

mariti precium verum quod nunc va-
lebant, vel precium exactum quod ro-
cessit ex venditione earum.

109 Quanto tempore praescribatur iuri
agendi ad diuidendum rem commu-
nem actione familiae hercis. vel com-
muni diuidunt.

110 Socius qui rem communem possidet
communi nomine nullo tempore pres-
cribit.

111 Quando coheredes possiderunt pro
diuiso aliquas res integras heredita-
ris decem annis praesumitur facta di-
uisio.

112 Quod etiam procedit si inter istas res
pro diuiso possessas nulla sit aequalitas,
vel proportio earum.

113 Limitatur conclusio, quod si heredes
pro diuiso res integrales possiderunt
longo tempore praesumitur facta diui-
sio, quod hoc non procedat si coheres
voluerit contrarium probare quod nul-
la diuisio facta fuerit.



M I S I S tractatu, & que
stionibus, quæ circa
partitiones bonorum
communium inter vi-
rum & vxorem occur-

rere solent, nunc videndum est, quo
modo fiat diuisio bonorum inter fi-
lios hæredes mariti vel vxoris, patre
vel matre eorum defunctis, nam post
diuisionem factam cum vno ex con-
iugibus superstite, alio prædefuncto
de bonis communibus, postea diuidi
solent bona, quæ remanserunt com-
munia filijs hæredibus soluta parte,
quæ cõpetit matri vel eius hæredibus
in quibus multa dubia occurrere so-
lent, idcirco de his quæ frequentius
accidunt tractare necesse est, vt Iuris-
consulti responso vtamur in l. nam ad
ea, ff. de legi. & primo quæritur quo-
modo fiat diuisio inter filios cohære-
des patris, vel matris defunctæ. Res-
pondeo, que se ha de guardar la forma
que el padre ò la madre dio en su testamē-
to, como no le agrauie en su legitima, vt
in l. parentibus arbitrium, C. de inoffi-

cioso testamen. & l. quotiens, C. fam.
herci. Pero sino mandò ni dio la forma y
orden como se auia de partir, se partira
entre todos y igualmente, vt in l. inter fi-
lios, C. fami. hercis. & in l. vt liberis,
C. de collatio. & in l. i. ff. de suis, & le-
gi. hæred. & in l. lege. C. de legi. here.
& diximus latius in principio huius
tractatus in cap. i. cum sequenti.

Q V A E S T I O. II.

S Ecundo quæritur in hac parte.
Si vno de los hijos en vida de su pa-
dre, y con el dinero de su padre tra-
tò en algunas mercadcrias en España, ò
en Flandes, ò Indias, y ganò mucho con e-
llos, vt frequenter accidit, que con do-
zientos ò trezientos ducados vino à ga-
nar tres ò quatro mil ducados, los herma-
nos quieren que todos se partan entre to-
dos los hermanos, porque todo se ganò con
el auer del padre, y se reputa peculio pro-
fectitio, que se ha de partir entre todos
los herederos del padre, vt in l. certum,
C. fami. hercis. tenet expresse glos. in
l. cum oportet in princip. C. de bonis
quælib. in glo. magna in princip. quæ
communiter sequuntur ibi Docto-
res, & in l. illud, C. de collatio. Respõ-
deo, q̄ quanto al dinero q̄ le dio el padre pa-
ra que tratasse, cosa llana es q̄ se ha par-
tir entre todos los herederos: pero en quã-
ts à las ganancias que se ouieren hecho
con el dinero del padre, si es cierto que se
hizieron con el dinero sin la industria y
trabajo del hijo, en tal caso se han de diui-
dir entre los herederos como peculio y bie-
nes del padre, como si ouiesse dado aque-
llos bienes à cambio, ò à perdida y ganan-
cia de compañía, ò otro contrato semejan-
te, pero si fuesse cierto que se ganaron con
el trabajo è industria del hyo, y no con los
dineros del padre, en tal caso seran las ga-
nancias proprias del hijo, y no de los cohe-
rederos del padre: pero en caso de duda
sacado el dinero que dio el padre para los
hcrederos, todas las ganancias se partiran
la mitad para el hijo por la industria y tra-
bajo de su persona, y la otra mitad para
sus

5 sus herederos del padre, sicut fit in societate quando vnus ex socijs ponit pecuniam, alter industriam, & diligentiam, vt tenet glo. in l. i. C. pro socio, hanc distinctionem tenuit Bart. in l. illud, C. de collatio, & in l. i. §. nec castrense in 2. col. C. de collat. bonor. & in l. cum oporteat, C. de bonis quælibe. cuius opinio licet nonnulli contrariū teneant, imo quod totum sit peculium profectitiū, & diuidatur inter hæredes, verior & magis communis est opin. glo. & eam sequitur Fulgo. & Paul. ibi & Angel. in consi. 85. incipienti pater habens plures filios in fi. col. Ang. Pau. in l. cū oporteat in princip. C. de bonis quælibe. & Ludo. Roma. in consi. 469. incipienti, quoad primum propositæ conclusionis articulum, & Abbas in consi. 36. in 2. vol. & Iaf. in dicta l. illud, C. de colla. in 4. col. num. 6. sed licet hæc opinio, & distinctio Bart. de iure communi vera, & communis sit, hodie tamen absolute, & sine aliqua distinctione, dispone la ley del fuero, lib. 3. l. 7. tit. de las labores y particiones, que todo lo que el hijo ganare con el auer del padre ò de la madre, estando en su poder antes que se cassasse, es proprio del padre ò de la madre, y despues de los dias dellos se ha de partir entre los hermonos y igualmente, sed prædicta l. potest etiam intelligi secundū prædictam distinctionem quæ videtur æquissima.

QVÆSTIO. III.

Tertio quero. Si vno de los hijos, que era el mayor, y los otros muy pequeños, que no podían trabajar en vida del padre, administrò toda la hazienda y possessions del padre, y la acrecentò mucho con la industria y trabajo de su persona. Muerto el padre, los hermanos quieren partir la hazienda y igualmente, el mayor dice, que se le pague ante todas cosas vn salario moderado del tiẽ
6 po que administrò la hazienda, como lo llevara vn mayordomo que la tuuiera à cargo, supuesto que el padre era tan viejo

que no lo entendia ni podia administrarla. Istan quæstionem tangit Fulgo. in l. illud, C. de collatio. & tenuit quod tale salarium debeat habere filius, sed Iaf. ibi in col. 5. num. 7. tenet contrarium, imo quod filius nihil habere debeat ex opera sua motus certis rationibus ibi per eum adductis, quid autem tenendum sit in hoc casu crederem has duas opiniones posse concordari hoc modo, que si el hyo con su diligencia ò industria acrecentò la hazienda del padre, ò de la madre, sin poner en ello trabajo alguno de su persona, que en tal caso sea verdadera la opinion de Iaf. supra relata, que no pueda pedir ni llevar salario ni otra mejoría alguna por esso, de los bienes del padre ò de la madre, quod verissimum puto, maxime hodie atrenta dispositione prædictæ legis fori lib. 3. tit. 4. l. 7. pero si el hijo acrecentò la hazienda con su trabajo proprio corporal de sus manos cauando y arando, y labrando las viñas y heredades, de tal manera, que mediante su trabajo se acrescentaron mucho los frutos, en tal caso sera verdadera la opinion de Fulgo, y que al hijo se lo aya de pagar y llevar alguna cosa mas que los otros hermanos por su trabajo, quod tenet expresse Pau. de Castro in l. cum oportet in princip. C. de bonis quælib. quod verum puto, & habet summam æquitatem, & fundatur in textu illius legis cum oportet in prin. ibi, vel ex laboribus suis, vbi reputatur aduentitium quicquid filius lucratur ex laboribus suis, quod est bene notandum, quia quotidie contingit, & dubitatur de tali quæstione.

QVÆSTIO. IIII.

Quarto queritur. Si vno de los hermanos estava ausente, y los otros quieren fazer particion entre si de los bienes de su padre ò madre, y le embiaron à requerir que viniessse aceptando, ò repudiando la herencia, à hallarse presente à hazer la dicha particion y cuentas: este hermano, ò her-
mana

mana porque tenia lleuado mucho en dote ò donacion propter nuptias, de los bienes de su padre ò madre, no aceptò expressamente la herencia, pero dio poder à su marido, ò à vn procurador, para que en su nombre pudiesse aceptar la dicha herencia, y hazer la particion, y recibirla parte que le viniessse della, como se suele hazer comunmente. El marido ò procurador presentò el poder en el processo para mostrar se parte, pero no aceptò expressamente la herencia mas de asistir à ella, y visto q̄ no le venia nada, porque auia recebido mas que los otros en la dote que auia lleuado, renuncia la herencia, los hermanos dicen que no puede renunciarla, porque ya la aceptò al principio, al tiempo que dio poder para aceptar la herencia, y hazer la particion, y que ha de boluer lo que tiene lleuado mas en la dote, que los otros sus hermanos, pues no puede ser mejorada la hija tacita ni expressamente, vt habetur in l. regia, de Madrid, del año de 1537. cap. 101. & hæreditas nõ potest adiri per procuratorem, nam eo ipso quod quis dedit mandatum ad adeundam hæreditatem videtur adire, cum additio hæreditatis solo consensu cõtrahitur, & in animo consistit, vt habetur in l. Paulus per procuratorem, & in l. gerit, ff. de acquir. hæredi. Respondeo, que podrá este hermano, ò hermana, ausente, renunciar la herencia, y q̄ no es visto aceptarla por auer dado poder à vn procurador para que la pudiesse aceptar y hazer la particion si el procurador no la aceptò ni quiso lleuar parte de la herencia, & prædictæ legi. Paulus de acquir. hæredit. respondetur, quod illa procedit quando quis simpliciter mandauit procuratori suo, vt adiret talem hæreditatem, nam statim quod voluit adire, & mandatum dedit procuratori ad adeundum videtur adire. Pero en nuestro caso es diferente, porque no mandò à su procurador que aceptasse la herencia, sino que le dio poder y facultad para que pudiesse aceptarla, el qual no usò de la dicha facultad ni aceptò visto q̄ no le conuenia aceptarla, y ansi non est

proprie mandatum acceptandi, sed quædam facultas, vel potestas quæ datur procuratori, vt adire possit hæreditatem, si sibi videbitur, hæc distinctio probatur, & sumitur ex lege si quis alicui, ff. de acquir. hæred. quæ est singularis in proposito iuncta d. l. Paulus per procuratorem eiusdem tituli.

QV AESTIO V.

QVinto quæritur. Si los arbitros contadores nombrados por las partes, para hazer la particion entre los hijos y coherederos del defunto podran adjudicar una cosa à uno de los herederos, y otra cosa à otro en el precio, que fueron apreciadas libremente à voluntad de los contadores, porque en esto podrian agrauar mucho à las partes ò gratificar à quien quisiesse, dando y adjudicando à uno una cosa que fuesse de mucho valor, y estuuiesse apreciada en poca, ò por el contrario, adjudicando à uno de los herederos algunas cosas que no fuesse de mucho valor ni preuecho, y estuuiesse muy cargadas en el precio. Respondeo, que el juez ordinario es cosa llana que puede hazer las dichas adjudicaciones à uno enteramente, ò en parte, y cõdenarle q̄ de la mitad de la estimacion al otro coheredero, quando aquella cosa no recibe comoda diuision, vt in l. ad officium, C. communi diuidundo, & in §. si familiæ herciscundæ instit. de offic. iudicis, & in l. ante pe. ff. fam. her. Pero en estos contadores es mayor la duda si lo pueden hazer, & videtur quod hoc non possunt facere, quia isti calculatores, seu rationatores nullã iurisdictione habet ad pronũtiadũ, sed rationem reddere debet iudici, vt ipse pronuntiet, vt est casus expressus vbi not. DD. in l. instar, C. de iure fisci, lib. 10. vbi not. Bart. & Platea, & cæteri Scribentes sed cõtrariũ tenedũ est, en estos cõtadores partidores, imo, que pueden hazer las adjudicaciones de los bienes de la herencia que no reciben comoda diuision, à los herederos, como à ellos les pareciere que mas conuiene, porque por la

comisión que les dan las partes en el nombramiento que hazen, y el juez que les comete la dicha particion, es visto darles comisión para todo ello, y cometerles aque-
llas cuentas y particion para que puedan hazer las mismas adjudicaciones de los bienes que el juez pudiera hazer, ita declarat Alexan. in additio ad Bar. in d. l. instar. C. de iure fis. numero 12. numer. 17. & hoc probatur ex textu in l. si qua, C. famil. hercis. & in l. penul. ff. de confes. & ad hoc notat eum Pau. ibi & est textus magis expressus in l. Meuius, §. 1. ff. fami. hercis. & in l. in iudicio fami. hercis. ff. fami. hercis. ibi, & cum adiudicaciones ab arbitro fiant si vni adiudicetur totus fundus oportet cauere, vt quæ ex his actionibus recepta fuerint reddantur. *Transi-
se concluye, que estos contadares partidores à quien se comete por el juez que hazen la particion entre los herederos, tienen juridicion para pronunciar sobre ello lo que les pareciere que se deve hazer, y hazer las adjudicaciones de los bienes hereditarios conforme à lo que cada vno de los herederos ha de auer, mandando entregar à cada vno dellos en los bienes de la herencia, cada cosa en su precio, vt probantiura superius allegata, & ita seruatur quotidie, licet verum sit, que si estos contadares agrauiaßen à alguna de las partes, de la manera que està arriba apuntado, dando lo mejor y menos cargado à vno de los herederos, y lo peor y mas cargado à otro, que podrian apelar y pedir ante el juez ordinario que se deshiziesse el agrauio, y se reduxesse à aluedrio de buen varon, vt supra diximus in capitulo particulari, quod de his arbitris fecimus in prima parte huius tractatus, & probatur optime in l. maioribus, C. communia vtriusque, iudi. in fine, ibi, & quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabitur.*

QVAESTIO. VI.

¶ Sexto quæritur. Si en esta diuisiõ

que hizieron los arbitros contadores despues de hechay acabada dixere alguna de las partes, despues de auer pasado algũ tiempo, que estaua agrauiado en ella, porque la viña ò heredad que se le adjudicò, es poco fruto, y no valia tanto como le fue cargada, si podra venir contra ello, y pedir que los otros coherederos le desagruien, y se deshaga la dicha particion en este articulo, & videtur quod audiendus sit, vt probat text. notab. in lege maioribus, C. communia vtri. iudi. cuius verba sunt, maioribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam factis sine indice diuisionibus solet subueniri, quia in bonæ fidei iudicis, & quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabitur, en ergo textum notabilem qui bene probat istam conclusionem, vt prædictũ graua-
uamen reformetur post diuisionem factam si perperam factum est non solum per dolum, vel fraudem, & licet glo. ibi & communiter Scribentes teneant, quod dicta lex locum habeat, quando quis grauatur in diuisione vltra dimidiam iusti pretij, non alias, ego tamen verius esse puto quod, & si lesio non sit vltra dimidiam habeat locum dispositio illius legis si læsio sit immodica, quod colligitur à parte ex illo textu, qui nihil de læsione vltra dimidiam iusti pretij dixit, sed solũ si perperam facta est diuisio, etiam citra dolum & fraudem, quod probatur ibi, vel perperam factis, & quidem videtur diuinitio dicere, quod ille textus loquitur in casu quo læsio sit vltra dimidiam, cum in eo nullum verbum de hoc sit, secundo quia si loqueretur de remedio vltra dimidiam daret electionem cohæredi, vt patiatur reformari diuisionem, vel solueret iustum pretium, sicut statutum est in l. 2. C. de rescinden. vendio. sed nec de hoc vllum verbum est in illo textu, sed absolute disponit, quod diuisio reformetur & reducatur ad æqualitatem, vt probatur in textu ibi, & quod in-
æqua-

æqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur, & licet Bal. ibi senserit, quod in casu illius legis libellus debet concludere dando electionem reo ut si velit suppleat iustum pretium, vel faciat rescissionem diuisionis hoc etiam est diuinationo, quia textus hoc non dixit, & contrarium tenent Petrus & Cinus ibi aperte concludentes, non audiri tunc reum conuentum qui in pecunia supplere, vel satisfacere velit, sed præcise teneri in rebus ipsis diuisis, quod iterum fiat diuisio, & hoc etiam tenet Alberic. & Fulgo. ibi & Faber.

¶ Tertio fundatur hæc conclusio euidentissima ratione, nam qui vendit animum, & consensum habet vendendi, & alienandi rem suam, idcirco contrauenire non potest nisi ultra dimidiam iusti pretij grauetur, sed qui diuisionem facit, non habet animum vendendi rem suam, sed diuidendi, & æqualem portionem pro iure suo in eisdem bonis consequi, ita declarant prædicti Doctores Cinus & Petrus & Faber in dicta l. maioribus, rationem reddentes quare non habeat locum ibi supplere iustum pretium, sed quod reus præcise teneatur ad rescissionem, & reformationem dictæ diuisionis perperam factæ, & sic euidenter sentiunt remedium illius legis nõ esse idem quod est in l. 2. C. de rescind. vend. y ansi teneo pro constanti, quod etsi non interueniat læsio ultra dimidiam iusti pretij in casu illius legis, sino que no aya agrauio notable en la dicha particion, quod relinquitur arbitrio iudicis, que se ha de deshazer el agrauio, quia perperam facta est, ut probat ille text. in dicta l. maioribus in fin. ibi & quod in æqualiter gestum esse constiterit in melius reformabitur, hoc maxime si aliquid perperam factum in ea inuenitur.

(?)

14 **S** Eptimo quaeritur. Si en la particion no huuo agrauio muy notable, sino en poca cantidad, si se podra venir contra la particion hecha y consentida para que se deshaga el dicho agrauio, el error de cuetas se puede pedir q se deshaga, aora sea en mucha, aora en poca quãtidad, nisi super eo transactum sit vel iudicatum, ut in l. 1. & quæ ibi notant DD. C. de erro. cal. Pero sino fuesse error de cuenta, sino otro agrauio ò error semejante, idem puto, que se ha de deshazer en qualquier cantidad que sea poca ò mucha, exempli gratia. Pongamos que los partidores sacassen la mitad de vna viña ò heredad que se comprò durãte el matrimonio por bienes mejorados para la muger juntamente con la dote que truxo, despues no se hallò bienes de que sacar su capital al marido que truxo al matrimonio, en tal caso aunque la particion este consentida por las partes, y no sea el agrauio mucho, se ha de deshazer este yerro, quia est perperam facta diuisio ut in d. l. maioribus, C. communia vtriusque iudi. porque no se auia de sacar lamitad de la dicha viña por bienes mejorados hasta que se sacassen los capitales que truxeron ambos al matrimonio. O pongamos que los contadores sacassen de todo el cuerpo de bienes el quinto para el mejorado en el, y de lo restante sacassen las deudas que se deuian por el defunto, y las cargassen à los herederos, esto no es error de cuenta, sino error en el modo de como deue hazerse la particion y agrauio contra los herederos. O pongamos que al legatario ò mejorado en el quinto, le cargassen todas las deudas que deuia el testador, aunque fuesen pocas, en este caso se ha de reformar y deshazer este agrauio, aunque no aya engaño ultra dimidiam, quia perperam factum est, y este es el proprio caso y entendimiento, dictæ legis maioribus, C. communia vtriusque iudic. in quantum dicit, vel perperam factis, & c. licet Doctores multum laborauerint, & variauerint in

illius legis intellectu, maxime Pinel. in cap. 1. 2. partis legis 2. C. de rescin. vendi. intelligendo eam, vt gloss. ibi intellegit, quod loquitur quando interuenit læsio ultra dimidiam iusti pretij, quod vero non puto, vt supra diximus, sed quod intelligatur in quocūque grauamine, vel errore perperā factō, hoc est contra ius, vt in exemplis supra positis apparet, & similibus, & tunc non habet difficultatem aliquam, nec contrarium prædicta lex maioribus sic intellecta: *Pero esto sentiende y ha de limitar, saluo si despues de fecha la particion donde ouiesse los dichos errores y agrauios se ouiesse aprouado por sentencia de juez, y ouiesse condenado à las partes que la guardassen y estuuiesse por ella, vt fit quotidie quando coram iudice fit bonorum diuisio, y esto quiso sentir y declarar el texto in dicta l. maioribus in eo quod dicit sine iudice factis, quasi dicat aliud esse quādo cum iudice, hoc est, cum sententia iudicis, tunc enim non haberet locum dispositio illius legis, & idem expressius probat prædictam conclusionem, & limitationem tex. in l. cum putarem, ff. famil. hercis. vbi Iurisconsultus vtitur eisdem verbis ibi plane si sine iudice diuiderint res, conditio est earum. Lo qual procede llanamente quando el juez en contradictorio juyzio dio sentencia entre los herederos, que la particion se hiziesse de aquella manera, aunque en ella ouiesse los errores y agrauios que arriba estan dichos y apuntados, quia licet diuisio esse perperam facta, se ha de guardar y estar por ella auiendo sentencia consentida, o passada en cosa juzgada que ansí lo manda, porque entonces ya no haz en los agrauios los contadores, si no el juez que mandò guardar la dicha particion hecha en aquella forma, y no apelaron las partes de aquella sentencia. Tūc enim de se queri debent, quod non appellauerunt à tali sententia, non autem de arbitris ad diuidendum datis, qui perperam diuisionem fecerunt, cum iam sit iudi-*

cium eorum sententia iudicis confirmatum: *Pero si la sentencia del juez no fueße dada en contradictorio juyzio, cū causa cognitione crederem prædictā conclusionē non habere locū, en esta manera: Si las partes y coherederos acabada la particion (vt fieri soli quotidie) parecuessen ante el juez, y eseruiano de la particion, y dixessen, que ellos han hecho aquella particion que presentan ante el juez de la manera que està fecha, que està bien fecha, que le piden que la confirme por su sentencia, y la mande guardar à las partes, y luego el juez sin mas conocimiento de causa la confirmasse, y condenasse à las partes que la guardassen, como se suele hazer siempre, en tal caso crederem, que si la particion estuuiesse perperam facta con los dichos errores y agrauios, aunque el juez la confirmasse por su sentencia, y las partes la ouiesse consentido, y no apelaron della, que podrian venir contra ella, y pedir que se desbagan los dichos errores y agrauios, ora sean hechos por error de cuenta, vt in l. 1. C. de errore cal. ora seaporq̄ la particio fue perperā facta, y tuuesse los otros errores arriba dichos, vt in dicta l. maioribus, C. cōmunia vti iusque iudicij, & dict. l. cum putarem, ff. famil. hercis. quia licet videantur contradicere prædicta iura in eo, quod dicunt habere locum in diuisionibus sine iudice factis, illud intelligendum est (& ita colligitur ex dictis iuribus) quando sine sententia iudicis in contradictorio iudicio, & cū causę cognitione lata facta fuerit diuisio, hoc sentit gloss. in dict. l. unica, C. de erro. cal. & probat tex. in dicta l. cum putarem, ff. famil. hercis. cund. in princip. ibi, egi tecum familiarie herciscundæ iudicio, & à iudice inuicem adiudicationes, & condemnationes, factæ sunt, & in fine ibi plane, si sine iudice, quod etiam fundatur ex ratione, & conclusionē vulgata, quod verba iudicis pro lata causę cognitione von præcedente, non habent vim sententiæ diffinitiuæ, vt in l. ex stipulatione,*

17 tione, C. de senten. & interlo. om. iudi. vbi hoc not. Bald. & communiter omnes Scribentes. Hic autem in casu præmissis iudex non pronunciauit partitionem seruanda eo quod cognouit de iustitia eius, sed quia ipsæ partes, & cohæredes de hoc conuenerunt, quorum consensum tenebatur sequi ipse iudex, vt in l. si conuenerit, ff. de reiudi. & expressius in l. r. §. inde quæritur, ff. de ope. no. nuntia. ibi quid enim agebat prætor quam hoc, vt cōtrouersiam eorum dirimeret, à quibus si sponte recesserint debet id ratum habere, qui textus est notabilis ad præpositum, in his verbis debet id ratum habere, quæ verba important necessitatem, ergo si debuit concordiam partium sequi non est sententia sua, id quod pronuntiauit, sed consensus partium. Item prædicta conclusio fundatur ex his, quæ tradit Barto. Bal. & cæteri Scribentes, in l. 2. C. de rescind. vendi. quod si venditor dicit in instrumento venditionis quod si plus valet res, quæ venditur, de illo facit donationem emptori, quod nihilominus poterit agere venditor remedio dictæ legis secundæ de rescind. vendi. quia cum illa donatio fuerit facta incontinenti in ipso instrumento contractus non videtur proprie donatio, quia eadem facilitate, qua vendidit rem suam minori pretio quam valeret, eadem donauit, vel renuntiauit iuri suo si ignorauit iustum valorem rei suæ, & quia non videtur renuntiare iuri suo quod ignorauit, sic in proposito nostro certum est, quod cohæredes qui dictam diuisionem perperam fecerunt, & eam approbauerunt si ignorauerunt ius suum, vt præsumitur ex tali errore, non videtur per approbationem, & consensum quem præstiterunt renuntiare iuri suo quod ignorauerant, etiam si sententiam iudicis confirmatoriam petierunt, & iudicatis incontinenti paruerint, nec iudex voluit ultra protendere iudicium suum, quod in con-

sensu partium nititur, quam quousque consensus protenditur, quippe cum de causa non cognouerit, sed solum consensum partium secutus est, qui cum deficiat, (prædicto errore cōperto) nec valet consensus, nec sententia iudicis, quia in eo fundatur, & ita constanter teneo quod prædicta lex maioribus, C. communia vtri. iudi. & l. cum putarem, ff. famil. her. non procedant, quando sententia iudicis confirmatoria diuisionis factæ inter cohæredes, lata fuit sine causæ cognitione, solum ex consensu, & petitione eorum, si prædicti errores, & grauamina in ea interuenerint, quod summe notandum est, quia quotidie contingit.

