



Index

1. D. Jos. Volckm. Leckmann de
privilegio mulierum.
2. Eiusdem de jure vetis.
3. — de *Fidei*.
4. — de *fama*.
5. — de *Jure constituendi*.
6. — — *delictis poena gladii coe-*
cendis.
7. — — *jure venationis.*
8. — — *penitentia.*
9. — — *eo quod circa dies iustum est*
10. — — *rerum alienatione libera.*
11. — — *studiosorum privilegio.*
12. — — *jure vario.*
13. — — *jurisdictione egypti & turbarum*
14. — — *opustate.*
15. — — *Successione et electione in Imp.*
Rom. Germ.
16. — — *Casibus fortuitis.*
17. — — *Austregis.*
18. — — *comodato.*
19. — — *jure asylozum.*
20. — — *privilegio.*
21. — — *insignibus.*
22. — — *amore.*

Wd. 66.

36

I. N. D. N. J. C.

DISSERTATIO ACADEMICA

De

EO QVOD IVSTVM
EST CIRCA OPTIONEM
MINORIS HÆREDIS.

Vulgò

**Kubr-Berechtigteit des jüng-
sten Erben.**

QVAM

MAGNIFICI Jctorum ORDINIS Indultu

PRÆSIDE

Prænobilissimo, Consultissimo atque Excellentissimo

DN. JOH. VOLKM. Bechman

HÆREDITARIO in Sbern-Gröbra/

JCTO ET ANTECESSORE CELEBRATISSIMO, CONS
ARIO SAXONICO, CURIÆ PROVINCIALIS AC SCABIN
TUS ASSESSORE GRAVISSIMO.

*DN. Patrono ac Doctore suo omni observantia cultu ætern
venerado,*

Publicæ Eruditorum Censuræ submittit

in Auditorio Jctorum,

PETRUS PAULUS Freiesleben

Eisenbergâ Misnicus.

Ad diem

Augusti M DCLXXVIII



de

DISSERTATIO ACADEMICA

DE QVOD IUSTITIA
EST CIRCA OTIONEM
MINORIS HAREDIS

AVGVSTVS

MAGNIFICI

DN JOH VOLKM

DE

PETRE





P R A E F A T I O.



*Irca media tres actus voluntatis huma-
nae cliticati numerantur, nempe ELECTIO,
CONSENSUS USUS. Quos ex triplici
modo, quo se habet voluntas nostra circa me-
dia, facile est colligere; Primo enim, inquit
Eustachius à S. Paulo in Summ. Philosoph.
quadripart. III. part. Ethic. tract. I. quæst. 3.
si plura occurrant, unum præfert alteri diciturque ELECTIO;
Secundò in eo medio, quod alteri prætulit, se complacet estque
CONSENSUS; Tertio medium illud, quod sibi aptum iudicat ad
finem assequendum, applicat, diciturque USUS. Qui cum nihil sit
aliud, quam applicatio mediorum ad finem à voluntate tanquam
primo movente, ratione tanquam dirigente & aliis potentiis tan-
quam exequentibus imperium voluntatis, liquet, hunc posteriorem
esse electione & Consensu. ELECTIO, quam Aristot. III. Ethic.
2. ἀγορίαν appellat, & voluntarium quid præconsultatum de-
scribit, nihil, aliud est, quam deliberata acceptatio unius medii
præ alio, hoc est, ex pluribus propositis rebus illius, quam ratio
prædeliberans quatenus alteri anteponendam libravit assumptio;
ex quo iudicare licet, ELECTIONEM soli homini, b. e. rationa-*

li creatura propriam esse, nec brutis animantibus, in quibus con-
silium seu deliberatio electionem necessario antecedens locum non
babet communem. Quod ad CONSENSUM spectat actum vo-
luntatis naturâ posteriorem ipsa electione, definitur eidem Eusta-
chio eod. loc. applicatio motûs appetitivi ad id, quod ex consilio
judicatum atque electum, sicque in eligibilibus, b. e. cum plura,
sefe offerunt media, quorum unum præferendum est alteri, con-
sensus semper præsupponit consilium & electionem. Sane de
CONSENSU *tanquam communi omnium obligationum constitu-*
endarum principio, vel inquirendo, vel interpretando, vel tollen-
do plurimum quotidie in Scholis, domibus Actorum, tribunalibus
& Dicasteriis disceptatur. OPTIONUM ELECTIONUM-
QUE *jus, quam latè pateat per totam Jurisprudentiam, aliorum*
industria pridem ostensum est, & nos in decursu hujus Dissertationis
pluribus locis notaturi sumus. Cumque mihi benignâ eorum vo-
luntate, quibus me, meaque studia exasse debeo, jus OPTANTI
daretur, quo in argumento potissimum vires profectuum meorum
in Alma hac legum Nutrice collectorum, quos per-exiguos esse non
inficior, potiùs experier, affecit animum meum hoc ipsum, quod
rudi penicillo delineatum imus, juniori haredi adversus majorem,
competens eligendi jus, materia in foro frequens & scitu necessa-
ria. Sed à Jove principium Muse, quem trinum aeternumque
Deum secundandis scribendi ac disputandi laboribus supplices ve-
NERAMUR.

CAP. I.

DEFINITIONEM NOMINIS ET REI CONTINET.

I.

Quia ordine nihil pulchrius, & scire secundum vulgatis-
 mum proverbium, quid facias, & nescire, quo ordine fa-
 cias,

cias, non sit perfectæ cognitionis, ideoque ego ordinem servare mihi proponens & exemplo Ulpiani in *l. 1. pr. ff. d. 7. § 7. Pauli in l. 1. princ. ff. d. acquir. vel amitt. possess. § l. 1. princ. ff. d. furt.* insistens à nominis notatione, ne ignoretur, de quo dicatur *l. 2. §. 43. ff. d. Orig. jur.* tractionis telam exordinar.

II. Videtur autem vocabulum OPTIONIS derivari posse à Græcò *ὄπλω* i. e. *video*, nam is, qui optat seu eligit videre debet, quid eligat, & an expediat illud vel aliud eligere. *Reb. ad. l. 18. ff. d. V. S.*

III. ELECTIO dicitur à *legendo* unum ex pluribus; Optio in genere significat electionem seu optationem, Græcis *ἀίρεσις*, Germanis *die Ruhe / Wahl* à verbo optare, quod 1. cum verbis cupere, desiderare valet-*wünschen / begehren* / 2. est eligere unum è duobus, ut ait Donatus; inde quidam Optionem de duobus, Electionem de pluribus intelligi voluerunt; non recte; nam & optare simpliciter est eligere, nobis, *fiesen / wehlen / kühnen* / *l. 3. §. 6. ff. ad exhib. Virg. V. Æneid.*

Muneraque in naves ternos optare juvencos.
& optio etiam in pluribus, ut mancipiorum & servorum optatione legata, non refert, quot sint, etiamsi centum essent, ita probat *l. 2. l. 6. ff. d. opt. legat. l. 18. princ. ff. famil. ercisc. rubr. § tot. tit. ff. d. opt. § elect. legat.* Ita hic vocabula OPTIONIS ET ELECTIONIS promiscue usurpamus, ut & verba OPTARE ET ELIGERE, quamvis optare latius pateat; quod enim in priori significatione aliquando optamus, non statim eligimus, cum unam rem certam sibi quis optare, eligere non nisi è duobus possit.

IV. Ab analogia quadam est, quod vox Optionis in genere masculino adiutorem seu ministrum ab aliquo antecedente, ut vices suas suppleat, adoptatum significat. *l. ult. ff. d. jur. immun.* quales in militia sagata & apud exercitus à Decurionibus vel Centurionibus antiquitus assumerentur, ut docent Veget.

lib. II. cap. 7. de re milit. Varro lib. I. de Ling. Latin. Festus, Nonius, aliique, quos Plutarchus *Διοπῶρες* videtur vertisse. Post-hac ad Palatinæ quoque militiæ & cujuslibet publicæ functionis substitutos translatum esse animadvertitur; ita optio fabricæ in l. ult. ff. de jur. immun. l. 6. ff. d. bon. damnat. ita optio carceris apud D. Ambros. vid. Cujac. VI. Obs. 33. Plaut. in Asinar. Act. II. Scen. I. *Tibi optionem sumito Leonidam, fabricare quid vis*: Annonæ adjutores, qui eam militibus dividerent creberrimè sub appellatione Optionum memorantur in libris Cod. l. 9. C. d. jur. Fisc. l. 7. § 9. C. d. Exact. tribut. l. 3. C. d. Apock. publ. Nov. Just. 129. & ideo annonæ divisionem in l. 1. ff. de mun. § honor. Græci Basil. l. 54. interpretantur Optionem militum. Nihil ergo masculus optio cum fœminina nostra hic commune habet præter nomen.

