamos fundando: *Tertio adducitur, scrive, Bartoli*
doctrina in d. S. cohæredes (es de la l. qui Romæ, ff.
de verbor. obligat.) quatenus vult ex re prohibita
alienari extra familiam, ut in familia relinqua-
tur, vel per similia verba, ut in d. l. peto, § fratre, non
posse heredem, etiam requisitis illis de familia, ac
cis emere nolentibus, rem ipsam alienare, TAN-
QUAM RESTITUTIONI SUBIECTAM,
adducendo textum in authent. res quæ, C. commun.
de legat. quasi voluerit duplex resultare fideicom-
missum.

27. Y responde: Sed certè Bartolus non hanc habuit intentionem de duplici fideicommisso; nam contrarius esset sibi ipsi in d. l. pater, § & filiam: Vera eius mens fuit, sicut ex tota eius theoria in eodem § colligitur, quod cum testator prohibet bona alienari extra familiam, per hanc formulam verborum, hoc casu non possit gravatus alienare, non requisitis illis de familia; & si alienat, nulla sit retractabilis per illos de familia alienatio, uti secuta adversus testatoris prohibitionem: Illis autem de familia requisitis, & nolentibus emere, valeat alienatio in extraneum facta, & sic post Dynum per illum textum in d. §. coheredes, interpretatur vim illius formulæ, prohibita alienationis extra familiam.

28. Subdit Bartolus, se hoc putare verum in his terminis, sed ubi testator non simpliciter prohibuisset rem alienari extra familiam; sed adiecisset, ut familiæ relinqueretur, iuxta text. in d. §. fratre, vel per similia verba, ut in familia conservarentur, tractum temporis significantia; tunc nec etiam requisitis, & emere nolentibus illis de familia, poterit res in extraneum alienari. **QVASI RESTITVTIONI SVBIECTA;** scilicet, **IN CASV ALIENATIONIS.** & sic fuit de mente Bartoli: Quoniam testator prohibendo alienationem bonorum extra familiam, ut in familia remaneant, consideravit **CONSERVARE, PER HANC VIAM PROHIBITIVAM,** bona in familia; & ideò dum inquit, **TANQVAM RESTITVTIONI SVBIECTA,** per text. in auth. res que, intelligit de ea restitutione, cui subiecta est res alienari prohibita, ut in fa-

milia relinquatur; scilicet, in casu contrafactionis, et ille modus loquendi, *TANQUAM RES SUBIECTA RESTITUTIONI*, stet similitudinariè ad materiam authenticæ res quæ, Et sic verè fuit de mente Bartoli, prout etiam deducit Socin. d. cons. 227. col. 6. vers. Et hoc modo, Ruin. d. cons. 128 sub nu. 13. § 119. nu. 6 in 2. & adde, quod ista per me relata, est verissima intelligentia ad Bartoli doctrinam in d. §. cohæredes; nec verum est, Bartolum voluisse, quod in terminis prohibita alienationis in casu §. fracte, possit fieri alienatio requisitis, Et nolentibus emere illis de familia, prout sic intellexit Socin. in d. §. cohæredes, num. 23. & Cure. lun. cons. 43. num. 43. 145. num. 9. Et in alijs consilijs, sicuti ex prædictis, Et ex verbis Bartoli planè patet.

29 Y segun la disposicion testamentaria de Don Juan Francès de Ariño, y sus clausulas de prohibicion, è institucion de heredero, que se refirieron arriba; y la regla, que en dicha doctrina assienta Peregrino; parece quedò el fideicomiso, que en ellas se lee, en terminos de solo contravencional; para cuya demonstracion, se ha de bolver la vista al contenido de dicha disposicion, y clausulas sobredichas, que se reducen a instituir al postumo en primero lugar condicionalmente: *si empero masculino serà.*

30 Y a la prohibicion, en caso de ser masculino, y consequientemente heredero, de que ni el, ni otro qualquiere heredero, ò sucessor, pudiesse vender, alienar, ò trasportar los Lugares comprehendidos en la herencia, ni alguno de ellos.

31 Y a la condicion dispositiva de la primera
subf.

substitucion, que se le diò a dicho postumo masculino, y heredero: *E si lo farà, tal vendicion, alienacion, è trasportacion, sea ipso facto nula, è invalida: E no res menos pierda la dicha herencia, la qual prevenga al mas cercano parient de mi nombre, è de mis armas, que en aquel caso se trobarà. El qual con la misma condicion aya de aceptar la dicha herencia, È aquel quiero, è ordeno sia mi heredero universal.*

32 Y a los otros dos casos de la institucion, y substitucion, respectivamente, de D. Galceran, a saber es: *Si el dicho postumo no serà fijo; ò si serà fijo. È morrà sin se fijos legitimos masculos, è de legitimo matrimonio procreados; en cada vno de los dichos casos, substituezca mi heredero universal, è instituezco al dicho Galceran de Ariño, mi hermano, con las condiciones susodichas.*

33 De forma, que los casos de la substitucion al postumo, son tres: El vno, de no ser el postumo hijo, sino hija, en que se halla substituido Don Galceran,

34 Otro, el de ser hijo, y contravenir despues a la prohibicion de agerar, en que se halla substituido el pariente mas cercano, del nombre, y armas del testador, que entonces se hallare, *con la misma condicion.*

35 Y el otro, de no contravenir el postumo masculino, sino en caso de morir sin hijos masculos, en que tambien se halla substituido el mismo Don Galceran, *con las condiciones susodichas.*

36 Con que de dichos tres casos, en los dos de no nacer postumo masculino, ù de morir este sin hijos masculos; fue Don Galceran nominatim, y expre-

men-

mente substituido; y en el otro, de agerar el mismo hijo masculino, ò qualquiera otro heredero, los bienes hereditarios; fue el substituido el que se hallasse en el caso de la ageracion, ser pariente mas cercano, del nombre, y armas del testador; aunque tambien lo podia ser el mismo Don Galceran, si el postumo huviera agerado, por hallarse comprehendido en el llamamiento colectivo de pariente mas cercano.

37 De los casos sobredichos sucediò el de no nacer hijo el postumo, sino hija, en que Don Galceran se hallava nominatum, directa, y expressamente substituido; a quien no se lee, que el testador con expresion literal, le diera otro substituto, sino es en virtud de aquellas palabras, *con las condiciones susodichas*, que se referian a la prohibicion de agerar, que respeto del postumo masculino, ò de qualquiera otro heredero, avia el testador arriba expressado; por lo qual entendiò esta Real Audiencia, que aviendo dicho Don Galceran agerado, y su hijo Don Manuel consentido tambien la ageracion de esta Baronias; avian contravenido a la prohibicion de agerar, y que como substituidos con ella, devian ser privados de la sucesion, como lo declarò, mediante sentencia definitiva, en este processo, y juicio de propiedad; entendiendo assi mismo, que en el caso de dicha contravencion, era Don Juan Francès de Ariño, segundo de este nombre, el pariente mas cercano de nombre, y armas de dicho testador, como nieto de dicho Don Galceran, è hijo de dicho Don Manuel, contravenientes.

38 De donde por necessaria consequencia se in-

fiere, que dicha prohibicion se diò por repetida en D. Galcerà, como se halla escrita en el postumo masculino, y como si el testador al mismo D. Galceran le huviera dicho, *no pueda vender, alienar, ò transportar los dichos Lugares, ò alguno dellos; E SI LO FARA, tal vendicion, alienacion, è transportacion, sea ipso facto nula, è invalida: E no res menos pierda la dicha herencia, la qual prevenga AL MAS CERCANO PARIENT de mi nòbre, è de mis armas, que en aquel caso se trobarà; EL QV AL CON LA MISMA CONDICION ATA DE ACEPTAR LA DICHA HERENCIA MIA, & aquel quiero, è ordeno sia mi heredero universal.* Y de aqui se ha de inferir tambien, que del modo, que si el postumo masculino, siendo heredero, fuera el que huviesse agnado, le avia de suceder el pariente mas cercano de nòbre, y armas del testador; y que dicho pariente mas cercano, avia de aceptar aquella herencia, *con la misma condicion;* assi tambien no aviendo avido postumo masculino, y sido D. Galceran el primer heredero, y el que agnò; y sucedidole por esta causa D. Juan Francès de Ariño, segundo, pariente mas cercano, como se ha dicho; se verificò en este la sucesion, y aceptacion de la herencia, en fuerça tambien de las palabras relativas, *con la misma condioion;* como si al pariente mas cercano le huviera del mismo modo dicho el testador, *que no pueda vender, alienar, ò transportar los dichos Lugares, ò alguno de ellos; è si lo farà, &c.*

39 Deduciendose de lo dicho, que Don Juan Francès de Ariño, segundo, no tuvo, ni puede tener

sub-

substituto, aun valiendose de ambas relaciones, sino debaxo de la condicion, *si lo farà*; esto es, si vendiere, agenare, ò transportare los bienes hereditarios, como lo hizo Don Galceran; por cuya contravencion, entrò a ser heredero, y aceptò la herencia dicho Don Juan Francès de Ariño, segundo; y siendo esta substitution, que a este se le dà, en el caso de la contravencion, y no en otro; se demuestra, al parecer, clara, y literalmente, que el fideicomiso, que de dicha disposicion testamentaria, con las clausulas, que avemos referido de Don Juan Francès de Ariño, testador, resulta; fue solamente contravencional, in casu contrafactio- nis, y no absoluto, y restitutorio, etiam in casu mortis; por preceder la prohibicion de agenar, puesta al instituido, ò substituido heredero, y seguirse despues la substitution, y llamamiento del paciente mas cercano de nombre, y armas, segun la doctrina, y resolution de Peregrino.

40. Y en los terminos del caso presente, corre, al parecer, el discurso, sin la question, que en los tres, que propone Peregrino, ponen otros Autores; porque en qualquiere de ellos, y segun la formula con que cada vno se figura; dexa el testador capacidad para poder entender, segun las circunstancias, y conjeturas de su disposicion, que el fideicomiso, que de sus palabras se induce, no solo es in casu contrafactio- nis, sino tambien in casu mortis; pues en el primero, que es el de la nuda prohibicion de agenar, puesta al heredero, con la razon, *quia vult in sua familia con- servari, vel quia vult ea apud suos posteros, & des- cendentes permanere*; podia pretenderse, que se valia

de aquel medio de la prohibicion el testador, hazien-
do lo general, y comun a la conservacion, y perma-
nencia de los bienes en su familia, posteridad, ù des-
cendencia, assi en caso de agenaar el heredero, vivien-
do, como de morir sin aver agenado, quando la ra-
zon, que explicava, era tambien general, y comun a
ambos casos, no contrayendo, ni determinando su
voluntad à alguno de ellos.

41 Y tambien esto podia pretenderse, que se avia
de hazer lugar en el caso segundo de la prohibicion
de agenaar, vestida de vna de las calidades, *de meo no-
mine, de mea familia, de meis descendentibus*; con
la razon, *quia voluit bona sua in eos, vel in sua fa-
milia conservari*, por lo que acabamos de dezir. Y lo
mismo dezimos del tercero caso de la prohibicion de
agenar extra familiam, con la ilacion, *ut in familia
relinquantur*, ù otra semejante; distinguiendose vni-
camente el segundo caso del tercero, en que en aquel
explica el testador su voluntad, por la razon, *quia*;
y en este, por la ilacion, *ut*, ù otra del mismo signifi-
cado; pero en todos con generalidad, è indetermina-
cion literal a caso de agenacion, ò a caso de muerte.

42 Mas en nuestro caso no vsò el testador de
alguna de dichas formulas, considerese la prohibiciõ
de agenaar, vestida, ù desnuda; ni explicò la voluntad
de la conservacion, y permanencia de los bienes, ge-
neral, ò indeterminada; sino que la contraxo, y deter-
minò expressa, y literalmente al caso de la agenacion,
mediante la condicion escrita en la institucion, y pro-
hibicion del postumo, *è si lo farà*; y repetida en la ins-
titucion de Don Galceran, en fuerça de la relacion,

con las condiciones sobredichas; y en la substitution antecedente del paciente mas cercano, en fuerza de las palabras relativas, con la misma condicion.

43 Y en terminos mas dificiles lo dixo, comprobando toda esta materia, el señor D. Luis de Casanate *cons. 36. num. 1. Et seqq. præcipue num. 5. 6. Et 7.* quien despues de aver propuesto el caso de prohibir la testadora la agenacion de vn residuo de herencia à vn hijo suyo, *niſi in filios*, que inducia fideicomisso contravencional a favor de los nietos, como en el que tambien propone el señor Reg. Sesse *decis. 55. lib. 1.* y fundadolo llenamente con textos, y Autores, siguiendo a Bartulo, y Peregrino, en el mismo lugar, que le dexamos citado, y el juzgado de la causa de Sanguerren; a lo general de la clausula final, que dezia: *Et sub forma, Et ordine prædictis, heredes meos universales instituo prædictos virum, Et filios meos, Et filiorum, Et cuiuslibet filiorum meorum filios, singula singulis. prout convenit referendo;* y parecia inducir fideicomisso absoluto, & in casu mortis; responde, que devia entenderse de solo el que antecedentemente se hallava explicado por la testadora, à favor de los hijos de su hijo, que era el contravencional: *Imò, Et aliàs, dize, licet, ubi testator, nulla præcedente dispositione, vel prohibitione, dixit, quod voluit bona sua in familia, vel in descendentibus, vel in agnatione conservari, inducatur fideicommissum absolutum inter eos omnes. Tamen hoc non procedit ubi præcedit dispositio, vel vinculum speciale in aliquibus casibus tantùm, vel sub aliquibus conditionibus specialiter: Quia tunc illa generalis clausula*

subsequens (quæ aliàs esset sufficiens ad inducendum simplex. & absolutum fideicommissum) restringitur ad terminos, limites, & conditiones fideicommissi precedentis; siue illa generalis clausula subsequens exprimatur per viam rationis, siue per viam continuationis, vel illationis, vel aliàs, ut in pulchris casibus probant Alexand. &c. Quæ cum generaliter, & indistinctè vera sint, ex eo solùm, quod generalis dispositio subsequens in dubio restringitur ad specialem precedentem, & ad illius formam, terminos, limites, & conditiones, etiam si nulla adsint verba restrictiva, seu relativa: Fortius multo vera censeri debent, & absque aliqua probabili difficultate procedunt, ubi adiecta sunt, non unum tantùm, sed plura geminata, & multiplicata verba relativa, limitativa, & restrictiva, dispositionem referentia, seu restringentia ad casus speciales precedentes, ut in presenti. Nam illa verba clausula finalis, & sub forma, & ordine supradictis, declarant mentem testatoris, ut velit formam, & ordinem supradictum protinus observari, omni proorsus extensione explosa, ut ponderat Craveta, &c. Quia stant illative ad precedentia tantùm, & ad casum formaliter expressum, & declarant secundum precedentia tantùm dispositionem limitari, & restringi; ita ut ultra casum expressum non extendatur, cap. frequens, in princ. de restit. spoliat. in 6. &c.

44 Y en el num. ii. buelve a confirmar esto mismo, refiriendo otros juzgados del Reyno, alli: Et denique omnes dictiones relativa referunt sui natura, & essentia, singularia omnia antedicta, quo ad sub.

*substantiam, & qualitates, restringendo se ad ea, non
 verò ampliando, l. ea tamen adiectio, ff. de legat. 3. &c.
 Et ne res auctoritate careat ita declaratum fuit in
 Curia Domini Iustitie, in processu Hieronymi de
 Arbues, super apprehensione in articulo proprietatis,
 ubi post aliquas substitutiones speciales fuerat adie-
 cta generalis clausula, por tal, que los dichos bienes
 sean a todos tiempos en hombres varones, que se
 clamen del nombre de Arbues. Et tamen declaratum
 fuit vinculum cessare, & eam clausulam generalem
 censeri positam illative, continuative, & accessorie
 in casu, quo evenirent conditiones precedentium sub-
 stitutionum, aut alicuius earum. Quæ sententia fuit
 postea confirmata in Regia Audientia. Idem fortius
 multò, & in casu fortiori fuit declaratum in proces-
 su Annæ Falcon, in articulo iurisfirmarum in Re-
 gia Audientia, & in processu Ludovici de Lerès,
 olim Falcon, super iurisfirma, in Curia Domini Iu-
 stitie, super testamento Ioannis de Lerès. Y lo reco-
 noció el señor Reg. Sesse en la causa del Estado de
 Ixar, decis. 231. num. 11. ad fin. ibi: Deinde, quia illa
 clausula non dependet à dispositione prohibitiva, nec
 habet verbum aliquod relativum.*

45 Y lo mismo dixo Nigro Ciniaco en el caso
 contrario de subseguirse la prohibicion, controvers.
 forens. 579. num. 44. & seqq. lib. 4. ibi: Illæ dictiones,
 dictis, & antedictis, sunt relative precedentis dispo-
 sitionis cū omnibus suis qualitatibus; & perinde est,
 ac si testator dixisset, prohibere alienationē, & velle
 bona conservari in descēdentes his modis, & formis,
 prout dispositum est in substitutionibus, sicut decla-

rat Sard. decis. 85. sub num. 3. Quoties autem prohibitio alienationis cum dicta causa sit per verba relativa, certum est non ampliari, nec inducere novum fideicommissum, sed restringi ad particulares substitutiones, Alexan. &c. Quorum plerique exemplificant quando in prohibitione apposta est dictio, ut supra, prout in casu nostro; dicunt enim illam esse sufficientem ad restringendam hanc prohibitionem, quamvis valde amplā ad casus superius specificatos; Et licet posset dici in proposita specie, dictionem, ut supra, appositam fuisse ad declarandum, quod volebat succedere nisi legitimos, ut supra, & capaces, ut supra; tamen cum hac dictio possit aequè benè complecti omnia precedentia absque eo quod violetur rectus sermo, ad vitandum fideicommissum debet ita accipi, cum ea semper capienda sit interpretatio per quam excludatur, Et contra fideicommissum in dubio sit iudicandum, Riminald. Lun. cons. 181. nu. 23. Et 24. Et cons. 279. num. 141. cum seqq. Et in omnem casum sufficient dictiones, dictas, & antedictas, prout supra latè probavi. Y tambien el señor Sesse decis. 232. n. 15. ad finem, donde despues de aver dividido el punto en conclusiones, con Peregrino, y otros; limita la tercera, en que entendia el señor Sesse, se inducia fideicomisso absoluto, ibi: Deinde hac conclusio tertia limitatur, ubi clausula prohibitionis est relativa ad precedentem conditionatam; nam tunc ab ea dependet, Et illa defecta, deficit prohibitio, nec operatur fideicommissum; con Decio cons. 636. y Berreta cons. 75. num. 5. 6. Et 7. facitque idem D. Sesse decis. 17. sub num. 3. lib. 1. cum Carolo Ruino cons. 89. lib. 2.

