

Garau, Gabriel

Por Gabriel Carau, oficial del Santo Oficio de la Inquisicio[n] del Reino de Mallorca con Antonio Garau, vezino de la villa de Campanet de aquel Reino.

[Mallorca?] : [s.n.], [posterior a 1636].

Vol. encuadernado con 23 obras

Signatura: FEV-AV-G-00189 (10)

La obra reproducida forma parte de la colección de la Biblioteca del Banco de España y ha sido escaneada dentro de su proyecto de digitalización

<http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Profesionales/Biblioteca/Biblioteca.html>

Aviso legal

Se permite la utilización total o parcial de esta copia digital para fines sin ánimo de lucro siempre y cuando se cite la fuente



P O R
GABRIEL GARAU, OFI-
cial del Santo Oficio de la Inquisició
del Reino de Mallorca,

C O N
Antonio Garau, vezino de la villa de Cam-
panet de aquel Reino.



A pretension de Gabriel Garau, es, que se confirme la sentencia de los Inquisidores de Mallorca, en que declararon, que la sentencia arbitraria dada en doze de Julio de 1635. por los Doctores Pedro Iuan Canet, y Vicente Ramis, es inualida, y sin efeto; y que Antonio Garau solamente puede pedir à Gabriel Garau, por la persona de Iuan Garau su padre, lo que le pertenece, como à vno de los hijos de Antonio Garau el viejo, hijo de Arnaldo.

Y para que se entienda la justicia de Gabriel Ga-

A **rau,**

rau, es necesario presuponer en el hecho lo que se sigue.

2 Lo primero, que en 23. de Mayo de 1574. Arnaldo Garau hizo donacion à Antonio Garau su hijo, en cōtemplaciō del matrimonio, que estaua tratado, y despues tuuo efeto entre el dicho Antonio y Catherina, hija de Iuannoto Palou, de vna possessiō, ò heredad llamado Songerau, para el, y por su muerte en vida del donador para sus hijos varones. Y esta donacion fue entre viuos, hecha con referua de vsufructo, clausula de constituto, aceptacion, y las demas firmezas, y clausulas ordinarias, vt constat ex processu fol. 78.

3 Lo segundo, que Antonio Garau, hijo de Arnaldo, y donatario en virtud de la donacion referida, en tres de Março de 1599. hizo otra donacion de la misma heredad Songerau, y tambien por contemplacion de matrimonio cierto à Arnaldo Garau su hijo, con calidad, que si Arnaldo muriessse sin hijos varones, la donacion passasse à Iuan Garau su hermano, hijo tambiē de Antonio: y si Iuan muriessse sin hijos varones, sucediessse Antonio su hermano, no siendo clerigo: y si Antonio muriessse sin hijos varones, sucediessse Miguel; y por falta deste y de sus descendientes varones, sucediessse Gabriel Garau; y en defeto de Gabriel, y su descendencia masculina, sucediessse Pedro, todos hijos de Antonio donador. Y despues destes llamamientos ay otros, que no pertenecen à nuestro caso, vt patet ex processu fol. 3.

4 Lo tercero, que Antonio Garau, donador, conforme à esta donacion, y donatario, conforme à la primera de Arnaldo su padre, murio por el año de 1602. siete años antes que su padre Arnaldo, porque este murio por el año de 1609. como està probado por nuestra parte fol. 88. & seqq. Y no lo niega Antonio Garau, antes lo confesso expressamente, en yna peticion,

cion, que dio respondiendò à los articulos presentados por Gabriel Garau, donde dize así: *Los Capítulos por la otra parte presentados, segun su letura, no contienen otra cosa, sino dilatar la presente causa. Porque de los dias en que fueron otorgadas las donaciones, que la otra parte refiere, y de la premoriencia de Antonio Garau à Arnaldo Garau su padre, y de que en la sentencia arbitraria no se hizo mencion de los dichos autos, consta por los mismos autos exhibidos por la otra parte: y pues conforme à ellos están probados los dichos Capítulos, no debia la otra parte presentarlos, &c.* d. fol. 88. in fin. Y aun el mismo Antonio Garau articulò despues esta premoriencia, aunque no la dio mas que seis años de anterioridad (que para nosotros es lo mismo) diziendo, que Arnaldo murio en el año de 1608. y que su hijo Antonio auia muerto en el de 1602. como parece por el processo fol. 107. in princip.

5 Lo quarto, que Arnaldo Garau el moço, hijo de Antonio, que hizo la donacion de tres de Março de 1599. y llamado en ella en primer lugar, murio sin hijos, ni otros descendientes varones: y en su testamento otorgado en 29. de Setiembre de 1625. instituyò por su vniuersal heredero à Gabriel Garau su hermano, que es la parte à quien defendemos, fol. 64. B. & seqq.

