

de mero juris rigore procedunt. Crederem tamen hæc aliquo moderamine temperari posse; primo enim videndum est, si gener tempore quo dos sibi data vel promissa fuit, noluit bona immobilia recipere in dotem, sed maluit ea in pecunia numerata, & aliqua mobilia necessaria æstimata ad usum domus suæ, & nisi ita solutio dotis facta esset, & promissa, uxorem non duceret; tunc enim æquissimum videtur, ut pater non condemnatur in fructibus propter bonam fidem, quam habuit in tali permutatione, vel emptione bonorum filię, cum bona fide quasi pro emptore possideat prædicta bona; & licet hoc non sine aliquo scrupulo procedat, idè quia pater scire debuit non posse filiam prædicta bona immobilia vendere, vel permutare cum esset minor, tamen hoc etiam casu arbiter familiæ herciscundæ datus, vel Judex qui de hac re cognoscit, jubere debet eo casu quo pater res immobiles filię cum fructibus restituere condemnatur, ut ipsa filia pretium dotis quod recepit cum usuris, vel interesse totius temporis quo pecuniam habuit, restituat, ut in l. curabit. Cod. de action. empti. & expressius habetur in propriis nominis in l. utere, & in l. si prædium rusticum, Cod. de

prædium minor. Quod etiam hodie procedit de jure Canonico, cum dictæ usuræ petantur nomine interesse, ut tenet Glos. Bartol. & cæteri in dict. l. curabit, & DD. Canonistæ in cap. conquestus, de usuris, idè bonus Judex, cum casus occurrerit, arbitrio suo prædictam rem temperare debet; mandando que al padre se le vuelva el dinero que dio en dote a su hija con los intereses, à razon de catorze mill el millar, el dia que le condenare, à pagar y restituyr à la hija sus bienes rayzes con los fructos, como se usa en las audiencias Reales, maxime, en la de Valladolid, ubi hoc magis servatur, & est receptum.

QUESTIO XXXIV.

TRigesimo quartò quæritur. Si pater à matre hizo donacion, y mejorò à su hijo por via de casamiento, en el Tercio y Quinto de sus bienes, dando sèlo, y señalando sèlo en alguna heredad ò rayz, y que lo que mas valiesse fuesse para en cuenta de su legitima: despues muere este hijo en vida del padre ò matre que hizo la donacion y mejora; sin dejar hijos ni descendientes, aviendo vendido y consumido esta heredad que le fue dada: la qual valia mas que el Tercio y Quinto y legitima del hijo, alomenos respecto de lo que valian

lian los bienes al tiempo que murio el padre o la madre que hizieron la donacion. Quia hoc tempus attendi debet ad excludendam inofficiosi querelam, ut in l. cum quæritur, C. de inoffi. testa. ubi not. DD. & in §. igitur, Institut. eod. tit. & in l. quotiens, C. famil. heredit. & l. parentibus arbitrium, C. de inoffi. testa. Que remedio tendran los otros hijos contra el poseedor desta heredad que vendio el hijo mejorado en ella, y quanta parte della podran pedir? Respondeo, que quanto al Tercio y Quinto valio irrevocabiliter la dicha donacion, y que los otros hijos no pueden pedir contra su hermano, ni contra sus herederos cosa alguna, porque el Quinto pudo haver, y fue capaz del como qualquier extraño: y del Tercio, como hijo à quien se puede mejorar en el Tercio, ut in l. 9. tit. 5. lib. 3. for. & l. 17. de Toro: Pero quanto à lo que valia mas esta heredad en que el hijo fue mejorado, que el padre le dio y anticipo para en cuenta de su legitima, esto no valio ni pudo valer aviendo muerto antes que el padre ò matre que le hizo la donacion sin dejar descendientes porque videtur datum sub conditione si supervixerit patri, nulla enim est hereditas viventis, nec filius habet legitimam, nec ei debetur in bonis patris in vita ejus, solum enim debetur legitima filiis superstitibus post

mortem patris, ut in l. 1. §. si impuberi, ff. de collat. bon. & in l. qui impersit, ubi not. DD. ff. de acquirit. heredit. & in authent. novissima, & authent. unde & si patens, Cod. de inoffi. testa. Sic itaque totum illud, quod filius recepit titulo donationis præter Titium & Quintum, reddere tenetur fratribus, cum sit legitima eorum; ipse enim non potuit habere legitimam, nec sibi debetur, cum supervixerit pater, quo vivente non debetur sibi hereditas, nec legitima, sed solum filiis superstitibus tempore mortis patris, ut in dict. l. 1. §. si impuberi, ff. de collation. bon. & in authent. novissima, Cod. de inofficioso testamento, & aliis superius allegatis.

Pero si el hijo que recibio esta donacion y mejora, huviesse vendido, ò enagenado esta heredad, que le fue dada por su padre, ò matre, y el no dejasse bienes al tiempo que murio; quomodo subvenietur cæteris filiis contra tertium possessorem illius rei sibi donata? Dic quod habebit utilem rei vindicationem, proposita tamè prius querela inofficiosa donationis: non autem datur directa rei vindicatio, quia qui accepit factus est dominus per traditionem: hoc tenet expressè Glos. in l. 1. Cod. de inoffi. donacion. in gloss. magna, in 10. quaest. quam sequitur ibi Bartol.

Bartol. Bald. & Paul. & ceteri Scribentes. Sed advertendum est quod prædicta Gloss. & Doctores loquuntur, quando filius qui recepit donationem inofficiosam, possidet illam rem, quæ fuit sibi donata, non cum possidet Tertius. Sed idem dicendum puto, Tertio possidente; quia cum competat filiis utilis actio in rem, proposita prius querela, ut prædiximus, hæc actio realis competit contra quemlibet possessorem, quia sequitur rem quocumque vadat; ut in §. omnium, Institur. de action. ubi notant Doctores & in l. mater tua, & in l. adversus, & l. si mancipium, Cod. de rei vendic.

Sed dubium est in eo casu, quando Tertius possidet rem donatam filio, qui decessit sine liberis: relictis tamen multis bonis, hæredibus suis, ex quibus sufficienter possit suppleri legitima aliis fratribus; an possit à Tertio res illi donata vendicari, in eo quod tangit legitimam aliorum filiorum, an ab hæredibus donatarii prædefuncti, qui supplere possunt legitimam aliorum fratrum ex bonis hæreditariis? Et puto quod hoc casu non possint rem vendicare ceteri filii à tertio possessore, cum possint æstimationem, vel supplementum legitimæ consequi ab hæredibus fratri præmor-

tui; quia legitima filiorum non consistit in re certa, sed solum inspicitur quod habeat quartam valoris bonorum patris, quæ habuit tempore mortis: ita quod filius non habeat minus quartam, ut in l. quotiens, Cod. famil. heriscund. & leg. parentibus arbitrium, Cod. de inofficio testament. & hoc sentit Gloss. in dict. l. 1. de inoffi. donat. in 10. quæst. prop. fin. licet non ita declaret; pro quo facit etiam text. in l. dotis quidem petitio, Cod. de collation. & l. 1. §. jubet, ff. de collat. bon. & l. 1. tit. 1. part. 6. ubi habetur quod filius non tenetur præcisè conferre rem ipsam quam recepit titulo dotis, vel donationis à patre; sed poterit petere hæreditatem, tantum minus accipiendo; & hoc modo consulitur aliis fratribus, ut unusquisque suam legitimam hæreditatem recipiat: nec est necesse quod ipsam rem, quæ data fuit à patre, in medium conferat; ita in proposito nostro cum actio inofficiosa donationis competat contra filium, qui inofficiosam donationem recepit, nec ipsam rem habeat, satisfactum intentioni legis esse videtur, si ex aliis bonis filii donatarii legitima aliorum filiorum suppleatur. Cujus intentio solum est ut filii non defraudentur legitima sua. Quibus suffragatur,

&

& confert lex 24. tit. 13. part. 5. ubi habetur quod si pater vendiderit, vel alienaverit bona materna, filius, quem in potestate habet, non habebit regressum contra emptorem, nec ab eo poterit rem vendicare, si ex bonis patris possit consequi æstimationem suæ rei, quam pater alienavit. Si ergo filius non potest vendicare rem suam propriam, quam pater injustè alienavit, si æstimationem ab hæredibus patris consequi possit; quanto minus poterit filius rem propriam ipsius patris vendicare, si legitima sua possit ex aliis bonis filii donatarii suppleri? Et ita indubitanter teneo, quod filii non poterunt rem donatam à patre vendicare respectu donationis inofficiosa à tertio possessore, si legitima eorum possit suppleri ex aliis bonis fratris prædefuncti; quod est maximi effectus, propter fructus ipsius rei donatæ à patre, quos haberet actor à tempore contestationis & quos non habebit, nec ipsam rem, si hæredes fratris donatarii prædefuncti possint, & velint supplere legitimam aliorum filiorum; & pro hac parte videtur casus expressus in l. Titia cum esset minorib. ff. de jure dotium, quæ est notabilis ad propositum.