46 Y siguiendo a Bartolo, Peregrino, y al señor Casanate, resuelve generalmente la conclusion a nuestro favor, Fontanel. *de pact. claus* 4. *glos.* 25. *nu.* 44. *ad* 52. y conforma Fráncisco Nigro Ciriaco *controv. forens.* 142. *nu.* 24. *lib.* 1. Y en semejante clausula à la referida por Peregrino, tienē lo mismo Carlos Ruino *cons.* 89. *lib.* 2. Beroio *cons.* 84. *nu.* 42. *§* *seqq.* *præcipue* *nu.* 57. *vers.* *Cum autem tota vis,* *§* *no.* 63. 70. *§* 71. *lib.* 2. Bartholom. Socin. *cons.* 227. *sub num.* 3. *vers.* *Quibus tamen non obstantibus,* & benè Cancet *lib.* 1. *variar.* *cap.* 1. *num.* 65. *vers.* *Secundi dubij resolutio.*

47 Y es terminante, y decisivo, el mismo Marco Antonio Peregrino *cons.* 33. *nu.* 36. *§* *seqq.* *lib.* 3. donde pone la question, nacida de otra clausula de mas dificultad, que la del testamento de Don Iuan Francis de Ariño, y fue esta: *Item veto,* *§* *prohibeo dictis filijs,* *§* *descendentibus,* *§* *heredibus meis, tam mediatis, quam immediatis, alienationem bonorum meorum immobilium,* *§* *c.* **ET SI SECUS FIAT,** *aut fuerit attentatum de faciendo, volo, quod omnia sint nulla, ET TALES ALIENANTES, ET ATTENTANTES PRIVO,* *§* *privatos esse volo hereditate,* *§* *bonis meis; ET PORTIO ALIENANTIS,* *§* *attentantis applicetur alijs filijs, §* *descendentibus meis, legitimis, seu in quos hereditas, §* *bona mea pervenire haberent, secundum formam presentis testamenti. Quia volo, iubeo, §* *mando, quod predicta bona mea conserventur in filios, §* *descendentes legitimos, §* *de legitimo matrimonio, §* *linea masculina vatos, TUNC superviventes;*

Et eis deficientibus, in filios, Et descendentes supradictorum fratrum meorum, prout supra; Et eis deficientibus, in alios, ut supra nominatos, debuit referendo, ut supra, Et prout supra.

48 Y despues en el num. 38. dice assi: Sed an premissa prohibitio cum illa clausula: Quia volo, &c. operetur fideicommissum in caso contrafactionis tantum, prout est de natura eius, ad text. Et Bartol. in l. pater filium, S. filiam, ff. de legat. 3. ex verò ob illam causam expressam operetur absolutum fideicommissum, favore omnium nominatorum in testamento, etiam in casu mortis, ac si illi fuissent vocati absolute post mortem de uno in alium, ad text. in d. l. cum ita, S. in fideicommissio, ingens, Et per difficultis est questio apud DD. nostros, quam ego abundè pertractavi in artic. 14. Et sub num. 15. amplè defendi negativam, per text. in d. l. pater filium, S. filiam. Et huius sententia ponderavi Bartolum, Et recensui Alexandrum, Socinum, Riminaldum, Decium, Ruinum, Sylvanum, Beroium, Cephalum, Et Menochium. Nunc autem adverto casum nostrum subiectum multū differre à terminis questionis: Undè, pro vera resolutione considero duos casus: **ALTERUM**, cum testator prohibet alienari bona extra descendentes, vel agnatos, quia vult apud eos conservare, Et hoc casu procedit questio: Nam ista sua voluntas potest considerari absolute, tam in casu quando bona exirent extra agnatos masculos, per alienationem, quam etiam per mortem: undè per multi tenent, resultare absolutum fideicommissum in utroque casu alienationis, Et mortis. **ALTER** est casus noster,

cum testator prohibet alienari bona extra masculos,
 & in casu alienationis privat alienantem, & appli-
 cat bona non alienantibus, subiecta ratione, quia vo-
 lo, &c. Et hoc casu, quia ratio accedit dicto, nec est
 generalior, illud non ampliat, sed ei inheret, sicuti di-
 ci solet de clausula accessoria, clement. i. de Præbend.
 & post Bald. & mol. & Abb. Iason cons. 60. colum. 6.
 vers. Non obstat, lib. 3. Dec. cons. 305. num. 8. & 470.
 col. 1. Et in terminis prohibitionis Dec. cons. 377. nu. 6.
 ubi præterea considerat, quod illa ratio, quia vult, ha-
 bet relationem ad dictam immediatè precedens. Idem
 intelligit, ut in casu dicti precedentis, & sic in casu
 contraventionis; & sic quoq; consideravit Socin. Iun.
 in rubr. ff. solut. matrimon. p. 1. num. 56. per text. cum
 gloss. in l. de eo, §. si quis, ff. ad exhiben. & in §. fratris,
 cum sua gloss. instit. de nupt. Quæ quidem ratio pun-
 ctualiter occurrit hic: Nam testator in casu alienatio-
 nis expressè privat alienantem, & detulit non alie-
 nanti ea ratione, quia voluit, &c. Unde ratio, quia vo-
 loit, reperitur coniuncta, & adiecta ad casum contra-
 factionis; consequenter non inhibetur intestata succes-
 sio Illustr. D. Isabelle: quia non est alienatio hominis,
 sed legis, quæ non censetur prohibita, ad l. cum pater,
 §. cum inter, ff. de leg. 2.

**IVXTA COMMUNE,
 ET RECEPTVM INTELLECTVM
 ANTIQVORVM, MODERNORVM, ET
 QVI DE MEDIO SVNT,**

14. num. 25. & 26. Petra de fideicommiss. prohib. q. 7.
 num. 8. & quest. 8. num. 294.

49 Por esta razon los Autores, para que en se-
 mejantes disposiciones puedan inducirse ambos fi-
 dei:

fideicomissos, advierten deve disponerse, y formarse el
 absoluto, y restitutorio, por via, y modo de principal,
 è independiente disposicion del contravencional, que
 es la doctrina, que trae por limitacion de nuestro
 asunto, Fuffario de substitut. quest. 588. num. 30. ibi:
*Limitatur quinto, ubicumque verbis dispositivis, per
 modum principalis dispositionis testator ordinat bona
 in familia conservari debere; nam tunc verbum dis-
 positivum induceret fideicommissum in casum mortis,
 ita ut unus alteri sit gradatim restituere gravatus,*
 con muchos que junta. Pero la dificultad consiste en
 conocer, y distinguir el caso de esta limitacion, pues
 aunque despues de la prohibicion de alienar, se subsi-
 gan palabras dispositivas de fideicomisso; sino con-
 tienen principalmente, y con independencia de la
 prohibicion de alienar, disposicion de fideicomisso
 absoluto, y restitutorio, se reduce toda à contraven-
 cional, como inmediatamente observò el mismo
 Fuffario, vbi supra, num. 31. remitiendonos para la
 mejor explicacion de este punto, entre otros, a Petra,
 y Peregrino, como Maestros en esta materias, ibi:
*Difficultas autem est, quando dicatur testatorem, per
 modum principalis dispositionis, dispositivè ordinasse,
 quod bona remaneant in familia: unde recurrendum
 erit ad D.D. supra relatos, precipuè ad Petram dict.
 quest. 5. in primo casu, vbi de hoc dat plura exempla;
 & ad Peregrinum d. art. 14. num. 13. ex quibus collige-
 tur hanc limitationem differre à sequenti, licet ab ali-
 quibus confundatur; NAM ALIVD est, quod
 verba sint dispositivè addita precedenti prohibitioni
 ALIVD, quod per viam principalis dispositionis tes-
 tator*

testator dispositivè ordinet bona remanere in familia,
 vel in descendentes suis; unde in hoc diligenter ad-
 vertendū erit, de hoc enim ultimo loquitur HÆC
 LIMITATIO, de primo autem, quando scilicet
 verba dispositiva sunt addita prohibitioni, dicetur
 in sequenti limitatione. Y la siguiente limitacion es,
 quando no per modum causæ enuntiativè prolatae,
 ut in familia bona remaneant, sino aun per modum
 rationis dispositivæ, quia volo manere in familia,
 que resuelve contra el fideicomiso contravencional,
 sub num. 36. vers. Ego sentio veriores esse hanc se-
 cundam opinionem.

50 Y Petra en el primer caso, que propone, quest.
 5. num. 2. lo que dixo, es: Erit igitur primus casus,
 quando testator per modum principalis dispositionis
 ordinat bona sua in familia, vel in suos descenden-
 tes conservari debere; nam tunc DD. communiter
 tenent, inductum censei fideicommissum simplex,
 & absolutum; & sic, quod sumus in caso l. cum ita,
 §. in fideicommissum, ff. de legat. 2. & l. fin. C. de verbor.
 signif. & in specie ita respondit Socinus cons. 227.
 col. 4. in princip. in 1. caso, vers. Ex quibus concludo,
 quod aliquando, & primo, testator vult inducere fi-
 deicommissum, ita quod unus alteri gradatim sit gra-
 vatus simpliciter post mortem restituere, & tunc
 providet relinquendo familia, & c. volum. 2. & idem
 Socin. cons. 43. col. 3. sub num. 5. vol. 3. in primo caso.
 Curt. lun. cons. 143. sub num. 9. in fine, in primo caso
 loquens in una Placentina de Thodischis; & ibi
 addit, in hoc caso neminem contradicere; idem res-
 pondit Alciatus cons. 484. col. 1. vers. Primum est,

sub num. 1. loquens in casu, quo testator disposuerat, quod bona sua semper permaneant in descendentes suos, & quod nullo modo possint alienari; nam ut ille ait num. 3. in 2. fundamento, testator non incipit à prohibitione alienationis, sed à dispositione, ut bona permaneant, &c. Y nota en el num. 4. ibi: Est ergo differentia, an testator incipiat à prohibitione, an verò à dispositione, secundum Alciat. cons. 484. num. 6. &c. el qual yà se ve no admite dificultad.

De que es exemplo mas ajustado, que otros, que pone el mismo Petra, el que refiere Tiberio Deciano cons. 9. num. 19. vers. Tertio, & ultimo, lib. 2. alli: Tertio, & ultimo pramitto, quod iste noster magnificus testator duo potest videri fecisse fideicommissa; & ex utroque in casu nostro posset pretendi successio. Primū est universale post mortem & hoc est in primo capite testamenti, dum dicit, & disponit, quod bona sua sint sub perpetuo, & irrevocabili fideicommissa de familia, seu domo de Capite Lista, & in suos descendentes legitimos masculos, legitimos, & naturales in perpetuum, quos substituit vulgariter pupillariter, & per fideicommissum, donec in mundo reperientur, & ex isto capite fait petita successio, ut apparet in actis, & infra dicitur. SE-CUNDO M EST fideicommissum factum in casu alienationis tantū, dum prohibita omnibus, tam institutis, quam substitutis, addidit pœnam, QVOD SI CONTRAFECERINT, non valeat alienatio, & contrafaciens pro ea vice SIT PRIVATVS commodo, & successione dicti fideicommissi, ET TVNC VADAT IN PROXIMIO-REM

REM de domo, & familia dicti Domini testatoris; per ista enim verba certum est inductum esse fideicommissum, & per simplicem prohibitionem alienationis favore agnationis, l. & hoc modo, & c. Si ergo constaret D. Ludovicum alienasse, possent isti competitores, & maxime D. Sylvius pretendere successionem ex fideicommissio in casum alienationis facti.

52 Mas Peregrino d. artic. 14. num. 13. lo exemplifica, aunque la disposicion principal se subliga à la prohibicion, vt ibi: Cum verò post prohibitionem testator dispositivè ordinasset bona sua permanere in familia, agnatione, & descendencia sua, verbum dispositivum induceret fideicommissum, & dispositivè diceretur ordinasse: Quando non per modum rationis, vel non respectu futuri eventus, sed principaliter ordinasset; vt quia post prohibitionem de non alienando reperiretur scriptum, per hac, aut similia verba per dispositionem denotantia: **ET IPSE COMES TESTATOR VOLVIT, VEL DISPOSVIT BONA SVA TRANSIRE IN SVOS DESCENDENTES, VEL IN SVOS AGNATOS, SEV PERMANERE IN PERPETVVM, AVT DE VNO IN ALIVM;** diziendo con Curcio Iunior, y Alciato, ser doctrina sin contradictor.

53 Y lo que, al parecer, no tiene duda, es el que la disposicion subiguiente, sino se lee, como principal, y nueva disposicion, de por si, y sin dependencia del caso de la alienaciõ; siempre se entiende determinada, y contraida à el, como con Peregrino, y otros, distingue tambien el señor Reg. Sesse d. decis. 232,

num.

num. 16. lib. 3. alli: Quando vero post prohibitionem testator dispositivè, & per se principaliter disponit ut bona sua maneat apud posteros in familia, vel vadant de uno in alium, & similia verba, non apponendo ea per modum rationis, VEL FUTURI EVENTVS, enuntiationis, causa enuntiativa, ad precedentem dispositionem prohibitivam, tunc est clarum induci fideicommissum absolutum; ut quando post prohibitionem apponit testator hac verba non dependentia à prohibitione; & ipse testator voluit, vel disposuit bona sua transire in descendentes, vel agnatos, seu permanere in perpetuum, aut de uno in alium, ita Peregrinus, &c.

54 Y con la misma distincion respondiò a la doctrina de Bartolo, el motivo de esta Real Audiencia, en la causa del Estado de Ixar, que refiere en la decis. 231. num. 12. ad fin. ibi: Nec theorica Bartoli ibi obstat, quia intelligi debet Bartolus, quando precedente dispositione prohibitiva, sequens simplex dispositio pendet à prima, & ei adheret immediatè, tanquam sequella. Secus autem quando simplex stat per se in ampliori forma, non dependens à prima, maximè si interposita sint aliqua absoluta vocationes, ut hic, de filijs omnibus primogenitis, quo casu resultat fideicommissum absolutum; y el caso de esta decision, lo refiere alli el motivo en el numero antecedente.

55 Y lo mismo entendió el señor Sesse en la solution a los motivos, en la causa de Sanguerrè, decis. 244 num. 97. ad fin. ibi: Et cum in nostro casu prater prohibitionem vestitam, reperiantur verba denotan-

tia rationem, & causam, certum erat inducendum
 fuisse fideicommissum absolutum, si adiecta essent
 principaliter, & de per se; sed quia erant dependen-
 tia à conditione illa non verificata, nihil poterant
 operari; quapropter fuit indicatum contra absolu-
 tum fideicommissum, ex quo resultat natiua funda-
 menti, ob quod fideicommissum absolutum naufr-
 gium passum fuit. Y el caso se halla refecido al prin-
 cipio de la decision.

