

tione Tertii & Quinti alteri vel ipsi filio facta, imputentur: & pro hac opinione facit quod de impenfis in filiorum studio factis, resoluit Matien. in l. 3. tit. 8. lib. 5. Recop. quod quando non imputantur in sua legitima filio studendi, si pater facit meliorationem Tertii & Quinti de dicta melioratione

impenfa facta in studio filiorum*. Huc usque visum est de partitione inter virum & uxorem non habentes filios.

ADDITIO.

Vide D. Guttier. Practic. quesi. A lib. 3. quesi. 89.



TRACTA-



TRACTATUS

DE

PARTITIONIBUS

BONORUM COMMUNIIUM

PARS SECUNDA,

IN VARIAS DISTRIBUTA QUÆSTIONES,

De Partitionibus inter virum & uxorem liberos habentes,
primi & secundi matrimonii.

SUMMARIUM.

- 1 Pater, aut mater habens filios legitimos, & naturales, ex qua parte bonorum possint disponere inter extraneos.
- 2 Pater non habens liberos jam na-

ros, sed posthumum quem reliquit tempore mortis potest disponere de quarta parte bonorum inter extraneos in præjudicium posthumi.

- 3 Pater potest meliorare unum ex filiis vel nepotibus in tertio & quinto bonorum. Quod locum habet in testamento, non autem poterit meliorare filiam per contractum

- tractum ex causa matrimonii.
- 4 Si pater melioravit filium in Tertio, & Quinto bonorum vel in una re quæ facit Tertium, & Quintum bonorum, quæ habebat tempore quo dotavit filias, nunc vero deductis ex bonis, quæ nunc habebat tempore mortis excedit Tertium & Quintum: an valeat talis melioratio, vel sit inofficiosa.
- 5 Si pater melioravit unum filium in Tertio & Quinto bonorum quod assignavit illi in una re quam possidebat, quæ faciebat Tertium & Quintum, & legitimam, & non habebat alia bona tempore mortis: quia jam tradiderat legitimas suas in vita ceteris filiis, an valebit prædicta melioratio in totum.
- 6 Donatio simplex non confertur, quia tacite videtur pater, aut mater in ea meliorare filiam.
- 7 Si pater aut mater melioravit unum ex filiis in Tertio & Quinto bonorum suorum, si plus non dixerit, non valebit melioratio ultra Tertium & Quintum bonorum quæ possidebat tempore mortis, licet jam dedisset legitimas suas cæteris filiis.
- 8 Si pater donaverit simpliciter aliquam rem uni ex filiis, ex quo videtur eum meliorasse in Tertio & Quinto bonorum supra dicta donatio non excedat Tertium, nec
- Quintum bonorum, an censetur melioratio facta de Tertio, aut de Quinto bonorum.
- 9 Si pater melioravit unum ex filiis in Tertio, alium vero extraneum in Quinto bonorum prius deducetur Quintum quam Tertium; & ibi ratio hujus assignatur.
- 10 Si pater melioravit filium in Tertio bonorum, nec disposuit de Quinto; tunc Tertium debet deduci de omni hereditate patris.
- 11 Si pater habens filium naturalem, vel spurium, careat filiis legitimis, habeat tamen fratres, & legaverit filio naturali Quintum bonorum, & fratres suos hæredes instituerit, & aliqua legata pia fecerit vel gratuita, an hæc legata deducuntur de Quinto, vel de tota hereditate.
- 12 Declaratur lex 30. Tauri.
- 13 Filius naturalis non existentibus legitimis est capax totius hereditatis patris.
- 14 Filius naturalis, cui pater legaverit Quintum bonorum, tenetur pro rata Quinti solvere debita paternam.
- 15 Pater habens filium naturalem, si condemnatur in vita, ut ei unoquoque anno centum dei nomine alimenterum, & melioraverit unum ex filiis legitimis in Tertio & Quinto bonorum, an deducuntur de quinta parte bonorum alimenta prædicta, vel de

tota

- disposuit de Quinto; an valebit dictum gravamen positum in Tertio? & dicitur quod valebit usque ad Quintum.
- 21 Declaratur alio modo lex 30. de Toro.
- 22 Pater si melioravit unum ex filiis in Tertio bonorum, alium filium in Quinto: & jussit, ut filius melioratus in Tertio solveret dimidium Tertii, vel legata de illo Tertio solverentur, an possit hoc facere, & filius melioratus in Tertio illud teneatur implere? ubi concluditur, quod sic, dum gravamina non excedant Quintum.
- 23 Quæ impensa funeris deduci debeant de Quinto, an solum necessæ ad humandum corpus, vel alia quæ ad pompam sunt, & quomodo hoc debeat moderari.
- 24 An vestes lugubres veniant appellatione impense funeris, & an deduci debeant de Quinto.
- 25 Impensa facta pro curando corpore infirmo defuncti; an sit hodie impensa funeris, & deduci debeat de Quinto.
- 26 Impensa funeris propriæ, quæ & qualis dicatur, ut de Quinto deduci debeat.
- 27 Quod pater dedit filio ad Ordines sacros recipiendos, an videatur in eo melioratus, vel teneatur illud conferre fratribus suis.
- 28 Taxatur opinio Telli, & Antonii Gom. & probatur opinio De
- rota hereditate vel debitum hereditatis.
- 16 Alimenta debita filiis naturalibus, vel spuris, debent deduci de Quinto bonorum patris, etiamsi pater per sententiam condemnatus sit in dictis alimentis, nec debent deduci de tota hereditate tanquam æs alienum.
- 17 Pater si melioravit unum ex filiis in vita in parte bonorum, & in testamento melioravit alium filium in alio Quinto bonorum, vel illud Quintum legavit uxori an valeat utraq; melioratio Quinti? & dicitur quod valeat.
- 18 Pater si melioravit unum ex filiis in quinta parte bonorum, & alium filium in alio Quinto bonorum, quod potest; ex quo Quinto deducuntur legata, & funeris impensa.
- 19 De melioratione quintæ partis bonorum facta uni ex filiis per contractum inter vivos si pater melioraverit postea in testamento alium filium in alio Quinto, & jussit legata pia, & alia gratuita deduci de prima melioratione Quinti, non valebit talis dispositio, sed deducitur de ultima melioratione Quinti facta in testamento.
- 20 Pater si melioravit filium in tertia parte bonorum, & jussit, ut ex eo solveret legata pia, & gratuita, & impensam funeris, & non
- Z. Epif-

- Episcopi, & Avendani.
- 29 Donatio propter nuptias, de qua leges juris communis loquebantur hodie non est in usu.
- 30 Donatio quam pater facit filio ob causam matrimonii, vocatur communiter donatio propter nuptias, & de hac loquuntur leges Tauri.
- 31 Lex 17. Tauri declaratur, de qua donazione propter nuptias conferenda loquatur.
- 32 Donatio facta filio ad Ordines suscipiendos, non est donatio simplex, sed ob causam, & equiparatur donationi ob causam matrimonii, idcirco conferri debet.
- 33 Communis usus loquendi prævalens omni significationi verborum.
- 34 Donationes omnes, quæ fiunt ob causam matrimonii carnalis, vel spiritualis, vel ob quamlibet aliam causam à patre, vel matre, filii tenentur eas conferre fratribus.
- 35 Ratio quare donationes ob causam facta filiis conferenda sint.
- 36 Alia opinio Telliæ Fer. in l. 22. Tauri, taxatur, & improbat.
- 37 Donatio facta filio eunti ad bellum reputatur peculium castrense.
- 38 Bona immobilia, quæ pater donavit filio eunti ad castra, non reputantur castrense, sed solum mobilia, & ad bellum necessaria, velut arma, equus, & pecunia, vestes, & similia.
- 39 Pater si dedit filio libros, vestes clericales, vel pecuniam ad Ordines suscipiendas, reputabitur, quasi castrense.
- 40 Pater an possit revocare meliorationem quinta partis bonorum quam fecit filio, si ei tradidit possessionem ejus, vel ob causam onerosam id fecit, aut possit eam mutare, vel limitare.
- 41 Promissio de meliorando filio in Quinto bonorum ex causa onerosa, efficacior est quam traditio sine promissione, idcirco revocari non potest à patre.
- 42 Donatio dotis, si incipiat à traditione, non obligat donatam ad evictionem: secus si incipiat à promissione.
- 43 Declaratur lex 22. Tauri.
- 44 Promissio facta filio de meliorando in Tertio & Quinto bonorum ex causa onerosa matrimonii, etiamsi cum Tertio facta non fuerit valet irrevocabiliter in Tertio & in Quinto.
- 45 Pater si ex causa onerosa matrimonii promissit filia, vel genero suo non meliorare aliquem ex filiis in Tertio & Quinto bonorum, si contrafecerit, an revocabitur in totum dicta melioratio, vel solum quoad interesse filia, & generi, cui hæc promissio facta est.
- 46 In obligationibus facti faciendi, vel non faciendi, succedit obligatio ad interesse, non tamen quis præcisè tenetur ad faciendum, vel