6 Lo quinto (y desde aqui empieça el pleito) que estando possyeyendo Gabriel Garau la heredad sobre que se litiga, Antonio Garau, nieto del otro Antonio, que hizo la donacion del año de 1599. hijo de Iuan su hijo, en 15. de Março de 1634. puso demàda à Gabriel Garau, diziendo, que la heredad le pertenecia à el, como à hijo de Iuan su padre, porque conforme à la donacion referida de Antonio Garau del año de 1599. por muerte de Arnaldo, primer donatario: y en falta de sus descendientes varones, estauan llamados Iuan
y los

y los suyos: y que afsi èl como hijo de Iuan, auia de suceder en el caso que auia llegado de morir Arnaldo sin hijos varones, sin embargo de la instituciõ de heredero, que hizo en fauor de Gabriel Garau, porque no pudo prejudicar al fideicomisso fundado en la donacion de Antonio el mas viejo, ni alterar los llamamientos contenidos en el, por donde le tocava la sucesion, fol. 1.

7 A esta demanda se respondió por parte de Gabriel Garau, pretendiendo dos cosas. La vna, que aunque la donacion de Antonio del año de 1599. en falta de descendientes varones de Arnaldo, llamò à Iuan, y à los suyos: este llamamiento no podia aprouechar à Antonio Garau litigante, porq̃ su padre Iuan auia muerto muchos años antes que Arnaldo; y afsi se auia caducado su llamamiento, y no auia podido transmitirse en su hijo. La otra, que quando tuuiera obligaciõ de restituir la heredad, conforme al fideicomisso de Antonio, le competia retencion por algunos derechos, vt constat fol. 5. B. & seqq.

8 Sobre esto fue siguiendose el pleito, y por escusar los gastos del, y por las demas conueniencias que se consideran en las transacciones y compromissos, acordaron las partes comprometer todas sus diferencias y pretensiones (que tenian otras demas de la que toca à este pleito, como en el processo se ve) en los Doctores Pedro Iuan Canet, y Vicente Ramis. Los quales dieron su sentencia arbitraria en 12. de Julio de 1635. y en ella en quanto à la pretension, que toca à este pleito, de la heredad Songerau, determinaron, que pertenecia à Antonio Garau, conforme al fideicomisso de Antonio el viejo, y condenaron à Gabriel nuestra parte, à que la restituyesse con frutos, fol. 22. B. Y esta sentencia fue consentida por ambas partes debaxo de juramento, fol. 25.

Def.

9 201 Despues en 18. de Enero de 1636. auiendo hallado Gabriel Garau la donacion de Arnaldo Garau de 23. de Mayo de 1574. de que no se auia tenido noticia hasta entonces, ni se auia litigado por ella en el pleito que se ha referido, presentandola, y auiendo sacado relacion del juramento hecho para la obseruancia de la sentencia arbitraria, puso nueua demanda à Antonio Garau, diziendo, que conforme à esta donacion anterior, hecha por causa de matrimonio, y con otras clausulas de irreuocabilidad, de que luego hablaremos, por auer muerto Antonio Garau, donatario, en vida de Arnaldo donador, auia pertenecido la donacion à todos sus hijos varones, que eran Arnaldo, Iuã, Antonio, Miguel, Gabriel, y Pedro; y que asì no pudo Antonio el mas viejo, auiendole sobreviuuido su padre, hazer la donacion de tres de Março de 1599. en perjuizio de todos sus hijos varones, que estauan llamados por la otra donacion anterior, en el caso que auia sucedido, y lo mas que podia pretender Antonio el mas moço, litigante, era la parte que le tocava como à hijo de Iuan, vno de los hijos varones de Antonio el viejo, llamados en la donacion primera de Arnaldo. Y pidio, que se declarasse en esta conformidad, y que la sentencia arbitraria no le perjudicaua, ni era de efecto alguno, fol. 77.

10 25 Respondio à esta nueua demanda Antonio Garau, insistiendole en la sentencia arbitraria, consentida, como se ha dicho, con juramento, y pretendiendo, que obstaua à Gabriel, y que auia de executarse. Y à la donacion de 23. de Mayo de 1574. respondio, que quando se huuiesse de estar à ella, las palabras: *Et te premoriente filijs tuis masculis*, no induzian diuision entre todos los hijos, sino yn fideicomisso gradual por via de primogenitura en fauor de la familia de Arnaldo: y asì por muerte de Antonio Garau, donatario, en

esta donacion, y de Arnaldo su hijo mayor, sin hijos varones, huuo de passar necessariamente la sucefsion à Iuan, que fue padre de Antonio, y el siguiente entonces en grado, como hijo segundo. Y que esto venia à ser mas preciso: porque despues de la donacion de 23. de Mayo de 1574. en 4. de Junio de 1602. auia hecho el mismo Arnaldo Garau vna declaracion ante Pedro Fiol, Notario, en que dixo, que su intencion en aquella donacion primera de 1574. auia sido dar facultad à Antonio su hijo, para que pudiesse nombrar el hijo suyo que le pareciesse, à quien passasse la donacion despues de sus dias, y que por descuido no se auia puesto asì en la escritura, y que en esta conformidad hizo, y pudo hazer Antonio el mas viejo, la donacion que hizo en el año de 1599. vsando de la facultad que tenia por la donacion de Arnaldo su padre, y haziendo los llamamientos conforme à ella.

11 Auiendose disputado sobre esto, salio la sententia de los Inquisidores, cuya confirmacion se pretende por nuestra parte, en que se declarò lo que pedia Gabriel Garau.