56 Y en la misma conformidad distinguió vno,
 y otro caso esta Real Audiencia, in processu Petri
 Salinas, super apprehensione Loci de Purroy, en 17.
 de Noviembre de 1649. alli: Neque supradictis re-
 fragantur, quæ in contrarium obijciuntur, nempe
 primum, quod fideicommissum, & vinculum Loci
 de Purroy, in quo haeres domus de Illueca vocatur
 in defectum masculorum D. Jacobi absolutum non
 esse, sed contraventionales; atque ita locum non habe-
 re, nisi in casu quo D. Jacobus legatarius disponderet
 in alios, quam filios contemplatos, quod non fecit; imò
 apparet disposuisse in D. Ioannem, suum filium se-
 cundum, qui legitimus fuit, non Religiosus, nec in
 Sacris Ordinibus constitutus: Nam respondetur,
 quod licet ex verbis prohibitiuis clausula legati pra-
 dicti resultet vinculum contraventionale in casum
 contraventionis; inficiari tamen non posse censetur,
 aliud resultare expressum, & absolutum in casum
 mortis D. Jacobi, & suorum descendendum mascu-
 lorum absque filijs masculis, DE PER SE
 STANS, ET INDEPENDENS AB ILLO,
 ut apparet ex clausula sequenti, quæ incipit: Et si

contescerà, lo que Dios no mande, &c. *que nullam habet connexionem cum precedenti prohibitionis; nam quid commune habet casus dispositionis in prohibitos, cum casu mortis legatarij, & suorum descendentiũ masculorum absque filijs.*

57 Pero en la clausula de este pleyto, no se halla, que la substitucion del pariente mas cercano, del nombre, y armas del testador, contenga parte, ni palabra, sin necessaria dependencia, conexion, y continuacion, con la prohibicion condicional de agenar, dependiendo vnicamente todo de aquel, *è si lo farà,* que es la condicion, debaxo de la qual substituyò el testador dicho pariente mas cercano, assi al postumo, si huviera sido el heredero, como a Don Galceran, que lo fue; y a quien, por aver agenado, y contravenido, le sucediò, como pariente mas cercano, el dicho Don Iuan Francès de Ariño, segundo de este nombre; porque de dicha condicion, *è si lo farà,* depende el que *tal vendicion, alienacion, è trasportacion, sea ipso facto nula, è invalida;* y que no res menos pierda la dicha herencia, la qual prevenga al mas cercano parient de mi nombre, y de mis armas, que en aquel caso se trobarà: *El qual con la misma condicion aya de aceptar la dicha herencia.*

58 Y ademàs de que la prohibicion de agenar, puesta por condicion, yà se considere en Don Galceran, por instituido con la condicion susodicha; ò yà en el pariente mas cercano, por substituido con la misma condicion; entra yà por si misma diziendo, que no induce fideicomisso contravencional, vt ex Gozadino, & Socino Iuniore, notat Fuffarius de substitut.

stitut. quest. 685. num. 43. 44. 45. § 46. la misma serie, y contextura de todas las partes, y palabras de que se compone dicha clausula, lo està demostrando a qualquiere, que la leyere; correspondiendo en todo buen sentido literal, a la contravencion explicada en el, *è si lo farà, &c.* la pena de nulidad de la agenacion, *ibi: Tal vendicion, alienacion, è transportacion; sea ipso facto nula, è invalida:* Y siguiendo a esta la de la privacion del que agendò, *ibi: E no res menos pierda la dicha herencia:* Y a esta, el que la herencia, perdida por la contravencion, pervenga en el pariente mas cercano, *ibi: La qual prevenga al mas cercano parient de mi nombre, è de mis armas.*

59 Y haze con mas especialidad evidente esto; la circunstancia de, que executada la contravencion, y la agenacion anulada; quedava privado de la herencia el contraviniente, como con Riminaldo lunior, declarò Fuffario *quest. 688. num. 103. ibi: Declaratur quinto, non habere locum, quando in casum contraventionis imposita est pœna privationis; quia tunc fideicommissum in casum mortis non resultaret,* latè Riminald. *lun. cons. 37. num. 97. § seqq. lib. 1.*

60 Y lo confirma la expresion de aquellas palabras: *Al mas cercano parient,* que en aquel caso se *trobarà*, demonstrativas del caso de la agenacion, y exclusivas de qualquiere otro, ex eodem Peregrino *artic. 29. num. 15. 16. § 17.* Y puntualmente Fuffario, con otros muchos, y con el mismo Peregrino en el *cons. 33.* que citamos arriba, *nu. 47. in d. tract. de substitut. d. quest. 688. num. 126. ibi: Limitatur sexto, quando testator prohibuit bona alienari extra familiam,*

liam. *ET IN CASU ALIENATIONIS* privat alienantem, & applicat bona non alienantibus, & addit rationem, quia volo bona manere in familia: Nam tunc solum in casum alienationis resultat fideicommissum, Decius *cons.* 218. *num.* 15. & *cons.* 379. *num.* 6. *Ruin.* *cons.* 117. *col.* 2. *lib.* 1. *Beroi.* *cons.* 90. *num.* 17. *lib.* 2. *Socin. Ian.* *cons.* 112. *nu.* 5. *lib.* 1. & *cons.* 30. *num.* 10. *vers.* *Et quod isto casu.* *lib.* 4. *Cæphal.* *cons.* 271. *num.* 6. *vers.* *In primis.* *lib.* 2. *Roland. à Valle.* *cons.* 34. *num.* 64. *lib.* 4. *Decian.* *cons.* 9. *num.* 21. *lib.* 2. *Decis.* *Pedemont.* 50. *num.* 11. & *seq.* *Peregrin.* *cons.* 33. *num.* 39. *lib.* 3. *Movetur,* quia ratio accedit prohibitioni *IN CASU CONTRAVENTIONIS;* ideò non ampliat prohibitionem de casu alienationis, ad casum mortis, sed ei inhaeret, & cum habeat relationem ad casum alienationis precedentem, intelligi debet in casu alienationis, & comprobatur, ut apud eum.

61 Con que no hallandose en el paciente mas cercano, que fue Don Iuan Francès de Ariño, segundo, como se ha dicho, y que sucediò en dicha herencia, por averse verificado la condicion, è si lo farà, en Don Galceran, otra condicion, que la sobredicha, en fuerça de aquellas palabras, que aquel, ò qualquiere otro heredero, ò successor mio, no pueda vender, &c. y de aquellas otras relativas, el qual con la misma condicion aya de aceptar la dicha herencia mia, & aquel quiero, è ordeno sia mi heredero universal; atendida integra testamentariae dispositionis littera, como dize la duda; no se descubre mas, que vna substitucion limitada al caso
de

de contravencion, sin providencia, ni palabra alguna del caso de no vender, agenaar, ò transportar el heredero, que era el de la condicion contraria, è *si no lo farà*; con que avia de aver explicado el testador, si huviera sido esta su voluntad, el fideicomiso absoluto, y restitutorio, que ex adverso se pretende, haziendo, y formandolo por via de principal, independiente, y separada disposicion, segun la comun resolucion de textos, Autores, y juzgados, que se han referidos; y no aviendo passado a esto, se ha de creer, que no quilo aumentar fideicomisos, *Ruin. cons. 89. num. 22. in fine, lib. 2. Citias. controu. 142. nu. 5. lib. 1. Iosephus Altograd. controu. 55. num. 94. & in fideicommissis omissum, habetur pro omissio, idem Altogradus controuers. 97. num. 59. § 60 cum alijs, & benè Cancer lib. 1. var. cap. 1. num. 169 ad 181.*

62 Y assi no parece, que pueden hazerse lugar las conjeturas de la Nobleza de la familia, y calidad de los bienes, que propone la duda; porque falta la substancia de la disposicion, sobre que puedan caer las conjeturas, que la adelanten, y ayuden; pues si se repara, ni aun por via de razon, ilacion, ò enunciacion, ni tampoco expresion de permanencia, y perpetuidad, como en los casos, y exemplos, que los mismos Autores, que favorecen la extension del fideicomiso restitutorio in casum mortis, ponderan; se lee en toda la clausula de la substitucion del pariente mas cercano disposicion alguna; con que faltando el fundamento, mal puede conjeturarse sobre èl, con motivos extrinsecos fuera de la letra, *ex l. origo, ff. quod vi, aut clam, l. egi tecum, ff. de except. rei iudic. Ant.*

Monach. Lucens. decis. 13. num. 24. & Florent. decis. 48. num. 3. & Bononiens. decis. 18. num. 45. Gonçal. ad reg. 8. Cancell. gloss. 31. num. 31. cum seq. usque ad num. 50. benè D. Sesse decis. 242. num. 26. 27. & 28. & melius decis. 254. num. 35. lib. 3. alli: Et licet dici communiter soleat id esse expressum, & manifestum, de quo per coniecturas constat, l. licet Imperator, ubi Iason. de leg. 1. ILLVD procedit quando coniectura desumuntur ex verbis, saltem latis; nam si non sit dispositio propria, vel impropria, impossibile est, quod sit expressum verbis, licet sint coniectura multum efficaces; & licet dicatur expressum lege, non tamen erit expressum verbis, quod necesse est ut satisfiat statuto; con Tiraquello de legib. connub. glos. 7. num. 169. especialmente en este Reyno, como advierte el señor Casanate d. cons. 36. sub num. 1. refiriendo los Autores, que por vna, y otra parte escrivieron en la causa de Sanguerren; de que tambien haze mencion el señor Sesse decis. 232. num. 5. lib. 3.

63 Y Agustín Beroio respondió a la conjetura de la calidad de los bienes, que era la que se ponderava mucho, cons. 84. num. 72. lib. 2. alli: Non refragatur sextum principale argumentum sumptum à prohibitione alienationis locorum, & castrorum, ad que Illustris Don Enycus affectionem habuisse videtur, iuxta que habentur in l. lex quæ, C. de administ. tut. que rerum affectio solet operari, quod prohibitio aliàs nuda dicatur valida, per ea que habentur in d. l. filius familias, S. Divi, exemplificando, quando testator prohibuit turrim, fortilitiam, palatium, & similia alienari posse, Roman. in l. si quis filium, in fine, ff. de acquir.

acquir. hæredit. Quia ultra quod prohibitio valeat, dicitur etiam significativa fideicommissi reciproci, & successivi inter illos de familia, seu de descendentes, ut volunt gloss. &c. Huic enim considerationi, quæ inter ceteras videtur potissima, responderi potest, ut sæpius repetitum fuit, quod si admittamus aliquod fideicommissum inductum esse, debet censi conditionale; scilicet, si sequuta fuerit alienatio, & non aliter, quia sic censetur facta prohibitio propter rerum affectionem, ne extra familiam, & descendentes alienari possint, ut ex notatis in d. §. Divi colligitur. Sicut ergo ex illa prohibitione extra familiam, aut extra descendentes censetur factum fideicommissum conditionale, ut supra, ita idem dicendum in casu isto, ut clarè voluit Socin &c.

64 Y a la de la calidad de la familia, responde bien Carlos Ruino *conf. 89. num. 22. lib. 2. all.*: Non obstat tertio, quod prohibitio alienationis sit facta gratia agnationis; quia licet per eam non inducatur fideicommissum, sed in casu alienationis tantum; istud tamen ad hoc tendit, ut bona conserventur in agnatione, ut probatur expressè in d. l. pater, §. fundum, ff. de legat. 2. ubi prohibitio erat facta ad vitam tantum, & tamen testator dixit: Sic enim fiet, ut de nomine meo nunquam exeat. Quæ verba secundum Bartolum sunt enuntiativa cuiusdam eventus, quem testator sperabat evenire **PROPTER SUAM PROHIBITIONEM**. Magis ergo idem in casu nostro, in quo perpetua fuit prohibitio. Et quamvis Bartolus ibi dicat, quod si dicta verba per modum rationis fuissent prolata, quod auferetur prohibitio
de

de tempore ad tempus; non tamen per hoc vult, quod fideicommissum sit simplex, secundum Socin. &c. Imò, quod etiam tunc sit in casum alienationis tantum, probatur in e. l. s. filiam, ubi hoc est expressum. Et sic patet, quod testator per verba prædicta, vel similia voluit providere familie, & agnationi **SO- LV M DICTO MODO, ET NON RELIN- QVENDO PER VIAM FIDEICOM- MISSI** de una persona in aliam, **SED AMPVTANDO, ET PRÆCIDENDO VIAS**, per quas posset transitus rei prohibita in posteros impediri, arguendo à communiter acciden- tibus, l. neque natales, &c. & sic constat, quod favore familie sit prohibitio, tamen simplex fidei- commissum non inducitur in casu illo, sed solum quando facit contra prohibitionem. Et istud etiam satis est de mente Alex. in cons. 39. Attentis verbis testamenti, &c. in fine penult. colum. **U B I** respon- dendo ad hanc rationem dicit, quod intelligitur te- stator voluisse consulere agnationi, secundum ta- men conditiones in testamento expressas, & in casi- bus in quibus factæ sunt substitutiones, & non aliàs.

65 Y respondiendo a otras conjeturas semejan- tes Peregrino d. cons. 33 num. 43 lib. 3. dixo: Respon- deo, Doctores nostros quandoque vagari multum spatiosè per coniecturas, quas sapissimè ex capite suo formatas, supplendo quandoque verba sine neces- sitate, etiam quod orationes sint perfectè, & prudenti quadam sua consideratione, proferendo disposita à testatore de persona ad personam, de casu, seu condi- tione voluntaria, ad alium casum voluntarium, fa- cientes se castigatores, & moderatores testamento-

rum. Ego autem in re hac parce agendum esse existi-
mo. Et inherendo regulis iuris scripti, verba testa-
mentorum ante omnia subtiliter, et accurate intue-
da esse constituo, ad text. in authent. de restit. fidei-
commiss. Mox scripturam testamenti servandam esse,
provisat, non supplendo, nec res, nec personas, nec
qualitates aliquas, ubi orationes sunt perfecta, ad l.
fin. de manum. testam. Et dixi supra. num. 26.

66 Profliguo en el num. 45. respondiendo a la
objeccion, que se podia hazer, ibi: Nec exquirenda à
nobis est ratio, quare ita testator voluerit, quare sic
disposuit; nam sufficit, sic testatorem voluisse, ad l.
quia poterat, ff. ad Trebell. Et per hac in eo univer-
sali, de quo sapè apud consules, testatorem ha-
buisse rationem agnationis conservanda, vocavit
descendentes masculos, transversales masculos, ex-
clusit fœminas, prohibuit alienationem bonorum ex-
tra familiam; unde inferunt quandoque ad fidei-
commissum in omni casu. Et ad omnes personas; pla-
cet, inquam, rem hanc non adeò latè accipiendam;
sed moderatè, scilicèt, quoad personas nominatas. Et
sub conditionibus in testamentis expressis. Y con-
cluye: Ego tamen non facile discedo à responsis mag-
norum virorum, fundatis in iuris regulis, Et in au-
toritatibus legum scriptarum; nec discedo à scrip-
tura testamenti, nec volo facere testamentum pro mor-
tuis; cui iungendus Anton Faber de error. pragmat.
decad. 26. error. 33. num. 19. cum seqq. Hector Capicio
Latro decis. viol. num. 30. lib. 1.

67 Y pondero bien este punto en otro caso Fran-
cisco Nigro Ciniaco controvers. forens. 142. num. 10.

Et seqq. con estas palabras: Neque isto in casu, quidquam prodesse allegare coniecturam mentem testatoris, quia ubi verba, nec proprie, nec improprie adminiculantur, vel non veniunt in necessariam consequentiam, aut à contrario sensu, nunquam ex coniecturis inducitur fideicommissum, maxime quando non sunt coniectura approbata à lege, Peregrin. de fideicom. d. art. 11. num. 25. 33. Et 43. cum pluribus sequentibus, tunc enim dicitur casus omninò ommissus, Et ob id, ut dicebam num. 4. non includitur, nec ex maiori parte rationis; nec tunc quando casus est omninò ommissus, habet locum regula, quod illud debeat haberi pro disposito, quod verisimiliter disposuisset testator, si de eo cogitasset, Bald. Et c. Ut enim post Beronem advertit Bursac. cons. 377. num. 11. istud argumenti genus est admodum fallax, sicuti Et omne aliud deductum à verisimilitudine testatoris, ut pulchre, Et late docet Cardin. Mantie. de coniect. ultim. volunt. lib. 3. tit. 19. num. 5. Et 6. *QVIA* multa (inquit ipse) quae nos latent, possunt movisse testatorem ad omittendum istum casum, cum varia sint hominum voluntates, quas tamen non debemus colligere divinando, nec aliquid supplendo, ut per eum, qui egregie exornando hanc materiam, multa conulat ad hoc propositum valde conferentias Et alibi Cravet. cons. 155. in fine, inquit, *Iudices*, Et *Advocatos* prophetas agere, cum volunt interpretari mentem occultam testatorum, in quo plerumque errare solent, quia non vident eorum animum, ut tradit Bald. in l. precibus, post num. 23. C. de impub. ob id Alciac. cons. 492. aliàs est cons. 44. sub num. 18. lib. 9. suadet fatius esse in hoc imitari Ecclesiam, quae de occultis non iudicat.

dicat. Y passa despues a hablar contra el fideicomisso absoluto, y restitutorio en caso de muerte, corriendo con la misma doctrina, que assientan los demàs, que dexamos citados.