QVÆSTIO. VIII.

18 **O**ctauo quæritur. Si los contadores nombrados por las partes para hazer la particion ouiesse hecho algun error ò agrauio en las cuentas y particion que hizieron, y despues de dados sus pareceres, y hecho sus adjudicaciones y entregos à cada vno, reconociesse el error y agrauio que ouiesse hecho, si podrian de su officio, ò à petition de alguna de las partes reuocar y enmendar el dicho error y agrauio? & videtur quod non possint, nam postea quam pronuntiauerint functi sunt officio suo, vt in l. iudex postea quam. ff. de re iudi. & expressius in l. cum quærebatur, ff. eo. tit. cuius verba sunt, cum quærebatur iudex si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare. Respondeo, non posse, sed hoc in iudice ordinario, vel delegato procedit, nam postquam pronuntiauit, siue bene, siue male functus est officio suo, sed in istis arbitris ad diuidendum datis, qui vulgo, *contadores*, appellantur contrarium crederem: cum regulariter iurisdictionem non habeant, sed ex consensu partium, & approbatione iudicis hanc facultatem habeant, quæ tacite videntur eis committe-

re, vt diuisionem perfecte faciant & perficiant, idcirco poterunt errores suos emendare, & mutare in melius, & reformare sententiam suam, cum id tacite videatur sibi commissum, vt omnes quæstiones circa id occurrentes dirimant, nam quod tacite agitur pro expresso habetur, vt in l. cum quid, ff. si certum petatur in prin. *¶* *ansi conclu-*
yò, que en este caso podran los contadores
emendar su error y sentencia, y reformar
la dicha particion despues de auer dado
sus pareceres, y pronunciado sobre ello. sal
uo si despues desto el juez ouiesse confir-
mado la dicha particion por su sentencia,
 vt in l. cum puta rem, ff. famil. herciscund.

QVAESTIO. IX.

Nono queritur. Si la cosa que cupo à vno de los coherederos en la particion le salio incierta, y se la sacan por pleyto, porque no era del defunto, si los otros hijos y coherederos seran obligados al sancamiento de aquella cosa que le sacaron y le salio incierta? Respondeo, quod hæc quæstio distinctionem recepit, ideo sic distinguendum erit, ò esta cosa que le cupo en particion à vno de los herederos le cupo en parte de su herencia, ò le cupo por via de prelegado, ò mejoría que le hizo el padre, ò madre en su testamento, si le cupo en la particion en parte de su legitima y herencia, cosa llana es, que los coherederos seran obligados todos cada vno por rata de sanearle esta cosa que le dieron à este hermano y coheredero en parte de su herencia, excepto por la parte que à el le cabe como à vn heredero, ora se ayen obligado al sancamiento los otros coherederos, ora no se ayen obligado à ello al tiempo que hizieron la particion, sino hizieron pacto de lo contrario, ad similitudinem emptionis & venditionis, quia vnusquisque videtur vendidisse alteri, vel permutasse partem suam quam ille recepit ultra partem, quæ ei competit ex

hereditate, vt in l. i. C. communia vtriusque iud. & l. si familiae herciscunda, C. famil. hercis. lo qual procede y ha lugar quando al coheredero le cupiesse en particion vna casa, vna, ò hazas, ò predio enteramente, porque entónces si fuesen dos hermanos y coherederos seria obligado el otro hermano à sanear la mitad à este hermano que le cupo en particion, porque la otra mitad à el le competia como à heredero, y la otra mitad y no mas, fue visto venderle el hermano que se la dio en particion, pero si vna misma cosa se partio y diuidio entre ambos hermanos, y aquella era agena, y al vn hermano le quitaron y sacaron por pleyto su parte, en tal caso no tiene regresso de euicion contra el coheredero que le sanee la parte que le fue sacada, porque tambien le podria ser quitada y sacada à el por justicia la suya por el mismo derecho, y si el señor de ella no se la quiere, ò no puede pedir por alguna causa, ò porque ya contra el tiene el poseedor adquirida prescripcion, ò porque pidio primero contra el, y porqno prouò se dio setecia en fauor del reo, y tiene ya cosa juzgada en su fauor, no se puede agrauiar el otro hermano à quien le fue quitada y sacada por sentencia la otra mitad para que sea obligado à sanearla su hermano y coheredero, pues no fue por su culpa auer se la quitado y sacado, pues tambien le corrio el mesmo riesgo y peligro en su parte que no le fue pedida, ò se le pidio, mas porque no prouò el actor, ò estaua ya prescripto quando le pidieron fue absuelto, quia hij casus cuiuslibet possessori abscribuntur, & damnum vel commodum cuiuslibet ipsorum erit, non autem communicatur inter eos, ita notabiliter limitat Guiliel. de Cu. ibi in d. l. si fam. hercis. C. famil. hercis. que refert & sequitur Paulus de Castro ibi de, quod est summe notadū, quia est maxima declaratio ad dictā regulā positā in d. l. si fami. vt cohæredes teneantur vnusquisque alteri de euicione, nā hoc casu nō tenentur, & quotidie potest contingere & licet Guiliel. & Paul. nihil allegēt, ratio tamen ea videtur esse

era agena, si la poseya un extraño obligados son los coherederos à comprarla, ò à pagar la estimacion, y à sanearla al legatario si le fuere sacada, vt in l. cum re alienam, C. de lega. vbi per glo. & Doctores. Pero sino el testador no sabia que era agena, sino creyendo que era suya, por que la tenia y poseya por suya, entonces si el legado fue fecho à persona estraña del testador, no seran los herederos obligados à la euiccion y saneamiento deste legado: pero si fuesse hecho à pariente, ò à persona conjunta del testador, seran obligados los herederos à la euiccion, saluo si el legatario fuesse tambien heredero del testador, vt in casu nostro: porque en tal caso no seran obligados los herederos à sanear al legatario el legado que le fue sacado, aunque sea persona conjunta del testador, porque le basta quedar con la parte de herencia que el testador le dexò, vt in l. cum pater, §. euictis, ff. de legat. 2. vbi notant Doctores. Pero si el testador hizo prelegado à todos los hijos y herederos, entonces obligados seran à la euiccion los unos à los otros, per viam exceptionis non iure actionis, vt in d. §. euictis qui est notabilis ad hoc, & ad hoc comendant Bart. Pau. & communiter omnes Scribentes ibi, & Roder. Xuar. in repeti. leg. quoniam in prioribus, quæstio. 3. fo. 89. Pero esto se ha de limitar y entender, saluo si el padre hizo algùn legado à su hijo, y mandò que se le contase en su legitima, y este legado le fuesse quitado y sacado por justicia, ò alguna otra cosa de su legitima, porque entonces obligados serian los otros hermanos y herederos à sanearsele, vt in l. scimus in principio. vbi hoc notant Bal. C. de inoffic. testam.

24 ¶ Sed aduertendum est, quod subtilitas, quæ introducta est per decisionem illius textus in dict. §. euictis, quod quando pater diuisit hæreditatē suā inter filios non teneatur vnus alteri de euictione iure actionis, sed ope exceptionis possit se defendere et eadem hodie non habere locum inuenta dispositione dictæ legis parti.

quæ est l. 9. tit. 15. par. 6. vbi indistinctæ statuitur, quod quando pater diuisit hæreditatem inter filios, vel in vita, vel in vltima voluntate, quod nullus alteri teneatur de euictione si aliqua res ei euincatur ex his, quæ pater illi assignauit, quod ibi absolute statuitur sine aliqua distinctione, an per viam actionis petat, vel ope exceptionis vt colligitur ex illis verbis. Entonces los otros herederos no serian tenudos de fazerle enmienda ninguna, quod verbū, ninguna, generale est, & excludit omne remedium, siue in rem actionis, siue ope exceptionis, solum igitur aduertendum est, an res euicta sit de legitima filij, vel prælegatum vltra legitimam, nam si prælegatum est non debetur euictio, vt dicta l. parti. si verosimiliter de legitima filij tenebuntur hæredes de euictione, vt in dicta l. scimus in principio. C. de inoffic. testamen.

* Nunc incidenter quæro. Si al tiempo que partieron los hermanos ò herederos los bienes del defuncto, partieron alguna cosa agena que no era del defuncto, y se obligaron todos cada vno in solidum, al saneamiento de la parte que cupo à cada vno de los dichos bienes, si à vno de los coherederos le quitaron la parte que heredò, si podra pedir à vno de sus coherederos in solidum, que le sanee aquella cosa que le fue sacada por justicia, porque era agena, quod est magni effectus si forte alter frater vel cohæredes degit in alia ciuitate, vel prouincia, vel est sacerdos, & sic conueniendus ante iudicem ecclesiasticum quod laboriosum est, yr à pedir y litigar ante otro juez. Respondeo, que es cosa llana y sin duda, que se pueden obligar los coherederos todos, y cada vno dellos por el todo de mancomun, al sanacamiento de los dichos bienes, vt in l. si non singuli, C. si certum petat. & in l. 1. & per totum, ff. her. C. de duobus reis. Pero la duda mayor es, que parte podra pedir y cobrar este coheredero de aquella cosa que le salio incierta, y porque parte le dara cession y carta de la ssa al coheredero que le pagò el saneamiento.

neamiento de la cosa que le s. lio incierta: y porque parte podra cobrar el que lo pago, de su coheredero? Respondeo, que como diximos arriba en esta question y capitulo regulariter, el coheredero à quien s. lio incierta alguna cosa de las quales fueron adjudicadas en la particion tendra derecho de pedir el saneamiento de ella à los coherederos, y la cobrara menos la parte que el le cabe, como vn heredero, verbi gratia, Pongamos que eran quatro herederos, podra cobrar las tres que es menos la quarta parte que à el le cabe, y la ha de perder, como vno de quatro herederos y por estas tres partes que ha de cobrar, y cobra, de sus tres coherederos, ò del vno solo, si estauan obligados de mancomun, podra dar cession y carta de lasto à este coheredero que le pagò las tres partes, no para que las cobre todas de los otros dos coherederos, sino de si, y dellos, por manera que en efeto no le puede dar carta de cession y lasto, para que cobre de los otros dos coherederos todas las tres partes que el cobrò del vno obligado de mancomun, sino solamente de las dos quartas partes que deuen los otros dos coherederos que no hã pagado nada, y assi el q cobra las tres partes, ha de perder la quarta q le cabia à el como à vn heredero, y la otra quarta parte perdera el que pagò las tres, porque à el le cabia la vna dellas, y ha de cobrar lo que mas pagò de su quarta parte, que son las dos partes de tres que pagò por los coherederos, hoc modo, que si la cosa q le fue sacada à este coheredero, valia y fue apreciada en quatrocientos ducados, podra cobrar los trezientos de los tres coherederos, ò del vno dellos si estauan obligados de mancomun, y este que pagò las tres partes, aunque le de carta de lasto, y cession para que cobre estas tres partes de sus coherederos, no podra cobrar mas de las dos, que son dozientos ducados, porque el deue los otros ciento, que es la quarta parte, como vno de quatro herederos, y quedaria con ganancia de su parte, si pudiesse cobrar por la dicha cession y lasto todos los trezientos ducados que pagò à su coheredero, & ita debet intelligi

quod supra diximus in hoc capitulo, & quæstione, quæ practicasumitur ex eleganti doctrina Bar. quem sequuntur communiter omnes in l. Modestinus, ff. de solutio qui late & magistratiter loquitur in hac materia, & in l. si plures, ff. de adminif. tuto.

¶ Ad vnum tamen est aduertendū, que esta cession y carta de lasto que dio el que cobrò las tres quartas partes la ha de hazer luego incontinenti, quando se las pago el coheredero, porque entonces aunque aya cobrado, y se le aya pagado su deuda, puede ceder y dar carta de lasto para cobrar las tres partes, ò dos que le pagaron de los coherederos, vt supra diximus, quasi ex pacto fuerit facta solutio, vt ei cedantur actiones, & nominis precium solutum videtur, vt ait text. in l. cum pupillus, ff. de tute. & ratio. distrahen. & in l. cum is, ff. de fideiusso. & in §. i. institut. quibus modis tollitur obligatio, & in l. Modestinus, ff. de solut. & ibi Bart. num. 8. quid ergo facere debet cohæres, quæ insolidum cõuentus est, & soluit, si ei non sint mandata, aut cessæ actiones, vel si sint ei cessæ ex interuallo, postquam sublata est actio, & obligatio solutione eius quod debetur, dic quod habebit vtilem actionem negotiorum gestorum vt habetur in l. i. §. si pupillus prope finem, ff. de tute. & rationi. distrahen. & in l. i. C. de duo. reis, vbi Doctores post glo. & in l. in lege falci. hoc esse seruandum, ff. ad legem falci.

¶ Ad alterū etiã est aduertendū in materia ordinaria conreorum insolidū, que si muchos se obligaron como principales de mancomun, y el prouecho ò precio de la obligacion vino à parar en el vno solo, y los otros conreos no lleuaron nada, entonces si pagò el vno de los conreos obligados de mancomun, vt solet fieri: si es el conreo à quien vino el prouecho de la obligacion, no puede recibir ni cobrar carta de lasto con los otros conreos en ninguna cosa, ni vsar della, y si pagò vno de los conreos la deuda enteramente à quien no viniere prouecho de la obligacion, podra

tomar cession y carta de loſto in totum, contra el con rea que recibio el prouecho de la obligacion, y contra el otro conreo q̄ no recibio nada, no podro vsar de la carta de laſto en ninguna cosa, porque el que recibio el prouecho de la obligacion se entiende ser y es principal, y los otros sus fiadores, aunque se obliguen todos de mancomun, intelligitur respectu redditoris non inter se, ipse enim ad que peruenit utilitas obligationis principalis est colligitur ex Pau. in l. Iulianus, ff. ad Macedo. Bar. in dictal. Modestinus ff. de solu. num. 8. Sed quid si vnus ex istis cohæredibus qui se obligauerunt inſolidum non sit soluendo, dic quod portio eius diuidetur inter alios cohæredes qui se obligauerunt inſolidum, qui sunt soluendo, vt in l. si vnus ex socijs, & l. verum, §. si cum res, ff. pro so. vbi not. DD. & Bar. in d. l. Modestinus. *

QVAESTIO. X.

2; **D**Ecimo quaeritur. Si en la particion fuesse agraviado alguno de los cohærederos en mas de la mitad del justo precio, si podra pedir q̄ se deshaga el engaño, ò le suplan los cohærederos el justo precio. Respondeo, que de la question precedente, post primam, parece que resulta la respuesta desta: porque como alli diximos, la glo. in l. maioribus, C. communia vtriusque iud. en ticnde la dicha ley que habla y ha lugar q̄ se deshaga el agrauio, ò engaño mas de la mitad del justo precio, y aunque parece q̄ esta ley no hablo en este caso, ni lo quiso decidir, ome arriba esta dicho: pero la dicha glossa en si es verdadera, y communiter la tienen y siguen todos los Doctores, ibi, & Pinellus in l. 2. C. de rescind. vendi. in cap. 1. secundæ partis princ. Pero es la duda, si en este caso quando ay engaño en mas de la mitad del justo precio, en la particion, si seran obligados los herederos à boluer à deshazer el engaño ò suplar el justo precio à su eleccion, como en el contrato de compra y venta, vt in l.

2. C. de rescind. vendi. à donde se da esta eleccion al comprador, ò seran obligados los cohærederos precisamente à deshazer el dicho engaño, y deshaziendo la dicha particion, y boluiendola à hazer de nuevo en aquel articulo y capitulo donde fue el engaño, quo quidem casu magis communiter tenent Doctores, in dict. l. maioribus, & ita intelligunt eam Doctores antiqui. quod non detur electio cohæredibus supplendi iustum precium cohæredi, sed necessario rescindi debet, & reformari diuisio, quia prædicta lex maioribus non tribuit dictam electionem cohæredibus, sed præcise iubet diuisionem perperam factam reformari, & dicunt speciale esse in diuisione, quia in ea non agitur inter cohæredes de vendendo, seu alienando partem suam, sed æqualiter diuidendo: ego autem contrarium de iure verius esse puto, imo, que si ay engaño en mas de la mitad del justo precio, y el cohæredero engañado pide que se deshaga el engaño, cumpliran los cohærederos consuplarle al actor el justo precio, y que no se deshaga la particion, porque como arriba diximos, no habla en engaño en mas de la mitad del justo precio, sino quando la particion esta perperam, vel iniuste facta, quod ex multis causis contingere potest, vt supra diximus in capitu. præcedenti si vero agatur de remedio legis secundæ de rescind. vendi. nulla ratio reddi potest, quare non habeat locum distinctio, & electio, quæ datur emptori per dictam legem vt iustum pretium suppleat, vel rem restituat accepto precio quod dederat venditori, cum in diuisione ita censeantur vendere cohæredes partem suam quam habent in illis rebus, sicut in emptione, vt in l. 1. C. communia vtriusque iudici, & in lege si familia, C. familia herciscundæ, maxime quod dicta lex maioribus, in qua fundantur prædicti Doctores, vt non detur electio cohæredibus adsupplendum iustum precium non apperit vel disponit quod diuisio perperæ facta,

facta, etiã si de deceptione ultra dimidiã iusti precij loquatur, vt glo. intelligit, quod necessario rescindi debeat diuisio, sed quod diuisio reformetur in eo, quod inæqualiter gestũ est, quod satis reformatũ videtur si iustũ pretiũ ei suppleatur in pecunia, vel alia re hæreditaria, & hoc modo ad æqualitatem cohæredes reducantur, quod satis rationi consonum, & intentioni prædictæ legis esse videtur, & satisfactum est rationibus per contrariã partem adductis, si suppleatur pretium in ipsis rebus hæreditarijs non in pecunia, & sic licet cohæredes non agant de vendendo, vel alienando, sed de diuidendo iam suppletur eis pretium in quo erant decepti in ipsis rebus hæreditarijs, & sic concordantur prædictæ opiniones, videlicet quod pretiũ inustum suppleatur in ipsis rebus hæreditarijs,

Q V A E S T I O. XI.

VNdecimo quæritur. *Si la particion entre los coherederos se ouiesse hecho por suertes, prout supra diximus in principio huius tractatus, que la particion se deue hazer por el juez ò contadores, adjudicando à cada vna de las partes los bienes que han de auer en su parte, ò sorteádalos entre ellos, qual escogera de los dichos bienes hereditarios la parte que le cupiere en ellos, haziendo tantas partes y iguales quantos herederos fueren, porque de vna destas dos maneras se han de hazer las particiones, y ansi se vsa y practica comunmente, vt tenet Ange. & Iass. qui eum refert, & sequitur in l. si duobus in princip. C. communia de legat. En tal caso auiendo se hecho la particion por suertes entre los herederos, si auiendo recebido alguna dellos engaño en mas de la mitad del iusto precio, podra pedir que se deshaga el engaño, ò le suplan los coherederos el iusto precio, que quidem quæstio nõ parum abiguitatis habere videtur propter varietatem opinionum doctorum*

qui super eam scripserunt, nam Bald. & Paul. in l. maioribus, C. communia vtriusque iudi. quos refert, & sequitur Ias. in l. si duobus in princip. C. communia de legat. tenet, quod si in diuisione facta per breuia, aut per sortes interueniat deceptio ultra dimidiã potest agi remedio legis secundæ, C. de rescinden. vendi. & sic poterit reformari, vel rescindi diuisio, idem tenet Francus in rub. de appella. nu. 18. sed idem Bald. in l. ait prætor, §. fin. ff. de mino. contrarium sentire videtur, ait enim, quod si duo fratres diuisionem fecerunt per breuia sortis, & vnus eorum grauetur, non poterit, etiamsi sit minor restitui aduersus diuisionem, quia potius illud fato vel fortune infelicitati tribui potest quam culpæ, vel negligentia, ideo restitutioni locus non est, vt in l. verum, §. sciendum ibi occasione damni non inconsultæ accidentis, sed fato. ff. de minori. idem Bald. in l. si duobus, C. communia de legat. dicit quod à diuisione facta per sortem non potest appellari quem refert, & sequitur ibi Iass. Pinel. autem tractans hanc quæstionem multum se inuoluit in cap. 1. secundæ parris princip. in repetitione l. secundæ, C. de rescind. vend. dicens, quod Bald. more suo variavit in decisione huius quæstionis, tandem concludit quod prædictæ opiones poterunt ad concordiam reduci hoc modo, quod opinio Bald. in dicta l. ait prætor, §. fin. ff. de minor. vbi tenuit, quod non habeat locum restitutio in diuisione facta per sortem, habeat locum quando partes factæ sunt inæquales scienter, vt alteri possit maior portio obuenire, quia tunc cū sit reciproca prædicta inæqualitas cū ita potuit obuenire vni sicut alteri nemo grauari ex eo videtur, vt in l. defideicomisso, C. de tractatio. si vero ignoranter fuit facta dicta inæqualitas, tunc habeat locum secunda opinio, Bal. & aliorum qui tenent quod habeat locum restitutio, & remedium, l. 2. C. de rescind. vendi, quia nihil sorti vel

vel fortunæ commiserunt scienter cum prædictam inæqualitatem ignorarent. Sed licet prædicta concordia quam Pinellus tradit subtilis sit verior & prior videtur quam posuit Tiracuellus in tracta. de primogen. quæst. 17. num. 93. quam ipse Pinellus reprobaui dicens, quod opinio affirmatiua Bald. in d. l. maioribus locum habet, quando læsio est tam magna, quod excedat dimidiam iusti precij, tunc enim, etiam si per sortem fiat diuisio rescindetur, & reformabitur, vt in d. l. maioribus, si vero læsio tanta non sit tunc cessabit remedium dictæ secundæ legis de rescin. vend. & similiter cessabit restitutio, quæ concordia satis videtur colligi posse, ex verbis, & intentione Bald. in vtrisque locis supra relatis, *y ansiparece que se deue tener en esta segunda questio, que si ay graue lesion en mas de la mitad del iusto precio en la diuision hecha por suertes, que se puede venir contra ella, y pedir que se desbaga y reforme, vt tenent magis communiter Docteres, supra relati alias fecus.*

27 ¶ Sed licet hæc opinio, & conclusio magis cõmunis esse videatur, nec ab ea sit recedendũ in iudicando, & consulendo, nõ tamẽ in ea requiescit iudicium meum, quia videtur esse cõtra decisionem, & mentem legis in l. 2. C. quando, & quibus 4. pars deb. lib. 10. & contra casum legis si duobus, C. communia, de lega. quæ iura iubent sorte dirimi diuisionem hæreditatis, & legari, nam si lex iubet sorte fieri diuisionem si partes possent contrauenire post diuisionem sorte facta ex eo quod vnus esset minor, & deterior pars sibi contingerit, vel maior ex eo quod ultra dimidiam iusti pretij læsus sit, videbitur alius cohæres cui melior pars contigit decipi consilio, & autoritale legis, idcirco sic distinguendum esse putauit, quod in omnibus casibus in iure expressis vbi diuisio, vel decisio alicuius quæstionis sorte derimitur, tunc etiam si

quis grauetur vltra dimidiam, etiam si minor sit is cui deterior fors contingit non possit venire contra diuisionem sorte factam, quia illud ex necessitate quadam factum est lege cogente ex sorte reciproca, non ex contratu suo, vel fragilitate consilij, & in his terminis procedat opinio Bal. in dicta l. ait prætor, §. fin. ff. de mino. si vero non ex necessitate legis ad iudiciũ fortis sine iudice peruenerunt cohæres ad diuisionem faciendam, tunc qui minor extitit cui fortis in foelicitate deterior pars contigit poterit aduersus diuisionem si enormiter, vel vltra dimidiam læsus sit restitutionẽ petere, quia illud non est necessitate, sed ex imprudentia eius factum est cũ non debuit ius suum alea, vel iudicio fortis committere non magis quam si in ludo minor pecuniam suam perderet licet lucrari potuit. Si vero maior sit qui sine iudice sorte diuisionem fecerit non video rationem quare diuisio reformari debeat cum reciproca fuerit, & consensu eorum facta talis diuisio, & ita potuit fors vni contingere sicut alteri. argu. dictæ l. de fideicommissio, C. de transactio. cum concordan. maxime quod iniuria afficeretur, & in damno remaneret is cui melior pars sorte contingeret si innanis remaneret suæ sortis foelicitas si diuisio taliter facta reformaretur, quod multis fraudibus subiectum est si hoc admitteretur, nam posset quis hoc modo diuisionem inæqualem facere, & eam sciri committere, etsi melior pars sibi contingat tacebit, si vero deterior petet rescissionem dicens se læsum vltra dimidiam quod esset absurdũ, & certe si bene inspiciatur Bald. & Paul. qui dictam opinionem tenuerunt, quod etiam si per sortem diuisio fieret reformari possit si quis vltra dimidiam lædatur sine lege loquuntur, & contra rationem dictæ legis de fideicommissio, C. de transactio. & contra opinionem & decisionem Bal. in dicta l. ait prætor, §. fin. ff. de mino. ideo ab ea liben-

benter recederem si casus mihi con-
tingeret, & secundum quod suprapro-
xime dixi iudicarem.

28 **QV ESTIO XII.**

Dodecimo queritur de alia diffi-
cili, & contingibili quaestione.

