

vetd instantia fuit confirmata hęc sententia respectu collationis faciendę d. capellano ratione possessionis vel quasi, in qua erat patronus, qui cum presentavit: respectu verđ proprietatis dict. iuris patronatus, fuit reuocata dicta prima sententia, & ius patronatus applicatum alteri tanquam verđ patrono. Tertia verđ sententia confirmavit primam & secundam respectu possessionis & collationis faciendę nominato & presentato a possessore, qui fuit iussus tueri in sua quasi possessione presentandi & nominandi: reuocauitque secundam sententiam respectu proprietatis alij patrono applicatę, cum reservatione iuris in proprietate partibus facta, vt in alio iudicio de ea ageretur, vt retuli d. consil. 3. n. 14.

- 47 Limitanda tamen erit hęc resolutio duobus vel tribus modis. Primđ, vt procedat, pręterquam si bonę fidei possessor tacite vel expresse consentiat simul agi super proprietate absque prędicta protestatione per prędicta. Secundđ, t vt non procedat, quando constaret de notorio defectu possessoris in proprietate, & de notorio iure proprietarij; quia t si in hac specie spoliato, de cuius notorio defectu in proprietate constat, non est faciendę restitutio, iuxta magis communem sententiam, quam pluribus citatis auctoribus, retulimus consil. 6. num. 2. & 8. a fortiori possessore non spoliato, pronuntiandum erit pro proprietario huiusmodi in prędict. specie: facilius enim quid impeditur a principio, quam ex post facto tollitur, vt in l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris, cum similib. & pręterea ex prędicto notorio defectu in proprietate mala fides possessoris arguitur: sed t data eius mala fide, pręferri debet pręsentatus a proprietario, iuxta tradita per Lambert. vbi supra, art. 7. per totum.
- 51 Tertiđ t limitari potest pręfata nostra resolutio, quoties verus patronus proprietarius haberet rem iudicatam, hoc est, exequutoriam in contradictorio iudicio latam contra possessorem prędictum & sic ius perfectum: tunc enim ipsius nominatio & presentatio pręferenda erit factę a possessore, quia eius possessio, quamuis vsque tunc legitima, est tamen iam extincta & absorpta per prędictam exequutoriam in proprietate latam: tunc enim rectę procedit, quod prędictimus, proprietatem absorbere causam possessoris; quia alijs inanis esset atque illusoria res iudicata in proprietate, quod minimę est dicendum. Et hęc de tertio casu Lambertini.
- 52 Quartus t & vltimus casus est, quando facta presentatione per possessorem, & institutione sequuta, constaret de proprietate alterius, & tunc ille vellet presentare, quia adhuc superaret tempus vel non: & iste casus est elarus, quod non admittatur, cum non remouetur presentatus a bonę fidei possessore, in institutione sequuta, vt est casus in dict. cap. consultationibus; & in hoc bene dicitur quia legitime facta fuit prędicta institutio, ac proinde retractari non debeat: tum, quia presentatio est fructus iuris patronatus, ac proinde bona fide consumptus, non est restituendus, vt prędictimus. Tandem t concludit Lambert. d. a. 6. num. 5. quod si cautus presentatus a proprietario, vt litem agitari faciat ab ipso proprietario, & ipse compareat & assistat pro interesse suo, vt euitet dicta in primo casu: & t n. 6. admonet, quod e cōtra sit cautus presentatus a bonę fidei possessore vt quā citius poterit institui se faciat & euitet dicta in secundo & tertio casu, prout ex eis

colligi potest. Hoc tamen intelligendum est iuxta nostram resolutionem prędictam in casu pręcedenti.

Superiora tamen circa intellectum d. c. consultationib. & si nostrę principali sententię in materia artharum circa bona, bona fide possessa, quę postea cuiuncuntur, non obstant, vt docuimus: nemo tamen ociosę dicta existimet, quia si ea omitteteremus, forsā cuique difficultatem facerent: tum, quia sic explicita in praxi maximo vlti esse possunt.

S V M M A R I V M.

- 1 Promissum vel datum nomine artharum, an imputandum sit in quintum, relictis filiis legitimis prioris matrimonij, vel tanquam es alienum deducendum sit de corpore hereditatis? & num. sequent. per totam questionem distinguunt auctor n. 16. & 22.
- 2 Arrha in Hispania successerunt in locum donationis propter nuptias, quę non est in vsu. & num. 3. & 6.
- 4 Maritus & vxor secundum communem vsum loquendi dicuntur, qui matrimonium copula & cohabitatio longa consummarunt.
- 5 Artharum promissio fieri potest constante matrimonio, sicut olim donatio propter nuptias.
- 7 Artharum donatio non est pura, sed remuneratoria.
- 8 Tutor pupilli potest munera solemnia mittere parentibus & cognatis pupilli in specie, de qua hic.
- 10 Artharum datio est debitum voluntarium, non vero precisum aut necessarium.
- 11 Donatio propter nuptias olim erat necessaria & precisa.
- 12 Artharum necessitas vsu etiam sublata est.
- 13 Artharum promissio, etiam in locis vbi consuetudo ipsas dari, procedit ex causa voluntaria contrahentium non vero ex necessaria.
- 14 Necessitas duplex est, vna precisa & altera casualis.
- 15 Sponsus vel maritus nulla lege cogitur ad arthas promittendas sponsę vel vxori, & num. 17.
- 16 Donatio remuneratoria, an de quinto vel de corpore hereditatis deducenda sit.
- 19 L. 28. Taur. hodie l. 12. tit. 6. lib. 5. Non. Collect. Reg. intellectus.
- 20 L. si vnquam, C. de reuoc. donat. cum similib. hodie in Hispania non procedit respectu quinti.
- 21 L. si vnquam, C. de reuoc. don. cum similib. non procedit in donatione remuneratoria.
- 23 Coniux transiens ad secunda vota, quid possit relinquere aut donare in pręiudicium filiorum?
- 24 Mulier an possit aliquem filiorum meliorare in arthas.
- 25 Mulier secundo nubens, non solum in arthas, sed etiam in omnibus bonis, quę quomodolibet habuit ex bonis prioris mariti, habet tantum vsufructum, proprietatem namque applicatur sicutim ipsi filijs.

bona Palatij sunt diuisenda tan iuxta liberos priores, quę reuerti mo, rationi hęc ratio parat. quest. 13 n. 22

Q V Æ S T I O I V.

In eandem legem 1. cum sequent. tit. de las arras.

Promissum vel datum nomine artharum, an imputandum sit in quintum, relictis filiis legitimis prioris matrimonij, vel tanquam es alienum deducendum sit de corpore hereditatis?

- 1 Q Vero t vltierus, an promissum vel datum sponsę vel vxori nomine artharum, iuxta tenorem & formam eandem legem, sit imputandum in quintum, relictis filiis legitimis prioris vel secundi matrimonij, an vero tanquam es alienum ante omnia de corpore hereditatis deducendum sit? Elegans profecto atque sepius in praxi contingibilis quęstio est, de qua non semel fui consultus, & de iure respondi. Et primo in pręmissa quęstione videtur dicendum, arthas prędictas, ac similitur las joyas y preñtas, que el esposo da y embia a su esposa estando desposado, como no excedan de la octava parte de la dote, non sint in prędict. quintum imputanda, sed ex corpore hereditario tanquam es alienum prius deducantur, ex l. 30. Taur. hodie l. 13. tit. 6. infra hoc lib. 5. Dum ibi ponuntur, quę ex quinto extrahenda sunt, & tamen de his mentio non fit. Vnde coniectari potest, quod si prędict. arthas vel dona vellet ex quinto extrahi, hoc expressisset, sicut de cęteris ibi contentis.
- 2 Secundđ t ex doctrina Palat. Rub. in repet. rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 24. incip. & circa, n. 2. & in §. 23. vbi tenet, quod arthę in Hispania successerunt loco donationis propter nuptias, quę non est in vsu, eo modo, quod de iure communi erat; idcirco maritus potest constante matrimonio arthas dare vel promittere vxori, quia non est mera donatio, sed remuneratio dotis & virginitalitatis, iuxta tradita per eundem Palat. Rub. in dict. rubr. §. 30. n. 12. Ex quo sequi videtur, quod non deducatur arthę de quinto bonorum, nec dona vel iocalia, quę sponus mittit sponsę, cum non sit mera donatio, sicut non deducitur alia donatio remuneratoria, sed de corpore hereditatis, tanquam es alienum. Pro t quę doctrina Palat. Rub. est l. 1. tit. 11. p. 4. ibi, Lo que el varon da a la muger, es llamado en Latin donacion propter nuptias, que quiere tanto dezir como donacion que da el varon a la muger, por razon que casa con ella: y tal donacion como esta llamado en España propriamente arras: iuncto versic. mas las dotes, e las donaciones que hace el marido a la muger e la muger al marido, assi como de susa diximos, se pueden hazer antes que el matrimonio sea acabado, o despues: Ad idem induci potest l. 87. tit. 18. p. 3. in forma instrumenti artharum: idem probat l. 5. Taur. hodie dict. l. 12. ibi, El marido dar mas arras a su muger, & in l. 52. Taur. ibi, No auiendo
- 4 arras en el tal casamiento y matrimonio. Nam t iuxta communem vsum loquendi maritus y muger dicuntur, qui matrimonium copula ex cohabitatioe longa consummarunt: & quod prędict. dicatur donatio propter nuptias ex dicta l. 1. tit. 11. part. 4. notat Gregor. Lopez ibi in gloss. En España, & c. Statim in principio citans Montalium hoc idem sententem in l. 1. tit. 2. de las arras lib. 3. for. & Palat. Rub. vbi supra, ad hoc, quod t sicut iure communi donatio propter nuptias constante matri-