68 Y por la misma razon dixo con Francisco Marzatio *cons. 8. num. 6.* D. Ioan del Castillo *controvers. lib. 5. cap. 90. num. 41.* *Quod si errandum sit in interpretanda voluntate defuncti, tutior erit error Iudicis si inhereat scripto; quia quando dubia est testatrix voluntas, tutius videtur verbis insistere, nec aliud inquirere;* doctrina, que se aplica bien en este Reyno, por la regla de la *Observ. Item Iudex 16. de fide instrument. cui consonant selectiora iura in l. non aliter 69. in princ. ff. de leg. 3. Et in l. 1. ff. de his que in testam. delent. addendus Cancer lib. 1. variat. cap. 1. num. 169. ad 181.*

69 Y no tratandose de fideicomisso a favor de descendientes de Don Ioan de Ariño, primero, sino de colaterales; aun quando concutrieran conjeturas, que entre aquellos pudieran ser considerables, entre estos devieran ser mucho mas urgentes, y eficazes para que mereciessen estimacion, ex notatis à Peregrino, & D. Cardin. de Luca, quos refert, & sequitur Carolus Antonius de Luca *in observat. ad Franchis decis. 633. num. 11. in fine,* por la razon de que, *naturali, ac etiam politica affectione, magis ducamur ad conservationem honorum in descendentibus, donec extant, quam in transversalibus.* Idemque notat Capic. Latino *decis. 1. num. 41. Et ibi additio num. 16. Et decis. 110. num. 22. ubi additio num. 3.*

70 Y aqui antes tenemos declaracion del mismo

mo testador, que nos favorece en la clausula final de la substitution de Don Galceran al postumo, en caso de no ser este masculino, ò de serlo, y morir sin hijos masculinos, ibi: *O si serà fijo, & morrà sin fijos masculinos*; pues dando providencia, entre el masculino, y D. Galceran, en caso de muerte, y no aviendo dado la misma, respeto del paciente mas cercano, en quien se contentò con el caso de la contravencion; declaró con esta diferencia, y diversidad de disposiciones, que su voluntad principalmente era de dexar dispuesto en sus colaterales, solo el fideicomiso contravencional, con que yá lograba el conservar sus bienes en la familia, sin necessitar del absoluto, y restitutorio en caso de muerte; adviertelo Vincencio Fuffario *d. tract. de substitit. & quest. 688. num. 15.* donde despues de aver propuesto el primero de los tres casos, ò formulas de prohibicion de agerar, de que arriba tratamos, y las dos opiniones, vna por el contravencional solo, y otra por el absoluto, y restitutorio; siguiendo en el *num. 14.* la que haze a nuestro favor, passa à confirmarla, con muchos, en el *num. 15.* y a declarar la contraria, diziendo: *Maximè autem illa procederet (& erit declaratio secunda opinionis) quando in casum mortis aliqui de familia essent expressè vocati per substitutionem; quia tunc prohibitio alienationis operatur solum in casum alienationis,* Ioan. de Imol. *cons. 140. col. 2. Alex. cons. 59 col. 5. lib. 3. Socin. cons. 300. col. 2. lib. 2. & cons. 63. lib. 3. Dec. cons. 291. col. penult. & cons. 636. Ruin. cons. 121. col. penult. lib. 2. Paris. cons. 52. lib. 3.* quos refert, & sequitur Zanch. *in lib. heredes mei, §. cum ita, num. 677. ff. ad Trebell.*
 addo

addo Hieron. Gabr. cons. 132. quest. 9. num. 67. in fine.
 Et num. 68. lib. 1. Odd. cons. 90. num. 15. Alban. cons.
 201. num. 21. lib. 2. Honded. cons. 69. num. 21. lib. 2. Ca-
 valc. decis. 5. num. 90. vers. Conclusum, p. 3. y dà la ra-
 zon num. 16 ibi: Ratio est, quia dispositio, Et substi-
 tutio expressa facit cessare tacitam, qua inducta
 esset, nisi expressa facta fuisset. l. cum ex filio, §. filio,
 ff. de vulg. Bart. in l. talis scriptura, vers. Ad ea, in fin.
 ff. de leg. 1. Et in l. quæsitum, §. si quis fundum, num.
 16 ff. de fund. instruct. Bald. in l. in multis, ff. de stat.
 homin. Arcin. in l. 3. col. 4. Et 5 ff. de legat. 1. Hieron.
 Gabr. d. cons. 132. num. 68. lib. 1. Ias. in l. 3. vers. Mibi
 placet, C. de legib. Craver. cons. 98. num. 16. Zanch. qui
 pluribus illationibus comprobatur in d. §. cum ita, nu.
 674. Et seqq. y lo repite num. 101. ibi: Declaratur
 tertio non procedere, quando testator in casum mor-
 tis fecisset specialem provisionem, vocando alios
 quam illos, quorum favore fuit prohibitio, Ruin. cons.
 169. num. 9. lib. 2. Vegg. cons. 74. Hieron. Gabr. cons.
 132. quest. 9. nu. 63. Et 68. lib. 1. Pancir. cons. 64. nu. 8.
 Et 9. Zanch. egregiè in d. §. cum ita, par. 6. num. 218.
 ubi dicit esse communem. Y lo confirma nu. 127. ibi:
 Limitatur septimo, quando testator in casum mor-
 tis specialiter providisset, quia attendenda erit spe-
 cialis provisio, non generalis dispositio resultans ex
 prohibitione cum ratione, quia volo bona manere in
 familia, Riminald. Sen. cons. 128. num. 9. iuncto num.
 25. lib. 1.

71 Y aun en caso de duda, advirtió el mismo
 Fuffatio, con otros, que no se ha de hazer lugar al
 fideicomiso restitutorio, ead. quest. nu. 105. ibi: Non

omitto tamen in dubio pronuntiandum esse non resultare fideicommissum in casum mortis. Alban. Cardin. conf. 1. num. 13. & Burlat. conf. 337. num. 68. vers. Sexto, lib. 4. quibus iungendus Ciriac. controu. 8. num. 121. & controu. 174. num. 47. & 48. lib. 1. & & controu. 521. num. 15. 16. & 61. & seqq. & controu. 536. num. 29. & 30. lib. 3. Hector Capicio Latio decis. 1. num. 65. lib. 1. Tonduto qq. civil. tom. 2. cap. 121. num. 25. Iosephus Altogradus controu. 97. nu. 16. & hæc de 1. dubio.

DUBIUM II.

Nec relevat si obijcias bona litigiosa D. Ioannis Francès de Ariño, fuisse in hoc articulo cisterno proprietatis ex successione fideicommissi contravenionalis adiudicata (ut ex motivis sententia resultat) sicque Illust. Marchionissam, subrogationem instantia, & iurium sententia sibi adiudicari contendentem; non ex fideicommissi simplici, & absoluto, sed ex contravenionalis successione contendere posse. Quia respondetur, non ex eo quod istud in casum alienationis fuerit institutum, inferri posse videtur, non fuisse absolutum, & graduale inter consanguineos, non contravenientes, etiam constitutum; & quod huius virtute cum testamento D. Ioannis Francisci Francès de Ariño, in quo utrumque (suo respectivè casu) institutum reperiat, nequeant consanguinei, substitutione fideicommissi absoluti verificata, successione pretendere.

RESPUESTA.

72 Con el presupuesto de que en el testamento de Don Juan Francés de Ariño, primero, quedó formado, no solo fideicomiso contravencional en caso de alienación; sino también absoluto, y restitutorio en caso de muerte; pasa esta segunda duda à responder a una tacita objecion, que parece podia hazerse, respecto del título con que ganó esta instancia Don Juan Francés, segundo, que fue el del fideicomiso contravencional, diverso del restitutorio, que es con el que pide la otra parte su reposicion: Y responde la duda, que no pudiendose inferir del vn fideicomiso, exclusion del otro; bien pueden los llamados al restitutorio pedir reposicion en su caso, en aquella instancia, que ganó el sucesor por el contravencional, en fuerza del mismo testamento, a favor de todos los contemplados en él.

73 Pero como, segun lo que avemos fundado, aunque ambos fideicomisos sean compatibles, no se halle instituido fideicomiso absoluto, y restitutorio en caso de muerte; mientras la otra parte no probare, que lo ay ciertamente; pues necessita de esto para fundar el título, y accion, que tiene deducida en su libelo, como fundamento de su intencion; no parece necessitamos de repetir, ni alargarnos mas en este punto; y la obligacion de la parte, que funda en fideicomiso restitutorio, la advirtieron Suid. decis. 288. num. 3. ibi: *Mihi verò contrarium omninò videbatur, nullum, scilicèt, inductum fuisse fideicommissum, nisi in casu alienationis, per regulam, quod fideicommissum non presumitur, sed allegans tenetur probare,*

Pe.

Petra de fideicommissis. quæst. 5. num. 125. quæ explico
 cando la l. pater filium, s. filiam, ff. de leg. 3. que se ci-
 tò arriba; y con vinciendo con Bartolo, en que dicho
 texto solamente contiene fideicomisso contravencio-
 nal, vno de los argumentos con que responde a la
 instancia contraria, es este: *Secundo, quod pro hac par-
 te facit illud commune dictum, de quo infra abundè
 dicemus in 9. quæst. princip. in 5. ratione: QVOD
 qui dicit fideicommissum adesse, vel in casu, de quo
 contenditur; illud clarè debet probare; aliàs contra-
 eum pronuntiandum est; sed sic est, quod in d. S. fi-
 liam, qui vult dicere fideicommissum ibi absolutum
 adesse, debet probare: ergo, &c. Et sic non sufficit
 dicere fideicommissum ibi adesse, quod non potest age-
 re; sed est videndum, an illud absolutum sit, prout
 modo queritur. Undè cum possit ibi solùm esse in ca-
 sum alienationis tantùm, nihil nos cogit, ut dicamus
 etiam esse in casum mortis: & sic ex hoc remouetur
 tertia ratio supra in contrarium allegata. Y es regla
 general, como escribe Citiaco contravers. forens. 522.
 num. 1. & seqq. lib. 3. alli: Nam si prætendit se voca-
 tum in hoc prætensio fideicommissio debet hoc probare,
 quia eo ipso quod reus conventus dicit, substitutio-
 nem nò comprehendere dictum casum, vel personam,
 habet fundatam intentionem, nisi ex aduerso probe-
 tur contrarium, Socin. &c. Et probatio debet esse cer-
 ta, clara, & necessariò concludens, Cravet. &c. Rota
 decis. 490. num. 12 part. 4. diversor. UBI quod verba
 inducentia fideicommissum, debent esse expressa, cla-
 rissima, & qua necessariò illud inferant.*

DUBIUM III.

*Et quamvis (sine veri praiudicio) fateretur
solum in origine controuentionale fideicommissum
institutum inueniri, sed illius alienatione à D.
Galcerando Francès de Ariño, in favorem D. Petri
Cabeza de Vaca, inter vivos confecta, fideicommis-
sum simplex, graduale, & successivum, videtur
fuisse introductum, non solum ad favorem D. Ioan-
nis Francès de Ariño, filij D. Galcerandi, sed totius
agnationis, & familiae testatoris, ordine perpetuo,
& successivo, tam per viam vulgaris, quam fidei-
commissariae substitutionis; nam testatore eius con-
sanguineos vocante, & substituente sub nomine ge-
nerali, & colectivo, vel indefinito familiae, generis,
vel agnationis, ita vocatos, & substitutos censi
debere (noſter Senatus in Motivis sententiae ad fa-
vorem D. Ioannis Francès de Ariño lata declara-
vit) ut proximiores primò succedant, his verò mor-
tuais, alij ordine successivo gradatim admittantur,
de uno in alterum, iuxta gradus prerogativam.*

RESPUESTA.

74 *Passa esta duda à discurrir, que aunque el
fideicomiso de que aqui se trata, foelle contraven-
cional; podria esto entenderse en su origen, y princi-
pio, que fue en la institucion de Don Galceran, res-
peto de su substituto; pero que verificado dicho fidei-
comiso por la agenacion, y contravencion de dicho
Don Galceran, se introduxo y à pata en adelante el
fideicomiso sencillo, gradual, y successivo, no solo
a favor de Don Iuan Francès de Ariño, segundo, sino*

de toda la agnacion, y familia del testador perpetua-
mente, tanto por via de vulgar substitucion, como
fideicomissaria, por el llamamiento generico, y co-
lectivo de parientes, de cuya naturaleza es, como de-
clararon los motivos de esta causa, el que suceda pri-
mero el mas cercano, y despues el siguiente en grado,
de vno en otro, observando la prerogativa del de ca-
da vno.

75 Y aunque no podemos negar, que al princi-
pio puede ser contravencional solamente el fideico-
misso en el primer heredero, qual lo fue Don Galce-
ran; de calidad, que solo en el caso de la agenacion,
y contravencion de este, pudiesse entrar el pariente
mas cercano substituido; y que pudo el testador hazer
aquella agenacion, y contravencion, condicion de
fideicomisso absoluto, y restitutorio, en caso de muer-
te, en los substituidos; mas esto avia de ser querien-
dolo, y disponiendolo el mismo testador, pues como
dixo bien Sordo *decis. 238. num. 15. Ut fideicommissum simplex inducatur, extare debent verba, que hoc importare possint; aliàs etiam si voluntas testatoris concurreret, esset inefficax*; con el texto *in l. quidam cum filium, vbi Baldus, & Imola, ff. de hered. instit.*

76 Pero en este caso no hallamos semejante vo-
luntad, disposicion, ni palabras, que puedan inducir
otra especie de fideicomisso, que la que en su princi-
pio, y origen se lee dispuesta, y expresada; porque en
la substitucion al postumo, ò a qualquiere otro, que
fuesse sucessor, y heredero de Don Juan Francès de
Ariño, primero (lo que se verificò en Don Galceran,

su hermano, por no averlo podido ser el postumo, no siendo masculino) unicamente vemos contemplado al pariente mas cercano de su nombre, y armas, que en el caso de la agenacion, y contravencion se hallasse, como llevamos dicho; y en este pariente mas cercano, primer substituido, y cuya persona era, en donde avia de empezarse a transformarse el fideicomiso, que de Don Galceran a él avia sido solo contravencional, en absoluto, y restitutorio en caso de muerte, de él a los demás parientes mas cercanos, como propone la duda; no solo no se hallan palabras dispositivas de tal induccion, o transformacion, pero ni algunas, que alomenos materialmente pudieran ser capaces de informarlas el discurso con voluntad, aun conjeturada del testador; pues en el pariente mas cercano llamado, no se perciben, como consta de su lectura, otras palabras, respecto de la herencia, en el caso, que el primer heredero contraviniese a la prohibicion de agnatar, que las siguientes: *La qual prevenga al mas cercano parient de mi nombre, è de mis armas, que en aquel caso se trobarà: El qual CON LA MISMA CONDICION aya de aceptar la dicha herencia mia; È aquel quiero, y ordeno sia mi heredero universal.* De modo, que en el caso de muerte de este pariente mas cercano substituido, ni la vista, ni el ingenio mas perspicaz, encontrará materia en dicha clausula, que pueda inducir, ni transformar vna especie de fideicomiso en otra; y assi faltando la substancia, sobre que avia de fundarse la qualidad, es imposible su existencia, *cum nullius in eis, nulla sint qualitates, l. eius qui in*

Provincia, vecl. Quoniam, ff. si cert. petat. l. 4. §. con-
demnatum, ff. de re iud. l. 2. ff. de usufruct. cum vulg.

77 Fuera, de que quando el mismo testador explica los gravámenes, y condiciones, con que quiere, que el substituto suceda; no deve inmutarse, restringirse, ni dilatarse su voluntad por conjeturas, peligroso medio siempre para encontrarla, como los Autores mas experimentados advertidamente previenen; vt apud relatos supra num. 14. & cum alijs D. Ludovicus Molina de Hispan. primogen. in prelat. num. 2. §. seq. D. Ioan. del Castillo controvers. lib. 2. cap. 4. num. 56. §. seqq. Y en la clausula referida advertirá V. S. I. que el testador explicó yá la que apetecia en su pariente mas cercano, en aquellas palabras: *El qual CON LA MISMA CONDICION aya de aceptar la dicha herencia mia; §. aquel quiero, y ordeno sia mi heredero universal;* y es claro, que dicha condicion era la de que *no pueda vender, ager, ni transportar* los bienes hereditarios, siendo la vnica, que precedia, y a que dichas palabras se están unicamente refiriendo, segun queda dicho; y puede juntarse Suelves conf. 70. in fine lib. 1. caso, en que deven cessar la interpretacion, y las conjeturas, l. licet Imperator, ff. de leg. 1. Rota apud Seraphin. decis. 762. num. 1. Anton. Monach. decis. Lucens. 55. num. 16. §. decis. Florent. 1. num. 20. §. decis. 23. nu. 16. §. decis. 51. num. 49.

78 Y deve tambien notarse el modo con que el mismo testador lo declaró, diciendo: *El qual con la misma condicion ATA DE ACEPTAR* la dicha herencia mia: Luego ni el testador quiso la accep-

eacion de su herencia, ni el pariente mas cercano de-
 viò aceptarla con otra condicion, ni providencia, q̄ la
 sobredicha; pues no avia otra misma, ni diversa, sino
 la precedente, que se ha dicho, en que se verificasse el
con la misma condicion; lo que aquella misma singu-
 laridad de las palabras relativas, *la misma condicion*,
 haze mas claro, reduciendo la materia à terminos de
 quedar sin libertad el entendimiento para discurrir
 ninguna otra condicion, ni gravamen, con que se
 huviesse de hazer la aceptacion de dicha herencia por
 el pariente mas cercano; y pues contra èl deve aten-
 derse a lo condicionado por dicha clausula, pues co-
 mo dixo Peregrino *cons. 62. num. 4. lib. 3. Non potest*
fideicommissarius plus pretendere ultra quam in te-
stamento cautum est; sed testamentum, & fideicom-
missum agnoscere, & acceptare debet cum suis mo-
dis, conditionibus, & qualitatibus, ad l. Gaius, ff. de
manum. cum alijs adductis à Gozadino cons. 1. num.
15. & notatis per Baldum in l. omni innovatione, C. de
Sacros. Eccles. num. 2. no ay motivo, ni razon algu-
 na, para que a favor suyo no deva tambien conte-
 nerse en la condicion, y fideicomisso, que expresa, sin
 estenderla à mas, ex *l. non tantum 20. ff. de re iudic.*
l. si id quod, in fine, ff. de rescind. vendit. l. fin. C. de
Procurat. l. non debet auctori, ff. de reg. iur.

