

causa suæ intentionis tenetur id probare, est communis, & eam tenent omnes teste Alberi. ibi, ratio autem quare Roder. Xuar. hoc tenuerit contra illam, glos. & contra tex. in dict. l. cum de lege falcidia, ea videtur fuisse, quia ipse contrarium sæpe consuluit, ut ipse asserit, imo quod mulier tenetur probare promissionem arrarum fuisse intra decimam patrimonij mariti, ideo ab istis consilijs priuatis est cauendum, quia raro veritas in eis deprehenditur.

30 ¶ Item quæro de alia contingibili quæstione, quæ pendet à superiore quid iuris erit. *Si el marido al tiempo q se casò con su muger la dotò en mucho mas que monta el diezmo de sus bienes, sin recibir con ella en dote otra cosa alguna, como lo suelen hazer algunos hombres ricos q casan cõ alguna muger noble de mas calidad que no ellos, maxime si son viejos y biudos, y la muger es dõzella de calidad, vt habetur in l. si voluntate, vbi glo. C. de dotis promi. Respondeo, q aunque exceda del diezmo de los bienes del marido, valdra la dote, porq en la dote q da el marido, ò el extraño à la muger, no ay tassa de iure communi, vt in l. nullalage, C. de iure do. aunque en la dote que el padre da, ò promete à la hija por la ley del Reyno este tassada y moderada: pero en el marido ò otra persona extraño que quisiere dotar à la muger, no ay tassa, etiam de iure regio, aunque la aya en las arras, que es cosa diferente de la dote, pero la mayor duda es, ya que vala la dote, aunque exceda del diezmo de los bienes del marido, quando el marido dota à su muger, si valdra la dote, quia censetur donatio facta inter maritum & vxorem, quæ prohibita est de iure, nec valeat etiam inter sponfos, si conferatur in tempus contracti matrimonij, quia confertur in tempus prohibitum, vt in l. r. & l. quod sponsæ, C. de donatio. ante nupti. & licet nonnulli Doctores, tenuerint non valere Bart. tamen in l. si diuortio, ff. de verbor. obligatio. tenet quod talis donatio, & promissio*

dotis facta à marito ipsi mulieri valet predicto casu, quia est donatio remuneratoria in præmium nobilitatis vxoris, quæ donatio inter virum & vxorem non est prohibita, si est remuneratoria, vt in l. quod autem, §. si vir. ff. de donat. inter virum & vxorem, & cum Bart. transeunt Imola, Raza. Cuma. & Alexan. & Iasso. qui plures alios refert, & Bar. dicit ita seruari in vsu, quod experientia demonstrat, ita vt absque dubio videatur prædicta opinio Bart. *Y ansise concluye que valdra la dote que el marido diere ò prometiere à su muger quando se la dio ò prometio por las causas dichas, animo donandi, añ que exceda en qualquier cantidad del diezmo de sus bienes, y que los contadores le sacaran à la muger la dicha dote.*

¶ Item quæritur. *Si la muger viuuda que casa segunda vez, podra llevar arras del segundo matrimonio, & videtur quod non possit arras lucrari, nam arræ communiter dantur virginibus in premium virginitatis suæ, & ita communiter solet apponi in scripturis, seu instrumentis dotalibus, vbi arræ dantur, vel promittuntur à marito, vt in honorem virginitatis sponsæ suæ, & consanguineorum eius promittunt tot aoreos, aut certam pecuniam sponsæ nomine arrarum, quam reddent simul cum dote recepta tempore soluti matrimonij, & sic videtur quod vidua, quæ secundo nubit non possit arras habere à secundo marito, item hoc videtur probari ex l. 3. titulo de las arras, libro 3. fori, cuius verba sunt, quando el que casare diere arras à la manceba con quien casa, que en el lenguaje de aquel tiempo era lo mismo que dezir quando el que casare diere arras à la donzella, ò à la moça cõ quien casare, de do se colige, q las arras se han de dar à dõzella, y no à viuuda. Pero lo cõtrario se deue tener, y q las arras las gana tãbien la muger viuuda q casa segũda vez si su marido se las diere ò prometiere como la dõzella. Nam arræ nõ debentur de iure, sed ex pacto,*

vel cōtractu inito cum marito, si enim sponsus non dedit, vel promisit arras, nullo iure debentur, sed si sponsus promisit virgini, vel viduæ cum ex contractu, vel pacto debeantur, nulla ratio est quare viduæ non debeantur, cum maritus ei dare voluit, nec in iure reperitur prohibitum, quod vidua non sit capax arrarum à marito promissarū. Item pro hac opinione est tex. expressus quod vidua possit lucrari arras in l. t. tit. de las arras, in fin. lib. 3. fori, cuius verba sunt. *E si la muger ouiere fijos de dos maridos, ò de mas, cada vno de los fijos hereden las arras que dio su padre, de guisa, que los hyos de vn padre no partan en las arras que dio el padre de los otros.* Ecce ergo vbi probatur ex hac lege quod vidua potest habere arras, tã 3 4 ex primo, quam ex secundo matrimonio, & ad legem tertiam, quæ sequitur de la manceba, ò donzella, quæ idem sunt. Respondetur sic, quia à communiter accidentibus dari solent arræ virginibus non viduis, sed si maritus, aut sponsus dederit viduæ, nullo iure prohibetur eas recipere, & ita communiter practicatur.

33 ¶ Sed quid erit de iocalibus quæ vulgo joyas appellantur, las que da el marido à la muger estando desposados, si sera lo mismo que en las arras que las ganara la muger biuda, siendo desposada segunda vez con otro marido, como las gana la donzella desposada, la mitad, auiendo besado su esposo, y la otra mitad, auiedo tenido copula con ella cōforme à la ley 52. de Toro, l. 4. tit. 2. lib. 5. Recop. nam hoc casu est maior ratio dubitandi quàm in arris, cum non dentur hæc dona ex promissione, sicut arræ, sed debentur ex lege quando maritus sponsus hæc dona mittit sponsæ, antequam traducam in domum suam, vt in dicta lege 1. tauri, & l. cum in te, C. de donatio. ante i. nupt. Respondeo, quod idem iuris est de istis donis, vel iocalibus, quæ sponsus mittit sponsæ suæ, siue virginem desponsauerit, siue viduā, quia eadem est ratio in vtroque casu, y assi

digo, q̄ las ganara la viuda como la donzella estas joyas, conforme à la distincion de la ley de Toro, porque si el esposo se las quiere dar y donar à su esposa, aunque sea viuda no ay causani razon que se lo impida à la viuda, ni tal prohibicion se halla en derecho. ¶ lo segundo, porque la ley 52. de Toro habla generalmente en qualquiera esposa, sin distincion que sea donzella ò viuda, ait enim prædicta l. 52. Tauri, qualquiera esposa, &c. & sic quando lex non distinguit, neque nos distinguere debemus, vt in l. de precio, ff. de public. in rem act. & ita fuit iudicatum his diebus in hoc regali Granatensi auditorio. Quod quidem iudicium & iustum, & verissimum puto.

¶ Sed quid si vxor sefellit virum in dote, porque al tiempo que caso la muger prometio al marido en dote cierta cantidad de maravedis, en bienes apreciados que no valian la cantidad que le prometio, ò el marido recibio engaño en la dote, en otra qualquier manera, si sera obligado à pagarle las arras que le prometio enteramente, ò podra vsar de excepciõ ò retencion dellas, contra los herederos de la muger que le pide la dote hasta en la cantidad que recibio el engaño? Respondeo, que podra el marido tener excepcion de las arras que prometio à su muger hasta en la cantidad que fue engañado en la dote, tex. est notabilis qui bene probat prædictam conclusionem in l. pollicitatione, C. de donati. antenupt. vbi hoc notant Doctores post glos. & ad hoc eam allegat Roderic. Xuarez in lectura legis. r. tit. de las arras, lib. 3. fori, & dicit multoties hoc practicasse, per dictam legem iunctam sua glo. idcirco menti tenendum est, quia sæpe contingit.

35 ¶ Item quæritur. Si las joyas que el esposo embiò à su esposa estando desposados, valian mas que las arras que le prometio, pero durante el matrimonio la muger las ha gastado y consumido con el uso dellas, si podra despues suelto el matrimonio, elegir las arras y dexar las joyas, & videtur quod non possit hoc facere, cum

cum in hoc fraudentur hæredes mariti faciendo talem electionem arrarum, relictis rebus donatis à sponso, quas ipsa consumpsit, sed contrarium verius esse puto, imo, que la muger y sus herederos podran elegir las arras, y dexar las joyas cõforme à lo dispuestop por la ley 52. de Toro, l. 4. tit. 2. lib. 5. Recop. nec videtur in hoc fraudare maritum, nec eius hæredes, quia suo iure utitur, vt in regula iuris, nullus videtur, ff. de regul. iur. & in l. factum suum, §. non videntur, ff. eod. tit. *pero en este caso sera obligada la muger, ò sus herederos à boluer las joyas tales y tan buenas como las recibio, ò pagar el interesse, y menoscabo que tienen.* Quia non videtur redditares quæ debet restitui, vel reddi si deteriorata reddatur, vt in l. 3. §. si reddita, ff. commodius, vbi notant Doctores, post glof. Bart. & alij in l. eleganter, §. non solum, ff. de dolo, etiam in l. & ff. de solu. late per Dy. in l. huiusmodi, §. ædes, ff. deleg. 1. & Cin. in l. exhibitionis, C. ad exhib. latissime per Bart. in l. Iulianus, §. 1. ff. de verbo. obligatio.

¶ Quinto loco, se le han de sacar à la muger las joyas que le dio su marido estando desposados, sino huuo arras en el dicho matrimonio, como no las suele auer, communiter maxime inter personas humiles, & tenuiores, que no suelen dar arras à sus mugeres, sino embiarles algunas joyas, ò donas quando estan desposados: pero auiendo arras y joyas, no lo puede llevar todo la muger, sino que ha de escoger ella, ò sus herederos qual mas quisierre, ò las arras, ò las joyas que le dio su marido estando desposados, vt in l. 52. de Toro. Pero ha se de aduertir, que tampoco puede llevar la muger todas las joyas que le dio su marido estando desposados, aunque no le aya dado ni prometido arras, por que solamente le puede dar la otava parte de la dote que la dio y truxo à su poder la muger, vt in l. regia, de las cortes de Madrid del año de treynta y quatro, cap. 101. que habentur, l. 1. tit. 2. lib. 5. Recopil.

37 ¶ Sed hic incidenter queritur, quãdo gana la muger las joyas que su marido le dio estando desposados para q̃ se aya de sacar à la muger en la paricio. Super hoc magna est contentio inter Doctores, quidam enim æstimauerunt quod prædicta dona, quæ vulgariter vocantur joyas lucretur ea sponsa per copulam sponsi, secundum distinctionem legis 52. de Toro, dum tamen dederit prædicta dona sponsus antequàm eam cognouerit, sed si ea dona dedit post consumatum matrimonium quod ea non lucretur, & ita te. Castillo in l. 52. de Toro, sed Anton. Gom. ibi tenet contrarium, quod verius puto rationibus per eum adductis, quod probatur ex generalitate illius legis in quantum dicit, *pero si qualquier dellos murie- re despues de consumido el matrimonio, que la muger gane todo lo que se- jendo desposados le ouiere el esposo dado, quod probatur in his verbis, gane todo lo que el esposo le ouiere dado.* Non enim amittit nomen sponsæ, donec vxor ducatur ad domum viri, etiam si cognita sit à sponso, vt in l. cum inte. C. de donatio. ante nupt. vbi notat Doctores.

38 ¶ His autem deductis, quæ supra diximus sexto loco, se ha de sacar el capital y bienes que el marido truxo al matrimonio, ora los truxesse al tiempo que se caso, ora los ouiesse heredado, ò adquirido por donacion, ò en otra qualquier manera semejante à las dichas, la qual se entiẽde auiendo bienes mejorados y gananciales durante el matrimonio. Quia primo debent deduci capitalia vtriusque socij, quam censeantur esse lucra, vt in l. Mutius, ff. pro socio, & l. 4. §. si ære, ff. pecul. lo qual se entiẽde aunq̃ estẽ gastados y cõsumidos, ò por caso ouiesse percedo, ò muerto los ganados, ò animales q̃ truxo al matrimonio, auiedo bienes mejorados, se ha de sacar dellos, de cõsuetudine huius regni ita te. & fundat. Pala. Rub. in repe. rub. de donat. inter vir. & vxor. §. 66. n. 3. fol. 45. & Roder. Xuar. in l. 5. tit. de las arras, lib. 3. pero sino ouiesse bienes mejorados en el matrimonio,

el marido no tiene que sacar del cuerpo de bienes los que el truxo, sino q̄ si gastò, ò consumo su capital, lo ha de perder, porque la muger no es obligada à pagar al marido su capital, cuius est hęc ratio, por que ella no lo recibe ni administra el capital del marido, como el marido que recibe la dote y bienes parafernals de la muger, por lo qual es obligado à se los boluer y restituir, como està dicho in præcedētibus, pero auiendo bienes mejorados, han se de sacar ambos caudales de la muger y del marido, y la resta se ha de diuidir y partir entre el marido y la muger, y sus herederos, como bienes ganados durante el matrimonio, y porque arriba estan tocadas algunas dudas y questiones que pueden occurir en este particular, como se ha de sacar del cuerpo de bienes el capital de la muger y sus bienes parafernals, lo mismo se puede tener aqui por repetido. en el capital y bienes del marido que truxo al matrimonio, quando ay bienes gananciales, porq̄ de otra manera no puede sacar el marido su capital, ni la muger està obligada à se lo pagar, como està dicho.

¶ Finaliter deductis debitis, & capitalibus vtriusque partis, lo que restare se ha de partir en dos partes yguales entre el marido y la muger y sus herederos, como bienes mejorados, pero porque sobre esto suele auer algunas dudas, eis occurrere, & iuridica responsione satisfacere necesse est.

AN apprecium factum inter cohæredes viri, vel uxoris de bonis hereditarijs faciat præiudicium, vel emptione inter maritum & uxorem, ut ad eum, vel eam pertineat periculum, vel deterioratio eorum.

2 Si maritus simul cum uxore vendiderunt aliquam rem propriam ipsius uxoris, an maritus teneatur uxori ad restitutionem precij, quod processit ex re vendita.

3 Mulier non amittit ius quod habet contra maritum ad recuperandum precium rei sue vendite de consensu eius à marito, licet præiudicet sibi quoad emptorem ipsius rei vendite de consensu uxoris.

4 Si maritus est pauper mulier tenetur se alimentare ex bonis parafernals à marito venditis, nec precium eorum tenetur maritus reddere si consumptum est in alimentis uxoris.

5 Bonis parafernals à marito venditis potest uxor ab emptore, qui ea comparauit sine consensu eius petere.

6 Si maritus vendidit rem uxoris sine consensu eius minore precio quam valebat, an poterit mulier totum precium & valore à marito exigere, vel ab hæredibus eius tempore partitionis.

7 Non compensatur culpa commissæ in uno casu, quo bona uxoris maritus male vendidit cum diligentia, & bona ad administrationem, in alia re facta, in qua maritus multum lucratus est.

8 Si maritus vendidit rem uxoris minoris quam valeat sine consensu eius, & precium conuersum sit in utilitatem vtriusque illud deducetur de bonis communibus, quod vero plus valebat consequetur uxor ex bonis proprijs ipsius mariti.

9 Si maritus vendidit rem uxoris contra voluntatem eius an teneatur uxori ad verum valorem rei, & ad partem fructuum quos habitura esset si res sua non esset vendita, sine voluntate eius.

10 Si maritus in ludo amiserit aliquam pecuniam, an uxor poterit tantundem ex bonis lucratis sumere.

11 Si socius aduehat per mare merces communes, que non solebant aduehi per mare, & perierint tenetur de interitu earum.

12 Si maritus fide iussit pro aliquo, & soluit, nec potuit ab eo recuperare quod soluit, quia erat pauper, an uxor poterit tantundem ex bonis communibus super lucratis deducere.

13 Si maritus fide iussit, & soluit pro alio, qui socius erat in illo contractu vel conductione pro qua fide iussit, quia postea bona socij casu, vel subito amissa sunt, propter quod non potuit ab eo pecuniam recuperare, quam pro eo soluit uxor tenetur hoc dampnum

- num participare non solus maritus ex bonis acquisitis in matrimonio.
- 14 Si maritus vendidit, vel locavit aliquam rem minori precio, quam vale-
ret volens gratificare amico, vel cogna-
to suo, an vxor poterit tantundem e me-
dio sumere ex bonis constante matri-
monio quæsitis.
- 15 Si maritus vendidit fructus prædio-
rum ante tempus minore precio quam
valebant, ut ex eis solueret debitum
proprium ad quod vxor non teneba-
tur, an damnum teneatur satisfacere
vxori ex bonis communibus.
- 16 Si constante matrimonio maritus
emit officium tabellionatus, vel aliud
quod ex beneficio principis soluta cer-
ta pecunia acquiritur, quod mul-
to plus valeret tempore soluti matri-
monij, an vxor habebit partem eius
ratione lucrorum matrimonio facto-
rum.
- 17 An vxor que acceptauit lucra possit
postea multis debitis à marito factis
apparentibus renunciare lucris, ut ex-
oneretur debitis, que ex parte agnosce-
re tenebatur.
- 18 Si consanguinei viri donauerint eius
sponsa vel vxori aliquas res, an iudica-
buntur lucra, vel acquirantur marito
vel vxori.
- 19 Datum vxori à consanguineis viri
ipsius contemplatione ipsi datum
censendum est, & ipse maritus præ-
cipuum habebit in diuisione bono-
rum communium, & quid in casu du-
bii quando non constat cuius cõtempla-
tione donatum est ibidem.
- 20 Si maritus acquisiuit vsumfructum
aliquorum bonorum constante matri-
monio absque proprietate an erit com-
munis vsumfructus mariti & vxoris,
an solus mariti.
- 21 Statuta inter socios regulariter ha-
bent locum inter maritum & vxorem.
- 22 Cum vsumfructus solus absque proprie-
tate acquiritur filio familias non acqui-
ritur vsumfructus patri.
- 23 In quibus casibus pater nõ habet vsum-
fructum in bonis filij.

24 Si princeps donet aliquam rem filio &
suis descendens, an patet habeat
vsumfructum eius.

DE LUCRIS AC QVISTI-
tis constante matrimonio.

C A P. VIII.



IT primò quæro. Si la
muger ò el marido duran-
te el matrimonio hereda-
ron à sus padres ò parien-
tes, y en la herencia les cu-
pieron algunos ganados ò mulas, ò otros
animales apreciados, y estos se han muer-
to, ò consumido, ò deteriorado, si sacaràn
los herederos de la muger ò del marido,
cuyos fueron, la estimacion ò valor dellos,
ò los perçera, vel ex contrario, si los ga-
nados se han mejorado y crecido, y valen
agora mucho mas, y lo mismo en algunas
rayzes como oliuar, ò viua que se apre-
cio en poco, porque no estauan criadas, y
despues con el tiempo se han criado y me-
jorado valen agora mucho mas, si cumpli-
ran los herederos del marido ò de la mu-
ger con dar la estimacion en que fueron
apreciados al tiempo que los dieron en par-
ticiõ, y los truxo al matrimonio. Sed quia
de hoc latius tractauimus in superiori-
bus maxime in illa, quæstione, quo-
modo deducantur bona dotalia in æ-
stimata, vel bona parafernalia vxoris,
vel bona hæreditaria mariti, quæ
ad duxit ad matrimonium, ideo ad
ibi dicta me remitto, vno tantum
addito, que no se ha de tener conside-
racion à que estos bienes heredita-
rios que el marido, ò la muger truxe-
ron al matrimonio de la herencia de sus
padres ayan seydo apreciados, ò no, al
tiempo que los truxo al matrimonio, en la
particion que dellos se hizo con los cohere-
deros, porque aquel aprecio no hizo ven-
tani perjuizio à otro tercero, sino solamẽ
te à los coherederos entre quien se hizo
la particion y aprecio, vt in l. i. §. cum di-
citur, ff. si cum plusquam per legem
falcidiam, & in l. seruos, ff. famil.
her-

herciscun. vbi notant Doctores.

¶ Secundo quæro. Si el marido y la muger juntamente vendieron algunos bienes de la muger parafernales, casa, ò viña, ò otros bienes muebles, ò rayzes, si podran los herederos de la muger pedir al marido que le den el precio en que fue vendida. Respondeo, q̄ se ha de distinguir si estos bienes fueron vendidos para pagar alguna deuda de la muger, contrayda antes que se casasse con este marido, en tal caso no se le ha de sacar el precio, pues aquel fue para ella, y se conuirtio en su prouecho. Recte enim respondebitur ei si velit precium deducere, quod petis intus habes, cum iam ipsa receperit precium, quod in rem suam versum erat, nam si maritus de suis bonis prædictum debitum vxoris soluisset, ad quod non tenebatur, actione pro socio, vel negotiorum gestorum posset ab vxore recuperare, vt in l. soluendo, & l. si pecunia, ff. de negot. gestis, & in l. omne es alienum, ff. pro socio: Pero sino se conuirtio en prouecho de la muger el precio en que se vendieron sus bienes hereditarios, aunque el marido ouiesse alimentado dello à la muger, à lo qual no se ha de tener consideracion, porque el marido es obligado de iure, à dar alimentos à la muger, l. si cum dotem, §. si autem in seuisimo, ff. solu. matrimo. & l. 61. de Toro, & habetur, l. 9. titul. 3. lib. 5. Recop. en tal caso, sine dubio, se le ha de sacar à la muger ò à sus herederos, el precio en que fueron vendidos sus bienes parafernales, ò hereditarios, aya bienes gananciales en el matrimonio, ò no los aya, pues el marido aunque no aya bienes gananciales, està obligado à boluer y restituyr à la muger los bienes parafernales que della recibio, vt in l. de his, C. de donat. inter vir. & vxo. & in l. fin. C. de pactis conuentis, & latius diximus supra in quæstione ad quam in supra proxima nos remisimus, y no obstaria dezir que la muger se prejudicò en vender ella misma con su marido estos bienes parafernales, ò auer dado consentimianto à ello, porque esse

perjuizio, solamente obrara para que no pueda pedir al comprador, ni al marido, la cosa que le fue vendida, pero no para que por esso pierda el precio que se conuirtio en prouecho del marido y no della, videtur enim illum consensum præstitisse mulier, vt maritus succurreret necessitatibus suis ex precio reuenditæ, non tamen, vt amittat, & ipsam rem, & precium eius, non enim consensit vtrumque, vt maritus rem venderet, non vt etiam precium reciperet sibi, & in vsus suos conuerteret ad quod nouus consensus desideratur, & donatio esset, quæ prohibita est de iure inter maritum & vxorem, vt in allegata, l. de his, C. de donatio. inter vir. & vxo.

¶ Hoc tamen limitari debet. Si el marido fuesse tan pobre que no tuuiesse bienes con que dar alimentos à su muger, y ella tuuiesse bienes de que alimentarse, que en tal caso no auiendo bienes mejorados durante el matrimonio, no seria el marido obligado à pagar à la muger el precio de sus bienes parafernales que le ouiesse vendido para alimentarla, ni ella lo podria sacar en la particion, eadem ratione, superius tradita, quia versum est in vtilitatem eius in ea re ad quam maritus non tenebatur cum esset pauper, vt tenet Bar. & Alexan. & omnes Scribentes in l. si cum dotem, §. si autem in seuisimo, ff. solut. matrimo. de quo late per Castellum in l. 61. Tauri in glos. in verbo, vestir, qui multa super hoc articulo scripsit.

¶ Pero si el marido huuiesse vendido estos bienes parafernales de la muger sin voluntad, ni consentimiento suyo, en tal caso la muger podria sacar del comprador sus bienes, cum non amiserit dominium, id enim quod nostrum est sine facto nostro à nobis auelli non potest, vt in regula iuris id quod nostrum est. Pero sino quisiesse pedir al comprador, en tal caso podra sacar el precio en que fueron vendidos sus bienes del mon-

Itom de la hazienda, quia prius debet capitale mariti, vel vxoris deduci de medio quam diuisio lucri fiat, vt supra diximus.

¶ Pero pongamos que el marido vendio algunos bienes parafernales de la muger, sin su voluntad (como està dicho) en menos precio de lo que valian, si podria pedir la muger que se saque del monton de la hazienda todo el valor que sus bienes valian quando se los vendio el marido, ò valen oy, si ha crecido el valor de los dichos bienes? Ista quæstio est dubitabilis & contingibilis, idcirco eam longa, & matura consideratione explicari oportet, in qua distinguendum puto, ò ay bienes multiplicados durante el matrimonio, ò no los ay, sino los ay, y la muger ò sus herederos renuncian las ganancias, planũ est, que tiene derecho contra el marido, ò contra sus herederos, que le buelua y restituya sus bienes parafernales, quæ sine facto suo alienata sunt, vt in allegata l. fin. C. de pact. conuen. & in l. de his, C. de dona. inter vir. & vxor. & ipso non restituente ipsam rem, perueniuntur ad veram æstimationem, & valorẽ eius, iuxta l. qui restituere, ff. de reuẽdi. Pero auiendo bienes gananciales, y acciendo la muger las ganancias, hic hæsitatur, videtur enim iniquum mulierem verum precium rei suæ quam maritus vendidit, exigere vel recuperare velle de bonis mariti, cum ex precio quod maritus inuenire potuit ex illa refacta fit magis locupletior ex dimidia lucrorum, quæ facta sunt cum illa pecunia quam forte valeat res sua si non esset vendita. Pero no embargante esto, in pũcto iuris, se deue tener lo contrario: porque si algunas ganancias se han hecho con este dinero que se hizo de los bienes vendidos de la muger, tambien lleva el marido su parte. Y lo segũdo, porque pudo auer se hecho las ganancias que ay, con otros dineros, y diligẽcias que el marido y muger ouiesse hecho en otros contratos, y auer se perdido este dinero de los bienes que se vendieron de la muger por culpa del marido, porque non deletur, nec com-

pensatur culpa commissã in vna re, vel negotiatione cum diligentia, & lucro factõ in alia re, vel negotio, vt in l. non ob eam rem, & l. & ideò, ff. pro socio.