¶ Sed videtur quod idem sit Ayora de Partitionib.

in melioratione Tertii, quod diximus in legitima data filio à patre, vel matre, titulo donationis; ut ceteri filii possint competere, & vendicare tanquam donationem inofficiosam, si pater, aut mater, supervixerit filio, cui donatio facta est de Tertio, quia hoc Tertium est propriè legitima aliorum filiorum, & de ea fit melioratio alteri filio, & sicut non potest habere legitimam filius donatarius si non supervixerit patri, ita non habebit meliorationem tertii partis bonorum, quæ pars est legitimæ omnium filiorum; nec est major ratio in uno casu quàm in alio. Item quod melioratio Tertii fit propriè hæreditas, & pars legitimæ filiorum, etiam si titulo donationis in vita pater eis dederit, colligitur ex l. fori, l. 9. tit. de las mandas, 25 lib. 3. fori, ibi, No queda mandar ni dar à su muerte, mas de la quinta parte de sus bienes: pero si quisiere mejorar en la tercia parte de sus bienes, &c. Ecce igitur quod prædicta lex loquitur evidenter de patre disponente de bonis suis in ultima voluntate, & de legitima filiorum, quam non habent, nec eis debetur in vita parentum, ut supra diximus, licet in vita pater anticipaverit voluntatem, & dispositionem suam donan-

Ll do

do Tertium, vel legitimam uni ex filiis. Ergo si non supervixerit patri, non debet habere legitimam, nec meliorationem Tertii, idè filii superstitis poterunt id revocare, & petere per querelam inofficiosa donationis, & utilem actionem in rem; sicut diximus de donatione legitimæ, quam pater dedit filio in vita sua, qui non supervixit patri.

26 ¶ Sed licet hoc verum esset de jure, tempore prædictæ legis fori, quod ita possit revocari donatio tertiæ partis bonorum, sicut donatio legitimæ facta filio si non supervixerit patri, prædictis rationibus; hodie tamen attenda dispositione legis 18. de Toro, crederem hoc non procedere: imo quod donatio partis tertiæ bonorum, vel alicujus rei, quæ faciat Tertium, non poterit revocari per alios filios superstites à filio, qui non supervixit patri, vel ejus hæredibus; quoniam filius, vel nepos est capax prædictæ meliorationis Tertii, etiam si non sit hæres patris; & sic non est necesse quod supervixerit patri, ut prædictum Tertium habere possit, sed solum quod sit filius, aut nepos ejus, qui meliorationem fecit, etiam si pater eum præcedat; & ita expressè disponit prædicta lex 18. de Toro, quæ notabilis est in sua decisione. Si ergo

nepos est capax prædictæ meliorationis tertiæ partis, etiam si pater eum præcedat, qui est hæres patris, bene sequitur, quod poterit filius, vel nepos habere dictam meliorationem Tertii, etiam si non supervixerit patri, nec cæteri filii poterunt eam revocare, ex eo quod non supervixerit filius, qui prædictam meliorationem recepit.

¶ Quod tamen est intelligendum & limitandum, si prædicta donatio facta à patre filio, qui non supervixit patri, non excedat Tertium & Quintum bonorum patris; quia tunc revocabitur per filios superstites in eo quod excedit: nam ille filius capax est meliorationis tertiæ & quintæ partis bonorum, etiam si non sit hæres patris, ut supra diximus de nepote, quem pater ejus præcedebat: idcirco si pater donavit filio aliquam rem pro legitima sua, & superfluum in Tertio & Quinto bonorum ejus, si non supervixerit patri, revocabitur per alios filios superstites in eo quod habet pro legitima, si excedat Tertium, & quintam partem bonorum, quia non sicut capax legitimæ cum non supervixerit patri, nec sit hæres ejus, sed bene poterit retinere in quantum prædicta donatio facit Tertium & Quintum bonorum patris,

tris, quia in his non est necesse quod supervixerit patri, ut supra diximus.

28 ¶ His itaque discretis articulis de donationibus, videlicet factis filiis à parentibus de legitima, & Tertio, & Quinto bonorum, & quando revocari possint ab aliis filiis; nunc videamus Si en algun caso la donacion del Quinto, que el padre hizo à un extraño, ó à uno de sus hijos en caso que sea irrevocable, porque le entrego la posesion de la cosa que le hizo donacion, se podria revocar en parte por los hijos que quedaron vivos? Exempli gratia; pongamos que el padre hizo donacion à un extraño, ó al hijo, en la manera dicha que sea valida ó irrevocable del Quinto de sus bienes ó que una heredad que valiese el Quinto de los bienes, que entonces tenia: despues vino el padre à consumir y gastar las otras quatro partes de sus bienes que quedaron, en alimentarse à sí y à su familia, ó perdió el caudal que tenia en alguna mercaderia y contrato que tenia, y viene à morir sin dejar bienes algunos, ó tan pocos, que no llegan à tanto como el Quinto que dio primero al extraño, ó al hijo, como dicho es, si los otros hijos tendran algun remedio para pedir y sacar parte deste Quinto que el padre dio en vida de manera que juntado lo que tiene quando murio, y el Quinto que

dona en vida, no pueda llevar mas el donatario del Quinto desto, y no el Quinto de lo que tenia al tiempo que hizo la donacion.

Itam quæstionem movit glossa in l. 1. C. de inofficio. donation. in nona quæst. ubi concludit, quod non possit revocari in aliquo, nec dici inofficiosa donatio si à principio fuit valida, quia non tangebatur legitimam filiorum, quia legitime facta est, non debet ex casu superveniente revocari in inofficiosa: & cum Glossa tenent, & eam sequuntur Joannes Faber, Alberic. Cinus, Bald. & Paul.

Contrariam tamen opinionem tenuit ibi Martinus glossator antiquus, ut refert ibi Cinus, & Alberic. cujus opinio videtur mihi verior de jure, rationibus per eum adductis, & aliis de quibus infra dicetur, quibus congruè responderi non potest. Ratio Martini hæc est, quod filii quorum pater dodrantem donavit, vel hodie quintam partem bonorum, si postea pater residuum bonorum amisit, certant de damno vitando, donatarius verò de lucro; idè de æquitate agere possunt contra donatarium, quia potior est causa legitimæ filiorum, quæ est sibi debita, vel quasi debita, quam donatio, etiam si legitime, & sine fraude facta sit: idcirco filii ut creditores præferri debent donatario, ut

in l. fin. §. & si prefatam, versio. licentia creditoribus, C. de jure delib. & in l. qui autem, versio. similique modo. ff. de his que in fraudem credit. quæ ratio potissima est, non congruè respondetur ei per Doctores qui contrariam sententiam tenuerunt, dicunt enim, quod filii non bene comparantur creditoribus, quia legitima non est à patre sibi debita, sed quasi debita: idè non possunt ut creditores donationem à patre factam revocare. Sed hæc ratio non valet, nec est sufficiens ad excludendam rationem, & jura quæ Martinus allegat: nam licet filii non sint verè creditores patris sicut cæteri creditores; respectu tamen donatarii, cui pater potiores sunt in legitima sua, & donationem revocare possunt, sicut verè creditores revocant, & hæc est intentio omnium legum, in titulo, de inoffi. dona. & idem erat de jure digestorum, ut in l. Tina, la 2. §. Imperator. ff. de legat. 2. idcirco nihil interest quod filii sint vere creditores, vel quasi creditores, cum respectu donationum creditores reputentur patris, & potior sit causa legitima filiorum, quam donatariorum.

¶ Item si bene consideretur Glo. in dist. l. 1. C. de inoffi. dona. in dicta questione 9. hoc non tenet ad quod allegatur; imò tenet

contrarium, & pro opinione Martini; nam licet primò videatur tenere quod non revocetur donatio, quia legitime facta sit: postea subdit, sed ut supra dicitur in §. quasi. pendet interim dum vivit, scilicet pater: quasi dicat idem esse in hac questione, quod in superiori pro proxima, ubi tenuit, quod si pater donavit totum suum patrimonium, postea autem multo plus acquisivit, & totum filio reliquit, quod non detur ei querela, nec revocetur donatio, quia pendet dum pater vivit si relinquit filio integram legitimam vel non; & sic si bene inspiciantur verba Glof. non tenuit dictam opinionem ad quod allegatur, sed solum disputavit an valuerit donatio à principio, ita quod non possit revocari dum pater vivit, quia legitime facta est, idè pendet ex futuro eventu si pater alia bona postea acquisivit quæ reliquit filio, in quibus habet integram legitimam; si verò non sufficiant ad legitimam, possit revocare donationem usque ad debitum bonorum subsidium, inspecto patrimonio patris, quod nunc habet; & habebat ante donationem factam secundum formam datam in authent. unde & si parens, C. de inoffi. testam. & hæc est intentio: & decisio glof. si bene consideretur, quæ potius assentit opinioni Martini, quam

quàm contradicit.

