

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 estranos, ut supra diximus in quaestione antecedenti: sino que podra despues disponer de su Quinto como quisiere, ò à estranos, 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 estranos: 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

nam in primo casu, ex qualitate personarum ac rerum, intelligitur facta melioratio in partem Tertii, & non de Quinto; & ex præsumpta voluntate contrahentium, quia nimis gravaretur pater si de Quinto conferretur facta, cum auferatur ei facultas testandi, & aliis rationibus supra assignatis. In secunda verò melioratione Quinti, hoc cessat cum transferretur de uno Quinto ad aliud Quintum, nec duæ meliorationes de Quinto esse possunt. Ideo de Quinto intelligenda est necessario secunda melioratio.

Secundò, quia facta est secunda melioratio de Quinto in testamento, nec potuit aliud tempus expectare ad disponendum de Quinto; cum sit ultima voluntas, in qua de eo testatur tanquam de suo patrimonio libero, faciens legata pia, & gratuita extraneis; ideo nec in totum, nec in parte potuit ista secunda melioratio facta de Quinto judicari de Tertio usque ad complementum Tertii; quia potest conjectura capi, quod testator noluit in tantum gravare legitimam filiorum ut de toto Tertio disponat inter eos, auferendo illud cæteris filiis, sed contentus fuit disponere de Quinto, & de parte Tertii, de qua prius disposuerat: quod cessat in secunda melioratione

facta de alio Quinto.

¶ Sed quid si pater iussit, ut prædicta legata, & impenfa funeratione facta filio inter vivos de quinta parte bonorum? Dic adhuc idem, quod supra diximus servandum esse, ut de prima melioratione quintæ partis non deducantur, sed de secunda; cum prima melioratio non censeatur facta de Quinto, sed de parte Tertii, si sit irrevocabilis, ut superius dictum est; & secundum Quintum, de quo pater disposuit in testamento, censeatur reservatum; ut de eo pater disponere possit pro anima, & inter extraneos maximè cum per legem 30. Tauri statutum sit, quod de Quinto hæc omnia deducantur, etiamsi pater aliud iusserit; & hoc ultimum sit propriè Quintum, & hæreditas libera paterna, de quo prædicta lex sentit; quod intelligendum est, nisi à principio dicta prima meliorationis pater iussit, quod de primo Quinto deducantur legata pia, & cætera, quia hoc potuit facere; non autem post perfectam donationem irrevocabilem, ut supra diximus.

QUESTIO X.

DEcimò queritur, Si el padre zo mejorò à un hijo en el Tercio de sus bienes en su testamento, y

no

no dispuso del Quinto, y mandò, que este mejorado en el Tercio, cumpliese todas las mandas de su testamento, y gastos del entierro, del Tercio en que le mejora; si sera obligado à cumplirlo del Tercio este hijo mejorado, ò si se sacara del Quinto? Videtur enim quod omnia de Quinto deduci debeant, non de Tertio, etiamsi pater aliud iusserit in testamento, ut in d. l. 30. Tauri, quia Tertium est legitima filiorum, & solum inter eos pater disponere potest.

Respondeo, que el tal hijo mejorado en el Tercio, sera obligado à cumplir, y pagar del todas las mandas pias, y gratias, y gastos del entierro, si le gravo en ello el padre hasta la cantidad, que monta el Quinto de todos los bienes del padre, sino dispuso de otro Quinto en su testamento; porque aquel Quinto, de que no dispuso, se lo deyo y acrecio en la legitima de los hijos, y bien pudo gravar al otro hijo à quien le mando el Tercio, que cumpliese del las dichas mandas y cargas anejas al Quinto, pues le pudo quitar y consumir en el testamento la parte que del quiesse, hasta la cantidad del Quinto, por su anima, ò entre estraños, y lo restante en sus descendientes: porque lo que possere del Quinto en las dichas mandas, se entiende ser del Tercio, y assi no valdra la dicha demofia, si fueron las mandas hechas à estraños,

Ayora de Partitionib.

ò por su anima, en lo que exceden del Quinto: pero hasta el Quinto bien valen, porque no importa mas que el testador como desia mejora del Tercio, lo que monta el Quinto, para disponer por su anima, ò entre estraños, que lo tome de lo que queda de su herencia, pues deyo à los hijos otro Quinto de que no quiso disponer, y se le acrecio en su legitima. Itaque non est curandum quibus verbis utatur testator in ista dispositione, cum sit intentio legis ne filii graventur in legitima; si ergo hoc modo non gravantur, Igitur, & cæter. Et hoc videtur satis clarum, & rationi consonum, & menti legis; & pro hac parte facit textus notabilis in ratione sua, in l. unum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legatis 2. & in l. si ita scriptum, ff. de lib. & posth. & hoc etiam tenet Tell Fer. in d. l. 30. Tau. num. 2. & in l. 28. col. 1.

Et ita debet intelligi, & limitari prædicta lex, ut procedat, quando pater disposuit de Tertio & Quinto vel solum de Quinto; vel nihil disposuit de Tertio vel de Quinto, tunc enim de Quinto debent deduci prædicta legata, & impenfa funeris, etiamsi contrarium disposuerit testator; quia residuum est legitima filiorum: quia in ea gravarentur, si aliud fieret; sed si solum disposuit de

Cc Tertio

Tertio inter liberos, & jufferit, quod de eo deducantur prædicta, valet ejus dispositio usque ad quantitatem quintæ partis totius hæreditatis: quod est bene notandum.

QUÆSTIO XI.

²² Undecimò quarto, Si el padre mejoró al hijo mayor en el Tercio, y al hijo segundo en el Quinto, y lizo otros legados que caben en el Quinto, aunque se saquen del Quinto los gastos del entierro, à los quales, y à otros hijos que tenia; instituyo en el remanente de sus bienes: y mando que el hijo mayor mejorado en el Tercio, diese la mitad del Tercio para hazer los gastos del entierro, y el hijo segundo, de la mejora del Quinto; si sera obligado este hijo mayor mejorado en el Tercio, de hazer los gastos del entierro hasta la cantidad de la mitad del Tercio, ó se sacaran del Quinto los dichos gastos? Certè videtur esse sine dubio, cum per legem 30. Tauri, hoc sit expressè cautum, quod impensæ funeris deducantur de Quinto, etiamsi testator aliud jufferit in testamento suo.

Sed nihilominus in specie proposita, crederem contrarium esse verius, hac ratione: certum namque est quòd lex fori, quæ

disponit quod pater habens filios, non possit ultra Quintum pro anima sua, vel inter extraneos disponere, & reliquum patrimonii sui teneatur relinquere filiis suis pro legitima sua, excepto quòd possit de reliquo meliorare unum vel plures ex filiis suis in tertia parte bonorum deducta quinta, quam potest extraneo relinquere; facta est in favorem filiorum, ne pater possit extraneis donare, vel legare ultra quintam partem bonorum, sed inter liberos bene permittit ultra Quintum disponere scilicet de tertia parte bonorum, meliorando unum vel plures in Tertio, ergo in prædicta specie testator non consumpsit ultra Quintum inter extraneos, nec in legatis piis: sed melioravit filium in Quinto; quare non permittetur ei, quòd possit gravare filium majorem melioratum in Tertio, ut faciat funeris impensam, dummodo non excedat dimidiam tertiæ partis in qua cum melioravit; vel quòd dimidiam ejusdem tertiæ partis det filio secundo, cui prælegatum est Quintum, ut ex ea fiat impensæ funeris, cum per hoc non graventur filii in legitima sua, cum dimidia Tertii non faciat Quintum.