V. Neque de Electione Canonica h. e. personæ alicujus idoneæ ad Prælaturam vel dignitatem Ecclesiasticam canonicè facta vocatione ejusque ordine ac modis, quos breviter recenset Almer. in Manual. Jur. in voc. *Electio*; Neque de aliis Curialibus Electionibus instituti ratio permittit agere, quâ optionem eatenus tantùm assumimus, quatenus inter *coheredes* ipsoque familiæ eriscundæ judicio jure vel *scripto* vel *non scripto* competat; Germanice die *Kuhr. Berechtigtheit des jüngsten Erben.*

VI. Hanc definimus seu describimus, *Jus seu facultatem legalem, qua minor heres liberè ex duabus vel pluribus hereditatis partibus à majore divisis eligere sibi potest quam velit.* Diximus generis loco esse jus eo in sensu, quo passim in jure rebus incorporalibus assignatur, ut intelligatur facultas moralis activa seu legalis ad rem certam competens.

VII. In conceptu contrahente materia subjectiva nostræ optionis sunt coheredes, objectiva hæreditas & quæ huc analogice referuntur, & quidem in plures portiones divisa, è quibus una optatur: Substantia scil. & natura optionis propriè sic dictæ

dicta est, non nisi inter plura versari & quidem ut plurimum
æqualia, quorum unum post deliberationem apprehenditur,
quodcumque ex illis magis placuerit. Magon. decis. Lucens.
XXXII. n. 28. Fachin. Controv. Lib. IV. cap. 83. Si autem una tan-
tum res homini est proposita, tunc non potest dici Optio seu E-
lectio sed necessitas, quâ quis adstringitur. Klock. Vol. 1. Consil.
182. num. 229. aut certe cum una tantum res acquirenda pro-
ponitur, tunc non est locus deliberationi aut electioni, sed tan-
tum requiritur consensus voluntatis, quo voluntas sese appli-
cet ad eam rem sibi habendam, quatenus sub acquisitionem
cadit.

VIII. Diximus porro Electionem fieri *liberè*; est enim
libera hæc voluntatis actio, quæ licet ut plurimum sequatur an-
tecedentis deliberationis iudicium ad unum aliquod eligibile de-
terminatum, non tamen illud necessariò sequitur, cum nec ipsum
iudicium illud sit determinatum ad unum, utpote, quod non ne-
cessario sequatur ex suis principiis, atque ita unum eligibile ac-
ceptat voluntas, ut ei sit integrum, non acceptare vel aliud ac-
ceptare.

CAP. II.

ORIGINEM ET ACQUISITIONEM OPTIO- NIS ENARRAT.

I.

PRæcognitis tum rei tum nominis definitionibus, originem ac
causam Optionis nostræ delibaturi, præmonendum putamus
jus seu facultatem optandi competere vel *dispositione hominis* vel
dispositione seu permissione *Juris* sive scripti sive non scripti h.
e. consuetudinis. Beneficio hominis competere optionem ex
tit. ff. de Opt. vel Elect. leg. §. 23. J. de Legat. discimus, idque con-
tingit vel *tacite*, ut in Legato generali vel alternativo §. 22. *J. de*
leg

leg. vel expresse si ipse testator electionem dederit ex rebus pluribus, quod est propriè legatum optionis, Dn. Hahn. ad Wesenb. *in tit. ff. de legat. n. 4.* Sic inter cohæredes alterutri pacto dari potest optio: Sic per ultimam voluntatem constitui, quemadmodum certissimum est, jus optionis à patre in testamento juniore adimi & in quemcunque ex filiis transferri posse. Carpz. *Part. III. Const. 15. Def. 21.*

II. A dispositione Juris quatenus descendat Optio nostra, dispiciamus. Qua parte videmur non immerito primo loco illud inquirere, *Numquid illa ex jure Civili rectè derivetur?* Ita sane non paucis, quos allegat Matth. Berlich. *Part. 3. Concl. 21. n. 4.* visum, qui regulam: *Major dividit, Minor eligit.* jure quoque communi obtinere putarent, veluti Bald. *in l. suus quoque 4. in princ. vers. idem querit. ff. de hered. instit.* Guid. Pap. *Decis. 229. Jas. in L. 1. Col. 6. n. 38. vers. adde prædictis ff. si cert. pet. Tib. Decia. lib. 1. Consil. 15. num. 53.* Quasi hoc ipso quod nusquam in Jure communi reperiatur permissum, ut unus & idem dividat rem communem & eligat, regula ista probetur; aut quia hæc expresse jure Civili non sit decisa (quo tamen à quibusdam minùs rectè inducitur textus in *l. un. sub. fin. vers. ut prior eligat portionem*, ubi Bald. *n. 4. & 5. C. de his qui se defer. casum enim specialem continet, arg. l. 15. l. 16. ff. de Leg.*) juri Canon. etiam in foro Cæsareo standum sit *c. 1. ubi gloss. & interpret. commun. X. de N. O. Nun.* Sed hæc partim falsa, partim sunt *ἀόρτα*.

III. Quia enim jure nostro constanter traditum est in dividenda hæreditate partibus dissentientibus officium judicia seu arbitri prævalere, cui id incumbat, ut æqualiter dividat, & singula singulis hæredibus adjudicet, & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, illum invicem cohæredi in certa pecuniæ summa condemnet; Aut si ista definitio propter incidentes difficultates fieri nequeat, iudicio sortis controversiam
inter

inter partes (ipsa earum paritate optandi prærogativam exclu-
dente arg. l. 14. ff. de judic.) dirimat l. 5. l. 16. l. 27. ff. famil. be-
reiscund. §. 4. J. de off. jud. & arg. l. 3. C. commun. de Legat. Et
hoc communis opinio Legistarum firma, ut vid. apud Tiraquel.
Tract. de jur. primogenit. quest. 60. Menoch. d. Arbitr. judic.
Quest. lib. II. Cent. 3. Cas. 124. Köppen. Quest. 31. n. 6. Rauchb.
Part. 1. Quest. 40. Berlich. Part. III. Concl. 21. n. 5. seqq. Carpz.
Part. III. Const. 15. Defin. I. ubi eundem dividendi modum et-
iamnum in foro Saxonico, si non aliter conventum fuerit, vel
inter duos hæredes divisio fiat, observari solere n. 6. tradit &
testatur Excell. Dn. Præses in Comment. ad ff. Vol. 1. part. 1. n.
53. non est, cur ab ea recedamus & proinde Fachin. lib. VI. Con-
trov. Jur. cap. 36. eandem in foro Cælaris servandam esse docet;
Nullus certe textus quin nec vola aut vestigium in contrarium
nos impellit.

IV. De Jure Canonico, si non introductam certe appro-
batam & confirmatam constat eam inter fratres hæreditatis di-
visionem *ut major dividat, minor eligat*, data ita majori divi-
dendi, minori optandi potestate, idque autoritate text: *in. c. 1.*
X. d. Paroch. in verb. *Ita ut ille dividat, qui amplius temporis in*
Episcopatu habet & minor eligat: ubi Canonistæ communiter.
Quod tamen capitulum in hanc rem non esse expressum nota-
vit Bachov. ad Treutl. Vol. 1. Diss. 19. tb. 10.