¶ Item pro hac opinione Martini est tex. expressus in authent. novissima, C. de inoffi. testam. quæ venit ad declarationem legis, cum queritur, C. de inoffi. testamen. ubi habetur quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam, inspicitur si filius habeat quartam vel legitimam integram bonorum patris, quæ reliquit tempore mortis: nam si habet legitimam bonorum, quæ reliquit pater tempore mortis, non habet querelam; authentica autem, unde & si parens; dicit, quod etiam habebit querelam filius, vel ager ad supplementum, si habeat quartam legitimam bonorum, quæ pater reliquit tempore mortis, si modo per donationem antea factam, patrimonium pater consumpsit, ita quod non habeat legitimam integram filius respectu bonorum, quæ donavit pater. Ecce ergo ubi respectu donationum non respicitur lex patrimonium, quod reliquit pater tempore mortis, sed illud etiam quod habebat ante donationem factam: ita quod omnia ista bona jungantur, & cumulentur, tam donata, quàm relicta tempore mortis; ut ex eis omnibus filius habeat legitimam; non ergo inspicendum est si à principio legitime donatum sit, si postea ex omnibus his bonis

non relinquatur legitima filio; & patrimonium patris judicatur id, quod donavit simul cum eo, quod reliquit tempore mortis, ad hoc ut ex his omnibus filius habeat legitimam: quia legitima filiorum non minuitur per donationes à patre factas, nec valet ratio DD. qui contrariam sententiam tenuerunt, videlicet, quod donatio prius facta, legitime facta fuit, & non frangebat legitimam filiorum, idè ex casu superveniente non debet revocari, quia non dicitur legitime facta, sed est in pendenti usque ad mortem patris, licet à principio valuerit, tamen cum sua causa; ut si filio non relinquitur pater integram legitimam ex bonis quæ reliquit, & donatis, filius agere possit ad supplementum, ut in dist. authent. unde si parens, juncta l. cum queritur, C. de inoffi. testamen.

Nec his obstant jura pro contraria parte allegata, videlicet, l. Sancimus, la 1. Cod. de administrat. tut. quia alio casu loquitur, videlicet quando debitor justè, & ritè solvit tutori id quod debebat, non debet quod ritè, & secundum legem factum est postea ex alio eventu retractari. Sed in casu nostro non ritè, & secundum legem facta est donatio, cum non relinquatur legitima integra filio,

lio, bonorum, quæ reliquit pater tempore mortis, non deductis donationibus antea factis, quæ non minuunt legitimam filiorum. Item pro hac parte, & opinione Martini facit hodie *lex regia 29. Tauri*, & quæ ibi not. communiter omnes scribentes, in eo, quod jodicit, quod solum in dote data filia datur electio filiarum, vel genero ad excludendam inofficiosi testamenti querelam, quod possit eligere valorem bonorum patris tempore dotis constitutarum, vel tempore mortis patris: ergo si in dote hoc est speciale, favore dotis; in aliis donationibus contrarium est: imò quod inspiciatur valor bonorum tempore mortis patris, & ita tenent ibi communiter omnes scribentes.

Ex quo sequitur, quod in ista donatione à patre facta, de qua loquitur Gloss. in *dist. l. i. de inoffic. donat.* solum debet inspicere valor bonorum, quæ reliquit pater tempore mortis, & bonorum quæ pater habebat ante donationem factam, ut ex his omnibus filius habeat legitimam ad excludendum inofficiosi testamenti querelam; & non sufficit quod filius habeat legitimam integram bonorum, quæ habebat pater tempore donationis; nam regulariter *lex* requirit quod inspiciatur valor bonorum patris, quæ habebat

tempore mortis, non tempore donationis factæ, ut in *dist. l. cum queritur*, juncta *authent. unde & si parens C. de inoffic. testament.* nec potest dici quod legitime facta fuit donatio, in vita patris facta, quia non excedit dodrantem, quia ad excludendam querelam inofficiosi testamenti non inspiciatur valor bonorum tempore donationis factæ; sed est in pendenti usque ad tempus mortis patris; & tunc inspiciatur, an filius habeat legitimam integram ex bonis, donatis, & relictis; ut in *dist. authent. unde & si parens*, juncta *l. cum queritur, C. de inoffic. testament.* Nec potest etiam dici, quod pater legitime fecit prædictam donationem, cum non excedat Quintum, Quia cogitare debuit quod bona, quæ tunc habebat, tempore donationis, consumi poterunt, vel casu, vel in visibus suis necessariis ad alendum se, & familiam suam, maxime si longam vitam habere potuit: & sic cessat ratio, & argumentum Doctorum, & Glo. si illud sensit in *d. l. i. C. de inoffic. donat.* quod non puto hoc sensisse, ut supra diximus: & idem tenet Molina in *cap. 2. libr. 4. de Hispan. primoge.* ubi in simili quaestione idem sentit & decidit.

Et sic resolutivè teneo, *que en este caso, quando el padre, ó madre*

dre hizo donacion del quinto de sus bienes à un extraño, à su hijo, ó de una cosa que valia el Quinto de los bienes, que entonces tenia: si después gastó, ó consumió en sus necesidades lo que le quedava, ó parte dello, de manera que no les quedó à los otros hijos enteramente su legitima, podrán pedir que el donatario de los bienes de la donacion del Quinto, les hincha y pague su legitima, ó lo que les faltare della, havido respecto al valor de los bienes del padre, antes que hiziesse la donacion al extraño, ó à uno de sus hijos; quod æquissimum, & juri consonum mihi videtur.

Unum tamen est advertendum, quod donatarius qui rem donatam accepit à parente, vel extraneo; cum valuerit à principio, quia quintam partem bonorum patris non excedebat, si eam rem distraherit minoris quam valeat, vel casu amiserit, non tenebitur ultra quam factus sit locupletior ex ea; ut in *l. cum autem, versicu. in hoc tamen, ff. quæ in frau. credi.* qui est *rex*, multum notabilis in proposito: unde si donatarius qui rem accepit à parente, vel extraneo, usque ad Quintum bonorum ejus, donatam vendidit, minoris fortè quam valebat; vel si justo pretio vendiderit eam nunc tamen cum ceteri filii veniant ad impugnandam donationem quin-

tae partis bonorum, quam pater fecit extraneo, vel uni ex filiis, quia pater bona quæ habebat tempore donationis consumpsit, vel casu amisit, multo plus valet, ita quod donatarius teneatur emptori de evictione; si ab emptore res petatur utili rei vindicatione, proposita prius querela inofficiosæ donationis, (ut supra diximus;) non tenebitur donatarius qui dictam rem titulo donationis accepit, nisi ad pretium quod recepit pro ipsa re vendita in quantum factus est locupletior, & non ultra; ut ex eo suppleatur legitima filiorum, cum bona fide, & justè acceperit rem donatam, quæ non excedebat Quintum bonorum ejus qui donationem fecit, nec ceteri filii poterunt ipsam rem ab emptore petere, aut vindicare, quæ nunc multo plus valet, cum emptor regressum habebat contra donatarium, qui eam vendidit, ne in damno remaneat donatarius, qui fuit bonæ fidei possessor qui hactenus tenebatur quatenus factus est locupletior, & non ultra; text. est notabilis ex quo sumitur prædicta conclusio in *l. sed & si lege, §. i. & §. item si rem distraxit, ff. de pen. hered.* ubi in simili quaestione hoc statuitur, juncta *dist. l. cum autem, ff. quæ in frau. credi.*

QUÆSTIO XXXV.

ULterius queritur: Si el padre ò madre, durante el tiempo de su vida hizieron algunas donaciones por menudo en poca cantidad, Exempla gratia, las Pascuas y fiestas solemnes dieron à sus criados que les avian servido, y avian cobrado su servicio, ò à sus parientes pobres algunos dineros ò trigo en poca cantidad, como lo suelen hazer los hombres nobles y ricos con sus criados que los han servido, y con sus parientes pobres, y otras personas semejantes, que juntandolo todo, lo que dieron en su vida desta manera, ò missas que hazian dezir en cada un año por sus difunctos, ò por descargo de sus conciencias, viene à ser gran cantidad: si saldra esto del Quinto, de tal manera, que el padre ò madre no podran disponer por su anima, ò entre estranos, de todo el Quinto de los bienes presentes que dejan al tiempo de su muerte, sino solamente del remanente del Quinto, sacando primero aquellas donaciones que hizieron minutim en su vida, como esta dicho.

Qua in re Rod. Xua. in l. quoniam in prioribus, q. 9. fin. col. ver. si. ubi autem pater inter vivos non donasset, C. de inoff. testam. tenet, quod si pater fecisset in vita aliquas donaciones modicas, de his

non fiat consideratio, nec deducantur de Quinto; imò quod pater possit de tota quinta parte bonorum disponere; sed Tullus Fernan. in l. 30. Tauri num. 4. contrarium tenet, allegans, & expresse improbens prædictam opinionem Roderic. Xuar. ait enim non interesse filiorum, an graventur donationibus à patre minutatim factis in legitima sua, vel una sola donatione quæ excedat Quintum, mihi autem videtur sic posse concordari prædictas opiniones, que la opinion de Rodrigo Xuares proceda y aya lugar, quando el padre hizo las donaciones en tan poca cantidad, y à personas tan pobres y benemeritas, que no pueden passar honestamente, segun la qualidad de su persona, sin darles aquello que les dio por menudo en cada un año. Quia talis donatio non est propriè liberalitas, sed necessitas; ut habetur in l. cum plures, §. fin. de adm. tut. ubi not. DD. & expresse hoc tenet Barr. quem ceteri sequuntur in l. contra juris. §. si filius, ff. de pactis, ubi concludit, quod in istis casibus non est mera donatio, quia ad donandum cogebatur secundum mores civitatis; & idè quodam modo cogitur donare ut parcat pudori suo; & pro hoc bene facit tex. notabilis in l. Quintus, ff. mandati, pero si las dichas donaciones no fueren muy menudas, ni muy necessas.

necessarias, sino que honestamente pudiera passar el padre, y madre, sin darlas, porque su hacienda ni qualidad, no le obligavan à ello: en tal caso proceda la opinion de Tello Fernandez: y que se le defuente al padre del Quinto, y se saquen del, quod verisimum & iuri consonum mihi videtur.

QUÆSTIO XXXVI.