¶ Pero aqui se puede dudar, si auiendo vendido el marido de los bienes parafernales de la muger sin su voluntad, y ella pidiesse el valor verdadero de sus bienes, y no se contentasse con solo el valor en que fueron vendidos, ò la misma cosa vendida, quia sine facto suo vendita est, si se sacara de lo multiplicado este verdadero valor que valian sus bienes de la muger, ò lo pagara el marido de su parte que à el le cupiere de su mitad de ganancias, & putem in tali specie sub distinguendum, que quanto al precio en que se vendieron los bienes de la muger, y se metio y conuirtio en utilidad y prouecho de la hazienda comun del marido y muger, que este se saque del monton y cuerpo de bienes, pues està incluso en la misma hazienda, y es deuda que se deue à la muger contrayda durante el matrimonio, por lo qual se ha de pagar de por medio de los bienes comunes multiplicados conforme à la l. del fuero, tit. 20. lib. 3. for. l. 14. y à la l. 60. de Toro, quæ habetur l. 9. tit. 9. lib. 5. Reco. Pero quanto al mas valor que teniã los dichos bienes de la muger, aquello pues no se conuirtio en utilidad de la hazienda comun del marido y muger, sino que el marido lo perdio por su culpa, y es deuda suya, aquello se sacara y lo pagara el marido de sus propios bienes, y de la parte que le cupiere de sus ganancias como deuda propria suya, vt in l. sed nec æs alienum, ff. pro socio, & l. cum duobus, §. damna. cod. tit. & est text. magis expressus in l. incerti. C. famil. heriscun. in fin. ibi eiusdemque rei cæteris præstandam indemnitate, y no de los bienes comunes y multiplicados, porque seria pagar lo que se deue à la muger de sus propios bienes si se pagasse esta deuda del monton y cuerpo de bienes multiplicados, en que ella tiene parte, como se tocò arriba en la question que trata, si el marido se casò segunda vez, y quisiere pagar la

dote de la primera muger de los bienes ganados en el segundo matrimonio, donde resolvimos, que primero se ha de hazer particion con la muger segunda, y entregarle su mitad de multiplicado, y despues paga el marido de su parte esta deuda, rationibus ibi assignatis in quibus fundatur ista conclusio, & in l. sed nec æs alienum, ff. pro so. & quæ ibi notant Doctores, & in dict. l. incerti. C. famil. herciscun.

¶ Nunc incidenter quæro de notabili quæst. circa prædicta. *Si la muger cuyos bienes parafernales, ò hereditarios el marido le huiesse vendido contra su voluntad, no solamente pidiesse el valor y estimacion de lo que oy valian sus bienes enagenados, pero pidiesse tambien la mitad de los frutos que ouiera rentado aquella heredad, ò rayz que el marido le vendio, diciendo, que sino la ouiera vendido el marido, que ella gozara de la mitad de los frutos della, como de todo lo demas multiplicado durante el matrimonio, mayormente siendo suya propia, no del marido, la cosa que le vendio, an admittenda sit talis petitio, & videtur quod sit admittenda, y que el marido sea obligado à todos los daños è interesses que à la muger se le ayan seguido por auerle enagenado sus bienes hereditarios contra su voluntad, licet socius tenetur ex facto culpabili commissio in societate, vt in l. cum duobus, §. venit, & in §. damna, ff. pro socio, porque como està dicho, el marido no le puede vender à la muger sus propios bienes parafernales cõtra su voluntad, antes està obligado à se los boluer y restituyr, & qui tenetur aliquid facere, vel non facere tenetur ad interesse si contra fecit, l. 2. §. item si in facto, & l. in illa stipulatione per te non fieri, & l. vbi autem nõ apparet, §. si id quod vbi Doctores, ff. de verbo. obli. sed sic est quod maritus tenetur non vendere, nec alienare bona parafernalia, vt in dict. l. fin. C. de pact. conuen. ergo si contra fecerit tenetur ad omne damnum, & interesse, in quo continentur fructus quos ex ipsa recepisset, si mari-*

rus non alienasset, quod expresse probatur in dicta l. incerti in fine, C. fam hercis. vbi statuitur quod socius, ve cohæres, qui rem communem sumpsi vel vendit, tenetur socio, vel cohæredi indemnitate præstare, quod verbum generale est, & comprehendit omnem damnum tam rei principalis, quàm fructuum, & expressius probatur prædicta conclusio in l. item veniunt, §. si simili modo, & §. cæterum, ff. de peti. hære. vbi specialiter de fructibus statuitur contra eum, qui rem alienam vendidit, vt eos restituere teneatur, sed hoc existimo limitandum, nisi maritus probasset, quod ex precio redacto ex tali venditione, plus vel tãtum commodum receperit mulier, quantum faciat pars fructuum, quæ sibi attingeret ex dicto fundo suo vendito, quia maritus illa pecunia aliam negotiationem iniuit, vel aliud prædium comparauit, ex quibus plus vtilitatis recepit mulier, quam reciperet ex suo prædio, vel fundo vendito, quia tunc nullum interesse, vel damnum potest prætere mulier ex tali venditione.

¶ Tertio principaliter quæritur. *Si el marido perdio al juego alguna cantidad de maravedis de los bienes comunes mejorados durante el matrimonio, si la muger tendra derecho para sacar otros tãtos de los bienes multiplicados, como el marido perdio al juego, istam quæstionem tangit glos. Montal. in l. 1. tit. 3. l. 3. fori, vbi concludit, que el marido ha de cõtar en su parte lo que perdio al juego, ò la muger sacara otra tanta cantidad de los bienes multiplicados, quod verum puto per leges, & rationes per eum allegatas, licet 3. Rode. Xua. ibidem tentaerit tenere contrariam sententiam, hac ratione ductus, quod maritus potuit lucrari in ludo, & ita se exposuit ad lucrum sicut ad perdendum, ex lucroq; posset habere mulier partem suam, sed hæc ratio fragilis est, cui facile responderi poterit. Primo quod in ludo communiter, & frequentius id consue-*

fucti facere perdunt, vt experiētiade
monstrat. Secundo quod ludere in tā
ta quantitate est delictum, & prohibi-
tum iure communi, & regio, & in de-
lictis nulla est societas, nec commu-
nio lucrorum, vel amissorum, vt in l. r.
§. plane ibi, nec enim vlla societas est
maleficiorum, ff. de tute. & ratio distra-
hen. & in l. nec pretermittendum, ff. pro
socio, quod si maritus aliquid lucra-
tus sit in ludo, poterit sibi retinere, cū
non teneatur partem facere vxori de
iniustis lucris, vt in d. l. nec pretermit-
tendum, ff. pro socio, ideò veriozem
esse censeo sententiam glos. Montalui
supra relatam, & pro ea mihi videtur
casus expressus in l. cum duobus, §.
damna in fin. ff. pro socio, vbi habetur
quod si socius aduehat merces cōmu-
nes in naui, & perierunt nauigatione,
quod si tales merces non solerent in-
naui aduehi, solus socius sentiet dam-
num, qui eas supposuit periculo nauig-
ationis, non autem alter socius, si er-
go socius non tenetur ad damnum cō-
ringens in nauigatione, si merces con-
munes naufragio perierint, si tales
merces non consueuerunt in naui ad-
uehi, cum nauigatio sit licita, & forte
fiat minore sumptu, quam si portaren-
tur per terram, quanto magis non te-
nebitur socius si alter socius, pecuniā
ludo perdidit, cum sit delictum, & do-
lus vel lata culpa, quæ præponderat
culpæ leui, quæ fuit in aduehēdo mer-
ces in naui, maxime quod verisimilio-
ra pericula sunt in ludo ad perdendū

I I pecuniam quam sint in naui ad mer-
ces transferendas, ideò socius non po-
test esse sine culpa, licet dolus abesset
in ludo, & socius tenetur præstare cul-
pam commissam in societate, vt in l.
cum duobus, §. venit autem in hoc iu-
dicio, & in §. damna. ff. pro socio.

I 2 ¶ Quarto quæritur. Si el marido hi-
zo alguna fiança, y despues pagò por el
principal, del qual no pudo cobrar, por-
que era pobre, ò porque se ausentò y huyò
por la dicha deuda, si la muger podra sa-
car del monton y cuerpo de bienes mejo-

rados, otro tanto como el marido sacò y pa-
gò por la fiança que hizo, ò si se sacara de
por medio de los bienes mejorados, de tal
manera, que la muger pague ò pierda su
parte, & videtur dicendum, quod ma-
ritus solus hoc damnum sentire de-
beat, & de suo soluere prædictum de-
bitum, non autem vxor, cum fide iube-
re, vel intercedere pro alieno debito
sit quædam donatio, cum nullo iure
ad id teneretur maritus, (donari, enim
videtur quod nullo iure cogente con-
ceditur,) & in socio, & omni adminis-
tratore alienarum rerum maxime in
marito de rebus communibus probi-
bita sit donatio, & qualibet alienatio
in fraudem vxoris, vt tenet Bald. cons.
103. & est decisum per l. 4. tit. 4. lib. 5.
ordin. quæ habetur l. 5. tit. 9. lib. 5. Re-
copil. nemo enim ex socijs plus parte
sua potest alienare, vt in l. nemo ex so-
cijs, ff. pro socio, & licet debita con-
tracta ratione societatis, societate ma-
nente ab vno ex socijs alter socius ag-
noscere teneatur, & solui de commu-
ni debeant, vt in l. omne æs alienum,
ff. pro socio. Tamen illud intelligen-
dum est, quando ex quæstu societatis
proueniunt, non ex causa, vel negotio
proprio ipsius socij, vt in l. sed nec æs
alienum, & l. socium qui in eo, §. fin.
ff. pro socio, nec poterit socius impu-
tari alteri socio damnum, quod ipse sua
culpa sensit, vt in regula iuris damnū,
quod quis de reg. iuris in 6. & istam
conclusionem his, & multis alijs ratio-
nibus tenet Rode. Xuar. in l. r. tit. 3. Ji-
br. 3. fori, quod vxor non teneatur par-
ticipare damnum, quod marito obue-
nit ex fideiussione sua quod verum
puto, y ansi se deve tener, que la muger
no sea obligada à este daño que succede
por la fiança del marido, & ita sentit Pa-
la. Rub. in rep. rub. §. 66. in fin. quod
ego crederem limitandum, salvo si el
marido juntamente con otro tomaron al-
guna renta creyendo ganar en ella, y se fia-
ron el vno al otro, porque no se la dieron
sin fianças, como se haze en las rentas Rea-
les, y de la Iglesia, que en tal caso, si vino

à pagar por el compañero, y aquel perdio su hacienda à caso siendo abonado al tiempo que tomaron la renta, y por esta causa no pudo cobrar del lo que pagò como su fiador, deuese comunicar el daño entre el marido y la muger, pues se hizo en provecho de la compañía, aunque sucediesse mal en aquel caso, vt in l. cū duobus, §. damna. ff. pro socio, mayormente que la fiança fue reciproca hecha por el vno y por el otro en fauor de entrambos, quo casu nemo eorum grauatur, vt in l. de fideicommissio, C. de transactioni. & in l. si pater puellę, C. de inoffi. testa.

¶ Item quæro. Si el marido queriendo donar ò gratificar à alguno de sus parientes, le vendiesse ò arrendasse alguna casa, ò viña, ò otra cosa de los bienes comunes de ambos en muy baxo precio mucho menos de lo que valia, si podra sacar la mitad la muger de aquella perdida ò donacion que el marido hizo de los bienes y parte perteneciente al marido, ò otro tanto como valia aquello que donò ò hizo de gracia el marido en aquella cosa que vendio, tomando otro tanto para si de los bienes comunes como podia valer aquella gracia y donacion velada que el marido hizo à su pariente? Respondeo, que si el marido vendio ò arrendò, y dio en renta su casa ò viña à alguno de sus parientes en baxo precio mucho menos de lo que valia, sino lo hizo por defraudar à la muger de su mitad, ò por gratificar ò donar el mas valor à su pariente, que no lo podra sacar ni pedir otro tanto la muger, quia licitū est contrahentibus inter dimidiam iusti precij inuicem se decipere, dummodo dolus non interueniat, l. 2. & quæ ibi notant Doctores, C. de rescin. vend. Pero si el marido vendio ò alquilò barato à su pariente su casa, ò viña por gratificarle y hazerle donacion, podra la muger y sus herederos sacar otra tanto como se podia estimar aquella gracia, ò lo q̄ mas valio aquella casa de los bienes comunes como si hiziera donacion expressa dello, quia illa dicitur donatio velata, licet sub titulo venditionis, vel locationis facta sit, vt tenet expresse Bart. in simi-

li quæstione, in l. ambiciosa, ff. de decre. ab ordi. fac. in 1. col. num. 1. quem communiter sequuntur ibi Doctores idem tenet Cy. Bal. & Aret. in l. 1. C. de pac. & idem Bald. in l. si vnquam, C. de reuo. donat. & est tex. expressus in l. si vir vxor. ff. de dona. inter vir. & vxorem.

¶ Sed quid ex contrario. Si el marido comprò ò arrendò alguna cosa, ò los frutos della, muy caro en mas de lo que valia, por gozar dello y de los frutos luego, porque le esperassen largo tiempo por el precio dello para hazer dineros luego para pagar alguna deuda que el hizo de alguna fiança ò donacion que hizo, ò dineros que auia tomado prestados para jugar, y los auia perdido, ò otras deudas semejantes à que no estaua obligada la muger, ni sus bienes, ò vendio adelantados los frutos de su heredad, ò la lana de sus ganados en mucho menos de lo que valian, ò el trigo antes del tiempo de la cosecha dello por tomar el dinero adelantado para pagar alguna de las dichas deudas à que la muger no estaua obligada à pagar ò contribuir en ellas con su mitad como dicho es? Respondeo, que en tal caso toda la perdida que en esto ouiere, se ha de sacar para la muger de los bienes comunes, ò le pagara el marido, ò sus herederos la mitad de su parte. Quia omne damnum, quod fecit socius in bonis communibus factocul pabili alterius, tenetur præstare socio. vt in l. incerti iuris, C. famil. hercis. & l. sed nec æs, & l. cum duobus, §. damna. ff. pro socio, & ibi notant Doctores, & glos. Montalu. in simili quæst. in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori. & lo mismo seria si el marido tomasse alguna cantidad de dineros à censo para pagar alguna deuda suya, ò hecha durante el matrimonio q̄ procediesse de juego ò fiança, ò otra cosa semejante, que en tal caso el marido de su parte sera obligado à encargarse de aquel censo, y pagarlo de sus bienes, y los reditos corridos, y si para pagarlos tributos corridos ouiere tomado ò pagados los de los bienes comunes multiplicados, sacara otro tanto dellos la muger ò sus herederos, ò le pagara

gala la mitad el marido de sus propios bienes, y parte de multiplicado, eisdem rationibus, & iure de quibus supra.

¶ Quinto quæro. Si durante el matrimonio marido y muger compraron algun officio de escriuania, ò regimiento, y suelto el matrimonio, la muger ò sus herederos piden la mitad deste officio, ò de la estimacion del, porque vale oy mucho mas que quando se comprò, el marido dize, q̄ aquel officio tiene por merced del Rey, y q̄ la muger no es capaz del, ni lo puede usar, y que no es obligado a dar mas de la mitad del precio que costò, quid iuris sit in tali casu dubitatur? Respondeo, que el marido sera obligado à dar à la muger, ò à sus herederos la mitad de la estimacion que vale oy este officio suelto el matrimonio, y no basta darle la mitad del precio q̄ costò, vt tradit late Couarrub. varia. refo. cap. 19. lib. 3. vbi late hanc quæstionem disputat, & resoluit, ideò ad ibi dicta me remitto.

17 ¶ Sexto quæro. Si despues que la muger ouiesse aceptado las ganancias hechas durante el matrimonio, començada à hazer la particion pareciesen tantas deudas hechas por el marido durante el matrimonio, q̄ consumiesen todo lo mejorado, y montassen mucho mas, si podria antes de ser acabada la particion, dezir q̄ renunciava las ganancias, y no quiere ser obligada à la mitad de las deudas hechas durante el matrimonio, y si se admittira y aura lugar la dicha renunciacion, para que no sea obligada à pagar la mitad de las dichas deudas, como la obliga la ley del fuero y de Toro arriba alegadas aceptando las ganancias? Quo casu videtur dicendum, quod non pro sit mulieris talis renunciatio, cum per acceptationem lucrorum manserit obligata ad debita contracta durate matrimonio, vt in l. sicut ab initio. C. de actio. & obliga. & idem videmus in hærede, qui per acceptationem hæreditatis, videtur quasi contrahere cum creditoribus hæreditarijs desolviendo eis debita per defunctum, & omnia legata, nisi vtatur beneficio inuentarij, vt in l. fin.

C. de iure deli. & instit. de oblig. quæ ex quasi contractu nascitur per totum, & in l. pro hæreditarijs, C. de hæredi. actio. Pero sin embargo desto parece que se deue tener lo contrario en este caso, porque aunque la muger sea obligada à pagar la mitad de las deudas quando quisiere llevar la mitad de las ganancias, aquello, secundum intentionem legis, se entiende quando las aceptò y lleuò con efecto, porque primero se han de sacar las deudas hechas en la compania que ninguno de los compañeros pueda llevar parte de las ganancias, porque no ay ganancias hasta ser sacadas primero del capital las deudas, vt in l. omne res alienum, ff. pro socio, & l. Mutius, eod. tit. Pero quando no las lleuasse ni quisiesse porque no las huuo, en tal caso aunque primero ouiesse aceptado las ganancias tacita ò expressamente, no seria obligada à pagar la mitad de las deudas, pues no lleva ganancias algunas, que es la causa que la ley le obliga à la mitad de las deudas, iure societatis vel actione pro socio, & sic cessante causa cessabit effectus, vt in l. ex facto. ff. de vulg. & pupi. cum concordan. & in cap. cum cessante, de appella. y no obstaría auer aceptado primero las ganancias, porque la misma palabra y fuerça del vocablo quiere dezir, que acepta las ganancias si las ouiere, vt in l. Stichus, qui meus erit, ff. de lega. 1. y no auicndolas, no es visto aceptar las perdidas y deudas que ouiere hechas durante el matrimonio, nec obstant iura superius adducta pro contraria parte, nam illa loquuntur in hærede, qui tenetur per additionem ex quasi contractu omnibus creditoribus & legatarijs, in vxore autem non inuenitur cautum, quod videatur quasi contrahere cum creditoribus, per acceptationem lucrorum, imo videtur diuersa ratio in hærede, quam in vxore, nam cum hæreditas sit, quid vniuersum, in quo continentur debita, & credita, adeundo hæres hæreditatem videtur acceptasse tam debita, quam credita, quæ in hæreditate sunt, vxor vero acceptando lucra non acceptat hæreditatem

tatem vniuersam mariti, quia hæres non est, sed tantum lucra, quod est quid diuersum, & particulare, & acceptando lucra simpliciter videtur sub cõditione acceptasse si lucra sunt, vt d. l. Sthicus, qui meus erit. ff. de legat. 1. & l. si seruus legatus, §. qui quinque, de legat. 1.

18 ¶ Nunc videamus de alia quæstione admodum necessariã ad expeditio-
nem huius tractatus in hoc articulo,
si los parientes del marido al tiempo que se casò dieron à su muger, ò esposa, algunas joyas, ò vestidos, ò dineros con que lo comprasse, ò otra cosa semejante: ò por el contrario, los hermanos, ò parientes de la muger lo diessen al marido, como si le comprassen una mula, ò cauallo, ò vestidos, ò le diessen dineros para comprar un par de mulas, ò bueyes, ò otra cosa semejante, si esto se juzgara por bienes mejorados, ò propios de la muger, ò del marido à quien se dieron, ò quien dellos lo sacara del monton, y cuerpo de bienes por capital suyo propio? Respondeo, que no ay que tratar si se partiran por bienes mejorados, por que conforme à la ley del fuero, libr. 3. titul. 3. ley 1. l. 3. titul. 9. lib. 5. Recopi. Todo lo que se adquiere por donacion hecha al marido, ò à la muger, durãte el matrimonio, es propio de aquel à quiẽ se haze la donaciõ quanto à la propiedad de la cosa, y solamente son comunes los frutos de aquella cosa donada, pero la propiedad della es propia de aquel à quien se hizo la donacion. Secundum quod videbatur dicendum, quod res donata esset propria eius, cui donatio facta est, & sic fiat vxoris, illud quod sibi donatũ est à consanguineis viri, & mariti illud, quod sibi donatum fuit à consanguineis vxoris, sed in casu proposito, se ha de tener lo contraria, imo, que lo que se dà à la muger por los parientes del marido, por contemplacion del marido, ò por el cõtrario, lo que se dà al marido por los parientes de la muger por su contemplacion della, ò por hazerla mas bien casada, y querida de su marido, que no se adquiriera à aquel à quien se dà, sino à la per

19

sona por cuya contemplacion se dio, y aquella lo ha de sacar precipuo para si, como su capital, datum enim alicui, cõtemplatione alterius illi videtur datum, cuius contemplatione donatur. Hanc doctrinam docuit Bart. in expresso in l. sed si plures, §. in arrogato, per text. ibi, ff. de vulga. & pupil. substit. quem sequitur Imola, & Alexan. ibi, & communiter omnes, & Palac. Rub. in repetitio. rubric. §. 43. & §. 44. qui late disputauit hunc articulum: vnum tamen est aduertendum, & ita intelligunt Doctores supracitati, quod prædicta conclusio procedit in casu dubij, quando non constat, cuius contemplatione consanguinei viri donarunt vxori eius, vel consanguinei vxoris donauerint marito eius, in dubio enim præsumitur, quod consanguinei viri donando vxori eius, quod contemplatione mariti donauerint, vel ex contrario si consanguinei vxoris donauerint marito eius, sed si constaret, quod dicti consanguinei mariti voluerunt donare vxori, & quod illi acquiratur, vel ex contrario, sine dubio illi quæritur, cui donans voluit quæsitum esse, & pro hac concordia, & limitatione, est textus expressus, qui ita debet intelligi in l. si mater vestra, C. de donatio. ante nupti. cuius verba sunt, si mater vestra filia suæ sponso, vel marito prædia sine vlla repetendi lege donauit, & cum inuacuum induxit possessionem nuptijs diuortio solutis perfecta nõ dissoluitur donatio, & ita est ibi casus, quod donatio facta alteri cõiugũ per cõsanguineos alterius cõiugis perfecta est, & statim valet, & tenet, nec reputatur facta inter virum, & vxorem, & per cõsequens est ius sibi quæsitum, vnde res sibi donata efficitur sua, & illam transfert ad suos hæredes, per illum textum quem ad hoc allegat Bald. in consilio 215. incipit, facta super quibus, 4. part. consiliorum, idem probat text. in l. si consentiente, C. eodem tit. de donationib. ante nupt. vbi probatur, quod si sponsus donauit sponsæ, mancipia matris

matris sponsæ eā consentiente erunt propria ipsius sponsæ, & illa transmittit ad suos hæredes, & ad hoc allegat dictam legem, Angel. in l. penul. §. seruis, ff. solut. matrimon. & in l. vt liberis, C. de collat. quem refert, & sequitur Ludo. Roma. & Iass. ibidem tenet Salic. & in l. si inter virum, C. de donatio. inter virum, & vxorem, & Fulgos. in dict. l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulga. & pupil. idem tenet Palac. Rub. in repet. rubric. §. 44. & in §. 45. & refert alios plures, idem tenentes secundum distinctionem prædictam, *que quando consta que los parientes de la muger q̄ haze donaciõ al marido, quierẽ q̄ se adquiriera lo q̄ se dona al marido, serã del marido, y no de la muger, y por el contrario: pero en duda se entiende q̄ se haze por contemplacion la donacion que hazen los parientes del marido à la muger, que se adquiere al marido, y no a la muger, y por el contrario, y ansi se deue tener, quod est menti tenendum, quia quotidie contingit.*

¶ Vltèrius quæro. *Si el marido adquirio el usufructo de algunos bienes, como si se murio la primera muger, y el se caso segunda vez, y tuuiesse algun hijo del primero matrimonio, por lo qual teniendo en su patria potestad antes que el hijo sea casado, adquirio para si el usufructo, el padre antes que casasse con la muger segunda, pero gozò de los frutos despues de casado con la muger: o si le ouiesse hecho alguna donacion al hijo algun pariente suyo de parte de su madre, antes ò despues que el padre casasse segunda vez, por lo qual serã para el la propiedad, pero el usufructo serã del padre, vt in l. cum oportet, C. de bo. quæli. & l. 13. tit. 6. par. 6. en tal caso es la duda, si la muger lleuara la mitad deste usufructo, ò frutos que adquirio el marido durante el matrimonio, & videtur quod nullam partem habeat mulier in usufructu, nã cum maritus nihil aliud habeat in proprietate, quam illud ius usufructus, illud ius non debet communicare cum vxore sua, nam intentio legis fori, hæc*

est vt proprietates bonorum acquisitorum durante matrimonio sit illius coniugis, cui data vel acquisita sunt: fructus autem sint communes inter maritum, & vxorem, in prædicto vero casu si maritus communicaret vxori illud ius usufructus, communicaret proprietatem illius iuris, & nihil sibi proficeret proprietatem illius iuris, ad hoc vt integram eam habeat, secundum intentionem prædictæ legis fori. Secundo, quia prædicta acquisitio fuit facta ante secundum matrimonium contractum. Et sic non constante secundo matrimonio. Tertio, quia inter socios non communicantur lucra ad vno eorum facta, si non est quæstus, vel contractus eorum proueniunt, vt in l. coircum sequentibus, ff. pro socio. Sed cū hæc acquisitio per legem fiat, non per diligentiam, nec contractum mariti, videtur quod eius vxor socia, partem in usufructu habere non debeat, cum statuta inter socios videantur hodie statuta inter maritum, & vxorem, stant prædicta lege fori, quæ hoc statuit super lucris factis durante matrimonio, vt tenet Bald. in l. nulla lege, C. de iure dotium, & in l. cum oportet, C. de bon. quælib. quod etiam tenet, & lato sermone fundat glos. in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori, in glos. super verbo, *por medio*, & Palac. Rub. in repetit. rubric. §. 62. & 63. Quarta ratio est, quia quãdo filio familias non acquiritur proprietates alicuius rei, sed solum usufructus, in tali casu non acquiritur usufructus patri, sed solum filio, vt tenet glos. notabilis quam communiter sequuntur Doctores in authen. idem est, C. de bo. quælib. cum ergo hoc ius sit in patre, vt nõ acquiratur ei aliquid, cum filio relinquatur usufructus, eadem ratione videtur non acquiri vxori aliquid ex usufructu, quãdo marito solum acquiritur usufructus, & hoc tenet Montal. in l. 2. tit. 3. lib. 3. fori, quod in casibus, vbi pater non habet usufructum in bonis filij, in illis similiter non habet vxor partem usufructus in bonis mariti,

riti. Pero no obstante lo arriba dicho de iure, se deve tener lo contrario, imo, que aunque el derecho del usufructo este en la persona del marido, y en el no tenga parte la muger, pero en la comodidad de los frutos lleuara la muger su parte. Et ita sentit Ioan. Fab. in §. si cui, institu. delegat. & expressius Palat. Rub. in repetition. rubr. §. 62. incipit, vnde lucra habita, num. 11. cum duobus sequentibus, & in §. 65. in fin. vbi dicit ita feruari in practica, idem etiam tenet Roderic. Xuar. in quaest. notabili, vtrum in bonis maioratus pater habeat vsum fructum, quam scripsit post repetitionem legis, post rem iudicatam, ff. de re iudic. & pro hac parte, vltra allegata per eos, videtur text. expressus, si bene consideretur in l. si usufructus, & in l. cum infundo, ff. de iure dotium, & in l. dotis fructus, §. si usufructus, ff. eodem titul. de iur. dot. in ratione sua, cuius verba sunt, si usufructus in dotem datus sit videamus, vtrum fructus reddendi sint, nec ne, & Celsus lib. 10. digestorum ait, interesse quid actum sit, & nisi appareat aliud actum putare se ius ipsum in dotem esse, non etiam fructus, qui percipiuntur: ecce ergo vbi in casu dubi, quando vxor dedit in dotem marito suo vsum fructum quem habebat, in aliquo fundo, videtur dedisse in dotem ius usufructus quem habebat, non etiam fructus qui percipiuntur ex usufructu, & ideo maritus reddere tenetur vxori, vel eius haeredi ipsum ius usufructus, non etiam fructus quos percepit ex usufructu, quia illi non fuerunt dati in dotem, ergo aliud est ius usufructus, & aliud fructus usufructus, ex quo sequitur, quod mortua vxore, cuius nomine aliquis dedit vsum fructum alicuius fundi in dotem non finietur usufructus, sed maritus habebit ius usufructus, tempore vitae suae, commoditate autem fructuum soluto matrimonio habebit vxor, vel eius haeres, mortuo autem marito usufructus consolidabitur cum proprietate, & ad dominum

proprietatis reddibit, vt probat ille tex. notabilis, similiter in filio si ei legatur usufructus alicuius fundi, filius habebit ius usufructus in persona sua pro tempore vitae suae, pater autem habebit commoditatem usufructus in vita sua, quia aliud est ius usufructus, aliud fructus, vel commoditas usufructus. *¶* An si se concludit, ex ratione dictarum legum, que si el marido se le adquiere el usufructo de los bienes del hijo, que tendra el en su persona el derecho del usufructo, pero la comodidad de los frutos, que es, quid diuersum, la partirà con la muger, como los frutos de qualesquier bienes que ouiere adquirido durante el matrimonio: y no obstaría decir, que este usufructo en los bienes del hijo no lo adquirio durante el segundo matrimonio, sino luego como murio la primera muger antes que casasse con la segunda, y que por esto no tiene parte de estos frutos la muger segunda, porque esto aura lugar quanto à los frutos de aquel usufructo de los bienes del hijo que gozò el padre antes que se velasse con la segunda muger, pero despues que se casò, y velò con la segunda muger, ella ha de lleuar su parte de aquellos frutos mientras durare el matrimonio entre ellos, pues son cosa diuersa del usufructo, y derecho del, como los gozara si el padre truxera à este segundo matrimonio alguna heredad, ò viña, ò se la huuieran donado durante el primero matrimonio, porque la propiedad se le que dara al marido, pero los frutos que despues cogieron, seran comunes, como lo son todos los frutos de los bienes de qualquiera dellos que truxessen al matrimonio por su capital, aunque los ouiesse adquirido durante el matrimonio, vt in praedictis legibus fori 1. & 2. titul. 3. libr. 3. supra allegatis, quae habentur l. 2. 3. & 4. tit. 9. libr. 5. Recopil.