Si el padre casó segunda vez, y de ambos matrimonios huvo hyos, y durante el segundo matrimonio casó dos hijas que tenia del primero, à las quales dio en dote diuersas quantidades: à la primera, menos de lo que le cabia de la legitima de su madre, y à la segunda mucho mas de la legitima de su madre: muerto despues el padre, y viniendo à particion todos los hijos. Es la duda, si traeran à particion las hijas del primero matrimonio, con sus hermanos, las dotes que recibieron, y si ha de ser cõ todos, ò cõ solos los hermanos, del primer matrimonio, y si ha de cõferir alguna cosa à los hyos del segundo matrimonio, y si la muger segunda, ò sus herederos, han de sacar del monton y cuerpo de bienes q̄ dexò el marido otros tantos bienes como los que dio en dote el marido à las hijas del primero matrimonio, que las casó durante el segundo matrimonio, y las dotò de los bienes que entonces tenia y la muger segunda? Respondo, que la colaciõ se ha de hazer entre los hyos de aquel defunto à cuya herencia se trata, vt in l. vt liberis cum ibi notatis per glo. & Doctores, C. de collatio. y ansi en este caso como se trate de partir los bienes de dos herencias, que es de la muger primera deste defunto, y de los bienes del padre que casó segunda vez, entre los hyos del primero matrimonio y segundo, ha de auer dos colaciones diferentes, vna entre los hyos del primero matrimonio, entre ellos solos, de los bienes y herencia de su madre: porque los del segundo matrimonio no son herederos de la primera muger de su padre, y otra de los bienes y herencia de padre. Esta colacion se ha de hazer entre todos los hyos del primero y segun-

do matrimonio que vienen à heredar la herencia del padre, de cuya diuision y particion se trata. Esto presupuesto digo, que la hija del primero matrimonio que lleuò mayor dote, supuesto que ambas fuerõ dotadas de sus propios bienes y herencia q̄ tenian de su madre, porque ansi lo dixo y protestò el padre quando las casó y dotò, sera obligada à traer à colacion y particion con la otra hermana que lleuò menos dote, y con los otros hermanos del primero matrimonio si los ouiere, la dote q̄ lleuò hasta ser yguualada con ellos, y despues heredarán todos yguualmente los bienes y herencia de su madre, si mas bienes ouiere que las dichas dotes, y sino ouiere tantos como lo que recibieron en dote, la hya que recibio la mayor dote, que no le cabe tanto de la legitima de su madre, esta demasia se harán dos partes iniguales, la vna dara à la hermana que lleuò la menor dote, hasta ser yguualada con ella de lo que le pertenecia de la madre, y lo que excedia de su legitima, que es herencia del padre lo traera à colacion y particion con los hijos del primero y segundo matrimonio q̄ vinieren à heredarlos bienes del padre. Exempli gratia, pongamos que la muger tenia de su dote y bienes multiplicados trezientos mil marauedis el padre dio à la hya primera que casó durante el segundo matrimonio, cien mil marauedis, à la segunda hya que casó le dio trezientas mil marauedis, ha de boluer esta hija segunda que lleuò las trezientas mil en dote, las cinquenta mil à la hermana que recibio las cien mil en dote, porque con esto se yguala con el dote de los bienes y herencia de la madre, que fueron trezientas mil marauedis, y lleuan cada ciento y cinquenta mil, y las otras cien mil marauedis que lleuò demas de lo que le cabia de la legitima de su madre, se entiende q̄ es herencia y legitima de su padre, y los trata à colacion y particion con todos los hermanos ansi del primero como del segundo matrimonio que vienen à heredar à su padre, pues todos son herederos del padre de quien procedio la dicha dote y demasia della, que no cupo en la legitima

tima y herencia de la madre.

31

¶ Pero pongamos que el padre que casó la segunda hija durante el segundo matrimonio, y le dio trezientas mil en dote, como dicho es, no se los dio en dineros, sino en una heredad ó fundo apreciado en trezientas mil maravedis, el qual auia recibido con la primera muger apreciado en dozientas mil, y las otras cien mil auia recibido en dineros, ó bienes muebles apreciados, en tal caso si la dicha heredad ó fundo que recibió el padre apreciada en dozientas mil maravedis, fue de tal aprecio que haga venta y compra, iuxta notata in l. plerunque, ff. de iure doti, procedera la conclusión y determinación arriba dicha, que esta hija que llevó despues en dote esta heredad apreciada en trezientas mil maravedis, traerá à colación y partición con la hermana del primero matrimonio, las dozientas mil maravedis, y se ygualaran con ella en la dote, entregándole las cinquenta mil que llevó mas que ella de los bienes y herencia de la madre, de manera, que lleuen cada cieno y cinquenta mil de la herencia de la madre, y las otras cien mil maravedis que llevó demas ha de traer à collación con todos los hyos y herederos del padre del primero y segundo matrimonio, como dicho es, porque ya aquella heredad no es dotal, sino propria del padre, porque la recibió apreciada, idè augmentum siue diminutio eius ad eum pertinet sicut si eam emisit, vt in d. l. plerunque, ff. de iure doti. Pero si la dicha heredad no la recibió el padre apreciada, ó no fue el aprecio tal que hiziesse venta, en tal caso la hija segunda que la recibió en dote apreciada en trezientas mil maravedis, no sera obligada à traer la demasia, que son las cien mil maravedis, como dicho es, à colación, con todos los hermanos hijos del primero y segundo matrimonio, sino que toda la dicha heredad trayá à calación con hermana del primero matrimonio, que auia llevada en dote cien mil maravedis como dicho es, los quales juntados con las trezientas mil que llevó en dote la segunda hermana en esta he-

3 mil

redad que le dio el padre apreciada en trezientas mil maravedis, que bazian en todas las dotes quatrocientas mil maravedis, traydas à colación y partición lleuara cada una dellas dozientas mil, porque todo se entiende que es dote y herencia de su madre, y no nada del padre, pues recibió la heredad en dote con su primera muger sin aprecio que haga venta, y es fundo dotal de la muger y de sus herederos, vt in d. l. plerunque, ff. de iure dot. quod est bene notandum, quia quoti die fiunt similes diuisiones bonorum inter filios primi, ac secundi matrimonij, & pauci ad hoc aduertunt.

¶ Sed hic incidit aliud dubium videlicet. Como pudo dar el padre esta heredad à su hija del primero matrimonio en dote, apreciada en trezientas mil maravedis auitendola el recibido sin aprecio, y siendo fundo dotal y proprio de los herederos de la primera muger, como esta dicho. Respondeo, que esto pudo ser de consentimiento de las partes: pero si las hijas lo contradixessen, no se la puede dar apreciada, sino que vala poco, ó mucho la dicha heredad, la han de partir las hijas y traer à colación con los otros cien mil maravedis que llevó la hija primera en dote, y podranla apreciar entre ellas si quisieren de nuevo, y si vale menos de las trezientas mil, en aquello la podrá tomarla una, y dar su parte à la otra haciendo de ello como de cosa propria, sin embargo del dicho aprecio hecho por el padre, el qual no podrá contar à la hija la dicha heredad en las trezientas mil maravedis en que se la dio apreciada, aunque los valiera, y no valiera dozientas mil quando se la dieron, y el la recibió por las razones arriba dichas, pues eran bienes propios de las hijas, non enim valuit emptio neque veditio rei propriae quæ erat filiarum primi matrimonij, licet æstimata per patrem traderetur filiae, vt supradiximus, vt in l. neque pignus, ff. de regul. iur. & l. cum res, C. de contrahen. emptio. cum concordan. solamente valdra el dicho aprecio, quanto al yerno, si le prometio en dote trezientas mil maravedis en

bie-

bienes apreciados, que quanto à el val-
 dra el dicho aprecio, pero no quanto à las
 hijas, ex his insurgunt quædam nota-
 bilia dubia, quæ non parum ambigui-
 tatis habere videntur, quibus occurre-
 re necesse est. Lo primero si esta muger
 segunda, ò sus herederos, tendran dere-
 cho para pedir que del monton de los bie-
 nes multiplicados durante su matrimo-
 nio, se le saquen para ella otros tantos bie-
 nes, ò su valor como valia aquella here-
 dad que su marido dio à la hija del pri-
 mero matrimonio en dote. Lo segundo, si
 podra tambien pedir que se le saque para
 ella del monton de los bienes multiplica-
 dos otro tanto como valen los frutos que
 ha rentado esta heredad que su marido
 dio en dote à su hija del primero matri-
 monio, despues que se la dio. Lo tercero, si
 podra pedir, que demas del valor de la
 dicha heredad, y de los frutos que ha ren-
 tado, se le saque para ella del monton de
 los bienes multiplicados durante su ma-
 trimonio, lo que mas vale oy esta here-
 dad quando se haze la particion, si ha cre-
 cido el valor della mas de lo que valia al
 tiempo que el marido la dio à su hija en
 dote, ò la enagenò.

¶ Quanto à lo primero digo, que la
 muger segunda no tiene derecho para pe-
 33 dir que se le saque à ella del monton de
 los biens multiplicados otro tanto como va-
 lia la dicha heredad que el padre dio à
 su hija del primero matrimonio en dote,
 ora la ouiesse recebido el padre por apre-
 cio, ò sin aprecio quando se la dieron en
 dote con la primera muger, porque si la re-
 cibio sin aprecio, es fundo dotal de la pri-
 mera muger, porque si la recibio sin apre-
 cio es fundo dotal de la primera muger y
 de sus hijos y herederos, y no del marido,
 y si la recibio opreciada de tal manera q
 sea venta y propria del marido, menos tie-
 ne derecho à esto que pide, porque la mu-
 ger no tiene parte en esta heredad, por-
 que no fue adquirida durante el matri-
 monio suyo, sino que el marido la truxo al
 matrimonio por su capital al tiempo que
 casò con la muger segunda.

¶ Pero quanto à los frutos que estabe

redad ha rentado despues que el marido
 la enagenò y la dio à su hija del primero
 matrimonio, parece que tiene mas duda
 si la muger segunda podra pedir que se le
 den de los bienes multiplicados otros tan-
 tos bienes como valen los dichos frutos, si
 la dicha heredad la ouiesse recebido por
 aprecio el marido quando casò con la mu-
 ger primera, de tal manera, que fuesse su-
 ya propria del marido, porque aunque la
 heredad era propria del marido, ò de la
 muger, los frutos della son comunes, vt in
 l. fin. tit. 3. lib. 3. fo. & l. 4. tit. 4. lib. 5. or-
 di. Respondeo. Que no embargante lo
 dicho en este caso, la muger segunda no
 pudo pedir, ni tiene derecho para que se
 le saque el valor de los dichos frutos de
 los bienes multiplicados, porque la dicha
 ley del fuero ha lugar, y procede quando
 el marido ò la muger no enagenaron la di-
 cha heredad, sino que la poseyeron, y be-
 neficiaron, y gozaron de los frutos della,
 entonces se comunican y son de entram-
 34 bos, aunque la heredad sea propria del
 vno dellos, y en estos terminos habla y dis-
 pone la dicha ley del fuero, pero si la ena-
 genasse durante el matrimonio el mari-
 do cuya era la heredad, no tiene dere-
 cho la muger para pedir la mitad de los
 frutos della despues que se enagenò, pues
 no los ganò ni hizo suyos el marido para
 que se ayan de partir entre ellos, sino sola-
 mente los frutos que se huiesen cogido
 de la heredad durante su matrimonio, por-
 que de otra manera seguir se hia que no
 podria disponer de su heredad el marido
 sin licencia de la muger, quod esset ab-
 surdum, nec hoc reperitur iure cau-
 tum, & esset contra regulam iuris, quod
 in re sua quilibet est moderator, & ar-
 biter, vt in l. in re mandata, C. manda-
 ti. cum concordan. licet è conuerso
 vxor non potest vendere, nec aliena-
 re rem suam sine licentia mariti, vt in
 l. 55. Tauri.

¶ Pero dado caso que la muger segun-
 da ni sus herederos tengan derecho para
 pedir que se les saque à ellos del monton
 y cuerpo de bienes multiplicados aquella
 heredad que el marido dio en dote à su
 hija

hija del primero matrimonio, ni los frutos della despues que se la dio, como dicho es, pero à una cosa tienen derecho los herederos de la muger segunda, hijos deste segundo matrimonio que si el padre dio en dote à su hija deste primero matrimonio esta heredad que el auia recebido en dote, apreciada de tal precio, que fue venta y se hizo suya, y el la dio à su hija del primero matrimonio sin aprecio, ò apreciada en lo mismo que el la auia recebido, valiendo mas al tiempo que la dio en dote à su hya, porque la auia mejorado, ò crecido el valor della con el tiempo, en tal caso, porque esta demasia que valia mas esta heredad, de lo que valia quando la recibio el padre en dote con su primera muger, es donacion velada y encubierta, vendiendo, ò dando en dote esta heredad en menos de lo que vale, vt tradit eleganter Bart. in l. ambiciosa, ff. de decretis ab ordi. faci. quem ceteri sequuntur, podrán pedir los hijos del segundo matrimonio, que esta hija del primero matrimonio trayga à colacion y particion con los hijos de su padre del primero y segundo matrimonio esta demasia que valia mas esta heredad al tiempo que se la dio su padre en dote, y que sean todos yguales de los bienes del padre en la dicha cantidad pues fue en efeto donacion causa dotis, q̄ se ha de conferir y traer à particion conforme a derecho y ley 29. de Toro, viniendo todos los hijos del primero y segundo matrimonio à heredar à su padre pero hasta en la cantidad que su padre la recibio apreciada quando se casò con la primera muger, que fue en dozientas mil maravedis, como diximos arriba, no los ha de traer à colacion y particion esta hija del primero matrimonio con los hijos de la muger segunda, porque en aquello no fue donacion, sino dote que el padre dio à su hija del primero matrimonio de los bienes y herencia de su madre, q̄ en efeto es deuda q̄ el deuia à su hija, pero esta hija sera obligada à traer à colacion y particion esta heredad con los otros sus hermanos del primero matrimonio, hasta en la cantidad que su padre la recibio apreciada vi-

niendo à heredar los bienes de su madre, porque hasta esta cantidad eran bienes y herencia de su madre, y lo demas q̄ valia quando esta hija la recibio apreciada, ò por apreciar, porque fue donacion que procedio de los bienes de su padre, porque la auia de cargar en todo lo que valia quando la dio en dote por ser suya por auerla el recebido por aprecio, traera à colacion con todos los hijos del primero y segundo matrimonio que vinieren à heredar à su padre, como dicho es, quod procedit vtunque proprijs rationibus, quæ supra signatæ, & fundatæ sunt recte hæc intuenti, quod est summe notandum, quia quotidie contingit, & non reperitur, ita declaratum per aliquem quem ego viderim. Pero ha se aduertir, que puesto caso que los hijos del segundo matrimonio puedan pedir que la demasia q̄ mas valia esta heredad que su padre dio en dote à la hija del primero matrimonio de lo que valia al tiempo que el la recibio por aprecio con la muger primera, la trayga à colacion con todos los hijos del primero y segundo matrimonio, como dicho es. Esto no lo podrian pedir los herederos estranos de la muger segunda, si ella no dexasse hijos eidentissimamente vide licet, porque ellos no son herederos del marido desta muger, ni vienen à llevar ni partir sus bienes para que los hijos y herederos del traygan à colacion lo que ouieren llevado, ni à ellos les va interesse en ello. Y tambien se ha de aduertir, que aunque pueden pedir los hijos del segundo matrimonio, que la demasia que valia mas la dicha heredad que recibio en dote la hija del primero matrimonio la trayga à colacion y particion con todos los hermanos del primero y segundo matrimonio que vinieron à heredar à su padre: pero no podran pedir que se les saque y de à ellos otro tanto como monta la dicha demasia del monton y cuerpo de bienes multiplicados, porque esta demasia no eran bienes multiplicados en el segundo matrimonio, ni su madre tenia parte en ellos, como arriba està apuntado, solamente tienen este derecho que se trayga à colacion con todos

todos los hermanos del primero y segundo matrimonio. la dicha demasia, como es ta dicho.

¶ En quanto al segundo caso premisso y duda si la muger segunda, ò sus herederos en algun caso podrán pedir que se les saque à ellos del montõ de los bienes multiplicados durante su matrimonio el valor de la heredad que su marido ouiesse dado en dote à su hija del primero matrimonio con los frutos que ouiesse rentado desde el dia que la dio à su hija, digo, que si la heredad que dio à su hija del primero matrimonio en dote, fue adquirida durante el segundo matrimonio, que en tal caso iustissime, pedira la muger segunda, ò sus herederos, ora sean hyos, ora estranos, que se les saquen de los bienes multiplicados durante el segundo matrimonio otros tantos bienes, y el valor que valia la dicha heredad, y todos los frutos della que ha rentado despues que el marido la enagenò y dio en dote à su hija, pues la dicha heredad era comun de entrambos, y en todo esto damnificò à la compañia y bienes della el marido por su culpa, tomando y sacando de los dichos bienes comunes la dicha heredad para pagar su propria deuda. Quia ad hoc tenetur socius, vt in l. cum duobus, §. damna. & l. omne as alienum, ff. pro socio, & facit lex de his in fi. C. famul. hercif. ibi eiusdẽ que rei cæteris præstandam indemnitatẽ, si ergo cæteris præstare indemnitatẽ tenetur cohæres, vel socius necessario tenebitur de re principali, & de fructibus alias non plene præstaret indemnitatẽ. Y si el no la diera à su hija en dote, la muger segunda pudiera gozar della y de los frutos, y es justo que la muger tome otro tanto como el marido tiene tomado y lleuado de los bienes comunes ganados durante el matrimonio, vt latius super hoc scripsimus in prima parte huius tractatus in capitulo quod de bonis parafernalis veditis à marito loquitur in secunda quæstione principali, ò lo pague el marido à la muger segunda, ò à sus herederos, de sus propios bienes de la parte que à el le cupiere la mi-

tad de lo que valia la dicha heredad que tomò para si con la mitad de los frutos, q̄ todo viene à ser una cuenta, si bene cõsideretur, tomar otro tanto de los bienes multiplicados, ò la mitad de los bienes propios del marido, y no obstaría dezir, que el marido puede vender y enagenar las cosas adquiridas durante el matrimonio sin voluntad de la muger, vt habetur in l. 4. titul. 4. lib. 5. ordi. antiqui. porque aquello ha lugar, y se entiende quando el marido por titulo oneroso vendiesse aquella cosa, y el precio della lo convirtiesse en la hacienda y bienes comunes, pero venderlas para pagar sus deudas proprias, ò donarlas à algun pariente suyo, esto no se permite al compañero de los bienes comunes, sino fuesse de los suyos propios, vt supra diximus, y ansi se entiende y practica comuniter dicta lex ordi. & sic eam declarat Palat. Rub. in repet. rub. de donat. inter virum & vxorem, §. 66. fol. 46. in prima col. Segura in l. vnum ex familia, fol. 9. & Cifuentes in l. 16. de Toro quæstio. secunda cum sequentibus.

38 ¶ Quanto à la tercera duda, si el padre dio en dote à su hija del primero matrimonio alguna heredad que se ouiesse ganado durante el segundo matrimonio, y pidiesse la muger segunda ò sus herederos, que demas del precio que valia al tiempo que la dio, y demas de los frutos que ha rentado, le pagassen y sacassen del montõ de los bienes multiplicados lo que mas vale la dicha heredad al tiempo que murio el marido, si ouiesse crecido el valor della con el tiempo, si tendra derecho para pedirlo? Respondeo in proposita quæstione sic distinguendum esse, ò esta enagenacion fue hecha por causa onerosa para pagar la legitima de la madre que el padre deuia à su hija, ò para dotarla, que todo es vno, pues de derecho el padre està obligado ò dotar à su hija, ò vendio aquella heredad à vn extraño, para pagar à la hija su dote ò legitima, como dicho es, ò hizo donacion della à algun pariente ò parienta suya para su dote, ò por atra-

causa, o à algun extraño que no fuesse su hijo, ni fuesse obligado à ello, sino que voluntariamente lo dio. Primo casu, si lo dio à la hya para en pago de su legitima, ò para dotarla, en tal caso no podra la muger segunda pedir que se le pague lo que mas oy vale la dicha heredad al tiempo de la particion, porque bien puede el marido enagenar, ò vender los bienes multiplicados, ex causa onerosa, como no aya fraude en ello, sin voluntad ni consentimiento de la muger, vt in d.l. 4. tit. 4. libro 4. ordinamen. y solamente podria pedir la muger que se le sacasse otro tanto valor de los bienes multiplicados como valia aquella heredad al tiempo que su marido la enagenò, pues no se conuertio el precio en su prouecho, ni de los bienes comunes, sino solo en prouecho del marido para pagar lo que el deuia, vt in allegata, l. incerti, C. famil. herciscun. & in l. cum duobus, §. damna, & l. item ex diuerso, & l. hæredes, §. non tantum, ff. famil. herciscun. No obstaría dezir, que en esto damnificò el marido à la muger en vender ò dar en pago de lo que el deuia aquella heredad, que era comun ganada durante el matrimonio en menos de lo que valia, quando fue suelto el matrimonio, y que todo aquel daño es obligado à pagarle el marido como compañero que tomó para sí los bienes de la compañía sin voluntad del compañero ò coheredero, vt in dict. l. incerti, in fin. C. famil. herciscun. porq̄ aquello procede de iure communi in socio, & cohæredes qui non potest alienare partem socij, vel cohæredis inuito eo, pero no en el marido q̄ de iure regio puede vender y enagenar la cosa ganada y adquirida durante el matrimonio, vt in dict. l. 4. tit. 4. lib. 5. ordin. y lo segundo porque no puede dezir con razon la muger segunda que su marido la agrauio en vender ò dar en dote la heredad en menos precio de lo que oy mas vale quando se haze la particion, y q̄ tanto perdio ella por auerse vendido antes, porque bien pudo ser que valiera menos con el tiempo, y quando el marido la dio en dote, ò la vendio, la vendiesse en

mas de lo que le auia costado, y la tuuo por bien vendida antes que vender otra casa de su hacienda que le hiziesse mas daño, y ansi se concluye, que pues la vendio, ò enagenò, ex causa onerosa, lege permittente, non debet grauari in hoc, vt teneatur de suo supplere, & satisfacere vxori illud quod plus valuit res alienata tempore diuisionis.

¶ Pero si el marido la enagenò por via de donacion, dando la dicha heredad ò qualesquier otros bienes multiplicados graciosamente à algun pariente ò parienta suya, ò à vn extraño, porque esto le està defendido, y no lo puede hazer, vt supra diximus, en tal caso sera obligado à pagar à la muger segunda, y à sus herederos, todo el daño que le vino desta enagenacion y donacion, que es el valor de la cosa que tenia al tiempo que la dio y donò, y lo que mas oy vale, y sacar otro tanto la muger segunda y sus herederos, del monton de los bienes multiplicados, porque en tanto ha sido damnificada por culpa de su marido en la cosa comun, que era de entrambos, quam non potuit alienare titulo donationis sine facto suo, vt in regula iuris id quod nostrum est, iuncta d. l. incerti in fi. C. famil. herci. & in l. item ex diuerso, ff. cod. titul. sed hoc ita procedere existimo si maritus animo fraudandi hoc fecisset in necem vxoris quod facere non potuit sin autem cessante fraude non tenebitur ad id quod plus valet hodie prædictares donata, vt supra diximus, & in quæst. 4. t. tertix partis supra, ad quam me remitto.

QUÆSTIO. XIII.

39 **D**Ecimo tertio principaliter quæro. Si bastara el inuentario que se hizo por la muger segunda, quando murio su marido, para que por el se pueda hazer particion, entre los hijos de la primera muger de los bienes de su madre? Respondeo, que no bastara, sino que se ha de hazer por el otro inuentario que hizo el marido de los bienes

bienes que tenia al tiempo que murio su muger primera, y assi sera menester que aya dos inuentrios quando ay hijos de dos matrimonios para que se pueda hazer la particion con todos de los bienes de sus padres y madres, porque de otra manera seria muy dificil y casi imposible hazerse la dicha particion con todos, pues en efeto son dos particiones diferentes de dos herencias, vt in l. hæredes eius in princ. ff. famil. her. vna de los bienes de la primera muger, y de los bienes multiplicados en el primero matrimonio, y otra de los bienes del padre, y de lo multiplicado con la muger segunda en el segundo matrimonio. Pero pongamos que el padre no muestra inuentario, ni lo hizo de los bienes que tenian al tiempo que murio la primera muger, como haran la particion los contadores entre los hijos del primero y segundo matrimonio, y de los bienes de sus padres? Respondeo rem quidem obcuram, & difficilem esse non tamen impossibilem idcirco, los arbitros y contadores ante omnia, procuren si pueden concordar las partes que declaren que bienes quedaron al tiempo que murio la muger primera, y que assignen una cantidad cierta de bienes, o precio dellos, por bienes que quedaron al tiempo que murio la primera muger, y conforme a esto se podra hazer la particion entre todos, pero sino se conformassen en esto las partes, entonces si ay algunas escripturas o prouanças en el processo, de los bienes que quedaron, aquello podran poner por inuentario y cuerpo de bienes del primero matrimonio, pero sino pareciere inuentario ni escripturas, ni prouanças, por las quales se pudiefse averiguar esta diferencia, ni las partes lo declarassen, ni se conformassen, y los hijos del primero matrimonio reclamassed diziendo, que quando murio su madre dexò muchos bienes, quæ pater consumpsit, vel expendit cum secundavxore, entonces los contadores lo remitan al juez dando su parecer, que conuiene recibir a las partes a la prueua sobre ello con un breue termino, si antes no ouiessem sido recibidos a prueua otra vez, y no pro-

uaron, porque en una instancia no se permite recibirse a prueua dos vezes. Post publicationem testium nisi per restitutionem, vt in cap. ex tenore de testibus, & l. 4. titul. 11. libr. 3. ordi. y que el Juez declare que bienes quedaron conforme a las prouanças, para que conforme a ellos los contadores procedan y hagan su particion entre todos los hijos del primero y segundo matrimonio, vt colligitur in l. cum fideicommissum in fi. ff. de confess. Y si por la dicha informacion y prouança parecieren los bienes que quedaron al tiempo que fallecio la primera muger, por confesion o concordia de las partes, o en otra qualquiera manera, de aquello sacaran los contadores la dote y capital de la primera muger, y luego el del marido, y lo restante se partira en dos partes yguales, y se dara la vna a los hijos de la primera muger, como bienes multiplicados, y la otra a los hijos del primero y segundo matrimonio, como a herederos de su padre, y se hara en todo la particion, segun y como diximos in secunda parte huius tractatus de partitione inter virum & vxorem habentes liberos ex primo matrimonio. Pero sino pareciesse auer traydo dote ni otros bienes parafernales al matrimonio la muger primera, ni menos el marido auer traydo capital alguno, entonces todos los bienes que pareciefsen por inuentario, o por prouanças que quedaron al tiempo que fallecio la primera muger, se partiran ygualmente entre los herederos de la primera muger, y entre todos los hijos y herederos del marido del primero y segundo matrimonio, como bienes multiplicados durante el primero matrimonio, porque no prouandose dote ni capital alguno de la muger ni del marido, en duda se presume ser todos bienes multiplicados y mejorados durante el matrimonio, y se han de partir por medio, como dicho es, conforme a la ley del estylo, 203. que assi lo dispone.