- vel non faciendum.
- 47 Pater qui promissit ex causa onerosa non meliorare aliquem ex filiis, an poterit disponere pro anima, vel aliis de Quinto.
- 48 Pater si solvit pro filio aliquam quantitatem pro delicto ab eo commisso, an tenebitur eam conferre, vel imputare in legitima.
- 49 Pater, aut mater, si in alimentis filii, vel petendis tutoribus, aut in his removendis aliquid erogaverint, quando, & quibus casibus possint eis in legitimam imputare, vel si teneantur conferre? ubi distinguitur.
- 50 Opinio Anto. Gom. taxatur, & Li. C. de nego. gesto. declaratur.
- 51 Filius si solvit aliquod debitum patris, ab eo repetere potest nisi consuetudine quod animo donandi fecerit.
- 52 Omnia quæ pater, aut mater dedit filio ob aliquam causam, in dubio censentur data, ut in legitima computentur & ideo debent conferri, vel imputari, quia non est proprie donatio, sed anticipatio solutionis legitime.
- 53 Si pater solvit pro filio aliquam condemnationem pro delicto ab eo commisso, si in modica quantitate censetur ei donasse, & causa pietatis fecisse; ideo conferre id non tenebitur filius; secus verò si in magna quantitate fuerit id quod solvit.
- 54 Declaratur lex. in l. liber captivus, C. de captiv.
- 55 Declaratur, & distinguitur opinio Barto. in l. Stichus ff. de pecu. quæ alias absolute sumpta, non est vera.
- 56 Pater si aliquid erogavit pro filio ad obtinendum beneficium Ecclesiasticum, vel in lite, vel alio modo, an possit imputare in legitimam ejus, vel filius illud teneatur conferre.
- 57 Declaratur, & limitatur opinio Bartol. in l. 1. §. nec castrense. ff. de colla. bonor.
- 58 Pater si aliquid impendit pro filio ad consequendam aliquam dignitatem, quæ commodum pecuniarium non habet, nec transmittitur ad heredes non tenetur filius conferre nec imputare in legitima.
- 59 Pater si accepit aliquam rem in tributum, vel in emphyteusim pro se, & uno ex filiis quem ipse elegerit, vel pro se, & filio majore, & tempore mortis multo plus valeat cum onere tributi, an filius, qui eam habere debet ex pacto patris, teneatur conferre fratribus estimationem, vel pretium quod hodie plus valet.
- 60 Quod pater acquisivit filio, & justit ei tradi post mortem suam, non conferitur.
- 61 Relicta filio in testamento patris non conferitur. Quod fallit aliquando. 62.

- 63 Si pater accepit aliquam rem in emphyteosim pro se, & liberis suis, & hæredibus, sub certa pensione solvenda quolibet anno, ita quod non possit eam vendere, nec alienare, nec dividere, Arbitri ad dividendum dati adjudicare eam debent uni ex liberis, cum onere pensionis eo pretio quod valet tempore divisionis.
- 64 Si pater dedit filia suæ in dotem plusquam ei competit de legitima patris, ita quod inofficiosa, an pater, vel alii fratres possint statim petere id quod inofficiosum est.
- 65 Pater si dotavit filiam, & excedit legitimam respectu præsentis temporis; non potest ipse, neque filii ejus agere de inofficiosa dote in vita sua, sed expectare debent tempus mortis patris, ut inspicatur valor patrimonii tempore mortis.
- 66 Mortuo patre qui dotem inofficiosam dedit filia suæ, ceteri filii poterunt repetere dotem in eo quod excedit legitimam à marito, etiam constante matrimonio.
- 67 Maritus si legaverit uxori usumfructum bonorum suorum, vel alicujus fundi, an primò deduci debeant debita ipsius, vel teneantur hæredes ejus integrum usumfructum illius fundi uxori præstare.
- 68 Pater si legavit uxori usumfructum omnium bonorum suorum, an tale legatum valeat in præjudicium filiorum.
- 69 Declaratur l. uxori mea, ff. de usufruct. legat.
- 70 Legatum ususfructus omnium bonorum uxori factum, valebit etiam liberis extantibus, dummodo aestimatio ususfructus non excedat Quintum bonorum: & ita debet intelligi contraria communis opinio.
- 71 Declaratur tex. in authen. novissima, C. de inoffic. testam.
- 72 Declaratur l. 9. tit. 5. lib. 3. fori. que loquitur de legitima filiorum.
- 73 Legatum speciei aliquando potest solvi in pecunia ex justa causa.
- 74 Legatum ususfructus potest solvi in aestimatione ex aliqua justa causa.
- 75 Aestimatio ususfructus legati quomodo fieri debeat.
- 76 Usufructu legato uxori omnium bonorum, an redditus liciti pecunie credita per hæredes pertineant ad uxorem, vel ad hæredes viri.
- 77 Si nomina debitorum pecunia collocata per hæredes post mortem mariti, quando ususfructus omnium bonorum legatus est uxori, deteriora facta sint an periculum pertineat ad hæredes, vel ad uxorem.
- 78 Usufructu legato uxori omnium bonorum, que in domo habebat,

an veniat ususfructus mercium quas maritus habebat ad vendendum.

- 79 Usufructu omnium bonorum uxori legato, quomodo uti debeat uxore rebus mobilibus, vel semoventibus, & quid teneatur reddere hæredibus mariti, extincto usufructu formali, qui nomen, & effectum juris habet; vel de usufructu casuali, qui capitis diminutione non amittitur.
- 80 Quid de uxore vel sponsa que non exivit ex patria potestate?
- 81 Verba testatoris secundum communem usum loquendi intelligi debent, non secundum juris significationem.
- 82 Effectus notabiles, qui ex prædicta conclusione sequuntur; quod usufructu omnium bonorum legato uxori, non intelligatur legatus ususfructus formalis, qui nomen & effectum juris habet, sed ususfructus casualis, qui causatur ex fructibus secundum communem usum loquendi.
- 83 Declaratur notabiliter l. finalis, C. de usufruct.
- 84 Usufructu omnium bonorum mobilium uxori legato, an teneatur bona mobilia, que recepit, reddere in eadem aestimatione, & bonitate, vel sufficiat reddere detrita, vel consumpta usu quotidiano eorum.



UNO de secunda parte hujus Tractatus videndum est, videlicet de partitione bonorum communium inter virum & uxorem liberos habentes, & primo, admonendum sumus quod omnia supradicta in prima parte, ubi de partitione bonorum communium inter virum & uxorem egimus, hic repetita esse censeantur, ubi non est ratio diversitatis propter filios; nam licet particulari tractatu, ac divisione ea tradidimus gratia clarioris intellectus, & ut lectores facilius ea que velint dubia, ac quæstiones invenirent; non tamen negamus, quod multa ibi tradita aptari possunt ad secundam partem videlicet ad partitiones, que fiunt de bonis communibus inter virum & uxorem liberos habentes, & hæredes eorum, puta ea omnia, que de Inventario, & ejus effectu, & de Arbitris ad dividendum datis, & de Aestimacione bonorum dicta sunt, & alia multa, que ad utramque partem Tractatus nostri pertinent. His itaque præmissis, ad secundam partem Tractatus nostri perveniamus.

