



TRACTATUS  
DE  
PARTITIONIBUS  
BONORUM COMMUNIORUM,  
PARS TERTIA,  
In varias Quæstiones distributa.

DE PARTITIONE BONORUM COMMUNIORUM  
inter filios hæredes parentis defuncti.

SUMMARIUM.

- 1 Divisio fieri debet inter fratres eodem modo quo pater jussit in testamento: & si nihil disposuit, fieri debet æqualiter inter omnes.
- 2 Filius familias, si aliquid lucratus sit cum pecunia patris, an illud præcipuum habere debet, vel communicare cum fratribus.

3 Lucra facta à filio familias industria & labore filii non communicantur inter fratres, sed filius solus habere debet.

- 4 Filius familias qui cum pecunia patris

patris & industria sua aliquid lucratus est, dimidium lucri habebit præcipuum ratione industrie, & laboris, aliud dimidium habebunt fratres & hæredes patris.

- 5 Declaratur l. 7. tit. de las labores y particiones, lib. 3. fori.

6 Filius qui administravit & gubernavit bona paterna industria & labore suo, & augmentavit ea, an habebit ex bonis patris aliquid plusquam cæteri fratres.

- 7 Concordantur opiniones Fulgostii & Jaf. quæ invicem contrariantur.

8 Absente uno ex coheredibus, si alii coheredes velint bona hereditaria dividere, & interpellaverint coheredem absentem ut veniat ad divisionem, ipse verò missi procuratorem ad adeundam hereditatem & divisionem facere: an possit postea repudiare hereditatem.

- 9 Hæreditas non potest adiri per procuratorem.

10 Declaratur l. Paulus, per procuratorem quæ alias incipit, per procuratorem. ff. de acquirend. hæred.

- 11 An calculatores vel arbitri ad dividendum dati, possint unam rem integram adjudicare uni ex coheredibus, aliam vero integram alteri, suis pretiis taxatas.

12 Post divisionem bonorum factam ab arbitris, à qua non est appella-

tum; an possit pars quæ senserit se gravatam in appretis rerum sibi adjudicarum petere ut reformetur divisio facta, & iterum de novo fiat.

- 13 Declaratur bellissimè & noviter, tex. in l. majoribus, C. commun. utri. judic.

14 Si gravamen est factum in divisione in parva quantitate: an possit gravatus petere ut reformetur divisio à qua non appellavit, sed tacite vel expressè eam consensit.

- 15 Divisionibus perperam factis standum est, si postea approbata fuerint per sententiam.

16 Declaratur tex. in l. cum putarem, ff. famil. hercisf.

- 17 Arbitri ad dividendum dati, an possint ipsi aliquo errore comperito, ex officio suo corrigere, postquam sententiam vel arbitrium suum dixerint.

18 An re evicta uni ex coheredibus post divisionem factam, cæteri coheredes teneantur ad damnum vel pretium ejus? ubi distinguitur notabiliter.

- 19 Declaratur textus in l. si familia: erciscundæ, C. fami. hercisf.

20 Pater si fecit divisionem hereditatis suæ in testamento re aliqua evicta uni ex filiis, quod cæteri fratres non teneantur de evictione ejus.

- 21 Evicta re à patre legata uni ex filiis,

- filiis, an ceteri de evictione teneantur.
- 22 Quando testator legavit aliquam rem alienam filio, aut conjuncte personae, vel extraneo, an filii teneantur de evictione.
- 23 Declaratur textus in l. cum pater, §. evictis, ff. de legat. tit. 2.
- 24 Si in divisione bonorum interveniat lesio ultra dimidiam justipretii, an habeat locum remedium legis secundae, C. de rescin. vendit.
- 25 Si divisione facta per brevia, aut sortes, interveniat lesio ultra dimidiam justipretii, an habeat locum remedium legis secundae, C. de rescin. vendit.
- 26 Declaratur textus in l. 2. C. quando & quibus quar. pars debe. lib. 10. & concordantur opiniones Bal. & aliorum, an divisio facta per sortes possit rescindi, si in ea quis laedatur ultra dimidiam.
- 27 Si pater, qui ex primo matrimonio duas filias habuit dotavit eas durante secundo matrimonio inaequaliter, quomodo conferre teneantur praedictas dotes? & an eas conferre teneantur fratribus primi, vel secundi matrimonii.
- 28 Collatio fieri debet per filios, cum venerint ad dividendum bona ejus, de cujus hereditate agitur, non alterius.
- 29 Cum divisio duarum hereditatum fit inter filios primi & secundi matrimonii, duae collationes fieri debent; una inter filios primi matrimonii, alia inter omnes filios tam primi quam secundi matrimonii.
- 30 Si pater habuit in dotem cum prima uxore fundum inaestimatum, qui multo plus valebat cum illum in dotem dedit filiae primi matrimonii, quam tempore quo eum recepit, quo modo fieri debeat collatio dotis cum alia filia primi matrimonii quae minus recepit.
- 31 Pater, qui recepit fundum inaeestimatum in dotem cum prima uxore, si dederit illum aestimatum, filiae primi matrimonii, non valet talis aestimatio, cum sit proprius fundus ipsius filiae.
- 32 Si pater dedit in dotem filiae primi matrimonii fundum, quem recepit in dotem cum matre ejus aestimatum vel inaeestimatum, an secunda uxor cujus matrimonio constante fundus datus est in dotem filiae primi matrimonii possit petere soluto matrimonio, ut aestimatio illius fundi in divisione bonorum, deducatur, sibi & medio bonorum omnium, vel etiam aestimatio fructuum illius fundi.
- 33 Declaratur lex finalis tit. 3. lib. 3. for. quae de communicandis fructibus rei propriae inter maritum & uxorem loquitur.

- 34 Si pater recepit in dotem cum prima uxore fundum aestimatum, & illum postea dedit in dotem filiae primi matrimonii in eadem aestimatione, cum plus valeset fundus tempore quo illum dedit pater in dotem; an filii secundi matrimonii possint petere ut filia dotata conferat omnibus filius illud, quod plus valebat fundus ille, & an hanc possint petere haeredes secundae uxoris.
- 35 Si pater dedit in dotem filiae primi matrimonii aliquem fundum acquisitum & melioratum durante secundo matrimonio, eo soluto poterit uxor secunda, vel ejus haeredes petere in divisione bonorum, ut de bonis communibus deducatur aestimatio illius fundi cum fructibus.
- 36 Declaratur textus in l. incerti, C. famil. hercif.
- 37 Si pater dedit in dotem filiae primi matrimonii vel extraneae personae, cessante fraude, aliquam rem communem, acquisitam melioratam durante secundo matrimonio, quae tempore quo solutum est plus valet, non tenetur ipse vel haeredes ejus solvere uxori secundae, nisi primum valorem.
- 38 An factio inventario ab uxore secunda de bonis relictis a marito tempore mortis ejus, possit per illud fieri divisio bonorum inter filios primi & secundi matrimonii, an primo necesse sit ut fiat aliud inventarium de bonis relictis ab uxore prima tempore quo solutum est primum matrimonium.
- 39 Si pater non fecit inventarium de bonis communibus tempore quo solutum est primum matrimonium, sed solum inventarium factum est ab uxore secunda de bonis quae maritus ejus reliquit tempore mortis, an possit per solum inventarium ab uxore secunda factum fieri divisio bonorum? & quomodo tali casu fieri debeat divisio bonorum.
- 40 Si non appareat quae bona tulerunt ad matrimonium maritus, vel uxor, bona relictis tempore quo solutum est matrimonium in duas partes aequales dividi debent inter maritum & uxorem & haeredes eorum, quia praesumuntur communia de jure Regio.
- 41 Filii primi matrimonii, si non probaverint quae bona dotalia vel paraferalia mater sua tulit ad matrimonium, dividuntur aequaliter bona quae postea reliquit maritus tempore mortis ejus inter filios primi matrimonii haeredes matris, & filios haeredes patris tam primi quam secundi matrimonii.
- 42 Bona dotalia patris aferalia primae uxoris non debent deduci de bonis communibus quae reliquit maritus tempore mortis cum secunda uxore; sed primo fieri debet divisio