23 ¶ Sed incidenter videndum est, an semper habeat pater vsum fructum in bonis aduentitijs filij, vt inde sciamus quando habebit vxor dimidiam commoditatis fructuum, vt supra diximus, in quo gl. supra allegata in auth. idem

idem est, C. de bonis, quælib. numeravit, casus in quibus non acquiritur usufructus patri, sed solum filio, quos ibi vide, ubi Doctores aliquos casus videntur addere, ad ibi dicta me remitto, quam non pertinent ad præsentis tractatus propositum, sed dubitari potest. Si el hijo tuviessse algunos bienes sujetos a restitucion de que solamente tuviessse el aprouechamiento de los frutos, y despues de su vida huviesssen de venir à otro, como son bienes de mayorazgo, ò qualesquier otros bienes vinculados, y sujetos à restitucion, si el padre gozara del usufructo dellos, y el hijo solamente de la propiedad nuda, y sin prouecho, Certe quæstio est notabilis, & contingibilis, de qua late scripsit Roderic. Xuar. in dict. quæst. quam super hoc articulo facit superius allegata, quam scripsit post repetitionem legis post rem iudicatam, ubi post longam disputationem concludit, que si el mayorazgo fue hecho por donacion, ò merced del Rey, ò del Principe, porque son bienes quasi castrenses, que no se adquiere el usufructo al padre, de do se sigue, que la muger no lleuara parte dellos, y lo mismo sera de los bienes que el hijo ganó en la guerra, porque destos no tiene el usufructo el padre por ser castrenses, per ea quæ traddunt glo. & Doctores in d. auth. idem est, C. de bonis, quæ lib. & in l. cum multa, & l. cum oportet, §. exceptis, eodem titul. pero muerto el hijo à quien se hizo la donacion por el Rey, si fue por via de mayorazgo, lo mismo que se estatuye en el primero à quien fue dada aquella cosa, sera en sus hijos, y descendientes, y sucesores, que se reputara quasi castrense, pues todos los sucesores se entien de que lo reciben de mano del Rey, como lo recibio el primero, vt in l. vnum ex familia, §. si de Falcidia. ff. de legat. 2. licet ipse Roder. Xuar. multum dubitauerit de hoc casu, nec fundetur in hac ratione, sed alijs inclinauit se in hanc partem: pero sino los dio el Rey por via de mayorazgo, sino simpliciter para el hijo, y sus herederos, y que lo pudiessse ven-

der, y enagenar quando quisiessse, en este caso concluye, que en su persona del primero à quien se hizo la donacion, seran bienes quasi castrenses, de que el padre no lleuara el usufructo, pero en todos los otros sucesores no seran bienes quasi castrenses, en los quales, y en todos los otros bienes de mayorazgo, y sujetos à restitucion, el padre tendra la commodidad del usufructo, per l. fin, C. de usufructu, y ansi lo tiene y concluye Roderic. Xuar. vbi supra, & Palac. Rub. in repetit. rubric. §. 62. de la qual tendra la muger la mitad, & ita in expresse tenet Palac. Rub. in dicto §. 62. numer. 11. & ante eos idem tenuit & sensit. Iacob. de Bel. & Bald. in l. cum oportet, in fin, C. de bonis quæ lib. & Azo. in summa, eod. titul. loquentes in simili, videlicet in usufructu legato filio, vt acquiratur filio ius usufructus, patri autem commoditas eius, sed quid iuris erit in casu prædicto, si el padre hizo algunos gastos en los bienes del hijo en que tiene el usufructo, si los sacara y cobrara del hijo, y los partira con la muger, y sus herederos, de quo vide distinctionem notabilem, quam facit Bald. in l. filia, cuius, C. famil. hærciscun. in 6. quæst. vbi distinguit, si los gastos son en mucha ò en poca cantidad, ò son para utilidad perpetua de la cosa, ò temporal, vi. per eum quia singulariter loquitur.

24

- 1 **Q**uomodo diuidantur fructus prædiorum ultimi anni quo matrimonium solutum est.
- 2 Si maritus vel vxor tempore quo matrimonium contractum est aliquod prædium tulerunt plenum fructibus, quomodo isti fructus diuidantur soluto matrimonio.
- 3 Declaratur lex 10. tit. 4. lib. 3. fori.
- 4 Fructus apparentes in fundo mariti, vel vxoris quomodo diuidantur si ipsi non coluerunt fundum, sed inquilinus pro certa pensione soluenda.
- 5 Si fundus locatus sit certa pensione quomodo diuidantur pensiones dicti fundi inter maritum, & vxorem, &

ex quo tempore.

- 6 Quomodo diuidendi sunt fructus bonorum maioratus inter successorem, & prædecessorem, & inter maritum & uxorem, ubi de hoc late agitur.
 - 7 Fructibus prædiorum maioratus locatis, à quo tempore numeretur annus ad diuisionem eorum.
 - 8 De fructibus prædiorum maioratus ante omnia debent deduci expensæ factæ per prædecessorem ad colendum agros & residuum diuidetur cum successore pro rata temporis, & quomodo hoc fieri debeat.
 - 9 Fructus dicuntur deductis expensis, quæ querendorum colligendorum seruandorumque eorum gratia sunt.
 - 10 Expensæ factæ à successore maioratus in colligendis fructibus prædiorum maioratus confundi debent cum expensis factis à prædecessore pro fructibus querendis, & hæc omnes deduci debent de fructibus, residuum autem diuidetur pro rata inter successorem, & prædecessorem maioratus.
 - 11 Si prædecessor maioratus aliquas expensas fecit pro colligendis, aut querendis fructibus sequentis anni, eas præcipuas habere debet, etsi non vixerit aliquo tempore sequentis anni.
 - 12 Declaratur tex. in l. de diuisione, ff. solut. matrim. ubi plures species diuidendi fructus ponuntur.
 - 13 Effectus magni qui sequuntur ex computatione anni uno modo facta, ut fieri debet, quam alio secundum opinionem quorundam, quæ improbat, etiam si portiones fructuum æquales utroque modo fiant.
 - 14 Quomodo fieri debeat diuisio fructuum inter virum & uxorem in bonis maioratus simul cum successore eiusdem maioratus.
- Vbi declaratur l. 10. tit. 4. lib. 3. fori.

DE DIVISIONE FRUCTUUM, TAM BONORUM COMMUNIUM, QUAM MAIORATUS.

CAPVT IX.



I

ISIS dubijs quæ circa partitionem bonorum communium inter virum & uxorem occurrere solent, nunc

de diuisione fructuum vltimi anni, quo solutum est matrimonium videndum est, & primo quæro. Como se han de partir los frutos que estauan sembrados, ò pendientes al tiempo que murio el marido, ò la muger, en las tierras communes, ò del vno dellos, in quo omisis disputationibus, quia lege Regia decisum est hoc dubium. Respondeo, que si estauan los frutos parecidos en las viñas, ò arboles, ò si estauan los panes sembrados, aunque no esten los frutos parecidos, se han de partir entre el marido, y la muger, como si fueran cogidos, pagando la costa de cogellos de por medio: pero sino estuuiessen los panes sembrados, sino solamente hechos los baruechos, cuya fuere la tierra pagara al otro la mitad de la costa de los baruechos, vt in l. 10. tit. 4. lib. 3. fori, quæ communiter seruatur in practica, relicta distinctione, quæ habetur de iure communi, in l. diuortio, ff. solut. matrimo. quæ non est seruanda cum per leges huius Regni fructus bonorum dotalium, ac aliorum bonorum sint communes, & diuidi debeant inter maritum, & uxorem, vt in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori, etiam si fructus sint bonorum castrensiu, vt in l. 4. tit. 4. libr. 5. ordin. antiqui. habentur l. 4. & 5. tit. 9. lib. 5. Recopil.

¶ Sed hic dubitatur quid ex contrario. Si el marido, ò la muger al tiempo que se contraxo el matrimonio truxo alguna heredad, ò viña al matrimonio en tiempo que estauan las mieses, ò frutos maduros para se poder coger, ò renian sus frutos parecidos, aunque no estuuiessen maduros para poderse coger, y al tiempo que fue

fue suelto el matrimonio estauan sin fru-
 ctos, que parte lleuara destes frutos el
 marido y la muger? & videtur quod di-
 uidi debeant sicut ceteri fructus appa-
 3 rentes, vt in dict. l. 10. tit. 4. lib. 3. fori,
 que disponit, quod sufficit vt fructus
 appareant, vel seminati agri sint, vt di-
 uidentur inter maritum & vxorem, ma-
 trimonio ante collectionem eorum so-
 luto. Pero lo contrario se deue tener en
 este caso, porque la ley del fuero arriba
 alegada, habla, y ha lugar quando los fru-
 tos se sembraron en la heredad, ò nacie-
 ron y parecieron en la viña ò heredad del
 vno dellos, durante la compañía y matri-
 monio que entre ellos huuo, porque se la-
 braron ò producieron con la cultura y ex-
 pensas de entrambos, y en estos terminos
 habla la ley del fuero referida, pero en el
 caso presente de que se duda, no se sembra-
 ron y producieron los frutos durante el ma-
 trimonio, ni à costa de entrambos marido
 y muger, sino del vno solo, por lo qual cessa
 la razon de la dicha ley, qua cessante re-
 manet iste casus in dispositione iuris
 communis vel legis regie, que es, que
 el capital que truxo al matrimonio qual-
 quiera de los compañeros, ò el marido, ò la
 muger, suelto el matrimonio, ò la compa-
 ñia, se ha de sacar del monton de los bie-
 nes comunes, y lo demas se ha de partir
 por bienes gananciales, vt supra diximus
 & probatur in l. Mutius ff. pro socio,
 & in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori, que es
 l. 4. tit. 9. lib. 5. Recopila. y assi sacara
 la heredad ò viña a quel cuya fuere, y el
 valor de los frutos que tenia al tiempo
 que la lleuò al matrimonio, no todo el fru-
 to que se cogio della, sino lo que se podia
 estimar el dubio euentu de la cosecha del
 al tiempo que lo truxo al matrimonio, y
 lo que mas se cogio de lo que entonces
 podian valer ò estimarse los dichos fru-
 tos, aquello se diuidira por bienes mejo-
 rados entre el marido, y la muger, y sus
 herederos, pues se ganò durante el ma-
 trimonio, vt latius infra dicemus, ar-
 gument. text. in l. cum Titio, & que
 ibi notant Doctores, ff. ad l. falcid. &
 in l. diuor. ff. solut. matrim. & expref-

fius in l. fin. §. penul. ff. de his, que in
 frau. credito.

¶ Vterius quæritur. Si al tiempo
 4 que fue suelto el matrimonio estauan los
 frutos parecidos, pero no eran del marido
 ni de la muger, sino del inquilino, porque
 tenia arrendada la heredad, ò viña, y se
 auia labrado y sembrado à costa del inqui-
 lino, ò arrendador que la tenia arrenda-
 da, si lleuara la muger ò el marido, ò sus
 herederos, la mitad destes frutos que es-
 tauan parecidos en la heredad, ò en las
 tierras que estauan sembradas quando
 fue suelto el matrimonio, ò como se par-
 tiran estos frutos de la heredad que esta-
 ua arrendada entre el marido y la muger, y
 sus herederos? Mouet quæstionem,
 quod fructus prædicti fundi non fue-
 runt seminati, vel producti opera vel
 cultura, vel expensis mariti, vel vxoris
 sed conductoris, ideò videtur non
 habere hoc casu locum dispositio præ-
 dictæ legis fori, que loquitur de diui-
 sione fructuum, cum ea euidenter lo-
 quatur, & ratio potissima eius sit, quod
 diligentia, & expensis communibus
 mariti & vxoris, prædicti fructus appa-
 reant, & producti sint, ideò diuidi nõ
 debeant, secundum prædictam legem
 fori, sed pro rata temporis quo matri-
 monium durauit illo anno, vt in l. di-
 uortio, in prin. ff. solu. matrim. Respon-
 deo, que si el marido arrendò la heredad
 antes, ò despues de sembrada, ò parecidos
 los frutos por aprouechar mas la renta y
 frutos della, vt solet fieri, nam data dila-
 tione ad soluendum pensionem con-
 ductoribus, plusquam fructus valeant
 solent offerre dominis prædiorum, en
 tal caso la muger no gozara de la mi-
 tad de los frutos aparecidos, ò sem-
 brados, in fundo viri, sino la mi-
 tad de la pension que pertenecio al ma-
 rido, pro rata temporis, de lo que
 durò el matrimonio, porque aquel
 contrato es visto auerle hecho entram-
 bos, marido y muger, pues son com-
 pañeros en todos los contratos semejan-
 tes que se hazen por el marido durante
 el matrimonio, haziendose con buena fee

por acrecentar los bienes comunes de la compañía, vt in l. 1. tit. 2. lib. 3. fori. *¶* An si partiran las pensiones de aquel año, el marido y la muger y sus herederos, pro rata tēporis, del año en q̄ fue suelto el matrimonio, de tal manera, que si durò quatro meses de aquel año, como simurio vno de ellos primero dia de Mayo estando la heredad, ò viña, arrendada, aunque esten los frutos parecidos, que las pensiones y frutos caydos hasta aquel dia que son quatro meses, aunque el dia no sea llegado de la paga se partiran como frutos cogidos y ganados entre el marido y la muger y lo restante que son ocho meses del año quedaran para el marido ò la muger cuya era la heredad, sin tener consideracion al tiempo que se contraxo el matrimonio, sino al tiempo que se truxo la dicha heredad al matrimonio, nā illud est ad aliū effectum, videlicet ad diuidendum fructus rerum dotalium inter maritum & vxorem pro tempore quo durauit matrimonium. Nos vero loquimur in casu, quo secundum leges huius Regni omnes fructus sunt communes inter maritum & vxorem, ideò non attenditur, ex quo die contractum est matrimonium, sed ex quo tempore res dotalis parafernalis, vel hæreditaria vnus coniugis allata, vel adducta est ad matrimonium, nam ex illa die fructus erunt communes pro toto tēpore, quo durauerit matrimonium, secundum distinctionem supradictam, quod si tempore quo res data est in dotem inæstimateda, vel constante matrimonio alter coniugum eam acquisiuit titulo donationis, vel hæreditario haberet fructus, æstimentur vltrem ipsam, vt eos habeat præcipuos ille, qui eam acquisiuit, sequentes vero fructus nati durante matrimonio, vel apparentes diuidantur inter virum & vxorem si prædia non sint locata. Cæterum si locata sin diuidantur pensiones pro tempore, quo durauit matrimonium, vt supra diximus: videlicet ex die quo prædicta res adducta est ad matrimonium, & maritus vel vxor dominium

eius acquisiuit, quod sumitur ex lege de diuisione iuncta lege diuortio, in principio, ff. solut. matrimo. de quo latius infra dicemus in quæstione sequenti.

¶ Vltorius necesse est videre, como se partiran los frutos de los bienes de mayorazgo, ò vinculados y sujetos à restitucion. Si el marido ò la muger tuuiesse algunos bienes de mayorazgo, ò sujetos à restitucion suelto el matrimonio, como se hã de diuidir los frutos del vltimo año, porque aunque esta diuision se ha de hazer entre el sucesor del mayorazgo y los herederos del vltimo posscedor, es necessario saber q̄ parte han de llevar los herederos del defunto vltimo posscedor del mayorazgo de los frutos, porque sabido lo que es suyo y le pertenece dellos, aquellos se hã de partir cõ la muger, ò el marido cuyos no eran los dichos bienes del mayorazgo por razon de la compañía que ay entre el marido y la muger, aunque sean los frutos de bienes de mayorazgo, como diximos arriba, & latius infra dicetur in qua quidē quæstione breuiter me expediam, quia dominus Ludouicus de Molina latius eam disputauit, & resoluit in capit. 11. de Hispano. primogen. lib. 3. aliquibus additis, quæ videntur necessaria ad huius quæstionis perfectã declarationem, ait enim in duas sententias diuisas esse opiniones Doctores quo ad hoc, quorundam asserentium fructus omnes pendentes bonorum maioratus pertinere ad successorem, ex die mortis vltimi possessoris, quo dominium earum rerum acquisiuit per text. qui videtur expressus in l. Herennius, la primera, ff. de vsur. & fructi. & ita fuisse iudicatum in consilio regio Lusitano, & audisse à grauissimis aduocatis, idem iudicatum, & obtentum fuisse in supremo regis Hispaniarum consilio, hoc adito, vt successor in maioratu solueret hæredibus vltimi possessoris defuncti expensas factas in ipsis rebus maioratus, gratia quærendorum fructuum. Aliorum

rum vero estimantium fructus ultimi anni debere diuidi pro rata temporis inter successorem, & heredes defuncti in quam sententiam ipse inclinavit tanquam veriore, & recte iudicio meo, rationibus per eum adductis quarum potissima ea videtur esse, quod institutor maioratus id voluisse praesumitur, vt tam primus, quam secundus, & vltiores successores pro rata temporis, quo maiora- tum habuerunt fructibus eius potiantur, ita vt nullus eorum in hoc grauetur, cum vnusquisque eorum eandem voluntatem habeat fundatoris, tam primus, quam secundus, & vltiores, qui sequuntur, idcirco nemo eorum plus iuris quam alius habere debet in dictis fructibus, sed certe qui hanc vltimam sententiam sequuti sunt, nullam congruum respōsum dare possunt ad dictam legem Herennius, quae statuit fructus fideicommissi non debere diuidi, sed integros habiturum fideicommissarium ex die acquisiti domini, ex causa fideicommissi, ideò iudicio meo, salua correctione cuiusquam, praedictas duas opiniones concordari debere existimo, vt prima opinio quae fundatur in dicta lege Herennius, procedat in primo successore vel fideicommissario bonorum maioratus, vt omnes fructus rei sibi legatę, vel sub fideicommissio relictae ad eum pertineant post acquisitum ex causa fideicommissi dominium, tanquam accessorium ipsius rei, cum habeat voluntatem tacitam, vel expressam ipsius domini, vel testatoris, seu institutoris maioratus, vt dominium illius rei ad eum pertineat ex die mortis eius, nec de fructibus aliquid disposuit, qui pendentes pars rei legatę, vel venditę esse videntur, vt in l. fructus pendentes, ff. de reuendi. ideò ad legatarium, vel emptorem, vel quemcunque successorem pertineant, vt in dict. l. Herennius, ff. de vsur. & in l. Iulianus, §. si fructibus, ff. de actio. empt. & in l. fin. ff. de iure fil. quae in

praedicta ratione fundantur, videlicet in voluntate tacita, vel expressa ipsius domini fundi, qui nihil de fructibus expressit, cum potuisset, ideò tanquā accessorium sequuntur dominum, vel dominium ipsius rei, nec haeres aliquid de fructibus retinere poterit, cum nec momento apud eum dominium ipsius rei legatę manserit, sed recta via in legatarium, seu fideicommissarium transierit, vt in l. à Titio, ff. de furtis, l. cum pater, §. surdo, ff. de leg. 2. sed in secundo, vel tertio, vel vltioribus successoribus diuersum est, quia eis non succeditur ex voluntate sua, sed ex necessitate posita à primo fundatore, nec fuit in potestate ipsorum de fructibus, aliquid disponere, nec statuere sicut in primo instituto, ideò succurrendum est eis, vt partem fructuum retinere possint pro rata temporis, quo praedicta bona possiderunt, & habuerunt dominium eorum, cum bona fide fundum seminauerint, & coluerint, & suis expensis fructus procreati fuerint quo casu seruanda est secunda opinio estimantium, vt fructus diuidantur pro rata temporis, & hoc verissimū puto, & est demente domini Ludouici de Molina bene consideretur in dicto cap. 11. libr. 3. num. 14. vers. nec obstat, tex. in dicta lege Herennius, licet non tam expresse id tenuerit, *de lo qual se sigue y concluye, que si vn padre hizo mayorazgo en vno de sus hijos de algunos bienes, ò le mejorò en algunos bienes que caben en el tercio y quinto, señalandolo en algunas tierras ò heredades con vinculo y grauamen, que despues de sus dias vengán à su hijo mayor, y à sus descendientes por via de mayorazgo, ò le hizo donacion destos bienes por contrato entre viuos irrevocable, ò se los dio por donacion causa mortis, para despues de sus dias, y este hijo era casado, ò se casò despues q̄ se hizo la dicha mejora, y despues viene à morir el padre en fin de Iunio, quando las heredades y tierras tenían muchos fru-*

tos. y este hijo viniese à morir en el mismo año: Pongamos que murio en fin de Octubre, en tal caso el hijo primero llamado al mayorazgo, lleuara los bienes del dicho vinculo y mayorazgo con los frutos accesorios à los dichos bienes, ex die acquisiti domini, vt in dict. l. Herennius, sin que sea obligado à partirlos con los otros herederos del fundador, ni con el sucessor del mayorazgo, pro rata temporis, ni pagar la estimacion y costa que se ouiere hecho por el padre en sembrar ni cultiuar las tierras, pues no lo dixo ni mandò en su testamento, ò donacion, pudiendolo hazer, y destos frutos lleuara la muger su mitad como bienes mejorados durante el matrimonio con el hijo del fundador, sacandose primeramente para el marido ò sus herederos, la estimacion que podian valer los dichos frutos al tiempo que començò à poseer los dichos bienes, porque aquellos no se ganaron ni multiplicaron durante el matrimonio, y de lo que despues mas valieron y se mejoraron durante el matrimonio, de aquello lleuara la muger su mitad como bienes multiplicados, como està dicho y fundado arriba. y el sucessor en el mayorazgo, hijo del primero llamado, no lleuara parte destos frutos, pro rata temporis, porque no tuuo en aquel tiempo señorío en los dichos bienes, y el hijo primero llamado, los lleuò, iudicio testatoris tanquam accessorium ad ipsam rem, quia pars eius erant, y solamente lleuara los frutos que se causaron y nacieron desde fin de Octubre en adelante que murio el hijo primero llamado, y le pertenecio el dominio de los dichos bienes al nieto, y si se huuieran de partir con el sucessor del mayorazgo, pro rata temporis, segun dize la opinion segunda arriba dicha, auia de lleuar el sucessor del mayorazgo, hijo del primero llamado, las dos tercias partes destos frutos, porque el primero llamado no viuio mas de quatro meses, ni tuuo el señorío de los bienes del vinculo mas que la terciaparte del año, que fue desde primero de Julio hasta fin de Octubre, y el sucessor viuio desde primero de Nouembre, hasta que se vino à cumplir el año, que

fue ultimo dia de Junio siguiente, contandose el año, como se deue contar de derecho, desde el dia que entrò en los dichos bienes y le fueron entregados, y adquirio el señorío dellos, secundum decisionem text. in dict. l. diuortio iuncta l. de diuisione, ff. solut. matrimon. la qual dicha diuision, euidentissimamente parece que seria muy injusta y agrauada contra el primero llamado al dicho mayorazgo, y su muger, porque se le quitan las dos tercias partes de los dichos frutos, por lo qual se deue de aduertir mucho en concordar estas dos opiniones, porque es de grande efecto hazerse la particion destos frutos, como dicho es, entre el primero llamado y los sucessores, ò pro rata temporis, pero si despues falleciesse este hijo del primero llamado, pongamos exempli gratia, primero de Julio del año siguiente, entonces partiran los frutos, pro rata temporis, porque no los ganò, ni le fueron dados al hijo del primero sucessor por el fundador del mayorazgo, como le fueron dados al hijo primero llamado, y ansi lleuara el sucessor, visnieto del fundador, la terciaparte destos frutos, y los herederos del ultimo possedor, que fue el nieto del fundador, las dos tercias partes, porque viuio y tuuo señorío de los dichos bienes, ocho meses, que fue desde primero de Nouembre que sucedio en el mayorazgo, hasta primero de Julio, que son las dos tercias partes del año. Y desta manera se deue hazer la deuision, pro rata temporis, que es juridica, & fundatur in dict. l. de diuisione, & l. diuortio, in princip. ff. solut. matrim. si bene considerentur prædictæ leges. Pero ha se de aduertir, que aunque diximos arriba que el nieto del fundador que sucedio y començò à poseer el mayorazgo, ende primero de Nouembre, y viuio hasta fin de Junio siguiente, q̄ fueron ocho meses, lleuara las dos tercias partes de los frutos deste año en que murio, y el sucessor visnieto del fundador, la terciaparte de los dichos frutos, se ha de entender desta manera, que este visnieto del fundador que entra à poseer agora estos bienes,

nes, no llevar a para si enteramente la tercia parte de los frutos deste año, sino que esta tercia parte de frutos la ha de partir pro rata temporis, con los herederos de su abuelo, hijos del primero llamado al dicho mayorazgo, en esta manera, que si los frutos eran de pan, trigo, o cevada, que se cumple y cuenta el año à collectione fructuum vsque ad aliam collectionem, que se entiende dende mediado Agosto hasta otro mediado, secundum opinionem D. Ludo. de Molina supra relatam, que los herederos del hijo primerollamado, han de llevar parte de los frutos del año siguiente pro rata temporis, de lo q̄ viuió mas su padre del año siguiente, que fueron dos meses y medio dende mediado Agosto, que començò el año quanto à los frutos de pan, hasta fin de Octubre que falleció este hijo primero llamado, y este visnieto del fundador que començò à posseder y tener el señorío de estos bienes, dende primero de Julio que murió su padre, llevara una parte y media de las dichas quatro partes de los frutos deste año, porque no gozò de los dichos bienes, ni tuuo el señorío dellos mas de mes y medio deste dicho año que murió su padre, que fue dende primero de Julio hasta mediado Agosto. Por manera, que este visnieto del fundador que entrò à posseder estos bienes primero de Julio, hade partir los frutos del pan deste año, pro rata tēporis, con los dos predecessores y sus herederos, y el llevara una porcion y media de doze, por mes y medio que viuió, y entrò à gozar de los frutos deste año, y los herederos de su padre y el con ellos, si lo fuere, las ocho partes de doze, por los ocho meses que viuió y possedyò los dichos bienes, y los herederos de su abuelo dos porciones y media de doze, por dos meses y medio que viuió mas, y tuuo el señorío de los dichos bienes despues de cogidos los frutos de aquel año, que fueron desde mediado Agosto hasta fin de Octubre q̄ murió. Pero si los frutos fuessen de viñas, el hijo del fundador primero llamado al mayorazgo, llevara una quarta parte de las dichas quatro partes de frutos, que es una de doze, por un mes que viuió mas de aquel

año despues de cogidos los frutos, q̄ fue dende primero de Octubre, hasta primero de Nouembre que murió, porque el año, quanto à los frutos de las viñas, se cuenta dende fin de Setiembre hasta fin de Setiembre de otro año, y así llevara este hijo primero llamado, todos los frutos de aquel año que murió el testador enteramente, iudicio eius, y una de doze partes de los frutos del año siguiente, y el nieto las ocho partes por los ocho meses que viuió, y el visnieto que oy entra à posseder, llevara las tres quartas partes de las dichas quatro o tres partes de doze, quod idem est vt supra diximus, por los tres meses que gozò de los dichos bienes y señorío dellos del dicho año, que fue dende primero de Julio hasta fin de Setiembre, & sic fiet diuisio fructuum, & computatio anni in alijs fructibus secundum rationem, & computationem prædictam, & sic resolutiue tenendum est, quod in primo successore maioratus, qui primo vocatus est per testatorem, non habet locum diuisio fructuum cum successore pro rata temporis anni, sed integros fructus pendentes primi anni quo prædicta bona acquisiuit habere debet, ceteri vero successores, & hæredes eorum debent diuidere fructus quos non collegerunt cum successoribus, qui eos collegerunt pro rata temporis anni numerando annum à tempore collectionis fructuum vsque ad aliam collectionem, vt colligitur ex l. diuortio, in princip. ff. solut. matrimon. vbi notant Doctores post glossam.