V. Adducitur tamen à Canonistis & testimonium S. Au-
gustini de Civitat. Dei lib. XVI. cap. 20. dicentis: *hinc fortassis*
effecta est inter homines pacifica consuetudo, ut quando terreno-
rum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat. Erat
autem Augustino ibi sermo de divisione Lothis & Abrahæ fra-
trum in memoria verborum Abrahæ Senioris ad Loth. Junio-
rem: *Situ in sinistram, ego in dextram, vel si tu in dextram, ego*
in sinistram. Gen. XIII. v. 89. seqq. & vero testimonium Patris mu-
nitum autoritate S. Scripturæ à Canonistis cuicunque constitu-
B
tioni

tioni humanæ facile præferri liquet ex gloss. in C. de Libellis di-
stinct. 20. & habetur apud Gratian. XXXVI. quest. 2. c. placuit.

VI. Utut verò hoc Patriarcharum exemplum non indu-
cat necessarium præceptum arg. l. 13. in pr. C. de sentent. & in-
terlocut. imo inter hos tum veram divisionem intercessisse ne-
get Bachov. ad Treutl. Vol. I. Disp. 19. tb. 10. lit. A. utpote qui co-
hæredes haud fuerint, cum non nisi modestia quadam hæc fra-
tris filio permiserit Abrahamus: nobis tamen cum hæc ipsa Au-
gustini sententia tum omnibus seculis non incognita hujusmo-
di partitionis æquitas suggerunt, vero longè similius tutiusque
asserri, à sensim inolescente consuetudine moribusque gentium
aliarum in alias derivatis hunc dividendi modum natum esse.
Certè à propinquo quodam ac necessario Juris naturalis prin-
cipio profectum esse, nemo affirmaverit. Utut enim hoc i-
psum Justitiæ congruenter, *equalibus equalia tribui debere*, pro-
nunciet; modum tamen distribuendi ab arbitrio humano for-
mari nusquam interdicit.

VII. Ac proinde mirum non est ab atavis nostris Saxoni-
bus hunc dividendi modum antiquitatis usurpatum, &, ubi eo-
rum patriæ leges ac consuetudines scribi cœptæ sunt, diligenter
notatum. Textus manifestus in Land R. lib. II. art. 29. *Wo
zweene Mann ein Erbe nehmen sollen/ da soll der Aeltiste theis
len und der Jüngste soll kiesen/ junct. Weichb. art. 26. art. 125.
& ibi gloss.* eumque morem sapientissimus Saxonix Elector uná-
que Protector summus Juris Saxonici, Divus AUGUSTUS in
promulgatione Constitutionum Electoralium, etsi deletis & ab-
rogatis multis duritiis, ambagibusque atque *αβελτεϊαίς* ejus
juris, disertim retinuit ac confirmavit Part. III. Const. 15. *Ipsa
Constitutio sic habet:*

Von

Von der Ruhr/ so dem jüngsten gebühret/
wann zweene Mann ein Erbe theilen sollen.

Nachdem in Landüblichen Sächsischen Rechten geordnet/ wo
zweene Mann ein Erbe nehmen/ daß der Ältiste theilen und
der Jüngste kiesen soll/ als wollen wir/ daß es auf die Zeit/ do sie die
Erbshafft mit einander theilen/ verstanden werde/ und soll solches
Recht der Ruhr mit der Person verlöschen und auf die Erben nicht
kommen. Wann auch ein Mann und Weibes Person zu ei-
nem Erbe gehören/ so soll der Mann/ ohne Unterscheid des Alters/
die Ruhr haben und die Weibes Person mit einem Vormund thei-
len. Wo aber sonsten diese Dinge durch eine Willkühr/ bestän-
dige Gewohnheit und auffgerichtete Vorträge gewiß/ oder aber
es hätte ein Vater im Testament dem jüngsten Sohne die Ruhr
genommen/ darnach soll disfalls erkannt und geurtheilet werden.
Concordat Constit. Vinar. XXXIX. §. würden auch unter zweenen
Erben; junge Aut: different. inter Jus Saxon. & Commun. Fachs.
lib. I. Different 31. Coler. de Process. Execut. Part. I. cap. 3. n. 40.
seqq. Rauchb. Part. I. quest. 40. n. 5.

VIII. Quin passim in tota ferè Germania mos ille Cano-
nistarum in divisione hæreditatis inter fratres receptus est, &
in Imperiali quoque Camera Spirensi approbatus, ut major na-
tu portiones, quales vult, ex æquo & bono constituat, minor, u-
tram velit, eligat. Gail. II. Obs. 116. Mynsing. Cent. IV. Obs. 37.
B. Greven. L. II. concl. 116. cons. I. n. 14. Michael Beuther d. Jur
prælat. Part. I. C. 34. Paul. Matth. Wehner. tit. Theilungs Ruhr/
Dn. Struv. Exerc. XV. tb. II.

IX. Quibuscunque ergo modis inter duos pluresve, pro-
ut consuetudinis est, jus hæreditarium ratione delatæ commu-
nis hæreditatis acquiritur, iisdem simul jus dividendi optandi-
que conciliatur.

QUIBUS QUA IN RE COMPETAT JUS
OPTANDI DECLARAT.

I.

Cum divisio citra alienationem fieri nequeat, imo ipsa sit alienatio & emtionis vicem obtineat *l. 1. §. 1. l. 5. §. ult. cum ll. seqq. l. 8. in fin. ff. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. C. commun. utr. judic. operæ pretium est vel primo loco hic monere, utrumque tam majorem, quam minorem legitimæ ætatis & habilem ad alienandum plenaque rerum suarum administratione fruentem supponi. Nec enim obscuri juris est, non minùs dividere bona immobilia communia, quam alienare interdictum esse minorennibus hæredibus, nisi justa divisionis causa, veluti manifesta utilitas minorum, utputa, si major rixosus sit & malæ vitæ vel minor non ad divisionem proprietatis sed possessionis & fructuum provocet. *l. Lucius Titius & Seja ff. fam. bercisc. junct. l. jubemus nulli C. de S. S. Eccles. Ludov. Rom. Cons. 106. n. 4. præterea autoritas tutorum vel curatorum decretumque Magistratus adsit l. 7. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. penult. C. de præd. min. & al. reb. gloss. Latin. ad text. German. art. 29. lit. D. L. III. Landz R.* Itaque & in Constitutione nostra secundum Juris Saxonici observantiam disertim statutum est, foeminam divisuram non nisi interveniente Curatoris consensu dividere posse, in verb. Und die Weibes-Personen mit einem Vormund theilen.*

II. Regulariter ergo minor eum, qui major est ad divisionem provocare ac jus optandi exercere nequit, dicit. *l. 7. ff. de reb. eor. præsertim si habent unum tantummodo tutorem vel curatorem dicit. l. 7. §. 1. junct. l. 42. §. 6. ff. de Procur.* At secus res se habet, si majorem cohæredem nactus fuerit minor, tum enim si major ad divisionem provocet, idubiè hæc etiam sine
alia

alia causa citraque decretum Magistratus inter eum & cohæredem minorem fieri potest, per *l. penult. C. de præd. minor.* ubi Anton. Faber. *Def. II. n. 1. seqq.* at non nisi interveniente tutorum curatorumve præsentia & autoritate, non tantum ob mutuas divisionis adjudicationes, dominique translationes, sed & ob periculum inæqualitatis, si forte justâ majorem portionem sibi asserat is, qui ad divisionem provocat, & ne quid inauditis iis, quorum maximè interest, constituatur *l. 39. ff. de adopt. l. 29. §. penult. ff. de minor. l. 47. ff. de re jud.*