- sio cum uxore secunda facta, maritus solvet ex capitali suo hereditibus prima uxoris prædefunctæ dotem, & alia bona uxoris primæ, & num. 43.
- 44 Res emptæ durante matrimonio non censetur meliorata, nisi probeatur capitale utriusque saluum esse.
- 45 Pater legitimus administrator bonorum maternorum filiæ, si eam dotavit, an & quando censeatur eam dotasse de bonis ipsius filiæ, vel de bonis patris.
- 46 Pater qui simpliciter dotem promisit pro filia, cujus bona materna administrabat, an censeatur dotare eam de bonis suis, vel de bonis filiæ.
- 47 Pater qui simpliciter promisit aliquam rem, vel fundum filia suæ, quem habuit in dotem cum matre ipsius filia, sine æstimatione non censetur dotem promississe de suo, sed de bonis filia.
- 48 Pater simpliciter promittens dotem pro filia, quæ habebat bona materna ex lucris factis constante matrimonio cum matre ejus defuncta, non censetur dotasse filiam de bonis propriis ipsius patris, sed de bonis filia.
- 49 In quibus casibus filia non tenetur conferre dotem, quam recepit à patre.
- 50 Si pater divisit omnia bona sua inter filios qui primo filiam dotavit, si in divisione multo plus ex bonis suis adjudicavit filio quam filia, non tenetur filia dotem conferre.
- 51 Filia non tenetur dotem conferre quam recepit à patre, si pater inter filios omnia bona sua divisit, & multo plus ex bonis suis reliquit filio quam filia, etiam si aliqua bona indivisa reliquit quæ divisa sequuntur.
- 52 Mater transiens ad secundum matrimonium licet possit legare secundo viro quintam partem bonorum suorum, non tamen poterit disponere de quinta parte arrarum, vel lucrorum, quæ habuit à priore marito, sed illam tenetur reservare filiis primi matrimonii.
- 53 Pater si divisit omnia bona sua inter filios, & pro modo possessionum onera aris alieni distribuit, an possit postea prædictam divisionem revocare.
- 54 Si filii testatoris aliquot annis reliquerunt hereditatem indivisam, ex qua multi fructus sunt percepti, quomodo fieri debeat divisio fructuum, si pater melioravit uxorem in Quinto, & filium in Tertio.
- 55 Pater si prælegavit filio Tertium bonorum non debentur ei fructus hereditatis pro rata Tertii, secus autem erit si jure institutionis in Tertio eum melioravit.
- 56 Si frater, vel cohæres fecit aliquam impensam in defensione hereditatis,

- tatis, quam alius petebat, an possit à fratre cohærede partem prædictarum impensarum recuperare.
- 57 Si in re communi quis aliquid impenderit ut in re propria, non animo gerendi negotium alienum, non habet actionem negotiorum gestorum ad illud recuperandum.
- 58 Si unus ex fratribus, cohæres fratris absentis, litigavit cum tertio possessore hereditatis, putans ad se pertinere totam hereditatem, & eam evicerit totam à possessore, teneatur communicare victoriam dictæ hereditatis cum fratre absente, qui postea supervenit.
- 59 Si unus frater vel cohæres fecit aliquam impensam in fulciendis, aut reparandis rebus hereditariis communibus, an possit pecuniam, quam in hoc impendit cum interesse recuperare ab aliis fratribus.
- 60 Ujuræ debentur etiam hodie de jure Canonico, quando veniunt, & petuntur ratione interesse.
- 61 Pater si vendidit, vel locavit filio aliquam rem minori pretio quam valebat, an revocare, vel petere jussum pretium possint ceteri filii, si illud excedat Tertium & Quintum bonorum? & quomodo succurreret eis adversus alienata titulo oneroso.
- 62 Filii si non querelaverint infra
- quinquennio de inofficiosa donatione à patre facta post mortem ejus postea non admittitur eorum querela.
- 63 Mater si dedit uni ex filiis post mortem patris aliquam rem communem cum fratribus ex bonis quæ sitis constante matrimonio, in dotem, vel donationem propter nuptias, an ceteri filii possint partem suam vindicare cum fratribus.
- 64 Hæres gravatus restituere hereditatem alicui, potest alienare unam rem integram quæ non valeat ultra quartam hereditatis, quam retinere poterat ex hereditate.
- 65 Si mater dedit uni ex filiis in dotem, aut donationem propter nuptias, aliquam rem quæ erat communis omnium filiorum, quam habuerunt ex hereditate paterna, an possunt à matre petere fructus illius rei pro parte sua, quos fecit suos possessor, qui cum titulo & bona fide rem illam possidet.
- 66 Pater aut mater si melioravit filium in Tertio & Quinto bonorum & postea emit vel edificavit capellam, & dotavit eam ut Missæ, vel Anniversaria unoquoque anno in ea dicerentur, an hæc impensa exire debeat de Quinto in totum, vel pro parte.
- 67 Si pater emit fundum, vel iussit in testamento, ut emeretur ab hæredibus, ut ex fructibus ejus

- soluerentur elemosyna Clericis pro Missis dicendis unoquoque anno, exire debet de Quinto, quod in tali emptione fundi impensum est.
- 68 Pater si fecit testamentum in quo melioravit unum ex filiis in Tertio, aut Quinto bonorum; coram legitimo numero testium; & antequam simeffet, vel perfecisset testamentum amisit loquelam, vel intellectum, an valeat testamentum saltem quod meliorationem Tertii.
- 69 Pater qui cepit facere testamentum in scriptis coram quinque testibus, & Tabellione, si non potuit illud perficere, quia obmutuit post institutionem heredum, & aliqua legata facta, valebit testamentum nuncupativum quia non videtur se restrinxisse ad unam formam testandi, sed ut valeat meliore modo quo possit.
- 70 Declaratur tex. l. i. is qui, ff. de testa n.
- 71 H. die de iure Regio requiritur eadem solemnitas in codicillis, quae requiritur in testamento nuncupativo, quoad numerum testium.
- 72 Voluntas patris declarata coram tribus testibus nuncupativè, quod unus ex filiis sit melioratus in Tertio: ceteri autem filii, aut omnes dividunt aequaliter bona alia hereditatis suae valet tanquam ultima voluntas in genere, etiam si testamentum non valet, ut testamentum nec ut codicillus.
- 73 Decisio filii patris, C. famil. herci. an sit hodie correcta per l. Tauri, quae requirit eandem solemnitatem in codicillis, quae requiritur in testamento nuncupativo.
- 74 Si pater moriatur relictiis 4. filiis heredibus, tribus masculis, & femina minore 25. annis, & fratres dederint ei in dotem fundum pro quarta parte hereditatis, quae sibi continebat, quae postea petit restitutionem contra praedictam permutationem factam cum fratribus, quia minus valebat fundus quam quarta pars hereditatis, an teneatur reddere fundum, vel sufficiat reddere aestimationem eius?
- 75 Et in praedicto casu an teneatur filia restituta in integrum restituere pretium quod hodie valebat praedictus fundus vel pretium quod valebat eo tempore quo fundus datus est in dotem.
- 76 Declaratur & limitatur tex. notabiliter in l. quod si nolit, s. restitutio. ff. de minoribus, & totus titulus, de minoribus.
- 77 Si mulier, aut parentes ejus, qui fundum aestimatum dederunt in dotem, decepti sint in pretio ejus quia plus valebat, licet non ultra dimidiam, an eis competat restitutio.

- re licet inofficiosam: & quomodo hoc procedat.
- 83 Filia si recepit à patre dotis nomine aliquid ultra legitimam quapropter est dos inofficiosa; de iure Regio si illud quod recepit ultra legitimam, non excedat Quintum, an poterit ipsa, vel maritus illud retinere tanquam quilibet extraneus, qui potest capere Quintum? ubi concluditur quod non est in hoc filia, vel maritus ejus est deterioris conditionis, quam extraneus.
- 84 Pater si dedit fundum aestimatum dotis nomine genero suo minori pretio quam valet, quo casu censetur donatam, an agere possint ceteri filii contra sororem, vel maritum si dos sit inofficiosa.
- 85 Si pater aut mater dedit filiae fundum aestimatum in dotem minori pretio quam valet, sciens plus valere, ita ut donatio censetur facta in parte qua plus valebat, & antea melioraverit filium in Tertio & Quinto bonorum per contractum irrevocabilem, & sic donatio non valet, quis poterit eam revocare mortuo patre, an filii heredes, an solus filius melioratus.
- 86 Declaratur lex 25. de Toro.
- 87 Filius melioratus in Tertio & Quinto bonorum habebit partem dotis inofficiosa dare filiae pro parte sua meliorationis.
- 88 Si pater habens quatuor filios & filias dedit filiae in dotem quartam
- re licet inofficiosam: & quomodo hoc procedat.
- 78 An restitutio competat mulieri, vel parentibus ejus qui fundum aestimatum in dotem dederunt, si minori pretio quam valebat aestimatus est.
- 79 Si pater dedit in dotem fundum aestimatum minori pretio quam valebat genero suo, non habebit filia actionem contra maritum, vel ejus haeres ad supplementum, vel rescissionem contractus, nisi pro ea parte qua haeres est maritus.
- 80 Pater qui fundum aestimatum dedit in dotem pro filia minore pretio quam valet, sciens plus valere quam aestimatus sit, non potest agere ad supplementum, nec ejus haeres, nec filia dotata, quia censetur donasse: sed si donatio excedat legitimam filiae, soli fratres poterunt agere contra maritum de inofficiosa dote, quia filia non potuit habere in dotem ultra legitimam, vel contra sororem eorum solutio matrimonio.
- 81 Filia, quae dotis nomine habuit à patre vel matre plusquam sibi contingit ex legitima sua, poterit agere, vel retinere sibi pro ea parte, qua haeres est mortuo patre, id, in quo fuit praedicta dos inofficiosa contra maritum, vel ejus heredes.
- 82 Pater si dedit filiae dotem inofficiosam, & in testamento ei praelegavit dotem, eam poterit retinere