7 ¶ Est tamen aduertendum, quod quando res maioratus locatæ fuerint quocunque tempore anni factus sit, contractus locationis semper numeretur annus à collectione fructuum, vsque ad aliam collectionem, non à tempore locationis licet D. Ludouicus de Molina voluerit contrarium in dict. capitul. II. numero 18. libr. 3. de Hispano. primoge. Imo quod quando res maioratus locatæ fuerint cōputetur annus ab eo die, quo locati cœpit quod ve-

rum non puto, sequeretur enim quod si quis locauit vineam maioratus ex prima die mensis Martij, vsque ad calendas Martias sequentis anni pro certa pensione, & is moriatur prima die mensis Aprilis, quod non habebit ex fructibus illius anni, nisi duodecimam partem pensionis pro rata temporis vnus mensis, cum non vixerit vltra si computatio anni fieri deberet ex die locationis, & successor in maioratu haberet vndecim partes fructuum, vel pensionis vinearum, quod euidenter est iniquum, & contra casum expressum in l. diuortio, in princip. ff. soluto matrim. quæ contrarium disponit, cuius verba sunt diuortio facto fructus diuidi ait non est die locationis, sed habitacione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit, & ibi è contrario quoq; idem obseruandū est. nam si mulier percepta vindemia statim fundum marito in dotem dederit, vir ex calendis Martij eundem locauerit, & calendis Aprilis primis diuortium fuerit subsequutum nõ solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale prædium fuit ex mercede, quæ debebatur, portionem retinebit, apparet igitur ex dispositione prædicti tex. quod fructus non debent diuidi ex die locationis, sed habitacione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, vel possessor maioratus dominium habuit, quod est idem ius, quod inter virum & uxorem, quoad diuisionem fructuum cū vtroque casu diuisio fructuum, pendetium fiat pro rata temporis quo matrimonium, vel dominium rerum durauerit, vt tenet prædictus D. Molina in dict. cap. 11. lib. 3. de Hispanor. primogen. reiecta opinione eiusdem D. Ludouici de Molina in quantum voluit, quod quando res maioratus locatæ fuerint annus numeretur ex die locationis: non autem à collectione fructuum vsque ad aliam collectionem, quod aperte confunditur ex text. in

dict. l. diuortio, in princip. & rationibus supradictis, & multis alijs, quæ recte intuenti apparere possunt.

- 8 ¶ Item verum est necessarium sup-
plere, & addere ad lecturam D. Ludouici de Molina in dict. cap. 11. lib. 3. de Hispanor. primogen. in quantum voluit, quod fructus pendentes rerum maioratus diuidantur pro rata temporis inter successorem maioratus, & hæredes prædecessoris hoc est intelligendum, *Que de estos frutos se han de sacar primero todas las costas que el predecessor hizo en baruechar, y sembrar las tierras del mayorazgo, y sacado esto de los frutos, lo que restare se ha de partir por frutos de aquel año entre el successor, y los herederos del predecessor del mayorazgo, porque frutos se entiende solamente lo que queda dellos, sacadas las costas, quæ quærendorum colligendorum conseruandorumq; eorū gratia fiunt, vt in l. si à domino, vel à patre, §. fin. ff. de petitio. hæredit. & expressius in l. fructus eos esse constat, ff. solut. matrim. quod summam rationem, & æquitatem habet, nam si possessor maioratus decedat vltima die mensis Octobris, hechos los baruechos, y sementera de aquel año, que es la mayor parte de la costa de los frutos de aquel año, non debet successor partiri fructus illius anni, sine deductione expensarum, alias autem ferret nouem partes, & dimidiam fructuum illius anni, & hæredes prædecessoris non ferret infiduas partes, & dimidiam ex duodecim partibus fructuum pro duebus mensibus, & dimidio quod vixit post collectionem fructuum, videlicet ex die sanctæ Mariæ mensis Augusti, vsque ad vltimam diem mensis Octobris quod esset iniquum, cum forte sit maior expensa ab eo, vel ab inquilino eius, cui fundum locauerat pro colligendis fructibus facta quàm fructus collecti illius anni valeant.*

- 10 ¶ Ex contrario vero in specie proposita si successor maioratus, *hizo muchas costas en segar, y coger los panes,*

panes, todas estas cosas se juntaran con las costas que el predecesor, y sus inquilinos hizierõ en baruechar, y sembrar los panes, y sacadas de los frutos todas estas costas que se hizieron, todo lo demas se diuidira, pro rata temporis, por frutos de aquel año, vt probat ille text. notabilis in d.l. fructus eos esse constat, ff. soluto matrim.

I I ¶ Pero si el poseedor del mayorazgo, o sus inquilinos, solamente huuiessen fecho los baruechos para el año siguiente, y antes de la sementera muriesse en el mes de Agosto, statim collectis fructibus, lleuara los frutos de aquel año, y mas las costas de los baruechos que ouiere fecho, que se las pagara el successor del mayorazgo, y no lleuara parte de los frutos del año siguiente, porque no viuio parte alguna del dicho año, quod verum puto, licet multum prædictis contradicere videantur, tex. in l. de diuisione, ff. solu. matrim. & ibi glo. in verbo, de diuisione in computatione anni, quam ibi facit Iurisconsultus, & gl. ad diuisionem fructuum.

I 2 ¶ Sed responderi potest, & hoc est pura veritas, quod non obstat prædicta lex de diuisione supra allegata, quia ibi loquitur de anno ciuili, qui constat extrecentis sexaginta quinque diebus, & incipit annus ex ea die, qua numerare velimus aliquod factum veluti diem, ex quo coepit fundus esse dotalis, nam ex ea die pertinent fructus ad maritum, & computabitur, vel numerabitur annus quousque solum fit matrimonium, doctrina vero D. Ludovici de Molina loquitur de anno naturali, qui incipit quoad diuisionem fructuum à collectione fructuum, qui semel in anno producuntur, vsque ad aliam collectionem sequentis anni, & sic debet fieri diuisio fructuum vtroque modo, ita vt simul confundantur vtraque diuisio anni, videlicet faciẽdo primo diuisionem anni ciuili, qui incipit ex ea die, qua possessor prædictarum rerum coepit habere dominium amisit diuortio, vel morte possessoris, & hoc comperto fiat diuisio anni naturalis

quoad diuisionem fructuum pro rata temporis anni facta computatione à collectione fructuum, vsque ad aliam collectionem, vt colligitur ex dict. l. de diuisione, ff. solut. matrim. iunctis tribus legibus sequẽtib; maxime ex l. fructus, & l. diuortio, in princip. & in versi. itaq; si in fine mensis, & in versi. è contrario quoq; vbi Iurisconsultus primo fecit diuisionem anni ciuili, qui coepit ex eo die, quo maritus coepit habere dominium fundi dotalis: postea aut fecit diuisionem fructuum pro rata temporis anni naturalis, qui incipit à collectione fructuum, vsque ad aliam collectionem, & hæc est intentio prædictarum legum, & D. Ludouici de Molina in dict. cap. 11. lib. 3, quod euidentius apparere potest ex sequẽti exemplo. Ponamus enim, que el poseedor del mayorazgo fallecio en fin del mes de Diziembre, y el successor començò à tener el señorío y posesion de los dichos bienes primero dia de Enero del año siguiente, viuio todo el dicho año, y quatro meses mas, que son diez y seys meses hasta fin del mes de Abril del año siguiente que murio. Nunc quaeritur de diuisione fructuum inter hæredes defuncti, & prædecesorem eius, & successores, y si se ouiesse de hazer pro rata temporis anni, contandolo dende el primero dia de Enero, que començò à tener el señorío de estos bienes el difunto, hasta primero dia de Mayo del año siguiente que fallecio, que son diez y seys meses, vt videbatur dicendum, ex dict. l. de diuisione, ff. solut. matrim. auian de lleuar los herederos deste difunto que començò à tener el señorío de los dichos bienes primero dia de Enero, hasta fin de Abril del año siguiente, que son diez y seys meses, todos los frutos de aquel año de Enero, à otro Enero, con mas la tercia parte de los frutos del año siguiente, por los quatro meses que viuio mas, y tuuo el señorío de estos bienes dende primero de Enero hasta otro Enero, que se cumplio el primero año, y hasta fin de Abril siguiente, lo qual no se deue hazer desta manera,

nera, y seria error notorio, porque los herederos del defunto que sucedio en los dichos bienes primero dia de Enero, como dicho es, aunque viuido todo este año y quatro meses mas, no han de llevar todos los frutos deste primero año, sino solamente las siete partes y media de doze, por los siete meses y medio deste año que tuuo el señorío destes bienes, dende primerode Enero que començo à posscerlos, hasta mediado el mes de Agosto que se cogieron los frutos deste año primero, porque las otras quatro partes y media de doze, las han de llevar los herederos de su predecessor por los quatro meses y medio que viuido su padre defunto dende mediado el mes de Agosto, hasta fin de Diciembre que murio, y las siete porciones y media que les faltan à estos herederos deste primero successor que entro à posscer los dichos bienes primero de Enero, las han de cobrar del successor de los frutos del año siguiente pro rata de los ocho meses y medio que ay dende mediado el mes de Agosto que se cogieron los frutos, si eran en pan, hasta en fin del mes de Abril del año siguiente que murio, y an lleuaram los dichos herederos la rata parte que les cabede los frutos destes dos años de los dichos diez y seys meses, & sic fiet diuisio pro rata temporis si plus, vel minus durauerit dominium dictarum rerum similique modo fiet, si fructus consistant in vindemia vinearum, vt fiat diuisio pro rata temporis anni naturalis, qui incipit ex vindemia, quæ sit in fine mensis Septiembris, vel postea secundum naturam regionis vsque ad collectionem fructuum vinearum sequentis anni, vt colligitur ex d. l. diuortio in princip. ff. sol. matri. & si quis dixerit ad quid prodest inuestigatio hæc, an computatio anni fieri debeat ad diuisionem fructuum, ita vt incipiat annus ex eo die quo quis coepit habere dominium rerum, vel à collectione fructuum, vsque ad aliam collectionem sequentis anni? nam parum interesse videtur cum in vtroque casu, & exemplo supra posito semper ille primus successor in dictis bonis, qui prima

die mensis Ianuarij dominium eorum habuit vsque ad supremam diem mensis Aprilis sequentis anni sunt 16. meses, decem & sex portiones fructuum vtriusque anni habeat pro 16. mensibus quibus vixit, & habuit dominium dictarum rerum. Respõdeo maximi esse effectus. Tum propter ordinem diuidendi fructus à lege datam, quæ est ea quam supra diximos. Tum quia est magni effectus fieri diuisionem vno modo vel alio, nam fructus vnius anni possunt esse pinguiore, & plures, quàm alterius sequentis anni, vel è contra, & secundum hoc, licet easdem partes quis habere debeat ex fructibus facta computatione vtroque modo, expediet habere forte plures portiones primi anni fertilis, quam secundi sterilis, vel ex contrario pauciores in primo anno sterili, plures in fructibus sequentis anni fertilis, licet non plures portiones habeat ex fructibus vtriusque anni facta computatione vtroque modo & multi alij effectus ex hoc sequi possunt si bene considerentur. Et hæc de fructibus bonorum maioratus diuidendis dicta sufficiant, quæ ita in regalibus auditorijs, vt prædiximus seruantur, & iudicantur, vt tradit D. Ludo. de Molin. in dict. cap. 11. cum additionibus, & suppletionibus tamen supradictis, quod vim legis habere debet, nã in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur consuetudinẽ, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum vim legis habere debent, vt ait Iurisconsultus in l. nam imperator, ff. de legib. quod verissimum puto.

¶ Sic autem facta diuisione fructuum inter vltimi possessoris hæredes bonorum maioratus, & successorem eius, vt supra diximus. Nunc videamus quomodo prædicti fructus diuidi debeant inter virum & vxorem, vel hæredes eorum, & videtur quod ex his fructibus qui ad maritum pertinent facta diuisione, vt supradiximus, dimidia pars eorum pertineat ad vxorem, vel eius hæredes ex dispositione legis fori, quæ prædi-

prædictam diuisionem facit fructuum collectorum in prædio, vel fundo mariti, quod non est absolute verum, idcirco est aduertendū, que si el matrimonio fue suelto por muerte del marido que dando viua la muger, sine dubio, en este caso llevara la muger, ò sus herederos, si murio despues, la mitad destos frutos que pertenecieron à su marido de los bienes del mayorazgo pro rata temporis, de lo que viuió casada con el, y tuua el señorío dellos el marido, ex dispositione prædictæ legis fori, que communiter seruat, & in vsu recepta est, dum tamé ipsa in matrimonio fuerint cum marito suo, cui prædicta pars fructuum applicatur toto tempore, quo ipse prædicta bona acquisiuit. Pero pongamos que el marido adquirio el señorío de los dichos bienes antes que casasse con ella, vt diximus in specie supra posita, que el primero llamado al dicho mayorazgo adquirio los dichos bienes primero de Julio quando las tierras y heredades tenían muchos frutos, y le pertenecieron todos al marido, iudicio testatoris, porque le mandò los dichos bienes por via de mayorazgo, à los quales siguen los frutos pendientes, qui pars rei esse videntur, pero si la muger casò con el antes que heredasse el mayorazgo, en tal caso llevara el marido que murio en fin de Octubre (vt supra diximus) para si solo, lo que valian los frutos quando adquirio los dichos bienes, y lo q mas valieron hasta que se cogieron y se cūplio el año mediado el mes de Agosto, si erã los frutos en pan, con mas la rata de los frutos del año siguiente, que pertenecio al marido, y se juntara todo, & ex his habebit dimidiã vxor, aliã vero dimidiã heredes viri, en esta manera, q de los frutos pãdiãtes q estauã en las tierras del mayorazgo, quando el marido primerollamado las adquirio cõ los dichos frutos, se sacará primero las costas para el marido q se hizierõ en labrar las tierras, y sembrarlos, y cogelos el y su padre à su costa, porque deductis his reliquum dicitur fructus, vt in allegata lege fructus, ff. solut. matrimo. & l. si à domino. §. fructus, ff. de pet. hæ-

red. y sacadas estas expensas, los frutos q quedan se han de partir entre el marido y la muger en esta manera, que el marido y sus herederos llevaran para si diez partes y media de doze, por los diez meses y medio que el y su padre tuuieron el señorío destos bienes sin que la muger tuuiesse parte en los dichos bienes, ni en los dichos frutos, que fue mediado Agosto del año precedente, hasta primero de Junio del año siguiente, que adquirio el señorío destos bienes el marido, y una parte y media de doze de los dichos frutos deste año, de mes y medio que gozò de frutos la muger, que fue desde primero de Julio hasta mediado Agosto que se acabaron de criar y coger, con mas la rata de los frutos del año siguiente que pertenecieron al marido por el tiempo que viuió, mas que son dos partes y media de doze, por los dos meses y medio que viuió mas del año siguiente desde mediado Agosto, hasta fin de Octubre que murio, se juntara todo, y destos frutos llevara la muger la mitad, y la otra mitad el marido y sus herederos, de mas de las diez partes y media de los frutos del año primero, como està dicho, quod sumitur ex l. fructus, & l. diuortio in prin. ff. sol. matr. Pero si las costas de segar y coger los frutos se hizieron de los bienes comunes q tenían marido y muger, no sacara primero el marido estas costas, sino solas las costas de baruechar y sembrar las tierras que gastò y puso su padre que le mandò los dichos bienes, y estas sacadas para el marido, las otras costas de segar y coger los panes, se sacaran para el marido, y la muger que las pusieron de por medio, y lo que restare de los frutos se partiran entre ellos de la manera que està dicho, pero si los frutos son de viñas que se cūplio el año, quanto à estos frutos, en fin de Setiembre, sacadas las costas de podar y labrar las viñas para el marido, que las hizo el y su padre, y las demas que se ouieren hecho en labrar y coger los frutos para el marido y muger que las hizieron, ò para la persona que las hizo, lo restante que se entienã ser frutos, se partiran en esta manera, que llevara el marido para si y sus herederos las nue-

ue partes de doze, de los dichos frutos, y partira con la muger las tres partes, por los tres meses que viuió casada despues q̄ adquirio el señorio de estos bienes el marido, y se acabaron de criar y coger los frutos, que fue dende primero de Julio, hasta fin de Setiembre que se cogieron, y se cumplio el año, y mas, partira con la muger la rata de los frutos del año siguiente, que es una parte de doze, de los frutos del año siguiente por un mes que viuió mas el marido, que fue dende fin de Setiembre, hasta fin de Octubre, como está dicho, y de todo esto lleuara la muger su mitad de frutos, pero si al tiempo que el marido heredó estos bienes, no estauan los frutos parecidos ni sembradas las tierras, en tal caso si viuió la muger hasta tanto que las tierras se sembraron, o los frutos de las viñas parecieron, en tal caso lleuara la muger, o sus herederos, la mitad de lo que pertencio al marido de estos frutos de los bienes de mayorazgo, pocos o muchos, lo que fueren, ex decisione præd. l. fori, quæ fructus fundi vnius ex coniugibus diuidi iubet hoc modo, si fructus seminati sint, vel producti in arboribus, cum matrimonium soluitur, vt in l. 10. tit. 4. lib. 3. for. & l. 3. tit. 3. lib. 3. for. sed si matrimonium solutum est vxoris morte, quia prius decessit quam maritus, qui prædicta bona maioratus adquisiuit, tunc diuisio fructuum vltimi anni fiet pro rata temporis, quo matrimonium durauit, & temporis, quo durauit dominium apud maritum secundum ea, quæ supra diximus, & ita debent intelligi prædictæ leges fori, quæ de diuisione fructuum inter maritum & vxorem loquuntur, vt ex verbis, & mente earum colligitur, quod est bene notandum, & menti tenendum, quia quotidie contingit, & à nemine tãgitur quæ ego viderim.

- 1 Si maritus plantauit vineam in fundo vxoris, vel edificauit domum, quomodo diuisio meliorationis fiat.
- 2 Domo edificata in solo mariti, vel vxoris, an valor edificij, quem nunc valet

considerari debeat, vel solum impensarum, quæ in eo erogata fuerunt, & hoc solum diuidatur inter eos.

- 3 Quomodo diuidentur impense, & meliorationes facta in bonis maioratus inter virum & vxorem, & successorem eorum vbi declaratur lex 46. Tauri.
- 4 Heredes viri tenentur vxori soluere dimidiam partem impensarum in domo maioratus factarum à marito, licet successores in maioratu non teneantur aliquam partem earum eis soluere.
- 5 Heredes viri tenentur soluere vxori dimidium sumptorum factorum per maritum in bonis vincularis quando sunt aliqua melioramenta, vel lucra facta constante matrimonio.

DE MELIORATIONIBUS factis in bonis alterius coniugis.

C A P. X.



I S I S quæstionibus quæ de fructibus bonorum communium inter virum & vxorem occurrere solent, nunc videndum est de melioramentis factis in bonis mariti, vel vxoris constante matrimonio.

¶ Et primo quæritur. Si el marido plantò viña en tierras de la muger, o del marido, o edificò casa, horno, o molino, en tierra de vno dellos, como se ha de partir esta viña o casa entre el marido y la muger, y sus herederos? Respondeo, que si es viña plantada en tierra del vno dellos cuya es la tierra, lleuara la estimacion de lo que podia valer la tierra al tiempo que se plantò, y la viña se partira entre el marido y la muger, y sus herederos, pero si es casa, o horno, o molino edificado en tierra del vno dellos, cuya es la tierra, q̄ dara còlo edificado en ella, y pagara al otro la mitad de la costa que se ha hecho en el edificio, vt in l. 3. & l. 9. tit. 4. lib. 3. fori. Sed quare hoc tam varie statuitur, vt aliud sit in vinea plantata in terra vnius coniugum,

gum, & aliud in domo, vel molendino ædificato in solo alterius? Respondeo, quia in domo vel molendino, & similibus non potest sic fieri commoda diuisio sicut in vinea, ideò remanet solum cum ædificio ei cuius est solum sed in vinea, quia commode diuidi potest, fiet diuisio eius inter virum & vxorē, recepto precio æstimationis terræ ab eo cuiuserat, vt declarat, & intelligit dispositionem dictarum legum in glos. Montal. in eisdem legibus quod verum puto.

¶ Secūdo quæritur. *Si en caso q̄ la casa se edificò en suelo de la muger ò del marido, si sacara aq̄l cuyo era el suelo, la mitad de lo que valen oy estos edificios, ò solamente la mitad de lo que se gastò en ellos, y se quedara la casa por de aquel cuyo es el suelo, lo qual es de grande efeto, porque si gastaron ciento oy ha treynta, ò quatro años, y quando fue suelto el matrimonio, y se haze la particion, valen aquellos edificios dozientos, ò mas, como acaee ordinariamente que los materiales y edificios valen mas cada dia, si se ouiesse de sacar la mitad de sto que oy valen, lleuaria la muger, ò el marido, ò sus herederos, la mitad de lo que se gastò en ellos, y por el contrario, si lleuasse la mitad de lo que se gastò en ellos, lleuaria la mitad menos de lo que oy valen.* Respondeo, quod ex verbis ipsius legis nouæ, tit. 4. lib. 3. fori. tollitur hæc ambiguitas, en aquellas palabras donde dize de la mitad de la apreciadura à quien heredar su buena quanto asmaren que cuesta la hechura, &c. de donde se colige, que no se han de pagar la mitad de lo que valen lo e edificios, sino la mitad de lo que se gastò en ellos, quod est valde notandum. Sed prædicta procedunt in ædificijs, seu melioramentis factis in bonis liberis non subiectis restitutioni, sed quid in bonis maioratus, vel restitutioni subiectis, si melioramenta aliqua, vel ædificia in eis fiât? Respondeo, que si son melioramentos, ò edificios hechos en las casas, ò fortalezas, ò cercas, ò heredamientos de bienes de mayorazgo est à determinado por ley 46. de Toro, l. 6.

tit. 7. lib. 5. Recop. que no es obligado à pagarlos el sucessor del mayorazgo à la muger, ò hijos del ultimo poseedor que hizo los dichas mejoramientos. Quæ quidem decisio durissima atque iniusta prima facie videtur esse, nam per ea aperitur via multis fraudibus, poterit enim pater non habens alia bona, quam vinculata titulo maioratus omnia bona acquisita constante matrimonio consumere in ædificijs, & melioramentis faciendis in bonis maioratus, & priuare vxorem suam parte sua, quam habebat in bonis quæsitis durante matrimonio, similiter poterit priuare filios legitima sua, si alia bona non habebat, quam consumpta in ædificijs, & melioramentis factis in bonis maioratus, quod est satis absurdum & iniustum, & ita sentiunt Scribent. ibi maxime Castellus Anto. Gom. & Palac. Rub. qui asserit ibi, & in repet. Rubr. de dona. inter virū & vxorē, §. 62. pro certo habere quod labentibus annis illa lex sit reuocanda tanquā iniusta, & cū ipse interesse cū dicta lex cōderetur tanquā vnus ex consiliarijs principis cum cæteris consiliarijs multum contradixit, sed non potuit præualere aduersum sententiam eorum, & licet Scriben. ibi maxime Anto. Gom. & Castellus multum conuentur iustificare dictam legem multas rationes assignantes, mihi videtur quod si bene inspiciatur decisio illius legis, nihil disponit in præiudicium vxoris quoad eius partem lucrorum factorum cōstante matrimonio, non enim dicit dicta lex quod maritus possit consumere medietatem lucrorum ad vxorem pertinentium in dictis melioramentis factis in bonis maioratus, sed quod sucessor in maioratu non tenebitur ei soluere partem meliorationum quam maritus ibi consumpsit, nam illud iure fundatur, cum sucessor in maioratu sit singularis sucessor in ipsis rebus maioratus, & forte non heres patris, ideò non tenetur vxori soluere partem suam quam habebat in dictis bonis, quæ maritus consumpsit.

sumpsit, cū actiones personales non sequantur fundi possessorem, vt l. 1. §. si hæres, percepto fundo. ff. ad Trebel. maxime quod successor in maioratu non habet dominium perpetuum illarum rerum, sed pro tempore vitæ suæ:

4 ideò non tenetur ad dictas meliorationes, vt tenet Doctores, maxime Pau. in l. demòs. ff. de lega. 1. sed hæres viri sine dubio crederem, quod teneantur soluere vxori dimidiam illorum bonorum, quæ maritus ibi consumpsit de bonis melioratis, vel quod tantundem extrahat ipsa vxor, vel eius hæres de bonis melioratis, quæ supersint quātū maritus ibi consumpsit in edificijs, vel melioramētis factis in domibus, vel edificijs sui maioratus, quia illa lex hoc nō dicit, sed solū quod successor in maioratu non teneatur dictas expēsas soluere, nō enim cōtradicit quod hæres mariti teneatur eas soluere vxori, vel tātūde è medio sumere, cū ergo prædicta lex Tauri hoc non disponat, remanet iste casus indispositione iuris communis, quod maritus teneatur vxori suæ soluere dimidium eius quod deduxit de bonis communibus ad soluēdum debita sua propria non facta constante matrimonio velut si donaret cōsanguinejs suis, vel alio modo alienauerit in res suas non cōmunes (vt supra diximus) alias prædicta lex esset iniustissima si permetteret quod maritus ex bonis communibus suis, & vxoris posset augmentare, seu ædificare, & meliorare bona maioratus mariti, quæ

5 forte post mortem eius ad extraneum successorem, non filium vxoris per ventura sint. *Y así se concluye, que no embargante la dicha ley de Toro, (aunque el Dotor Castillo allí siente lo contrario) que la muger lleuara la estimacion de la mitad de los mejoramientos hechos en los bienes de mayorazgo de su marido, y aunque no los pueda pedir ni cobrar del successor en el mayorazgo, pero que los podra pedir y cobrar de los herederos del marido por las razones arriba dichas, y lo mismo sera por el contrario, si el marido y la muger gastassen alguna parte de los bie-*

nes multiplicados, en reparar, edificar, & mejorar las casas del mayorazgo de lamuger, eisdem rationibus, ad vnum tamē est aduertendum, que si los bienes en que se hizieron los dichos mejoramientos, no son de mayorazgo, sino vinculados, & sujetos à restitucion, esta conclusion seria mas sin duda, porque la dicha ley de Toro habla expressamente en bienes de mayorazgo, como se colige de las palabras della, de do se colige que no siendo bienes de mayorazgo, no aura lugar su disposicion en ellos, & ita communiter sentiunt, & ibi Scribentes.