¶ Pero pongamos que por las dichas prouanças, ni por inuentario, ni escripturas, ni por confesion ni concordia puede constar ni parecer que bienes quedaron

daron al tiempo que murio la primera muger, en tal caso, de qualesquier bienes que el marido tenga y le pertenezcan de su capital, o de las ganancias del segundo matrimonio, pagar an sus herederos a los herederos de la primera muger la dote y arras, y otros bienes que pareciere auer traydo al matrimonio, y la sacaran los contadores del capital, y bienes que le pertenecen al marido, y lo restante que quedare por bienes del marido, se partira entre todos sus hijos, ansi del primero como del segundo matrimonio, pero de los demas bienes que los hijos de la primera muger pretenden que quedaron al tiempo que fallecio su madre, y que los consumo su padre no llevaran parte alguna, pues no lo prouaron, ni menos llevarā dote ni arras, ni parafernales, ni otra cosa alguna por bienes de su madre del capital y bienes del padre, sino lo prouaron, y en tal caso entrar en todos a partir y igualmente los hijos del primero y segundo matrimonio, en los bienes y herencia del padre y los hijos del segundo matrimonio, llevaranmas la parte que les perteneciere de la dote y arras y bienes hereditarios y parafernales, y mitad de multiplicado que pertenecieren a su madre, y desta manera se harā la particion entre los hijos del primero y segundo matrimonio, teniendo atencion que primero y ante todas cosas de los bienes que quedaron al tiempo que murio el padre, se saque la dote de la muger segunda y mitad de multiplicado en el segundo matrimonio, y de lo que quedare al marido de su capital y mitad de multiplicado, pagara la dote y capital de la primera muger, como deuda que el deuia al tiempo q se casò con la segunda muger, vt in l. 4. tit. 2. lib. 3. for. y no se ha de sacar ni pagar de los bienes del inuentario que quedaron quando fallecio el padre, porque se ria pagar las deudas del marido hechas en el primero matrimonio, con los bienes multiplicados en el segundo matrimonio en que la muger segunda tiene la mitad de sus ganancias, y multiplicado en el segundo matrimonio, vt supra diximus in secūda parte huius tractatus, ad quod

multum est aduertendum, quia in his multos viros graues, & iuris peritos errare vidi volentes deducere primū dotem arras, & bona capitalia vxoris primi matrimonij de bonis quæ remanserunt tempore mortis mariti, cū in his inueniantur simul, & bona vxoris secundæ, & meliorata in secundo matrimonio, quod fieri non debet in iudicio diuisionis nisi tractaretur de prælatione dotis primæ vxoris ad secundam quando bona mariti non suffice rent ad solutionem vtriusque dotis, tunc enim permetteretur satisfacere primo hæredibus vxoris primæ, secundum formam datam per legem assiduis, C. qui potio in pignor. habe. cū sua materia, nō autem in diuisione bonorū quādo bona mariti adhuc omnia sufficiunt rationibus supradictis.

¶ Ad vnum tamen est aduertendū in proposita quæstione, que aunque los hijos del primero matrimonio prouassen q durante el primer matrimonio, su padre y madre cōpraron alguna heredad, casa o viño, que no por esto les bastaria para que les diesse la mitad del valor della por bienes multiplicados durante el matrimonio de su madre, lo vno porque bien pudo el padre boluerla a vender despues durante el matrimonio mismo primero, y ansi se ha de presumir pues no parece que la poseya quando el murio, ni quando murio la muger primera, y lo segundo porq auerq constara que la dexò y quedò entre los bienes del marido quādo murio la primera muger o quādo murio despues el marido no es prauança concluyente para que por esto se entienda ser bienes mejorados durante el primero matrimonio, porque bien pudo auerse comprado durante el primero matrimonio aquella heredad con los dineros de la dote de la muger primera, o bienes hereditarios y de su capital de lo della, y no seria multiplicado pues falta el capital del vno dellos con que se comprò, porque no se entiende auer bienes mejorados en la compañía ni ganancias algunas hasta ser sacados los caudales que mencion

tiéron en la compañía los compañeros, y ser primero pagadas todas las deudas q se han hecho durante el tiempo de la compañía, ò matrimonio, vt in l. Mutius, ff. pro socia; & sic debent iudices & arbitri ad diuidendum dati ante omnia hæc habere præoculis, vt non iudicent pro bonis melioratis durante matrimonio; ea quæ maritus & vxor compararunt vel acquirierunt, quousque capitalia vtriusque sint salua & deducta de bonis communibus, quia vere non dicuntur lucra nec esse possunt nisi his omnibus deductis sicut prædiximus.

QV AESTIO. XIII.

45 **D**Ecimo quarto quæritur de alia contingibili quæstione, quæ tangitur in superioribus, non tamen soluiimus, diximus enim quod si pater qui secundo duxit vxorem dedit dotem filia suæ primi matrimonij de bonis maternis ipsius filia, illam dotem censetur dedisse de bonis proprijs maternis ipsius filia, non de bonis patris, & ideò prædictam dotem tenetur conferre filijs primi matrimonij, & non alijs filijs secundi matrimonij, nunc videamus, an illud sit vsquequæque verum & quomodo procedat. Respondeo, que si el padre dotò à alguna hija teniendo ella bienes maternos, o en otra qualquiera manera, si el padre la dotò declarando de q bienes daua la dote, diciendo q la daua de los bienes de la hija q tenia en su poder como legitimo administrador, ò que le daua tanta cantidad de los bienes de la hija y tanta de sus propios bienes del padre, aquello se guardara, y ansi sera obligada la hya à traer à particion aquella dote hasta la cantidad que le dio el padre de los propios bienes de la hija con los hermanos del primero matrimonio y lo demas que le dio el padre de sus propios bienes, y lo traera à colacion y particion con todos los hermanos del pri-

mero y segundo matrimonio que vieren à heredar à su padre, pues fue dote profecticia que salio y procedio de los bienes de su padre. Hæc distinctio colligitur, ex l. fin. C. de dotis promif. vbi notant DD. & in l. Nensenius, ff. de nego. gest. & in l. 8. tit. 11. par. 4. Pero si el padre prometio la dicha dote simpliciter, no declarando que la daua y prometia de los bienes aduenticios de la hija, en tal caso es la duda, si teniendo el padre bienes aduenticios de la propria hija que los ouiesse heredado de su madre, si se entendera que la dotò de sus propios bienes que tenia en administracion, ò de los bienes del padre, in qua quæstione Bart. in l. Nensenius, ff. de nego. gest. tenet quod censetur dotem dedisse filia, de bonis ipsius filia, quæ administra- bat, & non de suis, quia intelligitur dotem dedisse administratorio nomine. Idem tenet ibi Ange. de Peru. in d. l. Nensenius, ff. de nego. gest. & idè Bar. in l. cum post mortem, §. i. ff. de admin. tuto. sed communiter hæc opinio Bar. reprobatur, imò quod si pater simpliciter dotauit filiam non declarando de cuius bonis dotem promifit censetur dotata filia de proprijs bonis ipsius patris, etiam si filia habeat bonamaterna, vel alia aduentitia, quorum est ipse legitimus administrator si pater habebat sufficienter, vnde pos- sit illam dotare, quia officium pater- num est dotare filiam, & hoc probat expresse ille textus in dictal. fin. C. de dotis promif. si bene inspiciatur, & ita tenet cõtra Bart. Ioanes de Imola in l. 1. ff. solut. matrimo. in 2. col. Roma. penult. col. num. 16. & Alexan. 4. col. n. 17. & Iaf. in 6. num. 14. Socinus quinta col. numero 10. Ripa 17. columna numero 9. Paulus de Castro in l. final, ff. de petit. hæred. Fulgo. in l. Nensenius, ff. de nego. gest. Angel. de Arcio. in §. fuerat institu. de actionibus, columna 3. numer. 19. idem tenet Anton. Gom. qui dicit hanc esse communem opinionem in l. 53. de Toro, numero 22. & Greg. in l. 8.

l. 8. titu. ii. part. 4. quod tamen limitā dum esse existimo, salvo si el padre, simpliciter, prometieße de le dar en dote à la hija alguna heredad q̄ fuesse suya de la hija que la ouiesse recebido en dote cō su madre defuncta sin aprecio, porque es de la propria hija, & ipsa respromissa in dotē declarat de cuius bonis sit, nec vltra eam pater aliquid promissit: & sol uendo, aut tradendo id quod promissit liberatur ab illa obligatione. De lo qual se sigue, que esta hija que recibio en dote esta heredad que fue de su madre, y le fue dada en dote sin aprecio à su padre, que no sera obligada à traerla à colacion y particion con los hijos del segundo matrimonio, porque ni fueron bienes paternos, ni el padre tenia parte en ella, ni la hija recibio cosa alguna de los bienes de su padre, quia etiam ratione defendi potest, quod in hoc casu non censeatur pater de suo dotē dedisse, vel promississe cum rem propriam filiae in dotem dedit, quia eam non tenetur conferre veniens ad hereditatem patris cum alijs fratribus quam cōferri teneretur si de bonis patris processisset: quod etiā fundatur ex ratione posita in cap. infra proximo.

48 ¶ Secundo limitatur dicta conclusio. Si el padre prometio simpliciter, alguna cantidad de dote à su hija, la qual de mas de la dote de la madre auia heredado della algunos bienes multiplicados durante el primero matrimonio de su madre, porque entonces si la hija tenia tantos bienes multiplicados heredados de su madre, que lleguen hasta la cantidad q̄ el padre le prometio en dote ò hasta dēde llegaren por rata: no sera el padre obligado à pagar la dicha dote de sus propios bienes, sino de la hija aũque la ouiesse prometido simpliciter sin declarar de que bienes la prometia, quod sumitur ex l. 53. Taur. quæ disponit quod pater promittente dotem pro filia, si sint aliqua lucra facta durante matrimonio de his censeatur dos promissa, & si vxo nihil promiserit: quia obligatio est communis cum habeant lucra fa-

cta constante matrimonio, quæ obligatio manet, & idem seruari debet etiam soluto matrimonio, & matre defuncta, hoc tenet expresse dominus Couarru. variarum resoluti. lib. 3. capit. 19. nume. versic. ex quo infertur, vbidicit, hoc ita esse receptum cōmuniter in practica quod quando pater habet bona quæ sita durante matrimonio, quæ pertineant ad filiam ex eis censeatur dos constituta simpliciter non de bonis patris.

49 ¶ Item se ha de limitar lo arriba dicho en quanto diximos que la hija ha de traer à colacion y particion la dote que le dio su padre, porque en algunos casos no seria obligada la hija à traer à particion la dote que ouiesse recebido: el vno es, si la auiesse el marido perdido sin culpa de la muger, que entonces no seria obligada la hija à traer la dote à colacion y particion, vt habetur in authē. quod locum. C. de collatio. El segundo caso seria, si el padre se la ouiesse mandado en su testamento por via de manda ò prelegado, quia relicta in testamento non conferuntur, vt in l. à patre. C. de collat. & l. ex parte. §. i. ff. fami. her. vbi habetur, quod ex voluntate præsumpta patris cessat dotis collatio, ergo fortius quando adest voluntas expressa patris. Tertius casus notabilis, & mentitenendus est, vbi filia non tenetur cōferre dotem, si vn padre tuiesse vn hijo y vna hija, à la qual ouiesse dado alguna cantidad en dote en su vida, y despues por su testamento ò codicilo ouiesse diuidido todos los bienes que tenia, y hecho particion dellos entre sus hijos, y ouiesse dado al hijo mucho mas que à la hija, no dexando cosa alguna por partir de sus bienes y herencia: y despues pidiesse el hijo, que la hermana truxesse à colacion y particion la dote que auia recebido: en tal caso no seria obligada la hermana à traer à particion la dote que auia recibida, ex præsumpta voluntate, patris qui ideo tam in æqualiter bona diuisit, quod filiam primo donasset, hic est casus notabilis, & singularis in l. ex

ex parte, §. intestato. ff. famil. hercis. & licet Accursio videatur dura decisio illius textus, ut ita dixerit quod decisio illa procederet quando pater in co-
 14 dicillis hoc expresse disposuit filia non teneatur prædictam dotem conferre, hoc tamen vere est diuinitio, & contra expressam dispositionem illius textus, qui fundatur in præsumpta voluntate patris defuncti quæ resultauit ex magna inæqualitate diuisionis omnium bonorum ab eo factæ, & quia hæredes eos non instituit quia omne patrimonium inter eos diuisit, qua si nolet amplius inter filios eius de hæreditate, nec diuisione eius tractare vel contendere, & ita intelligit eam Alber. reprobata opinione glossæ, ex his igitur arbitri ad diuidendum dati facile scire poterunt, quando & quomodo, & quibus fratribus, & pro qua parte dos à patre data conferenda sit.

¶ Est tamen aduertendū quod prædicta decisio legis ex parte, §. intestato, ff. famil. hercis. procedit non solum quando pater omnia bona diuisit inter filium & filiam quam prius dotauerat, sed etiam quando aliqua bona reliquit indiuisa si ea consequantur bona, quæ à patre diuisa sunt, Exēpli gratia. *El padre dotò à su hija, y despues en su vida partio y diuidió todos los bienes que tenia entre la hija y el hijo, y dio muchos mas bienes al hijo que à la hija, en esta manera, que dio las casas, y mucble, y heredad, y ganados, lanas y cabrio juros, y censos al hijo, que eran en mucha cantidad, y à la hija le dio ciertas vacas ò yeguas que tenia en poca cantidad, y no dexò otra cosa indiuisa y por partir, porque no la tenia, excepto ciertos bezeros ò potros de leche que andauan cõ las madres, en tal caso aunque el hermano pida que la hermana trayga à colacion y particion la dote que recibio, porque su padre no diuidio todos los bienes que tenia, porque quedaron todos los dichos potros ò bezeros por partir, no sera oydo sobre ello, porque aquellos bezeros ò potros siguen las madres, que son los bie-*

nes que estauan partidos por el padre, y se entienda tacitamente, que el padre los dio à la hija con las vacas, ò yeguas que le dio y assigno la particion que hizo de sus bienes, textus est notabilis iuncta glo. in verbo datas, ex quo sumitur prædicta conclusio in l. quæ pater, la primera in fin. ff. fami. hercis. ex qua infert ibi Bald. notabiliter, quod si pater legauit filia bacam intelligitur etiam legasse vitulum qui eam sequitur, quod est valde notandum quia cõfert ad multa.

¶ Sed quia in precedentibus questionibus tractauimus de aliquibus dubijs, quæ occurrere solent, quando pater habens filios ex primo matrimonio transiit ad secundas nuptias, nunc aliqua videamus de matre, quæ habens filios ex primo matrimonio, migravit ad secundum.

Q V A E S T I O. XV.

52 **E**T hoc casu quæritur. *Si la muger que tenia hijos del primero matrimonio passò al segundo, la qual auia recebido en arras el diezmo de los bienes de su primero marido, ò auia recebido muchas joyas que su marido le dio estando desposados, que le puede dar hasta la octaua parte de lo que recibio cõ ella en dote, vt supra diximus in prima parte huius tractatus, ò el marido le mandò en su testamento el quinto de sus bienes. Despues al tiempo que esta muger muere mandò à su marido segundo el quinto de sus bienes, que lleuara el marido segundo por razon deste quinto? y de que bienes lo sacaran los contadores? Respondeo, q̄ lo sacaran y lleuara este quinto el marido segundo de todos los bienes que se hallaren que la muger tenia por suyos quando murio pero no lleuara de las arras que le dio su primero marido, ni del quinto de sus bienes que le mandò en su testamento ni de las joyas que le dio estando desposados, ni de otros qualesquier bienes que el primero marido le ouiesse dado por titulo*

lucratiua, ni de la herencia q̄ ouiesse auido alguno de los hijos del primero matrimonio, que ouiesse muerto abintestato: porq̄ de todos estos bienes no puede disponer la muger en la propiedad dellos, porque es obligada à reseruarla à los hijos del primero matrimonio, vt in l. foeminae & in authen. ex testamento, C. de secund. nup. & l. 26. titul. 13. par. 5. tradit late Anto. Gom. in l. 16. Tauri, quod erit maximi effectus, nam de solis bonis suis, quæ habet in proprietate mulier transiens ad secunda vota potest disponere, & legare quantum marito secundo, vel tertium bonorum suorum vni ex filijs primi vel secundi matrimonij meliorando eum in tertio, nã de istis lucris hoc facere non potest, quia æqualiter diuidi debent inter filios primi matrimonij, vt in authen. lucrum hoc, C. de secund. nup. de bonis autẽ quæ sitis, vel melioratis durate primo matrimonio bene potest ista mulier, quæ ad secunda vota migravit disponere libere, sicut de cæteris bonis suis, & poterit legare marito secundo quintam partem eorum, & meliorare filium quem velit tam ex primo, quam ex secundo matrimonio, in tertio, quia illam medietatem lucrorum habet ex industria sua, vel ex dispositione legali, vt in l. fin. C. de secund. nup. & expressius in l. 4. Tauri quæ hoc disponit.

QVAESTIO. XVI.

53 **D**ecimo sexto dabitur. Si el padre ò madre ouiesse en vida partido y diuidido todos sus bienes entre sus hijos sin dexar cosa alguna indiuisa dando à uno mas que à otros, como no exceda de sus legitimas ni agrauie à ninguno de ellos en mas del tercio y quinto de sus bienes, si podra despues reuocar esta particiõ que hizo en vida entre sus hijos, & quidem videtur dicendum quod nõ possit reuocare prædictam diuisionem, cū facta fuerit per contractum inter viuos cum traditione bonorum, vt in l.

17. de Toro, & ita in expresso tenuit Antonius Gom. in eadem l. 17. de Toro, sed putarem veriore esse contrariam sententiam, sino que el padre la podra reuocar quando quisiesse, aunque aya entregado la possession de los bienes à sus hijos, porque este no es contrato inter viuos, ni por tal se ha de juzgar, sino ultima voluntad y disposicion que quiso preuenir el padre en diuidir su herencia à sus hijos, en lo qual no ha lugar la disposicion de la ley 17. de Toro, & ita probat textus notabilis cui congrue responderi non potest in l. si filia, §. si pater, ff. famil. her. cuius verba sunt, si pater inter filios sine scriptura bona diuisit, & onera æris alieni pro modo possessionum distribuit non, videri simplicem donationem, sed potius fecisse supremi iudicij diuisionem, Papinianus ait, & ita teneo, quod pater possit quando cunque voluerit prædictam diuisionem reuocare.

QVAESTIO. XVII.

54 **D**ecimo septimo quæritur. Si la particion se vino à hazer dende à quatro ò cinco años, ò mas que murio el padre, el qual en su testamento mandò à su muger segunda el quinto de sus bienes y el tercio à uno de sus hijos del primero ò segundo matrimonio, como se partiran los frutos que la muger y hyos del segundo matrimonio ouieren cogido de las heredades del marido defunto, y parece que todos estos dichos frutos de los dichos años que estuuo por hazer la particion sacada la costa que se ha hecho en labrar las heredades y coger los frutos, se cargarany haran cuerpo de bienes dellos, ò de su valor juntamente con los otros bienes y herencia del defunto, y se partiran entre todos los herederos, & ita communiter faciunt arbitri ad diuidendum dati in quomaximus error, & grauamen si bene hoc inspiciatur deprehenditur, nam ex hoc maius legatum factum vxori quinta partis efficitur. Item eadem ratione efficitur maius prælegatum tertij factum

factum filio testatoris, & minor legitima, & hæreditas filiorum, porque la herencia del defunto solamente es y se entienda, los bienes que tenia y quedaron al tiempo de su muerte, y no los frutos que despues rentaron los bienes hereditarios porque estos, ni lo que despues se acrecienta la herencia ni lo que se disminuye por algun caso despues de la muerte del testador, no disminuye ni acrecienta la herencia, nec est in consideratione hæreditatis, quia hæc omnia pertinent ad hæredes, non autem ad legatarium partis bonorum, vt in l. cum quæritur, C. de inoffi. testamen. & in l. in quantitate, & l. in lege falcid. placuit vbi not. Doctores, ff. ad l. falcid. & de estos bienes que quedaron al tiempo que murio el testador, se ha de dar el quinto que le fue mandado à la muger, y el tercio al hijo q̄ le mandò su padre, y no de los frutos que despues harentado la hazienda, porque estos son de los herederos, que sontodos los hijos por yguales partes, à los quales se les hara agrauio y fraude haziendose cuerpo de bienes y herencia de los dichos frutos que despues rentaron los dichos bienes, ideo in hoc multum est aduertendū, quia in multis partitionibus multos errores, & grauamina facta vidi. & para evitar este agrauio se deue hazer de esta manera, que primero se haga cuerpo de bienes de todos los bienes que dexò el defuncto al tiempo de su muerte, y de estos sacadas primero las deudas se saque el quinto, y despues el tercio, despues se haga cuerpo de bienes de por sí de los dichos frutos, sacando dellos la costa que la muger y hijos hizieron en labrar las heredades y cogelos, y lo demas se junte con toda la otra herencia del defunto, sacado el quinto y tercio, como dicho es, para que lo ayan entre todos los herederos del defunto, y desta manera se hara justamente, y sin agrauio de ninguna de las partes la dicha particion quanto à los dichos frutos, exceptò los frutos del año que murio el testador maduros ò verdes en el punto que estauan se apreciaran de por sí, ò con las heredades lo que mas valen, y aquella

sera herencia del defunto, vt prædiximus in secunda parte huius tractatus, & in exemplo cuiusdam partitionis quod in fine huius operis inferemus, vbi clarius, & oportunius apparebit.

55 ¶ Pero parece que esta particion de frutos en la manera dicha, no està bien hecha, porque al hijo mejorado en el tercio, no se le da ni lleva parte de estos frutos que se cogieron despues de la dicha herencia en los años que estuuò sin hazerse la particion, como diximos arriba, porque solamente se le sacò el tercio de los bienes y herencia que dexò su padre al tiempo de la muerte, y no de estos frutos, y parece que podria agrauarse dello si su padre le mejorò en el tercio de todos sus bienes y herencia, y pues estos frutos pertenecen à los herederos, parece que se auia de dar parte dellos al tercio en que està mejorado este hyo pues es heredero en el tercio mas de de su legitima. Respondeo quod multum sunt inspicienda verba quibus vsus sit testator in hoc prælegato, porq̄ si el testador dixo que mandaua el quinto de sus bienes à su muger y el tercio à su hyo, en tal caso procede lo que arriba està dicho, y no llevará el ni la muger parte de estos frutos que se cogieron despues de los bienes y herencia del testador, porque no los pueden llevar por razon de ser herencia del defunto, porque no lo es como està dicho, ni por frutos del tercio y quinto, porque no se le deuen frutos, ex legato partis bonorum, vt diximus in superioribus per tex. notabilem in l. si quis bonorum, ff. de lega. i. Pero si el testador dixesse que mandaua el quinto de sus bienes à su muger, y hiziesse otros legados y mandas pias y graciosas, y despues dixesse (vt solet fieri frequenter) en el remanente de mis bienes, dexo por mis vniuersales herederos à mis hijos, los quales los ayan y heredem por yguales partes, exceptò el tercio que quiero que lleue demas, ò por mejora, fulano mi hijo, y si es necessario lo mejoro en el por la mejor via y forma que aya lugar de derecho, &c. en tal caso este hyo mejorado è instituido

tuydo en el tercio, lleuara la parte de los dichos frutos que pertenecen al tercio, y despues lleuara la parte que le perteneciere, como à vno de los otros sus hermanos y herederos. Ratio differentie hæc est quod in primo casu iste filius melioratus habuit tertium iure prælegati, & ad legatarios non pertinet augmentum hæreditatis, vel diminutio, sed ad hæredes, vt in l. in ratione legis falcidia & l. in quantitate, ff. ad legem falcidiam. in secundo vero casu cum iure institutionis filius habeat illud tertium plusquam ceteri fratres simul instituti, & fructus postea collecti ex hæreditate defuncti pertineant ad hæredes merito habebit partem fructuum respectu tertij, & aliam partem, vt hæres in reliquo cum alijs fratribus, idcirco multum inspicienda sunt verba testatoris, quia vno modo prolata faciunt vnum effectum, & sensum alio vero modo faciunt alium, vt ait Iurisconsultus in simili, in l. vnum ex familia, §. sed etsi fundum, ff. de leg. 2. & in l. Plautius, ff. de auro, & argento lega. tradit late Bart. in l. centurio, 4. col. num. 20. cum sequenti. ff. de vulg. & pupi. vbi late distinguit quando quis possit capere, vt hæres directo, & quando possit capere vt legatarius, & fideicommissarius iure obliquo, quæ omnia faciunt verba à testatore prolata, ex quibus colligitur eius voluntas, vt ibi late per eum est videre.