12 Y para defender la sententia, y mostrar, que es conforme à reglas legales, se diuidirà este papel en dos breues Articulos. En el primero se fundarà, que la donacion de 23. de Mayo de 1574. es la que ha de observarse, y la lei deste pleito, y que conforme à ella es corriente y clara la pretension de Gabriel Garau. En el segundo se fundarà, que no le obsta la sententia arbitraria, ni la aprobacion della con juramento.

ARTICULO PRIMERO.

13 **E**ste tiene dos partes. La vna contiene, que la donacion del año de 1574. es la que ha de observarse, y dar lei al pleito. La otra, que conforme a ella

es

es clara la pretension de Gabriel Garau. Y afsi por este orden entraremos en el Articulo.

PRIMERA PARTE.

- 14 **P**Or la donacion de Antonio Garau de 1599. si se huuiera de estar a su disposicion, reconocemos, que fuera justa la pretension contraria. Pero dezimos, que no ha de atenderse a lo que dispone, ni se ha de obseruar, sino la donacion de Arnaldo Garau su padre de 23. de Mayo de 1574. que fue tanto tiempo anterior, y no solo anterior, sino irreuocable, por muchas razones.
- 15 La primera, porque fue hecha por causa onerosa del matrimonio, capitulado entre Antonio Garau, y Catherina, hija de Iuannoto Palou, fol. 78. B. que siendo, como fue matrimonio cierto, y no general, hizo irreuocable la donacion, como parte de aquel matrimonio, y que participò de su misma irreuocabilidad, *l. Diui Constantini 5. C. de natur. liber. l. si inter virum 26. D. de pact. dot. lib. l. pater pro filia 7. C. de pact. couen. Guido Papa quest. 143. num. 2. Franchis decis. 205. num. 1. 5 decis. 436. num. 4. Francisc. de Ponte cons. 25. per totum, volum. 1. Tiber. Decian. cons. 31. num. 66. lib. 3. Tell. Fernan. in l. 17. Taur. num. 69. Matien. in l. 1. glos. 7. tit. 6. lib. 5. Recopilat. Sanch. de matrim. lib. 6. disputat. 32. num. 1. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 2. n. 17.*
- 16 En tanto grado, que aunque la mejora de tercio y quinto, y la fundacion de mayorazgo, son actos reuocables de su naturaleza, porque la tienen de vltima voluntad, *iuxta text. in d. l. 17. 5 44. Taur.* Esto no procede, quando se hazen por causa onerosa de matrimonio, antes con esta calidad quedan irreuocables de todo punto, *ex dd. ll. ubi DD. Molin. d. lib. 4. cap. 2. ex num. 16.*

- 17 La segunda, porque en esta donacion, de que hablamos, huuo reserua de usufructo, ibi: *Item penes me retineo, & reseruo omnē usufructum dictæ meæ possessionis dictæ Songueræo*, d. fol. 68. B. ad fin. Y la reserua de usufructo es modo de entrega de posesion, l. *quisquis* 28. l. *si quis argentum* 35. §. *sed si quidem*, C. de donation. & ex Doctorib. in l. *quod meo*, in princip. D. de acquir. posses. & in l. *licet*, C. eod. tit. Molin. d. cap. 2. num. 9. Y en consecuencia, modo tambien de hazer el contrato irreuocable, ex dd. ll. 17. & 44. Taur. & DD. superius adductis.
- 18 La tercera, porque tambien huuo en la donacion clausula de constituto, ibi: *Et sic in presenti & ex nunc constituo me prædicta, quæ vobis dono pro vobis, & vestris amodo tenere, & possidere*, fol. 79. Y el constituto, como otro de los modos de trãserir posesion, es de la misma fuerte de los que causan irreuocabilidad, d. l. *quod meo* 18. in princip. D. de acquir. posses. l. *certè* 6. D. de præcario, ubi communiter Scribentes, Tiraquel. de iure constituti, ampliat. 1. num. 1. in 2. part. Molin. d. cap. 2. num. 4. & 5.
- 19 La quarta, porque huuo tambien pacto de no reuocar, ibi: *Promittens habere ratum, validum, atque fir- mum*, &c. d. fol. 79. Que es modo no menos seguro de hazer irreuocable la donacion, ut ex textu. in l. *ubi ita donatur* 27. D. de donat. caus. mort. & alijs pluribus resoluit Molin. d. cap. 2. num. 45. & seqq.
- 20 La quinta y vltima, porque huuo aceptacion del Notario en nombre del donatario ausente, ibi: *Tibi inquam d. Antonio filio meo, licet absenti, tanquam præ- senti, in manu videlicet, & posse Notarij infra scripti, tanquam publica, & authentica persona pro vobis & illis, quorum interest, intererit, aut interesse poterit legitime stipulantis, & recipientis*, fol. 78. B. & ibi: *Ad hæc ego d. Antonius Garau dict. donationem per vos Arnaldum Garau*