79 Y en la verdad, aunque no devemos investi-
 gar mas razon de lo dicho, que no averlo dicho el
 testador, ad text. in *l. quia poterat, ff. ad Trebell. Pere-*
grin. cons. 33. num. 43. lib. 3. mas sin duda, que seria la
 de aver comprehendido, que bastava el medio de la
 prohibicion para conseguir el fin que deseava, como

dixit Peregrino, copiado arriba num. 28. y escrivieron con otros Ruino *conf.* 89. num. 22. lib. 2. Beroio *conf.* 84. num. 58. lib. 2. Socin. *conf.* 227. num. 3. lib. 2. y fue tambien la razon de Surdo *decis.* 238. nu. 16. ibi: *Quia per similem prohibitionem testator voluit familia providere, non relinquendo, sed amputando, & pracidendo vias, per quas impediretur transitus bonorum in posteros: opinatur enim testator sufficere, ut bona transeant ad posteros; y de Cancer lib. 1. var. cap. 1. num. 265. vers. Secundi dubij resolutio.*

80 Y esto lo manifesta la praxi en la diferencia de disponer los testadores vno, y otro fideicomiso, bien advertida de Socino en dicho *conf.* 227. sub nu. 3. col. 5. vers. *Ex quibus concludo, alli: Ex quibus concludo, quod aliquando, & primo, testator vult inducere fideicommissum, ita quod vnus alteri gradatim sit gravatus simpliciter post mortem restituere, & tunc providet relinquendo familia, prout est casus in l. fin. C. de verb signif. cum ibi notatis, & in l. cum ita, §. in fideicommissis, ff. de leg. 2. & in l. si cognatis, ff. de reb. dub. ALIQUANDO testator non vult, neque curat providere, quod res transeat gradatim de vno in alium inter illos de familia; sed vult quod ad quemcumque res transeat, & quod possit transire quocumque titulo; dummodò non transeat ad personam existentem extra familiam, sed remaneat in familia; & tunc prohibet alienationem, & adycit causam, vel QVIA vult quod in familia relinquatur; & hoc casu non inducitur fideicommissum simpliciter, ita quod gradatim proximiores admittantur, sed tantùm in duobus casibus; scilicet,*

si fiat alienatio inter vivos; secundo, si fiat alienatio extra familiam per viam institutionis heredis; casus est rotundus in d. S. fratre quem induco, iuxta principium, dum dicit, si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienaverit; supplet Dynus. Et DD. scilicet, inter vivos, vel si extero hærede instituto decesserit, vel omnes per fideicommissum præteritis; Et sic conditionaliter prohibitionem sic exprimit; ITEM quod illi de familia possunt petere fideicommissum, si facta fuerit alienatio inter vivos, vel institutio extranei; igitur altero istorum non interveniente, non est locus fideicommissio, ut patet ex condicionali, arg. text. in l. Lucius, Et c. doctrina, que se aplica puntualmente al si lo farà, Et c. ponderado arriba.

81 Ni la consideracion de lo colectivo de la parentela, y familia, que haze tambien la duda, parece, que puede en ningun caso inducir fideicomisso perpetuo, gradual, y sucesivo, en caso de muerte: Porque además de no aver llamado el testador al pariente mas cercano, sino en el de agerar, y contravenir el postumo masculino, ò qualquiera otro, que quedasse heredero, y sucesor suyo, como lo quedó Don Galceran, por no aver nacido masculino el postumo, segun la letra, y lectura de la clausula lo evidencia; y de no aver hecho tampoco nueva disposicion de fideicomisso en el pariente mas cercano, que por la ageracion, y contravencion sucediesse, y consiguientemente en Don Juan Francès de Ariño, segundo, que fue el que sucedió; aun en el mismo caso de agerar, y contravenir, no pasó el fideicomisso del primer pariente

mas

mas cercano substituido, el qual solo tuvo obligacion de aceptar la herencia, *con la misma condicion*, sin que de alli adelante aya palabra alguna, no solo de condicion diversa, pero ni de succion, ni herencia, como se ha visto.

82 Mas, quando el contravencional fuesse perpetuo, gradual, y successivo, y todos los parientes mas cercanos, en caso de agenacion, y contravencion, se entendiessse estar substituidos; ò lo estarian por la vulgar, como seria no adiendo, ni aceptando el pariente mas cercano, è inmediato, la herencia del que ageno, y contravino, con orden gradual, y successivo, y pasando esta al siguiente en grado, hasta el que la quisiese adir, y aceptar; ò lo estarian por la fideicomissaria, como seria, si el pariente mas cercano, que adicssse, y aceptasse; agenasse, y contraviniesse despues tambien; y a este le sucediesse en fuerza del fideicomisso, y substitucion contravencional, otro pariente mas cercano, y a este otro, en el mismo caso, y assi de los demàs, perpetua, gradual, y successivamente, iuxta tradita per Ciriac. *contro. 269. num. 10. Et seqq. lib. 2. Tondut. qq. civil. tom. 2. cap. 110. num. 48. idem Ciriac. contro. 532. num. 70. Et seqq. lib. 3.* que es lo que los motivos procuraron explicar; nonca el llamamiento generico, y colectivo de parientes mas cercanos, seria eficaz para inducir el absoluto, y restitutorio en caso de muerte, *ex praedictis*.

83 Ni se deve entender, quisieran dezir los motivos lo contrario de lo que vamos fundando, contra la letra de clausula tan clara, y doctrinas fundamentales, que la apoyan; señaladamente, quando ve-

nia Don Juan Francès de Ariño, segundo, por el caso, y en el caso de la contravencion, como su principio, y fin, y a cada passo lo reconocen, y no aviendose ofrecido entonces la disputa, que aora; de otro modo, se defraudarian de aquella autoridad, y fuerça, que regularmente acostumbra tener, como nos dexò advertido el señor Reg. Sesse *decis. 64. num. 47. § 51. lib. 1.* y escribió el Doctor Suelves *conf. 33. num. 21. vers. Ex quibus;* pero su fin, como se ha dicho, no fue sino el explicar, que el fideicomiso era perpetuo, gradual, y successivo in casu alienationis, & contraventionis, tanto por via de substitution vulgar, como de fideicomissaria, que fue el que defendieron Marco Antonio Nata en el *conf. 675. lib. 4.* y Rolando à Valle en el *conf. 70. lib. 3.* que escribieron por Don Juan Francès en la causa; sin necessitar de tratar de fideicomiso absoluto, y restitutorio, en caso de muerte; reduciendo toda la dificultad de la materia al punto de no hallarse nacido dicho Don Juan Francès de Ariño, segundo, al tiempo de la contravencion, como resulta de la lectura de ambos Autores, de cuyo assunto trata modernamente, con grande comprehension de todos sus fundamentos por vna, y otra parte, Roxas *de incompatib. p. 5. cap. 2. nu. 15. § seqq.*

84 Y aunque los motivos passaron a discurrir de caso de muerte de los contemplados en fideicomisos perpetuos, graduales, y successivos; mas fue por argumento, y en confirmacion generica del assunto, que por decision especifica del caso de la contravencion, que se disputava; y assi, tãto en respeto de otros pacientes, que al tiempo de la alienacion, y contra-

Y

Q

.obscuro y en 23

vencion de Don Galceran, se dize, que hubo, y tambien la aprobaron, de los quales vno parece averse llamado Don Gaspar; quanto en respeto de Don Manuel, hijo de dicho Don Galceran, vienen a parar, en que governò la sucesion, la substitution vulgar, y en que sucediò por ella dicho Don Iuan Francès de Ariño, segundo, por no aver aceptado la herencia alguno de los sobredichos, en el caso de la agenaciõ, y contravencion referida, como resulta del fol. 6. *in fine*, vers. *Nec minus D. Gaspar de Ariño, cum seq.*

85 Ni es lo mismo en semejantes fideicomissos, esperar la muerte de alguno de los contemplados, que adquiriò drecho por paciente mas cercano, a impugnar la agenacion; que ser el fideicomisso absoluto, y restitutorio en caso de muerte; pues aquello puede suceder, por tener suspendida la accion el paciente mas cercano, è inmediato, hasta que muere, a exemplo de lo que escribe Roxas en el lugar citado; pero no por suponerse fideicomisso absoluto, y restitutorio en caso de dicha muerte; porque entonces aquella suspension, seria folamente impedimento, hasta que con la muerte del que la causava, cessasse; pero en muriendo, y cessando, el que a este tiempo se hallasse paciente mas cercano, siempre sucederia en el caso, y por el caso de la agenacion, y contravencion, y no en fuerza de fideicomisso absoluto, y restitutorio; que solo se verificaria, quando aquel paciente mas cercano, a quiẽ primero se le definiò el drecho de impugnar, huviesse yà una vez intentado la accion, y reivindicado los bienes, y por su muerte, como de ultimo possedor, se entendiesse, que la sucesion devia deferirse al siguiente en grado.

86 Y assi Marco Antonio Nata respondiendo a la ponderacion, que en contrario se hazia, de aver yà sucedido Don Gaspar, como pariente mas cercano, y no aver podido, por esta causa, llegar a deferirsele derecho alguno a Don Iuan Francès, segundo; entendió, que mientras vivió dicho Don Gaspar, pudo ser su vida vna suspension, ò impedimento temporal de la accion del fideicomisso contravencional, hasta que nacio Don Iuan Francès; pero no, que si huviera yà reivindicado los bienes agenados, y poseydolos hasta la muerte sin agenarlos, devieran estos passar por fideicomisso absoluto, y restitutorio, a otro pariente mas cercano, diziendo d. cons. 675 num. 22.

Præterea respondetur, quod quatenus ipsi Gaspari per controventionem D. Calcerandi, & aliorum, qui concesserunt, sit acquisitum ius; illud potuit esse verum, durante vita ipsius, & tempore quo dictus D. Franciscus adhuc non erat in rerum natura, nec conceptus, & sic temporaliter; secus autem secus a Gasparis morte, & sic tempore, quo fuit in humanis actor propinquior testatori, cui per fideicommissum succeditur, & non Gaspari, l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulg. & pupill. & extincto iure datoris, extinguitur ius acceptoris, l. lex vectigali, in princip. ff. de pignorib. §. c. & sic revocari potest ab his, qui emerunt bona subiecta fideicomisso. Ad quod etiam bene facit, quod scribit Fulgosius, quem ibi sequitur Iason in l. quoties, la primera, 2. limit. C. de fideicom. ubi inquit, quod licet res prohibita alienari, alienari possit, consentientibus omnibus de familia; tamen hoc procedit quoad hoc, ut illi de familia, qui con-

ser.

senferunt, revocare non possint, non quo ad natos ex illis: quia isti possunt revocare, cum intelligantur omnes de familia, non solum presentes, sed nascituri, l. si cognatis, ff. de reb. dub. l. peto, §. fratre, ff. de leg. 2.

87 Y lo mismo dixo Rolando à Valle d. cons. 70. num. 72. vers. Secundo respondetur, lib. 3. alli: Secundo respondetur, quod quatenus ipsi Gaspari per contraventionem D. Galcerandi, & aliorum, qui consenserunt sit acquisitum ius; illud potuit esse verum, durante vita ipsius, & tempore, quo dictus D. Franciscus adhuc non erat in rerum natura, nec conceptus, & sic temporaliter; secus autem secuta eius morte, & sic tempore, quo fuit in humanis actor, propinquior testatori, cui per fideicommissum succeditur, & non Gaspari, l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulg. & pupill. Paris. in cons. 3. num. 7. vol. 1. nam dictus Franciscus est in tertio gradu Francisci testatoris, & alij in ulteriori gradu.

88 Y oy, aun en el caso de qualquiera de ambos fideicomissos, por llamamiento colectivo, la opinion, que excluye la fideicomissaria, es la que se sigue yà en los Tribunales, sino huviere circunstancias, y conjeturas, que persuadan lo contrario, vt plena manu, & doctrina, observat Carolus Antonius de Luca in observat. ad decis. Vincentij de Franchis 633. num. 8. & seqq. qui pro multis sufficiat; sed nec omitendus noster Sesse decis. 362. num. 83. ad 93. præcipuè num. 88. decis. 363. lib. 4. Cancet lib. 1. var. cap. 1. num. 116. usque ad 133. nec Magister D. Ludovic. Molina de primogen. lib. 1. cap. 5. num. 27. & 28. vbi Addentes.

89 Y estamos aqui tan lexos de semejantes circunstancias, y conjeturas, que antes contra la perpetuidad, y sucesion ay algunas calificadas, pues ni en la misma descendencia del testador, diò providencia para ella, quando ni de las hijas, nietas, ni descendientes, quiso dexar llamamiento alguno; ni aunque el postumo huviesse nacido masculino, dexò dispuesta otra cosa, que poner a los hijos masculos de dicho postumo en condicion para llamar a Don Galceran, alli: *Y si el dicho postumo no serà fijo, ò si serà fijo, è morrà sin se fijos legitimos masculos, è de legitimo matrimonio procreados, en cada uno de los dichos casos substituezco, è mi heredero universal instituzco al dicho Galceran de Ariño, mi hermano:* Con que si huviera nacido hijo masculino, y muriesse con ellos, quedava en aquel la sucesion (aunque por postuestos en condicion, se tuviesse sus hijos masculos por llamados, ad D. Sesse *decis. 65 nu. 4. lib. 1. & decis. 242. num. 26. & seqq. lib. 3.*) sin gravamen, ni fideicomisso para en adelante; de que se deve hazer buen argumento para con sus colaterales, vt ex alijs deducit Carol. Anton de Luca *ubi supra num. 15.*

90 Tampoco en el llamamiento de los colaterales, ò pariente mas cercano, de su nombre, y armas, vsò de algunas de las palabras, que persuaden tracto successivo de tiempo, y perpetuidad, *de uno en otro, siempre, &c.* como yà tocamos; lo que es mucho de reparar; y aun de la que se valiò para dezir, que succediesse el pariente mas cercano, que en el caso de la agenacion, y contravencion se hallasse, fue la de *perwenga*, que se tiene por la mas momentanea, como

diferenciandola de otras, explica bien Peregrino *conf.* 33. *num.* 13. 14. § 25. *cum seq. lib.* 3. & *cum alijs idem Carol. Anton. de Luca loco supra relato.*

91 Mas, quando fuesse este fideicomisso perpetuo, gradual, sucesivo, y restitutorio en caso de muerte, como ex adverso se pretende; esto avria de ser a favor de los mismos pacientes mas cercanos, que llamò el testador en el caso de la agenacion, y contravençion, en que no puede aver duda; de donde nace, que tambien devia la señora Marquesa probar, por fundamento preciso de su intencion, la calidad de dicho llamamiento; esto es, que era el paciente mas cercano, *cum agens ut talis*, *debet probare se esse talem*, latè Peregrinus *de fideicom. artic.* 43. *per tot.* D. Ioan. del Castillo *controvers. iur. lib.* 5. *cap.* 136. *num.* 67. lo que no ha executado su Señoria, ni podia, a vista de la proximidad, que tiene alegada, y probada el Conde, como consta de processo; con que se halla asistido de la regla, *qui prior in gradu, potior in successione*, de qua Peregrin. *de fideicom. artic.* 21. *num.* 8. *Fussar. conf.* 12. *num.* 18. *cum alijs.*

92 Y la mayor cercania del parentesco en el caso presente, avia de probarse respecto del testador, no del ultimo poseedor, y gravado; porque en los fideicomissos, que no se dexan por via de mayorazgo, y primogenitura, distinguen los Autores tres casos en este punto; el primero, quando las palabras del testador se refieren al gravado, y poseedor: El segundo, quando se refieren al mismo testador, y gravante: Y el tercero, quando las palabras son indefinidas, de calidad, que igualmente pueden referirse a vno, y otro,

que

que es el que lata, y confusamente disputan en los terminos regulares del derecho. Y del modo, que en el primero tienē por claro, que se ha de atender la proximidad respecto del gravado; assi tambien en el segundo, que se ha de atender respecto del testador; y de este ponen el exemplo en nuestro caso; comprehendiólo todo el señor D. Luis de Casanate *cons. 23. num. 7. ad finem, vel. Tertio. Nam in hac materia, ibi: Tertio. Nam in hac materia verissima est distinctio trium casuum. Primus Quando verba substitutionis referuntur ad gravatum, & hic est clarus. Secundus. Quando referuntur ad gravantem, & hic etiam est clarus. Tertius. Quando verba sunt indefinita, ita ut ad utrumque congruè referri possint. Et in hoc tertio casu anxia est illa Doctorum disputatio de attendenda proximitate gravantis, vel gravati. Quae tamen cessat in presenti ex praedictis duobus primis fundamentis. Deinde, sicut in primo casu, quando verba referuntur ad gravatum, clarum est, & indubitatum attendi proximitatem gravati. Ita in secundo casu, quando constat verba substitutionis referri ad gravantem, **INDUBITATUM ETIAM EST APUD OMNES**, attendi proximitatem gravantis: veluti si substituam proximiores meos, vel proximiores mei generis, **VEL PROXIMIORES DE MEO NOMINE, ET ARMIS**, vel faeminas à me descendentes, vel sub alijs verbis relativis ad personam disponentis; con Riminaldo, Deciano, Parisio, Rolando, Crasso, Socino, y Peregrino; y le refiere, y sigue D. Juan del Castillo *controvers. iur. lib. 5. cap. 92. num. 32.**