Et si quis dixerit, quòd imò gravantur filii in legitima, cum melioratio Tertii sit pars legitimæ ipsorum,

ipsorum, de qua non potest fieri funeris impensæ, sed solum debet exire de Quinto, ut in *d. l. Tauri*. Respondeo, quòd in hoc non gravantur filii, si bene inspiciatur hæc dispositio patris; quid enim interest, si pater dicat quòd gravat filium suum majorem quòd restituat, vel det alteri filio suo dimidium Tertii, quòd ei prælegaverat, cum possit imponere filio meliorato in Tertio, quòd cunque gravamen & substitutiones quas voluerit, dum tamen hoc faciat inter filios & descendentes suos, ut in *l. 17. de Toro*, vel jubeat quòd ipse filius major melioratus in Tertio, faciat prædictam impensam funeris usque ad dimidiam tertiæ partis suæ meliorationis, & quòd filius secundus melioratus in Quinto id non teneatur facere, vel expendere de Quinto suæ meliorationis, cum utrumque cedat in commodum filii meliorati in Quinto, & liberetur ab obligatione faciendi impensam funeris, quam facere tenebatur de Quinto; certè nulla ratio est major in uno quàm alio casu; nisi velimus imponere legem verbis, & non in effectu, cum ergo certum sit, quòd pater possit gravare filium, qui prælegavit tertiæ partem bonorum, ut dimidium ejus det, vel restituat alteri fratri suo; non erit dubitandum,

quòd possit gravare prædictum filium majorem, cui Tertium prælegavit, ut dimidiam partem restituat fratri suo, cui Quintum prælegaverit, ut ex ea faciat impensam funeris; dummodo dicta impensæ funeris; & cætera legata pia, vel gratuita, non excedant Quintum; cum per hoc non graventur filii, sed abstulerit à filio majore melioratio in Tertio prælegatum ei factum, & transtulerit in filium melioratum in Quinto, ut de eo fiat prædicta impensæ funeris, vel faciat ipse dictam impensam funeris de Quinto, & tantundem habeat de Tertio, filio majori prælegato; cum possit cum gravare, ut partem Tertii restituat fratri meliorato in Quinto, nam ipse idem potuit meliorare in toto Tertio, vel dimidia ejus.

Et ita puto intelligendam & limitandam prædictam legem 30. de Toro ex mente ejus, ut procedat, quando filii gravarentur in legitima, si pater jussit, postquam legavit Quintum cuidam extraneo, quòd de Tertio fiat impensæ funeris, vel legata pia solvantur; vel si melioravit filium in Quinto bonorum, & ipsum totum consumpsit in legatis, & postea jussit quòd filius melioratus in Tertio, alii filio restituat partem ejusdem Tertii, ut ex eo fiat fune-

ris impensa, vel quid simile; nam hoc modo gravarentur filii ultra Quintum, quod est contra *dic-tam legem*, quod verum puto; & idem tenere videtur Tello Fernan. in *dictal.* 30. & l. 28. de Toro, supra allegata, in simili quaestione.

QUÆSTIO XII.

23 **D**Uodecimò quæro, *que son las expensas y gastos del enteramiento que sean de sacar del Quinto?* ut sciamus quas impensas facere teneatur melioratus in Quinto? Quæ quidem quaestio utilis, & necessaria est, ad evidentiam prædictorum, ubi de impensa funeris tractavimus.

24 **¶** Et primò videamus, *si el mejorado en el Quinto sera obligado à pagar los lutos, que se dan y ponen la muger, è hijos, y herederos del difuncto?* In quo Cifuen. in d. l. 30. de Toro, viatim, non perpenso iudicio (videri meo) tenuit, quod de Quinto debent deduci vestes lugubres; & pro eo facit quod notant Paul. & Alex. in l. fi. §. in computatione, C. de iure delibe. & DD. in l. 1. §. de impensa ff. ad legem falcis. quod quidquid impenditur, antequam corpus sepeliatur, ad ductionem corporis, sine quo non potest restator funerari salvo honore suo, secundum qualitatem suam, dicitur impensa

funeris; & idem tenet Glo. quam sequitur *ibi* Angel. & Imola, in l. fi. ex re, §. fi. in glo. ff. de stipu. servorum; cum ergo defunctus non potuerit sepeliri sine dictis vestibus, quas debent portare filii sui & sine eis non possunt ducere corpus ejus salvo honore suo, videtur quod sint impensa funeris, & de Quinto debeant deduci.

Primò, quia id iure non probatur. Secundò, per *legem*, ar. *si quis*, §. *funeris causa*, ff. de relig. & *sump. fu.* ubi Jurisconsultus refert ea, quæ dicuntur impensæ funeris, quæ sunt multa: & inter ea, non meminit de dicta veste lugubri. Tertio quia *prædicta* l. 30. Tauri facit in contrarium; nam cum ibi numerentur quæ debent deduci de Quinto, tanquam impensa funeris, videlicet, *la cera, y missas, y no mentò los lutos*; potest conjectura capi, quod prædicta *lex* de eis non senserit, cum sit major expensa, quæ communiter fit in his vestibus, quam in rebus nominatis in *dicta lege*: nam quæ speciali nota digna sunt, nisi exprimentur, neglecta videntur; ut in l. apud Labonem, §. *air prætor*, ff. de in jur. Quarto, quia si dictæ vestes deduci deberent de Quinto, multum restringeretur libera potestas, quæ datur patri à lege, ut disponat de quinta

quinta parte honorum pro anima, vel inter extraneos, si dictæ vestes lugubres deduci debeant de Quinto; maximè, si patrimonium ejus sit tam tenuè, quod in dictis vestibus consumeretur totum Quintum, fraudaretur enim hoc modo in quinta parte sui patrimonii, de qua potest liberè disponere pro anima, & inter extraneos; cum has vestes debeant portare filii sui, & communiter remanet apud eos post funus impletum: ergo de Tertio potest etiam inter eos disponere, non solum de Quinto, & sic esset contra dictam *legem forei*, quæ permittit patri disponere de quinta parte honorum pro anima, vel in extraneos. Quintò hoc probatur alia ratione: nam *prædicta* l. 3. Tauri, emanavit ad tollendum dubium quod erat de iure communi: videlicet quod funeris impensa deducebatur de hereditate tanquam æs alienum, ut in l. fi. §. in computatione, C. de iure delibe. & in l. 1. §. *penult.* ff. ad l. falcid. & l. *penult.* ff. de relig. & *sump. fu.* idcirco deducebatur de omni hereditate tanquam æs alienum; *lex prædicta* hoc corrigit, considerans, quod sicut legata pia pro anima facta deducuntur de Quinto, ita deducatur id quod pro sepeliendo corpore patris expenditur; quia pium est, nec voluit filios

in hoc gravari in sua legitima; cum converteratur in utilitatem corporis patris, & non filiorum prædicta impensa: sed in vestibus lugubribus diversum est, quia hæ vestes in utilitatem filiorum cedunt, & apud filios remanent, licet cum his ducatur corpus defuncti. Idèò iniquum esset de Quinto, quod pater potest inter extraneos disponere, eas vestes deducere, quæ in utilitatem filiorum verè sunt, nam plerumque contingeret, quod datis heredibus, & familia eorum dictis vestibus, nihil remaneret de Quinto, ut pro anima expendatur: quod esset absurdum, & contra mentem dictarum *legum.*

Por lo qual se deve tener lo contrario, y que el mejorado en el Quinto no sea obligado à sacar del Quinto los lutos, sino que los hijos, è herederos, nueros, è yernos, è herederos que los quisieren traer, è dar à sus criados, los saquen à su costa. Quod etiam sentit Tello Fer. in d. l. 30. de Toro: licet non firmiter asseveret, sed relinquat cogitandum: Ego tamen verum & iudicium puto, ex decisione text. in l. ar. si quis, §. *hac actio*, ff. de relig. cujus verba sunt; *Hæc actio quæ funeraria dicitur, ex bono, & æquo oriatur, continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum, æquum autem accipitur ex dignitate, &c.*