monio fieri poterat, vt in limer eos, ff. de donat. inter virum & vxor. & in l. si constare, & in l. cum a matre, C. de donat. ante nupt. sic & poterit constante matrimonio fieri donatio artharum, quod & late probat Roderic. Suarez in dict. l. 1. tit. 1. de las arras, versic. pone quod tempore: idem Roderic. Suar. in l. quoniam in prioribus, in declaratione legis Regie in §. quęst. princ. n. 10. C. de inofficiosa testam. Castell. in verbo arthas, & Palatius Rub. n. 4. in l. 50. Taur. & Anton. Gomez, in l. 51. Taur. cum seqq. n. 12. circa fin. ibi, & potest fieri. Eandem sententiam, quod arthę conuicti etiam possint constante matrimonio, vltra supra dicta probauit D. Couarr. in 4. de sponsal. 2. p. c. 3. §. 7. n. 12. in princ. & Matienę in dict. l. 2. gloss. 2. n. 2. vbi supra dictos citat, & Baęca de non melior ratio dot. filia. c. 5. n. 19. & 20. Quę opinio tanquam verior & magis recepta a nostratibus tenenda est: tamen Gregor. Lopez vbi supra in versic. nihilominus, existimet, esse passum dubium, & ideo forte prędictam communem conclusionem procedere quando nobilitas vxoris vel magnitudo dotis eius, vel alia causa probabilis impelleret maritum constante matrimonio ad istam donationem artharum & non alias, si omnino saperet meram inter coniuges donationem. Cuius hęc opinio procedere possit, quando constaret, maritum in fraudem legis prohibentis donationem gratuitam inter coniuges durante matrimonio, arthas promittere: alias secus.

Et t quamuis in Hispania istę arthę successerint in locum donationis propter nuptias, vt in dicta l. 1. tit. 11. p. 4. nihilominus in pluribus differunt, vt constat ex Pala. Rub. Gregor. Lop. & Couarr. vbi supra, dicentibus, sibi non placere, quod dicunt Palat. Rub. & Suarez, nempe donationem propter nuptias dici in hoc Castella Regno arthas; quia licet hoc possit procedere attentis partitarum legibus, non tamen perpenis legibus fori atque Taurinis: idem voluit Anton. Gomez, vbi supra, num. 11. circa fin. ibi, Et licet Montalium: & iterum n. 17. in versic. item etiam. Ex superioribus igitur patet, t quod iuxta magis communem sententiam nostrorum Cohispanorum, donatio artharum non est pura & liberalis donatio, sed remuneratoria, quando quidem constante matrimonio ea fieri potest. Si igitur est remuneratoria, videtur, quod tanquam es alienum e corpore hereditario deducenda sit, non vero ex quinto bonorum defuncti.

Tertiđ t hęc eadem pars corroborari videtur ex l. cum plures, §. fin. & ibi Bar. ff. de administr. tur. vbi tutor pupilli potest munera solemnia mittere parentibus & cognatis pupilli de bonis ipsius pupilli, si secundum qualitatem suam & consuetudinem hoc facere debuit, quia non reputatur hoc mera liberalitas vel donatio, per quem textum ita tenet Bald. in l. 2. C. de dot. promiss. & Bar. in l. contra iuris §. 1. ff. de pact. & Palat. Rub. vbi supra, in d. rubr. de donat. inter virum & vxor. §. 63. n. 10. & 11. Si ergo tutor potest hanc donationem facere de rebus alienis, a fortiori poterit pater hoc facere de suis proprijs bonis: nec reputabitur hoc munus vel arthę, donatio, si secundum consuetudinem patrię vel provincię non ponit hoc pręmittere sine dedecore: idcirco non extrahentur de quinto bonorum, sicut cęterę donationes voluntarię, quas pater facit in vita, sed de corpore hereditatis tanquam es alienum. Et ita in terminis per prędicta hanc opinionem in specie nostrę quęstionis probauit & tenet Ayora de part. 9. 44. per

per totum. Sed ꝑ̄ pro contraria parte, imo quod prædictæ archæ in quintum bonorum defuncti, qui eas promissit vel dedit, computentur, ab eoque extrahantur, non verò à corpore hereditatis, facit: Primò, ꝑ̄ quoniam donatio arharum est debitum voluntarium, non vero præcisum aut necessarium, quia procedit à libera promissione mariti: ipse namque alias inuitus non compellitur dare art has vxori, vt tenet D. Couart. in cap. offic. num. 4. de testament. quem sequitur Tellus Fernand. in l. 16. Taur. n. 8. & nos quoque sequuti fuimus, lib. 2. prædicar. quæstion. quæst. 123. n. 2. nec non & D. Spino, in suo Specul. testam. gloss. 18. in princ. tit. de melior. n. 94 cum sequent. & Angel. in l. 12. gloss. 1. n. 16. tit. 5. de las mejoras, hoc lib. 5. Nou. Collect. Reg. vbi quod licet archæ successerint loco donationis propter nuptias, vt notatur in c. si necesse, de donat. inter virum & vxor. & supra probauimus: & donatio ꝑ̄ propter nuptias esset necessaria & præcisâ, auct. dicitur, C. de donat. ante nupt. auct. sed que nihil, C. de pact. conuen. ea tamen necessitas consuetudine abrogata est, secundum Bald. Ang. & Paris. quos

11 ꝑ̄ referet, & per ꝑ̄ consequens artharum necessitas vsu etiam sublata est, vt experientia docet: earum enim promissio ex vrbantate potius quam ex obligatione procedit secundum ipsum. Quibus adde,

12 ꝑ̄ quod etiam si in aliquo oppido vel ciuitate vsus esset promittendi arthas, prout hic Ciuitatens. nihilominus promissio artharum procedit ex causa voluntaria conuenientium: non verò ex necessaria, quandoquidem ab initio contractus fuit voluntarius, licet ex postfacto sit necessarius, sicut ab initio, C. de actionib. & oblig. tradit larè Auendañ.

14 respons. 15. n. 6. vbi, ꝑ̄ quod duplex est necessitas: vna præcisâ, quæ de iure vel de facto infertur, cui resisti non potest; altera cautiuâ seu potius voluntaria, in qua quis seipsum sponte ponit: in quo genere sunt omnes ineunte contractus: nam à principio sunt voluntarij, postea verò efficiuntur necessarij, vt in d. l. sicut ab initio, imo, quidquid sit ex conuentione, licet postea dicatur necessarium, est tamen voluntaria necessitas, quia à lege non est inducta, vt ibi latius probat.

15 Sed ꝑ̄ per nullam legem sponsus aut maritus obligatur ad arthas promittendas sponse vel vxori, vt patet ex ipsis legibus de promissione artharum agentibus, sed tantum datur ei facultas eas dandi vel promittendi intra decimam partem suorum bonorum, & non plus, præcipue ex dict. l. 1. fori, & nostra l. 2. ibi, La ley del fuero que dispone, que na pueda el marido, &c. Ergo si vir eas det aut promittat ex conuentione, voluntariè id facit, non vero necessitate præcisâ coactus: secus quâ in dote, quam pater filix dare tenetur, vt in l. fin. cum siml. C. de dot. promiss. Dos igitur merito, quod in legitimam computetur, sicut donatio propter nuptias filiofacta, vt in l. 29. Taur. hodie l. 3. lib. 5. Nou. Collect. Reg. Arthæ vero tanquam voluntariæ & nullo iure cogente promissæ, ex quinto, sicut cætera voluntariæ donationes deducendæ videntur.