QVAESTIO. XVIII.

Decimo octauo quæritur. Si vno de los hermanos y coherederos de su padre ò madre hizo algunos gastos en defender la herencia de alguno que la pedía, y pretendia ser heredero en toda ella y no el hijo del testador que la poseya, por que sorte, era hijo natural del padre de estos hijos instituydos que la poseen, ex testamento, o ab intestato, y pretendia ser legitimo, diciendo que su padre auia contraydo matrimonio de presente con su ma-

dre, y que el segundo matrimonio que despues contraxo con la madre de estos poseedores no era matrimonio ni valio por esta causa, ò por que eran parientes dentro del quarto grado, ò por otras causas, de tal manera, que este hyo legitimo del testador q̄ poseya toda la herencia, por que el otro hermano estaua ausente en partes muy remotas, y se tenia por muerto, gastò mucho en el pleyto defendiendo la dicha herencia, despues vino el hermano ausente, y quiere y pide su mitad de la herencia de su padre, y no quiere pagar la mitad de las costas que el hermano hizo en defender toda la herencia, diciendo que el las auia de hazer de necesidad para defender su parte, y por esto no es obligado à pagar parte dellas, pues no las hizo por su mandado, nec tanquam negotiorum gestor, quia propter suam partem causam habuit gerendi, & ideo negotiorum gestorum ei actio non competit, vt in l. hæredes eius, §. non tantum, ff. fami. her. Quæritur quid iuris sit in hac specie. Respondeo, que el hermano que hizo los dichos gastos, solamente tendra derecho para cobrar del otro hermano ausente las costas y gastos que hizo en defender la herencia, si algunos gastos hizo por defenderla toda, mas de lo que hiziera y pudiera hazer por defender su parte, quod multis modis accidere potuit, exempli gratia, si pagò mas salario al Abogado, procurador, ò solicitador, por defender toda la herencia que pagar por defender sola su parte, porq̄ el Abogado puede lleuar de salario la veyntena parte de lo que monta el pleyto, y el procurador ò solicitador lleuara tambien mas derechos y salarios por ser la causa de mas qualidad y cantidad, lo qual no le costara tanto al poseedor si solamente defendiera su parte de la dicha herencia, y esta demasia y gasto que hizo el poseedor en defender toda la herencia, podra pedir y cobrar del hermano ausente que viene à cobrar su parte de la dicha herencia, y no la mitad de los dichos gastos, vt ex tex. expressus, & notabilis in l. ex parte in princip. ff. fami. heriscun. qui notandissimus est

est in sua decisione huius quaestio-
nis.

Q V A E S T I O. XIX.

58 **D**ecimo nono quaeritur, quid ex
contrario. Si este hermano presen-
te no defendio lo dicha herencia, porque
no le possesya, sino que la pidio toda por su
ya à otro que la tenia y defendia injusta-
mente pretendiendo que era suya, aliqui-
bus iustis rationibus, vel iniustis, tan-
dem este hermano del ausente la pidio
toda por suya, porque se tenia por muerto
el hermano ausente, ò vino otro hermano
que estava cautiuo, venido este herma-
no cautiuo ausente, pide la mitad de la
herencia, como vno de dos herederos de
su padre, el hermano que la possesya, y la
auia sacado por suya no se la quiere dar,
porque dice, que la victoria que el tuuo
no le aprecha al hermano y coheredero q̄
estava ausente, porque el litigò solo, y la
pidio toda la herencia para si, en su nom-
bre, y la sentencia se le adjudicò à el solo,
y no al otro hermano, que no litigò, vide-
mus nunc, quis eorum habeat potiora
iura, & rationem suæ preten-
sionis? Respondeo, que este heredero presente que
tuuo la victoria y sentencia en su fauor
de este pleyto sera obligado à comunicar cõ
el coheredero la victoria del pleyto, y ce-
derle su derecho por mitad, para que el
aya y cobre la mitad de la dicha heren-
cia, quod tamen intelligo re-
fectis expensis pro parte secundum distinc-
tionem dictæ legis, ex parte quia eadem
ratio, ò darle facultad y dexarle à este
hermano que vino despues, que pida su
parte à los possedores y deudores heredi-
tarios sin que le contradiga ni impida la
vitoria y cosa juzgada que tiene en su fa-
uor, casus est notabilis in l. si hæres
vnus, ff. famil. her. qui ita distinguit, &
decidit hanc quaestionem.

Q V A E S T I O. XX.

59 **I**tem quaeritur. Si vno de los coherede-
ros hizo algunos gastos, ò expensas en

reparos ò mejoramientos vitales y necessa-
rios de las cosas hereditarias comunes, si
los arbitros contadores y juezes de la par-
ticion podran condenar à los coherederos
à que se les paguen pro rata cada vno lo
quale cupiere, ò descontarlos de su parte?
Respondeo, que si, y no solamente lo que
gastò, pero todos los interesses justos de
aquel dinero que gastò, si los coherederos
estuuieron en mora y le dilataron la paga,
vt in l. his cõsequenter, §. i. in fi. ff. fam-
mil. her. cuius verba sunt, sumptum
quos vnus ex hæredibus bona fide fe-
cerit vsuras quoque consequi potest
à cohærede ex die moræ secundum
rescriptum Imperatorum Seueri, &
Antonini, quod est bene notandum,
nam cum mora contrahatur non so-
lum per interpellationem iudicialẽ,
sed etiam extraiudicialẽ, vt not. glo.
quam communiter sequuntur ibi Do-
ctores in l. vinum, ff. si certum petat, fa-
cillime poterunt isti arbitri ad diui-
dendum dati rationem horum sum-
ptuum, & interresse eorum habere, si
inuenerint quod iste hæres, qui sum-
ptus prædictos fecit testato, vel alias
interpellauerit cohæredes suos, vt si-
bi soluerent, quod ipse impenderit in
re communi, nec obstat si dixerint
quod ille textus in dict. §. sumptus lo-
quitur de vsuris, vt ex verbis eius pa-
tet, quod hodie non potest procede-
re cum de iure canonico sint prohibi-
tæ, nam illud cessat, & non habet locũ
quando vsurę debentur, & veniunt ra-
tione interresse, vt tenet glos. quam cõ-
muniter sequuntur ibi DD. in l. cura-
bit, C. de actio. empr. idem tenent cõ-
munite DD. Canonistæ in cap. perue-
nit, & in cap. conquestus de vsuris,
ideò decisio illius textus in d. l. his cõ-
sequenter, §. in i. vers. sumptũ est mul-
tum notanda, & menti tenenda, & ser-
uanda cum casus occurrerit, nam si-
mili statutum est in socio eadem ra-
tione, vt in l. si fratres, §. idem respon-
dit, ff. pro socio, quæ in eadem æqui-
tate, & ratione funda-
tur.

QVAESTIO XXI.

Vigesimo primo queritur. Si el padre vendio, o arrendo a uno de sus hijos una casa, o viña, o heredad, en mucho menos de lo que valia, si las otros hijos tendrán algu remedio para pedir esto que mas valia al hermano, que lo recibio, si el padre lo auia mejorado a el, o a otro, en el tercio y quinto de sus bienes, porque sino ouiesse mejorado a ninguno de sus hijos, es cosa llana y sin dudo, que se lo pudo el padre dar al hijo que vendio, o arrendo en menos de lo que valia, si aquella de masia no excedio del tercio y quinto, pues se lo pudo donar expresamente, a fortiori, por titulo oneroso, & videtur quod talis venditio, vel locatio valeat, etiamsi excedat tertium & quintum bonorum patris illud quod plus valebat quam vendita, vel locata fuit, etiamsi pater alium filium meliorauerit in tertio & quinto, nam titulo oneroso potest pater omnia bona alienare, nec filius contra alienata titulo oneroso potest contrauenire, nec habet aliquod remedium de iure ad reuocandum res alienatas hoc titulo, vt tenet glos. in l. prima, C. de inofficio. donatio. quam sequitur ibi, Cinus Bald. & Paul. & ceteri Scribentes.

Sed hoc non obstante, se deue tener lo contrario, si el exceso de lo que mas valia la cosa q̄ el padre vendio, o arrendo al hyo de lo que recibio por ella fuesse mucho, porque esta de derecho se llama y es donacion velada en aquello que mas vale la cosa, aunque suene titulo de venta o arr. damicto, vt tradit late Bart. quēcete rī sequūtur in l. ambiciosa, ff. de decre. ab ordi. faci. i. col. num. i. Cinus & Pau. in dicta lege i. C. de inoffi. don. & in l. i. C. si quid in frau. pa. Hostiē. in cap. Rainuntius de testamen. Pero esto se entiende y limita si el hyo, o hijos en cuyo perjuizio el padre ouiesse hecho esta donacion velada por titulo oneroso le pidieffen, y se querellassen dentro de cinco años despues de la muerte y aceptacion de la herencia del padre, porque por este

61

62

tiempo de cinco años se prescribe contra la querella inofficiosi testamenti, & inofficiosæ donationis, vt in l. fin. C. de inoffi. dona & l. si quis filium in fi. C. de inoffi. test. quod iure nouo non est immutatum, nam licet iuri agendi ad supplementum non præscribatur, nisi tempore triginta annorum, quando filius relinquitur minus legitima sua, sed quando grauatur per donationem alij factam, tunc necesse est quod de inofficiosa donatione queratur intra quinquenium, vt tenent Doctores in d. l. fin. C. de inoffi. donat. & hæc est communis opinio modernorum, vt firmat Paul. de Cast. in d. l. fin. C. de inofficio. donatio.

QVAESTIO XXII.

Vigesimo secundo quæro. Si la madre muerto el padre dio a uno de sus hijos comunes en dote y casamiento, o en donacion propter nuptias, una casa, o viña, o otra rayz, de los bienes comunes, antes que hiziesse particion con sus hijos, si valdra esta donacion o assignacion de dte en perjuizio de los otros hijos, o si podran pedir que se parta como los otros bienes comunes, con mas los frutos que ha rentado, y rentare hasta que se parta, qua in re distinguendum puto. O esta cosa que la madre dio a uno de sus hijos, era propria della, y de su capital, y en este caso no ay duda, sino que la pudo dar a uno de sus hijos, quia in re propria quilibet est moderator, & arbiter, vt in l. in re mandata, C. mādaticum concordan. o era propria del capital del marido, y tambien es caso sin duda, que la madre no la pudo dar enteramente al uno de los hijos siendo como era comun de todos los herederos del padre, per regulam iuris id quod nostrum, est, ff. de regul. iur. Pero si esta heredad era comun de marido y muger, porque la ganaron q̄ adquirieron durante el matrimonio, en tal caso parece que valio la enagenacion que la madre hizo, dandola enteramente a uno de sus hijos en dote y casamiento,

63

64 *famiento, ò donacion propter nuptias, para en cuenta de su legitima que le pertenece de su padre, argumento tex. in l. Marcellus, §. res quæ ff. ad Trebellia. & quæ ibi notât Doctores, post glos. & Paul. in l. fin. §. si. C. cõmu. de legat. vbi habetur quod hæres grauatius restitueret alij hæreditatem potest vnam rem hæreditariam alienare, quæ non faciat vltra quartam Trebellianicam sibi debitam, & eã imputabit in quartam. Si ergo hæres grauarus restitueret hæreditatem potest vnam rem hæreditariam integram alienare, quæ nõ faciat vltra quartam, quæ sibi competit ex Senatoconsulto Trebelliano, multo magis poterit mulier alienare rem communem acquisitam constante matrimonio in qua habet plus quarta, quia habet dimidiam eius iure societatis per leges huius regni, maxime quod non alienauit eam extraneo sed filio qui in ea habebat partem tanquam vnus hæres patris, & sic non poterunt alij fratres prædictam rem vendicare pro partibus suis si mater habeat alia bona, ex quibus possit pars eorũ suppleri quod est notabile, & mēti tenendum, quia quotidie contingit, & est pulcra limitatio ad regulam iuris, id quod nostrum est, siue factõ nostro, à nobis auelli non potest, quia in prædicto casu cæteri filij amittunt dominium rei suæ sine factõ suo si mater habeat alia bona, ex quibus possit suppleri quod eis debetur. Sed certe non caret scrupulo prædicta opinio, nam pro contraria parte facit tex. in l. nemo ex socijs, ff. pro socio, vbi habetur quod socius non potest alienare plus parte sua quam habet in re inuito socio. Si ergo socius non potest durante societate plus parte sua alienare, multo minus poterit vxor finita societate morte mariti plus parte sua alienare, & ideò forte hæc pars verior est, & ad legem Marcellus, §. res quæ potest responderi quod ibi permittitur heredi alienare vnam rē quæ non faciat vltra quartam, quia hæres*

erat dominus totius hæreditatis ante restitutionem factam fidei commissario, in casu vero nostro mulier non habet dominium plusquam pro parte sua dimidia ideò non potest alienare totam rem sed partem solum quã habet in ea. Sed quid dicendum de fructibus illius rei quam mater tradidit vni ex filijs. Respondeo, *que si eran del proprio capital de la madre, ò comun con sus hijos porque fue adquirida durante el matrimonio menos derecho tienen los otros herederos para pedir que se traygan à partition los frutos pues la madre pudo dalla à vno de sus hijos enteramente como arriba esta dicho teniendo bienes de que poder suplir sus partes à los otros. Pero si esta heredad que dio enteramente al vno de los hijos era del padre y la heredaron todos los hyos por lo qual no la pudo enagenar la madre ni dalla toda enteramente al vno de los hijos, quanto à los frutos respectõ del possedor, no sera obligado à traellos à particion con los otros hermanos, porque possede con titulo y buena fee y haze los frutos suyos, vt in §. si quis à non domino, & quæ ibi notant Doctores, post glo. instit. de rerum diuisio. Pero es la duda si la madre que dio, en dote, ò donacion propter nuptias, à vno de los hijos esta heredad que era comun de todos ellos, porque la heredaron de su padre, sera obligada à pagar à los hijos ò tomar en su parte el valor de los frutos que ha rentado esta heredad los quales perdieron los hijos por su hecho della que la dio en dote ò donacion propter nuptias, à vno de los hijos, los quales no pueden cobrar los frutos del possedor porque los hizo suyos por aquel titulo y buena fee que tuuo en posseder aquella cosa que le fue dada por la madre. Respondeo, que si la madre era tutiz, ò curadora de los hijos, tenebitur ex mala administratione, à pagar à los otros hijos la parte de los frutos que les pertenecian de aquella cosa comũ pues no pudo dar en dote ni propter nuptias, mas que la parte que le pertenecia à aquel hijo a quien la dio y no la parte de los otros, quia factõ culpabili tutoris,*
vel

vel curatrici amisserunt fructus rei suae de quo tenentur omnestutores, vel curatores, vt in l. quicquid, & in l. cum interdictæ, C. arbi. tut. & l. pupil-
lorum, ff. de administrat. tut. Pero sino era tutriz, ni curadora de sus hijos en tal caso no seria obligada à pagar à los otros hijos estos frutos que perdieron, non magis quam si alienasset prædictam rem quilibet extraneus qui proculdubio de dictis fructibus non tenetur, sed possessor rei tenetur de fructibus restituendis vel non restituendis secundum regulam iuris traditam in d. §. si quis à non domino insti. de rerum diuisio & in l. & ex diuerso, ff. de rei vendi. vbi hoc distinguitur, & deciditur.

¶ Conclusionem tamen prædictam sic puto limitandam & intelligendam, que si los otros hijos y coherederos tuuiesen otros bienes rayzes comunes, de los frutos de los quales se pudiese suplir el daño de los frutos que perdieron, por auer dado à la madre aquella heredad enteramente, que era comun al vno dellos, porq̃ sino se la diera entera en pago de su legitima al hijo que se la dio en dote ò donacion propter nuptias, auia de lleuar otros tantos frutos de la otra rayz que se quedò para los otros hermanos, en tal caso no tendrían los otros hermanos recurso contra la madre para pedirle los frutos que auia rentado aquella heredad que dio à vno de los hijos, aunque fuesse tutriz ò curadora dellos, pues cessa el daño de los menores, en quanto à los frutos que perdieron, pues los cobran por otra parte, argumento legis si negotia, & quæ ibi, non tant Doctores, ff. de neg. gest. & in l. ex duobus eod. titul. & in l. de illo, ff. pro socio.

QVAESTIO. XXIII.

66 **V**igesimo tertio quæritur. Si el padre, ò madre mejorare à vno de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes, y despues edificò, ò comprò vna capilla para su en-

tierro y de su familia, y dotò en ella vna capellania perpetua para que le dixessen ciertas missas en cada vn año, en lo qual gastò mucha suma de maaucdis, assi en la dotacion de la capellania, como en edificar la capilla y ornamentos della, ò comprarla, muerto el padre ò madre, los hermanos dizen, que todo esto se ha de sacar del quinto en que el otro hermano fue mejorado, el mejorado dize, que no se han de sacar estos gastos del quinto, sino de todo el monton de la hazienda, y que hã de contribuir en ello todos los herederos. Et videtur quod hæc omnia deduci debeant de quinta parte bonorum, & melioratus in quinto imputare debeat in quinto hanc impensam, quia videtur quædam præuentio facta in vita ad sepulturam, & sic videatur, impensa funeris & donatio seu legatum pium pro anima factum quæ omnia de quinto deduci debent, vt habetur in l. 30. de Toro, quæ hoc expresse disponit. Ex contrario videtur dicendū, quod hæc omnia quæ in his impensa sunt agnoscere debeant omnes hæredes cum sit alienatio facta à patre in vita eius titulo oneroso, quo potest pater in vita sua omne patrimonium suum expendere & consumere inuitis filijs, etiamsi nihil eis relinquerit pro legitima sua, vt tenet glos. Cinus, & Paul. Bal. & Salice. & cæteri Scribentes in l. 1. super glos. magna prope finem, C. de inofficio, donatio? Respondeo, que quanto à los gastos que el padre hizo en comprar ò hazer de nuevo la capilla y ornamentos della, todo esto se ha de sacar del monton de la hazienda que dexò, si se deuian ò estan por pagar, y si està gastado tanto menos queda de la hazienda y herencia del defunto y no sera obligado el mejorado en el quinto à sacar lo de la dicha mejora, ratione supra dicta videlicet, quod pater possit titulo oneroso omnia bona sua alienare in vita, nec possunt filij contradicere, nec aliquem recursum habere pro legitima sua, vt tenent prædictæ glos. & Doctores, supra citati in l. 1. C. de inofficio.

in officio. donatio. ubi hoc notant Doctores, & in l. nō vsque ad eo. ff. si quis apa. fuerit manu. & in l. r. §. si quis, ff. si quid in fraudem patro. nec tenetur pater emere rem fructiferam aut vtilem quæ augere possit suum patrimonium, sed sufficiet rem honorificam emisse, vel suis expensis ædificasse, vt libere possit totum suum patrimonium in hoc consumere vel patrem eius inuitis vel contradicentibus filiis propter legitimam suam, sed solum poterunt contradicere & querella proponere de his quæ pater alienauit, titulo donationis vel lucratiuo, vt tenent omnes in d. l. r. C. de inoffici. donatio. alias sequeretur quod pater non posset emere decurionatum vel aliud officium publicum, quod nullum commodum, sed potius onus aut parum utilitatis habet, & quod illud officium vel pretium eius exire debeat de quinto de quo potest disponere pro anima quod esset absurdum, de quo nunquam quisquam dubitauit, ideo prædictam conclusionem verissimam puto quod hæc impendia agnoscere debeant omnes heredes, non solum filius melioratus in tertio & quinto bonorum, & ita respondi consultus in simili casu inciuitate Granatensi ab hæredibus, *del Licenciado Xaramillo*, super diuisionem bonorum eius quod iustum visum fuit aduocatis vtriusque partis & sequuti sunt responsum meum. Nec ad rem pertinet quod hæc videatur impensa funeris, & ideo de quinto sit deducenda, nam solum dicitur impensa funeris quod moderate expenditur ad funus & corpus sepeliendum non ad extructionem monumenti, vel capellæ, sine quo funus fieri potest vt habetur in l. r. §. fin. ff. ad legem falcid. quæ notabilis est in proposito. *Pero en lo que toca à la capellania y missas perpetuas y dotacion dellas, esto se sacara del quinto, quia est impensum pro anima & causa pia, quæ deduci debet de quinto, vt in d. l. 30. Tauri etiam si testator contrarium disponat, nec ob*

stat si dicatur, quod pater emit aliquod prædium aut fundum vt ex eo dotaretur prædicta Capellania & missæ dicerentur ex fructibus dicti prædij quæ quidem emptione negari non potest quin fuerit contractus onerosus, non donatio vel liberalitas ex lucratua causa, & sic videtur quod non debeat hoc exire de quinto, sed de toto patrimonio, vel hæreditate defuncti, sicut paulo ante diximus in Capella emptæ vel ædificatæ ex pecunia patris, nam dissimilis est causa, & ratio in vno casu quam in alio, nam dotatio Capellaniæ fit vt ex redditibus prædij ad hoc comparati elemosynæ soluantur Capellani promissis dicendis annuatim in dicta Capella, ne quotidie hæredes hoc soluere tenerentur, nec interest vt quotidie hæc soluantur elemosynæ aut retributiones sacerdotibus, an simul omnes eis præstentur in fine cuiuslibet anni ex redditibus prædiorum ad hoc destinatum sed si quotidie hæc distributiones, aut elemosynæ darentur sacerdotibus promissis dicendis, nulli dubium quod exire deberent & deduci de quinto. Ergo idem erit de prædio empto ad hoc destinato vt ex fructibus & redditibus eius hoc onus impleatur quod proculdubio ad causam piam implendam perpetuo comparatum est, non ad aliam rem familiarem, ideo de quinto deduci debet, non autem cæteri fratres hæc impendia agnoscere tenentur rationibus supradictis.

QVÆSTIO. XXIII.

67

68

Vigesimo quæro 14. *Si el padre o madre hiziesse su testamento ante vn escriuano, y cinco testigos è instituyò por sus herederos à sus hijos, y diuidioles la hazienda en cierta forma y mejorò al vno dellos en el tercio y quinto de sus bienes, y acabado el testamento, y todas las mandas pias y graciosas è institucion de herederos, al tiempo que se auia de firmar y otorgar perdio la habla y espirò*

espirò sin que lo pudiese acabar ni firmar, es agora la duda si valdra el testamento, ò la mejora en el contenida que el padre hizo à uno de sus hijos, & videtur quod tale testamentum non valeat, nec prælegatum seu melioratio facta vni ex filijs nec etiam valeat vt codicillus, vt est tex. expressus in l. fideicommissa in princip. versi. quomies. ff. deleg. 3. & in l. si is qui, ff. de testa. & l. ex ea scriptura cod. tit. & l. i. ff. de iure Codicill. *Mayormente estante oy la pregmatica del Reyno que da la forma como se han de hazer y otorgar las escripturas publicas ante los escriuanos que requiere por forma, que se lean à las partes, y las firmen de sus nombres y que de otra manera no valan ni hagan fee, vt habetur in pragmatica, de los Reyes Catolicos fecha en Alcalá año de 1503. fol. 191. Por lo qual parece claramente, ansi de iure communi como de iure Regio, que este testamento y mejora en el hecho no valan por testamento ni por codicillo.*

¶ Pero sin embargo de lo arriba dicho in præposita quæstione, se deue tener lo contrario, y que valdra el dicho testamento por testamento nuncupatiuo hecho sine scriptis, ò à lo menos en quanto à la dicha mejora y particion de sus bienes q̄ el padre quiso que se hiziesse entre sus hijos por yguales partes, con que el hijo mejorado lleuasse mas la dicha mejora. Rationibus sequentibus supposito quod quinque testes viderunt & audierunt quod pater instituit omnes filios suos æqualiter hæredes, excepta melioratione facta vni ex eis & viderunt & audierunt omnia in testamento contenta pronuntiata esse à testatore (legitimo numero testium interueniente,) attenta dispositione legis Regiæ quæ solum requisitum præsentiam quinque testium ad faciendum testamentum nuncupatiuum vt habetur in l. i. tit. de los testamentos, lib. 5. ordin. anti. & in l. 3. Tauri quæ illam confirmat.