Item queritur, Si el padre, ò la madre, casaron alguna hija comun constante el matrimonio, muerto el padre, ò la madre, la hija sera obligada à traer à colacion y particion toda la dote que recibio, viniendo à heredar à solo el padre, ò sola la madre que murio primero? Respondeo, que viniendo à heredar al padre, traera à colacion y particion la mitad de la dote; y la otra mitad quando viniere à heredar à la madre, si la dote fue de bienes mejorados durante el matrimonio entre su padre y madre, porque siempre se entiende ser dotada de bienes los mejorados durante el matrimonio; y de aquellos son obligados el padre y la madre à pagar la dote aviendo bienes mejorados, ò hasta en la cantidad que los huviere; ut in l. 53. de Toro, quæ hoc ita disponit.

En lo qual se ha de advertir, que no se diran bienes mejorados, si el padre, ò la madre compraron alguna Ayora de Partitionib.

heredad ò casa durante el matrimonio, sino que se ha de ver por el inventario y aprecio del quanto suman todos los bienes y herencia, que quedaron al tiempo de la muerte del padre, ò madre, y de aquellos sacadas las deudas, y la dote, y bienes capitales que cada uno dellos trage: ron al matrimonio, todo lo demas se dicen bienes multiplicados, ò mejorados, y no la heredad ò casa que se compra durante el matrimonio, y la dieron en dote à su hija, porque esta se puede haver comprado con el capital de uno dellos, porque no se entiende ser bienes mejorados hasta que se asanado y sacado el capital del marido, y de la muger, que trageron al matrimonio. Non enim dicuntur lucra nisi deducto ære alieno, & capitali utriusque socii, ut in l. Murius, & l. coiri, & l. cum duobus §. damna, ff. pro socio, tradit latè Glos. in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori.

Pero sino huviesse bienes mejorados en el matrimonio, en la manera 35 que esta dicho, en tal caso si el marido y la muger juntamente prometieron la dote, ha se de pagar de los bienes de solo el marido, ut in dict. l. 53. Tauri, y assi, si entrambos marido y muger la prometieron como dote que procedio de la hacienda, y capital de ambos, traera la hija à colacion y particion la mitad della con cada uno dellos que viniere à heredar: y sino la prometio, ni

se obligo la madre: en tal caso, no aviendo bienes mejorados en el matrimonio, ò hasta la cantidad que faltare para henchir la dote si a caso no avia tanto que bastassen, sera obligada la hija à traer à colacion toda la dote quando viniere à heredar al padre, ò la mitad dello, hasta donde alcançaren los bienes mejorados y lo restante que no alcançaren los bienes mejorados, traera à colacion de sola herencia del padre, y no de la madre. Hac practica servatur, & sumitur ex dict. l. 53. de Toro, ubi notant, & tenent omnes scribentes.

QUÆSTIO XXXVII.

36 **I**tem quæritur, Si el padre ò madre en su testamento declararon que devian alguna cantidad de maravedis, à alguna persona, y mandaron de sus herederos se lo pagassen, y no constasse de la deuda, ni se pudiesse probar, si se sacara esta deuda del Quinto en que fue mejorado uno de los hijos, ò se sacara del cuerpo de todos los bienes? Et videtur dicendum, quod de omnibus bonis hæreditatis deducendum sic hoc legatum, tanquam æ alienum, non de Quinto bonorum, in quo filius erat melioratus; quia non est propriè legatum, sed solutio debiti, ut est casus expressus in l. 1. §. si quis creditori, ff. ad

legem falcid. maximè si pater juravit esse debitum quod creditori suo legavit in testamento, ut in l. cum quis decedens, §. codicillis, ff. de legat. 3. ubi not. Bar. & ceteri Scribentes.

Respondeo, que sin embargo de lo se deve tener lo contrario, imò sino pareciesse ni constasse que se devian los dichos maravedis contenidos en la dicha manda y legado, que A valdra por manda graciosa, y no por deuda, y se sacara del Quinto y no del cuerpo de bienes, que han de heredar los otros hijos. Quia si non constat de debito, valet tanquam legatum, ut in l. si sic. §. 1. ff. de legat. 1. & l. 1. & 2. C. de falsa causa adjecta lega. quia alias aperiretur via multis fraudibus; & sic posset pater fraudare filium in legitima, confitendo se recepisse, vel debere quod non debet, vel non receipt: hoc probatur ex l. qui testamentum faciebat ff. de probation. & tenet expresse Bartol. quem ceteri sequuntur doctores in dict. l. cum quis decedens § Titia, ff. de legat. 3. Nec obstant tex. in dict. l. 1. §. si quis creditori, ff. ad legem falcid. nam ibi loquitur de testatore, qui libere poterat de bonis disponere: Sed in patre qui solum de Quinto disponere potest in præjudicium filiorum, nõ loquitur ille textus. Sed servanda est opinio Bartol. in d. l. cum quis decedens,

dens, §. Titia, de legat. 3. etiam si pater juraverit debitum, ut declarat ibi Barro. rationibus ibi per eum adductis.

ADDITIO.

A De Arte testandi, tit. 6. cap. 6. numer. 4. Morcheq. de divi. honor. cap. 9. num. 2. lib. 1. vide optimam distinctionem per Parlador. lib. 2. rer. quotidian. cap. 14. Angul. de meliorat. cap. 13. Glof. 3. num. 1. Gutier. de jurament. confirmat. cap. 5. num. 2. lib. 1. Ant. Gom. de legat. n. 81. tom. 1. var. resol.

QUÆSTIO XXXVIII.

37 **I**tem quæritur: Si el marido en su testamento mando que sus herederos restituyessen à su muger los bienes dotales que ella trajo con el al matrimonio, entre los quales avia algunos bienes rayzes sin aprecio, en los quales avia gastado alguna cantidad de maravedis es en plantar ò edificar en ellos en utilidad y provecho de los dichos bienes, si podran los herederos del marido pedir que se les pague primero lo que gasto el marido en mejorar los dichos bienes, y retenerlos hasta que se les pague, ò seran obligados à restituyllos, sin que se les paguen los dichos gastos?

Respondeo, si el marido mando

volber y restituyllos à su muger la dote que trajo à su poder quando se caso; en tal caso, podran los herederos cobrar los gastos y expensas que el marido hizo en plantar, ò mejorar los bienes dotales, porque es visto no mandarle mas de la dote que era obligado à restituylle: pero si el mando restituyllos todos los bienes dotales que à su poder trajo, entonces no podran pedir los herederos los gastos y expensas que en ellas avia hecho el marido, porque es visto el marido mandarle todos los bienes libres sin los dichos gastos. Textus est notabilis, quem ita declarat ibi Glof. in verbo, dotem, & Bartol. & Paul. in leg. Marvio, §. fin. ff. de leg. 2. quæ distinctio est multum notanda, quia contingere quotidie potest; licet textus ille non faciat differentiam aliquam in modo legandi; sed solum in eo, an sit maritus qui legavit, vel alius, qui non tenebatur dotem restituere; nam in matrimonio semper habebit locum deductio expensarum, idè non est sine dubio opinio Bart. & aliorum, qui illum textum intelligunt etiam in marito, qui uxori legavit quidquid ad eum nomine dotis pervenit: licet non sit ab ea recedendum; quia omnes Doctores eam tenent; ut testantur ibi Alberic. & Joannes de Imola.

QUÆSTIO XXXIX.

38 **U**terius quæritur de alia notabili quæstione, quæ contingit in villa de Lucena, que es del Obispado de Cordoua, ubi lex fori non servatur, nec dividuntur lucra facta constante matrimonio inter virum & uxorem, ut suprà diximus in principio hujus tractatus, sed omnia lucra pertinent ad maritum, quæ talis est: Murió la muger sin dejar hijos ni descendientes, y de jo en su testamento por su heredera à su madre; y mandole el Tercio de sus bienes à su marido, el qual avia recibido en dote y casamiento con ella muchos bienes muebles y rayzes sin aprecio: duro el matrimonio quatro meses, y no mas, porque se caso à principio de Enero, y murió la muger en fin de Abril, ò à los primeros de Mayo, (ut apparuit ex Actis.) Es aora la du-da, como se partiran los fructos de estos bienes rayzes, que eran viñas y olivares, y los fructos estavan parecidos y crecidos?

Respondeo, que en este caso no se ha de tener consideracion à lo que dispone la ley del fuero, que manda partir los fructos entre el marido y la muger y sus herederos, quando murió el uno dellos estando los fructos parecidos en las heredades: por que como esta dicho, estas leyes del

fuero han lugar donde son usadas y guardadas, y la muger ha de llevar parte de las ganancias hechas durante el matrimonio, las quales no se usan ni guardan en el Obispado de Cordoua. Esto presupuesto digo, que los fructos se partiran pro rata temporis, segun la disposicion l. divortio, ff. solu. matrimo. y el marido llevara jure mariti, el Tercio de los fructos del dicho año por los quatro meses que duro el matrimonio: pero de las otras dos tercias partes que pertenecieron à los herederos de la muger, es la du-da, si llevara la tercia parte de las dos tercias partes, por razon de legado que le fue hecho por la muger que le mando el Tercio de todos sus bienes? & videtur dicendum, que pues le pertenece el Tercio de todos los bienes de la muger al marido, assi muebles como rayzes, que por la misma razon le pertenece tambien el Tercio de todos los fructos de los dichos bienes, que le quedaron à la muger por bienes suyos, sacado el Tercio que llevo el marido por la rata del tiempo que duro el matrimonio y el señorio de los bienes dotales, como esta dicho.