Secundò & principaliter hæc secunda opinio probatur, quoniam etiam si donatio artharum non esset pura & liberalis, sed remuneratoria, vt probauimus supra, ꝑ̄ ad huc tamen donatio remuneratoria de quinto est deducenda, si ipsa extraneo fiat: si verò descendenti legitimo, ex tertio & quinto, in quibus potuit à parte meliorari, nisi quories merita sunt talis conditionis, quod donans in iudicio ipsos pro eis conuenit: quia tunc dicitur debitum, & ideo non computabitur in tertio &

quinto, sed ex corpore hereditario tanquam æs alienum deducendum erit, vt late resoluitur plures citando auctores hoc tenentes, in nostro tractatu de iuramento confirmatorio 1. part. cap. 5. num. 24. & 25. Et post nos idem concludit Andræas Angul. vbi supra, num. 13 & 14. & nouissimè Doctor Azueud. in l. 12. tit. 6. hoc lib. 5. Nou. Collect. Reg. num. 20. Sed ꝑ̄ si sponsus sua voluntate & conuentione inter partes inita, nullas promitteret arthas tempore matrimonij contrahendi, nec postea nullo iure compelli posset in iudicio ad eas promittendas vel soluendas, vt prædiximus, & probat Ayora de parit. cap. 7. num. 32. ibi: Nam arthæ. Ergo non est debitum necessarium: & quamuis esset donatio remuneratoriâ in præmium virginitatis aut compensationem dotis, deducendæ sunt ex quinto bonorum, non verò ex corpore hereditario per prædicta: quod indistinctè in terminis nouissimè probat Doctor Azueud. vbi supra in dicta leg. 12. num. 4. 5. & 6. dicens ita tenere Anton. Gammam in decis. Lusit. 308. num. 14. Quid tenendum?

Ego profecto, omnibus rectè pensatis & consideratis, censeo atque ita respondi, distinguendum esse in hunc sanè modum.

Aut enim ꝑ̄ promittens vel donans has arthas tempore quo duxit vxorem arthasque promissit, hæredes necessarios non habebat, sed erat liber, poteratque de suis bonis libere disponere, sed postea liberis susceptis, & in hac specie arthæ datæ vel promissæ, non sunt imputandæ in quintum, nec ex eo deducendæ, sed ex corpore hereditario tanquam æs alienum: & ita nihilominus eis non obstantibus, poterit maritus in vita vel in morte de integro quintum prohibito disponere, quod deducetur ex cumulo bonorum secundum tempus mortis post deductas arthas. Sicque in huiusmodi quinto non sunt computandæ nisi fraus & machinatio probetur, quæ in dubio non præsumitur. Quod probatur, quia cum promittens arthas, eo tempore nullas habeat hæredes necessarios descendentes vel ascendentes, & bona fide hac lege contraxerit matrimonium, licet initium voluntarium fuerit, nihilominus tamen eius mens & intentio in huiusmodi contractu, potius dirigitur naturali affectu suscipiendorum filiorum, quos postea hoc medio suscipit, quam eorum fraudandi causa, quos nõ habebat & habere desiderabat atque intendebat. Accedit præterea, quod forsitan alias non inueniret concedentem vxorem, si arthas non promitteret aut daret, attenta consuetudine patriæ, & ideo eas promissit aut dedit in remuneracionem dotis, virginitatis aut nobilitatis sponse: quæ omnia in hac specie vbi sponsus nullas habebat hæredes necessarios, quibus nocere posset, rectè conuincunt, cum in bonum naturale tendant, vt est procreatio liberoꝝ, vt sicut cætera debita ex causis onerosis etiam voluntariè à principio contracta, ita hoc artharum ex corpore hereditario tempore diuisionis bonorum defuncti iudicio familiarè Erciscundæ deducatur: quia reuera dici non potest omnino gratuita & libera donatio: nec talis, vt postea susceptis liberis, in quinto bonorum tantum valeat & computetur & ad id redigatur, sed habet quid plus, quamuis non omnino necessaria, hoc est, à lege præcepta fuerit. Accedit præterea quod promissio & donatio artharum à legibus huius Regni est permessa, dum tamen decimâ bonorum eas promittentis non excedat: & rursus liberis postea susceptis, aliis legibus eorum pariter conceditur facultas

facultas de quinto bonorum suorum, vt libuerit disponere. Diuersis itaque legibus huius Regni, & ex diuersis causis, hæc duæ dispositiones, vna videlicet, decimâ partis bonorum ex causa artharum, altera quinti ex alia quacunque causa cuiuslibet homini permittuntur, nec vna alteri aduersatur aut derogat, nec est eadem, sed diuersa. Comparantur ergo inter se, ac si vna eademque lege ambæ complecterentur. Nec ꝑ̄ his obstat l. 28. Taur. hodie l. 12. tit. 6. hoc lib. 5. sic disponens: La ley del fuero, que permite, que el que tuuiere hyo, descendiente legitimo, pueda hazer donacion hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas: y la otra ley del fuero que asi mismo permite, que puedan mandar, seniendo hyos, o descendientes legitimos a tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes, se entienda y platique, que por virtud de la vna ley, y de la otra no pueda mandar el padre ni la madre a ninguno de sus hyos, ni descendientes mas de vn quinto de sus bienes en vida ni en muerte. Hæc enim lex in primis diuersa est à nostra specie, quoniam non loquitur in terminis artharum, neque mentionem facit earundem legum fori, de quibus supra, sed vniuersum earum illius nempe, quæ permittit in morte meliorare vnum ex filiis vel nepotibus in quinto. Altera vero est diuersa de nostra, quia loquitur de illa, quæ permittit in vita donare filio vel descendenti legitimo, quintum bonorum. Colligitur ergo manifestè ex hoc, illam legem fori, de qua in nostra questione agimus, quæ permittit sponso vel marito, dare in art has vique ad decimam partem bonorum suorum, in dispositione d. l. 28. Tauri minimè esse comprehensam, sed potius ab eadem vniuersè excludam, nempe vt quod virtute dictæ legis prime fori de art his loquentis, promissum aut datu fuerit nomine artharum, dum tamen iuxta eius præceptum & formam decimam partem bonorum, eas promittentis aut dantis non excedat, non sit computandum in prædicto quinto, sed ex corpore hereditatis deducendum. Præterea & secundò prædict. l. 28. Taur. loquitur in eo, qui tempore donationis habebat filium vel alium descendentem legitimum, cui fecit prædictam donationem, illi enim fieri poterat intra quintum: cæterum prouidet lex illa atque sanxit, ne ex pluribus donationibus gratuitis, cæteri filij debitum suis legitimis defraudentur; nempe, ne virtute huius leg. fori, permittentis fieri in vita huiusmodi donationem filio vel alij descendenti legitimo, & alterius leg. eiusdem fori, quæ in morte idem permittit, legari aut donari possit vltra vnum quintum: at verò nos agimus in eo homine, qui tempore promissionis artharum nullum habebat filium descendentem aut ascendentem legitimum: sed potius volebat filios suscipere, & vt eos licite haberet, voluit matrimonium in facie Ecclesiæ contrahere, illudque contraxit conuentione artharum inita in fauorem sponse in præiudicium suæ virginitatis aut nobilitatis & dotis remuneracionem, vt matrimonium secum contraheret ad liberos procreandos, & ad cætera bona matrimonij. Diuersus igitur casus est hic à casu d. l. 28. Taur. vnde nimirum si diuerso iure censatur. Tertio considero diuersitatem inter eos, quod dict. lex 28. loquitur in duabus aut pluribus donationibus liberalibus & pure gratuitis descendenti factis: nos verò agimus in vna donatione remuneratoriâ ac penè necessaria, si non præcisâ, facta tempore quo donans liberis non habebat & altera gratuita: illa igitur merito vt de corpore hereditario deducatur, hæc autem de quinto. Denique & quarto dict. lex 28.

Taur. generalis est & generaliter loquitur: ad casum igitur præcedentem specialem promissionis artharum trahit non debet, nec illam corrigat, iuxta gloss. in l. 3. C. de silent. lib. 12. in verb. Decurionibus, communitè vbi que celebratam & approbatam, vt in alijs pluribus locis docuimus.

Vltimò ꝑ̄ huic primo membro nostræ distinctionis non obstat l. si vnquam, C. de reuocand. donation. & l. 8. tit. 4. part. 5. vbi, quod si quis, cum filios non haberet, donauerit extraneo, etiam liberato omnia bona sua vel partem aliquam, & postea ei filij nascantur, donatio in totum reuocatur ipso iure, de quo lare agimus in nostro tract. de iuramento confirmat. 1. part. cap. 9. per totum: vbi n. 17. & 18. quod hodie in nostris Regnis Hispania reuocabitur, non quidem in totum, sed pro quatuor partibus, remanente quinta parte donatariæ etiam extraneo: Ergo ita videbatur dicendum in nostro proposito, vt arthæ datæ seu promissæ ante liberos susceptos, natiuitate eorum reuocentur ad quatuor partes ex parte bonorum parentis, quæ sunt legitima filiorum, iuxta leges huius Regni, & pro quinta tantum valida remaneant, & sic quod in quintum imputentur, non vero de corpore hereditario deducantur contra supra dict. primum membrum & casum nostræ distinctionis.