¶ Et ad maiorem declarationem huius articuli est præmittendū, quod

si testator cepit facere testamentum in scriptis coram Tabellione & legitimo numero testium & non potuit perficere in scriptis, quia postquam pronunciauit hæredes suos obmutuit vel expirauit non videtur ad vnā speciem testandi se restringisse, sed voluisse quod testamentum suum valeret meliori modo quo possit, cum ergo pronuntiauerit coram quinque testibus voluntatem suam & institutionem heredum, & prælegata si non constat quod voluit alios plures hæredes pronuntiare, valebit testamentum tanquam nuncupatiuum sine scriptura, licet scriptura non valeat hoc tenet expresse Cinus, Paul. & Alexan. in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de testamen. quod etiam probatur & fundatur ex tex. in allegata, l. si is qui, ff. de testamen. qui est casus notabilis & bene probat dictam conclusionem si bene consideretur cuius verba sunt, si is qui testamentum faceret, hæredibus primis nuncupatis priusquam secundos exprimeret hæredes obmutuisset magis cepisse eum testamentum facere quam fecisse Varus digestorū lib. 1. Seruium scripsit respondisse ita que primos hæredes ex eo testamento non futuros. Labeo tamen hoc verum esse existimat si constaret voluisse plures eum qui testamentum fecisset hæredes pronuntiare, ego nec seruium puto aliud sensisse. *De la qual dicha decision se colige y prueua que aunq̄ el testador no aya acabado de hazer su testamento si llegò hasta institucion de herederos que es en lo que consiste la fuerça y ser del testamento sino constase que queria pronunciar otros herederos demas de los primeros y por la enfermedad no pudo en tal caso valè el testamento hecho por el testador con todo lo en el contenido y los legados y mandas en el hechas. Etiam si constaret alia legata voluiesse facere, non ideò minus valebit testamentum factum quod est valde notandū, non enim ait tex. si constaret testatorẽ aliud disponere voluisse hoc est alia legata*

legata facere, tunc non valere testamentum, sed solum si constaret voluisse plus hæredes pronuntiare, tunc enim non valebit testamentum quia nescitur quot hæredes esse voluit testator hæreditatis suæ, & in specie istam conclusionem quod testamentum valeat si testator cepit id facere & hæredes instituit coram legitimo numero testium si non constaret quod plures hæredes testatorem pronuntiare voluisset ultra Doctores ibi tenet Roder. Xua. in l. quoniam in prioribus quæst. 4. fol. 89. & Anton. Gom. in l. 3. Tauri numer. 18. & num. 102. cum sequent. vbi dicunt valere testamentum etiam in casu dubij, quando non constaret quod testator voluit alios hæredes pronuntiare, non solum quando constaret noluisse alios hæredes pronuntiare, quod euidenter colligitur ex illo tex. in eo quod dicit, si constaret voluisse plures eum qui testamentum fecisset hæredes pronuntiare. Ergo si non constaret in casu dubij, valeret testamentum. *Transi se deve tener q̄ aunque el testamento no vala quanto à prouarse por la escritura, porque no fue acabada con la solemnidad y forma que se requeria conforme à la prematica de estos Reynos, pero valdra por testamento nuncupatiuo que no requiere escritura sino solamente que el testador nombre por su boca los herederos que instituye, coram legitimo numero testium ex doctrina Alex. & aliorum quos supra citauimus.*

¶ Pero pongamos que no huuo en el dicho testamento empeçado, y no acabado como dicho es cinco testigos firmados ò tres cõ el esortuano, ò si huuo cinco ò siete al menos, no vieron, ni entendieron mas que los dos ò tres la mejora que el padre hizo al vno de sus hijos en tal caso no valdra el testamento, ni menos valdra por codicillo, porque se requiere oy en el codicillo la misma solemnidad de testigos q̄ en el testamento abierto aunque sea entre hijos como lo dispone la dicha ley tercera de Toro, y no auiendo interuenido cinco

testigos ni valio por testamento la dicha disposicion ni por codicillo, pero aunque no vala por testamento ni codillo valdra con dos ò tres testigos aquella voluntad, in genere, declarada por el padre ò madre, en que manera quiere que se partan sus bienes entre sus hijos que es aquella, q̄ aquel hijo mejorado lieue mas que los otros los bienes contenidos en la dicha mejora. Hic est tex. notabilis que ad hoc notat ibi Doctores post glos. in l. filij patris, C. famil. her. vbi habetur, quod voluntas patris circa diuisionem bonorum suorum seruanda est, etiam si tam circa testamentum quam circa codicillos iudicium eius deficiat, vbi glo. & Doctores, dicunt, quod decisio illius legis procedit si voluntas patris declarata sit coram duobus, aut tribus testibus sine aliqua solemnitate iuris ciuilis. ¶ Nec obstat si dicatur quod hoc est correctum per dict. l. 3. Tauri quæ disponit, quod inter liberos & in codicillis requiritur eadem solemnitas quæ in testamento nuncupatiuo data per legem ordinament. nã illud verum est quoad testamenta & codicillos non quoad aliam voluntatem patris circa diuisionem bonorum, nã illa nõ corrigitur per dictã legẽ Tauri, cū euidenter loquatur quantum ad solemnitatem testium tam circa testamenta quam codicillos, prædicta vero lex filij patris, C. fami. her. aperte loquitur, quod sit seruanda voluntas patris in hoc etiam si testamentum vel codicilli eius deficiant, ideo decisio illius legis seruanda erit cum nõ repariatur correctã iure cõmuni vel regio.

Q V A E S T I O. XXV.

VIGESSIMO quinto quæro. Si el padre ò madre muriesse y dexasse quatro hijos, ò mas, tres hermanos varones y una hembra antes que partiessen la herencia de su padre ò madre queriendose casar la hermana, que era menor de veynete y cinco años, dieronle los hermanos en

P lugar

lugar de la quarta parte de la herencia
 que tenia comun con ellos una heredad
 o fundo enteramente en lugar de su quar-
 ta parte pro indiuiso que tenia en la he-
 rencia de su padre, o madre, y ella les dio
 y cedio el derecho, que tenia a la quar-
 ta parte de toda la dicha herencia y ella
 dio en dote a su marido aquella heredad,
 o fundo que le dieron sus hermanos en lu-
 gar de la quarta parte que tenia en la di-
 cha herencia, passados muchos años que se
 casó esta hermana dentro de la edad de
 los veinte y nueue años que tenia para pe-
 dir restitucion parecio que la quarta par-
 te que le pertenecia de la dicha herencia
 valia mucho mas que la heredad que le
 dieron sus hermanos, por la quarta parte
 de la dicha herencia por lo qual pide resti-
 tucion contra el dicho contrato o permuta-
 cion que hizo con sus hermanos de la
 quarta parte de herencia por la dicha he-
 redad, los hermanos dicen que en caso q̄
 aya lugar la dicha restitucion que la her-
 mana les ha de boluer la dicha heredad
 que le dieron por la quarta parte de la he-
 rencia. El marido no quiere boluerla a
 la muger ni a sus hermanos porque vale
 agora mas de lo que valia quando se le
 dio, y porque aunque la quarta parte de
 la herencia vale mas que la heredad for-
 te es en dineros, o mueble que no le renta
 tanto como la heredad y por esso no quie-
 re boluella porque son suyos los frutos de
 la cosa dotal conforme a derecho, es ago-
 ra la duda si el marido sera obligado a to-
 mar la quarta parte de la dicha herencia
 y dexar la heredad que recibio en dote, o
 si la muger sera obligada a boluella qui-
 riendo gozar del beneficio de la restitucion
 para que se le entregue su quarta par-
 te de herencia, o bastara boluer la estima-
 cion de la heredad pues no es en su mano
 restituylla por auerla dado en dote a su
 marido, y en caso que cūplacō boluer la es-
 timacion de la heredad que recibio si fere
 el precio que oy vale o quando la recibio
 & videtur quod maritus non teneatur
 reddere fundum vxori constanti
 matrimonio vt eo restituto possit
 obtinere restitutionem, vt in l. si con-

stante, ff. solut. matrimon. & in l. vbi
 adhuc, C. de iur. dot. & in l. sicut ab
 initio, C. de actio. & obligat. si ergo
 maritus non tenetur reddere fundū
 dotalem vxori, ergo nec ipsa poterit
 restitui aduersus prædictum contra-
 ctum permutationis factum cum fra-
 tribus, nam quando minor restitui-
 tur aduersus contractum, maior etiam
 restitui debet, vt consequatur rem suā
 quam dedit minori, alias autem non
 auditur minor restitutionem petens
 rei suæ nisi quod recepit restituat, vt
 in l. quod si nolit, §. restitutio, vbi no-
 tant Doctores post glos. ff. de minor.
 & in l. patri pro filio, §. si pecuniam
 eod. titul. Pero sin embargo desto en es-
 te caso se deue tener lo contrario y que a
 esta muger se ha de otorgar la restitucion
 que pide contra sus hermanos y coherede-
 ros prouada la lesion que recibio en de-
 xar y permutar la quarta parte de la he-
 rencia por aquella heredad o fundo q̄ reci-
 bio aunque no le buelua porque lo renta
 enagenado en el marido que se le dio en
 dote, el qual no es obligado a boluello sino
 quiere mientras dura el matrimonio, y so-
 lamente sera obligada a boluer el precio
 que valia aquella heredad que recibio en
 trueco por la quarta parte de la dicha he-
 rencia al tiempo que lo recibio, tex. est no-
 tabilis & menti tenendus in l. Titia
 cum esset minor, ff. de iure dot. quide
 clarat totum titulum, ff. de mino. nam
 licet minor teneatur reddere rē quā
 emit carius quam valeret si petat resti-
 tutionem contra emptionem, vt ha-
 beat rem suam, vel pretium quod de-
 dit pro ea vt in dict. l. quod si nolit.
 §. restitutio, & in l. patri, §. i. de mi-
 nor. illud verum est si rem quam emit
 possideat. Sed si eam non possidet,
 quia eam alienauit, sufficit quod resti-
 tuat pretium eius, quod valebat tem-
 pore quo eam accepit, & in hoc vl-
 timo est ille text. valde notandus
 quod si forte res quam emit hodie
 cum petitur restitutio valet mul-
 to plusquam valebat tempore quo
 eam recepit, quia tempore creuit
 valor

valor eius, non tenetur restituere illud, sed solum pretium quod valebat tempore quo eam habuit, quod probat ille tex. in dict. l. Titia, cum esset minor. ff. de iure dot. in fine, cuius verba sunt, Modestinus respondit nihil proponi cur marito dos auferenda sit sed in meram æstimationem pretij mulier vel eius heredes condemnandi sunt in hoc tempus referendâ quo in dotē datus est, quæ quidē decisio dura esse videtur quod licet mulier restituatur contra permutationem quam fecit & non teneatur reddere fundum quem recepit quia non habet facultatem rei restituendæ, solum teneatur ad pretium quod valebat fundus eo tempore quo illum recepit, & non pretium quod nunc valet tempore quo petitur restitutio, licet opera sua nō sit facta melio ratio aliqua in eo, sed tēpore in quo videntur grauari fratres, sed ita lex scripta est ideo multum est notanda & menti tenenda eius decisio.

Q V A E S T I O. XXVI.

Vigesimo sexto quæritur de quæstione quæ nūc pendet in hoc Granatēsi prætorio. Si el padre ò madre prometio en dote à su hija seys mil ducados en esta manera, los dos mil ducados en un cortijo ò heredamiento, apreciado en dos mil ducados y tres mil ducados en un juro p erpetuo de treynta mil maravedis de rēta à razō de çic ducados por cada millar de rēta lo demas endi neros y mueble apreciado por dos personas hasta henchir la dicha cantidad de seys mil ducados. Parece que el cortijo ò heredamiento valia mucho mas al tiempo q̄ se hizo la capitulacion y promesa de dote dada la dote como se prometio muer to el padre ò la madre q̄ la dio, y suelto el matrimonio la hija q̄ fue dotada quiere pedir al marido ò à sus herederos el mas va lor del cortijo que lleuò en dote, que lo reciba en el justo precio ò le supla y pa-

que lo que mas valia el marido ò sus he-
herederos lo contradizen, porque aunque
en el aprecio del heredamiento fue enga-
ñada la muger ò su padre ò madre que le
dieron apreciado en la dicha cantidad
no fue tanto el engaño que llegue à la mi-
tad del justo precio, y aunque llegara à la
mitad no puede la muger pedir este agra-
uio porque no dio ella estos bienes en dote
sino su madre y ella recibio el agrauio, à
la qual, y a los otros sus hyos y herederos
compete el derecho de pedir este engaño
si alguno huuo en el aprecio del dicho he-
redamiento, quæritur quid iuris sit in
proposita quæstione. Et primo viden-
dum est, si deceptio quæ contingit, in
appretio prædicti fundi non excedat
dimidiam iusti pretij, an prædicta mu-
lier vel pater eius qui dotem dedit
vel eius hæredes agere possint ad res-
cindendum prædictum contractum
vel ad supplementum iusti pretij. Se-
cundo an vxori vel parenti eius qui
dotem dedit, competat hæc actio,
quoad primum videtur quod si non
vltra dimidiam iusti pretij læsio con-
tingat in æstimatione prædicti fundi
non possit peti rescissio prædicti con-
tractus, vt in l. 2. quæ ibi notant
Doctores, C. de rescinden. vendi.
& in l. 4. titul. 7. lib. 5. ordinamen. an-
ti. sed veritas est in contrarium, imo,
que aunque la lesion no sea tan grande
que llegue à la mitad del justo precio si
no en qualquier cantidad que sea se ha
de deshazer el engaño, ora el marido sea
agrauiado en el aprecio de la cosa dotal,
ora la muger ò qualquier otra persona
que dio la dote, vt habetur in l. iure
succursum, ff. de iur. dot. & in l.
16. titul. 11. de las dotes, part. 4. y an-
si se concluye que la lesion que en esto hu-
uo en el aprecio del dicho heredamien-
to se ha de deshazer aunque no sea tan
grande que llegue à la mitad del justo
precio, sino que el engaño sea en mu-
cho menos cantidad, quia hoc statu-
tum est fauore dotis vt in dictis iuri-
bus.

¶ Quanto à lo segundo digo que aunque sea verdad que el padre, ò madre que dieron la dote, pueden pedir que se deshaga la lesion que huuo en el aprecio del dicho heredamiento pero no lo puede pedir la muger en cuyo fauor se dio esta dote, porque ella no hizo el contraçto, ni dio la dicha dote ni recibió agrauio alguno en ello, porque al principio no fue dado ni prometido el dicho heredamiento en dote, sino la dicha cantidad de seys mil ducados, y en parte de pago dellos fue dado el dicho heredamiento en precio de dos mil ducados valiendo como valia mucho mas, y este agrauio solo lo recibió el padre ò madre cuyo era el dicho heredamiento que valiendo tres mil ducados, ò dos mil y quinientos lo dio apreciado en dos mil ducados. Pero esto se à ha de entender y limitar, saluo sino precedio primero promessa de dote, en que le prometieron el padre ò madre de dar en dote à su yerno este heredamiento y las otras cosas en dote, porque si precedio la dicha promessa de dote del dicho heredamiento sin aprecio y despues se aprecio y dio en los dichos dos mil ducados en tal caso podra pedir la lesion y agrauio que huuo en el aprecio, la hya y no el padre ni la madre, porque ella recibió el agrauio en el dicho aprecio y no su padre ni madre porque ya fue dotal el dicho heredamiento, y el aprecio que hizo despues su padre ò madre no le pudo prejuaricar à ella porque ella no lo hizo ni consintio, y aunque lo consintiera podia pedir que se deshiziesse el dicho engaño pues era suyo y para ella el dicho heredamiento que se dio en dote, vt in l. plerumque & in l. si ego. ff. de iur. dot. & in l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonstra.

¶ De lo qual se sigue que en el primero caso quando el padre ò madre dieron el dicho heredamiento apreciado en menos de lo que valia, que si la hya es su heredera juntamente con los otros sus hermanos, o àr a pedir que se deshaga el dicho engaño y lesion por la parte que es heredera de su padre ò madre juntamente con los otros sus hermanos cada vno por

la parte que es heredero, vt in l. pro hæreditarijs, C. de hæred. actio. & in l. cū à matre, C. de reuend. cum cōcordan.

¶ Pero en un caso no podrian pedir el dicho engaño y lesion los otros hermanos de la muger que lleuò la dicha dote, ni ella como herederos de su padre ò madre, si el padre ò la madre que dieron el dicho heredamiento apreciado en dos mil ducados valiendo como valia tres mil ducados supieron el valor del dicho heredamiento, y aunque entendieron que valia mas lo dieron en el dicho precio de dos mil ducados para efeto que se hiziesse el casamiento, porque el marido no se casara con la dicha dote sino se le dier a el dicho heredamiento apreciado en los dichos dos mil ducados y no en mas, y assi lo puso por condicion y capitulacion al tiempo que se contraçto el dicho casamiento, vt patet in prædicta in speciei nostri casus quia intali casu non habet locum remedium legis secundæ. C. de rescin. vendi. quãdo quis scienter vendit rem suam minori pretio esciens quod plus valebat, non potest agere ad rescindendam venditionem, vt notant. Doctores. comuniter post glos. in dicta. l. secunda. C. de rescin. vend. Y assi no podran pedir este engaño el padre ò madre ni sus herederos, quia tali casu non competit eis remedium legis, secundæ. C. de rescinden. vendi. Pero en este caso podran pedir los hermanos desta muger que fue dotada contra el marido y no ella si aquel mas valor del dicho heredamiento de lo que fue apreciado excediesse la legitima de la hya porque no puede ser mejorada tacita ni expressamente por via de casamiento en el tercio ni en el quinto de los bienes de su padre ò madre cõforme à la prematia y c. de Cortes de Madrid del año de treynta y quatro, porq̄ fue ninguna, ipso iure, la dicha promissio ò donacio de dote en lo que fue mas que la legitima, y este derecho lo puede pedir los otros hermanos, y herederos como bienes de su padre ò madre, vt in l. si don. & ibi. not. glos. & DD. C. de colla. & in l. i. C. de in offi. dona. y la

y la hija no lo podrá pedir porque es dote inoficiosa, en todo aquello que excede de la legitima conforme à la dicha pre-
matica.

81 ¶ Pero si la hija fue instituyda por heredera de su padre ò madre juntamente con los otros sus hermanos, en tal caso auie-
do aceptado la herencia podrá pedir al marido juntamente con los otros sus hermanos la parte que le cabe como à vn heredero de la dicha dote inoficiosa, en lo que excede de la legitima como bienes y herencia de su padre como sino se ouiera dado ni prometido, porque no valio la dicha promission y dacion de dote en quanto fue mejora de tercio ò quinto tacita, ò expressamente, & hoc ius repetendum inoficiosam pertinet ad heredes proportionibus hereditarijs, vt in l. hæres in omne ius, ff. de acqui. hære. & in l. pro hereditarijs, C. de hereditatio. cum concordam.

¶ Pero si el padre ò madre confirmase en su testamento la dicha promission, ò dacion de dote inoficiosa, que hizo à su hija al tiempo que la casò ò la mandasse y legasse toda la dicha dote que ella ouiesse enteramente, suelto el matrimonio, no auie-
do hecho antes mejora de tercio y quinto irrenovable à otro, en tal caso la hija sola podrá pedir y llevar la dicha dote inoficiosa, y no los otros hijos y herederos, porque la dicha pregmatica de Madrid que prohibe que la hija no pueda ser mejorada tacita ni expressamente en el tercio ni quinto de los bienes de su padre, ò madre, habla quando se le diessse por via de dote ò casamiento. Pero en el testamento bien puede el padre mandar y dar à su hija parte de tercio ò quinto de sus bienes no lo teniendo dado à otro por contrato irrenovable, y assise entienda communiter la dicha pregmatica de Madrid & hoc expresse colligitur ex ea in quantum dicit, y mandamos que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto, &c. nã licet prædicta dotis promissio & constitutio non valuerit à principio in quantum excedit legitimam filia, co-

nualescit tamen propter legatum eisa-
ctum intestamento, vt in l. legata inuti-
liter, ff. de lega. i. & l. si quis à filio in
principio, & l. seruo alieno. §. penul.
co. tit. & in l. si pure. & l. si sic, ff. dele-
ga. 3.

83 ¶ Sed dubitari potest in casu præ-
misso, quando el marido recibio en dote
mas que monta la legitima de la hija de
la manera que diximos, recibiendo en do-
te el heredamiento apreciado en dos mil
ducados que valia tres mil, ò dos mil y
quientos, scienter quo casu videtur
donatum quod plus valebat, si esta de-
masia que valia mas el heredamiento de
lo que fue apreciado cupiesse en el quinto
de los bienes del padre ò madre que lo dio
si lo podrá retener el marido, vt quæli-
bet extraneus cui potest pater donare
quintum bonorum suorum, quia in
hoc non tangitur legitima filiorum,
sed potest pater de quinto libere dis-
ponere de quo poterat disponere pro
anima sua, vt in l. 9. tit. 5. lib. 3. fori &
in l. 9. Tauri. Respondeo, que se le po-
drá pedir al marido esta demasia que va-
lia mas este heredamiento de lo que fue
apreciado, aunque cupiesse en el quinto de
los bienes del padre ò madre que lo diere
en dote, y no lo podrá retener por el quin-
to de que podia el padre ò madre dispo-
ner libremente y dallo à qualquier estra-
ño, porque aqui lo recibio por via de dote
y casamiento que es titulo reprobado, per
legem, por el qual, no puede recibir el
marido mas que la legitima de la muger,
y todo lo demas que recibio, est ipso iure
nullū, vt dicta pregmatica de Madrid
del año de 34. cap. 101. & in hoc filia
est deterioris conditionis quam ex-
traneus qui hoc poterat retinere titu-
lo donationis vsque ad quintum, fi-
lia vero, vel maritus eius non potest
retinere si titulo dotis sibi datum est,
quod est valde notandum.

¶ Ad vnum tamen est aduer-
tendum, quod in casu præmisso
licet fratres agere possint con-
tra maritum sororis suæ, que rece-
bio la heredad apreciada en menos

de lo que valia, del padre ò madre de su muger sabiendo que valia mas, quo casu diximus esse donatione dotis causa factam, & non valere si excedit legitimam filia, que en este caso no podrá los hermanos pedir à la hermana la tal demasia, aunque sea suelto el matrimonio, si no al marido ò à sus herederos, porque la muger no lleuò cosa alguna desta demasia sino los herederos del marido porque este heredamiento fue apreciado en dos mil ducados aunque valia tres mil, y se hizo propio del marido, como si le comprara, y y solos los dos mil ducados fue obligado à boluer à la muger y estos son de su dote en lugar del dicho heredamiento, y no la heredad ò fundo que le fue prometida en dote en dos mil ducados, vt in l. plerunque, ff. de iure dot. cum concordant.

85

QUAE S T I O. XXVII.
Vigesimo septimo queritur in casu proposito, si el padre, ò madre que dio este heredamiento en dote à la hija en menos de lo que valia, tenia mejorado por contrato irrevocable à vno de sus hijos en el tercio y quinto de sus bienes ò lo mejorò despues, si podran pedir todos esta demasia que valia mas este heredamiento al marido que la recibio, ò solo el mejorado. Respondeo, que si la mejora fue hecha antes que el padre ò madre diese la dote, à la hermana como està dicho, sine dubio podra pedir solo el mejorado esta demasia que valia mas esta heredad de los dos mil ducados en que fue apreciada si la mejora fue hecha por contrato irrevocable conforme à la ley 17. de Toro, porque no pudo despues hazer donacion del quinto à otro, vt in dicta lege 17. de Toro & in l. 26. de Toro, salvo si esta demasia que valiamas este heredamiento no cupiesse en el quinto, porque en tal caso por lo que excediesse del quinto, podrian pedir los otros hijos, porque en aquello fue inoficiosa, y se les quitò de su legitima, vt in l. 29. de Toro, & in l. 9. titul. de las mandas, lib.

3. for. Pero si esta mejora de tercio y quinto se hizo despues de la dote à vno de los otros hijos, es la duda si podran pedir esta demasia de lo que valia mas la dicha heredad que los dos mil ducados en que fue apreciada todos los otros hermanos y herederos del padre ò madre que la dio ò solo el hijo mejorado, & videtur quod nemo eorum petere possit, vt in l. 25. Tauri & l. 9. tit. 6. lib. 5. recop. qua cauetur, vt de dotibus & donationibus propter nuptias alijs filijs factis, etiam si praedicti filij conferant vel eas trahant ad partitionem, non possit deduci melioratio tertij & quinti, & sic non possit deduci de ista dote data filia, sed illa loquitur de dotibus, vel donationibus propter nuptias validis, nam cum recesserint praedicta bona alienata à patrimonio patris non potest pater de eis disponere nec de is alijs meliorationem facere, etiam si eas trahant ad collationem hæc enim fuit ratio dubitandi, & decidendi illius legis 25. de Toro, vt ibi notant omnes Scribentes, sed in casu nostro non valet dotis constitutio ipso iure in portione qua pater meliorauit filiam, vt in dicta pragmática de Madrid, & sic cum remaneat melioratio praedicta in bonis patris tanquam si nulla melioratio facta fuisset, aura el mejorado su parte en esta porcion que el padre dio y mejora à la hija por via de casamiento, pues no valia la mejora hecha à la hija, y de necesidad ha de lleuar el mejorado en el tercio y quinto (aunque la mejora se hiziesse despues de dada la dote) su mejora de todos los bienes y derechos y acciones que el padre tenia, y assi ha de lleuar su parte de mejora y herencia en este derecho, que el padre y sus herederos tenian de repetir y cobrar los bienes desta mejora que hizo à la hija, y todos los herederos lleuaran su parte pro rata, pues no valio ipso iure, & venit diuidendum inter herederos tanquam patrimonium patris, vt in l. si donationes, & quæ ibi notant DD. post glos. in simili

86

87

88 simili quæst. C. de collatio. sed hic est aduertendum, que si la mejora de tercio y quinto se hizo à otro hijo despues que el padre ò madre dotaron à su hija, como es à dicho, no podra el hijo mejorado pedir à la hermana la parte que lleuò en dote mas que su legitima, si esta dote que lleuò no excediesse de la parte que le podia caber à esta hija como à vno de los hijos y herederos de su padre, ò madre, sino hizieran la dicha mejora de tercio, exempli gratia, pongamos que el padre, ò madre tenían quatro hijos varones y hembras, y quatro mil ducados de patrimonio, caso una hija, y diòle mil ducados en casamiento. en este caso parece, que si el padre no hiziera mejora de tercio y quinto à ninguno de sus hijos, ò muriera abintestato, que esta hija podia llevar de su legitima estos mil ducados que recibio en dote, pues les quedarian à los otros hermanos cada mil ducados como ella recibio en dote, pues no lleuò en ellos mejoría alguna de tercio ni de quinto. Sed re vera si hoc bene consideretur filia dotata tenebitur reddere filijs & hæredibus patris, partem dotis quam recepit plusquam legitimam suam, quatenus tangit quintum bonorum patris, non autem quatenus tangit quintum & tertium, sed solù quintum, alioquin sequeretur, quod si filia contenta dote quam recepit abstinuisset se ab hæreditate paterna, quod cæteri fratres tenerentur de legitima sua, quam receperunt ex bonis patris, non maiorem quam filia dotata facere impensam funeris, & soluere legata, si pater fecisset testamentum, & in eo aliqua legata, quæ omnia non excederent quintam partem bonorum quod esset absurdum, & cæteri filij grauaruntur in legitima sua.