Garau patrem meum mihi facta sub modis predictis gratis recipiens, & acceptans, &c. d. fol. 79. B. Y la aceptación del Notario, como persona publica, no solo es bastante para adquirir accion, etiam sine cessione, *ut tradit Bart. in l. 2. D. rem pupilli, vel adoles. saluam fore, Roman. conf. 513. cum alijs adductis à Couarr. in Rubr. de testam. 3. part. num. 13. vers. Sed si Notarius, sino también para hazer irreuocable la donacion, ut ex Castre-si conf. 195. lib. 2. Gozadin. conf. 87. & pluribus alijs, docet Couarr. ubi proximè, vers. Nec reuocari, diziendo, que es opinion comun, y reprehendiendo à Geronimo Grato conf. 25. volum. 1. que sintio lo contrario: idem Couarr. lib. 1. variar. cap. 14. num. 11.*

21 En lo que pudiera auer controuersia, es en si será necessaria ratificacion del donatario ausente, y si antes que el la ratifique, podra reuocarse la donacion. Y en quanto à esto Couarr. en el lugar arriba citado resuelue, que la donacion queda irreuocable respeto del donador con sola la aceptación del Notario, etiã ante ratihabitionem, *ut constat ex d. 3. part. Rubricæ de testament. num. 13. vers. Ex quibus, ibi: Ex quibus dubio procul communis opinio in hunc sensum deducitur, quòd nomine absentis stipulante Notario, etiam ante ratihabitionem, hoc ius queritur absenti, ut nec donatio, nec venditio reuocari possit sola voluntate donatoris, aut venditoris. Et vers. Quibus minimè, ibi: Quibus minimè accedendum esse censeo, quippè qui existimem eorum sententiam falsam esse ea ratione, quòd ante acceptationem absentis prefata donatio quoad donatorem omninò perfecta sit, nec reuocari ab eo possit, licet absenti quesita non sit. Idem Couarr. d. lib. 1. variar. cap. 14. num. 12.* donde en los terminos de la *l. quoties, C. de donat. que sub modo*, que son los nuestros, resuelue seguramente lo mismo en estas palabras: *Dicendum est in presenti questione, Notario stipulante non posse donatorem pactum illud*

reuocare, etiam ante absentis ratihabitionem, &c.

22 Con que si el valor de la donacion de Antonio Garau del año de 1599. quieren que se tome de la escritura de declaracion de Arnaldo Garau de 4. de Junio de 1602. en que quiso, ò parece que quiso alterar lo que auia dispuesto en su primera donacion del año de 1574. vt vidimus supra num. 10. Este fundamento vendrà à ser mui fragil, pues conforme à la opinion referida, que es la segura, practicada y comun, *vt testatur Couarr. sup.* la donacion primera quedò irreuocable respecto del donador, y no pudo despues alterarla, *etiam ante absentis ratihabitionem.*

23 Pero en nuestro caso aun ai menos duda, y no es necesario controuertir la verdad, y firmeza desta opinion, porque tenemos ratificacion expresa de Antonio, anterior à la escritura de declaracion de Arnaldo del año de 1602. Nempè en su misma donacion de 1599. donde entra Antonio diziendo asì: *Dono tibi dicto Arnaldo filio meo, &c. possessionem meam nuncupatam Sanguera in dicto termino de Campanet situatam, cum omnibus honoribus, & oneribus, quibus tenetur iuxta donationem mihi factam, & firmatam per honorabilem Arnaldum Garau patrem meum, cum illismet obligationibus in d. donatione contentis, fol. 2. B. in princip.* Palabras, en que Antonio, como se ha visto, se refiere à la donacion, que le auia hecho Arnaldo su padre, y con las mismas condiciones, y calidades della, dize que haze el su donacion à Arnaldo su hijo. Que es la mayor ratificacion, que se puede dar, pues no solo aprueba la donacion del padre, sino la sigue, y se conforma con ella para hazer el su donacion, *ex vulg. regul. text. in l. Paulus, D. rem ratam haber. ubi omnes communiter, Decio cons. 58 in princip. & cons. 139. & cons. 222 num. 4. & 5. Bald. cons. 144. lib. 2. cum similib.* Y siendo asì, que en el año de 1599. quando Antonio dixo estas pala-

labras, no auia mas donacion, ni escritura de Arnaldo su padre, que la del año de 1574. porque la escritura de declaracion se hizo despues, como se ha dicho, el año de 1602. Es cosa llana y sin disputa, que la ratificacion, que se induze destas palabras, fue de la vnica donacion que entonces auia, hecha en el año de 1574. y que estando ya ratificada, como lo estuuò, no pudo despues alterarse el año de 1602. conforme à qualquiera de las opiniones que en esto ai, *de quibus Conar. latè ubi suprà, & Molin. d. lib. 4. cap. 2. num. 67. & sequentibus.*