Respondemus namque, ꝑ̄ obiectionem præmissam procedere in pura & mera donatione gratuito & liberaliter facta: secus in huiusmodi remuneratoriâ, vt patet ex supra dictis & deducitur late, ac probat plures, citans Tiraquell. in dict. l. si vnquam, verb. donatione largitus, num. 12. cum sequent. nos verò agimus in datione artharum, quæ non omninò gratuita est, sed respectiua & prope onerosa, quandoquidem in præmium virginitatis & remuneracionis dotis fit & ob causam matrimonij contracti vel contrahendi. Lex igitur generalis, veluti dict. l. si vnquam, cum similibus (vt dicebamus) in proprijs donationibus loquens, trahenda non est ad casum specialem artharum l. fori de improptijs donationibus loquentis, prout est remuneratoriâ, quæ non est mera, simplex, gratuita & propria donatio, sed potius quædam permutatio, remuneratio, compensatio, & vt titulus onerosus, vt in l. Aquilum Regulus, cum materia, ff. de donat. & probat bene Tiraquell. vbi supra, num. 11. & cum his finitur hic primus casus nostræ distinctionis. Aut ꝑ̄ verò promittens vel dans arthas (& nunc intrat secundus casus distinctionis) eo tempore hæredes necessarios puta descendentes legitimos ex primo matrimonio, aut ascendentes huiusmodi habebat, quibus fiat præiudicium per promissionem vel dationem artharum, si vltra eas posset etiam maritus idemque pater disponere de quinto vel tertio, & hoc casu arthæ prædictæ computandæ erunt in quintum vel tertium respectiue, vt remaneat integra & non diminuta aut defraudata legitima in aliquo descendenti vel ascendenti prædictis: quia et si dicta promissio aut datio artharum, non sit propria donatio, sed impropria, vt pote remuneratoriâ & ob causâ vt prædiximus, nihilominus tamen non omnino procedit ex causa onerosâ, præcisâ & necessaria, sed potius voluntariâ: & quicquid sit, denique in hac specie promittens vel dans arthas non est liber, cum habeat hæredes necessarios, quibus præiudicare minimè potest, iuxta leges huius Regni vltra quintum & tertium respectiue: & constat de verò & actuali præiudicio, si vltra arthas vellet quoque de quinto vel

tertio in præiudicium suorum descendendum vel ascendendum respectu disponere, & propterea donatio etiam remuneratoria ( nisi contineret debitum, pro quo donans in iudicio posset conveniri) in quinto computatur, vt prædiximus: sed arthæ in proposito non sunt huiusmodi. Ergo, &c. Sed & pro hac opinione adduco textum expressum & inuitabilem, à nemine prius, quod viderim, in hoc expensum, in hac editali, in princip. præcipue in versio. ita tamen, C. de secundis nupt. vbi dicitur,

23 f. quod cõx transiens ad secunda vota, non potest vltimo titulo plus relinquere in vltima volũtate, nec dotis aut antenuptialis donationis nomine inter viuos conferre, quam vni ex filiis, cui minus reliquerit, & quod vltra reliquerit, ipso iure rescatur & inter liberos æqualiter diuiditur; ita tamen, vt quarta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus (hoc est, legitima) nullo modo minuat, nisi ex causis, quæ de inofficioso excludunt querelam; sed per leges huius Regni omnia bona parentum sunt legitima filiorum, excepto quinto, de quo pater libere disponere potest etiam inter extraneos, & de tertio in fauorem filiorum: & omnia bona filiorum, deficientibus descendentibus legitimis, sunt legitima parentum, excepto tertio. Ergo arthæ in prædicta specie, quæ iuxta legem Partitæ in Hispania successerunt in locum donationis ante nuptias siue propter nuptias, vt prædiximus, de qua loquitur dict. hac editali, in quinto bonorum parentis habentis liberos ex primo matrimonio, quibus debeat legitimam, impuandæ necessario sunt, ne in legitima eorum præiudicium fiat, ex dicta l. hac editali, quæ profectio in hoc ponit gladium ad radicem. Quod etiam eadem ratione dicendum est in tertio respectu parentum: cum ipsis ita debeatur legitima sicut descendentibus legitimis vt in l. scripto, ff. de lib. & in l. nam est parentibus, ff. de inoffic. testam. cum similib. Et hæc legitima parentum ad duas tertias partes bonorum filiorum præcisè redacta est, per l. 6. Taur. bodie l. 1. tit. 8. lib. 5. Non. Collect. Reg. & in terminis ex supradictis (excepta dict. l. hac editali) hæc distinctionem probantur & tenent in vtroque membro D. Spin. vbi supra, num. 94. cum sequentibus. & Angul. etiam vbi supra, n. 17. vbi n. 18. ampliat, vt quo casu iuxta supradicta arthæ sunt à filio vel extraneo computandæ in quintum sibi relictum: eodem casu erunt etiam ab ipsa vxore: & præfatam distinctionem & resolutionem cense esse verissimam, & tenendam in iudicando & consulendo, quicquid contrarium teneat Azeued. vbi supra, & in l. 2. n. 30. tit. 2. hoc lib. 5. eamque sequuti fuimus in praxi duo iuriconsulti in arbitros electi à parentibus in casu contingenti, quo promittens arthas secundæ vxori habebat filios legitimos ex prima prædefuncta: iudicauimus enim, arthas prædictas de quinto legato ab eodem marito vni filio secundi matrimonij, deducendas esse, non verò ex corpore hæreditatis in præiudicium filiorum legitimatorum præcedentis matrimonij. Quod etiam comprobatur ex nostra opinione in similibus terminis nempe in sponso vel marito habente filios ex alio præcedenti matrimonio, donante sponsæ præsentis iocalia & vestitus vltra octauam partem dotis in præiudicium filiorum prioris matrimonij: tenuimus enim hæc donationem vestituum & iocalium in præiudicium quatuor partium legitimæ filiorum, non firmari iuramento, vt deduximus in nostro tract. de iuram. conf. 1. p. c. 14. n. 2. & 15. Ergo idem eadem ratione in arthas dicendum est, licet

ibi de eis non firmis loquuti: aliud inaduertenter existimante Azeued. vbi supra, d. u. 30. Rursum iuxta eiusdem distinctionis primum membrum iudicatum accepimus in Regali cancellaria Pinciana, in homine libero, qui non habebat hæredes necessarios: promiserat enim arthas suæ sponse, & fuit iustum, vt deducerentur de corpore hæreditatis, non verò de quinto.

Vltimò, f. antequam ab hac materia artharum 24 me expediam, illud addam: quod post nostra priora commentaria in hunc lib. 5. Non. Collect. Reg. in lucem prodierunt alia conciusi nostri in eundem lib. D. Azeued. qui super l. 3. huius tit. 2. m. 2. agens de illa quæst. quam nos illic quæst. 18. examinauimus, tenet indistinctè cum Roder. Suarez & sequacibus contra Tellum Fernandez, & nos ibidem, mulierem non solum quæ ad secundas nuptias transiit, sed nec etiam, quæ ad eas non peruenit, posse aliquem filiorum meliorare in arthas, & à fortiiori generalem meliorationem tertij & quinti arthas minimè comprehendere, sed cætera tantum eius bona, his exceptis: quod iterum latius prosequitur in additione, quæ est in fin. præd. sui libri, nos sæpe citans in contrarium: cuius fundamenta sunt.

Primum, quod nostra hæc l. 3. casum magis difficilem & dubium deciderit, nempe, quoties mulier nullos filios reliquit: Ergo quando eos habet, absque dubio non potest de arthas disponere, sed filijs æqualiter referantur: melioratio igitur fieri tunc temporis non potest, & sic lex nostra expressa est pro opinione Roderic. Suarez & sequacium.

Secundum argumentum à contrario sensu nostræ legis, dum loquitur permissiue, quando non extant filij, ergo eis extantibus, fieri non potest melioratio in arthas.

Tertium, qui si aliud diceremus, lex nostra elusoria esset.

Quartum, quia nostra opinio, dum probauimus generalem meliorationem arthas comprehendere, videtur contra nostram legem tertiam.

Quintum, quia si mater, quæ transiit ad secundas nuptias, meliorare non potest aliquem filiorum in arthas, vt nos fatemur: Ergo nec etiam si ad eas non transierit, vt ipse latius nititur considerare.

Sextum & denique, quia diluere nititur certo modo considerationem l. 52. Taur. pro nostra opinione à nobis factam.

His tamen non obstantibus, imò eis visis, verior redditur profectio atque efficacia nostra & reliquorum sententia affirmatiua in matre, quæ ad secundas nuptias non transiit, ex fundamentis supra, à nobis adductis: quæ profectio solidissima sunt; contraria verò minimè, nec vrgentia, sed potius inefficacia.

Non enim obstat primum, quia fatemur legem nostram decidere casum magis dubium: at tamen id facit respectu excludendi maritum: nempe, *Que si la muger no touiere hijos del matrimonio en que interuiniere promission de arras, sino diuulsiere estressamente de las dichas arras, que las ay a el heredero, o herederos della, y no el marido, ora la muger sea becho testamento, o no*: quod secus antea erat, vt patet ex traditis per Palat. Rub. in reper. rubr. de don. im. vir. & vx. §. 27. n. 1. At verò nos hic de hoc non agimus, sed an possit mulier quæ ad secundas nuptias non transiit, meliorare aliquem ex filiis in arthas: quem casum nullo modo l. nostra decidit expressè, nec tacite voluit decidere; nec eius mètis fuit, vt de hoc loqueretur,

loqueretur, aut aliquid sentiret: & sic immerito atque sine pondere affirmatur esse expressam contra nos, & pro opinione Roderic. Suarez.