93 Y en nuestro mismo caso excluyò la sentencia a D. Gaspar de Ariño, que como pariente mas cercano de Dõ Galceran, se pretendia ser el que por la contravencion avia sucedido, idem Rolandus d. cons. 70. nu. 73. alli: *Quod autem attēdatur proximitas testatoris prohibentis alienationem, non autem D. Gasparis, probatur ex sententia Iassonis in cons. 215. in princ. vol. 2. ubi inquit expeditum esse, quod si est factum fideicommissum proximioribus de cognatione, seu familia de Surreda, intelligitur de proximioribus testatoris, & non heredis, & quod ita tenendum est.* Rursus in cons. 159. col. 1. vol. eod. Bald. in l. peto, §. fratre, de leg. 2. ubi si testator iussit simpliciter in familia relinqui, intelligitur de familia testatoris, secundum Petram, Dynum, & omnes. Corneus in cons. 37. vol. 1. Boet in decis. 156. num. 10. Ripa in l. Lucius, colum. fin. de vulg. & pupill. in l. ex facto, in princ. ad Trebell. Ruin. in cons. 198. num. 9. vol. 2. & hanc esse communem Doctorum sententiam firman, Crot. in d. §. Divi, num. 160. quem sequitur ibi Ferdinand. Loazes nu. 203. Iasson in citato cons. 215. col. 1. & 2. Et tanto magis hoc dicendum venit in casu de quo agitur, ponderando verba testatoris, ibi: *Ad propinquorem consanguineum de meo nomine, & de meis armis, ex quibus apparet, quod testator vocavit ad revocationem alienationis consanguineum proximiorum de familia propria ipsius testatoris, pro qua sententia facit, quod voluit Alex in cons. 56. col. 1. vol. 1. ubi inquit, quod si testator dicit, volo quod domus remaneat semper ad usum, & habitationem uxoris mee, & post mortem ad ipsius heredum, & successorum; intelliguntur illa verba de heredibus,*

&

Et successoribus testatoris, sequitur Mars. in singul.
 21. Rursus Alex. in cons. 198. col. 1. vol. 6. ubi substitu-
 tio facta de eius filijs, intelligitur de filijs testatoris,
 non autem heredis, Paris. cons. 73. col. 3. vol. 2. ERGO
 idem in terminis nostris, ubi dictum fuit de meo no-
 mine, Et de meis armis. Ulterius dicitur, quod ista
 pronomina, suum, meum, quando non constat ad quem
 magis referantur, an ad testatorem, an ad heredem,
 in dubio referuntur ad personam testatoris, non au-
 tem heredis, ita Aretin. in l. Gallus, in §. Et quid si
 tantum, in 3. notab. ff. de liber. Et posthum. Curt. in ci-
 tato cons. 40. col. 7. Et quamvis Socin. in l. si cognati,
 ff. de reb. dub. Et in l. heredes mei, in §. cum ita,
 ad Trebell. Et in cons. 249. 252. vol. 2. tenuerit con-
 trarium, tamen eius sententia reprobatur communi-
 ter, Et ad argumenta sua respondent late Ruin. in d.
 cons. 142. Rub. Alex. in d. §. quidam recte, Et Aricomb.
 in d. §. cum ita.

94 Y lo mismo ponderò Nata d. cons. 675. num.
 24. ibi: Quod autem attendatur proximitas testato-
 ris prohibentis alienationem relinquentis propin-
 quioribus dictum fideicommissum, Et non dicti Gas-
 paris, probatur firma ratione; quia per fideicommis-
 sariam substitutionem succeditur testatori, non au-
 tem ultimo defuncto, qui erat gravatus restituere,
 d. l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulg. Et pupill. l. san-
 cimus, §. cum autem, C. ad Trebell. l. unum ex fami-
 lia, §. si de falcidia, ff. de legat. 2. & notat Bartol. in l.
 Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebell. Et recte
 hoc dicitur, quoniam actus attribuitur ordinanti,
 non ei qui exequitur, l. pater ex Provincia, in fine,

ff. de manumis. vindicat. con muchos, que junta.

95 Razon, que en el Reyno tiene mas fuerça, por no necessitarse de que el gravado ceda la herencia, ni que la restituya; por cuya causa no deduce quarta falcidia, ni Trebelianica; y assi es toda substitucion directa, *Molin. in verbo Apprehensio, fol. 28. col. 1. ibi: Signanter in Aragonia, quia omnes capiunt à primo testatore, & non per obliquum; vbi Portoles num. 29. & de consortib. cap. 4. num. 12. Idem in §. heres, num. 67. vbi, quod in hoc Regno omnes substituti, & legatarij iure directo, à testatore, & non ab herede bona capiunt; idemque docet D. Casanate cons. 4. num. 288. Suelves cons. 33. num. 17. lib. 3. y en las causas de vinculos, ò fideicomissos, solamēte atendemos a la possession del vinculante, ò fideicomitente, y esta es la que se deve alegar, y probar por el que quisiere suceder en los bienes del vinculo, ò fideicomisso, ex Foro *A vezes 30. de apprehensionib. vbi D. Bardaxi, & latè Molinus in d. verbo Apprehensio, fol. 28. col. 2. in fine cum seqq.* dando la misma razon: *Quia quando appellitans succedit vigore vinculo- rum in bonis defuncti, non dicitur succedere ultimo defuncto, licet per mortem ultimi substitutio, seu vinculum sumat suum effectum; sed dicitur appellitans succedere primo testatori, qui apposuit vinculum, ut in l. 2. ff. de petit. heredit. & ibi Bartol. Signanter in Aragonia, quia omnes capiunt à primo testatore, & non per obliquum.**

96 Y la ponderò admirablemente Nigro Ciriacco *contro 269. num. 10. & seq. lib. 2.* aunque el que pretenda la succession, sea tambien heredero del ulti-

mo possedor ex testamento, ò ab intestato: Quod
 procedit, escribe, & verum est, etiam si fideicommissarius
 fuisset heres institutus à gravato (qui tamen
 non fuit in casu isto) vel eidem succederet ab inte-
 stato, late Cravet. cons. 144. nu. 1. Castre. cons. 440. vers.
 Item probatur, vol. 1. & cons. 393. col. 2. vers. Quantũ
 vero, vol. 2. Rimin. lun. cons. 703. nu. 39. & 40. vol. 6.
 Surd. cons. 23. num. 5. & cons. 120. num. 12. & cons.
 422. num. 8. & decis. 292. sub num. 7. & 8. **ET**
IDEO stante statuto, quod possessio defuncti conti-
 nuetur in heredem, fideicommissarius non dicitur
 continuare possessionem gravati, sed testatoris, Boer.
 decis. 156 num. 10. Decian. cons. 74. num. 36. volum. 3.
SI IGITUR ex fideicommissio vocatus succedit
 testatori, non autem gravato, per consequens etiam
 attendi debet proximitas eius, de cuius successione
 agitur, quam consequentiam faciunt omnes Docto-
 res in hac questione, & precipue Fachineus d. lib. 4.
 cap. 85. vers. Secundo hac sententia; **ET EST** na-
 turalis consequentia, ut quis ratione proximitatis
 succedat ei, cui est proximior, non autem quod proxi-
 mitas deducatur ab uno pro succedendo alteri. Et
 licet de facto fideicommissarius succedat gravato,
 tamen id non contingit ratione eius successionis, nec
 quoad effectum recognoscendi bona vinculata ab eo,
 sed tantum quoad substitutionem, subrogationem,
 & ut utar hoc verbo, quoad substitutionem in lo-
 cum eius, ut declarat Rota Bononien. decis. divers. 8.
 ante num. 105. vers. Non obstat, quod imò, Peregrin.
 de fideicom. artic. 15. num. 26. in fine, & num. 27. Ex
 quibus puto **INDISTINCTE** sustineri posse ve-
 rio-

riorem esse sententiam, quod attendenda sit proximitas testatoris; cui adstipulatur Bartol. in d. s. heres, num. 59. & seqq.

97 Y en este caso concurre la voluntad expresa, y disposicion literal del mismo testador; pues no solo dixo, la qual pervenga al mas cercano parient de mi nombre è de mis armas; sino que añadió, el qual con la misma condicion aya de aceptar LA DICHA HERENCIA MIA: Et aquel quiero, è ordeno SIA MI HEREDERO UNIVERSAL; que fue lo que notò Tiberio Deciano cons. 21. num. 2. lib. 3. alli: Secundo attenditur persona testatoris, quando testator usus est verbis relativis ad ipsius personam, ut si dixerit, quod substituit IN SUA HÆREDITATE, & suis bonis; sive quod SINT HÆREDES SUI, prout dictum fuit in testamento, de quo agitur. l. cum in testamento, ubi gloss. & Bart. de cur. & arg. leg. l. debitor, in princ. & l. ex facto, in princ. ubi gloss. Bart. Imol. & Alex. ad Trebel. Arcet. in l. Gallus, s. & quid si tantum, in 3. notab. de liber. & posth. cum concord. ut per Alex. cons. 56. num. 2. in 1. Dec. in l. fin. num. 4. C. de impuber. & cons. 470. num. 12. & Curt. lun. cons. 4. num. 3. Y con èl, y con lason cons. 159. num. 1. ad fin. lib. 4. la Rota apud Farin. decis. 693. num. 3. in fin. ibi: Vocavit enim proximiores, & in casum in quem substituti superstites non essent, & AD SUAM IPSIVS HÆREDITATEM; quæ relatio, AD PROPRIAM HÆREDITATEM, sufficit ad distinguendam proximitatem gravantis.

98 Y no solo incluyen a esta parte, y excluyen a la

a la señora Marquesa, estas tres especialidades, que
avemos referido, de llamamiento del pariente mas
cercano de nombre, y armas del testador, en los ter-
minos del derecho comun; y la de averse de atender
para todo a la persona del testador, segun nuestras
disposiciones forales, exceptado para saber si se ha
abierto, ò no el camino a la sucesion, y continuacion
de ella, y la literal expresion de llamamiento a su pro-
pia herencia; sino que tambien le asisten especialissi-
mamente, la de ser este vn fideicomisso, no de ascen-
diente, sino de colateral, qual lo fue Don Iuan Fran-
cès de Ariño, testador; y averse de gobernar la suces-
sion, siguiendo las reglas de la foral intestada, con que
los testadores en semejantes casos se conforman, ex
l. cum ita, §. in fideicomisso, vbi DD. ff. de leg. 2. &
infra referendis. Para lo qual se ha de presuponer, que
aunque en las sucesiones intestadas de los ascēdientes,
entran los hijos del hermano difunto, en el grado de
su padre, y concurren con el otro hermano, y tio suyo
respectivamente; sucediendo todos, como iguales en
grado, por representaciō, al padre, abuelo, ò ascendien-
te, de cuya herencia se trata; pero quando se trata de
herēcia de colateral, a quien aviã de suceder dos her-
manos, de los quales huviesse yã muerto el vno con
hijos; no pueden concurrir estos en la successiō con su
tio, como posteriores en grado, ni representar a su pa-
dre; y sucede vnicamente el hermano, que sobreviviò,
como pariente mas cercano del colateral difunto; assi
lo dispone la *Observ. Item si frater 6. tit. de testam.*
cuius hæc verba: Item, si frater, & filius fratris su-
pervixerint, ambo succedent patri fratris, avoque

nepotis pro equalibus partibus. Et sic fit successio per lineam ascendentem; quia filius fratris representat personam patris. Et alij, qui non sunt in eodem gradu cum alio, cum quo volunt succedere, cum fit successio per lineam ascendentem: Et in isto casu non habet locum Forus, qui dicit, quod illi debent succedere, qui sunt proximiores illi, à quo hereditas venit, quia intelligitur, Et habet locum quando successio debet fieri per lineam transversalem. ut puta quando sunt tres fratres, Et unus decedit relicto fratre, Et nepote ex alio fratre mortuo; tunc frater tanquàm proximior succedit fratri, Et non nepos. Et sic deinceps, tradunt Molinus in verbo Filius, fol. 140. col. 4. verbo Frater, fol. 162. col. 4. Et verbo Successio, fol. 308. col. 3. & Portoles ibidem, Et de consortib. cap. 1. num. 44. 63. Et 67. D. Sesse decis. 61. num. 2. lib. 1. optimè Andreas Serretus de Anión de successione ab intestato, secundum leges Aragonie, lib. 1. cap. 1. num. 12. Et 13. cap. 2. num. 32. Et latius cap. 3. num. 2. Et 18.

99 Con este presupuesto, y presupuesto tambien, que si se tratasse en este processo de la herencia intestada de dicho Don Juan Francès de Ariño, primero, sin duda alguna devia preferir el Conde en la succession de dicha herencia, como pariente mas cercano suyo, segun las leyes del Reyno; se infiere legitimamente, que en el pretendido fideicomiso colectivo de los parientes mas cercanos, deve proceder lo mismo, por no aver expressado otra forma, y deverse entender, que el testador se conformò en la disposicion del llamamiento colectivo, con lo que las leyes de la pa.

patria, en las sucesiones legitimas disponian, como
 fundando la prelación del hijo del hermano difunto,
 en terminos de derecho, segun el qual podia suceder
 con igualdad ab intestado; observa Peregrino de fi-
 deicommiss artic. 21. num. 5. ver. Nec mirum ibi: Nec
 mirum, cum à testatore non sit in succedendo consti-
 tutus alius ordo, diversus ab ordine legali, censetur
 voluisse, ut in fideicommissio succedatur, secundum
 ordinem prescriptum à lege communi, ET MVLT-
 TO MAGIS à lege municipali in causa intestati;
 sic Imol. in d. §. in fideicommissio, Fulgol. Paul. &c. So-
 cin. & Paris. relati per Decian. cons. 100. num. 30. in 3.
 UBI dicit, hanc esse certissimam iuris regulam; &
 ultra hos idem Socin. cons. 50. in 3. vol. Curt. Iun. cons.
 57. n. 8. & cons. 58. UBI adducit indisolubiles secun-
 dam enumerationes. PRIMO, quia successio legalis
 est ex mente defuncti, l. conficiantur, l. si quis cum vul-
 lum, ff. de iur. codicill. SECUNDO, quia testator
 presumitur velle, quod ius disponit, Bald. in l. si duo,
 ff. de acquir. heredit. plenissime notatur in l. heredes
 mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. pulcherrime in proposito,
 Batt. in l. uxorem, §. testamento, ff. de leg. 3. Nam cum
 leges sint sanctae, iustae, honestae, & pro publica utili-
 tate constitutae, & ordinatae, facile presumendum est
 testatorem legum ordinationi mentem, & volunta-
 tem suam composuisse, y alsí dixo Bartolome Socio-
 no en el cons. 249. num. 24. ad fin. lib. 2. alli: Ex qui-
 bus infero, quod non mirum, si neptis ibi excludere-
 tur à successione ab intestato ex forma statuti, quod
 tunc excludatur; quia habemus tunc mentem testa-
 toris in contrariam; qui censetur habuisse maiorem
 affe-

affectionem ad illos, qui essent potiores in sua successione ab intestato, in casu substitutionis facta collectivè post mortem plurimum; y lo mismo dixo el señor Reg. Sesse decis. 64. num. 56. 57. 58. & plurimos referens Fuffar. cons. 12. num. 19.