III. Quis autem sub appellatione majoris, minorisve, intelligatur invulgata regula, *major dividit, minor eligit*, non a deo expeditum est inter DD. Quod si indubitatum esset, regulam ex interpretatione *c. I. X. d. Paroch.* natam, utique intellectus foret aptior, si majorem non illum, qui ætate, sed tempore administrationis minorem præcessit, h. e. qui diutius in possessione & administratione rei dividendæ fuerit, intelligeremus. Videtur enim ibi decidendi ratio, quare Episcopus, qui amplius temporis in Episcopatu habet, dividere debeat, non alia esse, quam quod hic dividendi Episcopatus rationem magis perspectam habeat. Quam rationem in quavis re dividenda ad majorem quadrare & ita consuetudines ac statuta, quæ majori divisionem injungunt, relictâ minori electione, intelligi debere, post *Tiraquell. de Jur. primogenit. quest. 60. n. 6. aliosque à Berlichio d. concl. 21. n. 59.* turmatim productos statuit Francisc. Pfeil. *Cent. I. Consil. 79. n. 20. seqq. Cent. II. Consil. 106. n. 20. & alibi.* Cui fere *duobus* Schurf. *Cent. I. Consil. 71. n. 21.* ubi de jure Canonico, inquit, Episcopus, qui majorem habet notitiam rerum Ecclesiæ, debet dividere, junior autem eligere, tunc eadem ratio militat etiam in pluribus fratribus, qui diu in communionem bonorum paternorum steterunt, quod major meliorem notitiam habeat eorundem, quam minor, quod confirmo: Quin & Scabinos Veteres Lipsienses aliquoties in hanc sententiam respon-

dille testatur Möller. ad d. c. 15. n. 4. idque etiam à Sabaudia Senatu factum meminit A. Faber *C. famil. hercisc. def. 2. n. 3. & 4.* Itaque ex horum sententia is etiam, qui minor foret ætate, dummodo diutius res hæreditarias, de quibus agitur, administrasset, & proinde verisimiliter rerum qualitates & æstimationes melius novisset, pro majore haberetur, qui dividendi necessitatem effugere non posset.

IV. Verum nos supra moribus ortam diximus regulam, nec unica & adæquata ratio, quare major dividat, in peritia ejus sita videtur (quis enim v. g. in concursu masculi cum foemina, ideo foemellæ divisionem impositam dicat, quod ipsa sit peritior viro? Quin imo ideo curatorem adhibere tenetur, nec vetitum est majori imperitiori peritiores juvandæ divisioni adsciscere Berlich. *d. C. XXI. n. n.*) & est manifestum discrimen inter Episcopatus & hæreditatis divisionem. Facit quod text. Saxon. *in art. 29. L. III. Land: X.* propterea de majore natu sive ætate intelligi debet, quod minoribus specialiter favere, iisque jus eligendi seu optionis dispositio Saxonica largiri voluerit, quod non licet invertere. Carpz. *Part. III. Const. 15. def. 10. n. 7.* Tum vero quia consuetudo est optima legum interpret, secundum quam haud dubiè in usu fori de majoritate ætatis intelligitur regula, rectius cum Möller. *in comment. hic. n. 4.* Zobel. *in add. ad art. 29. L. III. Land: X. lit D. Schneidw. in §. quædam actiones J. d. action. n. 65.* pro majore habemus eum, qui alterum ætate præcedit, ut nec Menochium *d. A. I. e. L. II. Cent. 2. c. 124. n. 6.* iudicis arbitrio, quis inter fratres pro majore habendus sit, transcribentem audiendum putemus.

V. Hoc jus optionis rectè occupant minores hæredes sive inter nobiles sive plebejos, sive cives sive rusticos, imo etiam illustres personas (scil. ratione bonorum in loco, ubi jus Saxon. est in usu, sitorum, Dn. Præses *Comment. ff. Exerc. XV. n. 54. observ. Pract. II.* nisi per consuetudinem vel pactum aliud sit introdu-

productum in familiis Illustribus, quod fieri posse idem Com-
ment. Feud. Exerc. I. n. 89. docet) dividenda sit hæreditas Carpz.
d. def. 3.

VI. Et quidem tam masculi quam foeminae, quamvis e-
rim textus juris Saxonici ferè de masculis tantum loquatur: ju-
re tamen nostro pronuntiatio generis masculini etiam ad foemi-
nas porrigitur l. 52. l. 116. l. 172. l. 195. ff. de V. S. non contra l.
45. ff. de legat. 2. Quod & verum esse in jure statutorio tradit
Br. in l. 1. n. 26. ff. de pecul. & multò magis in favorabilibus l. 49.
in pr. ff. de legat. 2. l. 62. ff. de legat. 3. & in materia successio-
nis & divisionis, quæ utrique sexui est communis l. 4. C. de lib.
præter. l. 14. C. de legit. hered. §. nostra J. d. ex hered. lib. Rauch-
bar. p. 1. quest. 41. n. 6. seqq.

VII. Et hoc indistincte verum est, sive concurrant *soli*
masculi sive *sola foemina*; At ubi masculus cum foemella con-
currit, masculo indifferenter, i. e. nulla ratione ætatis habita,
electionem addixit Sereniss. Elector hac constit. verb. *Wann*
auch ein Mann und Weibes Person &c. ita ut foemina adhibito
curatore dividere teneatur. Cujus rei, quæ sit ratio, indage-
mus: Ob conservationem familiæ & agnationis favore id à Le-
gislatore constitutum esse asserit Andr. Rauchbar. p. 1. quest. 41.
n. 13. 14. Et rectè quidem, quoniam per foeminam, utpote quæ
familiæ suæ caput & finis est, familia non propagatur l. 195. §. ult.
l. 196. ff. de V. S. l. 1. §. penult. ff. de ventr. inspici. l. 10. C. de re
milit. & prædia avita, erga quæ magna solet esse postgenitorum
affectio l. 35. ff. de minor. l. 22. §. 2. C. de administr. tut. l. 38.
ff. d. R. V. de facili de familia exire non debent, quæ causa est,
cur & concurrentibus fratribus cum sororibus in judiciis divi-
soriis circa assignationem prædii indivisibilis potior semper sit
causa fratrum, quippe per quos familia propagatur in eaque bo-
na conservantur. Const. Elect. part. II. c. 31. ubi Carpz. Def. III.
quibus addas licet generalem rationem, quod in multis juris
arti-

articulis deterior sit conditio foeminarum quam masculorum, ut qui plus in rempubl. conferant.

VIII. Quæ rationes cum & extra Electoratum Saxonicum contra foeminas militent, non injuria Carpz. contra Berlich. *d. Concl. XXI. n. 13.* defendit etiam extra Electoratum inter foeminam & masculum hunc dividendi modum, non attentâ majorenitate, esse observandum. *d. part. III. const. 15. Def. 7. n. 3.* Quamvis fatear de consuetudine secundum Berlich. testari Zobel. *in part. III. D. 14. n. 2. in pr.* nec nullas esse rationes, quas affert Rauchb. *p. 1. q. 41. n. 6.* Illud vero gratiæ speciosi sexus datum agnoscas, quod *Br. in l. 1. c. d. his qui se deser. L. X. n. 2. sub fin. & P. Decius in l. foemina 2. ff. de R. 7.* foeminae indistincte in divisione electionem seu optionem tribuerint.

IX. Quoniam verò Jus Saxonicum generaliter de duobus viris loquitur, inde post Colerum Carpz. *ad d. C. def. 5.* congruentissimè infert, modum divisionis Saxonicum non solum in divisione hæreditatis paternæ vel maternæ, sed etiam in divisione hæreditatis liberorum inter parentes & collateralium inter collaterales obtinere Berlich. *d. Concl. XXI. n. 23.*

X. Succedit illa visio, *nunquid inter plures cohæredes v. g. fratres vel sorores jus optionis in hæreditate communi locum inveniat?* Sane ex diuturna observantia fori Electoralis ipsa videt. *const. inter duos tantum hæredes in capita succedentes (vel etiam inter plures in duastamen stirpes vocatos, Rauchb. quest. 41. n. 27. p. 1.)* admittitur optio, quod & ab antiquis Juris Saxonicis textibus in hoc argumento duorum *Wo zweene Mann &c.* mentionem facientibus stabiliri posse, alii Doctores tradiderunt, velut *Land: R. L. III. art. 29. in fin.* verbis disertis dicitur de duobus tantum; & verò statuta à jure communi dissidentia strictæ interpretationis esse, eamque in aliis quoque locis extra Electoratum, ubi tamen jus Saxonicum observatur, dimittendam non esse,

esse tradunt gloss. latin ad d. text. lit. D. Fachs. *Differ. 31.* Zobel. *Part. III. Diff. 14. n. 8.* Coler. *Decis. 54. n. 3.* aliique à Berlichio *d. l. n. 26.* copiosè allegati.