* * Quid tamen erit de melioramentis & impēsis factis in alijs bonis maioratus, quæ nō sunt domus, & fortalitia maioratus, an successor in illis teneatur soluere dicta melioramenta? Pongamos q̄ vn marido tenia bienes de mayorazgo, & sujetos à restitucion, porque eran bienes dotales de la muger, durante el matrimonio plantò vn oliuar, & viña en tierras de la muger, & del mayorazgo, sujetos à restitucion, y en criar la dicha viña, & oliuar, gastò mucha summa de maravedis, porque los años primeros no lleuò fruto alguno, q̄ no le dieron los dichos oliuares & viñas, & fue tan poco, que llegò à la costa, y el ultimo año, & los dos ultimos que durò el matrimonio, lleuaron mucho fruto, mas que la costa. Nunc quæritur de deductio-
ne expensarum, quæ facte fuerunt in dictis bonis, & quia de iure communi non inuenit tractatum de his expensis factis in bonis maioratus, quia illis temporibus dicti maioratus in cogniti erant à conditoribus legum, ideò primum videndum est de meliorationibus factis per maritum in bonis dotalibus vxoris, quæ restitutus est soluto matrimonio, intellectoque iure huius casus, ex eo ad alium inferemus, nam licitum est arguere de similibus ad similia, cum non possint omnes articuli sygillatim legibus comprehendi, sed vbi ratio legis manifesta est, is qui iurisdictioni præest ad similia procedere, atque ita iudicare debet, vt docet I. C. in l. non possunt, ff. de legi. & videtur, que el marido no pueda cobrar las dichas

chas expensas que ouiere hecho en plantar las dichas viñas y oliuares en las tierras de su muger, ò de mayorazgo, cum sit idem in vtroque casu, cum ad tempus dominus sit, & potiatur fructibus dictorum bonorum: porque aunque el marido puede sacar, y cobrar de la dote, y bienes de la muger las impensas necessarias que ouiere hecho en reparar, y conseruar los bienes dotales de la muger, vt in l. 1. & 3. & per totum titulum, ff. de impen. in rebus dotalib. fact. non tamen potest impensas vtilis deducere, & imputare mulieri, nisi de voluntate, & consensu eius factæ fuerint, vt in l. vtilium, ff. de impen. in rebus dota. factis, cuius verba sunt, vtilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt si voluntate mulieris factæ sint, iniquum enim esse compelli mulierem rēvēdere, vt impensas in eā factas solueret, si aliunde solvere non potest, quod summam habet æquitatis rationem: y assi parece que el marido no puede cobrar los gastos y expensas vtilis que hizo en plantar los dichos oliuares, y viñas en las tierras dotales de la muger, si quidem non necessaria, sed vtilis tantum fuit talis plantatio, vt probat text. in l. veluti iuncta gloss. in verbo, veluti, ff. de impen. in rebus dotali. fact. adhuc tamen, se deue tener lo contrario en este caso, porque el tex. in dict. l. vtilium, procede, y ha lugar quando el marido quiere retener, y sacar de la misma dote las impensas vtilis que ouiere fecho en el fundo dotal, tunc enim si impensæ sunt vtilis, & necessaria, ipso iure minuunt dotem, & deduci debent de dote, vt in l. 1. & 2. & 3. & in l. quod dicitur, ff. de impen. in rebus dotalibus fact. si vero non sint necessaria, sed tantum vtilis, non potest maritus eas deducere de dote, sed dotem restituere cogitur mulieri: actione tamen negotiorum gestorū prædictas impensas vtilis recuperabit à muliere, vel ab hæredibus eius, hoc probat text. expressus in l. vnica, §. taceat, versicul. sed nec ob impensas, C. de rei vxoriæ actio. & in l. fin. ff. de fundo dota. & in

l. voluntariæ, in fin. ff. de impen. in rebus dotali. fact. & in l. diuortio, §. impendia, ff. soluto matrimo. vbi notant Doctores, & Dynus, & Alberic. post glossam in l. omnino, ff. de impen. in rebus dotalib. fact. Pero esto se ha de limitar y entender, si de los fructos que despues se cogieron en el vltimo año que fue suelto el matrimonio, y en los precedentes se cogieron tantos, que basten para las impensas vtilis que se hizieron en plantar y criar las dichas viñas, y oliuares, porque entonces las ha de sacar el marido de los dichos fructos, y compensar hasta do alcançare el valor dellos, y el residuo q̄ no alcançaren los frutos, los cobrarà el marido de la muger, y de sus herederos, vt probat textus notabilis, in l. insulam, §. fructus, ff. soluto matrimo. vbi notant Doctores post gloss. & Paulo de Castro in l. domos, cum lege sequenti, ff. de legatis primo, & in expresso in possessore maioris, tenet Gregorius in l. 41. titul. 28. part. 3. verbo, Entregado, quod verum puto, & facta compensatione cum fructibus ab ipso perceptis, quod deficit ad recuperandas omnes expensas vtilis ab ipso factas, à successore maioratus habebit: hoc modo quod omne illud detur bona melioranti, quod plus fructuum quotannis fert fundus propter expensas, & melioramenta in eo facta, donec omnem impensam recuperet, pro quo possunt induci dicta Caræli Molinæ in consuetudinibus Parisiens. folio 34. colum. 4. cum sequentibus. Item, quod dictum est intelligitur, & sublimitatur, quando estos mejoramientos fueron hechos para vtilidad perpetua de la rayz en que se hizieron, porque entonces se tendra derecho de pedir y cobrar las dichas impensas que restaron, y no alcançaron los fructos que se cogieron de las dichas tierras: pero si la dicha planta, non fuit ad vtilitatem perpetuam, sed solum quoad præsens tempus, quo ipse maritus, vel possessor maioratus potitus est fructibus,

non

non potest eas impensas imputari uxori, vel successoribus eius, si verò impensæ factæ, & melioramenta respiciant tempus præsens & futurum, non tamen perpetuum, tunc diuidentur impensæ factæ in re dotali inter virum, & uxorem, & hæredes eorum pro rata temporis, quo durauerit utilitas prædictarum meliorationum, vt habetur in l. 3. §. nos generaliter, ff. de impen. in rebus dota. fact. vbi notant Doctores, & late per Paulum de Castro in l. domos, cum lege sequenti, qui velissime tractat istum articulum in bonis maioratus, & restitutioni subiectis, idem seruandum teneo, vbi dicta melioramenta facta fuerunt, quia eadem est ratio in vno casu, quam in alio cum omnia dicta bona sint restitutioni subiecta, & ad l. 46. Taur. Respondetur, quod solum disponit circa melioramenta facta in domibus, & fortalitijs maioratus, quia communiter infructuosa sunt, ideò successor de his non tenetur, dictaque lex Tauri in casibus specialiter designatis loquitur diuersam rationem habentes, cum in illis parum, aut nihil utilitatis habeat successor, hic vero fructibus, & prouentibus causatis ex meliorationibus potitur, & hanc opinionem tenet Aluar. Vaez de iure emphit. q. 25. n. 29. quod verissimū puto, licet Moli. de primo. lib. 1. c. 26. & Ioan. Garc. de expen. & meliora. c. 13. n. 45. aliter sentiāt, tamē Ioa. Gar. secundū hanc opinionē, quā vt antea dixi, tenuit Grego. in l. 41. tit. 28. par. 3. quē ipsi non allegant, ab aduocatis doctissimis iudicatū esse dicit, & propter autoritatem Molinæ ab ipso non recedit.

¶ Sed quæro incidenter, si pater qui huiusmodi melioramēta fecit in domibus, vel fortalitijs maioratus, quas petere hæredes eius nō possunt meliorationē fecerit de quinto, & tertio bonorū alteri filio, vel successorī in maioratu, an dicta impensa, quā fecit in dictis domibus deducetur de dicta melioratione tertij & quinti, & minuet eam;

crederē quod sic, quia pater impendēdo in bonis futuris filij, quæ ad eum peruenire necessario debent (maximē stante d. l. 46. Taur. quam ignorare non creditur, imo scire tenetur) videtur dare, & donationem facere dicto filio de dictis impensis factis in bonis maioratus, quæ donatio sicut cæteræ donationes simplices minuet legatū tertij, & quinti bonorū, ex l. 26. Taur. quæ hodie est, lex 10. tit. 6. lib. 5. Recop. & hoc ratio suadet ne duplici modo filij grauentur, impendendo pater in domibus, & fortalitijs maioratus, & ipsi vel alteri filio meliorādo in tertio, & quinto bonorum: *y assi, resolutiue teneo, q̄ si el padre hiziere mejora de tercio y quinto al hyo successor en su mayorazgo, en enyas casas, y fortalezas hizo edificios, y gastos, d' à otro de sus hyos, que los dichos gastos disminuyran la dicha mejora, y se aueriguara lo que en los dichos edificios se gastò, y aquello aurà menos el hyo mejorado, porque fue visto donar al hyo successor en su mayorazgo, y mejorarle en todo lo que gastò en los dichos edificios, & fortalis hæc est vera ratio decidendi ad l. 46. Taur. & esto quod non fit, inficiari non potest, quin stante hodie eius dispositione, pater impendendo in dictis fortalitijs, & domibus maioratus videtur donationem facere dictarum impensarum, & hoc sufficit ad hoc, vt in melioratione tertij, & quinti alteri, vel ipsi filio facta imputentur & pro hac opinione facit, quod de impensis in filiorum studio factis, resoluit Matien. in l. 3. tit. 8. lib. 5. Recopila. quod quando non imputantur in sua legitima filio studenti, si pater facit meliorationem tertij, & quinti de dicta melioratione impensæ factæ in studio filiorum. * Huc vsque visum est de partitione inter virum, & uxorem non habentes filios.*



SECUNDA PARS HUIUS TRACTATUS DE PARTITIONIBVS INTER VIRVM, & vxorem liberos habentes, primi & secundi matrimonij, incipit.

- 1 **P**ATER, aut mater habens filios legitimos, & naturales, ex qua parte bonorum possint disponere inter extraneos.
- 2 Pater nō habens liberos iam natos, sed posthumum quem reliquit tēpore mortis potest disponere de quarta parte bonorum inter extraneos in praiudiciū posthumi.
- 3 Pater potest meliorare vnum ex filijs, vel nepotibus in tertio & quinto bonorum. Quod locum habet in testamento, non autem poterit meliorare filiam per contractum ex causa matrimony.
- 4 Si pater meliorauit filium in tertio, & quinto bonorum, vel in vna re qua facit tertium, & quintum bonorum, qua habebat tempore quo dotauit filias, nunc vero deductis ex bonis, qua nunc habebat tempore mortis excedit tertium, & quintum: an valeat talis melioratio, vel sit inofficiosa.
- 5 Si pater meliorauit vnum filium in tertio & quinto bonorum quod assignauit illi in vna re quam possidebat, qua faciebat tertium & quintum, & legitimam, & non habebat alia bona tempore mortis: quia iam tradiderat legitimas suas in vita ceteris filijs, an valebit praedicta melioratio in totum.
- 6 Donatio simplex non confertur, quia tacite videtur pater, aut mater in ea me

- liorare filiam.
- 7 Si pater, aut mater meliorauit vnum ex filijs in tertio, & quinto bonorum suorum, si plus non dixerit, non valebit melioratio ultra tertium, & quintum bonorum qua possidebat tempore mortis, licet iam dedisset legitimas suas ceteris filijs.
- 8 Si pater donauerit simpliciter aliquam rem vni ex filijs ex quo videtur eum meliorasse in tertio, & quinto bonorum supradicta donatio non excedat tertium, nec quintum bonorum, an censetur melioratio facta de tertio, aut de quinto bonorum.
- 9 Si Pater meliorauit vnum ex filijs in tertio, alium vero, vel extraneum in quinto bonorum prius deducetur quintum quam tertium, & ibi ratio huius assignatur.
- 10 Si pater meliorauit filium in tertio bonorum, nec disposuit de quinto, tunc tertium debet deduci de omni hereditate patris.
- 11 Si pater habens filium naturalem, vel spurium careat filijs legitimis, habeat tamen fratres, & legauerit filio naturali quintum bonorum, & fratres suos heredem instituerit, & aliqua legata pia fecerit, vel gratiosa, an haec legata deducantur de quinto, vel de tota hereditate.
- 12 Declaratur lex 30. Tauri.

- 13 Filius naturalis non existentibus legitimis est capax totius hereditatis patris.
- 14 Filius naturalis, cui pater legauerit quintum bonorum, tenetur pro rata quinti soluere debita paterna.
- 15 Pater habens filium naturalem, si condēnetur in vita, ut ei unoquoque anno centum det nomine alimentorum, & meliorauerit unum ex filiis legitimis in tertio, & quinto bonorum, an deducantur de quinta parte bonorum alimenta prædicta, vel de tota hereditate velut debitum hereditatis.
- 16 Alimenta debita filiis naturalibus, vel spuris, debent deduci de quinto bonorum patris, etiamsi pater per sententiam condemnatus sit in dictis alimentis, nec debent deduci de tota hereditate tanquam as alienum.
- 17 Pater si meliorauit unum ex filiis in vita in quinta parte bonorum, & in testamento meliorauit alium filium in alio quinto bonorum, vel illud quintum legauit uxori, an valeat utraque melioratio quinti, & dicitur quod valeat.
- 18 Pater si meliorauit unum ex filiis in quinta parte bonorum, & alium filium in alio quinto bonorum, quod potest ex quo quinto deducantur legata, & funeris impensa.
- 19 De melioratione quinte partis bonorum facta uni ex filiis per contractum inter viuos, si pater meliorauerit postea in testamento alium filium in alio quinto, & iussit legata pia, & alia gratiosa deduci de prima melioratione quinti, non valebit talis dispositio, sed deducetur de vltima melioratione quinti facta in testamento.
- 20 Pater si meliorauit filium in tertia parte bonorum, & iussit, ut ex eo solueret legata pia, & gratiosa, & impensam funeris, & non disposuit de quinto, an valebit dictum grauen possum in tertio, & dicitur quod valebit usque ad quintum.
- 21 Declaratur alio modo lex 30. de Toro.
- 22 Pater si meliorauit unum ex filiis in tertio bonorum, alium filium in quinto & iussit, ut filius melioratus in tertio solueret dimidium tertij, vel legata de illo tertio soluerentur, an possit hoc facere, & filius melioratus in tertio illud teneatur implere, ubi concluditur quod sic, dum grauamina non excedant quintum.
- 23 Quae impensa funeris deduci debeant de quinto, an solum necessaria ad humanandum corpus, vel alia, quae ad pompam fiunt, & quomodo hoc debeat moderari.
- 24 An vestes lugubres veniant appellatione impensa funeris, & an deduci debeant de quinto.
- 25 Impensa facta procurando corpore infirmo defuncti, an sit hodie impensa funeris, & deduci debeat de quinto.
- 26 Impensa funeris propria, quae & qualis dicatur, ut de quinto deduci debeat.
- 27 Quod pater dedit filio ad ordines sacros recipiendos, an videatur in eo melioratus, vel teneatur illud conferre fratribus suis.
- 28 Taxatur opinio Telliij, & Antonij Gom. & approbatur opinio D. Episcop. & Auendanij.
- 29 Donatio propter nuptias, de qua leges iuris communis loquebantur hodie non est in usu.
- 20 Donatio quam pater facit filio ob causam matrimonij vocatur communiter donatio propter nuptias, & de hac loquuntur leges Taur.
- 21 Lex 17. Tauri declaratur de qua donatione propter nuptias conferenda loquatur.
- 22 Donatio facta filio ad ordines suscipiendos non est donatio simplex, sed ob causam, & equiparatur donationi ob causam matrimonij, idcirco conferri debet.
- 23 Communis usus loquendi praeuallet omni significationi verborum.
- 24 Donationes omnes, quae fiunt ob causam matrimonij carnalis, vel spiritualis, vel ob quamlibet aliam causam à patre

- patre vel matre filij tenentur eas conferre fratribus.
- 25 Ratio quare donationes ob causam facta filijs conferenda sint.
- 26 Alia opinio Telly Fer. in l. 22. Tauri taxatur, & improbat.
- 27 Donatio facta filio eunti ad bellum reputatur quasi castrense.
- 28 Bona immobilia, quae pater donavit filio eunti ad castra non reputantur castrense, sed solum mobilia, & ad bellum necessaria velut arma equus, & pecunia, vestes, & similia.
- 29 Pater si dedit filio libros, vestes clericales, vel pecuniam ad ordines suscipiendos reputabitur castrense.
- 30 Pater an possit revocare meliorationem quintae partis bonorum quam fecit filio si ei tradidit possessionem eius, vel ob causam onerosam id fecit, aut possit eam mutare, vel limitare.
- 31 Promissio de meliorando filio in quinto bonorum ex causa onerosa efficacior est quam traditio sine promissione, idcirco revocari non potest à patre.
- 32 Donatio dotis si incipiat à traditione non obligat donantem ad evictionem secus si incipiat à promissione.
- 33 Declaratur lex 22. Tauri.
- 34 Promissio facta filio de meliorando in tertio & quinto bonorum ex causa onerosa matrimonij, etiamsi cum tertio facta non fuerit, valet irrevocabiliter in tertio & in quinto.
- 35 Pater si ex causa onerosa matrimonij promissit filia, vel generi suo non meliorare aliquem ex filijs in tertio & quinto bonorum si contra fecerit, an revocabitur in totum dicta melioratio, vel solum quoad interesse filiae, & generi, cui haec promissio facta est.
- 36 In obligationibus facti faciendi, vel non faciendi succedit obligatio ad interesse, non tamen quis precise tenetur ad faciendum, vel non faciendum.
- 37 Pater qui promissit ex causa onerosa non meliorare aliquem ex filijs, an poterit disponere pro anima, vel alias de quinto.
- 38 Pater si solvit pro filio aliquam quantitatem pro delicto ab eo commisso, an tenebitur eam conferre, vel imputare in legitima.
- 39 Pater, aut mater si in alimentis filij, vel petendis tutoribus, aut in his remunendis aliquid erogaverint, quando, & quibus casibus possint eis illegitimam imputare, vel ipsi teneantur conferre, ubi distinguitur.
- 40 Opinio Anton. Gom. taxatur, & l. 1. C. de nego. gest. declaratur.
- 41 Filius si solvit aliquod debitum patris ab eo repetere potest, nisi constet quod animo donandi fecerit.
- 42 Omnia quae pater, aut mater dedit filio ob aliquam causam in dubio censentur data, ut in legitima computentur, & ideo debent conferri, vel imputari, quia non est proprie donatio, sed anticipatio solutionis legitima.
- 43 Si pater solvit pro filio aliquam condemnationem pro delicto, ab eo commisso, si immodica quantitate censetur ei donasse, & causa pietatis fecisse, ideo conferre, id non tenebitur filius, secus vero si in magna quantitate fuerit, id quod solverit.
- 44 Declaratur tex. in l. liber captus, C. de capti.
- 45 Declaratur, & distinguitur opinio Bartol. in l. Stichus, ff. de pecu. qua alias absolute sumpta non est vera.
- 46 Pater si aliquid erogavit pro filio ad obtinendum beneficium ecclesiasticum vel in lite, vel alio modo, an possit imputare in legitimam eius, vel filius illud teneatur conferre.
- 47 Declaratur, & limitatur opinio Bartol. in l. 1. §. nec castrense, ff. de colla. bono.
- 48 Pater si aliquid impendit pro filio ad consequendam aliquam dignitatem, quae commodum pecuniarum non habet, nec transmittitur ad haeres, non tenetur filius conferre, nec imputare in legitima.

S E C V N D A P A R S.

- 49 Pater si accepit aliquam rem in tributum, vel in emphiteosim pro se, & vno ex filijs quem ipse elegerit, vel pro se, & filio maiore, & tempore mortis multo plus valeat cum onere tributi an filius, qui eam habere debet ex pacto patris teneatur conferre fratribus estimationem, vel precium quod hodie plus valet.
- 50 Quod pater acquisiuit filio, & iussit ei tradi post mortem suam non conferatur.
- 51 Relicta filio in testamento patris non confertur quod fallit aliquando.
- 52 Si pater accepit aliquam rem in emphiteosim pro se, & liberis suis, & heredibus certa pensione soluenda in quo libet anno, ita quod non possit eam vendere, nec alienare, nec diuidere arbitri ad diuidendum dati adiudicare eam debent vni ex liberis, cum onere pensionis eo precio quod valet tempore diuisionis.
- 53 Si pater dedit filia sua in dotem plus quam ei competit de legitim. patris, ita quod sit inofficiosa, an pater, vel alij fratres possint statim petere, id quod inofficiosum est.
- 54 Pater si dotauiit filiam, & excedit legitimam respectu presentis temporis, non potest ipse neque filij eius agere de inofficiosa dote in vita sua, sed expectare debent tempus mortis patris, ut inspiciatur valor patrimonij tempore mortis patris.
- 55 Mortuo patre qui dotem inofficiosam dedit filia sua cateri filij poterunt repetere dotem in eo quod excedit legitimam à marito etiam constante matrimonio.
- 56 Maritus si legauerit uxori usumfructum bonorum suorum, vel alicuius fundi, an primo deduci debeant debita ipsius, vel teneantur heredes eius integrum usumfructum illius fundi uxori prestare.
- 57 Pater si legauit uxori usumfructum omnium bonorum suorum, an tale legatum valeat in praiudicium filiorum.
- 58 Declaratur tex. in l. uxori mea, ff. de ususfru. lega.
- 59 Legatum ususfructus omnium bonorum uxori factum valebit etiam liberis extantibus, dummodo aestimatio ususfructus non excedat quintum bonorum, & ita debet intelligi contraria communi opinio.
- 60 Declaratur tex. in authen. nouissima, C. de inofficio. testa.
- 61 Declaratur, l. 9. tit. 5. lib. 3. fori, qua loquitur de legitima filiorum.
- 62 Legatum speciei aliquando potest solui in pecunia ex iusta causa.
- 63 Legatum ususfructus potest solui in aestimatione ex aliqua iusta causa.
- 64 Aestimatio ususfructus legati quomodo fieri debeat.
- 65 Ususfructu legato uxori omnium bonorum, an redditus liciti pecunie credita per heredes pertineat ad uxorem vel ad heredes viri.
- 66 Si nomina debitorum pecunia collocata per heredes post mortem mariti quando ususfructus omnium bonorum legatus est uxori deteriora facta sint, an periculum pertineat ad heredes, vel ad uxorem.
- 67 Ususfructu legato uxori omnium bonorum, qua in domo habebat, an veniat ususfructus mercium quas maritus habebat ad vendendum.
- 68 Ususfructu omnium bonorum uxori legato, quomodo vti debeat uxor rebus mobilibus, vel semouentibus, & quid teneatur reddere heredibus mariti extincto ususfructu uxoris.
- 69 Ususfructu omnium bonorum legato uxori, an intelligatur legatum factum de ususfructu formali qui nomen, & effectum iuris habet, vel de ususfructu causali, qui capitis diminutione non amittitur.
- 70 Verba testatoris secundum communem usum loquendi intelligi debent non secundum iuris significationem.
- 71 Effectus notabiles, cui ex praedicta conclusione sequuntur, quod ususfructu omnium bonorum legato uxori non intelligatur legatus ususfructus

ctus formalis, qui nomen & effectum iuris habet, sed ususfructus causalis, qui causatur ex fructibus secundum communem usum loquendi.

73 *Declaratur notabiliter, l. finalis, C. de ususfruct.*

74 *Ususfructu omnium bonorum mobilium uxori legato, an teneatur bona mobilia, qua recepit reddere in eadem aestimatione, & bonitate vel sufficiat ea reddere detricta, vel consumpta usu quotidiano eorum.*



N V N C. de secunda parte huius tractatus videndum est, videlicet de partitione bonorum communium inter virum & uxorem liberos habentes, & primo admonendi sumus quod omnia supradicta in prima parte, ubi de partitione bonorum communium inter virum & uxorem egimus hic repetita esse censeantur, ubi non est ratio diversitatis propter filios, nam licet particulari tractatu, ac diuisione ea tradidimus gratia clarioris intellectus, & ut lectores facilius ea quæ velint dubia, ac quæstiones inuenirent, non tamen negamus, quod multa ibi tradita aptari possunt ad hanc secundam partem, videlicet ad partitiones, quæ fiunt de bonis communibus inter virum & uxorem liberos habentes, & hæredes eorum, puta ea omnia, quæ de inuentario, & eius effectum, & de arbitris ad diuidendum datis, & de aestimatione bonorum dicta sunt, & alia multa, quæ ad utramque partem tractatus nostri pertinent, his itaque præmissis ad secundam partem tractatus nostri perueniamus.

(?)

QVÆSTIO I.