- partem bonorum, quæ tunc habeat; & postea unum ex filiis melioratus post mortem patris possit aliquam partem dotis repetere ex dote data filie, & quantam.
- 89 Si pater dotavit filiam in certa quantitate, quæ non excedit legitimam, & Quintum, si tamen excedit legitimam & partem Tertii, an illud ab ea mortuo patre possit repeti.
- 90 Declaratur pragmatica Curiarum de Madrid, quæ loquitur de dotibus taxandis.
- 91 Declaratur iterum prædicta pragmatica de Madrid curiarum anni 1534. quæ loquitur de taxatione dotis.
- 92 Si à principio quondam dos data est filie, non fuit inofficiosa, etiam si postea efficiatur inofficiosa, quia pater consumpsit patrimonium suum, non potest ab ea repeti quod inofficiosum est tempore mortis patris.
- 93 Improbatur opinio Petri de Avendan, qui loquitur declarando legem & pragmaticam Curiarum de Madrid, super dotibus taxandis.
- 94 Declaratur mens, & intentio pragmaticæ Curiarum de Madrid, anni de 1534. quæ de dotibus limitandis loquitur.
- 95 Declaratur doctrina Bal. in l. si plures, C. de condit. infer. in qua fundavit suam opinionem.
- 96 Minus habet qui nihil habet.
- 97 Verba prolata à lege, vel testatore, indefinita, comprehendunt omnes casus qui ex verbis concipi possunt.
- 98 Invidia nascitur inter fratres, si iudicio patris plus habeat portare unus quam alius in bonis paternis dividendis.
- 99 Legum correctio admittenda est quando ex verbis legitur corrigere voluisse.
- 100 Leges semper fieri debent generaliter, ut omnes comprehendant, non particulares personas.
- 101 Fructus rei legatæ quæ pertinent ad legatarium ex die acquisiti dominii, an sint communes inter maritum & uxorem, cui prædicta res fuit legata.
- 102 Declaratur l. 1. 3. & ultima tit. 3. lib. 3. for. quæ loquuntur de fructibus comunicandis inter maritum & uxorem ex re unius eorum.
- 103 Fructus hereditatis delatæ marito, vel uxori non tenetur communicare unus alteri quousque eam possideat, licet sibi restituatur cum fructibus.
- 104 Quomodo dividi debent fructus ovium, aut bovm, vel aliarum pecudum, inter maritum & uxorem, si pars gregis unius eorum perierit.
- 105 Solutio matrimonio quomodo reddi debeant marito, vel uxori, oves,

- aves, vel boves, quas tulit ad matrimonium, vel numerus earum reddi debeat.
- 106 In obligatione rem restitui; re perempta succedit obligatio ad interese.
- 107 Si mulier vel maritus tulit ad matrimonium aliquas oves, vel boves, inestimatas, & mortuæ fuerint, si habeat deducere ex lucris constante matrimonio factis estimationem earum, qualem estimationem, & valorem deducere debet, an præsentem vel præteritum cum perierunt, vel tempore quo tulit ad matrimonium.
- 108 Si maritus vendidit oves, vel boves, quas tulit uxor ad matrimonium contra voluntatem ejus, an poterit uxor, vel ejus hæredes petere ab hæredibus mariti pretium verum quod nunc valebam, vel pretium exactum quod processit ex venditione earum.
- 109 Quanto tempore præscribatur juri agendi ad dividendum rem communem actione familia hereticæ, vel communi dividundo.
- 110 Socius qui rem communem possidet communi nomine, nullo tempore præscribit.
- 111 Quando cohæredes possederunt pro diviso aliquas res integras hæreditatis decem annis, præsumitur facta divisio.
- 112 Quod etiam procedit si inter istas res pro diviso possessas nulla sit

aqualitas, vel proportio earum.

113 Limitatur conclusio, ut hoc nimirum non procedat, si cohæres voluerit contrarium probare, quod nulla divisio facta fuerit.

## QUESTIO I.

- Vilis tractatu, & quaestionebus, quæ circa partitiones bonorum communium inter virum & uxorem occurrere solent; nunc videndum est, quomodo fiat divisio bonorum inter filios hæredes mariti vel uxoris, patre vel matre eorum defunctis: nam post divisionem factam cum uno ex conjugibus superstiti, alio prædefuncto de bonis communibus, postea dividi solent bona, quæ remanserunt communia filiis hæredibus, soluta parte, quæ competit matri, vel ejus hæredibus, in quibus multa dubia occurrere solent: idcirco de his quæ frequentius accidunt tractare necesse est, ut Jurisconsulti responso utamur in l. nam ad ea, ff. de legib.
- Et primò quaeritur quomodo fiat divisio inter filios cohæredes patris, vel matris defunctæ? Respondeo, que se ha de guardar la forma que el padre ò la madre dio en su testamento, como no le agraviare en su legitima, ut in l. parentibus arbitrium, Cod. de inofficioso testam.
- P. p. 3

testam. & l. quotiens, Cod. fami. hercif. Pero sino mando, ni dio la forma y orden como se avia de partir, se partira entre todos ygualemente, ut in l. inter filios, Cod. fami. hercif. & in l. ut liberis, Cod. de collatio. & in l. i. ff. de suis, & legi. heredi. & in l. lege, Cod. de legi. here. & diximus latius in principio hujus tractatus in cap. i. cum sequentib.

## QUÆSTIO II.

**S**ecundò quæritur in hac parte, Si uno de los hijos en vida de su padre, y con el dinero de su padre trato en algunas mercaderias en España, ò en Flandes, ò Indias, y gano mucho con ellos, ut frequenter accidit; que con dozientos, ò trezientos ducados vino à ganar tres ò quatro mill ducados: los hermanos quieren que todos se partan entre todos los hermanos porque todo se gano con el haver del padre, y se reputa peculio profectitio, que se ha de partir entre todos los herederos del padre, ut in l. certum, C. famil. hercif. tenet expressè in l. cum oportet, in prin. Cod. de bonis, quæ lib. in glo. magna, in prin. quam communiter sequuntur ibi DD. & in l. illud. C. de collation. Respondeo que quanto al dinero que le dio el padre para que tratasse, cosa llana es, que se ha de partir entre todos los

herederos: pero en quanto à las ganancias que se huvieren hecho con el dinero del padre, si es cierto que se hizieron con el dinero sin la industria y trabajo del hijo; en tal caso se han de dividir entre los herederos como peculio y bienes del padre, como si huviesse dado aquellos bienes à cambio, ò otro contrato semejante: pero si fuesse cierto que se ganaron con el trabajo è industria del hijo, y no con los dineros del padre: en tal caso seran las ganancias propria d. l. hijo, y no de los coherederos del padre: pero en caso de duda sacado el dinero que dio el padre para los herederos, toda las ganancias se partiran: la mitad para el hijo por la industria y trabajo de su persona: y la otra mitad para los herederos del padre: sicut fit in societate, quando unus ex focis ponit pecuniam, alter industriam, & diligentiam; ut tenet Glo. in l. i. C. pro socio, hanc distinctionem tenuit Bartolus in l. illud. Cod. de collation. & in l. i. §. nec castrense, in 2. col. Cod. de collat. honor. & in l. cum oportet, Cod. de bonis quæ liber. cujus opinioni licèt nonnulli adversentur, & contrarium teneant, imò quod totum sit peculium profectitium, & dividatur inter heredes; verior & magis communis est opinio Glof. & eam sequuntur Fulgof. & Paul. ibi, & Angel. in consi. 85. incipienti, Pater habens plures filios,

filios, in fi. col. Ang. Pau. in l. cum oportet, in princip. Cod. de bonis quæ liber. & Ludo. Roma. in consi. 469. incipienti, Quoad primum propositæ conclusionis articulum, & Abbas in consi. 36. in 2. volum. & Jaf. in dict. l. illud, Cod. de colla. in 4. colum. num. 6. Sed licèt hæc opinio, & distinctio Barr. de jure communi vera, & communis sit, hodie tamen absolutè, & sine aliqua distinctione: non procedit, nam dispone la ley del fuero, lib. 3. l. 7. tit. de las labores y partitiones, que todo lo que el hijo ganare con el haver del padre, ò de la madre estando en su poder antes que se caxesse, es proprio del padre, ò de la madre, y despues de los dias dellos se ha de partir entre los hermanos ygualemente: sed prædicta lex potest etiam intelligi secundum prædictam distinctionem, que videtur æquissima.