Ad secundum respondemus eodem modo, videlicet quod præcitus auctor non perpendit veram mentem nostræ legis, quæ loquitur respectu mariti excludendi à petitione artharum, quando non extant filij illius mariti: non verò respectu facultatis meliorandi, cum his deficientibus cessat materia meliorandi: melioratum enim dicitur & cadit inter filios.

Ad tertium respondemus, ipsum iam cessare ex supradictis, quia etiam si aliud dicamus, pro vt dici debet, non est illa nostra l. multum enim proficit respectu mariti excludendi.

Ad quartum dicimus, quod nullo modo opinio nostra est contra hæc l. tertiam, cum, vt prædiximus, ipsa non agat villo pacto de melioratione tacite nec expressè.

Quintum est parui, seu verius nullius momenti: 25 quia mulier f. secundo nubens, non solum in arthas, sed etiam in omnibus bonis, quæ quomodo libet habuit ex bonis prioris mariti, etiam successione filij, tantum habet vsum fructum, proprietates vero applicatur statim ipsis filiis, l. femina, C. de secund. nupt. non tamen potest alienare, aut. ex testamento, C. eod. tit. nec in eis meliorationem facere vni ex filiis d. matrimonij: talia namque bona omnibus filiis illius matrimonij æqualiter deferantur, vt in aut. lucrum, C. de secund. nupt. vbi Bald. not. quod vbi lex disponit, homo diffpõnere non potest, idem est in marito ex l. 4. tit. 1. hoc lib. 5. quæ est l. 15. Taur. vbi hoc notat, & latè probat Anton. Gomez, num. 3. & Molin. lib. 2. de Hispan. primog. cap. 10. num. 59. & Angul. hic gloss. 1. num. 11. At verò si mulier non transeat ad secunda vota, verè est domina artharum, quæ sibi in præmium viræ virginitalis, vel nobilitatis à marito promissæ & datæ fuerunt: vnde etiam si liberos habeat, tanquam de bonis propriis poterit de eis disponere, siquæ in eis meliorare aliquem filiorum. Quinimò & eadem ratione generalis renunciatio eas comprehendit; quia arthæ sunt bona propria mulieris, tam in vsum fructu, quam in proprietate, dum non transiit ad secunda vota: si verò ad ea transierit, teneatur referre eas quoad proprietatem filijs prioris matrimonij, & solum sibi remanet vsum fructus liber: merito igitur quod in hac specie, non possit meliorare in arthas aliquem filiorum prioris matrimonij, cum tunc iure inter eos sint æqualiter diuidendæ: at verò quando non transiit ad secundas nuptias, quia domina est proprietatis & vsum fructus simul, id rectè facere potest.

Sextum & vltimum non obest, quoniam cum l. 52. Taur. electionem dederit viduæ eligendi arthas, aut iocalia, eiusdem qualitatis vtraque facere visa fuit, cum æquiparatio generalis sit: præmaximè cum nulla lege caueatur contrarium in arthas, saltem quæ vigorem legis habeat: nec quod d. l. 52. Taur. dum de iocalibus loquitur, disponit, quod sint mulieris, de arthas verò minimè: quia si de iocalibus id expressit, fuit, quia lex illa ad hoc principaliter decidendum venit, vt constat ex toto eius tenore: non verò de arthas, cuius sint; id namque decisum existit alijs legibus, nempe esse mulieris, sed agi lex illa præcipue tantum respectu electionis vtriusque, quando in matrimonio fuerunt arthæ constitutæ. Cum ergo nulla sit lex vicens, quæ declaret, arthas esse filio-

rum quoad proprietatem, muliere ad secundas nuptias non transeunte, nihil est quod ex d. l. 52. Taur. colligi possit contra nos, sed potius pro nobis, vt prædiximus.

Destructis igitur fundamentis ædificij, & sic opinionis contrariæ, corruit & ipsum ædificium super impositum, vt in c. Paulus, 1. quæst. 1. & in l. egi, ff. de excep. rei iud. & in l. origo, ff. quod vi aut clam, qua ratione in simili vtitur Aym. Crauer. consil. 91. nobilis Ioannes, in fin. & alibi, pro vt eum refert & sequitur Bec. consil. 3. num. 25. Sed neque auctoritas Palatij Rubei, d. §. 27. num. 1. in contrarium allegata nobis nocet, quia non tenet contrarium, saltem expressè: licet enim dicat quod si filij soperint, mulier non possit disponere nisi de quarta artharum, quam potest distribuere pro anima sua: aliz verò partes remanent filijs, vt in lib. 1. tit. 2. de las arras, lib. 3. For. per hoc tamen non tollitur facultas alijs legibus eiusdem Fori & Tauri concessa meliorandi vnum ex filiis in tertio & quinto bonorum suorum, quod si hoc cessaret, denique lex illa Fori vel est intelligenda in muliere transeunte ad secundas nuptias; vel cum legis vigorem non habeat, non est seruanda, vtu non probato, vt respondemus, vbi supra. Rodericus præterea Suarez, qui contrariæ sententiæ primarius & principalis auctor citatur in hac specie nostræ sententiæ, quando mulier non transiit ad secundas nuptias, dubius est; vt patet ex ipso, in versio. circa hoc, ibi. Et per ista hæc pars videtur mihi sustentabilior, tamen non assero determinate. Denique Angul. minus rectè ab eodem auctore citatur pro sua opinione, cum nostram & Telli expressè teneat.

## SVM MARI VM.

- 1 Lex 52. Tauri, bodie l. 4. tit. 2. lib. 5. Non. Collect. Reg. an habeat locum quando ofculum vel copula præuenit donationem iocalium? & numeris sequentibus, num. 2. pars affirmatiua probatur.
- 2 Sponsa ex communi vsu loquendi in his regnis semper dicitur ante velationem, postea verò dicitur vxor.
- 3 Argumentum à contrario sensu sumi non debet in correctionem iuris communis.
- 4 D. l. 52. intellectus.
- 5 Legia pars sequens dubia, declaratur per partem claram eiusdem l. præcedentem.
- 6 Ofculis aut copula interuenientibus ante contracta sponsalia, licet postea ipsa celebrentur, nihil ex sponsalitia largitate lucratur sponsa virtute priorum actuum venerorum.
- 7 Sponsus si miserit mundo; mulieres sponsa absentis, & ipse prius accessit quam nuncius, eamque ofculatus fuerit, vel carnaliter cognouit, deinde accesserit nuncius & sponsa dona tradiderit, nihilominus locum habet distinctio d. l. 52. Tauri.
- 8 Distinctio dict. l. 52. non procedit in donatis sponso ab sponsa.

## QVÆSTIO V.

In l. 52. Tauri, hodie l. 4. tit. 2. lib. 5. Nou. Collect. Reg.

Lex 52. Tauri, hodie l. 4. tit. 2. lib. 5. Nou. Collect. Regiæ, an habeat locum, quando osculum vel copula præuenit donationem iocalium?

**Q**UÆRO, hanc l. cauetur, quod per osculum sponsa lucretur medietatem iocalium ab sponso donatorum, per copulam verò omnia, iuxta tenorem & formam eiusdem legis. *Quid si inter sponsos intervenit osculum vel copula, antequam hac donatio fieret & postea ipsa donatio & sponsalia largitas sequatur, an habeat locum dispositio huius l. vel requiratur quod præcedat donatio presata, ad hoc ut procedat decisio nostra legis?* Et in hoc videtur primo dicendum, quod si osculum vel copula præcedat, & donatio sequatur, nihil horum lucretur sponsa, & sic quod non habeat locum nostra lex, ex eademmet l. ibi. *Gane si el esposo la ouiere besado, la mitad de todo lo que el esposo le ouiere dado antes de consumido el matrimonio:* & iterum in vers. *Pero si qualquiera dellos muriere despus de consumido el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que estando desposados le ouo esposo dado, &c.* Et in terminis per prædicta ita tenet D. Castell. in d. l. 52. Taur. in gloss. ante de consumido, ibi, ex quo habet, & Palat. Rub. ibi, num. 2. in fin. dicens, quod sicut non valet donatio facta vxori iam tradita, sic nec sponsa carnaliter cognita, quæ veritate inspecta propriè dicitur vxor. Idem tenet Gomez Arias etiam ibi num. 20. & sequitur Greg. Lopez, in l. 3. in gloss. besado, tit. 1. part. 4. & huic opinioni se subscribit nouissimè Ioan. Matienç. in presenti l. 4. gloss. 3. num. 2. dicens, quod est communior & tenenda, & quod hoc videtur verius & receptius, sequitur idem gloss. 6. num. 3.