Contrarium tamen in hac specie tenendum esse existimo. Sino que el marido no llevara parte alguna por razon del dicho legado de las dos tercias partes de los fructos de las dichas heredades, que le quedaron

daron à la muger sacado el Tercio, que ha de llevar el marido de la rata que duro el matrimonio, sequentibus rationibus.

39 **Q** Lo primero, porque en el legado del Tercio, ò Quinto de los bienes, non veniunt fructus nisi à tempore moræ, non à tempore mortis testatoris, sicut in cæteris legatis, ut est tex. expressus, quem ad hoc notat ibi Bartol. & cæteri. Scribentes in l. si quis bonorum, ff. de legat. 1. Cujus ratio est, quia in legato tertiarum partium bonorum non habet legatarius tertiam partem in qualibet re hæreditaria; nec transit dominium ejus in legatarium in æstimatione, non in ipsis rebus hæreditatis; ita declarat Bartol. in d. l. si quis bonorum, ff. de leg. 1. & probat tex. notabilis, in l. non amplius, §. cum bonorum parte, ff. eod. tit. Y assi no puede llevar fructos el legatario del Tercio de los bienes, pues se lo puede pagar el heredero en la estimacion, ò en algunos bienes de la herencia estimados, quales parecieren al Juez, cujus arbitrio relinquuntur: por lo qual no podra llevar el Tercio de los dichos fructos, pues no fue el señor del Tercio de los dichos bienes, ni se sabe en que parte se le dara y pagara el dicho Tercio.

Nec obstat si dicatur, quod in hoc casu non debentur fructus tan-

quam fructus rei legata, sed tanquam pars ipsius Tertii legati. Porque al tiempo que murió la muger, que fue en fin de Abril, ò al principio de Mayo, no estavan los fructos maduros para poderse coger, ni los herederos de la muger son obligados à tener los dichos fructos en sus tierras y arboles, y criarlos para que el marido lleve la tercia parte de ellos por razon del dicho legado que hizo la muger, hasta que maduren, maximè, que no se contiene en el dicho legado lo tercia parte de las dichas tierras y heredades; ni de los dichos fructos ante moram, sed est in æstimatione Judicis, in quibus rebus solvatur, (ut supra diximus:.) Y assi se concluye, que no llevara el marido la tercia parte de estas dos tercias partes de fructos, que han de quedar para el heredero de la muger sacado el Tercio que pertenece al marido de la rata del tiempo que duro el matrimonio. Però se ha de advertir, que en este caso, aora quieta el heredero pagar este legado en la estimacion, ò en una especie ò dos de la herencia, que valga el Tercio, siempre se ha de tener consideracion à lo que valen mas estas viñas, ò olivares, ò bienes rayzes que quedaron quando murió la muger, por razon de estas dos tercias partes de fructos, como entonces estavan immaturos, que le quedan

por bienes de la muger sacado el Tercio que ha de llevar el marido (como esta dicho,) y de este valor y estimacion de las dichas heredades, con las dos tercias partes de frutos como entonces estavan, que le quedan à los herederos de la muger, llevara el Tercio el marido. Hæc practica sumitur ex l. in lege falcidia placuit, ff. ad legem falcid. quod est bene notandum quia pauci ad hoc advertunt & confert ad alia multa.

ADDITIO.

A Vide Parlador. in sequicenturia differentiarum legalium differ. 131. num. 13.

QUÆSTIO XL.

QUadragesimò queritur, Si muerta la madre, el padre casasse, y dotasse una hija comun que tubo de aquel matrimonio en que huvio bienes mejorados, y al tiempo que le prometio la dote, no dijo que le dava parte della à cuenta de los bienes y legitima de la madre: Si sera obligada la hija à recibir la mitad de esta dote que le prometio y dio su padre à cuenta de la herencia y legitima de su madre, ò solamente à cuenta de la legitima de su padre, y podra despues de volada como emancipada pedir los bienes y

herencia de su madre? Et videtur dicendum, quod pater teneatur de bonis suis dotem quam promissit solvere, non de bonis matris, cum ipse hoc non expresserit in promissione dotis, sed ipse solum se obligaverit, & promissit prædictam dotem simpliciter quo casu de bonis suis dedisse intelligendum est, ut in l. si. ubi hoc not. DD. C. de dot. promiss.

Nec his obstat lex 53. de Toro. 41. que corrigat prædictam legem Codicis, & statuit quod prædicta dos etiam si à solo patre promissa fuerit, solvatur de bonis communibus acquisitis constante matrimonio si talia bona acquisita fuerint: Nam illa lex loquitur quando filia fuit dotata constante matrimonio; tunc enim quasi negotium commune patris & matris, qui dotare filiam tenebantur gestum fuerit, solvatur dos à patre promissa de bonis communibus acquisitis durante matrimonio, etiam si pater solus promissit: quia videtur communi nomine, suo, & uxoris promississe: sed quando uxore defuncta, maritus solus promissit dotem, cessat prædicta ratio, & dispositio legis Teur. cum jam sit soluta societas soluto matrimonio, & prædicta lex expressè loquatur, quando dos promissa fuit à marito constante matrimonio: cum ergo prædicta

dicta lex Regia corrigat legem Codicis solum in illo casu, quando dos promissa fuit à patre constante matrimonio, ut non teneatur ipse solus de bonis suis solvere, sed de bonis acquisitis constante matrimonio, non rectè possumus dictam legem extendere ad casum, quando dos promissa est à patre, soluto jam matrimonio, cum sit correctoria juris communis: & non sit eadem ratio in uno casu, quam in alio; ut in l. præcipimus, Cod. de appellat. & in l. illud, ff. ad legem Aquil. & l. à Titio, ff. de verb. oblig. cum concordant. & in expresso istam conclusionem tenet Didacus del Castillo in dist. l. Tauri, in 10. col. versic. secus dicendum erit, quem refert & sequitur Ant. Gom. in eadem l. 53. Tauri, num. 24. & hoc de rigore juris verius esse puto; licet D. Covarru. in cap. 19. lib. 3. var. resol. contrarium teneat, dicitque contrariam sententiam in practica receptam esse, rationibus per eum adductis, à qua non puto esse recedendum.

Y assi se deve tener, que la dote dada à la hija, ò la donacion propter nuptias dado al hijo por el padre, suelto el matrimonio, aviendo bienes mejorados en el matrimonio de que poder se dar hasta en aquella cantidad, ò hasta donde legare, se entienda que la da el padre de los bienes

mejorados durante el matrimonio, de los bienes comunes del, y de su muger disuncta, y no de sus propios bienes del padre; y por esta misma razon, traera à colacion esta hija la mitad de la dote en la parte de la herencia de la madre, y la otra mitad quando viviere à heredar à su padre.

¶ Sed hic insurgit dubium, si el marido y la muger dieron en dote à su hija, ò en donacion propter nuptias à su hijo, alguna cosa que era propria del uno dellos, ò porque la trajo al matrimonio quando se casaron, ò la heredó de sus padres è parientes durante el matrimonio, si se entendera aviendo bienes gananciales en el matrimonio, que esta dote, ò donacion propter nuptias ha de ser de por medio de los bienes multiplicados durante el matrimonio, ò solamente de aquel que dio la dote ò donacion de sus propios bienes? Quo casu videtur dicendum, quod talia bona in dotem data vel in donationem propter nuptias, sint; & data censentur ex bonis communibus acquisitis inter virum & uxorem: res tamen propria mariti vel uxoris non potest videri data ex bonis communibus acquisitis constante matrimonio, cum verum non sit; sed necessario dicere debeamus, quod talis res data sit ex bonis mariti si sua sit, vel uxoris si ejus erat; alioquin sequeretur

sequeatur quod si maritus, vel uxor, velit dotare filium ex aliquibus bonis propriis ultra bona communia; quæ uterque tam maritus quam uxor dederint in dotem filia ex bonis constante matrimonio quæsitis, non possint hoc facere: quod esset falsum; nam bene licet marito vel uxori renuntiare beneficio illius legis, & alterius, quæ pro eis institutæ sunt, ut in *l. si quis in conscribendo, Cod. de patris, cum concor.* & dotem dare filia de suis propriis bonis: quod facere videtur eo ipso quod rem propriam dedit in dotem: & sic videtur quod *lex 53. Tauri* procedat, & locum habeat, cum dos promissa est in pecunia, vel quantitate, vel in rebus acquisitis constante matrimonio inter virum & uxorem, non autem quando datur res propria alterius conjugis: de consensu ejus, argumen. tex. in *l. talis scriptura prope finem, ff. de lega. 1. & l. Neseimius, §. 1. ff. de re judic.*

43 ¶ Sed his non obstantibus contrarium verius esse existimo: immò, quod prædicta *lex 53. Tauri* procedat indistinctè, siue dos data sit ex bonis communibus durante matrimonio, siue ex rebus propriis mariti, vel uxoris, semper censeatur dos data vel promissa ex bonis communibus quæsitis constante matrimonio, nisi aperte constaret, quod ille cujus

erat dicta res in dotem data; voluit ex suis bonis dotem in illa constituere, tunc enim ex suo dotasse videbitur; in re enim sua quilibet est moderator & arbiter, sed in dubio lex illa Regia servanda erit, quæ indistinctè loquitur, quòd dos data vel promissa per maritum quando sunt bona quæsitæ durante matrimonio solvatur de illis bonis quæsitis matrimonio constante; & sic colligitur ex illa lege in quantum dicit; quod dos promissa per maritum solvatur de bonis communibus acquisitis constante matrimonio. Nec interest quod res mariti, vel uxoris, promissa vel data sit in dotem quia solutio fieri debet ex bonis communibus.