Ad Glof. in dict. l. si ex re, §. ff. de stipula. fervorum: potest responderi ex leg. at si quis, §. funeris causa, ff. de religi. & sum. fu. quod impensa funeris dicitur illa, quæ necessaria est ad humationem corporis, sine qua funus duci non potest; & hunc sumptum admittit Jurisconsultus, non autem vestes lugubres, quia licet de consuetudine deferantur, non tamen sunt necessariae ad humationem corporis, sed magis ad pompam & honorem hæredum. Secundo responderetur; quod licet admittamus, quod prædicta vestes lugubres sint funeris impensa, hoc erat ad alium effectum, videlicet, ut tanquam res alienum deducatur de hereditate, & hæredes teneantur solvere, & præferatur cæteris creditoribus, ut jura volunt; non autem ut deducatur de Quinto; quia illud non erat cognitum de jure communi: & lex Tauri, quæ statuit, id non dixit. Y aunque dize, y gastos del entierro se saquen del Quinto. & c. Entiende se de los gastos necesarios del enterramiento: ut intelligit Jurisconsultus in d. l. ar. si quis, §. funeris causa, cujus verba sunt Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuerit ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit. Ecce ergo quod dicta lex loquitur taxativè, is demum & c. ergo non

ultra, præter ibi expressum, dicitur impensa funeris; qua ratione prædicta lex 30. Tau. addit, la cera, y missas, quia hoc non erat declaratum de jure communi: & quoad cæteros sumptus locuta est generaliter, per hoc verbum, y gastos del enterramiento, quæ reliquit in dispositione juris communis. Quod verissimum puto.

¶ De lo qual se sigue otra conclusion que depende desta arriba dicha, que aunque lo que se gasta en curar el cuerpo del difunto antes que muera, sea tenido por gasto del enterramiento, y tenga el mismo privilegio, quod habet funeris impensa; ut tenet Bal. in l. in resituenda, C. de peti. hære. & Alex. in l. fi. §. in computatione, C. de jure delib. Esto sera para que se prefiera esta deuda a todos los otros acreedores, pero no para que sea realmente funeris impensa, ut tenet Glo. in l. legatum, C. de relig. & sumptu. fu. ni se aya de sacar del Quinto, como lo sentio Cisuentes in dict. l. 30. de Toro, lo qual no es verdadero, porque aquello que se gasta en curar el cuerpo antes que muriera ya lo tenia gastado el difunto quando murio, y en caso que no estuviere pagado, y se deva aquella deuda, se ha de cobrar de los herederos del difunto, per adionem negotiorum gestorum, ut tenet Glo. in d. l. legatum, C. de religi. y no del Quinto:

Quinto: porque bien pudo el padre gastar todo lo que quisiese en curarse y esto consume su patrimonio y la legitima de los hijos, pues no enageno por causa lucrativa: ut in l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoffi. testa. ubi notant. DD. & in leg. fin. §. in computatione, Cod. de jure deliber. de lo qual se sigue, que no se ha de sacar de su Quinto, del qual puede disponer libremente entre estranos.

Y lo segundo, porque aunque sea este gasto funeris impensa (que no lo es) solamente sera para efecto de preferirse a todos los otros acreedores, pero no para que se saque del Quinto: porque la ley 30. de Toro que manda sacar del Quinto los gastos del entierro, en quanto a esto no lo dijo ni dispuso: ni menos lo digeron las leyes de derecho comun, que declaran particularmente que son los gastos necesarios del enterramiento, quod dicitur, funeris impensa, por los quales se da la accion funeraria con sus privilegios.

¶ Secundo videamus que sea propriamente funeris impensa, que se aya de sacar del Quinto, supuesto que los lutos no lo son, ni se ayan de sacar del Quinto, como dicho es? Respondeo, que seran gastos del entierro la cera, y missas, que se dizen el dia del enterramiento, como lo dispone la ley de Toro, y lo que se gasta en llevar el cuer-

po y enterralle, y por la sepultura, y otras cosas anexas a ello, y necesarias para el entierro; sine quibus funus duci non potest, ut in dicta lege, at si quis, §. funeris causa, & l. funeris impensa, ff. de religi. & sumptu. fu. Con esta limitacion, que si en la sepultura y entierro se hizieren algunos gastos excessivos, que aquello se aya de moderar arbitrio judicis segun la qualidad de las personas, y de la hacienda que deja el difunto: ut in d. l. ar. si quis, §. hæc actio, ff. de reli. ibi, neque plus impuetur sumptus nomine, quam factum est, si immodicè factum est; debet enim haberi ratio facultatum ejus, in quem factum est; & ipsius rei, quæ sine causa consumitur, hoc idem tenet Tello Ferr. qui late loquitur in dict. l. 30. de Toro, quem videatis in hoc articulo, quia bene loquitur.

QUÆSTIO XIII.

Decimo tertio principaliter quarto, si lo que el padre da a su hijo para ordenarse a titulo de su patrimonio, si lo llevara precipuo como mejorado en ello, o si lo traera a colacion con los otros sus hermanos, quando en el titulo de donacion no se dize? In hac quæstione Joannes Faber in l. si emancipati, C. de collacion. tenet quod non tene-

tur conferre: & idem tenuit in §. fi. *l. iust. de inoff. testamento*, Aymon. in *consil.* 136. ubi inquit, filium non teneri hoc conferre, nec imputare, sed præcipuum habebit tanquam simplicem donationem: Dominus verò Episcopus Covarruv. tenet contrarium in *cap. Raynaldus, de testam. in §. 20. num. 7.* hac ratione motus, quod est donatio ob causam, sicut donatio propter nuptias, quæ fit ad matrimonium carnale: & idem tenet Avenda. *de exequen. manda. respons. 17.* sed Ant. Gom. & Tello Fern. in *l. 29. de Toro*, tenent cum FABRO, quod talis donatio non conferatur, quia est simplex, & non ob causam matrimonii spiritualis; idcirco quod pater ad eam faciendam non potest de jure compelli, sicut in dote & donatione propter nuptias. Ad motiva domini Episcopi & Avenda, respondet Tello in *dicta lege 29. de Toro, num. 16. prope finem*, quod licet sit verum quod donatio propter nuptias confertur, & ad similitudinem ejus videbatur conferenda donatio facta filio ad Ordines suscipiendos; hoc intelligendum est, quando verè est donatio propter nuptias, cum poterat compelli pater ad eam faciendam, & convertitur ad securitatem dotis, sicut olim fiebat; sed donatio quæ fit hodie filio, ut in

matrimonium eat, non dicitur propter nuptias, sed ob causam matrimonii; idèd dicit esse simplicem donationem, & non esse conferendam: & similiter non esse conferendam donationem factam filio ad Ordines suscipiendos, quia est donatio ob causam matrimonii spiritualis: hæc ex illo, in *dict. l. 29. in fi. & in l. 17. n. 78. cum sequentibus.*

Sed certè hæc opinio, quam tenet Tello Fer. contra Dominum Episcopum & Avenda. vera non videtur, & fragili ratione motus id tenuit; inquit enim, quod donatio, quæ fit ob causam matrimonii non est verè donatio propter nuptias, de qua loquitur *tex. in authen. dos data. C. de don. ante nupti. cum similibus*; & quod ideo revocari possit, si non est facta cum Tertio ob causam matrimonii: & in hoc bene dicit; quia *lex 17. de Toro*, hoc ita statuit, quod sit revocabilis, si non fiat talis donatio ob causam matrimonii cum aliquo Tertio contrahendo; sed quod non sit donatio propter nuptias, sed simplex donatio, in hoc malè loquitur, sequeretur enim quod filius non teneretur conferre hanc donationem factam ob causam matrimonii, quæ per *legem Tauri 29.* vocatur donatio propter nuptias, & per DD. Hispanos, cum donatio pro-

pter

pter nuptias, de qua jura antiqua loquebantur, jam non sit in usu; ut tenet Faber post *Glof. in authen. equalitas*, & in *authen. sed quæ nihil, C. de pact. conven. & Pau. de Cast. in l. mulier, §. cum proponeretur, num. 3. ff. ad Trebellian. & in authen. dos data, C. de dona. ante nuptias*, & hodie communiter dicitur donatio propter nuptias, quam pater facit filio suo in causam matrimonii, ut tenet Segura in *l. unum ex familia, §. sed & si fundum, ff. de legat. 2. fo. 25. col. 4.* & Berengarius in *l. in quartam, §. ff. ad legem falcid. tertio arti. num. 30.* & idem tenet Loazes in *l. filius familias, §. divi, ff. de legat. 1. num. 85. cum sequentibus*. & Cifuentes in *l. 17. de Toro, num. 5.* idem tenet Dominus Episcopus. in *cap. Rainaldus, §. 2. num. 7. de testa.* donationem propter nuptias appellat hanc Aymo. *consil. 85. num. 1. & 2.* idem Decius *consil. 239. num. 3. vers. ultimus.*