24 Y si se dixere, que la aceptacion del Notario huuo de ser no solamente en nombre del donatario primero, que fue Antonio, sino tambien en nombre de los demas substitutos, para hazer irreuocable la donacion respecto de todos, *ex Bart. in l. qui Roma, §. Flavius, n. 1. D. de verbor. oblig. cum multis adductis à Molin. d. cap. 2. num. 74.* Tambien satisfaze à esto la aceptacion del Notario en la escritura de que nos valemos, pues aceptò la donacion de Arnaldo, no solo en nombre de Antonio su hijo, que era el donatario primero, sino en nombre tambien de los demas interesados en la donacion, *ibi: Pro vobis, & illis, quorum interest, intererit, aut interesse poterit, d. fol. 78. B.* que juntandose estas palabras con las que luego inmediatamente se siguen, *& te premoriente filijs tuis masculis,* muestran cõ euidencia, que la aceptacion quedò hecha, no solo por Antonio, sino tambien por sus hijos varones en el caso de su sucesion; & consequenter respecto de todos se causò la irreuocabilidad. Cõ que se escusarà la disputa, que pudiera formarse sobre la verdad de la doctrina de *Bart. in d. §. Flavius, num. 1.* (de quo *Molin. d. num. 74. & Fontan. de pact. nuptial. claus. 4. glos. 9. num. 4. & seqq. p. 1.* que en nuestros propios terminos està por nosotros, entendiendo, como debe entenderse la

dotri-

doctrina de Bart.) pues en nuestro caso la aceptación se hizo en nombre de todos los substitutos, en que es certísimo, y no ai quien lo niegue, que la donación queda irrevocable respecto de todos

25 De que se sigue, que la donación primera de Arnaldo Garau del año de 1574. es la que se debe observar como lei deste pleito, porque fue anterior y perfecta, y por tantas causas irrevocable, como hemos visto; y así no se pudo alterar en todo, ni en parte, no solo por el mismo donador, *ex text. in l. perfecta donatio 4. C. de donat. que sub modo*, ibi: *Perfecta donatio conditiones postea non capit. Quare si pater tuus donatione facta quasdam post aliquantulum temporis fecisset conditiones videatur, officere hoc nepotibus eius fratris tui filijs minime posse, non dubium est*, (que parece que mirò à nuestro caso, y que se puso à hablar con Antonio Garau el viejo) sino tampoco, y mucho menos por este Antonio Garau, donatario, ni aun por ambos juntos, *ut ex pluribus tradit Fontanel. ubi supra num. 5. ibi: Nec potest modo aliquo revocari, nedum à solo donatario, quod ex infra tradendis manifestè apparebit, sed neq; ex utriusque & donantis, & donatarij consensu, iuxta veriorum Doctorum sententiam, quam pluribus comprobat Didaicus d. cap. 14. lib. 1. variar. Roder. Suar. in l. quoniam in prioribus in declarat. l. Reg. que est. 8. Ant. Gom. in l. 40. Taur. num. 29. &c.* Que es lo que toca à la primera parte de aqueste Artículo.

SEGUNDA PARTE.

26 **Q**ue conforme à la donación de Arnaldo de 1574. sea justa la pretension de Gabriel Garau, que es lo que ofrecimos mostrar aqui, es cosa que no admite disputa: porque Arnaldo hizo donación à Antonio su hijo; y en caso que Antonio muriese en vida

vida del donador, hizo la misma donacion à los hijos varones de Antonio, ibi: *Et te premoriente filijs tuis masculis*, d. fol. 78. B. Con que auiendo llegado el caso del llamamiento de los hijos varones de Antonio, por auer muerto èl en vida de Arnaldo su padre, como vimos arriba num. 4. Y siendo Gabriel Garau à quien defendemos, vno de los hijos varones de Antonio, no puede negarsele la sucesiõ en la parte que le pertenece, como à vno de los hijos varones llamados; y lo que podrá pretender Antonio Garau, serà otra parte de la sucesiõ por la persona de Iuan su padre, hijo tambien del mismo Antonio Garau el viejo, que es lo que le dio la sentençia de los Inquisidores. Y esto por dos razones precisas.

27 La vna, porque los hijos varones de Antonio en el caso presente, tienen igual llamamiento con el, no accessorio, sino principal; y el derecho que se les adquirio por la donacion, no le adquirieron por ministerio de Antonio su padre, sino por beneficio de Arnaldo su abuelo, que fue el donador, con que su llamamiento quedò mas firme, y de ninguna suerte sujeto à la disposiciõ de su padre, que en bienes igualmente donados por el abuelo, no pudo perjudicar à sus hijos, vt totidem verbis expedit *Fontanel. vbi proximè num. II. ibi: Ex hac differentia oritur nostra prima ratio, quòd ex quo filij nihil habet à patre in nostro casu, sed ab auo donante, nulla certè potest esse ratio, que suadere valeat, posse patrem alicui ex filijs suis in rebus ab auo eis equaliter donatis præiudicare.* A que se junte el texto vulgar *in l. vnum ex familia 67. in princip. Et in §. si de Falcidia, D. de leg. 2. vbi omnes Scribentes.*

28 La otra, porque en nuestro caso tenemos aun mas circunstaucias. Y es no estar llamados los hijos varones de Antonio juntamente con èl, sino para despues de sus dias, y en el caso particular de su premoriencia

en vida del testador, ibi: *Et te premoriente filijs tuis masculis*. Con que se percibe, que el llamamiento de estos hijos varones fue separado del de Antonio su padre, como hecho para en caso, que era imposible que concurriessen todos. Y assi ni el llamamiento del padre pudo deriuarse à los hijos, ni el llamamiento de los hijos atribuirse al padre, sino solamente al abuelo, que fue quien llamó à vnos, y otros; à Antonio su hijo en primer lugar, y en el caso de su premoriencia, à los hijos varones de Antonio, y à todos con llamamiento propio y particular, no deriuado, ni transmitido en manera alguna. A diferencia de quando se dize: *Dono Titio & filijs suis*, copulatiuamente, ò quando se dize: *Recepit pro se & filijs suis*, en que puede ser disputable, si el llamamiento de los hijos es accessorio, ò principal, de quo Fontanel. ubi supra num. 10. De donde nace, que como el derecho que tuuo Antonio por su llamamiento, no era capaz de duda, assi tampoco lo pudo ser el llamamiento de sus hijos varones, por auer en el la misma razon, como acaba de referirse.