Y assi ha de tener, que el marido, ò la muger, cuya era la cosa que fue dada, ò prometida en dote, sacara el valor de ella del monton de los bienes multiplicados, y assi en effeçto sera la dote de los bienes ganados durante el matrimonio, aunque fue se la cosa que se dio, propia del uno. Quod evidentissima ratione procedit: cum enim obligatio dotandi filiam communem, sit communis patris, & matris quando habent bona quæsitæ constante matrimonio, ut colligitur ex prædicta lege *Tauri*, ubi hoc notant DD. & Covarruv. in *cap. 19. lib. 3. vari. resol. prope finem*, merito actionem

actionem ex illa *l.* aut actionem pro socio, vel negotiorum gestorum habet alter eorum, qui dotem ex bonis suis dedit, ut consequatur partem à marito, vel uxore, sicut socius consequitur à socio quod in rem communem impendit: ut in *l. pro socio, §. si tecum, & l. si fratres, §. idem respondet, et 2. vers. item si in communem, ff. pro socio.*

QUÆSTIO XLI.

44 **Q**uadragesimo primò quaeritur, Si el padre ò la madre mejoraron à un hijo comun de entrambos ex el Tercio de sus bienes, y se lo dio y señalo el uno dellos en una casa, ò heredad, que fue ganada durante el matrimonio, si valdra la mejora en todo, ò en la mitad que era del padre, ò de la madre que hizo la mejora? Hæc quaestio pendet ex alia, quæ non parum disceptatur inter DD. nostros hujus regni, an dominium rerum, quæ constante matrimonio acquiruntur inter maritum & uxorem, sit penes uxorem, pro dimidia parte quæ ad ipsam uxorem pertineat, an dominium totius rei sit penes maritum qui ipsam rem comparavit, teneatur tamen rem ipsam communicare, & dimidiam uxori tradere? In qua quidem quaestione magis communiter Doctores nostri tenent, quod statim re comparata, vel acquisita per maritum, sit a se ejus, & dominium in uxorem pro parte sua, licet postea possit eam maritus solus sine licentia uxoris sine fraude alienare; ut resolvit Pala. Rub. in *l. 16. Tauri, num. 9.* Segura in tractatu de bonis constante matrimonio acquisitis, col. 21. idem resolvit & firmat D. Covarr. in *cap. 19. lib. 3. varia. resol. num. 2.* licet Tellus Fer. contrarium teneat in *l. 16. Tauri*, post longam disputationem. Sed prima opinio communiter recepta est, quæ fundatur multis rationibus & juribus per eos adductis.

Hoc præsupposito, si vera est opinio Telli Fern. & aliorum quos ipse refert in allegata *l. 16. de Toro*, quæ hæc est quam supra diximus; nullum habet dubium; planum enim est & sine dubio, quod pater potest meliorationem Tertii, quam facit uni ex liberis suis, assignare in quacunque re voluerit ex hæreditate sua, ut in *l. 19. Tauri*, quæ hoc expressè disponit. Sed si vera est contraria opinio quæ magis communiter recepta est, quod dominium rei quæsitæ durante matrimonio inter maritum & uxorem, statim quaeratur uxori pro parte dimidia, quæ eam tangit: dubium est non leve, an valuerit melioratio Tertii facta filio, pro parte dimidia quam uxor habet in

N n dicta

dicta re, quæ constante matrimonio acquisita est, cum sit res aliena, & non patris, qui illam assignavit filio pro melioratione Tertii (pendet enim hæc quæstio ex alia graviore) videlicet, an maritus possit titulo donationis res quas constant matrimonio acquisivit alienare? In quo Doctores hujus regni, qui super hoc scripserunt, variè locuti sunt.

Quidam enim ex eis tenent, quod maritus possit rem communem constante matrimonio quæsitam alienare titulo donationis, vel quovis alio titulo, dum tamen non faciat animo fraudandi uxorem in parte sua; hoc sensit Xarez in *l. fori tit. de las ganancias*, §. *limitatione*, versicul. *quero ulterius de quotidiana quæst.* & expressius Ant. Gomez, qui hoc constanter asserit in *l. 19. Tauri*, num. 73. versic. *pulchrum tamen dubium est*, ubi allegat plura, quæ suæ opinioni suffragantur, inter quæ est *lex Regia ordinamenti*, tit. 4. lib. 5. l. 4. quæ expressè permittit marito, bona constante matrimonio acquisita alienare; dum tamen hoc fiat sine fraude & damno uxoris; quæ lex loquitur sine distinctione aliqua, an alienatio fiat titulo donationis, vel alio; sed generaliter loquitur, de qua libet alienatione, quod verbum etiam donationem comprehendit, ut in *l. fin. C. de reb. alie-*

nis non alienand. & in authen. de non. aliena. §. alienatione collat. 2. quod potissimum fundamentum est Anton. Gom. cui difficile est respondere, cum sit *lex Regia* quæ servanda est prout jacet, vel scripta est sine distinctione alia: ut in *l. de pretio*, ff. *de publici. in rem act.* & *l. prospexit*, ff. *qui & à quibus manu libe. non si.* & *l. quos prohibet*, ff. *de posthu.*

Contrariam sententiam tenent Pala. Rub. in *rub. de donat. inter virum & uxorem*, §. 66. num. 29. Imò quod maritus non possit res acquisitas constante matrimonio titulo donationis alienare pro parte uxoris sine consensu ejus: hoc idem fundat, & expressè tenet reprobandus auctor opinio-nem Ant. Gom. Tell. Fer. in *l. 19. Tauri*, num. 3. & 4. versic. *hæc sunt verba nostri Gomezii*, ubi in multis eum mordere conatur; sed sine ratione, iudicio meo, levibusque fundamentis, quibus ipse Gomez respondet: Tell. verò non sufficienter Gomezii & aliorum opinionem impugnat, quorum opinio verior mihi esse videtur in puncto juris, atenta dispositione *dictæ legis ordin.* quæ generaliter loquitur, & permittit marito alienationem rerum, quæ constant matrimonio acquisitæ sunt, dummodo fiat sine fraude: idcirco mihi videtur (salva correctione: cujus-

cujusquam melius sententiis (quod prædictæ opiniones possunt cogitari; & ad concordiam reduci eo modo qui infra sequitur.

47 ¶ Et primò est præmittendum; quod de jure communi socius non potest alienare plus parte sua sine voluntate socii, etiam si omnium bonorum socii sint, non solùm titulo donationis, sed nec titulo venditionis, nec alio oneroso quovis titulo, nisi in rebus communibus quas habent expositas ad vendendum; nam in illis videntur inter se habere tacitum mandatum ad vendendum, ut in *l. nemo ex sociis*, & ibi gloss. & Bal. ff. *pro socio*, idem Bal. post Glo. & Salice, & Paul. in *l. familia, C. fami. her.* ubi communiter omnes scribentes id notant, & in *l. si unus ex sociis*, ff. *eo. tit.* & in *l. si socius* ff. *si certum petatur*: de jure autem Regio hujus regni, in acquisitis inter virum & uxorem, licet non sint socii omnium bonorum, permittitur marito alienatio dictarum rerum quocunque titulo, dummodo non faciat in fraudem uxoris, ut in *allegata leg. 4. titul. 4. lib. 5. Ordin.* & sic poterit maritus donare causa dotis, vel donationis propter nuptias filiarum suarum ex alio matrimonio natarum, vel consanguineo suo, vel extraneo, ex aliqua justa causa, vel sine causa, dummodo non in necem

uxoris, vel substantiæ ejus hoc fiat: quod procedet quoad effectum ut donatarius dominium acquirat rei donatæ, & ab eo vendicari, vel avelli non possit pro parte uxoris: non tamen ad hoc ut mulier fraudetur parte sua, nam soluto matrimonio poterit tantundem, vel valorem prædictæ rei donatæ à medio sumere ex bonis constãte matrimonio acquisitis, & hoc modo consuletur ei ex *l. incerti juris, C. fami. hercis.* & *l. in familia*, in *fi. eod. titu.* ubi notant Doctores, & in *l. item quarvis*, in *prin. ff. communi divi.* & in *l. inter coheredes*, §. *si coheredes*, in *fi. ff. fami. hercis.* Item hoc modo uxor non gravatur in parte sua, & cessat inconveniens propositum à Tell. Fern. in *dict. l. 19. Tauri*, qui propter hoc dicebat non posse sustinere opinionem Gomez quia de nihilo serviret uxori lucrum factum durante matrimonio, si partem suam posset maritus donare pro libito voluntatis: nam hoc modo in nihilo gravatur uxor, nec marito interdicitur administratio rerum suarum, quas comparavit constante matrimonio, & hoc casu procedit sine dubio opinio Ant. Gom. quod maritus possit titulo donationis res constante matrimonio acquisitas alienare, cessante fraude, ex *d. l. Ordino*, quæ generaliter loquitur

in quacumque alienatione: nec est credendum *Anton. Gomeſium* contrarium ſenſiſſe, quod facta alienatione per maritum titulo donationis, non poſſit uxor tantundem ex bonis communibus recipere ſoluto matrimonio, quantum maritus ex prædictis bonis communibus ſumpſit, & titulo donationis alienavit.