QUÆSTIO PRIMA.

ET primò quæro: Si el padre, ó la madre tiene hijos legitimos, de que parte de sus bienes puede

Z 3. dispo.

disponer, ò mandar à estraños? Respondeo, que si los hijos son ya nacidos, no puede el padre disponer ni mandar à estraños mas del Quinto de sus bienes de que podia disponer por su anima: pero sino tenia hijos nacidos, sino que le quedo algun posthumo dejando su muger preñada: en tal caso puede disponer del quarto de sus bienes entre estraños en perjuizio del posthumo que era nacido, ni tenia derecho adquirido à los bienes de su padre, ut est text. notabilis, & expressus in l. 3. tit. 12. lib. 3. for. & ibi Glof. Montal. & idem tenet Roderi. Xua. in reper. l. quoniam in prioribus, in lectura, super l. 9. tit. 3. fori, quam legit in dicta repetit. l. quoniam in prioribus, in 9. limitatione: quod est valdenotandum, & pauci advertunt ad dictam legem & ejus decisionem; & sepe occurrit in confuendo, quam partem relinquere poterit maritus uxori suæ de bonis suis, quam prægnantem relinquit; & communiter dici solet, quod non potest ei relinquere, vel legare ultra quintam partem bonorum suorum, sed veritas est, quod potest ei relinquere quartam, si non habebat alios liberos legitimos: per dictam legem.

ADDITIO.

A Sed cum ista lex non sit pōita

in nova Recopilatione, dubium est an possit praticari, Valdes. in addit. ad Roderic. Xuar. in d. 9. limitat. & nunquam vidi praticari, neque iudicio meo esset rationabilis, cum jam natus, & posthumus eodem jure ceteri debeant; ut notissimi juris est.

QUESTIO II.

Secundò quæro, qua ex parte possit pater vel mater meliorare filium, vel filiam suam in testamento? Respondeo, que el padre puede mejorar à uno, ò à muchos de sus hijos, ò hijas legitimas, en Tercio y remanente del Quinto de sus bienes, conforme à la ley del fuero usada y guardada; quæ est lex 9. tit. 5. lib. 3. fo. à lo qual no impedira la pragmática del reyno, hecha en las cortes de Madrid el año de 34. quæ habetur in l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop. que dispone, que la hija no pueda ser mejorada en el Tercio de los bienes de su padre, tacita, ni expresamente; porque aquello se entiende por contrato entre vivos, por via de casamiento, pero no por testamento; y assi se entiende la dicha pragmática ex verbis ejus, lo qual se ha de limitar, que si el padre ò la madre prometio, por via de casamiento, de mejorar à su hija en el Tercio de los bienes suyos, y después en cumplimiento desta promesa,

sa, hoc expresso in testamento, la mejorasse en el Tercio en su testamento, no valdria esta mejora hecha en el testamento, por ser en fraude de la dicha pragmática. Quia censetur factum in consequentiam prioris obligationis: argu. text. in l. 3. §. scio, & quæ ibi not. Glo. & DD. ff. de minor. Sed si pater prælegasset ei in suo testamento aliquam rem in specie, non dando eam in solutum dictæ meliorationis, quam promiserat; crederem quod valeret legatum, quia nulla lege prohibetur; si non excedat quantitatem legitimam à jure taxatam. Et idem crederem, si totum Tertium eidem filia prælegasset in testamento, adjiciens, quod propter servitia, vel merita hoc facit, sciens, quod non valuit promissio præcedens ex causa dotis ei facta; maxime si maritus, cui facta est promissio esset mortuus, argument. text. & quæ ibi not. Doctores in l. legata inutiliter, ff. de legat. 1. & l. si quando, in princ. eod. tit.

QUESTIO III.

Tertio quæro: Si el padre dio à sus hijos en su vida todo lo que les pertenecia de su legitima en dotes, y en donacion propter nuptias, y después mejorar al uno de ellos, ò à otro que no avia recibido

cosa alguna, en el Tercio, y remanente del Quinto de sus bienes, ò de mejorar en alguna heredad, que vale el Tercio y Quinto de sus bienes, respecto de los bienes que tenia al tiempo que dio à los otros hijos las donaciones propter nuptias, y dotes: pero respecto de los bienes que le quedaron dadas las dichas dotes, y donaciones propter nuptias, à los otros hijos excede esta mejora en mucha cantidad del Tercio y Quinto de los bienes que el padre tenia al tiempo que hizo esta mejora, quæritur, si valdra esta mejora en todo, ò en que parte valdra.

Y para que mejor se entienda este caso, por que es muy contingible, exempli gratia, pongamos que un padre tenia quatro hijos: y su hacienda valia quatro mill ducados, que vale un quento y quinientos mill maravedis, dio à cada uno dellos en dotes, y donaciones propter nuptias, para sus casamientos cada dozientos mill maravedis, que montaron los ochocientos mill maravedis, quedose con los setecientos mill maravedis, que es el Tercio y Quinto de sus bienes de todos los dichos un quento y quinientos mill maravedis, porque el Quinto de ellas, que es lo que ha de sacar primero, monta trescientos mill maravedis; y el Tercio quatrocientos mill maravedis: por manera, que los hijos fuerõ pagados enteramente de sus legitimas, que les cabia entre

tre quatro à doxientos mill maravedis, que son los ochocientos mill que el padre les dio para en quenta de sus legitimas, en dotes, y donaciones propter nuptias, para sus casamientos. *Aora el padre da à uno de sus hijos todo lo que quedava, y mejoralo en ello en el Tercio y Quinto de sus bienes. Los otros hermanos dicen, que la mejora de Tercio y Quinto solamente vale, y puede valer, de aquellos bienes que el padre tenia y le avian quedado, que son setecientos mill maravedis, al tiempo que murio y hizo la dicha mejora en su testamento al uno de sus quatro hijos, secundum leg. 3. & l. 29. de Toro, & l. 7. tit. 9. lib. 5. Reco. el mejorado pretende que pudo valer en todo, y que los otros hermanos no han de llevar nada de aquellos bienes, porque ya estavan pagados y entregados de sus legitimas; nunc videamus quid juris sit in hoc casu, & quis eorum habeat potiora jura.*

In qua specie videtur, quod filius melioratus in Tertio & Quinto bonorum, non possit habere ultra Tertium & Quintum bonorum, quæ pater habebat tempore mortis, quo factum est dictum prælegatum, & melioratio, ut in l. 23. de Toro. *Secundo* quia melioratus in Tertio & Quinto bonorum, non potest illud extrahere de dotibus & donationibus propter nuptias factis aliis filiis,

ut in l. 25. de Toro. l. 9. tit. 6. lib. 5. *Reco.* quæ hoc expressè statuit. *Tertio*, quia appellatione bonorum, in quibus pater melioravit filium non continentur bona, quæ dederat filiis in dotem, & donationibus propter nuptias, cum illa non sint in bonis suis, sed jam sint alienata, & dominium eorum transferit in filios, vel generos suos; ut in l. fin. ff. de collat. do. & l. 1. §. fin. eod. tit. ut latè probavimus in prima parte hujus Tractatus.