ET primo quæro. *Si el padre ò la madre tiene hijos legitimos, de que parte de sus bienes puede disponer, ò mandar à estranos? Respondo, que si los hijos son ya nacidos, no puede el padre disponer ni mandar à estranos mas del quinto de sus bienes de que podia disponer por su anima: pero si ò tenia hijos nacidos, sino que le quedò algun posthumo dexando su muger preñada, en tal caso puede disponer del quarto de sus bienes entre estranos en perjuizio del posthumo que no era nacido, ni tenia derecho adquirido à los bienes de su padre,* vt est text. notabilis, & expressus in l. 3. titul. 13. libr. 3. for. & ibi glo. Montaluis, & idem tenet Rodericus Xua rez in repetitio. l. quoniam, in prioribus, in lectura super l. 9. titul. 5. libr. 3. fori, quam legit in dicta repet. l. quonia in prioribus in 9. limitatione quod est valde notandum, & pauci aduertunt ad dictam. l. & eius decisionem, & sæpe occurrit inconsulendo, quam partem relinquere poterit maritus uxori suæ de bonis suis, quam prænantem relinquit, & communiter dici solet, quod non potest ei relinquere vel legare vltra quintam partem bonorum suorum, sed veritas est, quod potest ei relinquere quartam, si nõ habebat alios liberos legitimos per dictam legem.

QVÆSTIO II.

SECUNDO quæro, *qua ex parte possit pater vel mater meliorare filium, vel filiam suam in testamento, Respondo, que el padre puede mejorar à vno, ò à muchos de sus hyos, ò hijas legitimas, en tercio y remanente del quinto de sus bienes, conforme à la ley del fuero usada y guardada, quæ est lex 9. tit. 5. lib. 3. fo. à lo qual no impedira la pregmatica del Reyno, hecha en las Cortes de Madrid el año de 34. que habetur in l. 1. ti. 2. lib. 5. Reco. que dispone, que la hija no pueda ser mejo*

H 2 rado

rada en el tercio de los bienes de su padre tacita ni expresamente, porque aquello se entiende por contrato entre vivos, por via de casamiento, pero no por testamento, y así se entiende la dicha pragmática, ex verbis eius, lo qual se ha de limitar, que si el padre o la madre prometio, por via de casamiento, de mejorar a su hija en el tercio de los bienes suyos, y despues en cumplimiento desta promessa, hoc expresse in testamento, la mejorasse en el tercio en su testamento, no valdria esta mejora hecha en el testamento, por ser en fraude de la dicha pragmática. Quia censetur factum in consequentiam prioris obligationis, argumen. tex. in l. 3. §. scio, & quæ ibi notant, glos. & Doctores, ff. de mino. Sed si pater prælegasset ei in suo testamento aliquam rem in specie non dando eam in solutum dictæ meliorationis, quam promiserat crederem quod valeat legatum, quia nulla lege prohibetur si non excedat quantitatem legitimam à iure taxatam, & idem crederem, si totum tertium eidem filiæ: prælegasset in testamento adiciens, quod propter seruitia, vel merita hoc facit sciens, quod non valet promissio præcedens ex causa dotis ei facta, maxime si maritus, cui facta est promissio esset mortuus, argumen. text. & quæ ibi notant Doctores in l. legata inutiliter, ff. de lega. 1. & l. si quando, in princip. eod. tit.

Q V A E S T I O. III.

4 **T**ERTIO quæro. Si el padre dio a sus hijos en su vida todo lo que les pertenecia de su legitima en dotes y en donacion, propter nuptias, y despues mejorarle al uno de ellos, o a otro que no auia recebido cosa alguna en el tercio y remanente del quinto de sus bienes, o le mejorarle en alguna heredad que vale el tercio y quinto de sus bienes, respeto de los bienes que tenia al tiempo que dio a los otros hijos las

donaciones, propter nuptias, y dotes: pero respeto de los bienes que le quedaron dadas las dichas dotes y donaciones, propter nuptias, a los otros hijos, excede esta mejora en mucha cantidad del tercio y quinto de los bienes que el padre tenia al tiempo que hizo esta mejora, quæritur, si valdra esta mejora en todo, o en que parte valdra. Y para que mejor se entienda este caso: porque es muy contingible, exempli gratia, pongamos que un padre tenia quatro hijos, y su hacienda valia quatro mil ducados, que vale un quento y quinientas mil maravedis, dio a cada uno dellos en dotes, y donaciones, propter nuptias, para sus casamientos cada dozientas mil maravedis, que montaron los ochocientos mil maravedis, quedose con las setecientas mil maravedis, que es el tercio y quinto de sus bienes de todas las dichas un quento y quinientas mil maravedis, porque el quinto de ellas, que es lo que se ha de sacar primero, monta trezientas mil maravedis, y el tercio quatrocientas mil maravedis, por manera, que los hijos fueron pagados enteramente de sus legitimas, que les cabia entre quatro a dozientas mil maravedis, que son las ochocientas mil que el padre les dio para en cuenta de sus legitimas, en dotes y donaciones, propter nuptias, para sus casamientos. Agora el padre da a uno de sus hijos todo lo que le quedava, y mejoralo en ello en el tercio y quinto de sus bienes. Los otros hermanas dicen, que la mejora de tercio y quinto solamente vale, y puede valer, de aquellos bienes que el padre tenia y le auian quedado, que son setecientas mil maravedis, al tiempo que murio, y hizo la dicha mejora en su testamento al uno de sus quatro hijos, secundum lege 3. & 29. de Toro, & l. 7. titul. 9. libro 5. Recop. el mejorado pretende que pudo valer en todo, y que los otros hermanos no han de llevar nada de aquellos bienes, porq̄ ya estaua pagados y entregados de sus legitimas, nunc videamus quid iuris sit in hoc casu, & quis eorum habeat potiora iura, in qua specie videtur,

detur, quod filius melioratus in tertio & quinto bonorum non possit habere ultra tertium & quintum bonorum, quæ pater habebat tempore mortis, quo factum est dictum prælegatum & melioratio, ut in l. 23. de Toro. Secundo quia melioratus in tertio & quinto bonorum, non potest illud extrahere de dotibus, & donationibus propter nuptias factis alijs filijs, ut in l. 25. de Toro, l. 9. tit. 6. lib. 5. Recopilat. quæ hoc expresse statuit. Tertio quia appellatione bonorum in quibus pater melioravit filium non continetur bona, quæ dederat filijs in dotem, & donationibus propter nuptias, cum illa non sint in bonis suis, sed iam sint alienata, & dominium eorum transierit in filios, vel generos suos, ut in l. fin. ff. de collat. do. & l. 1. §. fin. eodem tit. ut supra late probauimus, in prima parte huius tractatus ex contrario videtur, quod dicta melioratio valuerit in totum, & sic filius melioratus habere debeat illa bona, quæ pater possidebat tempore mortis quo facta fuit dicta melioratio, primo quia pater bene potuit in vita sua soluere debitam legitimam filijs suis in dotibus, vel donationibus propter nuptias ad alendum eos, & sustinendum onera matrimonij, & illud conferre tenentur, & imputare in legitimam suam, ut in l. illud, C. de collatio. & in l. 29. de Toro, quæ expresse hoc disponit, potuit enim pater exonerare se à debito bonorum subsidio, quod debet filijs, & illud in vita soluere, ut in l. post mortem, & quæ ibi no. DD. C. de fideicommiss. & in l. si filia, §. si pater, ff. famil. hercis. & in l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. testamen. tradit Bar. in l. 1. §. fin. ff. si quis à pa. manu. fu. cum ergo integram legitimam eis soluerit, & nō die cum fecit prædictam meliorationem non habebat plus in bonis, quam antea: nullum grauamen recipere possunt cæteri filij quibus legitimam integram dederat pater, si postea in fauorem vnus eorum voluntatem, & potestatem suam

extenderit meliorando eum in tertio & quinto, quod sibi retinuerat solutis legitimis integris vnique filiorum, alioquin filij, qui legitimas suas integras receperunt petere poterunt aliam legitimam de bonis, quæ remanserunt patri, & sic habebunt alias legitimas vnusquisque eorum de eisdem bonis, & pater priuabitur potestate sibi data à lege disponendi de bonis suis de tertio & quinto bonorum inter filios, cum posset de quinto inter extraneos, quod esset absurdum, & contra intentionem legis, quæ permittit patri disponere de bonis suis, dummodo filius non grauetur legitima sua bonorum, quæ habuit tempore mortis, ut in l. cum quæritum, & in authen. nouissima. C. de inoffic. testamen. cum ergo filij habeant legitimam integram bonorum, quæ pater habuit tempore mortis, & plus de illis bonis, quæ habebat tempore, quo dedit eis prædictas dotes, & donationes propter nuptias, sine dubio videtur quod non possint impugnare iudicium patris, cui liberum datur arbitrium diuidendi hæreditatem inter filios, dummodo non minus portione, quæ debetur eis relinquat, ut in l. parentibus arbitrium, C. de inoffic. testamen. & in l. quotiens, C. famil. hercis. in quo puto sic distinguendum esse. *O el padre en su testamento, ò escriptura de mejora, dixo, que mejoraua à su hijo en el tercio y quinto de sus bienes que tenia y poseya de presente, ò de sus bienes absolute, ò indifinitamente, y en tal caso esta mejora no se estendera à más de los bienes que de presente tiene, ò tuuere al tiēpo, de su muerte, non ex defe&u potestatis, sed voluntatis, porque el mismo se limitò, y no dixo mas en la mejora que hizo, ni se estendio à mas de los bienes q̄ tenia, y estos bienes no se entienden de lo q̄ tenia enagenado y dado en dotes y donaciones, propter nuptias, salua ratione recti sermonis, qui seruandus est, ut in*

SECUNDA PARS.

l. plautius, ff. de auro, & argen. leg. de las quales dichas dotes y donaciones no se puede sacar la mejora de tercio y quinto conforme à la dicha ley de Toro, aunque despues la traygan los hijos à colacion y particion: pero si el padre dixese que mejora al hijo en el tercio y quinto de sus bienes, que de presente tiene, y en todo aquello q̄ puede mejorarle de derecho, por quanto el tiene dadas à sus hijos sus legitimas en vida, y todo aq̄llo q̄ auia de auer de sus bienes, y solamente se quedò cõ el quinto y tercio de sus bienes para disponer dellos como el derecho le da facultad, ò le mejorò en alguna cosa q̄ valia tanto como el tercio de sus bienes, ò como el tercio y quinto, que es todo lo que tenia quando murio, en tal caso, sine dubio crederem, que pudo el padre mejorarle en todo el tercio y quinto de todos los bienes, ansi de los que presente tiene, como de los que tenia al tiempo q̄ dio las dotes y donaciones propter nuptias, à los otros sus hijos, y les dio enteramente sus legitimas de todo lo que tenia, que fue dozientas mil maravedis à cada uno dellos, que montaron ochocientas mil maravedis, que fue la legitima de todos los hijos, porque solo le quedò y restò el tercio y quinto para disponer dello el quinto por su anima, o entre estraños, y el tercio entre sus hijos, por las razones arriba dichas, y porque no ha de ser de peor condicion el padre que dio en su vida à sus hijos sus legitimas, que el que no las dio hasta la muerte; maxime, que en las dotes y donaciones, propter nuptias, se suele decir y poner en la escritura, que lo da para en cuenta de su legitima del hijo, y aunque no se diga, el derecho lo dize y dispone, porque es donacion, ob causam, hecha para este efecto, por lo qual se ha de traer à colacion y particion, como lo dize la ley 29. de Toro, quæ habetur l. 3. titul. 8. libr. 5. Recopil. porque no es mere donacion, sino dado por esta causa tacita, ò expresa, ex quadam necessitate, para en cuenta y pago de su legitima, vt in l. si filia, §. si pater, ff. fam. hercisc. Y lo segundo, porque teniendo los otros hijos recibidas sus legitimas enteramente

mente de todos los bienes que su padre tenia y tuuo hasta el dia de su muerte, no pueden querellarse de inoficioso testamento, vt in allegata lege cum quæritur, C. de inoffi. testa. aunque el padre diese todos los bienes que le quedaron, por via de mejora, à vno de sus hijos, pues lo pudo hazer, lege permittente. Lo tercero, por que por la misma razon que auiendo el padre en vida dado à un estraño el quinto de sus bienes, no puede despues en la muerte disponer de otro quinto entre estraños en perjuizio de sus hijos, vt in l. 28. de Toro l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. por essa misma razon, à cõtrario sensu, auiedo dado el padre à sus hyos en su vida en dote y donacion propter nuptias, lo que les pertenecia, y auian de auer de sus bienes en su legitima, no sera obligado en muerte à darles otra legitima, sino tiene mas bienes adquiridos al tiempo de la muerte, porque seria en perjuizio de los otros hijos, si los tuuiesse, y no los ouiesse dado nada, & hoc puto verissimum, & idem expresse tenet Tello. Fer. in l. 25. Tauri, num. 4. vñ que in finem, & Ant. Go. in l. 29. Tauri, n. 35. licet non ita distinguat, quod puto intelligendum secundum distinctionem supra positam, & idem sentit. Roder. Xuar. in repet. l. 6. tit. 5. lib. 3. fori, quæ loquitur de legitima filiorum, quam legit simul cum repetitione, l. quoniam in prioribus in 6. quæst. in verbo 6. quæritur verũ hæc melioratio, fol. 97. licet aliquam tum dubitauerit super hoc tamẽ dubitatio eius non cadit super quæstione, & casu nostro, sed super alio videlicet, an melioratio facta de tertio & quinto possit extrahi de dotibus, & donationibus propter nuptias factis alijs filijs, super quo ædita est postea, l. 25. de Toro, quæ habetur, l. 9. titul. 6. lib. 5. Recopilat, quæ hoc prohibet, licet ipse tenuerit quod pater hoc possit facere si expresse hoc disposuit in suo testamento quod hodie non procedit attenda dispositione dictæ legis 25. de Toro, quæstio vero nostra procedit in alio casu, videlicet quando filius

filius melioratus in tertio & quinto non vult illud extrahere de dotibus, & donationibus propter nuptias factis, sed vult vt imputentur filij in suam legitimam, id quod receperunt in dotibus, & donationibus ob causam factis, quod est diuersum, ideo non obstat supradictæ conclusioni dicta lex 25. de Toro, quæ loquitur in alio casu, quod est menti tenēdam, quia quotidie contingit, & male intelligitur in practica, quia pauci ad hoc aduertunt.

¶ Hoc tamen intelligendum est, & limitandum, vt procedat in casu, quo loquitur videlicet in dotibus datis, vel donationibus propter nuptias quas filij tenentur conferre, non autem in donationibus simplicibus factis à patre, vel matre, quia istæ non conferuntur. Sed filius, cui talis donatio facta est, habet illud præcipuum tanquam si pater expresse eum meliorasset in eo, vt in l. 26. de Toro, l. 10. tit. 6. lib. 5. Recopi. quæ hoc expresse disponit, si ergo melioratio ei facta est de illa re, nõ habebit filius postea melioratus tertium & quintum totum, sed residuum quod superest deducta prima donatione simplici, vt notat Doctores moderni maxime Cifuen. & Anton. Gom. & in l. 17. & in l. 29. in eisdem legibus, itē dicta conclusio est intelligenda non solum, vt procedat in specie, & casu proposito, sed in alijs similibus videlicet. Si el padre ouiesse dado à sus hyas en dote todo lo que les pertenece de sus legitimas, y à los hyos les ouiesse dado alguna cosa mas de lo que les pertenecia de su legitima, porque la demasia se entienda ser mejorado en ello conforme à la ley 17. de Toro, porque aunque en las dotes este corregida por la prematia de las Cortes de Madrid del año de 34. pero en las donaciones propter nuptias, que se hazen à los hijos varones, no lo està, en tal caso podra el padre disponer de todo el tercio y quinto de todos sus bienes juntado los dotes y donaciones, propte nuptias, y hazienalo todo vn cuerpo, no para sacar la mejora que hiziere de las dotes y dona-

ciones propter nuptias, sino podra disponer entre estraños de su quinto, ó por su anima, y del tercio entre sus hijos, pero tanto menos podra disponer del tercio el padre quanto tuuiere dado de mas de sus legitimas à sus hijos varones, porque aquello se entienda ser mejora hecha primero al otro hijo à quien hizo la donacion, propter nuptias, dandole mas de lo que le cabe de su legitima, y por el contrario, si huuiere se dado à sus hijos en dotes y donaciones propter nuptias, no todo lo que les pertenecia de los bienes del padre, porque no les dio su legitima enteramente de los bienes que entonces tenia, ò porque despues adquirio mas bienes, en tal caso trayendo à colacion lo recebido, y supliendoles de los bienes que dexò el padre al tiempo de su muerte lo que les falta de sus legitimas, haziendolo todo vn cuerpo, de todo ello podra el padre disponer del quinto entre estraños, y del tercio, entre sus hijos y descendientes, conforme à derecho, y no solamente de los bienes que tiene, y le auian quedado quando murio, como no se saque de las dotes y donaciones propter nuptias, como consiste de su voluntad que quiere mejorar en lo que puede à vno de sus hijos, y no diga que mejora en el tercio y quinto de los bienes que tiene, porque entonces no valdra la mejora en mas del tercio y quinto de los bienes que possesya al tiempo de su muerte, y por esta cuenta se han de juzgar, y determinar todos los casos semejantes (vt supra diximus) quod autem in dubio si pater hoc non expressit, sino que mejoraua à su hijo en el tercio de sus bienes, Respondeo, que valdra la mejora de todos los bienes que tenia y auia dado, inspectamente legis fori, tit. 5. lib. 3. l. 9. porque de otra manera no seria mejora de todo el tercio, si el mejorado nollevaſse el tercio mas que todas las legitimas.

QV AESTIO. IIII.

QVINTO quæro. Si el padre hizo alguna donacion simple à alguno de sus hi-

jos de alguna heredad, ò villa, ò otra cosa de sus bienes, que en tal caso es visto mejorarle en ello, siendo donacion simple conforme à la ley 26. de Toro, si en este caso sera visto mejorarle en el quinto, ò en el tercio de sus bienes, si cabia la dicha donacion en el quinto. Respondeo, que se entiende de ser hecha mejoría del tercio, y no del quinto, fauore animæ, porque el quinto se reserua para cumplir el anima del testador, ita tenet expresse Palac. Rub. in repeti. cap. per vestras in §. 22. in 3. col. num. 13. fol. 96. quod est notabile, & maximi effectus, nã si intelligeretur melioratio facta de quinto filius melioratus teneretur de illa melioratione soluere, & implere omnia legata pia & gratuita, & impensam funeris, vt in l. 30. Taur. quod facere nõ tenetur de tertio bonorũ filius in eo melioratus, sed in quantum Palac. Rub. tenuit assignando rationem huius conclusionis quod hoc procedit fauore animæ nihil aliud allegans crederem hoc nõ esset solum fauore animæ, sed alij rationibus, quia si cessaret fauor animæ puta si testator postea totum quintum legasset extraneo idem esset, ac si pro anima reliquisset, quia melioratio primo facta filio censetur facta de tertio bonorum, vel in partem tertij, si non omnem tertiam impleat, & nõ de quinto, ideo dicendum est rationem huius conclusionis eam esse quod testator, vel contrahens in dubio censetur dare, vel legare, id quod minus est, & grauare se, quam minus potest, & id egisse quod quisque prudens, & diligens homo faceret, vt in l. & magis, ff. de solutio. & l. idem Iulianus, §. scio, ff. de leg. 1. & l. numis, ff. de leg. 3. sed si pater donando aliquid filio censetur de quinto id donasse præcluderet sibi facultatem disponendi, vel testandi libere de quinto quod facere potest pro anima, & pro extraneis, nam de tertio solum potest disponere inter liberos, quia est pars legitimæ liberorum quod verisimile non est id egisse, ideo de quinto non censetur meliora

tio facta, sed de tertio, vt per eam non auferatur ei libera facultas testandi, quam habet de quinto propterea dubia dispositio interpretatur, secundum id quod verisimilius est testatorem, vel contrahentem sensisse, & quod rei gerendæ aptius est, vt in l. quoties, idem sermo. ff. de regu. iur. & l. cū in testamento, ff. de reb. dub. & l. plenum, §. equitij, ff. de vsufu. lega. concludo igitur, quod licet nõ vertatur fauor animæ, quia testator non pro anima, nec in pijs causis postea disponat, de quinto tamen semper intelligendū est meliorationem quam primo fecit filio, de tertio eam fecisse si nihil expressit, & non de quinto rationibus supradictis.

Q V A E S T I O. V.

QUINTO quæro. Si el padre mejorò à un hijo en el tercio, y à otro, ò à un extraño, en el quinto, qual se sacara primero del monton, y cuerpo de bienes que dexò el padre el tercio ò el quinto? Quia est magni effectus, nã si primo deduceretur tertium de tota hereditate esset maioris quantitatis, quã si deduceretur post quintũ, & est cõtrario quintũ esset minoris quantitatis si prius deduceretur tertium, vt euidenter apparet recte facta computatione? Respondeo hoc esse planũ, & vsu receptum, que primero se ha de sacar el quinto, y despues el tercio, & ita ser uatur, vt habetur in declarationibus stylli. l. 214. tenet Pala. Rub. in repet. cap. per vestras, §. 22. idem Pala. & ceteri Scribentes in l. 29. & l. 30. de Toro, cuius ratio ea esse potest quam supra diximus in capit. præcedenti, & quod quintum est proprie hereditas patris libera, & de ea potest disponere ad libitum voluntatis, tam pro anima, quam pro extraneis, & si prius deduceretur tertium, & postea quintum grauaretur pater, quia non posset disponere de toto quinto bonorum suorum, vt ei permittitur à lege, quia minus est in quinto si prius deduceretur tertium, quod

quod est contra voluntatem, & dispositionem dictæ legis fori, titul. 5. l. 9. li. 3. fori, id circo primo deducendū est quintum integrum ne pater grauetur, postea vero tertium, quod est legitima omnium filiorum, quia pater tenetur æqualiter relinquere filijs ius legitimam suam, sed de quatuor partibus ex quinque quæ sunt legitima filiorum, potest vnum ex eis meliorare in tertio: ideo primo deducitur quintum tanquam patrimonium liberū patris. Secundo vero loco de residuo deducto quinto quod est legitima filiorum, deducitur tertium ei, qui in eo melioratus sit, quod habere debet de legitima filiorum, quod habet euidentissimam rationem si bene consideretur, nec hoc facit fauor animæ, vt dixit Pala. Rub. vbi supra.

10 ¶ Hoc tamen puto, sic esse intelligendum & limitandum, si pater fecit meliorationem tertiæ partis bonorum suorum vni ex filijs, alteri vero quintæ partis, vel vnum meliorauit in tertio & quinto si vero vni soli filio fecisset meliorationem tertiæ partis hæreditatis suæ, & non disposuit de quinto, quia noluit, vel non potuit, quia intestatus decessit certe hoc casu crederem quod filius melioratus in tertio bonorum habebit tertium omnium bonorum quæ pater habuit tempore mortis cum non concurrat cū quinto, vt prius illud deducatur secundum regulam supra positam, & nihil impedimenti sit filio cur non habeat tertiam partem integram hæreditatis patris, sicut verba contractus sonant, cum ipse capax sit totius tertiæ partis hæreditatis paternæ, cum posset habere tertium & quintum si ei præ legatum esset, & hoc verissimum puto ratione prædicta.

* Item aduertendam est, que si el padre mejorò à vn hijo en el tercio de sus bienes, y no hizo mejora del quinto à el ni à otro, entonces se sacara el tercio para el hijo mejorado de todos los bienes que dexò el padre, sacando primero del monton y cuerpo de bienes hasta do alcançare el

quinto, todos los gastos del entierro y mandas pias y graciosas que se han de sacar del quinto conforme à la ley de Toro, y lo que sobrare del quinto, se partira, pro rata, entre el hijo mejorado en el tercio, y todos los hermanos hijos y herederos del defunto, en esta manera: Pongamos, exēpli gratia (para que mejor se entienda este dubio, porque es muy contingible y mal entendido) que el padre al tiempo que murio tenia quinze mil ducados de hazienda, y auia mejorado à vno de sus hijos en el tercio de sus bienes, y no mejorò à el ni à otro en el quinto, es agora la duda Que lleuara este hijo mejorado en el tercio de los bienes de su padre, y parece, que sacados tres mil ducados que es el quinto, de los doze mil que quedan, lleuara el tercio que son quatro mil, el hijo mejorado en el tercio, y lo demas que sobrare del quinto, sacado de los gastos del entierro, y las mandas pias y graciosas que el padre hizo en su testamento, lo demas se ha de partir entre todos los herederos, at veritas est, que el hijo mejorado sacara primero el tercio deste remanente del quinto, en esta forma, que si el padre gastò y dispuso del quinto mil ducados en gastos de su entierro y mandas pias y graciosas, y sobrandos mil ducados del quinto, que no dispuso dellos, estos se partiran entre el hijo mejorado y los otros herederos, y dellos lleuara el mejorado el tercio, y lo que restare se partira entre el y los demas herederos por yguales partes, y el mejorado entrara en parte como vno de los herederos, despues de sacado el tercio de los dichos dos mil ducados, por razon de la dicha mejora, quod est valde notandum, quia pauci ad hoc aduertunt, porque sacado el quinto de lo que resta, se suele sacar al hijo mejorado en el tercia, la tercia parte, que es de los dichos doze mil ducados, los quatro mil y no mas, aya ò no aya mejora del quinto, y lo que sobra del quinto sacados los gastos del entierro, y las mandas pias y graciosas, lo partē entre todos los herederos quando no ay mejora hecha de quinto, que es error euidente, porque siendo, como es, el remanente del quinto bienes libres y herencia

rencia del padre, porque no quiso mejorar ni disponer del como pudiera entre sus hijos y estraños, ninguna razon ay porque el hijo mejorado en el tercio, no lleue el tercio deste remanente del quinto, como lollen de las quatro partes de cinco, que es legitima de todos los hijos, pues ay la misma razon, y aun mayor, que lleue el tercio deste remanente del quinto, de que no quiso disponer el padre, que de las quatro partes de cinco, que era legitima de todos los hijos, y la ley le da facultad que pueda mejorar en el tercio dello à vno de sus hijos, à fortiori, podra dar y mejorar en el tercio à su hijo deste remanente del quinto, que es patrimonio libre del padre que lo pudiera dar y mandar à vn estraño. Nam absurdū est ei cui quod plus est licet, quod minus est non licere, vt in regula iuris, y el padre en la mejora que hizo à su hijo del tercio, no dixo que le mejoraua en el tercio de sus bienes q̄ restassen sacado el quinto, sino en el tercio de todos sus bienes, y este remanente del quinto son bienes y patrimonio libre del padre, mas que las quatro partes de cinco, que son legitima de todos los hijos, y no patrimonio libre del padre, & ita mihi videtur tenendum in hac quæstione pronunc. *

Q V A E S T I O. VI.