Et ultra jura & rationes quas allegat *Ant. Gom.* pro fundamento ſuæ opinionis, hoc etiam fundatur ex deciſione textus notabilis in *l. Marcellus, §. res quæ*, ubi *Gloſſ. & DD. ff. ad Trebel. & in l. fi. §. fi. C. communia de lega. & ibi Paul.* ubi habetur, quod ſi hæres gravatus reſtituere hæreditatem fideicommiſſariis, voluntariè alienaverit unam rem integram hæreditariam, quæ non faciat ultra Quartam, quam ipſe habiturus eſt ex ſenatus conſulto *Trebelliano*, non poterit fideicommiſſarius, cui reſtituenda eſt hæreditas prædictam rem alienatam, vel partem ejus vendicare ab emptore, ſed ex aliis rebus hæreditariis communibus ſibi & hæredi reſarciat, & implebit partem ſuam, quam habiturus eſſet ſi prædicta res non eſſet vendita; ea ergo ubi habens rem communem cum alio, poteſt alienare totam rem, ſi modo eam integram habere poſſit in parte ſua, & ex

aliis rebus communibus ei poſſit damnum reſarci: ſimiliter erit faciendum inter virum & uxorem, quando vir alienavit, vel donavit totam rem communem; quia valebit donatio ſi modo ex aliis rebus communibus poſſit uxori damnum reſarci.

Si verò non ſint aliæ res communes, vel mariti, ex quibus poſſit parti mulieri eſſe cõſultum; tunc vera ſit opinio *D. Palat. Rub. & Tellii Fer.* quod uxor poſſit vendicare partem ſuam à donatario, vel quolibet alio poſſeſſore, quia licet maritus bona fide & ſine animo fraudandi uxorem prædictam rem donaverit, re tamen ipſa, licet non conſilio fraudata eſt uxor parte ſua; nec enim uxoris intereſt magis fraudari conſilio mariti; quam re ipſa, utroque enim caſu fraudatur; & amitteret rem ſuam niſi ei daretur actio contra donatarium, ut poſſit partem ſuam ab eo vendicare, ſi ex bonis mariti non poſſit ſibi reſarci damnum: maxime quia donatario non fit injuria, cum ei lucrum extorqueatur; uxor verò certet de damno vitando teneſt notab. qui hoc ita diſſinivit in *l. qui autem cum poſſit, in prin. verſi. ſimilique modo. ff. qua in fraudem credi.* cujus verba ſunt ſimilique modo dicimus, & ſi cui donatum ſit, non eſſe quaerendum an ſcienti eo cui donatum

donatum ſit, geſum ſit: ſed hoc tantum an fraudentur creditores: nec videtur injuria aſſici ſi qui ignoravit; cum ei lucrum extorqueatur, non damnum inſigatur. En ergo caſum, ubi creditores qui certant de damno vitando, habent regreſſum contra donatarium qui lucrum accepit, etiam ſine fraude. Pro hac etiam parte facit tex. in *l. fi. §. & ſi præſatam, verſi. licentia creditoribus, C. de jure delib.* qui eſt notabilis in præpoſito.

49 Redeundo igitur ad quæſtionem propoſitam Reſpondeo, que eſta quæſtion ſe deve diſtingui deſta manera, ò la mejora del Tercio que hizo el padre fue en ſu teſtamento, ò por contrato entre vivos: ſi en teſtamento ò ultima voluntad, no valdra la mejora por la mitad en aquella coſa que la ſeñalò contra la voluntad de la muger porque eſta diſpoſicion viene à ſurtir efecto ſuelto el matrimonio, porque en tal caſo, ſecundum omnes Doctores adquiere la muger el dominio, in actu, & habitu irrevocabiliter: y ſiendo ſuya la mitad de aquella coſa, no pudo enagenalla el marido ſin voluntad de la muger, pero pagar ſe le ha al hijo aquella mitad en otra coſa de los bienes del padre, porque es de crear, que el padre quiſo que valièſſe aquella mejora en todo; & hoc etiam tenet *Tell. Fer. in diſt. 1. 19. de Toro*, in caſu quo non valeat aie-

natio pro parte uxoris ex hoc titulo donationis.

El otro caſo eſt, ſi la mejora fue hecha por contrato entre vivos, en que puede el marido enagenar los bienes comunes adquiridos durante el matrimonio, ſin conſentimiento de la muger. Y eſte caſo ſe ha de diſtinguir, ò el marido enageno aquella coſa comun adquirida durante el matrimonio con fraude y animo de defraudar à la muger de ſu mitad porque acaſo hizo la mejora en un hijo de otro matrimonio, ò del miſmo ſi fue contra la voluntad de la muger, quod accidere poteſt ex multis cauſis: y en tal caſo no valdra la enagenacion en la parte de la muger: pero valdra en los otros bienes del padre, quia totum pendet ex voluntate ejus, ut ſupra diximus: O fue la mejora hecha ſin fraude, como ſe deve preſumir, maxime ſi fue hecha en favor de un hijo comun de aquel matrimonio; y en tal caſo, ſi el padre dejó otros bienes multiplicados, de que la muger ſe pueda pagar y henchir de otro tanto, ò pagar ſe le su mitad de los bienes del marido; y en eſte caſo valdra la enagenacion del Tercio en eſta coſa comun, en que le dio y ſeñalò el marido; porque es ſin daño ni fraude de la muger, y es hecha durante el matrimonio en el qual tiempo puede el marido enagenar los bienes adquiridos du-

rante el matrimonio sin voluntad de la muger, conforme à la ley del Ordenamiento arriba dicho: pero si el marido no dejasse bienes de que se pudiesse pagar à la muger la mitad de aquella cosa que enagena, en tal caso podra pedir y sacar la mitad de aquella cosa de poder del hijo, ò de qualquier poseedor, porque no valia la enagenacion respecto della y de su parte, ut supra diximus: & hoc casu procedet & habebit locum opinio dicti Joannis de Palat. Rub. & Telli Fer. supra relata: quod verum puto.

Q U Æ S T I O XLII.

Quadragesimo secundo quæro: Si el padre hizo mejora del Tercio à un hijo menor de catorze años, si le podra substituyr pupillarmente en favor de un estraño en este Tercio en que le mejorò? Istam quæstionem movit Segura in *l. unum ex familia*, fol. 18. col. 3. & tenet, quod valeat talis substitutio pupillaris facta de Tertio in extraneum; & idem tenet Cifuentes in *l. 27. de Toro*, ea ratione moti, quod pater potest substituere pupillariter in legitima filii: ergo idem in melioratione Tertii, cum sit pars legitimæ filiorum: & quod ita debeat intelligi & limitari *l. 27. Tauri* quæ prohibet grava-

men apponi in tertio, vel substitutionem in eo fieri in favorem extranei, sed quod fiat in favorem descendentiũ, vel eis deficientibus in favorem ascendentiũ, & his deficientibus in favorem collateralium, sicut in *dista lege* continetur: Sed vereor ne dicta opinio vera sit: imò viderem quod pater non possit filio meliorato in Tertio ei substitutionem facere pupillarem in favorem extranei in dicto Tertio, quia est contra prædictam legem *27. Tauri*; quæ absolute & sine aliqua distinctione prohibet patri vel matri extraneum substituere in melioratione Tertii facta filio; & cum lex non distinguat, neque nos distingueri debemus; & lex generaliter loquens, generaliter debet intelligi, ut in *l. de pretio*, ff. de publi. & *l. quos prohibet*, ff. de postul. & sic de omni substitutione debet intelligi, tam de vulgari, pupillari, quam fideicommissaria.

Nec obstant rationes & fundamenta pro contraria parte adducta, quod pater potest filio substituere pupillariter in legitima: nam illud verum est, quia est favor pupilli, ut pater faciat pro eo testamentum, cum ipse facere non possit, propter defectum ætatis; quod fit sine injuria vel gravamine aliorum filiorum, qui receperunt legitimam suam, ut notant omnes

omnes scribentes in *l. moribus*, ff. de vulgari & pupi. substi. & in *l. precibus C. de impub. & aliis*: ideo valebit prædicta substitutio pupillaris in omnibus bonis pupilli, quæ sunt libera, non subiecta restitutioni alterius, ut in *l. unum ex familia*, s. si de falcidia, ff. de legatis 2. sed hoc Tertium est legitima aliorum filiorum; ideo fieret eis injuria si præter filios pater posset extraneum meliorare, vel substituere in Tertio bonorum suorum: quare prædicta lex *Tauri* voluit quod talis substitutio in Tertio non possit fieri in favorem extranei, extantibus deficientibus vel aliis personis in dicta lege nominatis; quod verissimum puto; & quod prædicti Doctores errore lapsi fuerint. Y assi se deve tener, que el padre no podra hazer substitucion pupilar en el Tercio, en que mejorò à su hijo, en favor de estraño, aviendo descendientes, ò ascendientes, ò alguna de las personas que la ley de Toro dispone, que puedan ser substituydos en el Tercio.

Q U Æ S T I O XLIII.