Et evidenter confunditur Tello Fer. in opinione sua qua loquitur contra *legem 29. de Toro*, quæ jubet conferri donationem propter nuptias, nam secundum eum intelligenda esset de donatione propter nuptias vera, quæ fiebat olim pro securitate dotis, de qua loquitur *tex. in authen. dos data & l. cum multa, C. de donat. an-*

te nup. quod ridiculum videtur; nam cum talis donatio non sit in usu, ut asserit Bal. *ubi supra*, & ipse Tello asseverat in *l. 17. de Toro, num. 5. & num. 78.* non est credendum quod *d. l. 29. de Toro*, quæ loquitur de donatione propter nuptias conferenda, loquitur de illa quæ non est in usu; sed de donatione facta filio ob causam matrimonii: maxime quod *d. l. 29. Toro*, aperte loquitur de donatione ob causam matrimonii factam, quia dicit de donatione facta filio ab illo, de cujus successione agitur, non de donatione propter nuptias de jure communi, quam filius non recipiebat, sed uxori dabatur, ad securitatem dotis: ergo si de hac loquitur, quæ æquiparatur doti & est conferenda sicut dos, & hodie dicitur donatio propter nuptias, talis donatio facta filio ob causam matrimonii; bene locutus est Dominus Episcopus, & Avenda. quod donatio facta filio ob causam ad Ordines suscipiendos conferatur, & nõ sit donatio simplex; quod ipse Tello fatetur, si esset donatio propter nuptias; donatio ob causam matrimonii; cum ergo hoc verum sit ut diximus probari per *dictam legem 29. de Toro, donatio propter nuptias*, & secundum communem usum loquendi, quod donatio facta filio ob causam

Donatio matri-

Ayora de Partitionibus.

32 matrimonii dicatur hodie *donatio propter nuptias*, sine dubio comparabitur ei donatio à patre facta filio ad Ordines suscipiendos, & conferetur, vel imputabitur, sicut ipsa donatio facta ob causam matrimonii; licet de jure communi possit dubitari de hoc propter auctoritatem DD. quos ipse *Tello Fer. allegat in dist. l. 17. & 29. de Toro*, tenentium quod donatio facta filio ob causam matrimonii non sit propriè donatio propter nuptias: sed cum hodie, secundum communem usum loquendi, qui prævalet omni significationi verborum, ut tenet Glo. quam sequuntur communiter omnes in *l. liberorum, §. quod ramentum Cassius, ff. de legat. 3.* & secundum dispositionem dictæ legis 29. de Toro, sit donatio propter nuptias donatio facta ob causam matrimonii, & veniat conferenda sicut dos; idem erit dicendum & in ista donatione facta filio ad Ordines suscipiendos.

Præterea hæc opinio Domini Episcopi, & Avenda. contra *Tello Fern.* & sequaces fundatur in alio verbo posito in *dist. l. 29. de Toro*, ibi, *Sean obligados à traer à colacion la dote, y donaciones propter nuptias, y las otras donaciones que* 34 *hubieren recibidos, &c.* En ergo prædicta lex jubet conferri non solum donationem propter nuptias, sed

etiam alias donationes à parentibus factas; quod omnes Scribentes ibi, & *Tello* fatentur, & quod prædicta lex loquitur, & intelligi debent prædicta verba, de donationibus ob causam factis, non de simplici donatione, ne contradicant *legi 26.* quæ contrarium disponit, si ergo prædicta lex jubet conferri omnes donationes ob causam à parentibus factas, necessariò sequitur quod donatio facta à patre ob causam matrimonii carnalis, vel spiritualis, quæ est illa quæ fit à patre ad Ordines suscipiendos, sit conferenda; & sic illa disputatio & investigatio, an prædicta *l. 29.* in illo verbo, y la donacion propter nuptias, loquatur de donatione propter nuptias, de qua jura antiqua loquuntur, vel de donatione ob causam matrimonii, quæ hodie communiter vocatur *propter nuptias*, inanis est; cum in verbis sequentibus generaliter prædicta lex loquatur, & comprehendat omnes donationes ob causam factas, & jubet eas conferri; quod verbum tollit omnem ambiguitatem.

¶ Præterea, & si legem expressam non haberemus quæ dictam questionem & dubium decideret in *dist. l. 29. de Toro*, prædicta opinio Dom. Episcopi, & Avenda. quod 35 donatio facta filio ad Ordines suscipiendos, sit conferenda, fundatur

datur alia evidentissima ratione: certum est enim quod dos, & donatio propter nuptias, ideo conferendæ sunt, quia pater non præsumitur id fecisse animo donandi, sed ex quadam necessitate ut filii dotentur, & habeant unde se exhibeant & alimententur, & onera matrimonii subeant: Sed donatio ob causam matrimonii carnalis, vel spiritualis ad Ordines suscipiendos ad id expressè datur, ut filius habeat congruum patrimonium, ut ex eo possit alimentari, ne Episcopus, qui eum ordinavit teneatur eum alere, juxta dispositionem Canonum, quæ habetur in *c. diaconi sunt quos, 93. distinc.* si ergo datur expressè ob causam alimentorum, sicut dos, & donatio propter nuptias, quare non conferretur sicut & ipsa dos, & donatio propter nuptias? Certè nulla ratio diversitatis dari potest in uno casu quàm in alio: ideo idem jus esse debet in utroque: ut in *l. Tutia, ff. de verb. oblig. cum concordan.*

Igitur concludendum est, quæ la donacion hecha al hijo para ordenarse por su padre à madre, se ha de traer à colacion y particion, como la dote, y donacion propter nuptias, aora sea propter nuptias, aora sea ob causam matrimonii, quæ es lo mismo en quanto à este efecto: & ita procul dubio tenen-

dum esse existimo rationibus prædictis.

Imo & ipse idem *Tello Fern.* videtur confiteri; quod largo modo 36 sit donatio propter nuptias, donatio facta à patre ob causam matrimonii, in *l. 22. num. 26. Tauri*, licet addat ibi alium errorem, quod *lex 25. Tauri*, quæ disponit, ut non detrahantur de dotibus & donationibus propter nuptias, quæ veniunt conferendæ, melioratio Tertii & Quinti alteri filio facta, intelligatur & loquatur de donationibus propter nuptias, propriè loquendo de jure communi, de qua loquitur *authen. dos data*, & totus titulus de donationibus ante nuptias; & non de donationibus factis filiis ob causam matrimonii: quod verum non puto, rationibus supradictis; nec est credendum, quod dicta *lex 25.* loquatur de donationibus propter nuptias, quæ non erant in usu illo tempore quo dicta lex condita fuit.

¶ Solum restat respondere difficultati, & rationi quæ movit Ant. Gomez ad tenendam dictam opinionem in *l. 29. de Toro*, quod ea quæ pater dedit filio ad suscipiendos Ordines, non conferantur: nam licet *Tello Fern.* dicat in *d. l. 29.* quod obiter tenuit Ant. Gomez. dictam opinionem, nihil allegans; certè rationem, quæ cum

movit de jure ad id tenendum, & jura in quibus fundavit, ibi allegavit; ad quas ipse Tello non responderet: ideo illis respondere & satisfacere necesse est.