29 Sin que obste dezir, que las palabras, *& te premoriente filijs tuis masculis*, no induz en diuision entre todos los hijos varones, sino vn fideicomisso gradual por via de primogenitura, en que ha de suceder Antonio Garau, como hijo de Iuan, y siguiente en grado à la linea de Arnaldo el moço su hermano mayor, que murio sin hijos varones. Porque esto se conuenice facilmente ex sequentibus.

30 Primò, porque en semejantes donaciones hechas en contemplacion de matrimonio, el llamamiento colectivo de hijos, comprehende à todos igualmente, ut in terminis tradit Fontanel. d. claus. 4. gl. f. 9. part. 1. ex num. 4. Donde disputando la question latissimamente, y refiriendo las tres opiniones que ai. Vna, que

que todos los hijos se entienden llamados. Otra, que el padre tiene eleccion de nombrar entre sus hijos al que quisiere. Y la tercera, que sucede el mayor por orden de primogenitura, resuelve, que la primera opinion, que es en fauor de todos los hijos, ya era comun y la mas recibida, aunque en esta parte auia auido pareceres distintos en los Tribunales de Cataluña, cõprobandolo con muchas autoridades, no solo de Doctores, que disputaron conforme al derecho comun; sino tambien de sentencias dadas en aquel Principado en la misma conformidad, *ut patet ex num. 8. ibi: Alij dicebant omnes filios venire vocatos, & isti fuerunt in maiori numero: alij patre habere electionem, cui postea filiorum vellet relinquere: & tertij denique venire primum ordine primogeniturae: & hodie ea opinio, quod omnes censeantur vocati, iam effecta fuit communis utriusque aule, &c. Idem Fontanell, ubi proximè part. 5. num. 1.*

31 Y aunque *Cancer lib. 1. variar. cap. 8. de donat. num. 65.* fue de opinio contraria, no niega q̄ la q̄ lleuò despues Fontañela, es la mas comun, y en punto de derecho la mas verdadera, *ut tradit idem Fontanel. d. glos. 9. part. 1. num. 15. vers. Non inficior, in fin.*

32 Secundò, porque quien tiene pretension de que se fundò vinculo, ò mayorazgo por via de primogenitura, lo ha de probar, ò con algunas palabras expresas, que induzan semejante disposicion, ò por lo menos con presumpciones, y conjeturas, que sean bastantes para este efeto, *de quibus Molina de primogen. lib. 1. cap. 5. per totum, Flores Diaz, de Mena variar. quest. lib. 1. quest. 18. ex num. 32.* Sed sic est, que de todas las conjeturas que se traen comunmente para induzir vinculo de primogenitura en fauor de la familia del fundador, ninguna se hallarà en nuestro caso, como es facil de ver en la donacion de Arnaldo Garau, d. fol. 78. pues

8
pues ni ai en ella digresion à muchos grados de substitutiones, ni llamamientos de primogenitos, ni prohibicion de enagenacion, ni grauamen de nombre, y armas, ni se dize, que vaya de grado en grado, ni otra cosa ninguna de las que requieren los Autores que se han referido. Luego no es posible afirmar, que alli se dispuso por via de mayorazgo, y no por via de herencia partible entre todos los hijos varones, que se llamaron.

33 Tertiò, porque antes en esta donacion ai palabras, que repugnan al vinculo derechamente, como son aquellas, *ad agendum, tenendum pacificè, & quietè possidendumque, dandum, vendendum, cedendum, impignerandum, & aliter alienandum, indeque faciendum vestras, & vestrorum omnimodas voluntates*, fol. 79. ad fin. Que son palabras inductiuas de libre arbitrio, *vt ex Bart. & Alexand. in l. si sic 78. D. de legat. 1. Abbat. in cap. 2. num. 4. in 3. notabili, de sequestrat. posses. & fruct. & alijs tradit. Barbos. claus. 6.* y puestas en vna disposicion feudal, hazen el feudo hereditario, y libre, cõ facultad de poderle enagenar sin licencia, *Socin. conf. 9. num. 34. lib. 1. Franc. Becc. conf. 42. num. 8. & conf. 88. num. 49. Roland. conf. 55. num. 43. lib. 3. cum pluribus congestis à Tuschol. C. conclus. 297. per totam.* Contrario todo à la naturaleza del vinculo y mayorazgo, en que siempre està prohibida la enagenacion, *vt notissimum est.*

34 Menos obsta dezir, que Antonio Garau en su donacion, y en los llamamientos que en ella hizo, dispuso, usando de la facultad que le dio su padre para elegir al hijo que le pareciesse, y que asì ha de obseruarse su disposicion, y por ella no tiene entrada Gabriel Garau. Porque se dan dos respuestas clarissimas.