XI. Utut vero de Jure Civili in dubium sit, hæreditatem inter plures officio judicis vel per sortem esse dividendam: licet tamen in cæteris locis extra Saxoniam, ubi consuetudine receptum est, ut hæreditas per unum dividatur, & alter eligat, illud sapius observare, etiamsi plures sint, quam duo cohæredes, ut majores non minus dividant in tot partes, quot sint hæredes, & minores ordine successivo eligant, donec ad majorem natu deveniatur. Berlich. *Part. III, Concl. 21. n. 27.* Schurf. *Cent. I. Consil. 71. n. 1.* seqq. quem refert & sequitur Jac. Schulz. in addit. ad Rothschüz. de Dotalit. *art. 29. n. 12.* Dn. Præses. Exerc. ad ff. XV. 56.

XII. Et quicquid sit de usu & observantia fori Saxonici, si ab ipsis fontibus Jur. Saxon. accuratiore scrutinio rem derive-
mus, per id ipsum divisioni atque electioni inter plures etiam
quam duos cohæredes locum esse, non verebimur affirmare,
& fatetur disertim Möller. *ad d. C. n. 5.* suo quidem judicio in-
terpretationem de duobus magis usu receptam esse, quam quod
jus Saxon. ita velit, quo spectat textus expressus in Weichb. *art.*
26. sub fin. ubi dicitur: *Wo aber zweene Mann oder drey zu eis-*
nem Erbe gehören/ oder Heergewette theilen sollen/ da mag der
Jüngste kiesen/ der Aeltiste nimmt aber das Schwerdt zuvor. Ex-
pressis verbis idem tenet gl. ord. in Lehen: *R. cap. 32. n. 5.* ibi *Wo*
ihrer zween oder drey zu einem Guth seynd und wollen sich darnach
theilen/ so soll der Aeltiste theilen und der Jüngste kiesen. Et
quamvis in Land: *R.* dict. loc. duorum tantum fiat mentio; in-
de tamen non rectè concluditur, quod inter plures non idem
sit statuendum, cum ex aliis non paucis locis manifestum sit
compilatores juris Saxonici formula hac loquendi, *wo zweene*
Mann h. e. ubi duo viri, sæpissime uti pro eo, quod dici solet,

C

ubi

ubi quidam vel ubi plures ut in Land-R. L. III. art. 21. art. 15. in
pr. Lehr-R. cap. 7. in med. Wann zweene Mann ein Guth ans
sprechen/ § cap. 40. Weichb. art. 51. sicut & de Jure Communi tra-
ditur numerum pluralem duobus saltem esse contentum, l. 12. ff.
de test. c. pluralis locutio 40. de R. J. in sexto. Berlich. d. c. n. 28.
idque ulterius disertis verbis docet Matth. Cöler. tract. de pro-
cess. Execut. part. 1. c. 3. n. 41. Hunc in modum etiam olim te-
ste Berlichio d. l. n. 28. circ. fin. & Möllero ad allegat. const. Elect.
n. 5. circ. med. pronunciarunt Scabini Lips. Ist einer verschied-
den und hat nach ihme verlassen drey Söhne und eine Tochter/ und
könten sich dieselben Kinder in der Freundschaft aus den Güthern
nicht theilen/ noch scheiden/ so müssen die Aeltisten die Güther thei-
len/ so hebet darnach der Jüngste an zu kiesen und darnach kiesen die
andere bis auf den Aeltesten und die Aeltesten mögen die Jüngern
nicht dringen umb die Güther zu losen. B. R. W.

XIII. Hos verò cohæredes æquali semper gradu esse ni-
hil necesse est. Nec enim jus Saxonicum hæcenus hæredes
distinguit. Quamvis enim & dividendi & optandi jus sui na-
tura personale, ad hæredes quæ tales hæud transeat, arg. l. 68. ff.
de R. J. Consult. Sax. P. I. c. 50. Tom. II. contingere tamen po-
test, ut inter nepotes & patrum etiamnum hac forma dividen-
dum sit. Pone enim filium ante patrem obiisse relictis liberis, quo
casu certum est liberos non ex persona patris, seu ex transmis-
sione, quæ hæreditate nondum delata nulla est, sed ex proprio
capite defuncto avo in avitam hæreditatem succedere. Ergo
& ex propria persona jure divisionis vel optionis fruuntur, et-
iamsi plures ex filio relictis sint liberi, quia hi vices unius gerunt
in stirpes nempe, non etiam in capita succedentes §. cum filius l.
de hæred. quæ ab intest. defer. Nov. 118. c. 3. idque ob jus repræ-
sentationis, quo si non personam patris, ejusdem tamen gradum
atque ordinem referunt, dicente Fabro in C. L. II. tit. 3. def. 14. n.
19. Ita ergo jure eveniet, ut dividat Patruus tanquam major, eli-
gant

gant plures conjunctim nepotes ex præmortuo filio juniore ve-
lut una persona tempore divisionis natu minor reperta. d. c. *Als*
wollen wir daſes auf die Zeit x. Carpz. ibid. Def. 15. Quæ eadem
ratio facit, ut e conuerſo filio majore ante patrem denato, ejus
liberis non facultas diuiſionis ſed jus optionis concedatur, diui-
dendi neceſſitate ad fratrem minorem, utpote horum reſpectu
majorem translata. *Æſtimatur enim & horum jus ex propria*
persona, cum jus diuidendi, ut pote personale, ad hæredes trans-
mitti non poſſit, & quamvis per repræſentationem patris defun-
cti, qui erat ſenior frater, fingantur majores; tamen cum de æ-
tate hominis quæritur, veritatem excuſi oportet, nec fictioni
vel repræſentationi locus relinquatur l. ult. C. de his qui ven. et at.
impetr. l. 13. ff. de probat. Zobel. in addit. ad art. 29. in lit. D. verſ.
præterea circa hoc. Pulchrè Rauchbar. d. quæſt. 41. n. 18. 19 ſeqq.
Carpz. d. l. def. 16. fruſtrà diſſentiente Berlichio Part. III. Concl.
21. n. 55. qui diuiſionem in hæc ſpecie vel ſorte vel officio ju-
dicis fieri velit.

XIV. Quod ſi verò plures ex utroque filio nepotes exi-
ſtant, quoniam quinam ex his juniores natu exiſtimandi ſint,
nec ex perſona & repræſentatione parentum, quæ ratione æta-
tis ceſſat, nec ex eorum propria perſona, quorum cum plures
ſint, unus vel alter ex filio uno, reſpectu reliquorum ex altero
filio procreatorum & major & minor eſſe poſſit, æſtimari po-
teſt, rectè cum Berlichio *P. III. Concl. 21. n. 58.* a vitam hæredi-
tatem inter eos aut officio judicis aut per ſortem, ceſſante parti-
tione Saxonica, diuidemus, cum hæc tanquam odioſa, quantum
fieri poteſt, ſit reſtringenda, nec in ſtatutis præſertim in materia
odioſa, filiorum appellatione nepotes contineantur. *Tuſch.*
Tom. III. Pr. Concl. lit. F. Concl. 275. n. 6. ſeqq.

XV. Illud nunc diſpiciendum, quibusnam in bonis hoc
jus locum inueniat? In bonis equidem hæreditariis ſeu per ſuc-
ceſſionem ab inteſtato delatis, ſive mobilibus, quippe inter ſo-

los cohæredes consuccessoresve in iudicio famil. herciscundæ
competens. Unde statim intelligimus, nunquam in iudicio
communi dividendo particulari, veluti inter socios, legatarios
aut donatarios ex causa donationis inter vivos locum huic fo-
re, nec extra casum successionis ad causam societatis alterius-
que communionis extendi debere. *III. Concl. 21. n. 39. 40. Carpz.*
h. def. 22.