Et est præmittendum, quod ratio, in qua *Ant. Gomes.* fundavit opinionem suam ad id tenendum, est, quod donatio facta filio ad Ordines suscipiendos, reputatur peculium quasi castrense: nam quando pater donat aliquid filio eunti ad castra, seu ad bellum, reputatur peculium castrense, ut in *l. si filius familias. C. famil. heretic. & in l. 1. §. nec castrense, ff. de collat. bonorum*, sic reputandum est illud pater dedit filio ad Ordines suscipiendos, quod sit peculium castrense cælestis militiæ, ut in *l. sacrosanctæ, & quæ ibi not. DD. Cod. de Episc. & Cler.* hæc fuit intentio & allegatio Antonii Gomesii in *d. l. 26. de Toro.*

Sed certè nihilominus videtur mihi tenenda opinio contraria, quam supra diximus, & Domini Episcopi & Avendi. in *locis supra citatis*: quoniam & si comparatio militis armatæ militiæ ad militem cælestis militiæ rectè procedat; non tamen omne quod pater dedit filio militi eunti ad castra, reputatur peculium castrense, sed solum id quod in mobilibus ei dedit ad comparandum equum & arma, & similia necessaria ad bel-

lum, quæ castrensis peculii esse possunt, non tamen si ei donavit fundum, vel domum, vel quid simile; quia tunc non reputabitur castrense peculium: *tex.* est notabilis ubi not. *DD. in l. filius familias, Cod. famil. heretic.* sic in proposito si pater comparavit filio, vel dedit ei libros, vel vestes clericales, vel aliquid mobile necessarium ac exercitium Ordinis clericis, vel spiritualis, quod recipiunt Episcopus, & Notarius, & ceteri Officiales, qui eum ordinarunt; id reputabitur peculium castrense; sed si ei dedit fundum, vel domum, vel aliquid simile, ut inde patrimonium proprium haberet, & se alimentaret, non erit peculium castrense, sed conferetur, & imputabitur in legitima; nam sicut filia non potest regulariter nubere si dotem non habeat, ut inde se alat: ita filius qui vult Ordines sacros recipere non potest sine dote, de qua se alere possit, illos recipere, ut supra diximus; & regula sit communiter recepta, quod omne, quod pater dedit filio ob aliquam causam, sit conferendum, vel imputandum in legitima sua, ut tradit notabiliter Bald. in simili quæstione, in *authen. si captivi, in fin. Cod. de Episc. & Cleric.* quem sequuntur communiter *DD. ibi & in l. omnimodo, §. imputari, C. de inoff. test. idcirco*

circo indubitanter procedit prædicta opinio Domini Covarr. & Avenda. rejeta opinione Gomes. & Telli Fernan. de quibus supra.

* Item quæro, Si el padre è madre hizo algunos gastos con su hijo, que tenia en el estudio de Salamanca, de otra parte; si sera el hijo obligado à traerlos à colacion y particion? Et quia hæc quæstio est late disputata per Doctores juris communis, & ex nostris *Gome. in l. 29. Tau. Matien. in l. 3. ut. 7. lib. 5. Recop. idcirco breviter me expediam: in quam pono regulam quam posuit l. C. in l. quæ pater, ff. famil. heretic. Que no es obligado el hijo à traer à colacion y particion los dichos gastos, regulariter, con las declaraciones y limitaciones que se diran adelante, y con las que pone el mismo texto in d. l. quæ pater, cujus verba sunt, Quæ pater filio emancipato studiorum causa peregrè agenti subministrabit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatum, sed pretere ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinet, computari æquitas non patitur. Y aunque el texto habla in filio emancipato, lo mismo y con mayor razon sera in filio in potestate; y el Jurisconsulto puso exemplo in filio emancipato, porque el caso era de mayor duda, porque el emancipado haze suyo, y puede retener lo que le da el padre, lo*

qual no puede retener in hazer suyo el hijo que esta in potestate patris, ut in *l. placet, ff. de acquir. heredi. cum concord. porque luego que recibio los dichos bienes de su padre, se torna el señorío dellos à reacquirir al padre, in cujus potestate est filius, y por esto consultissimè posuit Jurisconsultus exemplum in filio emancipato: porque la colacion fue introducida en favor de los hijos que son in potestate patris: porque después que se admitieron los hijos emancipados à heredar à los padres juntamente con los hijos suyos, que estan in potestate patris, providit Prætor, & jura novissima, que pues el hijo in potestate, no podia adquirir ni retener cosa alguna de lo que le huviesse dado su padre, è otras personas, secundum jura antiqua, que el hijo emancipado que venia à heredar à su padre, tragesse à colacion y particion, lo que le huviesse dado su padre; ne melioris conditionis esset filius emancipatus, quam filius in potestate, si prædicta bona emancipatus retinere possent, nec ad collationem trahere teneretur, hæc est ratio prædicti *tex.* cur sic loquutus est in filio emancipato; quæ etiam sumitur ex *text. in l. 1. & per totum tit. ff. de collat. bonorum.* ubi hoc not. *DD. & in l. ut liberis, C. de collat. & Bar. Bal. Floris, Alberi. Fulgo. & alii in d. l. quæ pater, resolvit Ant. Gom. in l.**

29. *Tau. n. 16.* ubi dicit hanc esse communem opinionem, quæ confirmata est jure Regio, per leg. 5. tit. 15. par. 6.

La qual decision se entiende y limita salvo si el padre, à madre, al tiempo que dieron los dichos alimentos y gastos al hijo que estava en el estudio, protestaron que no se los davan libre y graciosamente, sino con animo de contarle en su legitima: porque entonces bien se los pueden contar en la parte que ha de haver de su legitima: ut probat tex. in d.l. quæ pater, ff. famil. hercis. ibi, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus; & ita tenent communiter omnes DD. ut resolvit Ant. Gomez. in l. 29. *Tau.* casu tamen quo filius non compleverit studium in vita patris, potest pater in testamento jubere ad collationem dictas impensas trahi, etiamsi tempore quo impendit, & filio dedit: nihil protestatus sit; ita Jaf. in l. filie, licet, C. de collation. Rebuffus de privil. scholarium, privil. 55. Si tamen nihil de his pater expressit, nec declaravit tempore mortis, non tenebitur filius aliquid conferre, sicuti quando complevit studium in vita patris; ex privilegiis studii: tenet Bar. post Glo. in l. quæ pater: Alexan. in l. si donatione, nu. 20. C. de collat. Rebuff. de privil. scholarium, privil. 6. & est cõmunis secundum Dueñas, regula 371.

Lo qual se ha de entender con esta declaracion, que en los casos que se han de imputar, solo se cuentan los gastos que el padre hizo con su hijo en el estudio, que fueron mas de lo que el podia gastar, y tenia necesidad para sus alimentos. si estuviera en casa de su padre que protestando que se los dava con intencion y animo de contarle en su legitima: aquella demasia pueda contarle, y el hijo sera obligado à traerla à colacion y particion, tanto minus accipiendo; pero sino excedieron los dichos gastos de lo que el padre le avia de dar para sus alimentos; como à otros hijos, no se los podra contar en su legitima, ni sera obligado à traerla à colacion y particion con sus hermanos, ita ex pluribus resolvit Gomezius ubi suprà Joan. Garcia. de expen. & meliora. cap. 4. Didacus Perez in l. 20. tit. 4. lib. 4. ordi. Cujus ratio evidens est: porque los alimentos es obligado el padre de necesidad à darlos à su hijo, y no es donacion gratuita para que se los pueda contar, quia in necessitatibus nemo liberalis existit; ut in l. rem legatam, ff. de adimend. lega. y conforme à esto se ha de limitar la dicha ley, quæ pater, que no proceda su disposicion, quando el padre protestare que los da al hijo con animo de contarle lo que mas le diere de lo que puede montar sus alimentos: pero sacase desta conclusion del texto,