35 Vna, que auiendo hecho Arnaldo Garau la donacion que hizo en fauor de todos los hijos varones de

An-

Antonio en el caso de su premoriencia, como vimos arriba; y siendo esta donacion, como fue perfecta, y de tantas maneras irreuocable, no pudo despues alterarla, ni añadir condiciones nuevas en perjuizio de los donatarios, à quien ya estaua derecho adquirido, *ex d.l. perfecta donatio 4. C. de donat. quæ sub mod. cum cæteris supra allegatis.* Y afsi la disposicion de Antonio su hijo (si se fundò en la facultad, que le dio su padre, contraria à la primera disposicion, y por esso inualida, que no pudo fundarse en ella, como luego veremos) fue disposicion sin efecto alguno, como hecha en virtud de titulo inualido, y no eficaz, *iuxta reg. text. in l. non dubium 5. C. de legib. cum vulgar.*

- 36 - Otra, que no es posible, que Antonio Garau en la donacion que hizo, vsasse de la facultad de elegir, que su padre Arnaldo le dio, porque la donacion fue en tres de Março de 1599. como parece por el processo fol. 2. y la facultad de elegir fue en quatro de Junio de 1602. fol. 86. Con que ya se vè, que siendo la facultad posterior tres años y tres meses, no pudo vsar della al tiempo que hizo la donacion.
- 37 - A que ha de añadirse, que Antonio Garau murio en seis de Junio del mismo año de 1602. como està probado por nuestra parte con muchos testigos, fol. 89. B. & sequentibus. Y la facultad de elegir que le dio su padre, fue dos dias antes, porque fue en 4. de Junio, como se ha dicho. Y el intento que en esto se tuuo, à lo que se dexa entender, fue auer reconocido, que la donacion que auia hecho en el año de 1599. no podia sustentarse, por ser contraria à la disposicion de Arnaldo su padre del año de 1574. Y para darla alguna firmeza, como si pudiera darse alguna en perjuizio de tantos interesados, se quiso otorgar la escritura de 4. de Junio, en que està la facultad de elegir, para que Antonio, que estaua entonces cercano à la

muerte, pues murio dos dias despues, no muriessse antes que se otorgasse aquella escritura, con que se entendia, que se daua valor à la donacion inualida, que auia hecho. De que se percibe quan sospechosa es la escritura de 4. de Junio (quando fuera de algun momento) por el tiempo en que se otorgò, y quan poco puede prejudicar por lo vno, y lo otro à todos los hijos varones de Antonio, que tenian ya derecho adquirido, por la donacion de Arnaldo Garau, segura, y firme, y no fugeta à reuocacion.

ARTICVLO SEGVNDO.

- 38 **Q**ue no obste à Gabriel Garau la sentençia arbitraria, ni la aprobacion della con juramèto, es cosa tã clara, como lo demas q̄ queda fundado hasta aqui. Porque lo mas que puede obrar la sentençia, y su aprobacion, es vna cosa juzgada en fauor de Antonio Garau. Y quando esto se le conceda, aurà menester verificar, que para que obste à Gabriel Garau la cosa juzgada, han de concurrir las tres precisas identidades de la *l. cum queritur cum duabus sequentibus, D. de except. rei iudicat.* Nempè de personas, de cosa pedida, y causa, ò derecho de pedir: Cosa tan lexos de ajustarse à los terminos deste pleito, que antes ninguna destas identidades concurre en èl.
- 39 No la de personas: porque auiendo de ser vnas mismas, no en indiuiduo, sino en la calidad, y la condicion, *ex text. in l. Et an eadem 14. in princip. D. eod. tit.* y à que la persona de Antonio Garau se pueda considerar la misma en vn pleito y otro, porque litiga en ambos con vn mismo derecho, que es el de la donacion de 1599. la persona de Gabriel Garau es diuersa en la calidad, pues en el pleito antiguo, sobre que cayó la sentençia arbitraria, litigò como heredero de

Arnaldo Garau su hermano, vt constat fol. 1. & sequē-
tibus. Y oi en este pleito litiga como donatario de
Arnaldo el viejo por la donacion de 1574. Y residien-
do en el calidad distinta, y litigando en virtud della,
viene à ser diferente persona, *iuxta text. in d. l. Et an
eadem, l. tutorem 19. D. de his quib. vt indign.*

40 La identidad de cosa pedida, tampoco se ajusta,
porque la demanda de Antonio Garau en el pleito
primero, fue, que Gabriel Garau fuesse condenado à
restituirle toda la possessión, ò heredad Songuerau
con los frutos, por tocarle à el solo, y no à Gabriel en
virtud de la donacion de 1599. d. fol. 1. Y lo que oi pi-
de Gabriel Garau, que es el actor deste nuevo pleito,
no es esto mismo que acabamos de referir. Nempè,
que la heredad le pertenece à el solamente en exclu-
sion total de Antonio Garau, fino que se declare, que
Antonio no tiene mas parte en esta heredad, que la
que le puede pertenecer, como à vno de los hijos de
Antonio Garau el viejo, fol. 77. B. que es cosa tan
diferente, como se vè.