**2** Ego tamen non potui acquiescere huic sententiæ: serupulosa enim distinctio est prædicta ac difficilè scitu, an præcesserit, nec ne, copula donationem, & ita nunquam vidi in praxi ad hoc attendi, sed indistinctè iuxta nostram legem responderi: In utroque enim casu militat ratio fundamentalis eiusdem, de qua per Anton. Gom. ibi, num. 3. in vers. pulcrum tamen. Præterea licet præcederet copula, nihilominus tunc temporis credendum est in mente habuisse sponsum donare sponsa prædicta iocalia: Vnde donatio subsequuta esset executionem prioris voluntatis, sed libidine incensus inceptit à copula, & in præmium & remunerationem huius beneficii recepti, hoc est, coitus admissi, censetur donasse. Tandem tamen quia in his Regnis ex communi vsu loquendi semper sponsa dicitur & vocatur ante velationem & benedictiones Ecclesiæ, & communem habitationem, sit cognita, vel non: post prædictas verò solemnitates propriè vocatur vxor, ut est notum, & fatentur Doctores statim citandi: sed lex nostra loquitur in sponsa, ergo indistinctè est intelligenda. Denique & peremptoriè hæc pars probatur in nostra eadem l. in vers. *pero si supra relato, ibi, Gamen todo lo que estando desposados le ouo el esposo dado.* Ecce ergo l. expressam decidentem, quod sponsa per copulam lucretur indistinctè omne, quod sibi à sponso donatum fuerit tempore, quo fuerunt desponsati, & sic ante velationem. Nihil igitur in secretis, quod ante vel post copulam donetur, dum-

modo contractis iam sponsalibus tempore, quo fuerunt desponsati, ante velationem donatum sit: nam quod lex non distinguit nec distingui oportuit, nec nos distinguere debemus, præcipue vbi eadem militat ratio, ut sunt iura vulgaria. Et in terminis ita tenet expressè contra Castell. Anton. Gomez in d. l. 52. Taur. num. 6. per totum, quam opinionem sequitur Auendan. in prima parte, cap. 15. part. n. 5. Sequitur etiam & dicit veriosè Ayora de part. prima parte, cap. 7. num. 37. & refert, ita communiter omnes consentire ex Anton. Gomez vbi supr. Matienç. d. gloss. 3. in princip. quamvis ego hæc verba apud Ant. Gom. non inueniam. Nihilominus tamen hanc opinionem veriosè, & literæ nostri text. magis consonam ac proinde tenendam censeo: præximè cum præd. auctores eam probauerint.

Tota difficultas pendet ab intellectu illorum verborum nostræ legis, quibus prioris opinionis auctores nituntur, nempe, *Gane si el esposo le ouiere besado, la mitad de todo lo que el esposo le ouiere dado antes de consumido el matrimonio:* Videtur ergo quod datum post consummatum matrimonium, minimè lucretur, argumento sumpto à contrario sensu, quod est fortissimum argumentum in iure. Sed nihilominus respondemus hoc argumentum sumi non posse in proposito contra decisionem generalem nostræ legis statim sequentem, qua expressè generaliter probatur contrarium in vers. præcitato: *Pero si sibi, Todo lo que seyendo desposados le ouo el esposo dado:* Non enim, vbi lex de copula principaliter agit, repetit nec requirit, quod sit datum ante consummationem matrimonij, sed potius decidit, quod sponsa lucretur omne quod sibi ab sponso donatum fuerit indistinctè quocumque tempore, dum tamen datum fuerit cum ipsi essent desponsati, hoc est, ante velationem: Ergo id lucrabitur, siue copula præcesserit siue subsequatur. Et t. argumentum à contrario sensu sumi non debet, cum inde induceremus legis aut iuris communis correctionem, ut probat text. in cap. à nobis, el secundo, de sententia excommunicat. vbi Abb. cum in hoc expendit & sequitur ibi Felin. probat etiam text. in l. fin. §. filii familiaris, C. de bon. qua. lib. iuncta l. penultima, C. qui testament. facer. poss. gloss. vnic. in cap. vnic. de atar. & §. qualiter ordinan. lib. 6. & in cap. significasti, de foro compet. & in Clementina prima, verb. obseruare, de fement. excommuni. quas refert & sequitur, hoc declaratans Euerard. in topic. legal. loco quarto à contrario sensu, in secunda limitatione. Est communis secundum Doct. Molinam lib. 3. de Hispan. primogen. cap. 5. num. 33.

**3** Non tamen obstant modo priora verba contraria nostra l. ibi, *La mitad de todo lo que el esposo le ouiere dado antes de auer consumido el matrimonio:* Hæc namque non tam iuris mysterium, ut patet ex vers. sequenti iam supra expenso, quam facti contingentiam atque narrationem casu factam continent, in eum nempe sensum, ut distingueret osculum à copula; quasi velit text. dicere, quod per osculum lucretur sponsa dimidietatem donationis factæ ante consummationem matrimonij: Nam per copulam, hoc est, per consummationem matrimonij, lucretur totum, ut infra in dict. vers. *pero si.* Itaque verba illa, *antes de consumido el matrimonio:* non sunt referenda ad donationem, sed ad orationem priorem, nempe quod per osculum ante consummationem matrimonij lucretur sponsa dimidietatem de todo lo que ouiere dado el esposo.

**4** *esposo.* Et licet hæc expositio videatur quodammodo literam legis perturbare, cum potius esset dicendum, prout iacet esse intelligendam, ac sic quod referantur præd. verb. ad orationem proximè immediatè præcedentem: attamen, licet hoc in ordine literæ verum sit, in ordine tamen intellectus non est absurdum, quod prædidimus; præximè vt euitemus correctionem dispositionis eiusdem legis generalis sequentis in dicto vers. *Pero si,* sequuta copula: quando tamen pars legis sequens est clara & præcedens dubia, vna per alteram declaranda est, argumento l. 1. & ibi Doctores, ff. de rebus dub. latè Marthæus de Afflict. decis. Neapol. 375. n. 1. Idem in instrumentis probat post alios Beccius consil. 41. n. 4. & 17. & consil. 88. num. 4. lib. 1. quod t. si osculum vel copula ante contracta sponsalia interuenerint, tunc ex eis nihil sponsa lucrabitur de donationibus postea contractis sponsalibus factis, vt bene probant prædict. auctores & eos referens Matienç. d. gloss. 3. num. 3. & ante cum Couar. lib. 4. de sponsal. prima parte, cap. 4. §. 1. num. 14. quod sequor, nisi postea contractis sponsalibus, iterum osculum vel copula interuenerit: tunc namque seruanda censeo dispositionem nostræ l. nec enim nocere debet osculum vel copula præcedens sponsalia, quia vile per inutile vitari non debet, iuxta regulam iuris.

**5** Ex t. quibus omnibus inferitur, quod si sponsus miserit mundos mulieres sponsæ absenti, & ipse prius accessit, eamque osculatus fuit, vel carnaliter cognouit, deinde peruenit nuncius & sponsæ dona tradidit, nihilominus locum habebit dispositio nostræ legis, nempe vt sponsa per osculum lucretur dimidietatem eorum, & per copulam omnia: tum attenda secunda opinio supradicta veriosè & tenenda, tum etiam quia iure nostro Regio, quomodocumque appareat de voluntate obligandi, remanet quis obligatus, vt in l. 2. tit. 16. hoc lib. 5. Sed in hac specie sponsus voluit donare sponsæ, quæ ei per nuncium miserat statim, quod nuncio tradidit prædict. velles seu iocalia: ex eo igitur tempore manet obligatus, ex tuncque valet donatio sequente acceptatione sponsæ absenti, & ita indistinctè tenendum esse censeo: tamen Castell. in dicta l. 52. verbo, *le ouiere dado,* & Palat. Rub. ibid. num. 14. distinxerint inter nuncium sponsæ & sponsi, per quos missa fuerunt hæc sponsæ, vt in primo casu valeat statim donatio, in secunda vero non: Hæc namque distinctio confunditur ex supradictis & aduersus eos cum nobis concurrat idem Matienç. in presenti gloss. 4. num. 4. qui priorem opinionem in specie nostræ quæstionis principalis tenuerat.

**6** Vltimo t. illud in proposito obseruandum erit distinctionem nostræ legis, minimè procedere in donatis ab sponsa sponso: hic enim osculo interueniente non lucretur dimidiam partem rerum ab sponsa donatarum, sed potius soluto matrimonio res donatæ ab sponsa sponso reuertentur integræ ad eam, nisi copula interuenerit: ea enim interueniente confirmatur donatio per conditionis adimplementum, ut probat text. in l. si à sponso, vers. sponsa, C. de donat. ante nupt. §. 1. 3. tit. 11. part. 5. & l. 5. tit. 2. lib. 3. Fori, & tenet Palat. Rub. in d. l. 52. Taur. num. 13. & in repetitione rubricæ, de donat. inter virum & vxor. §. 3. in fine, & ibi Castell. in gloss. *Lo que el esposo,* & Ant. Gomez num. 3. in vers. *si verò donatio.* Auendan. d. cap. 15. Præs. num. 3. & tenet Doctores omnes secundum Matienç. in presenti gloss. 4. num. 2. qui eos sequitur

aduersus Gom. Arias in l. 50. Tauri, qui refertur videtur supradictis, quando copula interuenit.