100 Aumentase, que la question del derecho, deve tambien cessar en Aragon, por otro motivo, y es, el que las palabras, *pariente mas cercano*, siempre se han entendido, y entienden en su propio, y natural sentido, con respecto a la persona cuyos fueron, y de quien descienden los bienes, *ex Foro unico de rebus vincularis, in fin. ibi: Devolvantur bona propinquioribus descendentibus, ex parte illa undè descendunt illa bona, segun la Observant. Item si frater 6. de testam.* que explicando dicho Fuero, y limitandolo en el caso de succession en herencia de ascendiente, dixo: *Et in isto casu non habet locum Forum qui dicit, quod illi debent succedere, QUI SVNT PROXIMIORES ILLI A QVO HÆREDITAS VENIT;* quia intelligitur, *Et habet locum, quando successio debet fieri per lineam transversalem;* y assi la palabra *proximiores*, respecta à aquel, à quo hereditas venit, y al grado natural de la mayor cercania con èl; y no al del orden de la succession, cuya proximidad es la que miran los Autores, que en los terminos del derecho la miden con el heredero gravado, *vt apud Peregrin. d. artic. 20. num. 9. 10. cum alijs;* dexòlo singularmente advertido Avignon *in tract. de success. ab intest. cap. 1. num. 12. 13. ibi: Et hac ratione observandum est in Aragonia, vt cum agitur de succedendo patre, filius fratris predefuncti non concurrat*

cum patriso superstitibus; quia naturaliter loquendo non est tam propinquus, ut inquit aperte text. in Observ. Item si frater, de testament. Et ideo apud nos quis sit propinquior in gradu consideratur; quamvis apud iuris Romani glossatores consideretur, quis sit proximior in ordine succedendi, ut notatur in l. cum ista, §. in fidei-commissio, ff. de leg. 2. l. vlt. C. de verb. signif. y lo repetido en el cap. 3. num. 2. alli: In Aragonia tamen non erit locus constitutioni, ut fratrum filij, &c. quia apud nos, qui revera sunt propinquiores, preferantur; nisi simus in descendentes, seu prioris lineae successionebus, ut apparet ex textu Observantia Item si frater, de testament. Et ex textu Observantia Item in bonis, eiusd. tit. conferunt Portoles de consortib. Et fidei-commiss. legal. cap. 4. D. Sesse decis. 52. num. 18. D. Episcopus Valenzuela cons. 4. num. 22. lib. 1 y parece lo reconoce assi la misma duda, que se ha servido V. S. de participar en las ultimas palabras, iuxta gradus prerogativam.

101 Acrecientase a todo lo dicho la individual providencia de nuestros mismos Fueros, que determinaron, y decidieron la disputa, de si se avia de computar, o no, la mas, o menos cercana del parentesco con el testador en estos llamamientos, pues el Fuero Item quando §. de testament. dixo assi: Item, quando el testador dispone, que apries muere de alguno, los bienes vengan a sus parientes mas cercanos: Si los ditos bienes son del patrimonio, o del avolorio del testador, parientes mas cercanos, se entiendan de aquella parte de los bienes devallã, è los que en el tiempo de la muerte del testador ERAN MAS CERCANOS A

EL. Y el señor Reg. Sesse, sobre él, *decis. 242. num. 20. vers. Et similiter, lib. 3.* calificò en este punto lo que avemos ponderado, diziendo: *Et similiter ille Forus substulit controversiosam illam questionem, an quando vocatur propinquior, debeat propinquitas considerari respectu ultimi admissi, qui ultimo loco decessit, ut voluit Socin. in l. si cognatis, col. penult. ff. de reb. dub. ubi refert concordantes, § cons. 249. ante penult. col. vol. 2. § cons. 73. col. 4. vol 4. A N U E R O* proximitas debeat considerari respectu testatoris, ut voluit Ias. *cons. 159. vol. 4. § col. 1. § cons. 215. in 2. & Rip. in l. ex parte, col. 2. ff. ad Trebellian. Peralta. num. 23. in l. cum ita, § in fideicommissio, ff. de leg. 2. PROUT PLURES* hanc tenent de communi, § magis vera, ubi simpliciter propinquiores vocantur, vel propinquiores sui. Tamen Forus ille voluit ut inspiceretur respectu testatoris, licet in nostro casu, quo ad hoc non esset necessarius ille Forus, cum clarè constet de voluntate testantis, qui dicit, *A MIS HEREDEROS,* § ita non est ambigendum, l. ille, § cum in verbis, de leg. 3. § dicit in nostra questione Peralta d. num. 23. in d. §. in fideicommissio.

102 Hallase a mas de esto el Conde con otra calidad prelativa para esta succion, que, al parecer, es innegable; haziendo a la memoria aquella disposicion, y expresion de voluntad de Don Juan Francès de Arriño, testador, respeto de aver apetecido tanto la calidad de la masculinidad, en el que huviesse de ser su heredero, y sucessor; que aun a dos hijas, que tenia al tiempo de su testamento, se contentò con dotarlas, exclu-

excluyendolas de su herencia, y sucesion; y aun al hijo, que esperaba tener, quiso que fuese heredero, y sucesor suyo, solamente en el caso de ser masculino; y en el de no serlo, que sucedió, pasó a instituir heredero a Don Galceran, su hermano, que lo era: Y solamente si el dicho hijo postumo huviera sido masculino, y huviera tenido hijos masculos, podian estos excluir a dicho Don Galceran, segun resulta de las clausulas del testamento, que se refirieron al principio del hecho; con que manifestó, que a quien contemplava, y llamava, para heredero, y sucesor suyo, era al que tenia la calidad de masculino, pudiendo dezir lo que Fabio Capicio Galeota, en otro caso, *lib.1.controv. 10.num.39. Et voluntas, que ut Regina dominatur in fideicommissis, & verisimilitudo, que tanquam sal. & aromata, dant dispositioni spiritum, & vitam, satis aperte favent;* con Baldo, referido por Mateazio de via, *& ratione iuris, lib.2.cap.11.num.11.*

103 Por cuya razon, y con menos circunstancias, nos dexò Fernando de Loazes, siguiendo a Socino, y Croto, esta doctrina, que tuvo por digna de toda observacion, *in leg. filius familias, §. Divi, no.45. vers. Unum tamen non omitto, ff. de leg.1. allí: Unum tamen non omitto, nam licet supra proximè dixerim prohibita alienatione extra familiam, non prohiberi in filiam etiam nuptam alienationem fieri, cum & ipsa de familia dicatur: Illud tamen est verum, nisi ex coniecturata mente testatoris prohibitionem facientis contrarium colligeretur; ut puta, si filios masculos universales instituisset heredes, & filia femina certum quid nomine dotis reliquisset, in quo etiam*

etiam ipsam heredem instituisset; quos filios masculos extra familiam bona alienare ex testamento, sive ab intestato prohibuit: Nam tunc si vnus ex filijs filiam propriam heredem instituerit, vel ab intestato decesserit; licet talis filia de familia dicatur, non poterit ad talia bona alienari prohibita pervenire, ut consuluimus multum singulariter Socinus, quem refert, & sequitur Crotus in u. col. in fine, eod. QVIA sicut testator filios masculos universales instituendo nihil de filia sua propria curavit, & sic ipsi praeulit filios, eo quia erant masculis; pari ratione, & multo fortius videtur voluisse, quod nepotes ex filijs, qui sunt in gradu remotiori, non admittantur ad dicta bona, arg. l. si viva matre, C. de bon. matern. & ibi etiam allegat alia pulchra fundamenta, quae cum de facili videri possent, non refero. Non tamen recedat à mente vestra ista notabilis decisio, quia per eam poteris multa bona determinare.

104 Y la adelantò con otros muchos D. Iuan del Castillo, teniendola por expressiva, no solo de la masculinidad, sino de la agnacion, *controvers. iur. lib. 2. cap. 4. num. 84.* & 85. hablando de los mayorazgos, ibi: *Procedit etiam superior resolutio, cum institutor maioratus relictis proprijs filiabus, filios masculos ad successionem eius invitavit, invicemque eos substituit; aut (quod indubitatum erit) si ad vocationem agnatorum etiam collateralium processit, & easdem filias reliquerit; tunc enim agnationem conservare voluisse, & feminas propter masculos remotiores in perpetuum exclusisse videbitur, quod egregie defendit Modernus Paris. in cons. 1. à num. 18.*

Et duplex proponens exemplum in consuetudinibus. Paris. tit. 1. de materia feudali, §. 16 num. 6. Ant. Galeat. Malvasia in cons. 76. num. 31. vol. 1. ET CONFIRMATUR aperte ex communi, Et magis recepta sententia Doctorum existimantium, conditionem si sine liberis, verificari tantum in masculis, quando testator propriam filiam exclusit, Et masculos duntaxat heredem instituit, quam tenent, Et singulariter explicant Socinus, &c. profiguendo suam confirmationem; y en esta causa parece sintieron lo mismo Nata, y Rolando en los lugares citados, y tambien los motivos de la sentencia.

105 Infierese, pues, de lo referido con claridad, al parecer, que siendo assi la institucion de heredero, como su substitucion, qualificada de masculinidad, y exclusiva de hembras, ya se mire al postumo en caso de ser masculino; ya al pariente mas cercano del nombre, y armas del testador, substituido al dicho postumo; ò ya a Don Galceran, substituido tambien al mismo postumo; en qualquiera de ellos, confidero, y busco dicho testador la calidad de masculino; y es proposicion conocida, que las instituciones, ò primeras substituciones, son pauta, y norma de la disposicion, y seguro indice de la voluntad, donde no se hallare calidad contraria, Fabio Capicio Galeota *controvers.* 25. num. 25. lib. 2. Fossario *de substitut. quest.* 683. num. 2. & cum alijs D. Ioannes del Castillo *controvers. iur.* lib. 3. cap. 15. num. 31. §. 35.

106 Y si es argumento regular entre los Autores lo que verosimilmente se presume, que responderia el testador (sin saber lo que responderia) para compre-

hender su voluntad, ex l. cum servus 81. ff. de condit. & demonstrat. ibi: Nam quod ipse vivus facturus erat, id ab heredibus suis fieri iussisse intelligitur, cum alijs relatis per Barbof. vot. decisiv. 66. num. fin. Cancer variar. lib. 1. num. 69. & seqq. Citiac. controu. 142. num. 12. & seq. lib. 1. ubi benè; con quanta mayor seguridad, y fundamento le podemos hazer en nuestro caso, de lo que Don Iuan Francès de Ariño dexò yà, no solo dicho, sino executado, excluyendo a las dos hijas propias, que tenia presentes al tiempo de hazer el testamento, y a la tercera, aun antes de nacer, por ser hembras; y queriendo, que le sucediesse vn colateral, por ser masculino; dexandonos con esto el original de donde se copiasse, ò trasladasse su voluntad, siempre que se ofreciesse semejante concurso, para que excluidas las hijas de los gravados, por hembras, qual es la señora Marquesa; fuessen preferidos los hermanos, qual lo es el Conde, por la calidad de masculino; sobre la de pariente mas cercano suyo, en que no puede negarse, que ha de atender a la voluntad de dicho testador, nam ubicumque tractamus de interpretandamente testantis, quæ fuerit tempore testamenti, & qui fuerint eius prædilecti, & in quos habuerit maiorem affectionem, certè consideramus personam testatoris, non autem personam gravati, como dixo Tiberio Deciano cons. 74. num. 33. lib. 3. Fabio Capi- cio Galcota controu. 10. num. 42. & 43. lib. 1. optimè Peregrin. cons. 42. per tot. lib. 5. & punctim Fuffar. cons. 13. num. 22. cum pluribus.

DUBIUM IIII.

Fideicommissio contraventionali (ex supradictis) in absolutum, & graduale redacta, non solum in favorem D. Ioannis, filij D. Galcerandi contravenientis, sed etiam alterius propinquioris consanguinei de nomine, & armis D. Ioannis Francisci testatoris; videtur non potuisse D. Ioannem, vinculum, sive maioratum de novo instituere (ex quo sua vocationis prelationem Egregius Comes contendit) quia etsi ante contraventionem potuisset D. Ioannes, nova vincula, & substitutiones inter ipsos contemplatos prescribere; acquisito verò per illam istis iure succedendi, ex fideicommissio simplici, & absoluto; non videtur potuisse illis preiudicium contrarias semel acquisitum inferre, novam formam, & modum succedendi declarando.

RESPUESTA.

107. Suponiendo esta quarta duda el fideicomiso contravencional, reducido yà al perpetuo, absoluto, y restitutorio en caso de muerte de qualquiera de los pacientes mas cercanos de Don Juan Francès de Ariño testador; infiere, no aver podido D. Juan Francès segundo, hazer la nueva disposicion de vinculo, ò mayorazgo, con que pide su reposicion el Conde; y añade, que aunque antes de la contravencion pudiera dicho Don Juan Francès, formar nuevos vinculos, y substitutiones entre los mismos contemplados; pero que teniendo yà estos por la contravencion derecho adquirido en fuerza de fideicomiso absoluto; no parece, que les pudo perjudicar, declarãdo nueva forma, y modo de proceder.

108 A que respondemos lo primero, que falta siempre la sustancia, y el supuesto del fideicomiso absoluto, que en caso de morir el pariente mas cercano del testador, *si lo farà*, por agnacion, ò contravencion alguna; se quiere introducir ex adveiso, por todas las razones, que avemos representado, con que cessa la dificultad.

109 Lo segundo, que si Don Juan Francès, segun parece, reconoce la duda en su segunda parte, pudo antes de contravenir, constituir nuevos vinculos, y substitutiones entre los contemplados; no constando, que dicho Don Juan Francès executasse acto alguno de contravencion; bien vsò de la facultad, que el derecho le concedia dentro de su misma familia.

110 Lo tercero, que en confirmacion de que dicho Don Juan Francès, segundo, no obstante la prohibicion de agenaar, pudo disponer en qualquiere masculino de la familia de los bienes hereditarios, ex Decio *cons. 218. nu. 15. ad fin.* Carolo Ruino *cons. 89. nu. 19. § 28. versl. Ex premissis, cum seqq. lib. 2.* Socin. *cons. 227. num. 3. col. 5. post med. § col. seq. post med. lib. 2.* Beroio *cons. 84. num. 42. § seqq.* Don Ioannes del Castillo *controvers. iur. lib. 2. cap. 13. num. 27.* Francisco Nigro Ciriaco *controvers. 635. num. 5. lib. 4.* D. R. Sesse *decis. 254 in responsione ad motiva, num. 31. ad 37. lib. 3.* se aumenta el que en dicha prohibicion aun no estuvo comprehendida la disposicion ex testamento, ni ab intestato, a favor de los no contemplados: porque las palabras, *no pueda vender, agenaar, ni transportar*, solamente dizen agnacion entre

Et duplex proponens exemplum in consuetudinibus.
 Paris. tit. 1. de materia feudali. §. 16. num. 6. Ant. Ga-
 leati Malvasia in cons. 76. num. 31. vol. 1. ET CON-
 FIRMATUR aperte ex communi. Et magis re-
 cepta sententia Doctorum existimantium, condicio-
 nem si sine liberis, verificari tantum in masculis,
 quando testator propriam filiam exclusit, Et masculos
 dumtaxat heredes instituit, quam tenent. Et singu-
 lariter explicant Socinus, &c. profiguendo su con-
 firmacion; y en esta causa parece sintieron lo mismo
 Nata, y Rolando en los lugares citados, y tambien los
 motivos de la sentencia.

105 Infierese, pues, de lo referido con claridad,
 al parecer, que siendo assi la institucion de heredero,
 como su substitucion, qualificada de masculinidad,
 y exclusiva de hembras, ya se mire al postumo en ca-
 so de ser masculino; ya al pariente mas cercano del
 nombre, y armas del testador, substituido al dicho
 postumo; ò ya a Don Galecran, substituido tambien
 al mismo postumo; en qualquiera de ellos, confide-
 rò, y buscò dicho testador la calidad de masculino; y es
 proposicion conocida, que las instituciones, ò prime-
 ras substituciones, son pauta, y norma de la disposi-
 cion, y seguro indice de la voluntad, donde no se ha-
 llare calidad contraria, Fabio Capicio Galeota con-
 trovers. 25. num. 25. lib. 2. Fossario de substitut. quest.
 683. num. 2. & cum alijs D. Ioannes del Castillo con-
 trovers. iur. lib. 3. cap. 15. num. 31. §. 35.

106 Y si es argumento regular entre los Autores
 lo que verosimilmente se presume, que responderia el
 testador (sin saber lo que responderia) para compre-

hender su voluntad, ex *l. cum servus* 81. ff. de condit. & demonstrat. ibi: Nam quod ipse vivus facturus erat, id ab heredibus suis fieri iussisse intelligitur. cum alijs relatis per Barbos. *vor. decisiv.* 66. num. fin. *Cancer variat lib.* 1. num. 69. & seqq. *Ciriac. controu.* 142. num. 12. & seq *lib.* 1. ubi benè; con quanta mayor seguridad, y fundamento le podemos hazer en nuestro caso, de lo que Don Juan Francès de Ariño dexò yà, no solo dicho, sino executado, excluyendo a las dos hijas propias, que tenia presentes al tiempo de hazer el testamento, y a la tercera, aun antes de nacer, por ser hembras; y queriendo, que le sucediesse vn collateral, por ser masculino; dexandonos con esto el original de donde se copiasse, ò trasladasse su voluntad, siempre que se ofreciesse semejante concurso, para que excluidas las hijas de los gravados, por hembras, qual es la señora Marquesa; fuesen preferidos los hermanos, qual lo es el Conde, por la calidad de masculino; sobre la de pariente mas cercano suyo, en que no puede negarse, que ha de atender a la voluntad de dicho testador, *nam ubicumque tractamus de interpretanda mente testantis, qua fuerit tempore testamenti. & qui fuerint eius predilecti. & in quos habuerit maiorem affectionem, certè consideramus personam testatoris, non autem personam gravati,* como dixo Tiberio Deciano *cons.* 74. num. 33. *lib.* 3. Fabio Capi- cio *Galcota controu.* 10. num. 42. & 43. *lib.* 1. optimè Peregrin. *cons.* 42. per tot. *lib.* 5. & punctim *Fussar. cons.* 13. num. 22. cum pluribus.