## QUÆSTIO III.

**T**ertio quarto, Si uno de los hijos, que era el mayor, y los otros muy pequeños, que no podian trabajar en vida del padre, administrador toda la hacienda y posesiones del padre, y la acrecento mucho con la industria y trabajo de su persona. Muerto el padre, los hermanos quieren partir la hacienda ygualemente: el mayor dize, que se le

pague entre todas cosas un salario moderado del tiempo que administrò la hacienda, como lo llevara un mayordomo que la tuviera à cargo, supuesto que el padre era tan viejo que no lo entendia ni podra administrarla. Istam quæstionem tangit Fulgof. in l. illud. Cod. de collat. & tenuit quod tale salarium debeat habere filius: sed Jaf. ibi in col. 5. num. 7. tenet contrarium: imò quod filius nihil habere debeat ex opera sua: motus certis rationibus ibi per eum adductis.

Quid autem tenendum sit in hoc casu, crederem has duas opiniones posse concordari hoc modo, que si el hijo con su diligencia è industria acrecento la hacienda del padre, ò de la madre, sin poner en ello trabajo alguno de su persona, que en tal caso sea verdadera la opinion de Jafon supra relata, que no pueda pedir ni llevar salario, ni otra mejoría alguna por ello, de los bienes del padre, ò de la madre; quod verissimum puto, maxime hodie, atenta dispositione prædictæ legis fori lib. 3. tit. 4. l. 7.

Pero si el hijo acrecento la hacienda con su trabajo proprio corporal de sus manos cavando y arando, y labrando las viñas y heredades, de tal manera, que mediante su trabajo se acrecentaron mucho los frutos; en tal caso sera verdadera la opinion de Fulgo. o, y que al hijo se aya de pagar y llevar

llevar alguna cosa mas que los otros hermanos por su trabajo. Quod tenet expressè Pau. de Castro in l. cum oportet, in princ. C. de bonis que lib. quod verum puto; & habet summam æquitatem, & fundatur in textu illius legis, cum oportet, in princ. ibi, vel ex laboribus suis, ubi reputatur adventitium, quicquid filius lucratur ex laboribus suis: quod est bene notandum; quia quotidie contingit, & dubitatur de tali quæstione.

## QUÆSTIO IV.

8 **Q**uartò quæritur: Si uno de los hermanos estava ausente, y los otros quieren hazer partition entre si, de los bienes de su padre, ò madre, y le embiaron à requerir que viniessè acceptando, ò repudiando la herencia, à hallarse presente à hazer la dicha partition y cuentasse hermano, ò hermana porque tenia llevado mucho en dote ò donacion propter nuptias, de los bienes de su padre, ò madre, no accepto expressamente la herencia, pero dio poder à su marido, ò à un procurador, para que en su nombre pudiesse acceptar la dicha herencia, y hazer la partition, y recibir la parte que le viniessè della, como se suele hazer comunmente. El marido, ò procurador pressentò el poder en el processo

para mostrarse parte, pero no accepto expressamente la herencia, mas de assisir à ella, y visto que no le venia nada, porque avia recibido mas que los otros en la dote que avia llevado, renunciò la herencia: los hermanos dizen que no puede renunciarla porque ya la accepto al principio, al tiempo que dio poder para acceptar la herencia, y hazer la partition, y que ha de bolver lo que tiene llevado mas en la dote, que los otros sus hermanos, pues no puede ser mejorada la hijataceta ni expressamente, ut habetur in l. Regia de Madrid, del año de 1534. c. 101. & hæreditas non potest adiri per procuratorem; nam eo ipso quod quis dedit mandatum ad adeundam hæreditatem, videtur adire, cum aditio hæreditatis solo consensu contrahitur, & in animo consistit, ut habetur in l. Paulus per procuratorem, & in l. gerit, ff. de acquiren. heredit.

Respondeo, que podrá este hermano, ò hermana ausente, renunciàr la herencia, y que no es visto acceptarla por haver dado poder à un procurador, para que la pudiesse acceptar, y hazer la partition, si el procurador no la accepto, ni quiso llevar parte de la herencia, & prædicta legi Paulus, de acquir. hæredi. respondetur, quod illa procedit quando quis simpliciter mandavit procuratori suo, ut adiret talem hæreditatem,

ditatem; nam statim quod voluit adire, & mandatum dedit procuratori ad adeundum, videtur adire.

Pero en nuestro caso es cosa diferente, porque no mando à su procurador que acceptasse la herencia, sino que le dio poder y facultad para que pudiesse acceptarla, el qual no uso de la dicha facultad ni accepto, visto que no le convenia acceptarla, y assi non est propriè mandatum acceptandi, sed quædam facultas, vel potestas quæ datur procuratori, ut adire possit hæreditatem, si sibi videtur: hæc distinctio probatur, & sumitur ex leg. si quis alicui, ff. de acquir. hæred. quæ est singularis in proposito: juncta d. l. Paulus per procuratorem, ejusdem tituli.

## QUÆSTIO V.

11 **Q**uintò quæritur, Si los arbitros Contadores nombrados por las partes, para hazer la partition entre los hijos y coherederos del difunto, podran adjudicar una cosa à uno de los herederos, y otra cosa à otro en el precio quo fueron apreciadas libremente, à voluntad de los Contadores; porque en esto podrian agraviar mucho à las partes, ò gratificar à quien quisiesse, dando y adjudicando à uno una cosa, que fuesse de mucho valor, y estuviesse aprecia-

da en poco; ò por el contrario, adjudicando à uno de los herederos algunas cosas que no fuesse de mucho valor, ni provecho, y estuviesse muy cargadas en el aprecio. Respondeo, que el Juez ordinario es cosa llana que puede hazer las dichas adjudicaciones à uno enteramente, ò en parte, y condenarle que de la mitad de la estimacion al otro coheredero quando aquella cosa no recibe comoda division ut in l. ad officium, C. communi dividendo; & in §. si famil. her. ciscunda, Instit. de offic. Judicis, & in l. antepen. ff. fami. herc.

Pero en estos Contadores es mayor la duda si lo pueden hazer? Et videtur quod hoc non possunt facere; quia isti calculatores, seu ratiocinatores nullam jurisdictionem habent ad pronuntiandum; sed rationem reddere debent Judici, ut ipse pronuntiet, ut est casus expressus, ubi not. DD. in l. instar. C. de jure fisci, ubi not. Bar. & Platea, & cæteri Scribentes.

Sed contrarium tenendum est, en estos Contadores partidores, imò que pueden hazer las adjudicaciones de los bienes de la herencia que no reciben comoda division, à los herederos, como à ellos les parece, que mas conviene; porque por la comission que les dan las partes en el nombramiento que hazen, y el juez que les comete la dicha parti-

es visto darles comission para todo ellos, y cometerles aquellas cuentas y particion, para que puedan hazer las mismas adjudicaciones de los bienes que el juez pudiera hazer: ita declarat Alexan. in addit. ad Bar. in d.l. instar. Cod. de iure ff. num. 12. & num. 17. Et hoc probatur ex l. si qua. Cod. famil. hercis. & l. penul. ff. de confes. & ad hoc notat eum Pau. ibi. & est textus magis expressus in l. Marcius, §. 1. ff. fami. hercis. & in l. in iudicio familiae hercis. ff. fami. hercis. ibi: & cum adjudicaciones ab Arbitrio fiant, si uni adjudicetur totus fundus, oportet cavere, ut quæ ex his actionibus recepta fuerint reddantur.

Y assi se conluye, que estos Contadores partidores, à quien se comete por el juez que hagan la particion entre los herederos, tienen jurisdiccion para pronunciar sobre ello, lo que les pareciere que se deve hazer, y hazer las adjudicaciones de los bienes hereditarios conforme à lo que cada uno de los herederos ha de haver, mandando entregar à cada uno dellos en los bienes de la herencia, cada cosa en su precio; ut probant jura superius allegata, & ita servatur quotidie; licet verum sit, que si estos Contadores agravassen à alguna de las partes, de la manera que esta arriba apuntado, dando lo mejor y menos cargado à uno de los herederos,

y lo peor y mas cargado à otro, que podrian apelar, y pedir ante el juez ordinario que se deshiziesse el agravio, y se redugesse al advirrio de buen varon, ut supra diximus in capitulo particulari, quod de his Arbitris fecimus, in prima parte hujus tractatus; & probatur optimè in l. majoribus, Cod. communia atriuf. que judi. in fine, ibi: & quod inaequaliter factum esse consiterit, in melius reformabitur.