## S V M M A R I V M.

- 1 Testamentum in scriptis, quod non potest valere ut testamentum in scriptis ex defectu solemnitatis, an valeat ut nuncupatum, solemnitas eius interuenientibus? & numeris sequentibus eligitur pars affirmatiua in dubio, num. 2. & num. 8. & 9. agitur de eius intellectu.
- 2 Absurdum non est, quod in eadem scriptura seruetur forma testamenti in scriptis & nuncupatiui.
- 3 Testator si adhibuerit solemnitatem sufficientem ad utrumque testamentum, valebit in utraque forma.
- 4 Testamentum quod neutram solemnitatem habet, non valet nec ut nuncupatum.
- 5 L. 5. Taur. circa fin. hodie l. 2. tit. 4. lib. 5. Nou. Collect. Reg. sensus & intellectus.
- 6 L. 1. tit. 1. part. 6. intellectus.
- 7 Forma inducitur in omnibus dispositionibus per clausulam annullatiuam.
- 8 Testari tantum in scriptis non ideo censetur quis, quod voluntatem suam testibus non esse notam voluit.
- 9 Testamentum in scriptis, valet ut nuncupatum, etiamsi testes in eo contenta ignorauerint.
- 10 Rogitum tabellionis ad testamentum conficiendum non inducit necessitatem præsentandi in scriptis, etiamsi testator postea in codicillis dicat se testamentum in scriptis fecisse, ut in num. 13.
- 11 In dubio quando non constat, quod testator se restrinxerit ad testandum in scriptis, etiamsi ex ipso ordine testandi appareat, quod voluerit testari in scriptis, valet eius testamentum ut nuncupatum, si integra eius solemnitas interueniat, qua tamen deficiat ad testandum in scriptis.
- 12 Secus si expresse se restrinxit ad testandum in scriptis, & non aliter.
- 13 Testamentum contra voluntatem testatoris sustineri non debet aliter quam ipse voluerit.
- 14 Testator si expresse, ut suum testamentum valeat omni meliori modo quo valere possit, tunc si eorum habet solemnitatem requisitam ad testamentum in scriptis, habeat tamen que sufficit ad nuncupatum, proculdubio valebit ut nuncupatum: & an hoc procedat, si à principio testator voluit se arctare ad testandum in scriptis tantum? num. 18. Et quid, quando interpretatiue ea clausula interuenit? num. 19. Et quid si iuramentum appositum fuerit in testamentum? num. 20.
- 15 Testatore dicente coram sufficienti numero testium talem scripturam velle esse suum testamentum, licet coram testibus non exprimat nomen heredis nec legatas, si tamen non sit perfectum ut in scriptis, valebit ut nuncupatum, & num. 25. & 26. agitur de huius intellectu.
- 16 Sufficit testatorem implicite per relationem ad certam scripturam heredum nomina expressisse, & quomodo hoc procedat, num. 23. & cautebatur, ut hoc rectè fiat, num. 24.
- 17 Testatore dicente in codicillis se prius testamentum in scriptis fecisse, non hoc rumpitur, quod à principio voluit ut nuncupatum, quia ut in scriptis valere non potuit.

QVÆSTIO VI.

In l. 3. Tauri, hodie l. 2. tit. 4. lib. 5. Nou. Collect. Reg.

Testamentum in scriptis, quod non potest valere vt testamentum in scriptis ex defectu solemnitatis, an possit valere vt nuncupatum, si adsint eius solemnia?

Quæro, hæc l. Tauri, hodie l. 2. tit. 4. lib. 5. Nou. Collect. Reg. ponit formam necessariam iure Regio ad valorem testamentorum in scriptis, & circa finem addit clausulam irritantem, dicens: Losquales dichos testamento y codicilos suo tuieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no haga sea ni prueue en juyzio, ni fuera del: an t. testamentum in scriptis, in quo solemnitas huius integræ non interuenit, habet tamen requisitam ad testamentum nuncupatum, valeat vt nuncupatum? Hæc profecto quæstio satis contouersa inter Doctores nostros est, difficilis atque practicabilis: nostra tamen lex in verbis præcatis videtur probare, quod in dubio, quando non constat, quod testator voluit se fringere ad testandum in scriptis, vel nuncupatiue, videatur se restrinxisse ad formam testandi in scriptis, atque ideo non valebit vt nuncupatum, Quinimo & secundo idem videtur probare l. 1. ibi, La otra manera es que dixga en Latin, testamentum in scriptis, que quære tanto de xir como manda que se haze por escrito, eno de otra huisa, in d. l. 2. statim sequenti tit. 1. part. 6. quasi vult d. l. 1. quod qui vitur forma testamenti in scriptis, eo ipso probatur velle testari in scriptis & non alio modo: & hæc videtur esse intentio communis Doctorum etiam iure communi, in l. hac consultißima, §. per nuncupationem, C. de testam. vt inquit idem sequitur Greg. Lopez, in d. l. 2. gloss. magna, ibi, mihi vero magis placet. Cuius opinionis quinque fundamenta congerit Burg. de Paz, in l. 3. Taur. num. 1369. quamuis eam non probet.

Nihilominus tamen scius in specie nostra vera & communis opinio est in contrarium, imo quod in re dubia valeat testamentum vt nuncupatum, licet in scriptis testator destinasset testari, quia non videtur se restrinxisse ad vnã formam testamenti, argument. l. 3. ff. de milit. testamento, & hoc voluisse in dubio testatorem esse præsumendum, ne actus subreuerit: quod velle nemo vnquam præsumitur, vt in d. l. 3. & in l. Scauola, ff. ad Trebell. cum aliis que congerit Alciat. reg. 3. præsumpt. 34. Alber. Brun. de reb. dub. num. 56. Dec. in cap. quoniam Abbas num. 5. vers. 2. limitatur, de offic. deleg. & in cap. cum super, num. 12. vers. extra istos casus, eod. tit. & hæc est vterior & communis sententia, vt plures allegans eam sequuntur testatur Mench. de success. creat. §. 11. vers. quod si talis, & eam probat tam iure communi quam Regio, ibi, a mem. 3. cum segg. & iterum, §. 14. num. 112. & 113. Eandem sequitur probabiliorum, atque commune esse Doctorum placitum dicit Burg. de Paz, vbi sup. n. 70. cum segg. & Grass. de success. §. testamentum, q. 10. num. 1. sequitur etiam Ludou. Gozadin, conf. 3. n. 4. 11. 16. 27. & Matth. de Afflict. dicens, ita fuisse obtentum in Neapolit. Consilio, decis. 143. col. vlt. num. 3. & prius decis. 69. num. 3. & plurimos referens cum communi Martens. in presenti gloss. 10. num. 3. Idem refert plures auctores huius opinio citans Francisc. Mantie. de consuet. vltim. volunt.

lib. 1. tit. 7. num. 2. & Iulius Clarus lib. 3. recept. sentent. §. testamentum quæst. 4. vers. sed quæro, quamuis ibi non rectè carpat Gozadinum: loquitur enim in terminis Bart. in l. vltima in fine. ff. de iur. codicill. dum tenet, quod quando non constat, quod testator voluerit testari in scriptis, licet caperit testari in scriptis, valet eius testamentum, vt nuncupatum, quia sumenda est semper illa interpretatio per quam actus valeat, nisi voluntas testatoris deficiat; & subdit ita sentire omnes fere Doctores in hac materia loquentes: & reuera hæc secunda opinio est communis, vt patet ex prædict. Doctoribus, & eam sequitur & communem dicit plures citans, & ab ea non esse descendendum, Simon de Præcis de interpretat. vltim. volum. lib. 2. dubitat. 2. solutio 2. num. 15. cum segg. pag. 191. cum sequent. Non enim sufficit testatorum velle testari in scriptis, ad hoc vt deficiente forma testamenti in scriptis, non valeat eius testamentum vt nuncupatum, si adsit solemnitas sufficiens ad testamentum nuncupatum, nisi constet testatorem se restrinxisse ad testandum in scriptis, vt infra dicemus. Cum igitur de hoc non constiterit, in dubio, licet voluerit testari in scriptis, si ad hoc non se restrinxit, valebit eius testamentum saltem per iuris interpretationem vt nuncupatum, si eius voluntas adit, vt actus valeat potius quam pereat: & hoc est quod habet hæc secunda principalis opinio & sententia. Quæ etiam comprobatur: quoniam t. absurdum non est, quod in eadem scriptura seruetur forma testamenti in scriptis & nuncupatiui, adeo vt si vna species non valeat, possit altera sustineri, quia hæc non sunt formæ repugnantes, vt senserunt Iacob. de Rauens. Cyn. Alber. de Rosat. & alij, quos refert Mantie. vbi sup. & sequitur alios referens Gregor. Lopez in d. l. 2. gloss. magna, in princip. vsque ad vers. sed quid in dubio, hoc intelligens quando testator non se arctauit, vt velle testamentum suum valere vt in scriptis, & Burg. de Paz, vbi sup. n. 1372. Vnde t. si testator adhiberet solemnitatem sufficientem tam ad testamentum in scriptis, quam nuncupatum, valeret testamentum in vtraque forma: videbiturque tercia eademque mixta species testamenti: neque altera testamenti forma alteram consumit, sed pariter coëunt: Et hæc magis communis opinio secundum Menchac. d. §. 11. num. 11. in princip. & Grass. vbi sup. n. 3. Quo sit secundum ipsum, ibi num. 49. quod si ex diuerso solemnitates adhibita, neque ad testamentum in scriptis per se, nec ad nuncupatum per se sufficiens, secundum omnes indubitanter testamentum etiam vt nuncupatum non valebit.