XVI. Utrum in solis allodialibus an & feudalibus optio
locum habeat. De illis equidem non dubitatur, de his contro-
versiam movent Ludolph. Schrader *Tract. de Feud. Part. III. c. 5.*
n. 64. 65. seqq. Fridr. Bruchm. *Vol. 1. Consil. 50. n. 149.* existiman-
tes cessare hic dispositionem Juris Saxonici. Qui I. Text. in
Land-N. L. III. art. 29. sub fin. loquatur saltem de divisione hæ-
reditatis qui ut correctorius juris communis, quò aut officio
judicis aut per sortem divisionem fieri supra diximus, strictè in-
terpretandus nec ad alium casum h. e. successionem feudalem
extendendus foret *arg. l. 3. §. hæ. verba & ibi Bart. ff. de negot.*
gest. l. 1. §. 4. ff. de font. 11. Quia in dispositione generali statuti,
si de feudo expressa mentio non fiat, feuda nunquam compre-
hendantur. *Schrad. d. l. n. 68.*

XVII. Sed hæ rationes rem non conficiunt, unde jam o-
lim rectius contrarium tenuit gl. ordin. in *Lehen-N. c. 32.* in verb.
Wollen sie sich aber theilen mit dem Guth n. 5. vers. da soll
der Aelteste theilen/ & post optimos Juris Saxonici interpretes à
se allegatos probat Berlich. Part. III. C. 21. n. 21. itemque *Carpz.*
d. l. def. 8. eâ maxime ratione, quia ubi nominatim consuetu-
dine casus feudorum non est decisus, tunc ad auctoritates Juris
communis civilis vel Saxonici confugiendum est *II. feud. 1. vers.*
Strenuus d. Feudicognit. c. 1. §. moribus 2. tit. si de feud. defunct.
conten. inter dom. l. 183. ff. de R. 7.

XVIII. Nec difficile est ad ea, quæ in contrarium addu-
cuntur, respondere, quod enim de strictâ interpretatione sta-
tutorum

tutorum adducitur cum grano salis accipiendum est, nam & statuta ex idem itate rationis produci posse ex mente statuentium bene deducit Moller. *b. n. 30. & seqq.* juxta doctr. gl. fin. quam auream & singularem dici notat in *l. 40. §. fin. ff. de pact.* quæ vult, id esse de jure servandum, quod verisimiliter statutum fuisset, si statuentes de eo fuissent interrogati. Accedit à majoribus derivata pronuntianda consuetudo illorum, penes quos potissimum & olim fuit & etiamnum hodie est jus Saxonicum interpretari, unde Francisc. Pfeil. *Cent. 1. Consil. 79. n. 23. dicit.* Er vernehme daß die Herren des Chur-Fürstl. Sächsischen Hoff-Gerichts zu Wittenberg/ desgleichen die Schöppen zu Leipzig/ item die Schöppen des Berg-Gerichts vor dem Rolande zu Halle/ so wohl als die zu Magdeburg ohne Unterscheid der Lehen- und Erb-Güter und also von Lehen / so wohl als von Erbe gesprochen/ daß der Ältere theilen/ und der Jüngere kiesen solte. Confirmat novissime Carpz. *d. l. Def. 8.* Consuetudo autem est optima legum interpretis *l. 23. ff. de LL. l. 2. ff. de Const. Princ. l. 183. de R. J.* Ampliatur hoc locum habere non tantum in feudis minoribus, sed etiam Ducatibus, Dn. Præses *Exerc. I. n. 86.* Secundam rationem etiam recte rejicit Jacob Schulz. *in addit. ad Rotschütz. Tract. de Dotalit. Tit. Von Erbe/ art. 9. n. 18.*

XIX. Optio seu Electio non minus locum sibi vindicat in rebus expeditoriis seu ad militiam pertinentibus, vulgo das Heergewette/ observante Dn. Præsede *Exerc. Feud. I. n. 92.* ita tamen ut inter masculos major in dividendis loco præcipui habeat gladium. Itidem hoc ipsum jus competit in utensilibus seu Gerade inter foeminas dividendis, ut habetur *Weichb. art. 25. in gloss. Zobel. P. III. Differ. 14. n. 4.* Quamvis enim jus Saxonicum loquatur saltim de masculis, non autem foeminis, has tamen usu recepta interpretatio admisit, imo sumus in casu favorabili, ubi foemininum genus merito comprehenditur sub masculino. *Zobel. d. l. n. 3. Bruckm. L. 1. Cons. 31. n. 32. seqq.* dummodo Cura-

toris accedat consensus, constit. nostr. §. Wann auch. ibi: Und die Weibes-Personen mit einem Vormund theilen.

XX. Quid vero si inter gemellos dividenda sit hereditas, nec certò constet, quis eorum sit primogenitus? In dubio communior sententia est officio iudicis vel per sortem faciendam esse divisionem. Berlich. d. C. n. 46. Carpz. d. l. Def. 18. Ceteroquin sufficet hic ad probationem aetatis assertio Parentum siue scriptoreni siue oretenus siue in iudicio siue extra iudicium competenter manifestata arg. l. 58. in fin. ubi DD. ff. de adil. edict. itemque vicinorum & cum primis obstetricum jurata fides Bart. in l. d. etate n. 7. ff. de minor. Menoch. II. presum. 51. n. 1. & 30. Carpz. d. l. n. 6. seqq. quin imò punctum nativitatis, quia incognitus est, quod in occulto & clam parere solent mulieres, praesumptionibus & conjecturis satis probati inter DD. fere convenit. Mascard. de Probat. L. II. Concl. 665. 675. ita ut in dubio masculus prius & citius natus censeatur quam foemina l. 10. §. ult. ff. de reb. dub. Fulv. Pacian. de Probat. Lib. II. q. II. n. II. seqq. Moller. h. n. 20. (Quod in Electoratu Saxoniae, propter indistincte attributam foeminae divisionem ponderosum non esse notavit Berlich. d. l. n. 44.) item inter duos masculos duasve foemellas formosior prius natus censeatur juxta Felin. in c. X. de rescript in med.

CAP. IV.

QUO ORDINE, LOCO AC TEMPORE IUS OPTIONIS EXERCERI POSSIT.

I.

Quid est ergo majorem dividere minorem eligere? Quis arbitri familiae herciscundae inter cohæredes partes faciunt (solent enim ubi jure communi seposita sorte divisio fit per officium Magistratus certi plerumque ab eo Commissarii dividenda

de hereditatis exactam cognitionem habentes deputari) has in bonis dividendis hic determinare tenetur major eligere minor.

II. Sed & res debent esse divisibiles, hoc est ejusmodi bona, quæ commodam divisionem recipiant *Theilbare Güther/* eoque, quam recipiant, modo fieri divisio arg. *l. 25. §. 9. ff. famil. hercisf.* Quid ergo si res commodam divisionem non recipiant? Pone duos adesse fratres & unum solummodo feudum, haud facile divisionem admittens, quia fortasse ambobus pro diviso haud suffecturum, aut è rebus ceteris v. g. apothecæ corpus, an jam penitus excidet jure optionis minor? Nequaquam. Sane ad licitationem tanquam odiosam non statim progrediendum est *l. 6. ff. famil. hercisf.* Quin imo tum modo saltim variato à Domino vel ejus Commissariis feudum aut aliam rem à judice vel arbitris legitimè debere æstimari, *in einen Landüblichen oder sonst billigen Anschlag gebracht werden;* & post hanc æstimationem in voluntate minoris fratris positum fore, an feudum vel rem aliam commodè haud divisibilem sibi velit habere & majori fratri in pecunia satisfacere, an vero huic feudum vel quicquid est indivisibile, relinquere & pretium sibi præferre velit arg. *l. 3. C. commun. divid.* responderunt *Lips. M. April. 1606. Carpz. d. P. III. Const. 15. def. 9.*

III. Quemadmodum in genere, ubi divisuri super re feudali non possunt convenire, plurimum tribuendum est arbitrio ac dispositioni domini feudi, cujus scil. plurimum interest, bona feudalia conservari & justo modo dividi, sicuti resp. *Lips. M. Majo Anno 1600. ibi. So würde durch den Lehnherrn zwischen euch disfalls billiche Weisung gethan/ und nach derselben die Theilung oder Verkaufung obberührten Lehnguts vorgenommen und vollzogen. Capz. d. P. III. C. 15. D. 8.* Eodem fine & feudum inter plures feudi successores dividendum, si portiones adeo exiles fierent, quæ singulis ad sustinendam familiæ dignitatem præstandaque Domino servitia æque idoneè sufficere non possent,

sent, non debet, nisi tantum in duas non tres partes dividi, ita ut tertius pro sua parte teneatur accipere pecuniam consentientibus Jctis Helmstadiensibus *M. Decembr. 1610.* ut notat Dn. Praeses in Comment. ad ff. *Exerc. XV. n. 59. Observ. Pract. 7.*