41 Pero quando estas dos identidades primeras fue-
ran corrientes, y concurrieran en nuestro caso, por lo
menos es innegable, que no concurre la identidad
tercera, que es la de derecho y causa de pedir. Porq̃ en
el primer pleito se litigò por sola la escritura de do-
nacion de Antonio Garau de 1599. y desde la deman-
da, hasta la sentencia no se habló de otra cosa, ni se
disputò de otro titulo, como se vè en la misma de-
manda, dicto fol. 1. y en la sentencia, fol. 21. B. y en to-
dos los autos del pleito. Pero oi litigamos en virtud
de nueva escritura, que es la donacion de Arnaldo
Garau de 1574. no controuertida, ni aun imaginada
en el pleito primero; porque despues de la sentencia
arbitraria llegó à noticia de la parte, vt constat di-
cto fol. 77. y bastara el no hallarse presentada en el
plei-

01
 pleito, ni aun alegada en el, para que se entendiera
 así, *ex glossa verbo Manifestum, in l. fin. C. de rebus cred.*
Bart. in l. Titie textores, num. 2. D. de legat. 1. Paciano
de probat. lib. 1. cap. 44. num. 1. & seqq. Con que es cer-
 tísimo, que el derecho que tiene Gabriel Garau por
 esta escritura, no está vencido, ni se puede estender à
 el la sentencia arbitraria, ni prejudicarle, por ser vna
 cosa, que ni las partes la deduxeron entonces, ni los
 juezes la imaginaron, *ex text. vulgari in l. si ex testamē-*
to 20. D. de except. rei iudicat. ibi: Nec obstatuam ci ex-
ceptionem, quòd non sit petitum, quòd nec actor petere pu-
tasset, nec iudex in iudicio sensisset, l. si cum argentum 21.
in princip. D. eod. tit. ibi: Quia neque litigatores, neque
iudex de alio quàm de argento actum intelligant, l. si ma-
ter 11. §. si quis autem, D. eodem, ibi: Si quis autem petat
fundum suum esse, eò quòd Titius eum sibi tradiderit, si po-
stea alia ex causa petat, causa adiecta debet summoverti
exceptione.

42 Y esto es mas cierto, auendosi fundado la deman-
 da del pleito primero en causa especial, scilicet en la
 donaciõ de Antonio Garau de 1599. como la demãda
 lo dize, d. fol. 1. Y tãbiẽ la sentẽcia arbitraria, d. fol. 22
 B. con los demas autos de aquel processo. Quo casu,
 quando se deduze derecho especial, y por causa espe-
 cial, es cosa cõstãte, q̃ solo este derecho queda vécido
 en la sentencia q̃ se dà contra el, y no qualquier otro
 derecho, q̃ pueda tener la parte, como al contrario se
 pudiera dezir, que quedaua venoido, si se huuiera liti-
 gado por causa general, y no cierta y determinada,
ut distinguit text. in cap. Abbate 3. de sentent. & re iudic.
in 6. ubi omnes communiter, d. l. si mater 11. §. eandem, in
princip. & in fin. D. de except. rei iudicat. ubi etiam Scri-
bentes. De que resulta, que no nos obsta excepcion de
 cosa juzgada, pues ninguna de las tres identidades
 concurre aqui, y mucho menos la tercera de derecho,

ò cau-

ò causa de litigar, que es la de mas consideracion, y que solo basta para que el pleito nuevo corra sin embargo.

43 Ni tenemos necesidad, conforme à lo referido, de disputar, si en virtud de escritura nueuamente hallada, como es la nuestra, puede impugnarse la cosa juzgada, *iuxta text. in l. admonendi 31. D. de iureiuran. l. Imperatores 35. D. de re iudicat. l. sub specie 4. C. eod. tit. l. sub pretextu 19. C. de transact. vbi DD.* Porque esta disputa viniera bien, si insistiendo en el mismo derecho vencido, y en el mismo titulo reprobado, le quifieramos coadjuuar con alguna nueva escritura, que son los terminos en que proceden los textos, que se han referido. Pero alegando, como oi alegamos, titulo nuevo, y diferente del que antes se controuertio, y confessando la sentencia arbitraria por justa, conforme al titulo contemplado en ella, no hemos menester apurar la question de arriba, pues no impugnamos la sentencia arbitraria, sino solamente pretendemos, que ha de correr nuestra pretension sin embargo de la sentencia, porque esta mirò à diferente titulo, y con esta contemplacion fue justa, pero no perjudicial à quien oi litiga con otro derecho, como si fuera diferente persona.

44 Tampoco nos obsta el juramento cõ que se aprobò la sentencia arbitraria; porque el juramento no se estiende à lo no pensado, ni conocido, *Oldrad. conf. 95. circa fin. num. 15. vers. Præterea, Frederic. de Senis conf. 199. in fin. num. 1. vers. Iuramentum autem, & conf. 210. vers. Sed posito, Alexand. conf. 28. num. 12. lib. 1. donde dize, que es opinion comun, cum similibus.*

45 Y la razon es clara, porque el juramento no obra donde falta el consentimiento, *cap. cum contingat, de iureiuran. cap. quamvis pactum, de pact. in 6. l. fin. C. de non numer. pec. vbi Bart. & communiter omnes, Roman.*

F. conf.