#### QUÆSTIO VI.

**S**Extò queritur, Si en esta division que hizieron los Arbitros Contadores despues de hecha y acabada digere alguna de las partes, despues de haver passado algun tiempo, que estava agraviado en ella por que la viña ò heredad que se le adjudico, es poco fructo, y no valia tanto como le fue cargada, si podra venir contra ello, y pedir que les otros coherederos le desagravien, y se de haga la dicha particion en este articulo? Et videtur quod audiendus sit, ut probat tex. notab. in leg. majoribus, Cod. communia utri. judi. cujus verba sunt; Majoribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam factis sine iudice divisionibus, solet subveniri, quia in bona fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse consiterit, in melius reformabitur. En ergo textum notabilem,

lem, qui bene probat istam conclusionem, ut prædictum gravamen reformetur post divisionem factam, si perperam factum est, non solum per dolum, vel fraudem. Et licet Glof. ibi & communiter Scribentes teneant, quod dicta lex locum habeat, quando quis gravatur divisione ultra dimidiam iusti pretii, non aliàs; Ego tamen verius esse puto, quod, etsi non sit ultra dimidiam, habeat locum dispositio illius legis, si læsio sit inmodica: quod colligitur aperte ex illo textu, qui nihil de læsione ultra dimidiam iusti pretii dixit, sed solum si perperam facta est divisio, etiam citra dolum & fraudem; quod probatur ibi, vel perperam factis & quidem videtur divinatio, dicere, quod ille textus loquitur in casu quo læsio sit ultra dimidiam, cum in eo nullum verbum de hoc sit.

Secundò, quia si loqueretur de remedio ultra dimidiam daret electionem coheredi, ut patiatur reformari divisionem, vel solveret iustum pretium, sicut statutum est in l. 2. Cod. de rescind. vendi. sed nec de hoc ullum verbum est in illo textu, sed absolutè disponit, quod divisio reformetur, & reuducatur ad æqualitatem, ut probatur in textu, ibi; & quod inaequaliter factum esse consiterit, in melius reformabitur, Et licet Bal. ibi

senferit, quod in casu illius legis, libellus debet concludere, dando electionem reo ut si velit suppleat iustum pretium, vel faciat rescissionem divisionis; hoc etiam, est divinatio; quia textus hoc non dixit, & contrarium tenent Petrus, & Cinus ibi, apertè concludentes non audiri tunc reum conventum, qui in pecunia supplere, vel satisfacere velit: sed præcisè teneri in rebus ipsis divisis, quod iterum fiat divisio: & hoc etiam tenet Alberic. & Fulgo. ibi, & Faber.

¶ Tertio fundatur hæc conclusio evidentissima ratione; nam qui vendit, animum & consensus habet vendendi, & alienandi rem suam, idcirco contravenire non potest, nisi ultra dimidiam iusti pretii gravetur; sed qui divisionem facit, non habet animum vendendi rem suam, sed dividendi; & æqualem portionem pro jure suo in eisdem bonis consequendi: ita declarant prædicti Doctores Cinus, & Petrus, & Faber in dict. l. majoribus, rationem reddentes, quare non habeat locum ibi, supplere iustum pretium; sed quod reus præcisè teneatur ad rescissionem, & reformationem dictæ divisionis perperam factæ; & sic evidenter sentiant, remedium illius legis, non esse idem quod est in l. 2. C. de rescind. vendit.



Sicque teneo pro constanti, quod etiam non interveniat læsio ultra dimidiam iusti pretii in casu illius legis, sino que no aya agravio notable en la dicha partition, quod relinquitor arbitrio Judicis; que se ha de deshazer el agravio, quia perperam facta est; ut probat ille text. in dist. l. majoribus, in fin. ibi: & quod inæqualiter gestum esse constiterit, in melius reformabitur, maximè si aliquid perperam factum in ea invenitur.

### QUÆSTIO VII.

**14** Septimò quæritur, Si en la partition no huvio agravio muy notable, sino en poca cantidad, si se podra venir contra la partition hecha y consentida para que se deshaga el dicho agravio, el error de cuentas se puede pedir que se deshaga, aora sea en mucha, aora sea en poca cantidad, nisi super eo transactum sit, vel judicatum, ut in l. 1. & que ibi not. DD. C. de error. cal. Pero sino fuisse error de cuenta, sino otro agravio ò error semejante, idem puto, que se ha de deshazer en qualquiera cantidad que sea poca, ò mucha: exempli gratia, Pongamos que los Partidores sacafsen la mitad de una viña, ò heredad, que se compro durante el matrimonio por bienes mejorados para la muger, juntamente con la dote que

trajo, despues no se halla bienes de que sacar su capital al marido que trajo al matrimonio: en tal caso aunque la partition este consentida por las partes, y no sea el agravio mucho, se ha de deshazer esse yerro, quia est perperam facta divisio, ut in d. l. majoribus, Cod. communia utriusque judi. porque no se avia de sacar la mitad de la dicha viña por bienes mejorados, hasta que se sacafsen los capitales que trageron ambos al matrimonio. O pongamos que los Contadores sacassen de todo el cuerpo de bienes el Quimo para el mejorado en el, y de lo restante sacassen las deudas que se devian por el difunto, y las cargassen à los herederos, esto no es error de cuenta, sino error en el modo, de como deve hazerse la partition y agravio contra los herederos. O pongamos que al legatario ò mejorado en el Quinto, se cargassen todas las deudas que devia el testador, aunque fuesen pocas; en esse caso se ha de reformar y deshazer esse agravio, aunque no aya engaño ultra dimidiam, quia perperam factum est, y este es el proprio caso y entendimiento dictæ legis, majoribus, Cod. communia, utriusque judic. in quantum dicit, vel perperam factis & c. licet Doctores multum laboraverint, & variaverint in illius legis intellectu; maximè Pinel. in cap. 1. 2. partis legis 2. Cgd. de rescim. vendit. intelligendo eam,

ut

ut Gloss. ibi intellexit, quod loquitur quando intervenit læsio ultra dimidiam iusti pretii, quod verum non puto, ut supra diximus; sed quod intelligatur in quocunque gravamine, vel errore perperam facta, hoc est contra jus; ut in exemplis supra positis apparet, & similibus; & tunc non habet difficultatem aliquam, nec contrarium prædictæ lex, majoribus, sic intellecta.

**15** Pero esto se entiende y ha de limitar, salvo si despues de hecha la partition donde huviesse los dichos errores y agravios, se huviesse aprobado por sententia de juez, y huviesse condenado à las partes que la guardassen y estuviesse por ella: ut fit quotidie quando coram Judice fit bonorum divisio, y esto quisio sentir y declarar el texto in dist. l. majoribus, in eo quod dicit, sine Judice factis, quasi dicat aliud esse, quando cum Judice, hoc est, cum sententia Judicis, tunc enim non haberet locum dispositio illius legis: Et idem expressius probat prædictam conclusionem, & limitationem tex. in l. cum putarem ff. fami. hercis. ubi Jurisconsultus utitur eisdem verbis ibi, plane si sine Judice diviserint res, conditio est earum.

**16** Lo qual procede llanamente, quando el juez en contradictorio juyzio dio sententia entre los herederos, que la partition se hiziesse de aquel-

la manera, aunque en ella huviesse los errores y agravios que arriba estan dichos y apuntados: quia tunc licet divisio esset perperam facta, se ha de guardar y estar por ella aviendo sententia consentida, ò passada en cosa juzgada que assi lo manda; porque entonces ya no hazen les agravios los contadores, sino el juez que mando guardar la dicha partition hecha en aquella forma, y no apelaron las partes de aquella sententia: Tunc enim de se queri debent, quod non appellaverint à tali sententia; non autem de Arbitris ad dividendum datis, qui perperam divisionem fecerunt, cum jam sit judicium eorum sententia Judicis confirmatū.