IV. Ceterum jam olim in bonis commode haud dividendis minori haecenus electionem datam, an velit rem à judice vel aliis aestimatam retinere & alteri dare pecuniam vel contra, constat ex sententia post Land: R. *sub tit. Von Theilung der Brüder und Mitgift der Schwestern aus dem Lehn. Schneidew.* in Comment. ad §. 20. n. 27. *I. de act.*

V. Quae in judiciis divisiis circa adjudicationem rei commodam divisionem non recipientis aliàs inter plures cohæredes sociosve ratione prærogativæ à *majoritate portionis* vel à propinquitate sanguinis vel ab *hyperochâ pretii* derivatæ obtinent, aliunde vel ab Carpz. *b. d. 34. 35. seqq.* peti possunt; nobis hic sufficit illud attingere: jus optionis omnes istas prærogativas vincere, sive jus optionis consuetudinarium inter plures hæredes, de quo infra, sive ex dispositione Saxonica, quæ duobus hæredibus existentibus *majorem dividere, minorem eligere* jubet, intelligas. Nec enim majoris portionis aestimatio tanta est, ut privilegium optionis minori filio generaliter & indefinite indultum *d. art. 29. Lib. III. Land: R. & b. Const. 15.* perimere possit, cum adjudicatio ob majoritatem portionis, quæ minorem ad se trahere videatur *l. 8. ff. de pact. l. 1. in fin. ff. de privil. creditor.* nitatur saltem præsumtâ legis voluntate, quæ merito cedit expressæ erg. *l. ult. ubi DD. C. de pact. convent. tam sup. dot. Carpz. d. l. Def. 36.*

VI. Ipsa divisio facienda est ex æquo & bono, h. e. seclusa omni fraude, quam interdum erga minorem astutia majoris possit fingere, videtur enim hujus moris causa procatartica in præsumta majoris prudentia valorem & aestimationem bonorum melius scientis sita esse, quod tamen non est perpetuum:
nam

nam & sæpe imprudentiâ suâ major contra propria commoda in dividendo peccat. Exemplum fraudulentæ divisionis recensuit Senec. *Lib. VII. Declamat.* & ex eo Jacob. Cujac. *Lib. XIII. Observ. cap. 24. post. princ.* ubi quidam filium legitimum habens alium ex ancilla suscepit & decessit. Major autem ita divisit hæreditatem, ut totum patrimonium ex una parte, ex altera vero poneret nothi matrem. Hoc enim casu utrumlibet filius minor elegerit, semper enormis læsio & inæqualitas relinqueretur. Si enim matrem eligit, cogitur patrimonio carere; Si vero patrimonium, matrem in perpetua servitute relinquere tenetur, quod est contra jus naturale & omnem æquitatem.

VII. Itaque nec attentâ sexus aut ætatis disparitate æqualitas inter fratres cohæredes per omnia & in omnibus servanda est *l. 4. in fin. C. commun. divid.* ut nec infans tenellus prætextu sumtuum educationis prærogativam ullam sibi vindicare possit. Quomodo de jure respond. *Lips. Mens. Octobr. 1635.* apud Carpz. *b. def. 33.* verba sententiæ: *Diemeil aber doch die unmündigen Kinder wegen ihres unterhaltens in der Eltern Erbschaft vor den Mündigen und Erwachsenen im Rechten keinen Vorzug haben zc. So wird nunmehr dasjenige / so in obgesetzten 13. Wochen auf die Kinder anderer Ehe aus gemeiner Erbschaft gewendet worden / an ihren Erb- und Antheil billich defalciret und abgekürzet / B. N. B.*

VIII. Quamvis & dividendi & optandi jus statim tempore mortis cedat & alias in acquirenda hæreditate tempus delatæ vel aditæ hæreditatis vel etiam mortis ejus, qui hæreditatem reliquit inspiciatur *l. 13. § ibi Bald. C. de jur. delib. l. 6. in princ. ff. de injust. rupt. irrit. l. 2. §. 6. ff. de suis & legit. l. 4. ff. unde legit. §. 1. Inst. de hered. qualit. & differ.* tamen ante terminum divisionis non venit. Æstimationem enim majoritatis & minoritatis inter cohæredes à tempore divisionis seu quo ad

D

divi-

divisionem provocatur, subducendam esse in dict. const. discrimen exprimitur: Als wollen wir dases auf die Zeit / da sie die Erbschafft mit einander theilen verstanden werde / idque & textus Saxon. art. 29. sub fin. vers. Wo zweene Mann ein Erbe nehmen sollen / & art. 26. sub fin. Weichb. innuunt. Itaque & hoc sufficit, divisionis tempore duos tantum adesse hæredes, licet tempore mortis plures extiterint, durante communionem posthac mortui, ut si v. g. frater junior ex tribus improlis ante divisionem functus sit, secundogenitus jus minoris habebit: præmortui, enim, qui non extat, jam ratio haberi nequit, quia non entis nullæ sunt qualitates. *Dd. in l. 41. vers. quid. si stipul. ff. de reb. cred. add. Berlich. d. l. n. 49. Andr. Rauchb. P. I. q. 40. n. 7. seq.* ubi Scabios Lipsienses olim contrarium respondisse testatur. Ex quo porro post *Modest. Pist. Vol. 11. Conf. 5. n. 23.* deducit *Carpz. ad. d. C. def. 12. n. 6.* licet plures liberi adsint etiam tempore divisionis; attamen si quidam ex illis sint exhæredati vel per repudiationem aut aliter exclusi, præceptis jam forte à patre suis portionibus v. g. per dotem factaque renunciatione hæreditatis, inter duos tamen dividentes adhuc locum fore partitioni huic Saxonice. Junge quæ supra diximus *cap. 3.*

IX. Ceterum locus, ubi divisio facienda est, quam differentiam inducat ad hoc, ut secundum dispositionem juris communis vel Saxonici vel Constitutionis Electoralis partitio fiat, cum sponte intelligatur, supervacuum est pluribus monere. Itaque si defunctus habet plura bona, quædam in eo loco, ubi statuti vel consuetudinis est, ut *major dividat, minor eligat*, reliqua vero illic, ubi tale statutum vel consuetudo non est, sed jure communi deciditur, statutum vel consuetudo de uno loco in alium extendi non debet, sive statutum in rem sive in personam conceptum sit. *Joh. Köpp. decis. 31. Gail. 11. Ob. 124. n. 9. Cothm. Vol. I. Conf. 21. n. 132.*

CAP.

CAP. V.

FINEM OPTIONIS ET EFFECTUM
EXPLICAT.

I.