Non obstat huic secundæ sententiæ principali lex nostra Regia in verbis supra relatis pro prima opinione. Nam t. vt rectè intellexit Menchac. vbi supra, d. n. 15. in vers. nec me mouet, eius sensus est, vt testamentum nuncupatum si non haberit suam solemnitatem, non possit valere vt nuncupatum, neque vt in scriptis, neque vt codicillos. Rursus, testamentum in scriptis carens debita solemnitate, eiusdem iuris erit. Primo, eum neutrum horum testamentorum habuerit suam formam & solemnitatem peculiarem, neque etiam formam & solemnitatem alterius testamenti: vel secundo si eam habuit, intertuit tamen clausula annullatiua. Lex t. præterea prima partice supra citata pro prima opinione, tantum abest, vt eam non probet, sed vt nostram secundam confirmer, dum clare innuit, non sufficere testatorem velle testari in scriptis, vt per tale dictum desinat valere huiusmodi

huiusmodi testamentum vt nuncupatum, si adsit eius solemnitas requisita, nisi præterea adiecerit, E non de otra guisa, id est, & nolo aliter testari, vel, vt in alia forma hæc mea dispositio valeat, quam in scriptis: & sic vltra verba dispositiua adiecerit clausulam annullatiuam: per t. quam similiter in legibus, & denique in aliis omnibus dispositionibus inducitur forma præcisa: non sic per verba tantum dispositiua, vt ex receptissimis sententiis, inquit Menchac. vbi supra, num. 4. se resoluisse, §. 4. n. 14. & in terminis allegat Greg. Lop. ita tenentem in l. 1. in gloss. de otra guisa, sic dicentem, id est, cum testator vult testari in scriptis, non ad probationem voluntatis, sed ad substantiam testamenti ita quod scriptura sit de substantia, vt in l. contractus, C. de fide instrum. Ceteris fundamentis contrariis satisfaciunt Burg. de Paz, vbi supra, n. 1372. cum segg. qui n. 1379. alio modo responderat ad l. partice. Et vt ego conicio, non quidem inibi probatur, testatorem forma testamenti in scriptis vrentem, eo ipso in scriptis testari voluisse, & non alias, nec id verba illius. insinuant, dum dicitur: La otra manera, es que dizen en Latin, testamentum in scriptis, que quære tanto de xir, como manda que se haze por escrito en otra guisa: sed tantum docere nititur, quod sit testamentum in scriptis, quando testator in scriptis testari voluerit, non vero si sine scriptura testatur: si que ibi non agitur, an si quis in scriptis testatur, testamentum vt nuncupatum esse possit, nec ne: sed hoc tantum intenditur, nempe testamentum in scriptis esse, cum testamentum in scriptis sit, & non sine scriptura. Eadem namque lex etiam sancit, & nuncupatum testamentum in scriptura, & sic in scriptis confici posse, vt patet ibi: La vna es a quella man en Latin testamentum nuncupatum, que quære tanto de xir como manda que se haze paladinamente ante fere testigos, en que demuestra el que lo haze por palabra, o por escrito a qual es estable por sus herederos.

Nunc t. autem nostra hæc secunda sententia vera, communis & tenenda, temperanda videtur, vt non procedat, quando ex ordine testandi constaret testatorem voluisse testari in scriptis, quia in illis accessit testes subscribere, & sigillare testamentum: tunc enim si omnes non subscripsissent, aut signacula impressissent, licet intercessisset idonea solemnitas ad testamentum nuncupatum, adhuc id testamentum non valeret: tanquam in scriptis, quia defuit eius formæ: neque tanquam nuncupatum, quia defuit voluntas testatoris: Coniici enim tunc potest, in scriptis tantum voluisse tunc testari: si tunc non iussit seruari solemnitates, que sunt propriæ eius testamenti, quod dicitur in scriptis, quia tunc magis creditur testator voluisse testari nuncupatiue, vt valeat ipsius testamentum, l. quoniam, cum simil. ff. de reb. dub. ita fertur tenuisse Ioan. de Blonisco Doctorem antiquum (quem omnes ad hoc referunt) in d. l. hac consultißima, §. per nuncupationem, C. de testam. Quam opinionem amplecti videtur Iul. Clar. vbi supra, & est communis sententia Doctorum, vbi refert Menchac. vbi supra, n. 12. addens, quod secundum eam facilius hoc obtinebit, quando aperte constaret assertione testatoris facta ex ipso tempore testamenti, velle scilicet se testari in scriptis, etiam si minimè protestatus esset, quod nullo alio modo volebat suam dispositionem valere: quia forte in mentem suam id non venit, nec de testamento nuncupatiuo, vel alia, dispositione cogitauit, sed tantum de testamento in scriptis: quod & tenuit Greg. Lop. in d.

l. 2. gloss. magna, vers. sed quid in dubio, & voluit Iulius Clarus, vbi supra, dicens ita sentire fere omnes Doctores: & hanc partem probauit consulendo Marant. confil. 112. num. 5. cum sequent. & confil. 140. n. 17.

His tamen non obstantibus, vterior est sententia contraria in hac eadem specie, nempe quod in præd. duobus vltimis casibus, cum ex ordine testandi, vel ex assertione facta ipso testandi tempore colligitur voluntas testatoris, quod in scriptis voluerit testari: adhuc tamen si solemnitas non sufficit ad testamentum in scriptis, sed tantum ad testamentum nuncupatum, id testamentum valeat tanquam nuncupatum, vt in specie tenet & inquit communiter teneri Loudou. Gozad. vbi supra, & eum referens probat quam plurimis fundamentis Menchac. vbi supra, d. num. 12. vers. verum his non obstantibus, & num. 13. cum segg. vbi num. 16. quod hæc pars non sibi minus recepta videtur, quam contraria, & quod vitore pia & testamento fauens in omni vlu forensi sequenda est: quam etiam sequitur, & dicit communem esse Gozad. vbi supra, contra Greg. Lop. vbi supra, Tell. Fernand. in l. 3. Taur. in s. p. n. 8. 11. & segg. dicens se credere verum, quod nisi verbis ostendatur velle præcisè testari in scriptis, semper valebit, vt nuncupatum testamentum huiusmodi. Eandem sequitur, & probabiliorum censet loquens in primo casu supra dicto Burg. de Paz, vbi supra, n. 1376. & n. 1381. cum segg. & in vtroque communem dicit & eam sequitur aduersus primam: quam etiam communem esse fayerit Grass. vbi supra, n. 7. & Simon de Præc. vbi supra, præcipue n. 19. cum segg.

Quam etiam in effectu sequitur & testatur communem DD. scholam ita concludere Mantie. vbi supra, n. 6. Nempe (quod idem est) cum testator nec se restrinxit ad testamentum in scriptis, nec expressit quod valeret omni meliori modo quo posset, sed tamen explicite voluntatem suam testibus aperuit, & ratio est in promptu secundum ipsum, quia non creditur testator se voluisse restringere ad vnã tantum speciem testandi, & eligere viam per quam suum iudicium impugnetur, vt in d. l. 3. ff. de milit. testam. & quia actus sic debet intelligi, vt potius valeat quam pereat, d. l. quoniam, cum simil. Et in his terminis hanc appellat veram & communem sententiam plures auctores eius citans Grass. vbi supra, n. 6. & faciunt tradita supra, in 2. opin. principali. Et ita teneo, & cum hac opinione refideo. Notanda sunt igitur summopere supraddicta in praxi, quia DD. in hoc articulo maxime varij & cõtrarij sunt, adeo vt vix comprehendi possit, quid ipsi sentiant.

Ex t. quibus dubia, imo non vera videtur sententia Marth. de Afflict. decis. 143. quia censuit ex hoc testantem, in scriptis tantum testari voluisse, non autem nuncupatiue, quia eius voluntatem testibus non esse notam voluit, vbi citat ad hoc Paul. Castren. & Cyn. Etenim etsi testator testibus suã voluntatem notam esse noluerit, si saltem eam implicite illis eam detexerit, prædictorum sententia non obtinebit, sed vt nuncupatum testamentum hoc in casu valere potest, vt videtur Burg. de Paz, id bene probanti, vbi supra, n. 1381.

Deducitur t. etiam ex superioribus, veram non esse opinionem D. Castelli, in d. l. 3. Taur. in glo. no barga see in 3. oppositi. dum existimauit testamentum in scriptis indistinctè vt nuncupatum firmum esse non posse, cum testes in testamento contenta ignorauerint, nec probatur in l. si non speciali, C. de testam. ab eo allegata, & ita merito contra ipsum in hoc