Pero si la sententia del juez no fuefse dada en contradictorio juyzio, cum causæ cognitione, crederem prædictam conclusionem non habere locum, en esta manera: Si las partes y coherederos acabada la partition (ut solet fieri quotidie) pareciesen ante el juez y escrivano de la partition, y digessen, que ellas han hecho aquella partition que presentan ante el juez de la manera que esta hecha, que esta bien hecha, que le piden que la confirme por su sententia, y la mande guardar à las partes, y luego el juez sin mas conocimiento de causa la confirmasse, y condenadofse à las partes que la guardassen, como se suele hazer siempre en tal caso. e. edere, que si la partition

estavisse perperam facta con los dichos errores y agravios, aunque el juez la confirmasse por su sententia, y las partes la huviesse consentido, y no apelaron della, que podrian venir contra ella, y pedir que se deshagan los dichos errores y agravios, aora sean hechos por error de cuenta, ut in l. i. de errore cal. aora sea porque la particion fue perperam facta, y tuviesse los otros errores arriba dichos, ut in dict. l. majoribus, Cod. communia utriusque judicii, & dict. l. cum putarem ff. fami. hercis. quia licet videantur contradicere predicta jura in eo, quod dicunt habere locum in divisionibus sine iudice factis; illud intelligendum est (& ita colligitur ex dictis iuribus) quando sine sententia iudicis in contradictorio iudicio, & cum causæ cognitione lata, facta fuerit divisio hoc sentit Gloss. in d. l. unica, Cod. de erro. cal. & probat rex. in dict. l. cum putarem, ff. fami. hercis. cum. in princ. ibi; Egi tecum familiæ herciscundæ iudicio, & à iudice invicem adjudicationes, & condemnationes factæ sunt; & in fine, ibi plane, si sine iudice.

Quod etiam fundatur ex ratione, & conclusione vulgata, quod verba iudicis prolata, causæ cognitione non procedente, non habent vim sententiæ diffinitivæ, ut in l. ex stipulatione, Cod. de sentent. & interl. omn. judi. ubi hoc not.

Bal. & communiter omnes Scribentes. Hic autem in casu præmissis, Iudex non pronuntiavit partitionem servandam eo quod cognoverit de iustitia ejus; sed quia ipsæ partes, & cohæredes de hoc coavenerunt, quorum consensum tenebatur sequi ipse Iudex, ut in l. si convenit ff. de re judi. & expressius in l. i. §. inde quaritur, ff. de ope. nuntia. ibi: quid enim agebat Prætor quam hoc, ut controversiam eorum divideret, à quibus si sponte recesserint, debet id ratum habere, qui textus est notabilis ad præpositum, in his verbis, debet id ratum habere, quæ verba important necessitatem: ergo si debuit concordiam partium sequi, non est sententia sua, id quod pronuntiavit; sed consensus partium.

Item prædicta conclusio fundatur ex his, quæ tradit Bartol. Bal. & ceteri Scriben. in l. 2. Cod. de rescind. vendit. quod si venditor dicit in instrumento venditionis, quod si plus valet res, quæ venditur, de illo facit donationem emptori, quod nihilominus poterit agere venditor remedio dictæ legis 2. Cod. de rescind. vendi. quia cum illa donatio fuerit facta in continenti in ipso instrumento contractus, non videtur proprie donatio: quia eadem facilitate, qua vendidit rem suam minori pretio quam valeret, eadem donavit, vel renun-

## QUÆSTIO VIII.

renuntiavit juri suo si ignoravit justum valorem rei suæ: & quia non videtur renuntiare juri suo quod ignoravit: sic in proposito nostro certum est, quod cohæredes qui dictam divisionem perperam fecerunt; & eam approbaverunt, si ignoraverunt jus suum, ut præsumitur ex tali errore: non videntur per approbationem, & consensum quam præstiterunt, renuntiare juri suo quod ignoraverunt; etiam si sententiam iudicis confirmatoriam petierint, & iudicatis in continenti paruerint, nec Iudex voluit ultra protendere iudicium suum, quod in consensu partium nititur, quam quousque consensus protenditur; quippe cum de causa non cognoverit, sed solum consensum partium securus est, qui cum deficiat (prædicto errore comperto) nec valet consensus, nec sententia iudicis, quia in eo fundatur. Et ita constanter tenet, quod prædicta lex majoribus. C. communia utri. judi. & l. cum putarem, ff. fami. hercis. non procedant, quando sententia iudicis confirmatoria divisionis facta inter cohæredes, lata fuit sine causæ cognitione, solum ex consensu, & petitione, eorum, si prædicti errores, & gravamina in ea intervernerint: quod summè notandum est, quia quotidie contingit.

Octavo quaritur, Si los Contadores nombrados por las partes para hazer la particion, huviesse hecho algun error ó agravio en las cuentas y particion que hizieron, y despues de dados sus pareceres, y hecho sus adjudicaciones y entregos à cada uno, reconociessen el error y agravio que huviesse hecho; si podrian de su officio, ó à petición de alguna de las partes revocar y enmendar el dicho error y agravio? Et videtur quod non possint; nam postea quam pronuntiaverint, functi sunt officio suo, ut in l. iudex postea quam ff. de re judi. & expressius in l. cum quærebatur, ff. eod. tit. cujus verba sunt; Cum quærebatur iudex si perperam judicasset, an posset eodem die iterum iudicare? Respondi non posse.

Sed hoc in iudice ordinario, vel delegato procedit, nam postquam pronuntiavit, sive bene, sive male, functus est officio suo; sed in istis Arbitris ad dividendum datis, qui vulgo, Contadores, appellantur, contrarium crederem: cum regulariter jurisdictionem non habeant, sed ex consensu partium, & approbatione iudicis hanc facultatem habeant, quæ tacite videntur eis committere, ut divisionem perfectè faciant & perficiant, idcirco poterunt errores suos emen-

emendate, & mutare in melius, & reformare sententiam suam, cum id tacite videatur sibi commissum, ut omnes quaestiones circa id occurrentes dirimant, nam quod tacite agitur, pro expresso habetur; ut in l. cum quid ff. si certum petatur, in prin.

Y assi concluyo, que en este caso podran los Contadores enmendar su error y sentencia, y reformar la dicha particion despues de haver dado sus pareceres, y pronunciado sobre ello, salvo si despues desto el juez huviesse confirmado la dicha particion por su sentencia, ut in l. cum putarem, ff. fami. hercisf.

#### QUESTIO IX.

**N**ONò quaeritur. Si la cosa que cupo à uno de los coherederos en la particion le salio incierta, y se la sacan por pleyto, porque no era del difuncto, si los otros hijos y coherederos seran obligados al saneamiento de aquella cosa que le sacaron y le salio incierta? Respondeo, quod hæc quaestio distinctionem recipit, ideo sic distinguendum erit: O esta cosa que le cupo en particion à uno de los herederos, le cupo en parte de su herencia, ò le cupo por via de prelegado, ò mejoría que le hizo el padre, ò madre, en su testamento, si le cupo en la particion en parte de su legitima y herencia, cosa llana

es, que los coherederos seran obligados todos cada uno por rata de sanearle esta cosa que le dieron à esta herencia, excepto por la parte que à el le cabe, como à un heredero, aora se ayan obligado al saneamiento los otros coherederos, aora no se ayan obligado à ello al tiempo que hizieron la particion, sino hizieron pacto de lo contrario, ad similitudinem emptionis & veditiois; quia unusquisque videtur vendidisse alteri, vel permutasse partem suam quam ille recepit ultra partem, quæ ei competit ex hereditate; ut in l. 1. Cod. communia utriusque judic. & l. si familia hercisunda, Cod. famil. hercisf.

Lo qual procede y ha lugar, quando al coheredero le cupiesse particion una casa, viña, ò haça, ò predio enteramente, porque entonces si fuessen dos hermanos y coherederos seria obligado el otro hermano à sanear la mitad à este hermano que el cupo en particion; porque la otra mitad à el le competia como à heredero: y la otra mitad no mas fue visfo venderle el hermano que se la dio en particion: pero si una misma cosa se partio y dividio entre ambos hermanos, y aquella era agena, y al un hermano le quitaron y sacaron por pleyto su parte, en tal caso no tiene regresso de eviccion contra el otro coheredero que le sanee la parte que le fue sacada, porque tambien le podria ser quitada y sacada à el por justicia la suya

suya por el mismo derecho y si el señor della no se la quiere, ò no puede pedir por alguna causa, ò porque ya contra el tiene el poseedor adquirida prescripcion, ò porque pidio primero contra el, y porque no provò, se dio sentencia en favor del reo, y tiene ya cosa juzgada en su favor, no se puede agraviar el otro hermano à quien le fue quitada y sacada por sentencia la otra mitad para que sea obligado à sanearse la su hermano y coheredero, pues no fue por su culpa haverse la quitada y sacada pues tambien le corrio el mismo riesgo y peligro en su parte no le fue pedida, ò se le pidio: mas porque no provò el actor, ò estava ya prescripto quando le pidieron fue abjecto, quia hi casus cuilibet possessori adscribuntur, & damnum vel commodum cujuslibet ipsorum erit: non autem communicatur inter eos, ita notabiliter limitat Guilliel. de Cuneo ibi, in dict. l. si familia hercisf. Cod. famil. hercisf. quem refert & sequitur Paulus de Castro ibidem: quod est summè notandum, quia est maxima declaratio ad dictam regulam positam in dict. leg. si familia, ut cohæredes teneantur unusquisque: alteri de evicione, nam hoc casu non teneantur, & quotidie potest contingere. Et licet Guilliel. & Paul. nihil allegent; ratio tamen ea videtur esse, quod fratres dividendo Ayora de Partitionib.