Ex contrario videtur, quod dicta melioratio valuerit in totum; & sic filius melioratus habere debeat illa bona, quæ pater possidebat tempore mortis quo facta fuit dicta melioratio; *primò*, quia pater bene potuit in vita sua solvere debitam legitimam filiis suis in dotibus, vel donationibus propter nuptias ad alendum eos, & sustinendum onera matrimonii, & illud conferre tenentur, & imputare in legitimam suam, ut in l. illud, C. de collation. & in l. 29. de Toro, quæ expressè hoc disponit potuit enim pater exonerare se à debito bonorum subsidio, quod debet filiis, & illud in vita solvere, ut in l. post mortem, & quæ ibi not. DD. C. de fideicommiss. & in l. si filia, §. si pater, ff. fam. hercis. & in l. omnimodo, §. imputari, C. de inf.

inof. testa. tradit Bartol. in l. 1. §. si. ff. si quis à par. manu. fu. cum ergo integram legitimam eis solverit, & hodie cum fecit prædictam meliorationem, non habebat plus in bonis, quam antea: nullum gravamen recipere possunt ceteri filii; quibus legitimam integram dederat pater, si postea in favorem unius eorum voluntatem, & potestatem suam extenderit, meliorando eum in Tertio & Quinto, quod sibi retinuerat solutis legitimis integris unicuique filiorum; alioquin filii, qui legitimas suas integras receperunt, petere poterunt aliam legitimam de bonis, quæ remanserunt patri; & sic habebunt alias legitimas unusquisque eorum de eisdem bonis; & pater privabitur potestate sibi data à lege disponendi de bonis suis, de Tertio & Quinto bonorum inter filios, cum possit de Quinto inter extraneos, quod esset absurdum; & contra intentionem legis, quæ permittit patri disponere de bonis suis, dummodo filius non gravetur legitima sua, ratione bonorum, quæ habuit tempore mortis: ut in l. cum quaeritur, & in authen. novissima, C. de inoffic. testa. cum ergo filii habeant legitimam integram bonorum, quæ pater habuit tempore mortis, & plus de illis bo-

Ayora de Partitionib.

nis, quæ habebat tempore, quo dedit eis prædictas dotes, & donationes propter nuptias, sine dubio videtur quod non possint impugnare iudicium patris, cui liberum datur arbitrium dividendi hæreditatem inter filios, dummodo non minorem portionem, quam quæ debetur eis, relinquat, ut in l. parentibus arbitrium, C. de inoffic. testa. & in l. quotiens, C. fami. hercis.

In quo puto sic distinguendum esse, *O el padre en su testamento, o escriptura de mejora, dijo, que mejorava à su hijo en el Tercio y Quinto de sus bienes que tenia y poseya de presente, de sus bienes absolute, o indefinitamente; y en tal caso esta mejora no se estendera à mas de los bienes que de presente tiene al tiempo de su muerte; non ex defectu potestatis, sed voluntatis porque el mismo se limite, y no dijo mas en la mejora que hizo, ni se estendio à mas de los bienes que tenia, y estos bienes no se entienden de los que tenia enagenado y dado en dotes y donaciones propter nuptias; salva ratione recti sermone filius non gravetur legitima sua, ratione bonorum, quæ habuit tempore mortis: ut in l. Plantius, ff. de auro, & argen. leg. de las quales dichas dotes, y donaciones, no se puede sacar la mejora de Tercio y Quinto conforme à la ley de Toro; aunque desues la traygan los hijos à colacion, y particion.*

Aa Prr

¶ Pero si el padre digesse que mejora al hijo en el tercio y quinto de sus bienes, que de presente tiene, y en todo aquello que puede mejorarle de derecho, por quanto et tiene dadas à sus hijos sus legitimas en vida, y todo aquello que avian de aver de sus bienes, y solamente se quedo con el Quinto y Tercio de sus bienes para disponer dellos como el derecho le da facultad, ò le mejoro en alguna cosa que valia tanto, como el Tercio de sus bienes, ò como el Tercio y Quinto, que es todo lo que tenia quando murio; en tal caso, sine dubio crederem, que pudo el padre mejorarle en todo el Tercio y Quinto de todos los bienes, assi de los que presente tiene, como de los que tenia al tiempo que dio las dotes, y donaciones propter nuptias, à los otros sus hijos y les dio enteramente sus legitimas de todo lo que tenia, que fue dozientos mill maravedis à cada uno dellos que montaron ochocientos mill maravedis, que fue la legitima de todos los hijos, por que solo le quedo y resto el Tercio y Quinto para disponer dello, el Quinto por su anima, ò entre estranos y el Tercio entre sus hijos, por las razones arriba dichas, y porque no ha de ser de peor condicion el padre que dio en su vida à sus hijos sus legitimas, que el que no las dio hasta la muerte; maxime, que en las dotes, y donaciones propter nuptias se suele decir y poner en la escriptura,

que lo da para en cuenta de su legitimo del hijo, y aunque no se diga, el derecho lo dice y dispone, porque es donacion ob causam, hecha para este efecto, por lo qual se ha de traer à colacion y particion, como lo dice la ley 29. de Toro, quæ habetur l. 3. titu. 8. lib. 5. Recop. porque no es mera donacion, sino dado por esta causa tacita, ò expressa, ex quadam necessitate, para en cuenta y pago de su legitima, ut in l. si filia, §. si pater, ff. famil. hercisic.

¶ Y lo segundo, porque teniendo los otros hijos recibidas sus legitimas enteramente de todos los bienes, que su padre tenia y tuvo hasta el dia de su muerte, no pueden quejarse de inofficioso testamento: ut in allegata lege, cum quæritur, C. de inoffi. testam. aunque el padre diese todos los bienes que le quedaron, por via de mejora, à uno de sus hijos, pues lo pudo hazer, lege permissente.

¶ Lo tercero, porque por la misma razon que aviendo el padre en vida dado à un extraño el Quinto de sus bienes, no puede de spues en la muerte disponer de otro Quinto entre extraños en perjuizio de sus hijos, ut in l. 28. de Toro, l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. por esta misma razon, à contrario sensu, aviendo dado el padre à sus hijos en su vida en dote, y donacion propter nuptias, lo que les pertenecia, y avian de haver de sus bienes

bienes en su legitima, no sera obligado en muerte à darles otra legitima, sino tiene mas bienes adquiridos al tiempo de la muerte; porque seria en perjuizio de los otros hijos, si los huviesse y no los huviesse dado nada. Et hoc puto verissimum; & idem expressè tenet Tello Fer. in l. 25. Tauri, n. 4. usque in fi. & Ant. Go. in l. 29. Tauri, n. 35. licet non ita distinguat.

¶ Quod puto intelligendum secundum distinctionem supra positam; & idem sentit Rode. Xuar. in repet. l. 6. tit. 5. li. 3. fo. quæ loquitur de legitima filiorum, quam legit simul cum repetitione. l. quoniam in prioribus, in 6. quæf. in verb. 6. quæritur, utrum hæc melioratio, fol. 97. Et licet aliquantum dubitaverit super hoc, tamen dubitatio ejus non cadit super quæstione, & casu nostro; sed super alio videlicet, an melioratio facta de Tertio & Quinto possit extrahi de dotibus, & donationibus propter nuptias factis aliis filiis? super quo edita est poera l. 25. de Toro, quæ habetur l. 9. titu. 6. lib. 5. Recop. quæ hoc prohibet, licet ipse tenuerit, quod pater hoc possit facere, si expressè hoc disposuit in suo testamento: quod hodie non procedit attenda dispositione dictæ legis 25. de Toro: quæstio verò nostra procedit in alio casu, videlicet quando filius melioratus in Tertio &

Quinto non vult illud extrahere de dotibus, & donationibus propter nuptias factis, sed vult ut impotent filii in suam legitimam, id quod receperunt in dotibus, & donationibus ob causam factis; quod est diversum: ideo non obstat supradictæ conclusioni dictæ lex 25. de Toro, quæ loquitur in alio casu; quod est mentis tenendum, quia quotidie contingit, & male intelligitur in practica, quia pauci ad hoc advertunt.