I Extó quæro. Si el testador no tuuiesse hijos ni descendientes legitimos, y uuiessse vn hijo natural, y dos, ò tres hermanos legitimos, y al natural, ò espurio, mandasse el quinto de sus bienes, y à los hermanos instituyessse en toda su herencia, y mandasse, è hiziesse algunas mandas pias y graciosas, las quales mãdò que las pagassen sus hermanos, à quien dexò por herederos, ò no dispuso nada sobre ello, si se sacaran estas mandas y gastos del entierro del quinto que el testador mãdò à su hijo natural, ò del residuo de la herencia que han de llevar los hermanos que dexò por herederos? & videtur dicendum, quod filius naturalis, cui legatū est quintum, teneatur de quinto soluere prædicta legata pia, & expensas fu-

neris, non autem hæredes in residuo hæreditatis, quia hoc est ita decisum per legem 30. de Toro, quæ hoc disponit, vt talia legata pia, & gratiosa, & impensa funeris, deducantur de quinta parte bonorum, etiam si testator aliud iusserit in testamento. Pero no obstante la dicha ley de Toro, se deue tener lo contrario en este caso, y que los herederos del difunto pagaran del residuo de la herencia todas las mandas pias y graciosas y gastos del entierro, y no el hijo natural del quinto, porque la ley de Toro y su decision habla, y se ha de entender quando el testador tiene hijos y descendientes legitimos, en cuyo perjuizio y de sus legítimas no puede disponer el padre por su anima, ni en otra cosa en mas del quinto, cõforme à la ley del fuero, tit. de las mandas, l. 9. lib. 3. fori. Porq̄ en tal caso, aunq̄ dispusiesse q̄ se pagasse del residuo de la herencia, y no del quinto, no lo puede hazer, porq̄ es legitima de los otros hijos, aunq̄ mejorasse à vn hijo, è del tercio no puede mãdar q̄ de allí se paguè las mandas pias y graciosas por la misma razon, porque aquella mejora de tercio se hizo de la legitima de los otros hijos: pero en este caso cessa la dicha razon, porque no ay hijos ni descendientes à quiẽ se deua legitima, y el hijo natural es capaz de todos los bienes y herencia del padre, vt in l. fin. C. de natu. liber. vbi notant Doctores, & in l. i. in prin. vbi glo. in verbo, naturales, ff. de bonorum poss. contra tabul. & in l. 10. Taur. ideò potuit de qua parte velit deducere legata & impensa funeris, quia nihil interest quod talia legata & expensa funeris deducantur de quinto, vel de residuo hæreditatis, & regulariter tenentur hæredes legata soluere, & cetera debita hæreditaria pro hæreditarijs portionibus, vt in l. pro hæreditarijs, C. de hæredita. actio. y assi en este caso pagaran las dichas mandas y gastos del entierro los herederos pro rata de lo que heredò cada vno, quando testator hoc iussit, quia su per hoc potuit libere disponer & hoc etiam sentire videtur Tello. Fern. in l. 3. de Toro in simili quæst. numer. 20.

Pero

Pero en quanto à las deudas sera obligado este legatario, à quien fue hecha la mãda del quinto, de pagar su parte, pro rata, de lo que le cupiere por razon del dicho quinto, nisi testator contrarium iusserit, vt in l. si quis seruum, §. fin. cum lege sequenti, & l. cum autem pars bonorum, ff. de leg. 2. & l. 21. de Toro, & in l. 5. tit. 6. lib. 5. recop. y lo mismo sera de los legados in specie, como si el testador mandò casa, ò viña, ò cauallo, porque aquellos derogar al legado general del quinto de los bienes, porque se ha de sacar primero la especie que fue legada ò mandada por el testador, y de lo residuo llevara el quinto de los bienes: Pero de los otros legados de cantidad no contribuyra, ni se sacara del legado del quinto, ita notabiliter tenet Bar. in allegata, l. si quis seruum §. fin. & l. cum autem, pars bonorum, ff. de leg. 2. què sequitur ibi Pau. & cõmuniter omnes & in l. qui quadringenta, & l. Marcellus, in prin. ff. ad Trebellia.

QVÆSTIO VII.

15 **S**Eptimo quæro eodem casu retento, si el padre tenia hyos, y tambien tenia vn hijo natural, el qual en vida del padre le pidio alimentos, y por sententia executoria fue condenado à que diesse y pagasse al hijo natural ciento en cada vn año, por todos los dias q̄ viuiesse, y mejorò à otro hijo legitimo en el tercio y quinto de sus bienes, ò mãdò el quinto à vn extraño por su anima. Es la duda, si de este quinto se sacaran estos alimentos del hijo natural ò del monton y cuerpo de bienes que quedaron por legitima de los otros hijos, & videtur quod non debeat exire de quinto, sed de tota hæreditate & pro rata tantum de ipso quinto vt in superiore quæstione diximus, nam cū sit debitum hæreditarium certum est, quod omnes hæredes tenentur ad illud, & debet deduci de omni hæreditate tanquam æs alienum, & de residuo habebit legatarius quintam partem, vt in dicta l. cum autem bonorum pars, ff. de

legat. 2. & l. subsignatum, ff. de verbo. signi. & dicta l. 21. de Toro, l. 5. tit. 6. libro 5. Recop. sed in contrarium facit, quod si de tota hæreditate deducerentur alimenta ista debita filio naturali tanquam æs alienum propter sententias & excutoriam contra patrem datam sequeretur, quod filij legitimi tenerentur de sua legitima illa alimentadebita soluere filio naturali cum pater in quinto meliorauerit alium filium vel extraneum quod esse non debet, nam alimenta debita filijs naturalibus vel spurijs debent deduci de quinto, de quo poterat disponere pater pro anima sua, vt in l. 9. & 10. Tauri, l. 7. & 8. tit. 8. l. 5. Recop. Respondeo. Que el mejorado en el quinto sera obligado à pagar todos estos alimentos que se han dado en vida del padre, y despues de muerto sedieren al hijo natural, y no se han de pagar ni sacar del residuo de la hazienda y herencia, porque sacado el quinto, es todo lo demas legitima de los hyos legitimos que no son obligados de sus legitimas à los dichos alimentos, & hoc colligitur & probatur ex dicta l. Tauri, en aquellas palabras donde dize, no pueda mãdarle mas de la quinta parte de sus bienes de la que podria disponer por su anima, & hoc etiã sentit. ibi. Ant. Go. in dicta l. 10. num. 41. & ita fuit iudicatum in hoc regali Gran. prætorio in quadam ardua causa, de doña Maria de Aguilar, con dõ Diego de Aguilar su hermano natural, vezinos de Ecija, & quidem iuste iudicio meo, quia sententia lata contrapatrem executoriaque non mutant causam debiti in specto initio, vt in l. 3. §. scio, ff. de minori. quia & si censeatur esse æs alienum tamen causa fuit alimentorum debitorum filio naturali, vel spurio, qui alimentari debet de quinto, & nõ de legitima filiorum legitimorum, vt in dict. l. 10. Tauri, ideò non est curandum quod sit æs alienum, vt deducatur de omni hæreditate, sed quod causa condemnationis fuit talis quod de quinto exire debuit.

* Sed nunc incidenter quæro, de aliq

alia notabili quæstione, *vn padre que tenia hijos legitimos y naturales, tenia vna hija natural, mandole quinientos ducados en su testamento, para que se casasse, los quales cabian en el quinto de sus bienes, muero el padre, dende à pocos dias murio la hija sin casarse, agora los hijos y herederos del padre piden à la madre desta hija natural que tenia recibidos estos quinientos ducados para el casamiento de su hija, diciendo, que à ellos les pertenece como à herederos de su padre, pues no se cumplio la causa, condicion, ò modo para que se los mandò su padre, que fue para q se casasse, ex cõtrario dicebatur ex parte matris, que ella era legitima heredera de su hija, à la qual no le fueron mandados los dichos quinientos ducados debaxo de condicion ni modo alguno, sino puramente, por lo qual le pertenecieron à su hija, y à ella como su madre y legitima heredera, & videtur quod dictũ legatũ nõ debeat matri, sed hæredibus patris, nã legatũ relictum sub conditione vel modo, conditione vel modo nõ impleto nõ debetur, etiam si nomine dotis relictum fuerit, vt in l. Titio centum, §. si. vers. sed cum ante nuptias, ff. de condi. & demonstra. vbi notant Doctores & in l. i. C. de his quæ sub modo lega. vel fideicom. relinquin. nam paria sunt, legatum sub conditione datum conditione deficiente non deberi, & legatum sub modo factum, non deberi modo non impleto, vt in dict. l. i. C. de his, quæ sub modo lega. & lex quibus diebus, §. fin. de condi. & demonstra. ff. Item, quia causa legati cessante, quæ fuit matrimonium, cessare debet effectus, tex. in l. dedi, & per totum titulum, ff. de condit. ob cau. Itẽ, quia si testator legat ad vnã causam non potest conuerti in aliam, vt in d. l. quibus diebus, §. fin. de condi. & demonstra. ideo dicta pecunia conuerti non potest in aliam causam, nisi ad maritandam filiam, quod esse non potest cum defuncta sit, in contrarium allegatur, quod testator pure legauit filia non sub conditione, vel modo, vt*

apparet ex verbis testamenti, nõ enim dixit, vt se maritaret, vel nupserit, sed ad se maritandam, quæ verba sonant quandam ad monitionem, vel designationem, non conditionem vel modũ, ideo legatũ debetur, quia purum est, & pro hac parte videtur tex. expressus in l. 2. §. fin. cum ibi notatis, ff. de donatio. videtur etiam text. expressus in l. Titio centum in princip. & in §. Titio genero, versic. sed cum ante nuptias, ff. de condi. & demonstratio. y assi parece que se deue tener y juzgar, que la madre desta hija natural lleuara este legado, como heredera legitima de su hija, y no los hijos y herederos del padre, & ita tenet in proprijs terminis Albericus in l. i. C. de his, quæ sub modo lega. & dicit ita fuisse iudicatum, & ita tenuit se in quadam publica disputatione quendam Doctorem antiquum, quod confirmatur hodie per legem huius Regni: porque el padre bien puede mandar à su hija natural hasta el quinto de sus bienes, aunque tenga hijos legitimos: y lo que ouiere del quinto puede disponer dello libremente en su vida, ò al tiempo de su muerte, como quisiere, vt habetur in l. 9. Tauri. Item, porque el padre deuia alimentos à esta hija natural, para lo qual parece que le fue mandada la dicha dote, y teniendo accion para pedirlos en su vida la hija como deuda deuida, à fortiori, potest ea retinere ope exceptionis, ipsa vel hæres eius, vt in regula iuris, cui damus actionem, cum ibi notatis, est tamen aduertendum, que aunque sea verdadera esta determinacion de Alberico in dict. l. i. C. de his, quæ sub modo lega. en quanto dize que esta conclusion arriba dicha, y este legado, prædicto modo factũ, ideo pertinet ad hæres filia, quia purũ est, non sub modo relictum, quod fit per verbum, vt: pero q se fuera hecho, sub modo, velut si testator diceret centum libras lego filia meã, vt ex eis maritetur, vel nubat, quod mortua filia antea quam nubat, non habebit ipsa, vel hæres eius prædicta centum, vel ducenta legata in quo errat

rat manifeste, porque quando el modo puesto por el testador, rescipit solum commodum legatarij, non tenetur legatarius implere modum, & modo non impleto habebit legatum, text. est expressus, qui hoc ita statuit in l. Titio centum, in principio, ff. de condi. & demonstratio. cum ergo hoc legatum respiciat solum commodum filiae, vt ex eo nubere possit non tenetur praecise modum implere, sed etiam modo non impleto habebit legatum ipsa, vel haeredes eius, ex quibus infertur, que si la hija no quisiessse casarse, sino viuir honestamente, y mantenerse del dicho legado, o rreditos del, lo podra hazer, y llevara la dicha manda y legado que le fue dado por su padre, cum non teneatur praedictum modum implere, vt supra diximus. *

Q V A E S T I O VIII.

O Crauo quæro, si el padre mejorò en vida à vno de sus hyos en el quinto de sus bienes por contrato irrevocable, y despues en su testamento mejorò à otro hyo en otro quinto, si valdra la mejora en ambos quintos, & videtur quod non, quia non potest pater plusquam in vno quinto in vita, vel in morte disponere, vt in l. 28. de Toro, quæ habetur l. 12. tit. 6. lib. 5. Recopilat. Pero sin embargo de la dicha ley parece que se deve tener lo contrario, in casu praemisso, porque como ambos quintos sean hechos en fauor de los hyos, y el testador pudiera disponer en mas, que es en el tercio y en el quinto, y ambos quintos no llegan à la cantidad que la ley le permite al padre que pueda disponer de sus bienes en perjuizio de la legitima de sus hyos, es cosa clara que puede manàar ambos los dichos quintos à sus hyos, y lo mismo seria si mandò el vn quinto à su hijo, y el otro à su muger, ò à vn extraño, porque lo puede hazer, lege permittente, porque si pudo dar el tercio à vno de sus hyos quando le dio y mejorò en el quinto, à fortiori, le pudo mejorar en el quinto, que es menos, nã in maiori summa inest minor, vt in l.

1. §. si stipulanti, ff. de verbor. obligat. cum concordant. Y ansi en el tercio que le permitio la ley hazer la mejora entre sus hyos, se encierra y entra el quinto, porque no es necessario que el padre que haze la mejora entre sus hyos, disponga entre ellos de todo el tercio que puede, sino que sea de alli abaxo en el quarto, ò quinto, ò sexto, que es la mitad del tercio, y como sea entre sus hyos, ò descendientes, se entiende que es à cuenta del tercio que la ley le permite, y no es visto perjudicarse en el quinto para su anima, ò para estranos, vt supra diximus in quaestione antecedenti, sino que podra despues disponer de su quinto como quisiere, ò à estranos, ò à otro hyo: y la ley veynte y ocho de Toro que le prohibe, que no pueda disponer de dos quintos, vno en vida, y otro en muerte, ha lugar, y se entiende entre estranos: pero entre hyos bien puede disponer de dos quintos, pues puede lo mas, que es tercio y quinto. Et hoc verum puto, & ita sentit Tello Fernan. in dict. l. 28. in 1. colum. nume. 1. & Cifentes in l. 18. de Toro prope finem.

Q V A E S T I O IX.

NONO quæro, & est dubium subtile, & necessarium. Supuesto que el padre pudo mejorar en dos quintos à sus hyos, de qual de estos dos quintos se sacan las mandas pias, y graciosas, y gastos del entierro, que manda la ley treynia de Toro, quæ est l. 13. tit. 6. lib. 5. Recopil. que dispone que se saquen del quinto, aunque el testador mande lo contrario, certe si secundum quintum pater legasset vxori, vel extraneo, res expedita esset, quod de quinto legato extraneo deducerentur dicta legata pia, & impensa funeris, ex dispositione legis 30. de Toro, quæ in hoc casu loquitur, & ita debet intelligi, sed quando vtrunque legatum quintæ partis factum fuit filijs, hic est dubium, cui eorum incumbat onus praedictæ legis 30. Tauri, vt ex eo deducantur legata pia, & impensa funeris, in qua quidem quaestione

stione videtur dicendum, quod vtrisque filiis, quibus quinta pars bonorum legata est, & donata inter vivos incubat onus soluendi legata pia, & funeris impensam, cum vtrique aptentur verba legis quæ iubet prædicta deduci de quinto, vt in l. Plautius, ff. de auro & argento legat. & l. in ambiguo, ff. de rebus dub. & l. non aliter, ff. de legat. 3. & l. re coniuncti, eod. tit. l. fundus ille, ff. de contrahend. emptione, ego vero in specie proposita contrariam sententiam teneo, *y que el hijo mejorado en el segundo quinto, será obligado à cumplir las dichas mandas pias y gastos del entierro, y se sacará del quinto, y no de la mejora del quinto que se hizo primero al otro hijo por contrato entre vivos.*

¶ *Lo primero, porque supuesto (como está dicho) que la primera mejora que el padre hizo à su hijo fue por contrato entre vivos irrevocable, porque le entregó en la possession, ó la escritura, ó fue por causa onerosa, segun la ley diez y siete de Toro, no puede despues reuocalla, ni disminuir la dicha donacion, y mejora, en todo ni en parte. Quia perfecta donatio conditiones postea non cap. l. perfecta donatio, C. de donatio. quæ submo. l. sicut ab initio, C. de actio. & obliga.*

¶ *Lo segundo, porque la donacion, y mejora primera hecha al hijo del quinto de los bienes del padre, se entiende que fue à cuenta del tercio: y por el derecho que le podia mejorar à su hijo en el tercio, pues fue hecha la mejora à hijo, aunque fue en menos que el tercio, (vt supra diximus,) in præcedenti quæstione, quia non interest quibus verbis fiat prædicta melioratio de tertio, vel quarto, vel quinto. Sed solum si fiat filiis, vel descendentibus, & infra tertiam bonorum, de qua potest pater disponere inter liberos, & cum sit infra tertiam partem bonorum, & inter liberos super ea nõ cadit grauamen legatorum, nec impensa funeris, cum sit legitima filiorum melioratio vni ex eis facta infra tertiam partem bonorum patris, quod verum*

puto, nisi de voluntate patris constaret, quod prima melioratio quinti voluit esse de quinto, quod potuit pro anima disponere, veluti si ita expressit in prima melioratione quinti, vel alias constaret de eius voluntate, tunc enim de prima melioratione quinti facta filio: prædicta legata, & impensa funeris deducerentur nõ de secunda, quia id pater facere potuit, vt supra diximus, & constat de eius voluntate. Ad vnum tamen est aduertendum, quod non solum omnia legata pia, & impensa funeris in specie proposita debent deduci de secunda melioratione facta alij filio intestamento de quinta parte omnium bonorum, quæ reliquit pater tempore mortis, sed etiam legata gratuita extraneis facta, cū istud quintum vltimum, de quo pater disposuit in testamento suo sit propria, & libera hæreditas patris, de quo potest libere disponere inter extraneos, vel quoscunque, vt in allegata l. 9. tit. 5. libr. 3. fori, & si quis dixerit, quare magis prima melioratio quinti intelligitur facta esse de tertio vsque ad concurrentem quantitatem, quam secunda melioratio de alio quinto facta alij filio saltem vsque ad implementum tertij. Respondeo, quod non est eadem ratio in vno quam in alio casu, nam in primo casu ex qualitate personarum, ac rerum intelligitur facta melioratio in partem tertiam, & non de quinto, & ex præsumpta voluntate contrahentium, quia nimis grauaretur pater si de quinto censeretur facta, cū auferatur ei facultas testandi, & alijs rationibus supra assignatis. In secunda vero melioratione quinti, hoc cessat cum transferit de vno quinto ad aliud quintum, nec duæ meliorationes de quinto esse possunt. Ideò de quinto intelligenda est necessario secunda melioratio: secundò, quia facta est secunda melioratio de quinto in testamento, nec potuit aliud tempus expectare ad disponendum de quinto, cum sit vltima voluntas, in qua de eo testatur tanquam

de

de suo patrimonio libero, faciens legata pia, & gratuita extraneis, ideò nec in totum, nec in parte potuit ista secunda melioratio facta de quinto iudicari de tertio vsque ad complementum tertij, quia potest coniectura capi, quod testator noluit in tantum grauari legitimam filiorum, vt de toto tertio disponat inter eos, auferendo illud cæteris filijs, sed contentus fuit disponere de quinto, & de parte tertij, de qua prius disposuerat, quod cessat in secunda melioratione facta de alio quinto.

19 ¶ Sed quid si pater iussit, vt prædicta legata, & impensa funeris deducantur de prima melioratione facta filio inter viuos de quinta parte bonorum, dic adhuc idem, quod supradiximus seruandum esse, vt de prima melioratione quintæ partis non deducantur, sed de secunda, cum prima melioratio non censeatur facta de quinto, sed de parte tertij, si sit irreuocabilis, vt superius dictum est, & secundum quintum, de quo pater disposuit in testamento censeatur reseruatum, vt de eo pater disponere possit pro anima, & inter extraneos maxime cum per legem 30. Tauri statutum sit, quod de quinto hæc omnia deducantur, etiam si pater aliud iusserit, & hoc vltimum sit proprie quintum, & hæreditas libera paterna de quo prædicta lex sentit, quod intelligendum est, nisi à principio dictæ primæ meliorationis pater iussit, quod de primo quinto deducatur legata pia, & cætera, quia hoc potuit facere, non autem post perfectam donationem irreuocabilem, vt supra diximus.

Q V A E S T I O X.

20 **D**ECIMO quæritur. Si el padre mejorò à un hijo en el tercio de sus bienes en su testamento, y no dispuso del quinto, y mandò que este mejorado en el tercio, cumplierse todas las mandas de su testamento, y gastos del entierro, del ter-

cio en que le mejora, si será obligado à cumplir lo del tercio este hijo mejorado, ò si se sacará del quinto, videtur enim, quod hæc omnia de quinto deduci debeant non de tertio, etiam si pater aliud iusserit in testamento, vt in dict. l. 30. Tauri, quia tertium est legitima filiorum & solum inter eos pater disponere potest. Respondeo, que el tal hijo mejorado en el tercio, será obligado à cumplir y pagar del todas las mandas pias y graciosas, y gastos del entierro, si le grauo en ello el padre hasta la cantidad que monta el quinto de todos los bienes del padre, sino dispuso de otro quinto en su testamento, porque aquel quinto de que no dispuso, se lo dexò y acrecio en la legitima de los hijos. y bien pudo grauar al otro hijo à quien le mandò el tercio, que cumplierse del las dichas mandas, y cargas anexas al quinto, pues le pudo quitar y consumir en el testamento la parte que del quisiesse, hasta la cantidad del quinto, por su anima, ò entre estranos, y lo restate en sus decediéres: porque lo que passare del quinto en las dichas mandas, se entienda ser del tercio, y ansi no valdra la dicha demasia si fueron las mandas hechas à estranos, ò por su anima, en lo que exceden del quinto: pero hasta el quinto bien valen, porque no importa mas que el testador tome desta mejora del tercio lo que monta el quinto para disponer por su anima, ò entre estranos, que lo tome de lo que queda de su herencia, pues dexò à los hyos otro quinto de que no quiso disponer, y se les acrecio en su legitima. Itaque non est curandum quibus verbis utatur testator in ista dispositione cum sit intentio legis ne filij grauentur in legitima, si ergo hoc modo non grauantur, igitur, & cæt. & hoc videtur satis clarum, & rationi consonum, & menti legis, & pro hac parte facit textus notabilis in ratione sua, in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legatis 2. & in l. si ita scriptum, ff. de liber. & posthum. & hoc etiam tenet Tell. Fernand. in dict. l. 30. Taur. nu. 2. & in l. 28. colum. 1. & ita debet intelligi, & limitari prædicta lex, vt procedat

21

dat quando pater disposuit de tertio, & quinto, vel solum de quinto, vel nihil disposuit de tertio, vel de quinto, tunc enim de quinto debet deduci predicta legata, & impensa funeris, etiam si contrarium disposuerit testator, quia residuum est legitima filiorum, quia in ea grauentur si aliud fieret, sed si solum disposuit de tertio inter liberos, & iusserit, quod de eo deducantur predicta valet eius dispositio, usque ad quantitatem quintae partis totius hereditatis, quod est bene notandum.

Q V A E S T I O XI.

22 V N D E C I M O quæro. *Si el padre meJORò al hyo mayor en el tercio, y al hyo segundo en el quinto, y hizo otros legados que caben en el quinto, aunque se saquen del quinto los gastos del entierro, à los quales, y à otros hyos que tenia, instituyó en el remanente de sus bienes: y mandò que el hyo mayor mejorado en el tercio, diese la mitad del tercio para hazer los gastos del entierro, y no el hyo segundo, de la mejora del quinto, si será obligado este hyo mayor mejorado en el tercio, de hazer los gastos del entierro hasta la cantidad de la mitad del tercio, ò se sacaran del quinto los dichos gastos.* Certe videtur res esse sine dubio, cum per legem 30. Tauri hoc sit expresse cautum, quod impensae funeris deducantur de quinto, etiam si testator aliud iusserit in testamento suo, sed nihilominus in specie proposita crederem contrarium esse verius, hac ratione certum est, quod lex fori, quae disponit, quod pater habens filios non possit ultra quintum pro anima sua, vel inter extraneos disponere, & reliquum patrimonij sui teneatur relinquere filiis suis pro legitima sua, excepto quod possit de reliquo meliorare vnum, vel plures ex filiis suis in tertia parte bonorum deducta quinta quam potest extraneo relinquere: facta est in fauorem filiorum ne pater possit extraneis donare, vel legare vl-

tra quintam parte bonorum, sed inter liberos bene permittit ultra quintum disponere de tertia parte bonorum meliorando vnum, vel plures in tertio, cum ergo in predicta specie testator non consumpsit ultra quintum inter extraneos, nec in legatis pijs, sed meliorauit filium in quinto quare non permittetur ei, quod possit grauari filium maiorem melioratum in tertio, vt faciat funeris impensam dummodo non excedat dimidiam tertiae partis in qua eum meliorauit, vel quod dimidiam eiusdem tertiae partis det filio secundo cui praelegatum est quintum, vt ex ea fiat impensa funeris, cum per hoc non grauentur filij in legitima sua cum dimidia tertij non faciat quintum, & si quis dixerit, quod imo grauantur filij in legitima cum melioratio tertij sit pars legitime ipsorum, de qua non potest fieri funeris impensa, sed solum debet exire de quinto, vt in dict. l. Tauri. Respondeo, quod in hoc non grauantur filij si bene inspiciatur haec dispositio patris, quid enim interest si pater dicat quod grauat filium suum maiorem, quod restituat vel det alteri filio suo dimidium tertij, quod ei praelegauerat cum possit imponere filio meliorato in tertio, quodcunque grauamen, & substitutiones quas voluerit, dum tamen hoc faciat inter filios, & descendentes suos, vt in l. 17. de Toro, vel iubeat quod ipse filius maior melioratus in tertio faciat predictam impensam funeris, usque ad dimidiam tertiae partis suae meliorationis, & quod filius secundus melioratus in quinto, id non teneatur facere, vel expendere de quinto suae meliorationis, cum vtrunque cedat incommodum filij meliorati in quinto, & liberatur ab obligatione faciendi impensam funeris, quam facere tenebatur de quinto, certe nulla ratio est maior in vno quam alio casu, nisi velimus imponere legem verbis, & non in effectu, cum ergo certum sit, quod pater possit grauare filium cui praelegauit tertia partem bono-

bonorum vt dimidium eius det, vel restituat alteri fratri suo non erit dubitandum quod possit grauare prædictum filium maiorem cui tertium prælegauit, vt dimidiam partem restituat fratri suo cui quintum prælegauerit, vt ex ea faciat impensam funeris, dum modo dicta impensa funeris & cætera legata pia vel gratuita non excedant quintum, cum per hoc non grauentur filij, sed abstulerit à filio maiore melioratio in tertio prælegatum ei factum & transtulerit in filium melioratum in quinto, vt de eo fiat prædicta impensa funeris, vel faciat ipse dictam impensam funeris de quinto, & tantundem habeat de tertio filio maiori prælegato, cum possit eum grauare, vt partem tertij restituat fratri meliorato in quinto, nam ipse idem potuit meliorare in toto tertio vel dimidia eius, & ita puto intelligendâ & limitandam prædictâ legem 30. de Toro ex mente eius, vt procedat quando filij grauentur in legitima, si pater iussit postquam legauit quintum cuidam extraneo, quod de tertio fiat impensa funeris vel legata pia soluantur, vel si meliorauit filium in quinto bonorum, & ipsum totum consumpsit in legatis, & postea iussit quod filius melioratus in tertio alij filio restituat partem eiusdem tertij, vt ex eo fiat funeris impensa, vel quid simile, nam hoc modo grauentur filij ultra quintum quod est contra dictam legem, quod verum puto, & idem tenere videtur Tello Fernan. in dicta l. 30. & l. 28. de Toro supra allegata in simili quæstione.

ne

24

DVODEGIMO quæro, quæ sunt expensas y gastos del enterramiento que se ha de sacar del quinto? Vt sciamus quas impensas, facere teneatur melioratus in quinto, quæ quidem quæstio utilis & necessaria est ad euidentiâ prædictorum,

ubi de impensa funeris tractauimus.