rem alienam inter se æqualiter, nullus eorum gravatur, sed periculum fuit utriusque, & culpa unius cum culpa alterius compenfatur, cum res aliena æqualiter inter eos divisa sit: argum. tex. in l. de fideicommissis, C. de transact. sed si inæqualiter dividerent, vel plures fratres, vel cohæredes essent, puto aliter dicendum. Y que en tal caso, quando la cosa agena se partio entre todos, y los otros no llevaron parte en ella, sino en los otros bienes que eran propios del difuncto, y al uno de estos le fue sacada su parte por justicia, que podria pedir y tener regresso contra los otros hermanos y coherederos, para que le sanear la parte que le cupo en aquella cosa agena, que le fue sacada, fuera de su parte que à el le cabia como à uno de quatro ò cinco herederos, lo qual le pagaran y sanearan todos los herederos cada uno por su quarta ò quinta parte segun fuere, excepto aquel que le cupo la otra mitad desta cosa agena, porque le queda el mismo riesgo y peligro porque lo gano por su diligencia, o negligencia de su adversario; ut diximus de eo qui rem prescriptit.

Y lo mismo sera, si entre estos dos hermanos solos se huviesse partido esta cosa agena, inæqualiter, porque à uno se le adjudico la tercia o quarta parte della, y al otro lo restante, que en tal caso tenia regresso

contra este hermano que le cupo menos en ella, y contra los otros que no les cupo nada, para que le saneen cada uno por rata la parte que le fue sacada, demas de la que à el le cabia de su parte, jure hæreditario, porque esta es à su riesgo y peligro, como uno de quatro ò cinco herederos, eisdem rationibus supradictis: & quia hoc casu cessant rationes in quibus fundatur Guillemus, & Paul. in *dist. l. si familie, C. faml. herisc.* quare non teneatur cohæres de evicitione, qui rem alienam divisit æqualiter cum cohærede suo cui res & portio sua fuit evicta: Lo qual procede, y ha lugar quando la particion fue hecha por el juez, o por las partes, que entonces son obligados los cohærederos à la eviccion regulariter, secundum distinctionem prædictam.

20 Pero si la particion fue hecha por el padre en su vida o en su testamento, no es obligado el un heredero al otro de eviccion en aquello que le adjudico el padre mas que su legitima, porque tiene fuerza de legado y manda; en el qual regulariter non habet locum evicitione, ut habetur in *l. si domus; §. 1. ff. de legat. 1. per Glos. & Bart. ibi & in l. cum pater, §. evictis. ff. de legat. 2. & in l. 9. tit. 15. par. 6. ubi expressius hoc disponitur.*

El otro caso es, si esta cosa que le

fue sacada y evicta al uno de los hermanos y cohærederos, no le cupo en su parte de la herencia, sino porque le fue mandada, o mejorado en ella por el testador; nam etiam prælegata; & fideicommissa veniunt in iudicio familie heriscundæ, ut in *l. si qua fideicommissa, C. faml. herisc.* Y en este caso, similiter est distinguendum, o el legado fue in genere, como un cavallo, o una mula, sin declarar pieça, o cierta cantidad de trigo, vino, lana, o azeite, o otra cosa semejante, sin declarar mas in specie; en tal caso, si le sacassen y quitassen esta cosa que le pago el heredero al legatario, porque era agena, obligado seria el heredero à la eviccion y saneamiento al legatario, porque no cumplio el heredero en pagarle aquella cosa que era agena, ni aquella le fue mandada por el testador, sino in genere, quod petere non potest; ut in *l. incendium C. si certum petatur; hoc probatur in l. qui concubina, §. si hæres, ubi not. DD. ff. de legat. 3. Glo. & DD. in l. si domus, §. de evicitione, ff. de lega. 2.*

Pero si el legado fue in specie, como si el testador mandasse en su testamento à uno de sus hijos una casa, o viña, o otra cosa semejante, si esta fue propria del testador, si per imprudentiam iudicis, le condenasse en ella, y le fuesse quitada, no son obligados los herederos à la eviccion

cion della, ut *l. si per imprudentiam, ff. de evict.*

22 Pero si la cosa era agena que el testador mando à uno de sus hijos, herederos, ò à un extraño, tunc etiam distinguitur, ò el testador sabia que era agena, si la poseya un extraño obligados son los cohærederos à comprarla, ò à pagar la estimacion, y à sanearla al legatario si le fuere sacada, ut in *l. cum rem alienam, C. de lega. ubi per Glo. & DD.* Pero si el testador no sabia que era agena, sino creyendo que era suya, porque la tenia y poseya por suya, entonces, si el legado fue hecho à persona estrañã del testador, no seran los herederos obligados à la eviccion y saneamiento deste legado, pero si fuesse hecho à pariente, ò à persona conjuncta del testador, seran obligados los herederos à la eviccion, salvo si el legatario fuesse tambien heredero del testador, ut in casu nostro: porque en tal caso no seran obligados los herederos à sanear al legatario el legado que le fue sacado, aunque sea persona conjuncta del testador porque le basta quedar con la parte de herencia que el testador le dejo, ut in *l. cum pater, §. evictis; ff. de legat. 2. ubi not. DD.*

Pero si el testador hizo prelegado à todos los hijos y herederos, entonces obligados seran à la eviccion los unos à los otros, per viam exceptionis, non jure actionis, ut in *d. §.*

*evictis qui est notabilis ad hoc; & ad hoc commendat Barr. Pau. & communiter omnes Scribentes ibi, & Roder. Xuar. in repeti. leg. quoniam in prioribus, quæst. 3. fol. 89.*

Pero esto se ha de limitar y entender, salvo si el padre hizo algun legado à su hijo, y mando que se le comprasse en su legitima, y este legado le fuesse quitado y sacado por justicia ò alguna otra cosa de su legitima, porque entonces obligados serian los otros hermanos y herederos à sanearsele, ut in *l. scimus, in princ. ubi hoc notat Bal. C. de officii. testam.*

¶ Sed advertendum est, quod<sup>23</sup> subtilitas, quæ introducta est per decisionem illius textus *d. §. evictis*, quod quando pater divisit hæreditatem suam inter filios, non teneatur unus alteri de evicitione jure actionis, sed ope exceptionis, possit se defendere; crederem hodie non habere locum attempta dispositione dictæ legis *Parti. quæ est l. 9. tit. 15. par. 6. ubi indistinctè statuitur*, quod quando pater divisit hæreditatem inter filios, vel in vita, vel in ultima voluntate, quod nullus alteri teneatur de evicitione si aliqua res ei evincatur ex his, quæ pater illi assignavit; quod ibi absolute statuitur sine aliqua distinctione, an per viam actionis petat, vel ope exceptionis, ut colligitur

tur ex illis verbis: Entonces los otros herederos no serian tenidos de hazerle enmienda ninguna: quod verbum, Ninguna, generale est, & excludit omne remedium, sive in rem actionis, sive ope exceptionis: solum igitur advertendum est, an res evicta sit de legitima filii, vel prælegatum ultra legitimam; nam si prælegatum est, non debetur evictio, ut *dict.* l. *Parti.* si verò sit de legitima filii, tenebuntur hæredes de evictione, ut in *dict.* l. *scimus, in prin. C. de inoffi. testament.*

\* Nunc incidenter quero, Si el tiempo que partieron los hermanos ó herederos los bienes del difuncto, partieron alguna cosa agena que no era del difuncto y se obligaron todos cada uno in solidum, al saneamiento de la parte que cupo à cada uno de los dichos bienes, si à uno de los coherederos le quitaron la parte que heredó, si podrá pedir à uno de sus coherederos in solidum, que le sanee aquella cosa que le fue sacada por justicia, porque era agena; quod est magni effectus, si fortè alter frater vel cohæredes degunt in alia civitate, vel provincia, vel est facerdos, & sic conveniendus ante iudicem Ecclesiasticum, quod laboriosum est, yr à pedis y irigar ante otro juez? Respondeo, que es cosa llana y sin duda, que se pueden obligar los coherederos todos, y cada uno

dellos por el todo de mancomun, al saneamiento de los dichos bienes, ut in l. si non singuli, C. si certum petat. & in l. i. & per totum tit. ff. & C. de duobus reis.