¶ Hoc tamen intelligendum est, & limitandum, ut procedat in casu, quo loquitur, videlicet in dotibus datis, vel donationibus propter nuptias quas filii tenentur conferre; non autem in donationibus simplicibus factis à patre, vel matre; quia istæ non conferuntur: Sed filius, cui talis donatio facta est, habet illud præcipuum, tanquam si pater expressè eum meliorasset in eo, ut in l. 26. de Toro: l. 10. titu. 6. lib. 5. Recopi. quæ hoc expressè disponit, si ergo melioratio ei facta est de illa re, non habebit filius postea melioratus Tertium & Quintum totum, sed residuum quod superest deducta prima donacione simplici, ut not. DD. moderni, maxime Cifuen. & Ant. Go. & in l. 17. & in l. 29. in eisdem legibus.

Item dicta conclusio est intelligenda, non solum ut procedat in specie, & casu proposito sed in aliis similibus: videlicet, Si el padre huviesse dado à sus hijas en dote todo lo que les pertenece de sus legítimas, y à los hijos los huviesse dado alguna cosa mas de lo que les pertenece de su legítima: porque la demasia se entiende ser mejorado en ello conforme à la ley 17. de Toro, porque aunque en las dotes este corregida por la pragmática de las cortes de Madrid del año de 34. Pero en las donaciones propter nuptias, que se hazen à los hijos varones, no lo es; en tal caso podra el padre disponer de todo el Tercio y Quinto de todos sus bienes, juntando las dotes, y donaciones propter nuptias, y haziendolo todo un cuerpo, no para sacar la mejora que huviere de las dotes, y donaciones propter nuptias, sino podra disponer entre estranos de su Quinto, & por su anima, y del Tercio entre sus hijos: pero tanto menos podra disponer del Tercio el padre, quanto huviere dado demas de sus legítimas à sus hijos varones; porque aquello se entiende ser mejora hecha primero al otro hijo, à quien hizo la donacion propter nuptias, dandole mas de lo que le cabe de su legítima: y por el contrario, si huviesse dado à sus hijos en dotes, y donaciones propter nuptias, no todo lo que les pertenece de los bienes del padre, por-

que no les dio su legítima enteramente de los bienes que entonces tenia, & porque de spues adquirio mas bienes: en tal caso trayendo à colacion lo recibido y supliendoles de los bienes que dejo el padre à tiempo de su muerte, lo que les falta de sus legítimas, haziendolo todo un cuerpo, de todo ello podra el padre disponer del Quinto entre estranos: y del Tercio, entre sus hijos y descendientes, conforme à derecho; y no solamente de los bienes que tiene, y le avian quedado quando murio, como no se saque de las dotes, y donaciones propter nuptias, como conste de su voluntad, que quiere mejorar en lo que queda à uno de sus hijos; y no diga que mejora en el Tercio y Quinto de los bienes que tiene, porque entonces no valdra la mejora en mas del Tercio y Quinto de los bienes que poseya al tiempo de su muerte, y por esta cuenta se han de juzgar, y determinar todos los casos semejantes, ut sup. diximus.

Quod autem in dubio, si pater hoc non expressit, sino que mejorava à su hijo en el Tercio de sus bienes? Respondeo, que valdra la mejora de todos los bienes que tenia, y avia dado, inspecta mente legis fortit. l. 3. l. 9. porque de otra manera no seria mejora de todo el Tercio, si el mejorado no llevasse el Tercio mas que todas las legítimas.

QUÆS-

QUÆSIO IV.

8 **Q**uarto quæro, Si el padre hizo alguna donacion simple à alguno de sus hijos de alguna heredad, & viña, & otra cosa de sus bienes, que en tal caso es visto mejorarle en ello, siendo donacion simple conforme à la ley 26. de Toro: si en este caso sera visto mejorarle en el Quinto, & en el Tercio de sus bienes, si cabia la dicha donacion en el Quinto? Respondeo, que se entiende ser echa mejoría del Tercio, y no del Quinto, favore animæ; porque el Quinto se reserva para cumplir el anima del testador, ita tenet expressè Pala. Rub. in repeti. cap. per vestras, in §. 22. in 3. colum. num. 13. fol. 96. quod est notabile, & maximi effectus; nam si inteligeretur melioratio facta de Quinto, filius melioratus teneretur de illa meliorationeolvere, & implere omnia legata pia & gratuita, & impensam funeris, ut in l. 30. Tau. quod facere non teneretur de Tertio bonorum filius in eo melioratus.

Sed in quantum Pala. Rub. tenuit assignando rationem hujus conclusionis, quod hoc procedit favore animæ, nihil aliud allegans, crederem hoc non esse solum favore animæ; sed aliis rationibus; quia si cessaret favor animæ

puta si testator postea totum Quintum legasset extraneo, idem esset, ac si pro anima reliquisset: quia melioratio primò facta filio, censetur facta de Tertio bonorum, vel in partem Tertii, si non omnem tertiam impleat, & non de Quinto.

Ideo dicendum est, rationem hujus conclusionis eam esse, quod testator, vel contrahens in dubio censetur dare, vel legare id quod minus est, & gravare se quam minus potest, & id egisse quod quisque prudens, & diligens homo faceret, ut in l. & magis, ff. de solut. & l. idem Julianus, §. scio, ff. de leg. 1. & l. nummis, ff. de legat. 3. Sed si pater donando aliquid filio, censetur de Quinto id donasse, præcluderet sibi facultatem disponendi, vel testandi liberè de Quinto, quod facere potest pro anima, & pro extraneis: nam de Tertio solum potest disponere inter liberos, quia est pars legitima liberorum: quod verisimile non est id egisse, ideo de Quinto non censetur melioratio facta, sed de Tertio, ut per eam non auferatur ei libera facultas testandi, quam habet de Quinto: propterea dubia dispositio interpretatur secundum id quod verisimilius est testatorem vel contrahentem sensisse, & quod rei gerendæ aptius est; ut

A 2 3 in

in l. quotiens idem sermo ff. de regul. jur. & l. cum in testamento, ff. de reb. dub. & l. plenum, §. equum, ff. de usufru. lega.

Concludo igitur, quod licet non vertatur favor animæ: quia testator non pro anima, nec in piis causis postea disponat, de Quinto tamen semper intelligendum est, meliorationem, quam primò fecit filio, de Tertio eam fecisse, si nihil expressit; & non de Quinto: rationibus supra dictis.

QUÆSTIO V.

Quinto quarto, Si el padre mejoro à un hijo en el Tercio, y à otro, ò à un extraño, en el Quinto, qual se sacara primero del monton, y cuerpo de bienes que dejó el padre; el Tercio ò el Quinto? Quia est magni effectus: nam si primò deduceretur Tertium de tota hereditate, esset majoris quantitatis, quam si deduceretur post Quintum; & ex contrario Quintum esset minoris quantitatis si prius deduceretur Tertium, ut evidenter apparet rectè facta computatione. Respondeo hoc esse planum, & usu receptum, que primero se ha de sacar el Quinto, y despues el Tercio: & ita servatur, ut habetur in declarationibus styli l. 214. tenet Pala. Rub. in repet. cap. per vestras, §. 22.

idem Pala. & cæteri Scribentes in l. 29. & l. 30. de Toro, cujus ratio ea esse potest quam suprà diximus in capit. precedenti: & quod Quintum est proprie hereditas patris libera, & de ea potest disponere ad libitum voluntatis; tam pro anima, quam pro extraneis; & si prius deduceretur Tertium, & postea Quintum, gravaretur pater, quia non posset disponere de toto Quinto bonorum suorum, ut ei permititur à lege; quia minus est in Quinto si prius deduceretur Tertium; quod est contra voluntatem, & dispositionem dictæ legis fori: rit. 5. l. 9. lib. 3. fori. idcirco primo deducendum est Quintum integrum, ne pater gravetur, postea verò Tertium, quod est legitima omnium filiorum, quia pater non tenetur æqualiter relinquere filiis suis legitimam suam, sed de quatuor patribus ex quintaque quæ sunt legitima filiorum, potest unum ex eis meliorare in Tertio: ideo primo deducitur Quintum tanquam patrimonium liberum patris. Secundo verò loco, de residuo deducto Quinto, quod est legitima filiorum, deducitur Tertium ei, qui in eo melioratus sit, quod habere debet de legitima filiorum, quod habet evidentissimam rationem si bene confi-

consideretur: nec hoc facit favor animæ, ut dixit Pala. Rub. ubi suprà.