ro, otra muy notable, que quando el padre dio alguna cosa mas de lo que pudieron montar sus alimentos al hijo, y no protestare de contarle en su legitima, que es visto darles pietate paterna, y no podra contarle, porque de otra manera el texto no servia su decision de duda alguna: porque sino le diera mas que sus alimentos, cosa clara y sin duda era, que no se los podia contar al hijo, aunque lo protestara, pues era deuda que le devia y pagava al hijo; non magis quando li debitor esset filii alicujus quantitatis redditæ ex bonis, vel aliunde: y assi el texto consultifimè nullam mentionem fecit alimentorum, nec quod ea ratione non poterat eos imputare in ratione portionis suæ, sed solum quod pietate ductus id fecerit, licet nonnulli Doctores hanc rationem assignaverint ad dictam legem, quod pater debet ei alimenta; sed tex. de hoc nullum verbum dixit, por lo qual no se deve limitar su disposicion à solos los gastos que el padre huviere hecho en alimentar su hijo, sino que proceda absolutamente en qualquier cantidad que sea los dichos gastos del estudio; lo qual se colige de aquel texto clarissimamente en quanto dize, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus: porque como esta dicho, si los gastos fueron solo de lo que pudieron montar los alimentos, no se los podia

comtar al hijo aunque se los protestara: & ita debet intelligi dicta lex, quæ pater, y rationibus supradictis quod est valde notandum.

¶ Item limitatur prædicta regula quæ fumitur ex dicta lege, quæ pater; que non procede ni ha lugar, quando el padre tenia bienes del hijo en su poder en dineros, o sea bienes adventicios, o castrenses, o casi castrenses, porque entonces es visto, y se entiende que dellos hizo los dichos gastos, y no de sus propios bienes, argum. legis Neseimius, ff. de negot. ubi habetur, quod si pater vel ascendens præstitit alimenta filio, vel descendenti, potest repetere si habeat apud se aliqua bona ejus. Idem probat tex. in l. fin. ff. de peti. heredi. & in l. cum poss. §. fin. ff. de adminstro. tuto. & hoc tenet expressè Bartol. in l. 1. §. neque castrense, ff. de collat. bonorum. num. 8. in tractatu de duobus fratribus numer. 7. Bald. in l. omnimodo, §. imputari, Cod. de inofficis. testamen. & Floria. in l. quæ pater, ff. famil. hercis. cum Palati. Ruben. in repetitione cap. fol. 91. colum. 2. num. 4.

Neque his obstat l. finalis, Cod. de dotis promiss. ubi habetur, quod quando pater dat, vel promittit dotem filie, intelligitur dare vel promittere de bonis propriis, licet habeat apud se bona filie adventitia. Quia illud proce-

procedit in dote, quia pater tenetur præcisè dotare filiam, & poterat cogi præstare illam dotem: aliud tamen est in istis expensis factis à patre in studio filiorum, quia ad eas pater non tenebatur, ideo præsumitur dare de bonis filiorum; ita declarat Bartol. in *dict. l. 1. §. nec castrense*, ff. de collat. bonorum: Bald. in *l. omnimodo*, §. imputari, Cod. de inoffic. testamen. resoluit præceptor meus Anton. Gome. in *dict. l. 29. Tau. num. 16. ex pluribus aliis quos ipse refert.*

Est tamen advertendum quod licet Bartol. in *dict. l. 1. §. nec castrense*, ff. de collat. bonorum, numer. 8. videatur sentire, quod ad hoc, quod habeat locum decisio illius tex. in *dict. l. quæ pater*, ff. famil. heretic. requiritur, quod bona quæ pater vel mater habebat apud de sui filii, sint in pecunia numerata, ut pater præsumitur erogasse de bonis filii; non tamen id voluit præcisè, sed causa exempli & facilioris intelligentiæ dixit, quod apparet ex verbis ejus in *l. Nefennius*, ff. de nego. gest. num. 5. ubi istam quæstionem tangit; nec dicit esse necessarium quod pater vel mater habeat apud se bona filii in pecunia numerata, ut intelligatur de bonis filii expendisse, quod præstitit ei, vel erogavit

in ejus studia: & idem tenet ibi Alberic. & Pau. *dict. l. quæ pater*, & in *l. fin. de peti. hereditat.* & hoc tenet expressè Ant. Gomez in *l. 29. Tauri*, num. 16. improbens opinionem Bartol. in *dict. §. nec castrense*: in quantum voluit vel sentit, quod requiritur, quod pater habeat apud se bona filii in pecunia numerata; ut censeatur de bonis filii erogasse pecuniam, quam ei milit ad studium; sed revera non meretur improbari, quia id non dixit, sed gratia exempli, & clarioris intelligentiæ id dixit: *y assi se concluye, que teniendo el padre bienes del hijo castrenjes, ó casí, ó adventicios, de qualquier calidad que sean, es visto darjelos de aquello, y no de sus bienes, lo que le huviere embiado para su estudio.* Sed in uno casu possit iudicio meo sustineri opinio Bar. si id sentit in *d. §. nec castrense*, quod si pater habebat apud se, alia bona filii, non in pecunia numerata; videatur erogasse de suo, non de bonis filii; putà si filius habeat bona materna, vel alia adventitia immobilia magni valoris, quæ non facillè vendi poterat, ut ex eis pecunia redigeretur ad expensas in studio faciendas, ut sunt domus vel fundus, qui fuerunt fortè Majorum filii, nec redditus eorum sufficiebant ad alimentandum filium in studio, tunc crederem,

rem, quod pater de suo præstitisse videbitur, nec potest imputare filio in portionem Legitimæ, quod plus erogavit quam filius haberet in fructibus dictarum rerum immobilium; maximè si filius erat minor 25. annorum, ut frequentius accidit, cujus bona immobilia non licet vendere sine magna causa, & decreto Præsidis, ut *l. 1. & per totum tit. C. de prædiis minorum. l. 1. §. non passim. ff. eo tit.* quod sentit Bal. in *l. Nefennius*, ff. de nego. gest. num. 3. & Alberi. in simili quæst. *ibidem*, qui latè hunc articulum disputavit, & multa digna scitu, sua, & aliorum, dixit circa istam materiam, qui omninò videndus erit.

¶ Item fallit, & non habet locum prædicta regula tex. in *d. l. quæ pater*. quando impensa facta in studio erat modica, & filius erat inops, & pater, aut mater dives, tunc etiam si protestatur animo credendi dedisse filio, non valebit talis protestatio, nec poterit imputare filio, quæ sic erogavit in studio; hoc tenet expressè Gloss. Alberic. & Pau. in *d. l. Nefennius*, ff. de nego. gest. Glo. in verbo, *convenerit*, quam communiter sequuntur DD.

¶ Item extendè prædictam legem, quæ pater, ut habeat locum, & imputari filio prædictam Ayora de Partitionib.

erogationem, quam pater fecit in studio filii etiam si non sit protestatus, sed scripsit in libro rationum: ut ei imputaretur, ut tenet Bar. Alber. & Paul. & cæteri scribentes in *dict. l. Nefennius*, ff. de nego. gest. nam licet liber rationum regulariter non faciat rationem probationem, probat tamen voluntatem, & intentionem scribentis. Quod intellige, si prædictus liber comprobetur esse patris; alias non probaret ejus intentionem, sicut nec probant alia in eo scripta & contenta, ut habetur in *l. rationes*, C. de proba. ubi DD. post Gloss. *

ADDITIO.

Cum Tello hic citato, dicit A communem Matienzo relatus à Castro in *l. cum oportet*, Cod. de bon. quæ liber. n. 165. & in hoc puncto Covar. fuisse deceptum dicit Rojas in *Epitom. success. cap. 7. num. 46. & seqq.* & novissimè Cevall. in quæst.

QUÆSTIO XIV.