Pero la duda mayor es, que parte podrá pedir y cobrar este coheredero de aquella cosa que le faltó incierta, y porque parte le dara cession y carta de gasto al coheredero que le pago al saneamiento de la cosa que le faltó incierta: y porque parte podrá cobrar el que le pago, de su coheredero? Respondeo, que como digimos arriba en esta questio y capitulo regulariter, el coheredero à quien faltó incierta alguna cosa de las quales fueron adjudicadas en la particion, tendrá derecho de pedir el saneamiento della à los coherederos, y la cobrara menos la parte que à el le cabe como un heredero; verbi gratia, Pongamos que eran quatro herederos; podrá cobrar las tres que es menos la quarta parte que à el le cupo, y la ha de perder, como uno de quatro herederos, y por estas tres partes que ha de cobrar, y cobra, de sus tres coherederos, ò del uno solo, si estavan obligados de mancomun podrá dar cession y carta de gasto à este coheredero que le pago los tres partes, no para que las cobre todas de los otros dos coherederos, sino de si, y dellos: por manera, que en effecto no le puede dar carta de cession y gasto, para que cobre de los otros dos coherederos todas

das las tres partes que el cobro del uno obligado de mancomun, sino solamente de las dos quartas partes que deven los otros dos coherederos que no han pagado nada: y assi el que cobra las tres partes, ha de perder la quarta que le cabia à el como à un heredero: y la otra quarta parte perdera el que pago las tres; porque à el le cabia la una dellas, y ha de cobrar lo que mas pago de su quarta parte, que son las dos partes de tres que pago por los coherederos, hoc modo, que si la cosa que le fue sacada à este coheredero, valia y fue apreciada en quatrocientos ducados, podrá cobrar los trezientos de los tres coherederos, ò del uno dellos si estavan obligados de mancomun: y este que pago las tres partes, aunque le de carta de gasto, y cession para que cobre estas tres partes de sus coherederos, no podrá cobrar mas de las dos, que son dozientos ducados, porque el deve los otros ciento, que es la quarta parte, como uno de quatro herederos, y quedaria con ganancia de su parte, si pudiesse cobrar por la dicha cession y gasto todos los trezientos ducados que rago à sus coherederos: & ita debet intelligi quod supra diximus in hoc capitulo, & quæstione; quæ practica sumitur ex eleganti doctrina Bart. quem sequuntur communiter omnes in l. *M. desinus*, ff. de solutionib. qui latè & magistraliter loquitur in hac materia, & in l. si

plures, ff. de adminif. tutor.

¶ Ad unum tamen est advertendum; que esta cession y carta de gasto que dio el que cobro las tres quartas partes la ha de hazer luego in continenti, quando se las pago el coheredero; porque entonces aunque aya cobrado, y se le aya pagado su deuda, puede ceder y dar carta de gasto para cobrar las tres partes, ò dos que le pagaron de los coherederos, ut supra diximus; quasi ex pacto fuerit facta solutio, ut ei cedantur actiones, & nominis pretium solum videtur, ut ait l. cum pupillus, ff. de tutel. & vario. distrahen. & l. cum is, ff. de fidejuss. & §. 1. Instituit. quibus modis tollitur obligatio, & l. Modestinus ff. de solutionib. & ibi Bartol. num. 8. Quid ergo facere debet cohæres, qui in solidum conventus est, & solvit, si ei non sint mandata, aut cessæ actiones, vel si sint ei cessæ ex intervallo, postquam sublata est actio, & obligatione solutione ejus quod debetur? Dic quod habebit utilem actionem negotiorum gestorum, ut habetur in l. i. §. si pupillus, prope finem, ff. de tutel. & ration. distrahen. & in l. i. C. de duob. reis, ubi DD. post Glo. & in l. in lege falcidia hoc esse servandum, ff. ad legem falcid.

¶ Ad alterum etiam est advertendum in materia ordinaria cor-

reorum infolidum, que si muchos se obligaron como principales de mancomun, y el provecho o precio de la obligacion vino à parar en el uno solo, y los otros conreos no llevaron nada, entonces si pago el uno de los conreos obligados de mancomun, ut solet fieri, si es el conreo à quien vino el provecho de la obligacion, no puede recibir ni cobrar carta de gasto contra los otros conreos en ninguna cosa, ni usar della: y si pago uno de los conreos la deuda enteramente à quien no viniere provecho de la obligacion, podra tomar cession y carta de gasto in totum, contra el conreo que recibio el provecho de la obligacion, y contra el otro conreo que no recibio nada, no podra usar de la carta de gasto en ninguna cosa; porque el que recibio el provecho de la obligacion se entiende ser, y es principal, y los otros sus fiadores, aunque se obliguen todos de mancomun, intelligitur respectu creditoris, non inter se; ipse enim est, ad quem pervenit utilitas obligationis principalis: ut colligitur ex Paulo in l. Julianus. ff. ad Macedo. Bart. in dist. l. Modestinus. ff. de solu. num. 8. Sed quid si unus ex istis cohæredibus, qui se obligaverunt infolidum, non sit solvendo? dic quod portio ejus dividetur inter alios cohæredes qui se obligaverunt infolidum, qui sunt solvendo, ut in l. si

unus ex sociis, & l. verum, §. si cum res, ff. pro socio: ubi not. DD. & Bar. in d. l. Modestinus.

### QUÆSTIO X.

**D**ECIMO queritur, Si en la particion fuese agraviado alguno de los cohæredes en mas de la mitad del justo precio, si podra pedir que se deshaga el engaño, o le suplan los cohæredes el justo precio. Respondeo, que de la question precedente, post primam, parece que resulta la respuesta desta: porque como alli digimos, la glo. in l. majoribus, C. communia utriusque judi. entiendo la dicha ley que habla y ha lugar que se deshaga el agravio, o engaño en mas de la mitad del justo precio: y aunque parece que esta ley no hablo en este caso, ni lo quiso decidir; como arriba esta dicho: pero la dicha Glossa en si es verdadera, y communiter la tienen y siguen todos los Doctores, ibi: & Pinellus in l. 2. C. de rescind. vendi. in c. 1. secundæ partis prin.

Però es la duda, si en este caso quando ay engaño en mas de la mitad del justo precio, en la particion, si seran obligados los herederos à volver à deshazer el engaño, o suprir el justo precio à su eleccion, como en el contrato de compra y venta, ut in l. 2. C. de rescind. vendi. à donde se da esta eleccion al comprador: o seran

o seran obligados los cohæredes precisamente à deshazer el dicho engaño, deshaziendo la dicha particion, y volviendola à hazer de nuevo en aquel articulo y capitulo donde fue el engaño: quo quidem casu magis communiter tenent DD. in d. l. majoribus, & ita intelligunt eam DD. antiqui, quod non detur electio cohæredibus supplendi pretium cohæredi, sed necessario rescindi debet, & reformari divisio, quia prædicta lex majoribus, non tribuit dictam electionem cohæredibus, sed præcisè jubet divisionem perperam factam reformari, & dicitur speciale esse in divisione, quia in ea non agitur inter cohæredes de vendendo, seu alienando partem suam sed æqualiter dividendo.

Ego autem contrarium de jure verius esse puto; imo, que si ay engaño en mas de la mitad del justo precio, y el cohædero engaño pide que se deshaga el engaño, cumpliran los cohæredes con suprirle al actor el justo precio, y que no se deshaga la particion, porque como arriba digimos, no hablo el engaño en mas de la mitad del justo precio sino quando la particion esta perperam, vel injustè facta; quod ex multis causis contingere potest, ut supra diximus in cap. precedenti. Si verò agatur de remedio legis secundæ, Cod. de rescind. vendit. nulla ratio esse

potest, quare non habeat locum distinctio; & electio, quæ datur emptori per dictam legem, ut justum pretium suppleat, vel rem restituat accepto pretio quod dederat venditori, cum in divisione ita censentur vendere cohæredes partem suam quam habent in illis rebus, sicut in emptione, ut in l. 1. C. communia utriusque judic. & in l. si familie, C. fami. heres. maxime quod dicta lex majoribus, in qua fundantur prædicti DD. ut non detur electio cohæredibus ad supplendum justum pretium, non aperit vel disponit quod divisio perperam facta, etiam si de deceptione ultra dimidiam justum pretii loquatur, ut Glo. intelligit, necessariò rescindi debet, sed quod divisio reformetur in eo, quod inæqualiter gestum est, quod satis reformatum videtur, si justum pretium ei suppleatur in pecunia, vel alia re hæreditaria, & hoc modo ad æqualitatem cohæredes reducantur, quod satis rationi consonum, & intentioni prædictæ legis esse videtur; & satisfactum est rationibus per contrariam partem adductis, si suppleatur pretium in ipsis rebus hæreditariis, non in pecunia; & sic licet cohæredes non agatur de vendendo, vel alienando, sed de dividendo, jam suppletur eis pretium in quo erant decepti,