Hoc tamen puto, sic esse intelligendum & limitandum, si pater fecit meliorationem tertie partis bonorum suorum uni ex filiis, alteri verò quintæ partis, vel unum melioravit in Tertio & Quinto; si verò uni soli filio fecisset meliorationem tertie partis hereditatis suæ, & non disposuit de Quinto, quia noluit, vel non potuit, quia intestatus decessit, certè hoc casu crederem, quod filius melioratus in Tertio bonorum, habebit Tertium omnium bonorum quæ pater habuit tempore mortis, cum non concurrat cum Quinto, ut prius illud deducatur secundum regulam supra positam, & impedimenti sit filio cur non habeat tertiam partem integram hereditatis patris, sicut verba contractus sonant, cum ipse capax sit totius tertie partis hereditatis patris, cum posset habere Tertium & Quintum si ei prælegatum esset: & hoc verissimum puto ratione prædicta.

* Item advertendum est, que si el padre mejoro à un hijo en el Tercio de sus bienes, y no hizo mejora del Quinto à el ni à otro; entonces se sacara el Tercio para el hijo mejorado de todos los bienes que

dejo el padre; sacando primero del monton y cuerpo de bienes hasta donde alcançare el Quinto, todos los gastos del entierro y mandas pias y graciosas que se han de sacar del Quinto conforme à la ley de Toro, y lo que sobrare del Quinto, se partira, pro rata, entre el hijo mejorado en el Tercio, y todos los hermanos hijos y herederos del defuncto, en esta manera: Pongamos exempli gratia (para que mejor se entienda este dubio, porque es muy contringible y mal entendido) que el padre al tiempo que murio tenia quinze mill ducados de hacienda, y avia mejorado à uno de sus hijos en el Tercio de sus bienes, y no mejoro à el ni à otro en el Quinto: es aora la duda, Que llevara este hijo mejorado en el Tercio de los bienes de su padre? y parece, que sacados tres mill ducados, que es el Quinto, de los doce mill que quedan llevara el Tercio que son quatro mill el hijo mejorado en el Tercio, y lo demas que sobrare del Quinto, sacado del los gastos del entierro, y las mandas pias y graciosas que el padre hizo en su testamento, lo demas se ha de partir entre todos los herederos. At veritas est, que el hijo mejorado sacara primero el Tercio deste emanente del Quinto, en esta forma, que si el padre gasto y dispuso del Quinto mill ducados en gastos de su entierro y mandas pias y graciosas, y sobran dos mill ducados del Quinto, que no dispuso del-
los,

los, estos se partiran entre el hijo mejorado y los otros herederos, y de los llevara el mejorado el Tercio, y lo que restare se partira entre el y los demas herederos por yguales partes y el mejorado entrara en parte como uno de los herederos despues de sacado el Tercio de los dichos dos mill ducados, por razon de la dicha mejora. Quod est valde notandum, quia pauci ad hoc advertunt, porque sacado el Quinto, de lo que resta, se suele sacar al hijo mejorado en el Tercio, la tercia parte, que es de los dichos duze mill ducados, los quatro mill y no mas, aya ò no cya mejora del Quinto: y lo que sobra del Quinto sacados los gastos del entierro, y las mandas pias y graciosas, lo parten entre todos los herederos quando no ay mejora hecha de Quinto; que es error evidente, porque siendo, como es, el remanente del Quinto bienes libres y herencia del padre, no quiso mejorar ni disponer del como pudiera entre sus hijos y estranos, ninguna razon ay porque el hijo mejorado en el Tercio, no lleve al Tercio deste remanente del Quinto, como lo lleva de los quatro partes de cinco, que es legitima de todos los hijos, pues ay la misma razon, y aun mayor, que lleve el Tercio deste remanente del Quinto, de que no quiso disponer el padre, que de las quatro partes de cinco, que era legitima de todos los hijos, y la ley le da facultad que pueda mejorar en el

Tercio dello à uno de sus hijos; à fortiori, podra dar y mejorar en el Tercio à su hijo deste remanente del Quinto, que es patrimonio libre del padre que lo pudiera dar y mandar à un extraño. Nam absurdum est, ei, cui quod plus est licet, quod minus est non licere; ut in regula juris: y el padre en la mejora que hizo à su hijo del Tercio, no dijo que le mejorava en el Tercio de sus bienes que restassen sacado el Quinto, sino en el Tercio de todos sus bienes: y este remanente del Quinto son bienes y patrimonio libre del padre, mas que las quatro partes de cinco, que son legitima de todos los hijos, y no patrimonio libre del padre. & ita mihi videtur tenendum in hac quaestione pro nunc.*

QUAESTIO VI.

SEXTO QUÆRO: Si el testador no tuviese hijos ni descendientes legitimos, y tuviese un hijo natural, y dos, ò tres hermanos legitimos, y al natural, ò spurio, mandasse el Quinto de sus bienes, y à los hermanos instituyese en toda su herencia, y mandasse, è hiziesse algunas mandas pias y graciosas, las quales mandado que las pagassen sus hermanos, à quien deyo por herederos, ò no dispuso nada sobre ello, si se sacaran estas mandas y gastos del entierro del Quinto que el testador mando à su hijo

hijo natural, ò del residuo de la herencia que han de llevar los hermanos que deyo por herederos? Et videtur dicendum, quod filius naturalis, cui legatum est Quintum, teneatur de Quinto solvere prædicta legata pia, & expensas funeris: non autem hæredes in residuo hæreditatis, quia hoc est ita decisum per legem 30. de Toro, quæ hoc disponit, ut talia legata pia, & gratiosa, & impensa funeris, deducantur de Quinta parte bonorum, etiamsi testator aliud iusserit in testamento.

12 Pero no obstante la dicha ley de Toro, se deve tener lo contrario en este caso, y que los herederos del difunto pagaran del residuo de la herencia todas las mandas pias y graciosas y gastos del entierro, y no el hijo natural del Quinto: porque la ley de Toro y su decision habla, y se ha de emender, quando el testador tiene hijos y descendientes legitimos, en cuyo perjuizio y de sus legitimas no puede disponer el padre por su anima, ni en otra cosa en mas del Quinto, conforme à la ley del fuero, titu. de las mandas, l. 9. li. 3. for. Porque en tal caso, aunque dispusiesse que se pagasse del residuo de la herencia, y no del Quinto, no le puede hazer porque es legitima de los otros hijos, aunque mejorasse à un hijo, ò del Tercio no puede mandar que de alli se paguen las mandas pias y graciosas

Ayora de Partitionib.

por la misma razon, porque aquella mejora de Tercio, se hizo de la legitima de los otros hijos: pero en este caso ¹³ cessa la dicha razon, porque no ay hijos ni descendientes à quien se deva legitima, y el hijo natural es copaz de todos los bienes y herencia del padre, ut in l. si. C. de nat. liber. ubi notant DD. & in l. i. in pr. ubi Glos. in verbo, naturales ff. de bonorum poss. contra tabul. & in l. 10. Tauri: ideò poruit de qua parte velit deducere legatam, & impensam funeris, quia nihil interest, quod talia legata & expensa funeris deducantur de Quinto, vel de residuo hæreditatis; & regulariter tenentur hæredes legata solvere, & cætera debita hæreditaria pro hæreditariis portionibus, ut in l. pro hæreditariis, C. de hæditar. assign. y assi en este caso pagaran las dichas mandas y gastos del entierro, los herederos pro rata de lo que heredero cada uno quando testador hoc iussit, quia super hoc potuit libere disponere: & hoc etiam sentire videtur Tello Fern. in l. 3. de Toro, in simili quæst. num. 20.