¶ Et vt hoc melius percipiatur præmittendum est, quod legitima filiorum potest dupliciter considerari vno modo legitima larga, alio vero legitima minuta, larga legitima est omne patrimonium patris aut matris excepta quinta parte bonorum, de qua potest libere testari, vel disponere

pro anima sua vel inter extraneos, & hæc legitima est in parte voluntaria, nam pater potest si velit ex reliquo patrimonio suo, quod est legitima filiorum, excepto quinto meliorare vnum quem voluerit ex filijs in tertio bonorum. Minuta autem legitima & necessaria est omne patrimonium patris quod reliquit tempore mortis excepto quinto & tertio, de quibus potest disponere, inter extraneos de quinto de tertio vero inter filios vel descendentes, nam postquam pater disposuit de tertio & quinto, de reliquo quod est legitima minuta & necessaria omnium filiorum non potest pater aut parens ultra disponere, quia est legitima necessaria omnium filiorum diminuta in quantum pater potuit eam diminueri, hæc distinctio & definitio sumitur ex l. 9. tit. 3. lib. 3. fori, & l. 29. Taur. Hoc præmissis ad quæstionem propositam sic respondeo, que si el padre que dotò de sus bienes en mil ducados à su hija, tenía quatro mil ducados de patrimonio al tiempo que la dotò y al tiempo de su muerte, y despues mejorò à un hijo en el quinto de sus bienes, ò en el tercio y quinto, que todo aquello que lleuò la hija en dote demas de su legitima larga, que son trecientas mil maravedis lo que le pudo caber de su legitima entre quatro hijos, de vn quento y dozientas mil maravedis que quedan de vn quento y quinietas mil, sacadas trezientas mil del quinto que ha de auer el hijo mejorado en el quinto, lo ha de boluer al hijo mejorado, aunque la hija renunciò la herencia de su padre, que son setenta y cinco mil maravedis lo que lleuò demas, porque no le pertenecian mas de trezientas mil de su legitima larga si el padre no hiziera mejoría de tercio à ninguno de sus hijos, y lo mismo boluera a todos los otros hermanos si ninguno fue mejorado en el quinto, porque no se puede dudar, sino que todo aquello que lleuò demas de trezientas mil maravedis, que era su legitima larga, es mejora del quinto, y aunque conforme à la ley 29 de Toro no se podia

dezir la dote isoficio, quando cabe en la legitima y tercio y quinto, ni se puede sacar la mejora de tercio y quinto de las dotes aunque las hijas las traygan à collacion y particion, vt in l. 25. de Toro: pero por la nueua premativa de las Cortes de Madrid hecha año de 1534. se corrige en esto la ley de Toro en quanto dispone que la hija no pueda ser mejorada por via de dote tacita ni expressamente en el tercio ni quinto de los bienes de su padre, ò madre, y da por ninguno todo lo que en contrario se hiziere, y assi no se puede negar in specie supra posita, que la hija que recibio los dichos mil ducados en dote sea mejorada tacitamente en aquello que lleuò de mas de su legitima, q̄ son los dichos setenta y cinco mil marauedis que lleuò del quinto. porque aunque el padre no hiziera mejora de tercio, lleva esta hija toda su legitima enteramente de todos los bienes del padre, excepto el quinto en las trezientas mil que le quedan de los mil ducados sacados los setenta y cinco mil marauedis, como dicho es, que ha de boluer al mejorado en el quinto, ò à todos los hermanos si ninguno fue mejorado.

89 ¶ No ostaria lo dispuesto por la ley 27. de Toro, que dispone que no se puede sacar la mejora de tercio y quinto de las dotes, ò donaciones propter nuptias, que se traen à collacion por los otros hijos, porque la dicha ley habla como diximos arriba, y della misma se colige, y de la ley 29. en caso que la dicha dote, ò donacion fuese valida, pero si fue nulla al principio, como la anula la premativa del año de 34. non est dubium quod reddere debeat filia illud in quo fuit tacite mejorata, cum retinere nõ potuit quod plus sibi datum est nomine dotis quàm legitima sua, vt apparet ex dictis legibus. Pero si el padre mejorasse en tercio y quinto à uno de sus hijos despues q̄ dio los mil ducados de dote à la hija, de tal manera, que del dicho un quinto y medio que dexò de herencia à sus hijos sacado el tercio y quinto no le quedasse à esta hija mas que dozientas mil marauedis de la legitima corta, que son las ochocientas

90 mil que quedan por legitima de quatro hijos, y cabe à cada vno dozientas mil, en tal caso no seria obligada esta hija à boluer à sus hermanos lo que mas se le dio en dote de las dichas dozientas mil, sino solas setenta y cinco mil que diximos arriba aunque lleua mas de lo que le viene de su legitima corta, como dicho es, porque la dicha premativa del año de 34. no dize que la hija no pueda llevar en dote mas q̄ su legitima, sino que no pueda ser mejorada en tercio ni quinto, y no es mejora llevar todo lo que le puede pertenecer y caber en su legitima, no mejorando el padre en el tercio à ninguno de sus hijos, porque esto bien lo puede hazer el padre, y obligarse à ello, y vale la obligacion y promessa de no mejorar, vt habetur in l. 22. de Toro, & tenebitur pater, aut mater hoc facere, idcirco si sine pacto, & promissione de non meliorando id fecerit pater non impidietur filia recipere, & habere legitimam suam integram, & partem sibi competentem ex omnibus bonis patris excepto quinto, nam in arbitrio patris fuit non facere meliorationem tertij alicui filiorum, & propter hoc non intelligitur filia meliorata in aliquo quod prohibet prædicta lex, non autem prohibet habere filiam legitimam plenam, que sibi competit, si pater noluerit vti facultate sibi data à lege, vt possit meliorare vnum ex filijs si velit in tertio bonorum. Nec obstat si quis dixerit, quod licet filia non prohibeatur per dictam pragmaticam de Madrid, habere legitimam plenam quæ sibi competit ex bonis patris non facta ab eo melioratione tertij, sed in casu quo pater meliorauit (post dotem datam filia) aliquem ex filijs in tertio & quinto bonorum, vt præsupponitur in casu præmisso, videtur quod à filia dotata sit auferendam illud quod plus habet quam legitimam deducto tertio & quinto in quo postea meliorauit filium. ¶ Assi aye de boluer todo lo q̄ lleuò en los mil ducados que recibio en dote de mas de las dozientas mil marauedis que

que le caben de su legitima sacado el tercio y quinto en que mejorò el padre à uno de sus hijos, pues sacado tercio y quinto de los dichos quatro mil ducados, no les quedan à los quatro hijos mas de ochocientas mil maravedis, que cabe dellos à la hija, y à cada uno de los otros hermanos, à dozientas mil. Respondeo, que si el padre no mejorò, ni dispuso mas de en el quinto de sus bienes, es cosa llana que à la hija dotada en los mil ducados, le cupo de su legitima de un quento y dozientas mil que quedan de herencia del padre sacado el quinto trezientas mil maravedis, y dellos no ha de boluer nada, porque no tiene mejoría alguna, mas que su legitima y solamente boluera las setenta y cinco mil maravedis de los mil ducados que recibio, al mejorado en quinto, vt supra diximus. Pero si el padre mejorò de mas del quinto à un hijo en el tercio, parece que no le queda à la hija dotada, ni puede llevar de legitima mas de dozientas mil maravedis, de las ochocientas que quedã por legitima de todos quatro hyos, sacado el quinto y tercio de que pudo disponer el padre, à los quales se responde, que esto procede y ouiera lugar si el padre ouiera primero mejorado al hijo en el tercio, ò tercio y quinto de sus bienes por contrato irrenocable, y despues dotara à la hija en mil ducados, porque entonces no pudo llevar de quatro mil ducados que tenia de hacienda su padre mas que dozientas mil maravedis, y todo lo de mas es mejora que no lo pudo hazer el padre à la hija, ni à otro alguno auiendo la hecho primero à otro de sus hijos por contrato irrenocable, pero si dotò primero à la hija en los dichos mil ducados, de los quales fue capaz de las trezientas mil de su legitima quando la caso, no auiendo hecho mejora à ninguno de sus hijos, no pudo despues mejorar en el tercio à otro de sus hijos, alomenos en la parte del tercio que auia dado à la hija, que fueron cien mil maravedis mas de las dozientas mil que le cabian de su legitima, si valiera la mejora de tercio que despues hizo, porque bien pudo el padre darle en dote à la hija su legitima entera

sin sacar della mejora de tercio, y en esto no es visto ser mejorada, pues no lleva mas en las trezientas mil de lo que le cabe de su legitima, no auiendo entonces hecho mejora de tercio, y la hija puede escoger uno de dos tiempos, de la muerte del padre, ò quando se le dio la dote para que no sea inoficiosa, vt habetur in l. 29. de Toro, y valiendo la dote al principio, y no siendo inoficiosa, hasta en la cantidad de las dichas trezientas mil maravedis, no se puede sacar despues la mejora del tercio de las dotes que se traen à colaciõ y particion, vt in regula iuris factum legitime, & in d. l. 29. de Toro, aunq se puedan sacar de la dicha dote de mil ducados las setenta y cinco mil maravedis, de lo que comò y lleuò del quinto (vt supra diximus) porque aquello es mejora, y lleva mas que le puede caber en su legitima y esta mejora està prohibida por la dicha prematica, y fue ninguna al principio, pero lo que lleuò del tercio en las trezientas mil maravedis, no es mejora del tercio sino dexarle el padre su legitima entera à la hija, sin mejorar en el tercio à ninguno, que lo pudo hazer, & sic debent intelligi prædictæ leges rationibus supra dictis, quod est bene notandum in practica in diuisionibus bonorum faciendis, quia quotidie contingit.

¶ Sed quid, si pater postquam dotauit filiam acquisiuit alia bona puta quinquaginta millia, & de eis tantum disposuit in legatis, & impensa funeris de trecentis autem quæ faciebant quintum cum dotauit filiam, vt supra diximus, noluit disponere, sed ea reliquit tribus filij masculis hæredibus suis, vel ea prælegauit eis, ita vt computatis prælegatis cum legitima cuiusquam, quæ fuerant trecenta millia vnusquisque eorum habet ex bonis patri tantum quantum filia dotata, an tenebitur filia reddere illa septuaginta quinque millia, quæ habuit plusquã trecenta, quæ faciebãt legitimam suã vt patet in sequenti exemplo. El padre ò madre que tenia quatro mil ducados de patrimonio, que hazen un quento

P s y quinien-

y quinientas mil maravedis rediendo quatro hyos, dio en dote à una hija mil ducados, despues adquirio mas bienes que vale lo que dexò, otros cinquenta mil maravedis mas, que juntandolos con lo que dio en dote tiene un quento, y quinientas y cinquenta mil, murio abintestato, y gastaronse en el tierro, & impenla funeris, los cinquenta mil maravedis, y no mas, ò hizo testamento, y en los legados y gastos del entierro mandò que se gastassen los dichos cinquenta mil, y no se gastarò mas, de manera que les quedò à los otros tres hyos todas las trezientas mil que montaba el quinto de los quatro mil ducados que tenia el padre quando dotò à la hija, y assi les cabe à cada vno de los tres hijos cada mil ducados, que son los tres mil ducados que le quedaron al padre sacados los mil ducados que dio en dote à la hija, porque no se sacò dellos el quinto ni gastos del entierro, sino de los cinquenta mil que adquirio mas el padre despues que dotò la hija, como dicho es. Respondeo, que la hija que lleuò en dote los mil ducados, aùn que lleuò setenta y cinco mil maravedis mas de su legitima, que eran trezientas mil maravedis, no sera obligada à boluer à los hermanos los dichos setenta y cinco mil maravedis, porque aunque los lleuò de mas de su legitima, no los lleva de mejora, pues cada vno de sus hermanos llevaron tanto como ella de los bienes de su padre pues el no quiso disponer del quinto de sus bienes, ni mejorar à ninguno sino que todos heredassen y particessen sus bienes ygualmente, nam pragmaticade Madrid, non prohibet habere filiam ex bonis patris nomine dotis plusquam legitimam suam, sed quod non possit meliori in tertio, nec in quinto, vt supra diximus, & ex verbis, & mēte eius apparet, sed in casu præmissio non est meliorata filia in tertio, nec in aliquo nec in aliqua parte bonorum patris cum cæteri filij tantundem habeant sicut ipsa in dote quam recepit, & parens pares omnes filios fecerit in hereditate suanoluitque vti facultate legis, quæ disponere de tertio & quin-

to ei permisisit, in quo laudādus est potiusquam vituperandus ne dictis meliorationibus factis inuidia oriatur inter fratres, vt ait tex. in l. illud, C. de collatio. vbi notant Doctores dispositio ergo prædictæ legis de Madrid, habebit locum quando filia meliorata est tacite vel expresse in tertio vel in quinto, vel aliqua parte eorum nomine dotis, ita quod ipsa aliquid plus ferat ex bonis patris, vel parentum quàm cæteri fratres, non quando æqualiter parens bona sua diuisit inter filios, quod verum puto cū aliqua lege hoc non inueniatur prohibitum.

¶ Sed quid ex contrario. Si el padre ò madre que dieron en dote à la hija mil ducados de los quatro mil que tenia de hazienda para quatro hijos, si despues de dotada esta hija viniesse à gastar y consumir los tres mil ducados que le quedauan, ò la mayor parte dellos, de tal manera, que à los otros hijos no les quedò su legitima, porque solamente les quedò cada cinquenta mil maravedis, ò menos de los bienes de su padre ò madre quando murio si sera la hija obligada de les suplir à cada vno de su legitima, de la dote que lleuò, pues parece claramente que fue mejorada tacita ò expressemente en lo que lleuò mas que su legitima, teniendose con sideracion à los bienes que dexò su padre ò madre al tiempo de la muerte, ò al tiempo que le dio la dote, pues en el vn tiempo y en el otro lleuò mas que su legitima, y se halla ser mejorada en la dicha demasia mas que los otros hijos. Respondeo, que en este caso la hija sera obligada à boluer à los hermanos herederos de su padre lo que tiene recebido mas que su legitima, q̄ son setenta y cinco mil maravedis, porque en estos se entiende que fue tacitamente mejorada, porque solamente cupieron en su legitima al tiempo que se le dio la dote trezientas mil maravedis, sacando de un quento y quinientas mil que tenia de patrimonio el padre al tiempo que dio la dote trezientas mil, que montò el quinto, y de un quento y dozientas mil que quedaron por legitima de todos los hijos le cupa
de

de legitima à la hija trezientas mil maravedis, y lo demas fue mejora tacita hecha por via de dote y casamiento, de que no fue capaz la hija, lege resistente (vt supra diximus.) Pero las trezientas mil que le cupieron de la legitima de los mil ducados que recibio en dote, no sera obligada à boluer, ni parte alguna dellas à sus hermanos, porque aquellas le cabian en su legitima al tiempo que recibio la dote, auuque al tiempo de la muerte no tenga tantos bienes el padre, ni dexasse bienes algunos, porque la dote tiene este priuilegio, que la hija dotada en vida de su padre ò madre, puede elegir vno de dos tiempos para q̄ no se le pueda pedir la dote por inoficiosa, ò al tiempo q̄ le fue dada, ò al tiempo q̄ murio su padre ò madre, y en qual quier de estos tiempos q̄ cupiesse la dote en su legitima, respecto de los bienes q̄ tenia su padre ò madre basta para no ser dote inoficiosa, vt habetur in l. 29. de Toro quod procedit, etiamsi cæteris filijs nihil penitus reliquerit, pater pro legitima sua quod durum videtur cum ad legitimam filiorum inspicere debeat quantitas bonorum, quæ reliquit pater tempore mortis. Sed ita lex scripta est, & seruari debet, vt in l. prospexit in princip. ff. qui & à quibus, & sic filia in isto casu est melioris conditionis quàm filius masculus, cum in donatione propter nuptias facta masculo inspicatur valor bonorum, quæ pater reliquit tempore mortis, non tempore donationis factæ, in alio vero casu filius masculus est melioris conditionis quàm filia, vt est in melioratione tertij & quinti, cuius est capax filius masculus. & valet à principio talis donatio, vel melioratio propter nuptias, vel alio quocunque titulo ei facta, nec reuocari potest si interueniat solennitas, & forma data per legē 17. & l. 26. de Toro, quæ non valere in filia si dotis nomine fieret prædicta melioratio tertij, vel quinti, vt est decissum in dicta pragmatica de Madrid, vt runque proprijs rationibus, vt apparet ex dictis legibus si bene considerentur.

QVÆSTIO. XXVII.

S Equitur de eo videre quod noster Petrus Auendanius tradit in cap. 14. de mandatis principum exequendis vbi aucter voluit limitare decissionem legis 101. Curiarum de Madrid, anni 1534. quæ disposuit super dotibus moderandis, asseuerans quod prædicta lex non habet locū generaliter sicut ipsa loquuta est in vltima decissione eius, sed quod solum habeat locum in personis nominatis in principio eius, videlicet, en los caualleros y otras personas q̄ tuuieren dozientas mil maravedis de renta en cada vn año, y dende arriba, ò de ay abaxo, pero no en las otras personas que no tienen la dicha renta. Itē voluit quod prohibitio huius legis ne filia dotis nomine possit meliorari in tertio & quinto bonorum tacite, vel expresse non habeat locum generaliter sicut lex ista scripta est, sed solum in personis particularibus in prima parte illius legis contentis contra Hugonem Celsum, & dominū Didacum de Couarru. qui contrarium sentiunt in locis per eum allegatis, quod multum aduersari videtur si verum esset his quæ suprascripsimus in varijs locis huius tractatus, vbi asseruimus quod filia non potest meliorari tacite, nec expresse in tertio, nec in quinto bonorum per contractum inter viuos nomine dotis. Sed certe eius opinio vera nō videtur, nec iure fundatur, imo est contra verba & mentem ipsius legis, quæ euidentissime corrumpetur si interpretationem eius admitteremus, idcirco contrariam sententiā tanquam veriore tenendam esse existimo, quod fundatur ex sequētibus.

¶ Et vt hoc euidentius percipiatur est præmittendum, quod prædicta lex fuit condita ob moderandas excessiuas dotes quas parentes dabāt & promittebant pro filiabus suis maritandis quod generaliter innoxam communē totius tendebat reipublicæ, quod cum

cum non æqualiter in omni genere personarum mederi possit, magna cū deliberatione fuit prouisum in hunc modum sicut in hac lege continetur, cuius verba hic inferere libuit vt facilius, & mentem, & verba eius percipiantur, quæ hæc sunt quæ sequuntur.

¶ Otro si suplicamos à vuestra Magestad, que las dotes que en estos Reynos se dieren, no pueda ser mas que la legitima que le uerria à la dotada si entonces se partiessen los bienes del dotador, y q̄ si de hecho mas se mandare, ò recibiere en publico ò en secreto directe ò indirecte, por el mismo caso passe el derecho de la demasia à los herederos, &c.

¶ A esto vos respondemos, que atenta vuestra suplicacion, &c. fue acordado q̄ de aqui adelante en el dar y prometer de las dotes se tuuiesse la manera y orden siguiente. Que qualquier cavallero, ò persona que tuuere dozientas mil maravedis de renta, pueda dar en dote à cada vna de sus hijas legitimas hasta vn quento de maravedis, y no mas, y que el que tuuere menos de las dichas dozientas mil maravedis de renta, no pueda dar, ni de endote arriba de seyscientas mil maravedis, y que el que passare de las dichas quinientas mil maravedis hasta vn quento y quatrocientas mil maravedis de renta, pueda dar hasta vn quento y medio de maravedis, y que el que tuuere vn quento y medio de renta, y dende arriba, pueda dar en dote à cada vna de las hijas legitimas que tuuere, la renta de vn año, y no mas, con que no pueda exceder de doze quentos de maravedis, no embargante que la dicha su renta de vn año, sea mas de los dichas doze quentos en qualquier quantidad. Y mandamos, que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote, ni casamiento de hya, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tacita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que todo lo que de mas de lo aqui contenido diere ò prometiere, segun dicho es, lo aya perdido y pierda.

¶ Desta ley y de sus palabras è intencion se colige claramente que quiso moderar las dotes excessiuas que se dauan, y para ello haze distincion de dos generos de personas, vna de cavalleros y personas illustres que tienen muchas rentas y mayorazgos, y pocos bienes libres de que poder dotar sus hijas, y si à estas no se les permitiessen dar mas que sus legitimas, como lo pidieron generalmente en todos los estados de gentes los procuradores de cortes, como parece por su peticion que està puesta en la dicha ley, con gran dificultad se podrian casar las hijas de los cavalleros y personas illustres, porque communiter tienen sus padres grandes rentas de sus mayorazgos y pocos bienes libres de que dar dote tassado de su legitima à sus hijas y por esta causa en la primera parte desta ley prouee en este caso que vn cavallero, ò qualquier otra persona que tuuere dozientas mil maravedis de renta, ò dende arriba, hasta en quantidad de quinientas mil maravedis pueda dar en dote à cada vna de sus hijas legitimas vn quento de maravedis, y por esta orden prouee todos los otros casos de mayor quantidad, como parece por la dicha ley, por manera que aunque el padre no tenga de mueble ni bienes libres mas que trezientas mil maravedis teniendo hijo y hija, quæ regulariter, sino tuuiera mas bienes libres no podia llevar en dote por su legitima mas que ciento y cinquenta mil maravedis, puede oy llevar vn quento de maravedis como el padre, ò la madre tenga dozientas mil maravedis de renta, ò dende arriba, porque se tiene consideracion à la quantidad de las personas, y quantidad y quantidad de la hacienda, que es mucha, aùn que los bienes libres sean pocos, porque en pocos años se puede suplir y reparar con la renta de cada vn año, porque de otra manera si se ouiera de tener consideracion sola à los bienes libres y à su legitima de ellos, las hijas de los cavalleros y personas illustres que barian indotadas, y no se podrian casar honestamente conformè à su qualidad, idcirco in prima parte huius legis fuit eis succursum, vt possint habere

bere prædictas dotes ibi taxatas, licet non possint habere tantum pro legitima sua, & sic prædicta lex, & decisio eius in hac parte potius fuit eius intentio extendere leges antiquas in dotibus constituendis quam moderare. In secunda vero parte huius legis prouidet generaliter omnibus, non tantum illustribus, vel magnatibus, ut moderatas dotes constituere possint filiabus suis duobus modis.

¶ Lo primero, que sino tuuere dozientas mil marauedis de renta, sino de alli abaxo, que no puedan dar à sus hijas en dote mas de seyscientas mil marauedis à cada vna. Y lo segundo, que no puedan ser mejoradas tacita ni expressamente por via de dote y casamiento por contrato entre viuos: por manera, que en la primera parte desta ley quando quiso estender y augmentar las dotes que fuesen suficientes para poderse casar las hijas de los caualteros y personas sllustras, que aunque no lo sean se reputan por tales, ò personas qualificadas, teniendo de renta dozientas mil marauedis en cada vn año, ò de arriba hasta quinientas mil, les permite que les puedan dar à cada vna en dote vn quento de marauedis, aunque no tengan tanto de legitima, y assi, loquitur prædicta lex per verba permissiua, ut patet ibi, que qualquier canallero, ò persona que tuuere dozientas mil marauedis, y dende arriba, hasta quinientas mil marauedis de renta pueda dar en dote à cada vna vna de sus hijas legitimas vn quento de marauedis, y no mas, por manera, que vien en permitiendolo que antes no se permitia, sino sola legitima y mejorada tacita ò expresa de tercio y quinto, conforme à la ley veynte y siete de Toro, oy permite la dicha ley, que pueda llevar en dote vn quento, aunque no pueda llevar tanto en legitima y mejora de tercio y quinto.