¶ Et primo videamus. *Si el mejorado en el quinto sera obligado à pagar los lutos que se dan y ponen la muger e hijos y herederos del defunto*, in quo Cifuen. in d. l. 30. de Toro viatim nõ penso iudicio videri meotenuit, quod de quinto debent deduci vestes lugubres, & pro eo facit quod no. Paul. & Alex. in l. fin. §. in computatione, C. de iure delibe. & DD. in l. 1. §. de impensa, ff. ad legem falci. quod quidquid impenditur ante quam corpus sepeliatur ad ductionem corporis, sine quo non potest testator funerari saluo honore suo secundum qualitatem suâ dicitur impensa funeris, & idem tenet glo. quam sequitur ibi Angel. & Imola in l. si ex re, §. fin. in glo. fin. ff. de stipul. seruorum, cum ergo defunctus nõ potuerit sepeliri sine dictis vestibus quas debent portare filij sui, & sine eis non possunt ducere corpus eius saluo honore suo videtur quod sint impensa funeris, & de quinto debeant deduci, quod verum non puto. Primo quia id iure non probatur. Secundo per legem, at si quis, §. funeris causa, ff. de religi. & sump. fu. vbi Iurisconsultus refert ea quæ dicantur impensæ funeris, quæ sunt multa & inter ea nõ meminit de dicta veste lugubri. Tertio quia prædicta l. 30. Tauri facit in contrarium, nã cū ibi numerentur quæ debent deduci de quinto tanquã impensa funeris videlicet, *la cera y Missas, y no menta los lutos*, potest coniectura, c. quod prædicta lex de is nõ senserit, cū sit maior expensa, quæ comuniter fit in his vestibus quã in rebus nominatis in dicta lege, nã quæ speciale nota digna sunt nisi exprimatur neglecta videtur, vt in l. apud Labeonem, §. ait prætor, ff. de iniur. Quarto quia si dictæ vestes deduci deberent, de quinto multum restringeretur libera potestas, quæ datur patri à lege, vt disponat de quinta parte bonorum pro anima vel inter extraneos, si dictæ vestes lu-

SECUNDA PARS.

gubres deduci debeant de quinto ma-
xime, si patrimonium eius sit tam te-
nue quod in dictis vestibus consume-
retur totum quintum, fraudaretur
enim hoc modo in quinta parte sui
patrimonij de qua potest libere dispo-
nere pro anima & inter extraneos, cum
has vestes debeant portare filij sui, &
communiter remanet apud eos post
funus impletum, ergo de tertio pos-
set etiam inter eos disponere non so-
lum de quinto, & sic esset contra di-
ctam legem fori, quę permittit patri
disponere de quinta parte bonorum
pro anima vel in extraneos. Quinto
hoc probatur alia ratione prædict. l.
3. Tauri emanavit ad tollendum du-
bium quod erat de iure communi, vi-
delicet quod funeris impensa deduce-
batur de hereditate tanquam æs alie-
num, & prius deducebatur quam æs
alienum, ut in l. fin. §. in computatio-
ne, C. de iure delibe. & in l. r. §. pe-
nul. ff. ad legem falcidiam, & l. penult.
ff. de religio. & sumpt. fun. idcirco de-
ducebatur de omni hereditate tan-
quam æs alienum, lex prædicta hoc
cogitavit considerans, quod sicut lega-
ta pro pro anima facta deducuntur de
quinto, ita deducatur id quod pro se-
peliendo corpore patris expenditur,
quia pius est, nec voluit filios in hoc
gravari infra legitimam, cum conuer-
tatur in utilitatem corporis patris, &
non filiorum prædicta impensa, sed in
vestibus lugubribus diversum est,
quia hæ vestes in utilitatem filiorum
cedunt, & apud filios remanent, licet
eorum ducatur corpus defuncti. Ideo
isopiari cessante quinto quod pater
potest, si nec extraneos disponere eas
vestes in quibus, quę in utilitate filiorum
venerunt, in utilitate patris contingeret quod di-
ctis vestibus & familiarum dis-
cretis vestibus nihil remaneret de quinto,
ut pro alio expendatur quod esset
absurdum & contra mentem prædictarum
legum, pro lo qual sed de re repenlo contra ra-
tio, y que el mejor ad en el quinto no sea
obligado a sacar del quinto los vestes, sino

que los hijos, o herederos, nueros, o yernos,
o herederos que los quisieren traer o dar
a sus criados, los saquen a su costa, quod
etiam sentit Tello Fer. in dict. l. 30. de
Toro, licet non firmiter asseueret, sed
relinquat cogitandum, ego tamen ve-
rum & iudicium puto ex decisione
tex. in l. at si quis, §. hæc actio. ff. de
relig. cuius verba sunt, hæc actio quę
funeria dicitur ex bono, & æquo ori-
tur, continet autem funeris causa tan-
tum impensam, non etiam ceterorum
sumptuum, æquum autem accipitur ex
dignitate, &c. ad glo. in dict. l. fin. ex re
§. fin. ff. de stipula. servorum potest res-
ponderi ex lege at si quis, §. funeris cau-
sa, ff. de religio. & sumpt. fu. quod impen-
sa funeris dicitur illa quę necessaria
est ad humationem corporis, sine qua
funus duci non potest, & hunc sum-
ptum admittit Iuriconsultus, non au-
tem vestes lugubres, quia licet de con-
suetudine deferantur, non tamen sunt
necessarię ad humationem corporis,
sed magis ad pompam & honorem hæ-
redum. Secundo respondetur quod
licet admittamus, quod prædicta ve-
stes lugubres sint funeris impensa, hoc
erat ad alium effectum videlicet, ut tan-
quam æs alienum deducatur de heredi-
tate & hæredes teneantur solvere,
& præferatur ceteris creditoribus,
ut iura volunt. non autem ut dedu-
cantur de quinto, quia illud non erat
cognitum de iure communi, & lex
Tauri, quę hoc statuit id non dixit.
*También dize, y gastos del en-
terro se saquen del quinto, &c. Entien-
dese de los gastos necesarios del enter-
ramiento, ut intelligit Iuriconsul-
tus in dict. l. at si quis, §. funeris causa,
cuius verba sunt, funeris causa sumptus
factus videtur is demum, qui ideo
facit ut funus ducatur, sine quo
funus duci non possit, ecce ergo
quod dicta lex loquitur taxative
is demum, &c. ergo non nisi
præter ibi expressum dicitur im-
pensa funeris, qua ratione prædicta
lex 30. Taur. addidit, la cera y Missas
quia*

quia hoc non erat declaratum de iure communi, & quoad ceteros sumptus locuta est generaliter per hoc verbum, y gastos del enterramiento, quæ reliquit in dispositione iuris communis, quod verissimum puto.

15 ¶ De lo qual se sigue otra conclusion que depende desta, arriba dicha, que aunque lo que se gasta en curar el cuerpo del difunto antes que muera, sea tenido por gasto del enterramiento, y tenga el mismo privilegio, quod habet funeris impensa, vt tenet Bald. in l. in restituenda, C. de peti. hære. & Alex. in l. fin. §. in computatione, C. de iure deliber. Esto sera para que se prefiera esta deuda à todos los otros acreedores, pero no para que sea realmente funeris impensa, vt tenet glo. in l. legatum, C. de religi. & sumpt. fu. ni se aya de sacar del quinto, como lo sintio Cifuentes in dicta l. 30. de Toro, lo qual no es verdadero, porque aquello que se gastò en curar el cuerpo antes que muera, ya lo tenia gastado el defunto quando murio, y caso que no estuiesse pagado y se deua aquella deuda, se ha de cobrar de los herederos del difunto, per actionem negotiorum gestorum, vt tenet glo. in dict. l. legatum, C. de religi. y no del quinto, porque bien pudo el padre gastar todo lo que quiesse en curarse, y esto consume su patrimonio y la legitima de los hijos, pues no lo enagenò por causa lucratua, vt in l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoff. testa. vbi notant Doctores, & in l. fin. §. in computatione, C. de iure delibe. de lo qual se sigue que no se ha de sacar de su quinto, del qual puede disponer libremente entre estranos. Lo segundo, porque aunque sea este gasto funeris impensa (que no lo es) solamente sera para efecto de preferirse à todos los otros acreedores, pero no para que saque del quinto, porque la ley 30. de Toro que manda sacar del quinto los gastos del entierro, en quanto à esto no lo dixo ni difuso, ni menos lo dixerón las leyes de derecho comun, que declaran particularmente que son los gastos necesarios del enterramiento, quod dicitur funeris impen-

sa, por los quales se da la accion funeraria con sus privilegios.

16 ¶ Secundo videamus, que sea propriamente funeris impensa, que se aya de sacar del quinto, supuesto que los lutos no lo son, ni se ayan de sacar del quinto, como dicha es. Respondeo, que seran gastos del entierro la cera y Missas que se dicen en el dia del enterramiento, como lo dispone la ley de Toro, y lo que se gasta en llevar el cuerpo y enterrarle, y por la sepultura, y otras cosas anexas à ello y necessarias para el entierro, sine quibus funus dici non potest, vt in dict. lege at si quis, §. funeris causa, & l. funeris impensa, ff. de religi. & sumpt. fu. con esta limitacion, que si en la sepultura y entierro se hizieron algunos gastos excessiuos, que aquellos se aya de moderar arbitro iudicis, segun la qualidad de las personas, y de la hacienda que dexa el difunto, vt in l. at si quis, §. hæc actio, ff. de relig. ibi, vbi neque plus imputetur sumptus nomine, quam factum est si immodicæ factum est, debet enim haberi ratio facultatû eius in quem factum est & ipsius rei, quæ sine causa consumitur, hoc idem tenet Tello Fern. qui late loquitur in dicta l. 30. de Toro, quem videatis in hoc articulo, quia bene loquitur.

Q V A E S T I O XIII.

17 **D**Ecimo tertio principaliter quæro, si lo que el padre da à su hijo para ordenarse à titulo de su patrimonio, si lo llevara præcipuo como mejorado en ello, ò si lo traera à collacion con los otros sus hermanos quando en el titulo de donacion no se dize. In hac questione Ioanes Faber in l. si emancipati, C. de collatib. tenet quod non tenetur cõferre, & idem tenuit in §. si instit. de inoff. testam. Aym. in cõf. 136. vbi inquit filiû nõ teneri hoc cõferre, nec imputare, sed præcipiû habebit tãquam simplicè donationem Dominus vero Episcopus Couarru. tenet cõtrariû in cap. Raynaldus de testam. in §. 20.

num. 7. hac ratione motus quod est donatio ob causam sicut donatio propter nuptias, quæ fit ad matrimonium carnale, & idem tenet Auenda. de exequen. mandat. respons. 17. sed Anton. Gom. & Tello Fernan. in l. 29. de Toro, tenent cum Fabro, quod talis donatio non conferatur, quia est simplex & non ob causam matrimonij spiritualis, idcirco quod pater ad eam faciendam non potest de iure compelli, sicut in dote & donatione propter nuptias, ad motiua domini Episcop. & Auendañ. Respondet Tello in dicta lege 29. de Toro, num. 16. prope finem, quod licet sit verum quod donatio propter nuptias confertur, & ad similitudinem eius videbatur conferenda donatio facta filio ad ordines suscipiendos hoc intelligendum est quando vere est donatio propter nuptias cum poterat compelli pater ad eam faciendam, & conuertitur ad securitatem dotis, sicut olim fiebat, sed donatio quæ fit hodie filio, vt in matrimonium eat non dicitur propter nuptias, sed ob causam matrimonij, idcirco dicit esse simplicem donationem & non esse conferendam, & similiter non esse conferendam donationem factam filio ad ordines suscipiendos, quia est donatio ob causam matrimonij spiritualis hæc ex illo in dicta l. 29. in fin. & in l. 17. numer. 78. cum sequentibus. Sed certe hæc opinio quam tenet Tello Fernan. contra dominum Episcopum & Auenda. vera non videtur & fragili ratione motus id tenuit, inquit enim quod donatio, quæ fit ob causam matrimonij non est vere donatio propter nuptias, de qua loquitur textus in authent. dos data, C. de donatio. ante nuptias, cum similibus, & quod ideo reuocare possit si non est facta cum tertio ob causam matrimonij, & in hoc benedicit, quia lex. 17. de Toro, hoc ita statuit quod sit reuocabilis si non fiat talis donatio ob causam matrimonij cum aliquo tertio

contrahendo, sed quod non fit donatio propter nuptias, sed simplex donatio, in hoc male loquitur, sequeretur enim quod filius non teneretur conferre hanc donationem factam ob causam matrimonij, quæ per legem Tauri 29. vocatur donatio propter nuptias, & per Doctores, Hispanos, cum donatio propter nuptias de qua iura antiqua loquebantur, iam non sit in usu, vt tenet Faber post glós. in authent. æqualitas, & in authent. sed quæ nihil, C. de pact. conuen. & Pau. de Castren. in l. mulier, §. cum proponeretur, numer. 3. ff. ad Trebellian. & in authent. dos data, C. de donatio. ante nuptias, & hodie communiter dicatur donatio propter nuptias quam pater facit filio suo in causam matrimonij, vt tenet Sigura in l. vnum ex famil. §. sed etsi fundum, ff. de lega. 2. fol. 25. columna 4. & Verengarius in l. in quartam, ff. ad legem falcid. tertio articul. numer. 30. & idem tenet Loazes in l. filius familias, §. diui. ff. delegat. 1. numer. 85. cum sequenti. & Cifuentes in l. 17. de Toro, numer. 5. idem tenet dominus Episcop. in capit. Rainaldus, §. 2. numer. 7. de testam. donationem propter nuptias appellat hanc Ay mo. contil. 85. numer. 1. & 2. idem Decius consi. 239. num. 3. versu. vltimus, & euidenter confunditur Tello Fernan. in opinione sua, quia loquitur contra legem 29. de Toro, quæ iubet conferri donationem propter nuptias, nã secundum eum intelligenda esset de donatione propter nuptias vera quæ fiebat olim pro securitate dotis, de qua loquitur text. in authent. dos data, & l. cum multe, C. de donatio. ante nup. quod ridiculum videtur, nam cum talis donatio non sit in usu, vt asserit Bal. vbi supra, & ipse Tello asseuerat in l. 17. de Toro, num. 5. & num. 78. non est credendum quod dict. l. 29. de Toro, quæ loquitur de donatione propter nuptias conferenda loquatur de illa, quæ non est in usu, sed de donatione facta filio ob causam

fam matrimonij maxime quod dicitur l. 29. de Toro à parte loquitur de donatione ob causa matrimonij facta, quia dicit de donatione facta filio ab illo de cuius successione agitur non de donatione propter nuptias de iure communi quam filius non recipiebat, sed uxori dabatur, ad securitatem dotis, ergo si de hac loquitur quæ æquiparatur doti & est conferenda sicut dos, & hodie dicitur donatio propter nuptias talis donatio facta filio ob causam matrimonij bene locutus est dominus Episcopus & Auendan. quod donatio facta filio ob causam ad ordines suscipiendos conferatur, & non sit donatio simplex, quod ipse Tello fatetur si esset donatio propter nuptias donatio ob causam matrimonij, cum ergo hoc verum sit (vt diximus) probari per dictam legem 29. de Toro, & secundum communem usum loquendi quod donatio facta filio ob causam matrimonij dicatur hodie donatio propter nuptias sine dubio comparabitur ei donatio à patre facta filio ad ordines suscipiendos, & conferetur vel imputabitur sicut ipsa donatio facta ob causam matrimonij, licet de iure communi posset dubitari de hoc propter authoritatem Doctores quos ipse Tello Fer. allegat in dicta l. 17. & 29. de Toro tenere quod donatio facta filio ob causam matrimonij non sit proprie donatio propter nuptias, sed cū hodie secūdū cōmuē usum loquendi, qui præualet omni significationi verborū, vt tenet glo. quam sequuntur communiter omnes in l. liberorum, §. quod tamen Casius, ff. delegat. 3. & secundum dispositionem dictæ legis 29. de Toro sit donatio propter nuptias donatio facta ob causam matrimonij, & veniat conferenda sicut dos idem erit dicendum, & in ista donatione facta filio ad ordines suscipiendos.

¶ Præterea hæc opinio Domi. Episcop. & Auenda. contra Tello Fernan. & sequaces fundatur in alio

verbo posito in dicta l. 29. de Toro, ibi. *Sean obligados à traer à colacion la dote y donaciones propter nuptias, y las otras donaciones que ouieren recebido, &c.* En ergo prædicta l. iubet conferri non solum donationem propter nuptias, sed etiam alias donationes à parentibus factas, quod omnes Scribentes ibi & Tello fatentur quod prædicta lex loquitur & intelligi debent prædicta verba de donationibus ob causam factis non de simplici donatione ne contradicat legi. 26. quæ contrarium disponit, si ergo prædicta lex iubet conferri omnes donationes ob causam à parentibus factas necessario sequitur quod donatio facta à patre ob causam matrimonij carnalis vel spiritualis, quæ est illa quæ fit à patre ad ordines suscipiendos sit conferenda, & sic illa disputatio & inuestigatio an prædicta leg. 29. in illo verbo, *y la donacion*, propter nuptias loquatur de donatione propter nuptias de qua iura antiqua loquuntur, vel de donatione ob causam matrimonij quæ hodie communiter, vocatur propter nuptias manis est, cum in verbis sequentibus generaliter prædicta lex loquatur, & comprehendat omnes donationes ob causam factas, & iubeat eas conferri quod verbum tollit omnem ambiguitatem.

¶ Præterea, & si legem expressam non haberemus quæ dictam quæstionem & dubium decideret in dicta l. 29. de Toro prædicta opinio Domi. Episcopus, & Auenda, quod donatio facta filio ad ordines suscipiendos sit conferenda fundatur alia euentissima ratione certum est quod dos & donatio propter nuptias, ideo conferenda sunt quod pater non præsumitur id fecisse animo donandi, sed ex quadam necessitate vt filij dotentur & habeant, vnde se exhibeant & alimententur, & opera matrimonij subeant. Sed donatio

38 natio ob causam matrimonij carnalis
 vel spiritualis ad ordines suscipiendos
 ad id expresse datur vt filius habeat
 congruum patrimonium, vt ex eo pos-
 sit alimentari ne Episcopus, qui eum
 ordinauit teneatur eum alere iuxta
 dispositionem canonum, quæ habe-
 tur in capitulo diaconi sunt quos, 93.
 distinc. si ergo datur expresse ob cau-
 sam alimentorum, sicut dos, & dona-
 tio propter nuptias, quare non confe-
 retur sicut & ipsa dos, & donatio
 propter nuptias? Certe nulla ratio di-
 uersitatis dari potest in vno casuquam
 in alio, ideo idem ius esse debet in
 vtroque, vt in l. Titia, ff. de verb. obli-
 gat. cum concordan. igitur conclu-
 dendum est, *que la donacion hecha al hi-
 jo para ordenarse por su padre o madre, se
 ha de traer a colacion y particion, como la
 dote y donacion, propter nuptias, ora
 sea propter nuptias, ora sea ob causam ma-
 trimony, que es lo mesmo en quanto a ef-
 te efecto*, & ita proculdubio tenen-
 dum esse existimo rationibus præ-
 dictis, imo & ipse idem Tello Fern.
 videtur confiteri quod largo modo
 fit donatio propter nuptias donatio fa-
 cta à patre ob causam matrimonij in
 l. 22. numer. 26. Tauri, licet addat ibi
 alium errorem, quod lex 25. Tauri
 quæ disponit, vt non detrahantur de
 26 dotibus & donationibus propter nu-
 ptias, quæ veniunt conferendæ me-
 lioratio tertij & quinti alteri filio
 facta intelligatur & loquatur de do-
 nationibus propter nuptias pro-
 prie loquendo de iure commu-
 ni, de qua loquitur authen. dos da-
 ta, & totus titulus de donationibus
 ante nuptias & non de donationi-
 bus factis filijs ob causam matrimo-
 nij, quod verum non puto rationi-
 bus supradiçtis, nec est credendum
 quod dicta lex 25. loquatur de do-
 nationibus propter nuptias, quæ
 non erant in vsu illo tempore quo di-
 cta lex condita fuit.

¶ Solum restat respondere dif-
 ficultati, & rationi quæ mouit An-

ton. Gom. ad tenendam dictam opi-
 nionem in l. 29. de Toro, quod ea quæ
 pater dedit filio ad suscipiendos ordi-
 nes non conferantur, nam licet Tello
 Fern. dicat in dict. l. 29. quod obiter
 tenuit Anton. Gom. dictam opinio-
 nem nihil allegans certe rationem,
 quæ eum mouit de iure ad id tenen-
 dum & iura in quibus fundauit ibi alle-
 gauit ad quas ipse Tello non respon-
 det, ideo illis respondere & satisfacere
 necesse est, & est præmittendum
 quod ratio in qua Anton. Gom. fun-
 dauit opinionem suam ad id tenen-
 dum est, quod donatio facta filio ad
 ordines suscipiendos reputatur pecu-
 27 lium quasi castrense, nam quando pa-
 ter donat aliquid filio eunti ad ca-
 stra, vel ad bellum reputatur pecu-
 lium castrense, vt in l. si filius fami-
 lias, C. famil. herciscun. & in l. i. S.
 nec castrense, ff. de colla. bonorum,
 sic reputandum est illud quod pa-
 ter dedit filio ad ordines suscipien-
 dos, quod sit peculium castrense cæ-
 lestis militiæ, vt in l. sacrosanctæ, &
 quæ ibi notant Doctores, C. de Epif-
 cop. & cler. hæc fuit intentio & allega-
 tio Antonij Gom. in dict. l. 29. de To-
 ro, sed certe nihilominus videtur mi-
 hi tenenda opinio contraria quam su-
 pra diximus & Domi. Episcop. &
 Auendan. in locis supra citatis quo-
 niam & si comparatio militis armatæ
 militiæ ad militem cælestis militiæ
 rectè procedat, non tamen omne quod
 28 pater dedit filio militi eunti ad cas-
 tra erit peculium castrense, sed solum
 id quod immobilibus ei dedit ad
 comparandum equum & arma, &
 similia necessaria ad bellum, quæ ca-
 strenses peculij esse possunt, non
 tamen si ei donauit fundum vel domum
 vel quid simile, quia tunc non reputa-
 bitur castrense peculium, tex. est nota-
 bilis vbi notant Doctores in l. filius fa-
 29 milias, C. famil. hercisc. sic in proposi-
 to si pater comparauit filio, vel de-
 dit ei libros, vel vestes clericales,
 vel aliquid mobile necessarium ad
 exerci-

exercitium ordinis clericalis vel spiritualis, quod recipiunt Episcopus, & notarius, & ceteri officiales, qui eum ordinarunt, id reputabitur peculium castrense, sed si ei dedit fundum, vel domum, vel aliquid simile, ut inde patrimonium proprium haberet, & se alimētare nō erit peculium castrense, sed cōferetur, & imputabitur in legitima, nam sicut filia non potest regulariter nubere si dotem non habeat, ut inde se alat, ita filius, qui vult ordines sacros recipere non potest sine dote, de qua se alere possit illos recipere, ut supradiximus, & regula sic communiter recepta quod omne, quod pater dedit filiis ob aliquam causam sit conferendum, vel imputandum in legitima sua, ut tradit notabiliter Bald. in simili quaestione in authen. si captiu. in fin. C. de Episcop. & cleri. quem sequuntur cōmuniter Doctores ibi, & in l. omnino do, §. imputari, C. de inofficioso testamento, idcirco indubitanter procedit praedicta opinio domin. Couarruu. & Auendañ. reiecta opinione Gomez. & Telli Fernan. de quibus supra.

* Item quaero. Si el padre ò madre hizo algunos gastos con su hijo que tenia en el estudio de Salamanca, ò de otra parte, si sera el hijo obligado à traerlos à colacion y particion, & quia haec quaestio est late disputata per Doctores iuris communis, & ex nostris Gome. in l. 29. Taur. Matien. in l. 3. tit. 7. lib. 5. Reco. idcirco breuiter me expediam in qua pono regulam quam posuit I. C. in l. quae pater, ff. fa. hercisc. que no es obligado el hijo à traer à colacion y particion los dichos gastos, regulariter, con las declaraciones y limitaciones que se diran adelante, y con las que pone el mismo texto in d. l. quae pater, cuius verba sunt, quae pater filio emancipato studiorū causa per agente subministrabit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatum, sed pietate ductus, in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computa-

ri aequitas non patitur. & aunque el texto habla in filio emancipato, lo mismo y con mayor razon sera in filio in potestate, y el Jurisconsulto puso exemplo in filio emancipato, porque el caso era de mayor duda, porque el emancipado haze suyo, y puede retener lo que le da el padre, lo qual no puede retener ni hazer suyo el hijo que está in potestate patris, ut in l. placet, ff. de acquir. haeredi. cum concordant. porque luego que recibio los dichos bienes de su padre, se torna el señorio dellos à readquirir al padre, in cuius potestate est filius, y por esto, consultissime posuit Jurisconsultus exemplum in filio emancipato: porque la colacion fue introducida en favor de los hijos que son in potestate patris, porque despues que se admitieron los hijos emancipados à heredar à los padres juntamente con los hijos suyos q̄ estan in potestate patris, prouidit pretor, & iura nouissima, que pues el hijo in potestate, no podia adquirir ni retener cosa alguna de lo que le ouiesse dado su padre, ò otras personas, secundum iura antiqua, que el hijo emancipado que venia à heredar à su padre, truxesse à colacion y particion, lo que le ouiesse dado su padre, ne melioris conditionis esset filius emancipatus quam filius in potestate, si praedicta bona emancipatus retinere posset, nec ad collationem trahe-re teneretur, haec est ratio praedicti text. cur sic loquutus est in filio emancipato, quae etiā sumitur ex text. in l. 1. & per totum, ff. de collat. bonorum vbi hoc not. Doctores, & in l. vt liberis, C. de collat. & Bar. Bal. Floria. Alber. Fulg. & alij in dict. l. quae pater resoluit Anton. Gom. in l. 29. Taur. num. 16. vbi dicit hanc esse communem opinionem, quae cōfirmata est iure regio per legem 5. titul. 15. par. 6. la qual decision se entiende y limita, saluo si el padre ò madre al tiempo que dieron los dichos alimentos y gastos al hijo que estava en el estudio, protestaron que no se los dauan libre y graciosamente, sino con animo de contar selos en su legitima, porque entonces bien se los pueden contar en la