Quadragesimo tertio quæro, Si el padre que hizo mejora del Tercio à uno de sus hijos ò descendientes, no guarda la orden dada por la dicha ley *27. de Toro*, y

substituyò à un estraño en el Tercio, teniendo hijos y descendientes, ò ascendientes, si lo podran pedir aquellas personas por su orden comenidas en la ley de Toro, ò seran bienes partibles entre todos los herederos del padre? Y para que mejor se entienda esta quæstion y duda; exempli gratia, Pongamos que el padre mejorò à un hijo varon en el Tercio de sus bienes señalándole an alguna heredad, ò casas, y que despues de los dias deste hijo vniessse à su hijo mayor varon, y à los descendientes del varones, y sino tuviesse varon, substituyò à un hermano suyo del instituydor varon, ò à sus descendientes varones, ò à un estraño. Este padre que hizo esta mejora tenia una hija casada y dotada, y solo un hijo varon en quien hizo la mejora del Tercio: este hijo mejorado tuvo un hijo varon, y una hembra: muerto el padre que hizo la mejora, murio el hijo mejorado, dejando dos hijos un varon y una hembra: muerto el varon, piden aora esta mejora el hermano del padre que hizo la mejora, que fue substituydo moriendo el hijo sin descendientes varones, por virtud de la substitucion en el hecha: pide la tambien la nieta del fundador deste vinculo; hermana del mismo poseedor, que fue nieta varon del instituydor: pide tambien la hija del fundador. Videamus nunc, quis eorum habeat

habeat potiora jura, & obtinere debeat? In quo quidem casu certum est, quod substitutus extraneus, id est, frater testatoris & ejus filii nullum jus ex hac substitutione habeant, cum non sint ex descendibus testatoris, qui secundum prædictam l. 27. de Toro, primò vocari debent in substitutione facta de Tertio bonorum: sed dubium est an preferenda sit filia ipsius testatoris, vel neptis filia ejus filii primi vocati? & videtur quod succedere debeat filia testatoris, quia est de descendibus ipsius testatoris in primo gradu, & quia gravamen & substitutio non valuit facta in favorem transversalium existentibus liberis vel descendibus testatoris qui primò vocari debuerunt, sive masculi sint, sive femina, in melioratione facta de Tertio, ut in prædicta l. Tauri. Idcirco nullo existente gravamine, vel substitutione; illud Tertium cum sit legitima filiorum primi gradus, debet remanere apud eos: hoc est dimidium Tertii apud filium & ejus hæredes, tanquam si prædicta melioratio & substitutio facta non esset, cum non valuerit ex dispositione prædictæ legis 27. de Toro.

Ex contrario videtur, quod sola neptis testatoris, & non filia, succedat in dictis bonis; quia dicta

melioratio Tertii à principio bene valuit, cum legitime facta fuerit filio, deinde substitutus sit nepos testatoris: quippe cum gravamen, & substitutio facta fuerit inter descendentes, sic ergo usque ad nepotem substitutio valuit: secunda verò substitutio vitatur ex eo, quòd facta est in favorem transversalium, hoc est fratris testatoris, existentibus descendibus ipsius, quod facere non potuit: vitata igitur illa inutili substitutione fratris, tanquam si facta non esset, debent remanere prædicta bona & fideicommissum Tertii apud eum, à quo fuit derelictum, tanquam legatum seu fideicommissum caducum, ut in l. 1. §. pro secundo, C. de cadu. toll. ubi DD. & expressius hoc tenet Bar. in l. 1. ff. de vulg. & pupil. in 7. col. num. 28. ver sic. secundus effectus est, ubi in simili questione hoc determinat, & colligitur ex dict. l. 27. de Toro. ibi: Y que de otra manera no puedan poner gravamen ni condicion en el dicho Tercio, y assi se concluye, que en este caso se ha de preferir la nieta del testador que hizo la mejora, à la hija que estava en el primero grado: por que la ley de Toro no anula la mejora del Tercio, ni las substitutiones que el padre en pone, sino la substitution de los estranos, ò parientes transversales, aviendo hijos, ò descendientes del

del testador y assi valio la mejora y substitution que hizo en favor de su nieto, y de alli adelante no valieron las otras substitutiones que hizo en los transversales aviendo descendientes del testador, que se han de preferir, ut in d. l. 27. de Toro. Quod si ita non fecerit, & prædictum ordinem non servaverit, non valebit quod in contrarium factum fuerit: valebit tamen quod legitime factum fuerit usque ad illam personam, quæ inutiliter & contra legem substituta est; quia utile per inutile non vitatur, ut in l. placuit ff. de usur. & in l. 1. §. sed mihi, ff. de verbor. obligat. & l. quæ extrinsecus, eod. tit. & l. si dotem, ff. de constitu. pecun. cum concordant. sic igitur remanebit prædicta melioratio apud forem nepotis gravati, tanquam hæredem ejus proximiorum eum substitutio non valuerit.

Ex quibus infertur, Que si el hijo mejorado en el Tercio à quien substituyo su padre, su nieto varon hijo deste mejorado tuvo solo un hijo, y este murio sin descendientes en el caso arriba dicho, si este nieto despues de haver sucedido en la dicha mejora muriese, y dejasse madre viva, aunque no sea de la familia y nombre del instituydor, se ha de preferir à la hija del testador en esta mejora del Tercio, por la dicha ley 27. de Ayora de Partitionib.

Toro; porque hasta el nieto valio la mejora y substitution que hizo el abuelo deste nieto difunto, y no valio la segunda substitution del transversal, ò del extraño, y no aviendo gravamen ni substitution adelante, se ha de quedar esta mejora como bienes libres en el nieto del testador, y en sus herederos, que es la madre: ut in authen. defuncto, G. ad Tertul. y no la tia hija del testador, porque la ley de Toro no dize que sea obligado el padre à hazer las dichas substitutiones: precisamente por aquella orden contenida en la dicha ley 27. para que tengan derecho los descendientes à llevar esta mejora en exclusion de los ascendientes, y los ascendientes en exclusion de los transversales, sino que si no lo hiziere desta manera, que no valga el gravamen y substitutiones que de otra manera hiziere, y no valiendo el gravamen y substitution hecha contra la dicha ley valen los que hizo legitimamente conforme à ella, y alli se queda por bienes libres y partibles entre los herederos del ultimo poseedor, hasta donde se pudo poner la substitution y gravamen, ut supra diximus.

QUÆSTIO XLIV.

Quadragesimo quarto quæro, Si el padre dio ò prometio en arras à su muger ò esposa al tiempo

que

que se casò alguna quantidad de sus bienes, si podrá despues el padre disponer de todo el Quinto de sus bienes por su anima, ò entre estranos, ò se sacara, ò descontara del Quinto, reniendò hijos del primero, ò segundo matrimonio? Et videtur, quod hoc imputabitur in Quinto; quia est mera donatio, cum pater non teneretur præcisè dictas arras promittere, donari enim videtur quod nullo jure cogente conceditur, ut in regula juris, donari videtur; cum concordant. Y lo mismo se puede dudar en las joyas que el marido embia y dona à su esposa estando desposado, que puede dar lo uno ò lo otro; secundum legem hujus regni: dummodo arras non excedant decimam bonorum mariti: & prædicta dona non excedant octavam partem dotis, quam ab uxore recepit, ut diximus supra in secunda parte hujus tractatus.

Respondeo, que las dichas arras ò joyas no se sacaran del Quinto si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dejar de dallas, saltè sine dedecore suo, quod sumitur, ex ratione tex. in l. cum plures, §. fin. ubi hoc not. Bart. ff. de administrati. tut. ubi tutor pupilli potest munera solennia mittere parentibus &

cognatis pupilli de bonis ipsius pupilli, si secundum qualitatem suam & consuetudinem hoc facere debuit; quia non reputatur hoc mera liberalitas, vel donatio: & in hunc sensum intelligit prædictum textum Bal. in l. 2. C. de dotis promiss. & Bar. in l. contra juris civilis, §. 1. ff. de pactis, ubi expressè hoc tenet, ratione prædicta; & Pala. Rub. in repet. rub. de donat. inter virum & uxorem, §. 63. num. 10. & 11. quia non reputatur hoc mera liberalitas: si ergo tutor potest hanc donationem facere de rebus alienis, ut probat ille text. notabilis in dict. l. cum plures, §. fin. de adm. tutor. ergo à fortiori poterit pater hoc facere de suis propriis bonis; nec reputabitur hoc munus, vel arra, mera donatio, si secundum consuetudinem patriæ, vel provinciæ, non potuit hoc prætermittere sine dedecore, idcirco non extrahentur de Quinto, sicut cæteræ donationes voluntariæ, quas pater fecit in vita: & pro hac opinione est in argumento, lex 30. Tauri, quæ jubet multa de Quinto extrahi, & de his non meminit; unde potest conjectura sumi, quod si arras vel dona vellet de Quinto extrahi, & hoc statuisset sicut de cæteris

ris ibi contentis.

Item pro hac facit quod tradit Palat. Rub. in repet. rub. §. 24. incipiente, Et circa, num. 2. fol. 14. & in §. 23. quod arra in Hispania successerunt loco donationis propter nuptias, quæ non est in usu eo modo, quo de jure communi erat: idcirco maritus potest constante matrimo-

nio arras dare, vel promittere uxori, quia non est mera donatio, sed remuneratio dotis, velut olim erat donatio propter nuptias, ex quo sequitur quod non deducuntur arras de Quinto bonorum, nec dona, vel jocalia, quæ sponsus mittit sponsæ, cum non sit mera donatio hæc liberalitas seu largitio.