Pero en quanto à las deudas; sera obligado este legatario, à quien fue hecha la manda del Quinto, de pagar su parte pro rata, de lo que le cupiere por razon del dicho Quinto, nisi testator contrarium iusserit, ut in l. si quis servum, S. fi. cum lege sequenti, & l. cum autem pars bono-

Bb rum,

rum, ff. de legatis 2. & l. 21. de Toro: & in l. 5. tit. 6. lib. 5. recopil.

Y lo mismo sera de los legados in specie, como si el testador mando casa, ò viña, ò cavallo, porque aquellos derogar al legado general del Quinto de los bienes; porque se ha de sacar primero la especie que fue legada, ò mandada por el testador, y de lo residuo llevara el Quinto de los bienes: Pero de los otros legados de cantidad, no contribuyran, ni se sacara del legado del Quinto: ita notabiliter tenet Bar. in allegata l. si quis servum, §. fi. & l. cum autem pars bonorum, ff. de legat. 2. quem sequitur ibi Pau. & communiter omnes & in l. qui quadringinta, & l. Marcellus, in prim. ff. ad Trebellian.

QUÆSTIO VII.

SEptimò quæro, eodem casu contento, si el padre tenia hijos, y tambien tenia un hijo natural, el qual en vida del padre le pidio alimentos, y por sentencia executoria fue condenado à que diesse y pagasse al hijo natural ciento en cada un año, por todos los dias que viviesse; y mejorò à otro hijo legitimo en el Tercio y Quinto de sus bienes, ò mando el Quinto à un extraño por su anima. Es la duda, si deste Quinto se sacaran estos alimentos del hijo natural, ò del monton y cuerpo de bienes, que quedaron

por legitima de los otros hijos? Et videtur quod non debeat exire de Quinto, sed de tota hæreditate & pro rata tantum de Quinto, ut in superiore quæstione diximus; nam cum sit debitum hæreditarium, certum est quod omnes hæredes tenentur ad illud, & debet deduci de omni hæreditate, tanquam æs alienum, & de residuo habebit legatarius quintam partem, ut in dicta l. cum autem bonorum pars; ff. de legat. 2. & l. subsignatum, ff. de verb. signi. & dict. l. 21. de Toro, l. 5. tit. 6. lib. 5. Recop.

Sed in contrarium facit, quod si de tota hæreditate dedacerentur alimenta ista debita filio naturali, tanquam æs alienum, propter sententias & executoriam contra patrem datam, sequeretur, quod filii legitimi tenerentur de sua legitima illa alimenta debita solvere filio naturali, cum pater in Quinto melioraverit alium filium, vel extraneum, quod esse non debet; nam alimenta debita filiis naturalibus, vel spuris, debent deduci de Quinto, de quo poterat disponere pater pro anima sua; ut in l. 9. & 10. Tauri, l. 7. & 8. tit. 3. lib. 5. Reco.

Respondeo, que el mejorado en 16 el Quinto, sera obligado à pagar todos estos alimentos que se han dado en vida del padre, y despues de muerto se duren al hijo natural; y no se han

han de pagar, ni sacar del residuo de la hacienda y herencia; porque sacado el quinto, es todo lo demas legitima de los hijos legitimos que no son obligados de sus legatimas à los dichos alimentos, Et hoc colligitur & probatur ex dict. l. Tauri, en aquellas palabras donde dize: No pueda mandarle mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podria disponer por su anima; & hoc etiam sentit ibi, Anton. Gomez in dict. l. 10. num. 41. & ita fuit iudicatum in hoc Regali Granat. pratorio in quadam ardua causa, de doña Maria de Aguilar; con don Diego de Aguilar su hermano natural, vezinos de Ecija. Et quidem iustè iudicio meo, quia sententia lata contra patrem, executoriaque non mutant causam debiti, inspecto initio: ut in l. 3. §. Seio, ff. de minoribus: quia etsi censetur esse æs alienum, tamen causa fuit alimentorum debitorum filio naturali, vel spurio, qui alimentari debet de Quinto; & non de legitima filiorum legitimorum, ut in d. l. 10. Tauri; idem non est curandum quod sit æs alienum, ut deducetur de omni hæreditate; sed quod causa condemnationis fuit talis, quod de Quinto exire debuit.

* Sed nunc incidenter quæro, de alia notabili quæstione, un padre, que tenia hijos legitimos y naturales, tenia una hija natural, man-

dola quinientos ducados en su testamento, para que se casasse, los quales cabian en el Quinto de sus bienes, muerto el padre, de alli à pocos dias murio la hija sin casarse; aora los hijos y herederos del padre, piden à la madre desta hija natural, que rema recibidos estos quinientos ducados para el casamiento de su hija, diciendo, que à ellos les pertenece como à heredero de su padre, pues no se cumplio la causa, condiccion, ò modo, para que se los mando su padre, que fue para que se casasse: Ex contrario dicebatur ex parte matris, que ella era legitima heredera de su hija, à la qual no le fueron mandados los dichos quinientos ducados debajo de condiccion, ni modo alguno, sino puramente, por lo qual le pertenecieron à su hija, y à ella como su madre y legitima heredera?

Et videtur quod dictum legatum, non debeat matri, sed hæreditibus patris? nam legatum relictum sub conditione, vel modo non impleto, non debeat; etiam si nomine dotis relictum fuerit, ut in l. Ticio centum, §. fin. versic. sed cum ante nuptias, ff. de condit. & demonstrat. ubi not. DD. & in l. 1. C. de his que sub modo lego, vel fideicom. relinquo. nam paria sunt, legatum sub conditione datum, conditione deficiente non debetur; & legatum sub modo factum,

non deberi modo non impleto; ut in d. l. i. C. de his, quæ sub modo leg. & leg. quibus diebus, §. fina. de condit. & demonstrat. ff. Item, quia causa legati cessante, quæ fuit matrimonium, cessare debet effectus: text. in l. dedi, & per totum titulum, ff. de condit. ob cau. Item, quia si testator legat ad unam causam, non potest converti in aliam, ut in d. l. quibus diebus, §. fina. de condit. & demonstrat. ideo d. cta pecunia converti non potest in aliam causam, nisi ad maritandam filiam, quod esse non potest cum defuncta sit.

In contrarium allegatur, quod testator purè legavit filia; non sub conditione, vel modo, ut apparet ex verbis testamenti; non enim dixit, ut se maritaret, vel si nupsisset, sed ad se maritandam, quæ verba sonant quandam admonitionem, vel designationem, non conditionem vel modum; ideo legatum debetur, quia purum est; & pro hac parte videtur text. expressus in l. 2. §. fina. cum ibi notatis, ff. de donation. videtur etiam textus expressus in l. Titio centum, in princip. & in §. Titio genero, versic. sed cum ante nuptias, ff. de condit. & demonstrat.

Y assi parece que se deve tener y juzgar, que la madre desta hija natural, llevara este legado, como heredera legitima de su hija, y no los

hijos y herederos del padre, & ita tenet in propriis terminis Albericus in l. i. C. de his, quæ sub modo leg. & dicit ita fuisse iudicatum, & ita tenuisse in quadam publica disputatione quendam Doctorem antiquum: quod confirmatur hodie per legem huius regni: porque el padre bien puede mandar à su hija natural hasta el Quinto de sus bienes, aunque tenga hijos legitimos: y lo que huviere del Quinto puede disponer dello libremente en su vida, & al tiempo de su muerte, como quisiere; ut habetur in l. 9. Tauri. Item, porque el padre devia alimentos à esta hija natural, para lo qual parece que le fue mandada la dicha dote, y temiendo accion para pedirlos en su vida la hija como deuda devida; à fortiori, potest ea retinere ope exceptionis, ipsa, vel hæres ejus, ut in regula juris, Cui damus actionem, cum ibi notatis.