¶ En la segunda parte desta ley donde quiso tratar de moderar las dotes, super quo principaliter voluit statuere, ac prouidere, loquitur per verba prohibitiua, ut apparet ex illis verbis. Y

que el que tuuere menos de las dozientas mil marauedis de renta, no pueda dar ni de dote arriba do seyscientas mil marauedis, y porque podria ser que esto tambien fuesse dote excessiua, si vn padre q no tuuiesse mas q 30. ò 40. mil marauedis de renta, ò no tuuiesse ninguna, ni tuuiesse de hacienda y bienes libres, hasta mil, ò dos mil ducados, y tuuiesse muchos hijos que no cupiesse à cada vno de legitima à dozientas mil marauedis y assi la hija dada en seyscientas mil llevaria mas legitima en la dicha dote que los otros sus hermanos, porque conforme à la ley 37. de Toro, se entiende ser tacitamente mejorada en el tercio y quinto, y lo podia ser tempore prædictæ legis Tauri. prouee esta nueva prematia que vino à moderar las dotes, que no pueda ser la hija por via de dote y casamiento mejorada en el tercio y quinto tacita ni expressamente, & sic prouidet generaliter omnibus, & non certo generi personarum habentium in redditibus annalibus prædictas quantitates ibi taxatas, ut voluit Auendanius, & male iudicio meo, & contra verba, & mentem illius legis, que supradicta sunt, ut facile colligi potest ex verbis, & dispositione eius, quæ ita sunt clara, ut non sit locus cõiecturis, ut in l. ille, aut ille, §. cum in verbis, ff. de lega. 3. cum concordant. nec caret culpa qui ab hac lege recesserit, siue ampliando, siue restringendo eam, ut tradit Feli. in cap. cum dilecta de rescri. late per Tiraquel. de vtroque retract. §. 1. glos. 21. num. 11. Et ipsemet Auendanius hoc fatetur in princip. dict. cap. 14. & nihilominus ab ea recessit per leuia satis fundamenta, & rationes, ut ex eius lectura, & sequentibus apparebit.

¶ Lo principal en que se funda Auendanius ad prædictam suam opinionem est in doctrina Bald. in l. si plures, C. de conditio. in ser. in 7. col. versicul. iuxta prædicta formatur talis questio, vbi tenet quod si caueatur statuto quod filia dotata à patre non succedat, quod si pater moriatur relicta filia

lia posthuma in ventre, vel nata in infanti aetate, ita quod nubere non potuit quod non poterunt fratres eam dotare, ad excludendum eam ab hereditate quia hic fuit casus omissus in statu, & remanet in dispositione iuris communis, ut in l. commodissime, ff. de liberis, & posthu. haec fuit decisio Bald. iustissima, & verissima videri meo, non tamen hoc potest applicari ad legem nostram, quia longe differt in iure, & in facto vnus casus ab alio, nam Bald. loquitur in statuto quod est stricti iuris, ut tradit Bart. in l. omnes populi, ff. de iusti. & iure, nos in lege quam licet extendere de vno casu ad alium sibi similem, ut in l. non possunt, ff. deleg. cuius verba sunt, non possunt omnes articuli sygillatim legibus comprehendere, sed vbi ratio legis manifesta est, is qui iurisdictioni praest, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet, *y que concurra la misma razon, y mayor en el vn caso que en el otro*, patet euidenter, *por que en el caso que la dicha ley dispone, no teniendo el padre dozientas mil maravedis de renta, sino menos, q no pueda dar en dote a cada vna de sus hijas mas de seyscientas mil maravedis. Si vn padre tuuiesse ciento y cinquenta, o ciento y sesenta mil maravedis de renta, y tuuiesse otros muchos bienes libres q valiesse veynte o treynta mil ducados, de que le pudiesse venir tres o quatro mil ducados de su legitima, conforme a la decisio de esta ley, no podria llevar la hija mas de estas seyscientas mil maravedis en dote, y la resta de su legitima llevara quando viniere a heredar a su padre, quia in vita patris non habent legitimam filij, ut notant Doctores post glos. in l. i. C. de inoffici. dona. Dotis tamen nomine non poterit habere plusquam praedicta sexcenta in hac lege taxata, quod fatetur Auendanius: *Pero sino tuuierere renta alguna el padre, y tuuiesse los dichos veynte o treynta mil ducados de haztenda, poterit secundu Auendaniu dotare filia intota sualegi**

tima, & eam meliorare in tertio & quinto bonorum tacite vel expresse, aitenim quod non corriguntur leges antiquae per istam legem, & sic habebit multo plus in dote haec filia, cuius pater minus habebat in bonis, quam filia alterius qui plus habebat, quod esset absurdum, & contra mentem dictae legis, *porque ay mas razon de moderar la dote de esta hija que su padre no tiene renta alguna, y tiene veynte o treynta mil ducados de hazienda en bienes libres, que no del que tiene otros tantos, y tiene mas ciento y cinquenta, o ciento y sesenta mil maravedis de renta, & sic euidenter est maior ratio in hoc casu quam in expresse a lege.*

¶ *Lo segundo, porque non solum hic casus est similis expresse in lege, ut praedicta lex possit ad eum extendi ex identitate rationis, sed est inclusus & expresse in hac lege, en aquellas palabras donde dize: Y que el que tuuiera menos de las dichas dozientas mil maravedis de renta, no pueda dar, ni de en dote, arriba de seyscientas mil maravedis, porque claro esta, que el que no tiene renta ninguna, se verifican en el estas palabras que tiene menos de dozientas mil maravedis de renta, nam minus habet qui nihil habet, & minus est quod non est, ut in l. minus, ff. de verborum sig. & in l. illud, §. i. ff. de tribu. & sic euidenter errauit Auenda. in his iuris principijs quae sumuntur ex dictis iuribus, ex quibus declaratur praedicta lex quod loquatur & comprehendat vrrunque casum, videlicet, quod si pater nullos redditus habeat, vel habeat sed minus quam ducenta millia non poterit dotare filiam ultra sexcenta in dicta lege taxata. Idem probatur ex alijs regulis iuris, nam verba prolata a lege, vel testatore in definita comprehendunt omnes casus qui ex verbis concipi possunt, ut in l. 3. ff. de adimen. lega. & in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de libe. & posthum. tradit eleganter Bart. in l. Centurio, num. 32. ff. de vulga. & pupi. Item quando lex non distin-*

distinguit, neque nos distinguere debemus, l. de pretio, ff. de public. cum concordant. & ex his remanet exclusum, ac eneruatum secundum fundamentum Auendaniij dicentis quod fuit hic casus omissus in hac lege, & nihil disposuit in casu quo pater nullos redditus annuos habebat, quod euidenter est erroneum, quia expressum est in hac lege, vt supra diximus.

Lo tercero, porque est diuersa ratio in casu quem posuit Bald. in dicta lege si plures, C. de conditio. infer. quæ est in nostro, nã ibi statutum loquebatur per verba de præterito, videlicet de filia dotata à patre in vita. In casu vero proposito per eum non fuit dotata in vita a patre, sed fratres volebant eam dotare postea. Item ibi fuit casus omissus in nostra vero lege fuit expressus, vt diximus in superioribus. Item in l. nostra est eadem, & maior ratio in vno casu non expresso in lege si concedamus non esse expressum, quàm in expresso, nam æquius, & cum maiore pietate dotabit, & col

98

locabit pater filiam, quàm fratre sciis inter quos sæpe oritur inuidia super bonis paternis diuidendis, si vnus plus habere prætendat quàm alius, vt in l. illud, C. de collatio.

*¶ Lo quarto, porque menos haze al caso el otro fundamento que trae Auendaniõ ad faciendam prædictam interpretationem, & fundandam dictam suam opinionem, dicens quod si aliter diceremus quàm ipse sentit, induceretur legum correctio, quod est vitandum, nam illud procederet in casu dubio, in quo vitanda est legum correctio, sed in casu prædictæ legis non sumus in dubio, sed clare lex corrigere voluit iura antiqua, & decissum per legem Tauri 27. per quam permittebatur patri meliorare filiam in dote constituenda tacite, vel expresse lex vero prædicta 101. hoc corrigere voluit, quod colligitur ex illis verbis in ea expressis. *¶ mandamos, q̄ ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni ca**

samiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se emienda ser mejorada tacita ni expressamente por ninguna manera de contracto entre viuos, quasi dicat, en su testamento bien podra mejoarla, pero no por contracto entre viuos por via de dote y casamiento.

*¶ Item colligitur ex hac lege quod voluerit generaliter prouidere, ac decidere omnes casus ex generalitate illius verbi, que ninguno donde dize. *¶ mandamos que ninguno pueda dar ni prometer. &c.* Porque si quisiera disponer en las personas particulares que tenian la dicha renta, dixera: *¶ mandamos que ninguna persona de las sebre dichas pueda dar ni prometer, &c.* Pero dezir generalmente. *¶ mandamos que ninguna persona,* hoc non potest limitari, nec coartari ad personas tantum suprascriptas sine corruptione verborum prædictæ legis, quod fieri non debet, sed salua semper ratione recti sermonis quæ semper seruanda est, vt in l. Plautius, ff. de auro, & argen. lega. Itẽ leges semper fieri debent generaliter quoad omnes, nõ quoad certas personas, vt in l. iura cõstitui, & lege iura nõ in singulas, ff. de legi. nã si aliter diceremus & quod dicta lex tantum loquitur de personis habentibus ducenta millia in redditibus, & non in alijs, certe parum prodesset prouisio eius, cum hæ personæ pauca sint, alia vero quæ nihil habent in redditibus annuis sint poenæ innumerabiles, nec est credendum quod conditores illius legis voluerint statuere in casibus particularibus, & relinquere vniuersam rempublicam horum regnorum experte huius salutaris remedij, cum ad ea quæ frequentius accidunt iura adaptari debeant, l. nam ad ea, ff. de legi. igitur tenendam prædictam legẽ prout iacet arbitror prout dominus Covarruias & Celsus, & communiter omnes tenent, reiectis limitationibus Auendaniij, quæ potius ex capite suo, vel subtilitate ingenij, quam iure probantur.*

Ex

* Ex quibus infertur ad notabilem quæstionem, quæ nunc pendet corâ iudice ordinario huius ciuitatis, quæ talis est. *Vn padre tenia vna sola hija y diez mil ducados de hazienda, caso esta hija y diole en dote seys mil ducados, que es menos que su legitima, porque el quinto montaua dos mil ducados, que es el patrimonio libre del padre, y los ocho mil era legitima de la hija, despues muerta la muger se casò segunda vez, y tuuo otros dos hyos, muerto el padre, los hijos del segundo matrimonio pidien à la hermana, que no quiso aceptar la herencia del padre porque tenia lleuado mucho mas que quedaua à los otros hermanos, que buelua lo que lleuò en dote mas que su legitima, diziendo que esta dote es inoficiosa, la sehya desfiende diziendo, que no lo es, porque al tiempo que se le dio esta dote, no era inoficiosa, porque era menos que su legitima, y aunque agora sea inoficiosa respeto de los hijos que despues tuuo su padre: pero que ella puede escoger vno de dos tiempos para que no sea la dote inoficiosa, el tiempo que se le dio, ò el tiempo de la muerte del padre, conforme à la ley de Toro, quæ est hodie lib. 5. Recopil. y assi parece, que aunque los hermanos lleuen menos legitima que no ella, que la dote no es inoficiosa. Adhuc tamen contrarium teneo in proposita quæstione, porque en el vn tiempo y en el otro, assi quando le fue dada la dicha dote, como despues de muerto el padre siempre fue inoficiosa la dicha dote, vt in l. 1. tit. de las dotes, libr. 5. Recop. porque no tenièdo, como no tenia, el padre dozientas mil maravedis de renta, sino bienes libres de trato y grangeria, que valian diez mil ducados como esta dicho, no pudo dar à su hija en dote mas de seyscientas mil maravedis, y quando iuuiera dozientas mil maravedis de renta, en los dichos diez mil ducados de hazienda, no le podia dar mas de vn quento de maravedis, y todo lo que mas le dio fue dote inoficiosa, y lo ha de boluer y traer à particion para que se parta por bienes y herencia del*

padre entre todos los otros hijos y herederos, y ella como vno dellos si quisiere aceptar la dicha herencia, ò entre los dos hijos del segundo matrimonio si ella no aceptare la herencia de su padre, quod verum puto habet Petrus de Auendaño male & ex capite suo eam limitauerit, vt supradiximus. Item respõdetur, quod electio quæ datur filiæ in l. Tauri, quæ hodie est lex 3. tit. 8. lib. 5. Recopilatio. consideratur & intelligitur tantû respectu valoris bonorum parentum, creditoribus anterioribus prius admissis, & futuris necessarijs, vt sunt fratres postea nati, nam cum huiusmodi dotis constitutio non possit excedere legitimam, vt in dicta l. 1. tit. de las dotes, lib. 5. Recopilatio. istaque quanta sit scire debet, & deberi incipit tempore mortis parentum, vt in l. cum quæritur, & per totum titulum, C. & ff. de inofficio. testamé. & C. de inofficio. donatio. nec habet, aliquod ius efficax in bonis parentum, vsque ad eorum mortem, vt in l. 1. de hæredi. vel actio. vendi. glos. in l. 3. C. de iur. & facti. igno. & tunc incipit esse certum quantum debeat, & cum inueniantur fratres postea nati, tunc enim regulandum, vel metiendum est, quantum legitimæ dictæ filiæ vxoratae debeat (omnibus fratribus admissis) licet ipsa quo ad bona parentum, habeat electionem temporis, aut quo patres moriuntur, vel quo dotis promissio facta, vel constituta fuit, & sic intelligitur dicta l. Tauri, aliàs iniquitatè manifestam haberet. Præterea si expressa melioratio facta in tertio reuocatur quoad legitimam filij nati non diminutam per deductionem tertij, vt firmiter resoluit Grego. in l. 8. tit. 4. par. 5. quanto magis in casu præmissio simplex dotis promissio, seu datione nulla facta mentione meliorationis neque aliorum filiorum.

* Item quæritur de quæstione vtili & ordinaria. *Si en los lugares que se guarda el fuero de Sepulueda, como esta ciudad*

ciudad de Cuenca y Suelo de Alarcón, y otros lugares, que muriendo uno abintestato, y no dexado hijos ni descendientes legitimos buelue el troneo al tronco, y la rayz à la rayz, y los parientes de parte del padre, lleuan los bienes rayzes que fueron del abolorio del padre del defunto, y los parientes de madre los que tuuo el defunto y fueren del abolorio de su madre, conforme al dicho fuero, que en lo q̄ es usado y guardado, esta aprobado por la ley de Toro 6. que es de la Recopilacion, l. 1. tit. 8. lib. 5. Primo dubitatur, an sit locus dicto foro, en los bienes adquiridos por el padre ò madre que no procedieron de los aguelos del defunto, en los quales el sucedio como heredero de sus padres, si seran estos bienes troncales para que buelua al tróco, ò à la rayz, y assi à cada uno de los parientes ò rios lo que fue de su hermano ò hermana, ò seran bienes partibles entre ellos y igualmente. sin tenerse consideraciõ al dicho fuero? Istam quæstionem tangit Castillo in l. 6. Taur. super verbo, al tronco, & tenet quod talia bona dicantur de tronco, y que han de boluer à la rayz, que refert, & sequitur Rojas in c. 30. num. 1. in suo epithome successioinum, quod probatur euidentissima ratione, nam licet hic agatur de successione filia, prius tamẽ quã ad eam peruenirent prædicta bona fuerunt de ratione patris vel matris, quod comprobatur ex l. 1. tit. 2. par. 4. in ratione sua, in illis verbis. Aquel es llamado rayz donde decienden los otros, como Adã de quien vinieron Coyn, y Abel sus hijos, quod etiam probatur ex l.

3. eiusdem tituli, & hoc tenet Gregor. in d. l. 1. tit. 2. par. 4. cuius opinio vera est, y assi se aene tener, que aunque los dichos bienes no ayan procedido del tronco y royz de los abuelos sino del padre ò de la madre solamente, y que ellos los ayan adquirido, se dizen bienes troncales, y han de boluer à los parientes de aquel tronco de do procedieron, pro quo facit etiam l. 13. tit. 10. libr. 3. fori, en quanto dize, que los bienes que fuerõ de patrimonio, ò de abolengo, los pueden sacar por el tanto los parientes mas cercanos, en quanto la dicha ley dize, de patrimonio, ò de abolengo, alternatiue, & ita eam intelligis glo. Montalui, & omnes Scribentes in l. 70. de Toro, sed quaeritur in casu premissis, si los censos al quitar de à catorze mil el millar se auran por bienes rayzes, ò se partiran entre los herederos siẽdo muebles y igualmente, y no bolueran al tronco? in qua quæstione teneo, que no embargate q̄ algunos Doctores tuuierõ en la ley 70. de Toro, q̄ los cẽsos perpetuos se reputã por bienes rayzes: pero los redimibles de à catorze, por bienes muebles, pero la mas verdadera y comun opinion es, q̄ aunque sean cẽsos al quitar, estos annuos reditos se reputan por bienes rayzes, y assi bolueran al troco. Quod fundatur in l. mouetiũ, ff. de verbor. signifi. vbi not. Alber. & alij, & in authẽ. de nõ alienan. & hæc ergo ibi nam hæc inter immobilia sunt numerãda, idẽ tenet glo. in verbo. Annonas, & ibi cõmuniter Scribentes in l. iubemus, 14. C. de sacrosanct. eccle. & ibi Alb. n. 5. idẽ statutũ est de iure canon. vt probat

text. expressus in Clemen. exiui de paradiso, §. cumque annui redditus de verbo. signifi. quod confirmatur ex traditis per Greg. in l. i. tit. 17. part. 2. in glo. 1. vbi hoc expresse tenet & Molin. de primoge. lib. 2. cap. 10. num. 5. & quod talia bona debent reddere ad truncum, vel ad radicem, vbi forus de Sepulueda seruat. Item dubitatur eodem casu retento. *Si el dicho fuero se estende ra à otros bienes rayzes troncales que estan fuera de la dicha villa ò lugar do se guarda el dicho fuero, y de sus terminos?* in quo casu dicendum est, q̄ nose estiendo el dicho fuero ad bona in alio territorio sita, argu. l. fin. ff. de iuris omni iudic. cap. fin. de foro compet. Bald. in expresse in l. cunctos populos, num. 14. de summa Trini. tenet Montal. in l. i. in glo. verbo heredem, tit. 6. lib. 3. fori, Rojas in epithome. c. 30. num. 12. & ita communiter seruat. Aliud dubium vtilissimum, & necessarium valde occurrit circa prædicta, *de que manera se pagaran, ò repartiran las deudas que dexò el defunto en este caso quando ay dos herederos, vno de lo mueble, y derechos y acciones, y otro de la rayz, & videtur, que el heredero vniuersal de lo mueble y de la rayz que no es del tronco, ha de pagar todas las deudas, y no el que sucede en la rayz que es troncal, y buelue al tronco y rayz de do salio.* Nam hæres institutus in certa dato cohærede vniuersali, habetur loco legatarij, & legatarius non tenetur ad debita hæreditaria, vt in l. quoties, C. de hæred. instituen. & in l. ex facto 35. ff. eod. tit. & in l. i. C. si cer. petatur, quibus iuribus probatur vtrumque quod si verum esset multa absurda sequerentur ex eo, ponamus enim pauca esse bona mobilia quæ forte non valebant centum & debita hæreditaria essent in eadem quantitate, vel vltra, ita quod non sufficerent ad debita hæreditaria persolvenda, vel parum ex his mobilibus remaneret hæredi vniuersali solutis debitis, certe in ciuile videtur, vt ipse so-

lus hæres immobilibus teneatur omnia debita hæreditaria agnoscere, cū bona mobilia, quæ redierunt ad truncum valeāt mille, vel vltra & multa absurda recte intuenti apparebunt, ex contrario videtur, quod prædicti hæres vnus immobilibus, alter immobilibus quæ reddeunt ad truncum vel ad radicem teneantur vterque pro dimidia soluere prædicta debita hæreditaria quasi duo hæres instituti sine parte qui equaliter succedere debent in dicta hæreditate acceptis prælegatis vnicuique factis, vt in d. l. ex facto 35. ibi erunt quidem hæres ex æquis partibus, ff. de hære. insti. & in l. si certarum, ff. de mili. testam. ego vero contrarium crederem de iure tenendum in hoc casu, imo quod prædicti duo hæres teneantur soluere prædicta hæreditaria pro rata valoris prædictorum bonorum, tam mobilium, quam immobilium, quæ reddere debent ad truncum, *y assi pagaran pro rata los dichos dos herederos, el de la rayz que buelue al tronco por lo que valieren los dichos bienes troncales, y el heredero de los bienes muebles, derechos y acciones que no sean troncales, pagaran las dichas deudas pro rata, de los dichos bienes. segun el valor que tuuieren, desta manera, que si los bienes rayzes troncales valian quinientos ducados, y los bienes muebles valian ciento, el heredero de la rayz que boluio à la rayz, pagara y seys partes las cinco de las dichas deudas, y el heredero de los muebles pagara la sexta parte de las deudas, por los cien ducados que valieron los bienes muebles, y por el contrario, si la rayz que boluio al tronco valia cien ducados, y lo mueble, derechos y acciones valian quinientos ducados, pagara cinco partes de seys de las dichas deudas, y el de la rayz la quinta parte dellas, porque an efecto el heredero de la rayz que buelue al tronco, no es legatario, nec habet loco legatarij, porque no sucede ex testamento, quo casu loquuntur prædicta iura legis quoties, C. de hære. insti. & legis ex facto 12. ff. eod. tit.*
sino

sino, vt hæres abstineat virtute prædicti fori municipalis qui facit eum hæredem non legatarium, idcirco tenetur pro rata valoris bonorum solvere debita hæreditaria, vt in l. pro hæreditarijs, C. de hæredi. action. quod etiam fundatur ex text. notabili in ratione sua, in l. sed etsi lege, §. adeo, ff. de peti. hæredi. & in l. Titius 54. ff. ad Trebel. ibi, iudicauit enim erogationes quæ ex hæreditate factæ dicebantur, non ad solam fidei commissi diminutionem pertinere, sed pro rata patrimonij, quod proprium habuit hæredes tribui oportere, quod videtur hodie approbatum per legem 21. Tauri, quæ est recopila. l. 5. tit. 6. lib. 5. nec obstat text. in dict. l. ex facto, ff. de hære. institu. & in l. si certarum, ff. de mili. testamen. quia loquuntur diuersis casibus, videlicet, quando succeditur ex testamento, & nullus est hæres institutus, vel sunt hæredes instituti dno vniuersaliter in diuersis bonis vel hæreditatibus diuersarum prouinciarum, nos loquimur in successione legali ab intestato inter duos coheredes vel successores vnius hæreditatis vel patrimonij, vbi est diuersa ratio in facto, & in iure, vt supra diximus.

¶ Tandem pro complemento huius quæstionis est aduertendum, quod ab intestato succeditur, vt sit locus dicto foro tam quando noluit defunctus facere testamentum, sicuti quando non potuit, quia impubes, aut furiosus, l. 1. ff. de suis & legiti. hæred. Bart. & Pau. ibi, & fere omnes, resoluit ex pluribus Matien. in l. 1. glos. fin. n. 3. tit. 8. lib. 5. recopilarionis.

¶ Quæ omnia referenda sunt ad ea quæ diuersis in locis huius opusculi tractauimus, circa dictæ prægmaticæ 101. Matritij anni 34. intellectum, præsertim supra in hac 3. par. quæst. 6. & 27. & in 2. part. quæst. 2. & quæst. 20. cum quibus expeditus sum ab ista vigesima septima quæstione, in cuius expeditione plus solito sum moratus oc

casione satisfaciendi dictis Auendan. ca intellectum dictæ prægmaticæ.

QVÆSTIO. XXVIII.

Vigesimo octauo quæritur. *Si al marido, ò à la muger le mandasse vn pariente suyo, ò vn estrano una casa o viña, ò otra rayz, y los herederos del difunto no se la entregassen, y le pusiesen pleyto sobre ella, diziendo, que no valio la manda, ò que no cupo en el quinto ò por otra razon, y à cabo de muchos años la sacò con los frutos, si tendrà la muger ò el marido cuya no era la heredad, parte en estos frutos que le fueron adjudicados al marido, ò à la muger que se hizo la manda ò legado, supuesto q̄ ha de auer condenacion de frutos, porque por el legado ò manda passa el señorío de la cosa legada en el legatario, vt in l. 2. C. communia de lega. & ex die acquisiti domini debentur fructus legatario, vt in l. Herenius, la primera, ff. de vsur. maxime post litis contestatione, vt in l. certum, C. de reuendicat. y supuesto lo dicho, parece que ha de llevar la muger, ò el marido la mitad de los frutos que fueron ganados durante el matrimonio, aunque lleue para si precipua la cosa que le fue mandada ò donada aquel à quien fue secha la manda ò donacion, vt habetur in l. 1. & 3. & fin. tit. 3. lib. 3. fori quibus deceditur, quod fructus sint communes inter maritum & vxorem producti, ex re alterius coniugis, sed certe in hoc casu contrarium esse existimo, imo, que los frutos en que fue condenado el heredero, ò el poseedor de la cosa que fue legada ò mandada al vno de ellos los llevara precipuos con la misma cosa de que procedieron aquel à quien fue secha la manda, ò legado, y no dara parte de ellos, à la muger ò al marido, sino fuere de los frutos que se causarẽ, y procedierẽ de aquella cosa despues q̄ le fue entregada, y la poseyeron por suya, maritus & vxor, quod colligitur ex mete dictarum legum, maxime ex dict. l. 3. tit. 3. lib. 3. fori, en quanto dize maguer que el mari*