DVBIVM IIII.
 Fideicommissum contraventionali (ex supra dictis) in absolutum, & graduale redacto, non solum in favorem D. Ioannis, filij D. Galcerandi contravenientis, sed etiam alterius propinquioris consanguinei de nomine, & armis D. Ioannis Francisci testatoris; videtur non potuisse D. Ioannem, vinculum, sive maioratum de novo instituere (ex quo sua vocationis prelationem Egregius Comes contendit) quia etsi ante contraventionem potuisset D. Ioannes, nova vincula, & substitutiones inter ipsos contemplatos prescribere; acquisito vero per illam istis iure succedendi, ex fideicommissum simplici, & absoluto; non videtur potuisse illis preiudicium contra ius semel acquisitum inferre, novam formam, & modum succedendi declarando.

RESPUESTA.

107 Suponiendo esta quarta duda el fideicomiso contravencional, reducido ya al perpetuo, absoluto, y restitutorio en caso de muerte de qualquiera de los parientes mas cercanos de Don Juan Francès de Ariño testador; infiere, no aver podido D. Juan Francès segundo, hazer la nueva disposicion de vinculo, ò mayorazgo, con que pide su reposicion el Conde; y añade, que aunque antes de la contravencion pudiera dicho Don Juan Francès, formar nuevos vinculos, y substitutiones entre los mismos contemplados; pero que teniendo ya estos por la contravencion derecho adquirido en fuerza de fideicomiso absoluto; no parece, que les pudo perjudicar, declarãdo nueva forma, y modo de proceder.

108 A que respondemos lo primero, que falta siempre la sustancia, y el supuesto del fideicomiso absoluto, que en caso de morir el paciente mas cercano del testador, sin aver incurrido en el *si lo farà*, por agnacion, ò contravencion alguna; se quiere introducir ex adverso, por todas las razones, que avemos representado, con que cessa la dificultad.

109 Lo segundo, que si Don Juan Francès, segun parece, reconoce la dada en su segunda parte, pudo antes de contravenir, constituir nuevos vinculos, y substitutiones entre los contemplados; no constando, que dicho Don Juan Francès executasse acto alguno de contravencion; bien usò de la facultad, que el derecho le concedia dentro de su misma familia.

110 Lo tercero, que en confirmation de que dicho Don Juan Francès, segundo, no obstante la prohibicion de agnacion, pudo disponer en qualquiera modo de la familia de los bienes hereditarios, ex Decio *cons. 218. nu. 15. ad fin.* Carolo Ruino *cons. 89. nu. 19. § 28. vers. Ex pramissis, cum seqq. lib. 2.* Socin. *cons. 227. num. 3. col. 5. post med. § col. seq. post med. lib. 2.* Beroio *cons. 84. num. 42. § seqq.* Don Ioannes del Castillo *controvers. iur. lib. 2. cap. 13. num. 27.* Francisco Nigro Ciriaco *controvers. 635. num. 5. lib. 4.* D. R. Sesse *decis. 254 in responsione ad motiva, num. 31. ad 37. lib. 3.* se aumenta el que en dicha prohibicion aun no estuvo comprehendida la disposicion ex testamento, ni ab intestato, a favor de los no contemplados: por que las palabras, *no pueda vender, agnacion, ni transportar*, solamente dicen agnacion

in eo per fideicommissum, gradatimque, ac successi-
 uè; non ex hoc debet in eo fideicommissum, iure pri-
 mogenitura succedi; ita ut vnus, isque primogenitus
 in bonis huiusmodi fideicommissis subiectis succede-
 re debeat, ceterisque in eodem gradu existentibus
 preferri; sed omnes proximiores in eodem gradu exi-
 stentes, pariter ad fideicommissi successionem ad-
 mittendi erunt. Quod probatur ex text. in d.l. peto,
 §. fratre, ibi: Omnes fideicommissum petent, qui in
 familia fuerint, ff. de leg. 2. ubi gloss. & communiter
 Scribentes id notant, idque aduertit Pinelus de bo-
 nis maternis, 3 p. num. 100. quibus addendus Ramo-
 na cons. 62. num. 6. cum alijs; medio con que se intro-
 ducia la division, y con ella la destruccion de la Baro-
 nia, y su Dignidad, y olvido de la familia: *Divisione*
namque dignitas familiae, memoriaque eiusdem, ac
univerfa patrimonia destruuntur, ac corrumpun-
tur: virtus autem unita fortior est se ipsa dispersas
& omnis dualitas ad destructionem subiecti: unitas
verò ad conservationem eiusdem ordinatur, uti ex
Hostiensi, Philosopho, & Tiraquello, tradit idem D.
Ludovic. Molin. d. lib. 1. cap. 11. num. 4. ubi Addentes,
cum pluribus; quibus addo Alzogradum contrav. 97.
num. 55.

117 A cuyo inconveniente ocurrió Don Juan
 Francès, segundo, instituyendo, y ordenando el vincu-
 lo, y mayorazgo sobredicho, para que el successor
 fuesse vn masculino, mientras los huviesse, y que los
 bienes no pudieran egenarse, ni dividirse; siguiendo
 tambien en esta parte lo que previno el Fuero 1. tit.
 de testamentis Nobilitat, alli: *Ut casalia eorum in suo*

bono statu conseruentur; cum per diuisionem filiorum de facili perire possint; in perpetuum duximus statuendum, quod de cetero Nobiles, Mesnadarij, &c possint unum ex filijs quem voluerint heredem facere; alijs filijs, de bonis suis, quantum voluerint relinquendo; providencia, que aplaudiò el Padre S. Bernardo en su Epistola de regimine domus, de quien también lo refiere nuestro Miguel del Molino in verbo Nobiles, fol. 232. col. 1. aconsejando, quod si Nobilis habet plures filios, melior est eorum per mundum dispersio, quam hereditatis diuisio, propter rationem dicti Fori; videlicet, ut casalia eorum in bono statu conseruentur.

118 Y reconociendo los de la misma familia, que el vinculo, y mayorazgo por donde se avia de gobernar la sucession de esta Casa, era el del testamento de Don Juan Francès de Ariño, segundo, pidieron, y obtuvieron sus reposiciones en este processo, en fuerça de dicho testamento, vinculo, y mayorazgo; pues aunque la de Doña Vincencia Clara de Ariño, su hija, no se halla en lo que alcança la porcion del processo, que mandò reparar esta Real Audiencia; mas consta, que en 19. de Deziembre de 1609. el Ilustrissimo Señor Don Juan de Funes y Villalpando, Marques de Offera, pidió, que se le repusiera en el lugar, drecho, instancia, y accion, en que estava Don Juan Francès de Ariño, segundo, al tiempo de su muerte; alegando su testamento, y llamamientos hechos en èl a su favor; y que por la muerte de dicho testador, el dicho testamento surtiò su devido efecto; y le sucediò Doña Vincencia Clara de Ariño, su hija, con los

pactos, vinculos, y condiciones en el contenidos, à quien por su muerte avia sucedido tambien, como llamado, y successor inmediato, dicho señor Marques; y salió el decreto: *D.L.G. att. cont. Et pronuntiat, Et reponit D. Ioannem de Eunes, Et Villalpando, principalem Ioannis à Solo, Procuratoris, in loco, iure, instantia, Et actione, in quibus erat in presenti processu, Et causa D. Ioannes Francès de Ariño, tempore eius mortis, prout per dictum Procuratorem supplicatur.*

119 La reposicion del señor Marques Don Francisco Iacinto, hijo primogenito del señor Marques Don Iuan, aunque tampoco se halla continuada en el blanco de dos hojas subsiguientes; pero se pidió por su muerte, por parte de la Ilustrissima Señora Doña Atanasia de Bolea, y Abarca, su muger, en 3. de Mayo de 1662. por el derecho de su viudedad; y juntamente por parte del Excelentissimo Señor Marques Don Ioseph, su hermano, repitiendo los mismos alegatos, y documentos, y verbo quedaron repuestos ambos, *in loco, iure, instantia, Et actione, in quibus erat in presenti processu D. Ioannes de Eunes, Et Villalpando, tempore eius mortis.*

120 De donde resulta vna observancia, que ha puesto la materia en estado indubitable de averse de observar, y seguir en estas reposiciones, y sucession de esta Baronia, la disposicion testamentaria, que en el dictamen de la misma familia, ha sido, y es la permanente, y que como tal deve gobernarla siempre, *est enim observantia subsequenda vinculorum*, como dezia el señor Reg. Sesse en la decis. 231. num. 8. *Et in*

*scholys ad motiva, lit. K. legitima interpres actuum
humanorum precedentium; con Baldo, Gregorio Lo-
pez, Castro, Menchaca, y Craveta, D. Ludovicus Ca-
fanate cons. 47. num. 11. Et seqq. Et cons. 53. num. 81.
Ramona cons. 62. num. 5. & hæc de quarto dubio.*

DUBIVM V.

*Et licet, contraventione fideicommissi facta, pro-
pinquior consanguineus de nomine, Et armis testa-
toris cum eadem conditione reperiatur heres in-
stitutus; sed non ex eo novum fideicommissum con-
traventionale institutum contendere posse videtur; sed
solum fideicommisso simplici, Et absoluto (ex con-
traventione semel perfecta introducto) expressam
alienandi prohibitionem à testatore fuisse additam.*

RESPUESTA.

121 Esta duda pertenece a la primera, con re-
flexion a la notable, y expresiva circunstancia de so-
lo el fideicomiso contravencional, en las palabras
ponderadas acerca de la sucession del pariente mas
cercano: el qual con la misma condicion aya de acep-
tar la dicha herencia; de los quales dice la duda, no
puede pretenderse nuevo fideicomiso contravencio-
nal; sino que al fideicomiso absoluto, introducido
por la contravencion, le añadió el testador la expresa
prohibicion de agnatar.

122 Mas no podemos alcançar, que la relacion
de dichas palabras dexé de obrar su efecto natural, y
juridico, por lo que dexamos probado en esta Alega-
cion; y por la razon que a otro intento dió el Juris-

con-

consulto en la l. *continuis* 137. §. 2. *in fine*, ff. de ver-
 bor. obligat. alli: Quia in eo, quod tempore, atque facto
 finitum est, nullius est coniectura locus, vbi Gothofr.
 lit. R. y al nuestro Philippo Decio en el *cons.* 218. nu.
 16. ibi: Et hoc comprobatur, quia voluntas testatoris,
 qua totum facit, & in primis attenditur, praesertim
 in fideicommissis, non extenditur, nec ampliatur,
 ultra quam ex hoc facto prohibitionis necessario in-
 feratur; quia voluntas, qua ex facto colligitur, eate-
 nus arguitur, quatenus ex ipso facto inferatur, ut
 notat Bartol. & ideo cum ex tali prohibitione aliena-
 tionis, nullo modo inferatur ad fideicommissum ab-
 solute inter illos de familia, sed solum in casu con-
 traventionis; concludendum est, quod dumtaxat in
 casu contraventionis fideicommissum habeat locum
 per sepradicta.

123 Como ni que el pretendido fideico-
 misso absoluto, pueda tener en toda la clausula mas
 fundamento, ni existencia, que el que le quiera dar el
 discurso, ò el argumento contra la letra; estimable so-
 lamente en el deseo de inquirir la verdad con la apli-
 cacion, que V. S. I. acostumbra para la igual satisfa-
 cion de las partes, sin perdonar los mas leves reparos,
 que es el camino Real para el acierto, y comun aplau-
 so de las resoluciones, ad text. in *cap. indicantem* fio.
 30. q. 5. & cum alijs D. Episcop. Valenz. *cons.* 23. num.
 55. § 86. lib. 1. & *cons.* 165. num. 2. lib. 2. que es lo
 que de su Senado alaba Fontanela *decis.* 461. num. 11.
 lib. 2. diziendo: *Verum est semper varios iuris pri-
 mores, in quibus causa consistit, intermisceri cum
 summa dexteritate, qua in hoc, sicut in reliquis, abun-
 dant nostri Regij Senatores; hoc modo discurretur*

per omnia merita substantialia processus, & preten-
siones, tam rei, quam actoris, resumendo facile, ac
breuiter totam causam substantiam, in quibusdam bre-
uibus, ac compendiosis punctis; que tanto meliora,
quanto breviora, apud nos existimantur; dum ne bre-
uitatem affectantes, magis dubij efficiamur, prout no-
rarè contingit.

DVBIVM VI.

Denique, cum Illustri Marchionissa, ut filia ul-
timi possessoris, assistere videantur communes regu-
lae successionis fideicommissorum: Et que pro parte
Egregij Comitis ad eius prelationem stabiliendam
proponuntur altioris indaginis esse videantur; bono-
rum immissio Illustri Marchionissa, ad instar adi-
cti Divi Adriani, concedenda videtur; pretenso-
nem Egregij Comitis ad aliud directam, & magis
plenarium iudicium remittendo.

RESPUESTA.

124 En los terminos de vn mayorazgo, y mayo-
razgo regular, deberiamos reconocer la grave obstan-
cia, que contiene esta duda, iuxta tradita per Ludov.
Molin. de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 4. ubi Adde-
tes; pero en vn fideicomisso puro (quando se huvielle
de atender a la disposicion de Don Juan Francès de
Ariño primero) y qualificado de proximioridad en
grado, propia, y natural; y juntamente del sexo,
con la exclusion de hembras, executoriada en las mas
dignas de favores quales fueron las hijas del mismo fi-
deicomitente: Y en vn mayorazgo irregular, y de ca-
lidad de agnacion, ò de masculinidad expressa, y lite-
ral (atendiendose como parece se deve a la disposiciõ
de

de Don Iuan Francès de Ariño segundo) no ay regla que a la hija del vltimo poseedor le favorezca, por no verificarse, ni poderse verificar en ella, la calidad, ò calidades, que quiso, y apeteció el testador en los que le huviessen de suceder; pues la primera, y principal regla, que gobierna las sucesiones ha sido, es, y será, así en fideicomissos, como en mayorazgos, la voluntad de los testadores; vt ex cod. Ludov. Molin. & alijs, tradit late D. Ioannes del Castillo *controvers. iur. lib. 5. cap. 93. ex n. 17.* Ni esta es excepcion dudosa, sino tan clara, y cierta, como lo es el principio de que, el q̄ huviere de probar la calidad, que es fundamento de su intencion, para poder obtener la sucesion; sino la probare, ha de quedar excluido, y obtendrá en qualquier juicio el contendor, que se hallare qualificado, conforme los llamamientos literales de la escritura del fideicomisso, ò mayorazgo, que se presentare, lo pidieren, ex traditis per Argel. *de acquirend. poss. quest. 2. art. 8. num. 1.* § 2. D. Ioan. del Castillo *controvers. d. lib. 5. p. 2. cap. 136. num. 67. cum relatis supra num. 91.* sin que ni el replicar, ni el oponer dubios deva hazer dudoso lo cierto, ni obscuro lo claro: *Fatus enim esset ille actor, qui aliquam replicationem non comminisceretur; § ita redderetur vana et communis determinatio, vt exceptiones non requirentes altam indaginem, § respicientes proprietatem, opponi possent in iudicijs possessorijs; quod cum sit absurdum, sequitur, replicationem non obesse, vt acute tradit Argel. de acquir. possess. quest. 2. artic. 9. num. 11. in fine.* S. S. G. C. Cæsaraugustæ die 11. Novembris, anni 1688.

Petrus Antonius Lorfelin, I. C. D.

de Don Juan Ferrández de Anjo (segunda) no se regla
que a la hija del mismo poder de la favor... por
no verificarse, ni poderse verificar en ella la calidad
calidades, que dudo, y apertorio el estado en los que
se hallasen de hacer, y por la primera, y principal
regla, que govierna las sucesiones ha sido, es, y será
asi en dicho comitido, como en mayorazgo, la volun-
tad de los testadores; vt ex cod. Ludov. Molin. &
alii, tradit late D. Joannes del Castillo consero
lib. 2. cap. 2. ex art. 17. Ni se exceptio dudo
fino en clara, y cierta, como lo es el principio de por
el q. baxare de probar la calidad, por el fundamento
de la intencion, para poder obtener la sucesion
la probare, ha de poder excludo, y obtener a qual
pueda juro el conector, que se hallare probado
conforme los llamamientos licitos de la escritura
del dicho comitido, o mayorazgo, que se presentare,
pudiere, ex tradit per Angel. de acquir. poss.
par. 2. art. 8. num. 1. D. Joan. del Castillo con-
sero. lib. 2. cap. 1. de com. 67. con relatis supra
nom. en fin que el testador, ni el opor. debia
deber hacer dudo lo cierto, ni obicuro lo claro.
E non enim esse de alio, per aliquos explicatis
non non conuincitur; Et ita tradit per Joann.
de com. art. determinatis, vt exceptiones non re-
quiritur alia indagatio. Et respicitur propo-
sitionem, opponi posse in iudicio posse, vt dicitur
in alio dno. sequitur, vt per Joann. de obf. 2. 2.
ecce tradit Angel. de acquir. poss. par. 2. art. 8.
num. 1. in fine. D. C. Celarogolus de 11. No-
uemb. anno 1583.

Petrus Antonius Loffelin, A.C.D.