Est tamen advertendum, que aunque sea verdadera esta determinacion de Alberico in dict. l. i. C. de his quæ sub modo leg. en quanto dize que este conclusion arriba dicha, y este legado, prædicto modofactum, ideo pertinet ad hæresdes filia, quia purum est; non sub modo relictum, quod fit per verbum, ut: pero que si fuera hecho sub modo, veluti si testator diceret: centum libras lego filia mee, ut ex eis maritetur, vel nubat, quod

mortua

mortua filia antea quam nubat; non habebit ipsa; vel hæres ejus prædicta centum, vel ducenta legata: in quo erat manifeste, porque quando el modo puesto por el testador, respicit solum commodum legatarii, non tenetur legatarius implere modum, & modo non impleto habebit legatum: text. est expressus, qui hoc ita statuit in l. Titio centum, in principio, ff. de condit. & demonstrat. cum ergo hoc legatum respiciat solum commodum filia, ut ex eo nubere possit; non tenetur præcisè modum implere, sed etiam modo non impleto habebit legatum ipsa, vel hæres ejus. Ex quibus inferitur, que si la hija no quisiese casarse, sino vivir honestamente, y mantenerse del dicho legado, & reditos del, lo podria hazer, y llevara la dicha manda y legado que le fue dado por su padre, cum non tenetur prædictum modum implere, ut supra diximus. *

ADDITIONO.

A Huic D. Authoris nostri sententia; assentiri animus repugnat: videatur Acoſta selectar. cap. 22. & Lex Regia Patina.

QUESTIO VIII.

17 O Ctavò quæro, si el padre mejorero en vida à uno de sus hijos en el Quinto de sus bienes, por

contracto irrevocable, y despues en su testamento, mejorero à otro hijo en otro Quinto, si valdra la mejora en ambos Quintos? Et videtur quod non; quia non potest patere plusquam in uno Quinto in vita, vel in morte disponere, ut in l. 28. de Toro, quæ habetur l. 12. tit. 5. lib. 5. Recop.

Pero sin embargo de la dicha ley, parece que se deve tener lo contrario, in casu præmissis, por que como ambos Quintos sean hechos en favor de los hijos, y el testador pudiera disponer en mas, que es en el Tercio, y en el Quinto, y ambos Quintos no llegan à la quantidad que la ley le permite al padre, que pueda disponer de sus bienes en perjuizio de la legitima de sus hijos; es cosa clara que puede mandar ambos los dichos Quintos à sus hijos: y lo mismo seria, si mando el un Quinto à su hijo, y el otro à su muger, & à un estrano, porque lo puede hazer, lege permissente; porque si pudo dar el Tercio à uno de sus hijos quando le dio y mejorero en el Quinto, à fortiori, le pudo mejorar en el Quinto, que es menos; nam in majori summa inest minor, ut in l. 1. §. si stipulantur, ff. de verbor. obligat. cum concordant.

Y assi en el Tercio que le permitio la ley hazer la mejora entre sus hijos, se encierra y entra el Quinto, porque no es necessario, que el

Bb 3 padre

padre que haze la mejora entre sus hijos, disponga entre ellos de todo el Tercio que puede, sino que sea de alli abajo en el Quarto, Quinto, ò Sexto, que es la mitad del Tercio, y como sea entre sus hijos ò descendientes, se entiende que es à cuenta del Tercio, que la ley le permite, y no es vislo perjudicarse en el Quinto para su anima, ò para estraños, ut supra diximus in quaestione antecedenti: sino que podra despues disponer de su Quinto como quisiere, ò à estraños, ò à otro hijo: y la ley 28. de Toro que le prohibe, que no pueda disponer de los Quintos, uno en vida, y otro en muerte, ha lugar, y se entiende entre estraños: pero entre hijos bien puede disponer de dos Quintos, pues puede lo mas, que es Tercio y Quinto. Et hoc verum puto, & ita sentit Tello Fer. in dicta lege 28. in 1. colum. num. 1. & Cifuentes in l. 18. de Toro, prope finem.

QUÆSTIO IX.

Nonò quæro, & est dubium subtile & necessarium: Supuesto que el padre pudo mejorar en dos Quintos à sus hijos, de qual de estos dos Quintos se sacaran las mandas pias, y graciosas, y gastos del entierro que manda la ley 30. de Toro, quæ est l. 3. ri. 6. lib. 5. Recopil. que dispone que se sa-

quen del Quinto, aunque el testador mande lo contrario? Certe si secundum Quintum patet legasset uxori, vel extraneo, res expedita esset, quòd de Quinto legato extraneo deducerentur dicta legata pia & impensa funeris, ex dispositione legis 30. de Toro, quæ in hoc casu loquitur, & ita debet intelligi: sed quando utrumque legatum quintæ partis factum fuit filiis, hic est dubium, cui eo incumbat onus prædictæ legis 30. Tauri, ut ex eo deducantur legata pia & impensa funeris.

In qua quidem quaestione videtur dicendum, quod utrisque filiis, quibus quinta pars bonorum legata est & donata inter vivos, incumbat onus solvendi legata pia & funeris impensam, cum utriusque aptentur verba legis quæ jubet prædicta deduci de Quinto, ut in l. Plautius, ff. de auro & argento lega. & l. in ambiguo, ff. de reb. du. & l. non aliter, ff. de legat. 3. & l. reconjuncti. eo. titu. leg. fundus ille, ff. de contrahen. empr.

Ego verò in specie proposita, contrariam sententiam teneo, y que el hijo mejorado en el segundo Quinto sera obligado à cumplir las dichas mandas pias, y gastos del entierro, y le sacara del su Quinto, y no de la mejora del Quinto que se hizo primero al otro hijo por contracto entre vivos.

¶ Lo

¶ Lo primero, porque supuesto (como esta dicho) que la primera mejora que el padre hizo à su hijo fue por contracto entre vivos irrevocable, porque le entrego en la possession ò la escritura, ò fue por causa onerosa segun la ley 27. de Toro, no puede de pues revocalla ni disminuir la dicha donacion y mejora en todo, ni en parte. Quia perfecta donatio conditiones postea non capit. l. perfecta donatio, C. de donat. que sub mo. l. sicut, ab initio, C. de action. & obligat.

¶ Lo segundo porque la donacion y mejora primera hecha al hijo del Quinto de los bienes del padre, se entiende que fue à quenta del Tercio; y por el derecho que le podia mejorar à su hijo en el Tercio, pues fue hecha la mejora à hijo, aunque fue en menos que el Tercio, ut diximus in præcedenti quaestione; quia non interest quibus verbis fiat prædicta melioratio de Tertio, vel Quarto, vel Quinto: sed solum si fiat filiis, vel descendantibus, & infra tertiam bonorum, de qua potest pater disponere inter liberos; & cū sit infra tertiam partem bonorum & inter liberos, super ea non cadit gravamen legatorum, nec impensa funeris; cum sit legitima filiorum melioratio uni ex eis facta infra Tertiam partem bonorum patris; quod verum puto, nisi de voluntate patris consta-

ret, quod prima melioratio Quinti esset de Quinto, quod potuit pro anima disponere; veluti si ita expressit in prima melioratione Quinti, vel alias constaret de ejus voluntate; tunc enim de prima melioratione Quinti facta filio, prædicta legata, & impensa funeris deducerentur, non de secunda; quia id pater facere potuit, ut supra diximus: & constat de ejus voluntate.

Ad unum tamen est advertendum, quod non solum omnia legata pia, & impensa funeris, in specie proposita, debent deduci de secunda melioratione facta alii filio in testamento, de Quinta parte omnium bonorum quæ reliquit pater tempore mortis, sed etiam legata gratuita extraneis facta cum istum Quintum ultimum, de quo pater disposuit in testamento suo, sit propria & libera hæreditas patris, de quo potest liberè disponere inter extraneos, vel quoscunque, ut in allegata l. 9. tit. 5. lib. 3. fori.

Et si quis dixerit, quare magis prima melioratio Quinti, intelligitur facta esse de Tertio usque ad concurrentem quantitatem; quam secunda melioratio de alio Quinto facta alii filio saltem usque ad implementum Tertii? Respondeo, quod non est eadem ratio in uno quàm in alio casu;

nam