Uterius quæro, Si el padre mejoró à un hijo en el Tercio y Quinto de sus bienes, por contrato entre vivos irrevocable, ó en el Quinto solo, y le entrego la posesion ó escriptura dello si desquiespora
E e dra

dra el padre revocar la dicha mejora del Quinto, o disminuir la dando parte del Quinto a otro hijo o extraño? Videtur hæc quæstio decisa per legem 39. de Toro; quæ dicit irrevocabilem esse meliorationem Tertii factam filio sive ex causa onerosa fiat, sive ex alia, si tradiderit ei possessionem rerum quæ in melioratione continentur; vel scripturam dictæ meliorationis; sed prædicta lex 29. loquitur solum de melioratione Tertii, non de Quinto, ut ex verbis ejus apparet ubi de Quinto, nec ullum verbum dicit.

Ex quo colligitur, quod melioratio Quinti revocabilis sit, etiam si tradita sit possessio bonorum, vel scriptura, vel facta sit ex causis contentis in dicta l. 29. quod quidem juridicum videtur nam diversa ratio est in Quinto; quæ est in Tertio (nam donatio vel melioratio Quinti videtur de sui natura revocabilis, cum sit hæreditas patris, de qua potest liberè disponere tanquam de patrimonio suo libero, nam omne aliud, id est, quatuor partes, sunt legitima omnium filiorum; sed si prædicta melioratio Quinti esset irrevocabilis remaneret quodammodo intestabilis, cum non habeat alia bona de quibus posset disponere, idcirco cum prædictum Quintum sit

proprie hæreditas patris, sive apter disponat de ea per contractum, sive in morte, semper erit revocabilis talis dispositio; argu. tex. in l. licet inter privato, C. de pactis, & quæ ibi not. DD. In contrarium tamen videtur tex. expressus in l. 22. Tau. ubi disponitur quod si pater vel mater promiserit meliorare filium ex causa onerosa matrimonii, vel simili in Tertio & Quinto bonorum, quod illud tenetur adimplere; & si non fecerit in vita, quod post mortem eorum habeatur pro facto: ecce ergo ubi lex ista 22. Tauri, non solum de Tertio, verum etiam de Quinto meliorationem factam diffinit esse irrevocabilem, si ex causa onerosa fiat.

Immo quod gravius esse videtur, non solum quando traditio possessionis, vel scripturæ intervénit, verum etiam si solum promissio fiat ex causa matrimonii, vel alia onerosa quod minus esse videtur quam traditio: in quo quidem dubio Anton. Gomes. in l. 17. de Toro, tenuit quod melioratio de Quinto semper est revocabilis; & quod ita colligitur ex d. l. 17. etiam si ex causa onerosa fiat; ad legem 22. non respondet, nec tangit istam difficultatem, nec contradictionem quæ sibi facit prædicta lex 22. & ejus opinioni.

Tell.

Tell. autem Fer. in d. l. 17. n. 7. & bene quidem sentit prædictam difficultatem, vel contradictionem, quam sibi invicem facere videntur prædictæ leges, 17. & 22. respectu Quinti, dicit tamen se vidisse iudicatum & obtentum pro opinione Gomes quod melioratio facta de Quinto sit revocabilis, & pater possit eandem meliorationem quintæ partis bonorum alteri filio facere, etiam si ex causa onerosa facta fuerit, etsi traditio intercesserit; si vero non promiserit, sed tradiderit in dotem, non tenebitur de evictione sed solum dedisse videtur jus quod habebat in re ipsa; cum vero promisit, & dos incepit à promissione, ipsam implere tenebitur; & si evicta res fuerit, tenebitur de evictione: ita in proposito nostro, ratio decidendi ad dictam legem 22. de Toro; ea esse videtur; quod pater promisit meliorationem facere de Quinto ex causa onerosa filio, vel extraneo, ideo eam præcisè implere⁴³ tenebitur; si vero cesset promissio, etsi intercedat traditio Quinti, hoc erit cum sua causa, quod nimirum revocari possit: quod verum puto, & colligitur ex verbis dictarum legum.

¶ Ad unum tamen est advertendum, quod Tello Fernandez tenet in dict. l. 17. num. 11. quod ad

de Quinto non est tantæ efficacitæ, sicut promissio licet ipsi Tello contrarium visum fuerit, tradans ibi dictam difficultatem; nam promissio meliorandi in Quinto⁴¹ facta filio, vel extraneo ex causa onerosa, impleri debet, quia efficacior est quam traditio sine promissione, argu. tex. in l. 1. Cod. de jure doti. ubi habetur quod si quis aliquam rem promiserit⁴² nomine dotis, & evincatur ei, cui data est; tenebitur promissor de evictione; si vero non promiserit, sed tradiderit in dotem, non tenebitur de evictione sed solum dedisse videtur jus quod habebat in re ipsa; cum vero promisit, & dos incepit à promissione, ipsam implere tenebitur; & si evicta res fuerit, tenebitur de evictione: ita in proposito nostro, ratio decidendi ad dictam legem 22. de Toro; ea esse videtur; quod pater promisit meliorationem facere de Quinto ex causa onerosa filio, vel extraneo, ideo eam præcisè implere⁴³ tenebitur; si vero cesset promissio, etsi intercedat traditio Quinti, hoc erit cum sua causa, quod nimirum revocari possit: quod verum puto, & colligitur ex verbis dictarum legum.

¶ Ad unum tamen est advertendum, quod Tello Fernandez tenet in dict. l. 17. num. 11. quod ad

Ec 2 hoc

hoc vi sit irrevocabilis promissio de meliorando in Quinto, necessesse est, quod dicta promissio de meliorando in Quinto sit facta cum quodam Tertio ex causa onerosa, & non sufficiat fieri ipsi filio. Sed Anton. Gom. in d. l. 17. tenet quod sufficit quod dicta promissio de meliorando in Quinto fiat ipsi filio soli ex causa onerosa; & licet non firmiter in hoc manserit; ego tamen ejus in hoc opinionem verissimam esse existimo, ex eo quod dist. l. 22. hoc non diceret, sed solum quod sit facta promissio ex causa onerosa, quod satis rationabile esse videtur: ponamus enim quod pater jussit & persuasit filio suo quod duceret uxorem pauperem, & sine dote, eo quod esset cognata sua forte, vel uxoris suæ, & promiserit eum meliorare in Tertio & Quinto bonorum, certe hoc casu æquum & necessarium esse videtur, quod dictam promissionem impleat, cum sit ex causa onerosa; nec interest quod dictam promissionem de meliorando filium fecerit ei, vel uxori ejus, quasi cum Tertio contraxerit; cum principaliter intersit ejus qui sustinere debet onera matrimonii, hoc est mariti; cum ea acceptaverit spe dictæ promissionis: & idem esset in alia simili causa onerosa,

idcirco prædicta l. 22. in hoc casu quando melioratio cepit à promissione, consultissime detraxit, vel omisit illud verbum, *con otro Tercero*, quod posuerat in l. 17. & ita pro nunc teneo dictam concordiam cum prædicta declaratione.

De lo qual se concluye, que si el padre prometio à su hijo de mejorarle en el Tercio y Quinto de sus bienes por causa onerosa de matrimonio, como la arriba dicha, ò otra semejante, como si mandasse, ò rogasse el padre à un hijo, que fuesse por el à las Indias à cobrar alguna hacienda, ò herencia, en que fue instituydo por heredero, ò à otros negocios semejantes, y lo prometio por esta causa, ò otra semejante, de le mejorar en el Tercio y Quinto, de sus bienes, en tal caso sera obligado à cumplillo, y aunque no se aya hecho el contracto con otro Tercio y Quinto irrevocable, pues la dicha ley 22. de Toro assilo dispone, sin que se ruiera que se haga el contracto con otro Tercero, sin embargo de lo dispuesto en la ley 17. que habla en otro caso diferente, y tiene su razon y causa diferente, ut supra diximus in concordia superius assignata.

QUÆSTIO XV.

Uterius quæro, Si el padre prometio por causa onerosa à su

yer-

verno è hija, al tiempo que la caso, que no mejoraria à ninguno de sus hijos en el Tercio y Quinto de sus bienes, y despues vino contra ello, y mejoro à otro hijo; si valdria la mejora? inaximè, si el yerno y la hija à quien se hizo la promessa de no mejorar, lo consintieron? Respondeo, que es cosa cierta y sin dudas, que el padre esia obligado à cumplir esta promessa, y pacto de no mejorar, que hizo por causa onerosa, como dicho es; ut in l. 22. de Toro:

Pero si sera precisamente obligado à cumplillo como lo prometio; ò bastara pagar el daño à su hija y yerno, que es la parte que le cupo y vino de daño, por averse hecho la dicha donacion y mejora? y digo que bastara pagar à su hija, e yerno el daño interesse que se le siguió, y perdio por aver hecho la dicha mejora, y no sera obligado precisamente à cumplilla. Primò quia in obligationibus faciendi, vel non faciendi, semper succedit obligatio ad interesse, ut in l. 2. §. Item si in factò, & l. stipulationes non dividuntur, & l. in illa stipulatione per te non fieri, ff. de verborum obligat. Secundo quia sua non interest quod impleatur dictum pactum præcisè, sed solum ut damnum, & interesse sibi refartiat; quod fit solvendo ei interesse ejus partis, quam habiturus esset, si dicta melioratio facta non fuisset:

quod ultra petit, sua non interest: meritò igitur audiendus non est; quia stipulationes & pacta adinventra sunt; ut unusquisque per ea consequatur quod sua interest: ut in l. stipulatio ista habere licet, §. alteri, & §. si stipuler, ff. de verb. obligat. & ita in expresso tenet Ant. Gomez. in dicta l. 22. de Toro; num. 29. & Tello Ferr. ibidem nu. 11. & Pala. Rub. num. 11. cum distinctione, & limitatione quam tradit Tello ibi, num. 8. cum sequenti: an promissio de non meliorando facta sit ex causa matrimonii, vel ex alia causa; quia tunc si pactum fuit factum respectu illius personæ cum pater contraxit tantum, (dummodo illi non fiat præjudicium) valet melioratio alteri filio facta quia pactum fuit limitatum ex certa causa & cum certa persona; ideo ad alias non extenditur: ut in l. si unus, §. ante omnia, ff. de pactis: l. ago cum Geminiano, C. de transaction. si verò promissio & pactum de non meliorando fuit absolutum, & processit ex mera voluntate patris; nulla causa præcisè, vel causativa antecedente, nisi quòd pater voluit & promissio non meliorare aliquem ex filiis, ut unusquisque consequeretur integram legitimam suam; & equaliter dividerent bona sua; tunc non poterit meliorare ali-

Ee 3 quem

quem ex filiis, vel nepotibus; & si contra fecerit, non valebit hoc ex illo: & idem tenet *ibidem* Pala. Rub. num. 11. & Anton. Gom. num. 29.

ADDITIO.

A Vide in confirmationem istius Quæstionis, & pro ejus distinctione Matienz. in l. 6. tit. 6. nov. recop. l. 3. num. 2. Avend. Valasqu. in eod. l. 22. Tauri, gl. num. 7. Angul. gl. 2. num. ... & per tot. melius distinguentem; quare cavendum est ab Azeved. ad d. l. num. 20. qui indistinctè tenet contrarium, licet relinquat cogitandum.

QUÆSTIO XVI.

47 Decimosexto quæro, eodem casu & themate recento, Si el padre prometio de no mejorar à ninguno de sus hijos ex causa onerosa, de tal manera, que el padre fuesse obligado à cumplillo, si podrá disponer del Quinto por su anima, ò en otras causas? Respondeo, que lo podrá hazer sin embargo de la dicha promessa, quia cum non possit disponere de Tertio inter liberos ratione pacti, si nec de Quinto possit disponere, remaneret intestabilis; ita tenet Pala. Rub. in dict. l. 22.

col. vers. sed pulchra: & Castillo, num. 17. & Ant. Gom. num. 26. Et idem puto, si pater promisit meliorare filium in Tertio & Quinto ex causa onerosa, vel si melioravit ex dicta causa irrevocabili, & tradidit ei possessionem rerum, vel scripturam; eisdem rationibus; & tenet expressè Ant. Gomef. in l. 17. de Toro. num. 10. & in l. 22. num. 16.

QUÆSTIO XVII.

Uterius quæro, Si el padre, & la madre, pagaron alguna cantidad por su hijo por algun delito que huviesse cometido, por el qual fue condemnado en ella, si sera obligado à recibillo en quenta de su legitima, y traella à colacion y partition con sus hermanos, ò si la llevara precipua sin que sea obligado à tomalla en quenta de su legitima, ni traella à colacion en la partition, que se hiziere en los bienes de su padre, ò madre, que se lo dio para el dicho efecto? Est est hæc quæstio multum cõtingibilis, & requirit altiorem indagationem, quam Doctores nostri in ea fecerunt, idcirco longiore tractatu eam explicare necessè est: in qua Ant. Gom. in l. 29. de Toro, num. 20. tenet, quod non teneatur filius conferre, nec imputare in legitimum suam, nisi pater haberet

bona

bona adventitia filii; quia tunc videtur id solvissè administratione nomine ejus: vel nisi pro eo fidejussisset in dicta causa, & sic ex necessitate solvisset; cessantibus autem his causis, videtur pater solvissè causa pietatis, idèd filius conferre, vel imputare in sua legitima non tenetur: arg. tex. in l. 1. C. de nego. gest. & l. liber captus, C. de capti. & postlim. revers. & dicit ita tenere Bart. in l. Stichus, ff. de pecul. lega. & Bald. in authen. in testamento, in 6. colum. C. de collat. Alexan. qui hanc dicit magis communem opinionem in l. in quartam, ff. ad legem fal. in 12. colum. num. 23.

49 De qua quidem opinione & decisione ejus, ego, multum dubito; nam jura in quibus prædicti Doctores fundantur hoc non probant, & in aliis casibus loquuntur. Lex enim l. 1. C. de nego. gest. & l. Neseñnius, ff. eod. tit. quæ disponunt quod quãdo pater aut mater fecerunt aliquam impensam pro filio, tam in alimentis quàm in petendis tutoribus filiis, & accusandis his, quos suspectos habebant, videbantur fecissè paterno affectu, & pietate, non animo repetendi; hoc intelligendum est cum hoc moderamine, ac limitatione: Primò, nisi pater, vel mater, protestati fuerint se velle id recuperare à filiis, & non ani-

mo donandi id fecissè. Secundo, si alias constaret absque protestatione de voluntate patris, quod non habuit animum donandi; vel si expensa esset magna, non parva, tunc enim non præsumitur etiam in illis casibus fecissè animo donandi; ita declarat Gl. quam sequitur ibi Bar. Alberic. Bal. Alex. & communiter omnes Scribentes, in dict. l. 1. C. de nego. gest. & in l. alimenta, & l. si mater, eo. tit. & probatur ex dict. l. Neseñnius ff. de nego. gest. ibi: Respondi: hæc disceptatio in factò consistit; nam & illud quod in matre constitutum est non puto ita perpetuo observandum: &c. Vides ergo, quod prædicta regula, quod pater aut mater, videantur fecissè animo pietatis, non animo repetendi, vel imputandi in legitimam, non est absolutè vera, sed cum tot limitationibus, quod potius sumi possit regula contraria, quam ea, quam prædicti Doctores faciunt, ex dictis juribus; cum text. in dicta l. Neseñnius, de negot. gest. expressè dicat hanc quæstionem in factò consistere, hoc est in voluntate patris, vel matris, qui prædictam impensam fecerunt, quo animo fecerint, donandi videlicet, vel recuperandi. Si ergo hoc consistit in voluntate parentum declarata per protestationem, vel conjecturas, ut