UT omnis divisionis: ita etiam hujus per optionem factæ finis erit, ut à communione discedatur, & dehinc quilibet portionem sibi propriam sub respectu totius alicujus ἀκοινωνήτης habeat, h. e. dominus suæ partis in solidum fiat, arg. l. 77. in pr. ff. de legat. 1. l. 58. §. acceptis ff. ad Sst. Trebell. ipsius verò divisionis à majore & optionis à minore factæ, facilior quædam concordia inter propinquos obtinendæ ratio. Nec enim temerè in hoc casu habent, quod conquerantur cohæredes, quid enim conqueratur minor post divisionem à majore factam, liberam inter portiones eligendi facultatem habens, quâ si abutatur per imprudentiam, electa pejori conditione, annon ipse sibi causa est læsionis, adeoque frustra de ea calumniabitur arg. l. damnum ff. d. R. 7. Quod si pinguiorem partem elegerit, nihil tamen dolo malo fecisse videri potest, quippe qui nihil aliud egerit, nisi ut oblatâ conditione uteretur l. 2. ff. de opt. leg. Nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt l. 55. ff. d. R. 7. Majori vero concessâ dividendi potestate imputari summopere potest, si se gravatum dicat, cum ipse fecerit partes, prævisoque patrimonii ac rerum dividendarum valore, ita cautè facere debuerit, ut ne ipse in divisione circumscribetur: quod quò major & prudentior erit, tantò felicius declinabit; & multo magis de se queri debet, si fratris minoris, ut credibile est, circumveniendi gratiâ, portiones inæquales constituerit, si forte is minùs perspicax minorem portionem elegisset, arg. l. 1. §. tt. ff. quod quisque jur. l. 1. in fin. l. 3. in pr. ff. de solut. Carpz, d. l. def. 2. n. 9. seqq. Accedit & favor minoris

ris ætatis, indeque Berlich. *d. l. n. 24.* hanc dispositionem præcise observandam esse dicit, nec posse minorem, si major dividat, ab ea recedere, dicere, ut divisio vel sorte vel officio judicis fiat, prout econtra major onus dividendi, invito minore, effugere non posset. Mynsing. *IV. Obs. 37. n. 4. seqq.*

II. Quia ergo eligenti incommodum imputatur & ut ait Hartm. Pist. *L. I. quest. 4. n. 24.* is, qui electionem habuit, merito sibi acceptum ferre debet, si incommodum aliquod ad ipsum sive hæredes suos inde redit, ut not. *in l. Servi electione & in l. bujusmodi §. Strichum ff. de Legat. i.* & not. Bart. & Dd. *in l. cum certarum ff. de V. O.* mirum non est, electione semel facta, poenitentia voluntatem mutare, ac variando aliud eum eligere non posse *l. 20. ff. de opt. leg.* Petr. Peck. de testam. conjug *L. r. c. 32. n. 7.* Petr. Heig. *Part. II. quest. 14. n. 1. seqq.* Struv. *Exerc. XXXV. tb. 50.* Moller, *i. semest. c. 15. n. 4.* Schurf. *Cons. III. 34.* Nisi major in dividendo & minor in eligendo ultra dimidium se læsum esse dicat & probet, quod, quo remedio contingat *infra cap. 8. dicemus.*

III. Non est hoc loco prætereundum, jus optionis durare per longissimum tempus. Rationem reddit Dn. Præses *Exercit. Jur. Feud. i. n. 93.* quia hoc jus sit jus quoddam hæreditarium aut saltem petitioni hæredidatis annexum, quod duret per 30. annos, quemadmodum hæreditatis petitio. *l. 7. C. de petit. hered.* Et licet quibusdam aliter visum fuerit, qui eidem, per annum modo (tamdiu autem durat tantum *jus congrui*) à tempore adeptæ majorennitatis computandum locum fore tradiderunt, velut Matth. de afflict. in tract. *de jur. Protimis.* & facit cap. *Titius, si de Feud. defunct. controu.* nulla tamen ratio satis prægnans apparet, quare hoc à cæterorum jurium, quibus à lege non est præfinitum certum tempus, duratione, quæ est triginta annorum, §. *1. J. de perpet. & temp. act.* removeatur, & servat hanc sententiam Germaniæ praxis, estque apud Saxones

nes planè certum; hoc jus optionis durare per 30. annos annum & diem. Carpz. *d. C. def. 32.* Modest. *Pist. quest. 45. n. 11. seqq.* atque ita de jure respondisse Scabinos Jenenses Quæstori Altenburgensi Matth. Cöler. *decis 54. n. 30.* itaque in scabinat. tam Lips. quam Witteb. receptum esse, Daniel Möller, *lib. 1. Semestr. cap. 15.* testatur.

IV. Denique tutò videmur dicere posse, quamdiu salva superest petendæ hæreditatis familiæque heriscundæ actio, salvum quoque minori jus optionis fore. Itaque licet quoad reliquos hæredes semel facta fuerit divisio, si tamen duo cohæredes prædia quædam portionis hæreditariæ nomine sibi ex hæreditate pro indiviso assignata ad tempus communiter possederint; si postea dividere velint, etiamnum locum inter eos fore juri optionis tradidit Carpz. *b. def. 23.* quâ parte Berlichio *d. Concl. n. 41.* contrarius non videtur. Loquitur enim Berlichius de prædio simpliciter adjudicato.

CAP. VI.

QUIBUS MODIS CESSET AMITTIVE AUT TRANSFERRI POSSIT JUS OPTANDI?

I.

Quemadmodum superius Jus optandi à dispositione hominis vel legis derivavimus: ita de cessatione ejusdem congruenter dicemus, eam aut à lege esse aut ab homine. A lege I. ubi juri communi illibatus adhuc locus est, veluti illuc ad consultationes responderi solet: *Sondern wird solche Theilung durch das Richterliche Amt und Los/ des ältesten Bruders Begehren nach/ billich vorgenommen und verrichtet.* Ita resp. Jenens. *M. Decembr. 1630.*

II. Si aliud sit statuto aut consuetudine introductum, prout disertim excipitur in dict. *const. 15. §. fin.* Wo aber sonst durch eine

D 3

Will:

Willkühr etc. (cum nec ipsum jus Saxonicum, cuius est hæc par-
titio, plus vigoris habeat, quam ut de usu & consuetudine ob-
servari solet, Matth. Coler. *de Process. execut. in præs.*) & de a-
liis Germaniæ locis testantur Gail. *II. observ. 116. n. 12. seqq.*
Mynf. *Cent. IV. Observ. 37.* Matth. Wehnerus *Observ. pract. sub*
tit. Theilungs-Güter.

II. *Ab homine* idque 1. *inter vivos* per pacta & transactio-
nes, diversum dividendi ordinem inducentes, quo casu lex con-
tractus servanda est, cum cuilibet permiffum sit favori pro se in-
trodecto renunciare. *l. pen. C. de pact.* vel 2. *per ultimam volun-*
tatem, cum pater juniori filio facultatem optandi vel eligendi in
testamento vel Codicillis adimit, idque vel ad alium è liberis
transfert v. g. assignando majori natu prædia, juniori pretia, vel
pro facienda divisione certos arbitros, aut quemcunque alium
modum ordinat. *d. Const. in fin. v.* Oder aber es hätte ein Va-
ter im Testament dem jüngsten Sohne die Ruhr genommen/ quam-
vis non nesciam, non improbabiliter objici hic, quoniam jus e-
ligendi filio juniori ex consuetudine & non ex persona patris
competat, non videri patri integrum filio hoc per testamentum
auferre, sicuti pater non potest auferre legitimam liberis, nec ma-
ritus uxori quartam, aut aliam partem ex statuto debitam, cum
sit debitum legis, cujusmodi nemini auferri possit *c. indultum*
de R. 7. in 6. l. si arrogator 22. ff. de adopt. quam in sententiam
Scabinos Lipsienses olim ivisse apparet ex Consult. *Constit. Sax.*
tom. II. p. 2. q. 33. verum rectè ad hanc objectionem aliasque le-
vioris armaturæ respondet Modest. *Pist. quest 15. in fin.* itemque
16. quod statutum dans filio juniori electionem intelligi *in ca-*
su intestati & quando pater aliud non disposuit; ad causam vero
testati extendi haud debeat. Nec enim Pater inter liberos qua-
lemcunque etiam inæqualem divisionem, quasi ex præscripto
justitiæ distributiæ, facere prohibetur, quam liberi servare te-
nentur, nec ei contravenire possunt. *l. ult. C. famil. hercisc. l. hac*

608-

consultis, 21. §. *ex imperfecto* 1. §. *auth. seq. C. de test.* Et si Pater de universa hæreditate, quod majus est, inter liberos disponere & inæquales portiones facere potest: utique poterit etiam, quod minus est, de divisione hæreditatis in suo testamento providere, & jus eligendi minori auferre; verba sunt Berlichii *d. concl.* 21. n. 37. *in fin.* ubi & in seq. ad superiorem objectionem de debito legis respondet. Quemadmodum pro hæc sententia *Mens. Junio 1560.* à Scabin Lips. an Georg Rißlingen zu Sischendorff pronunciatum testatur, quod & iteratò ad Schmölenses quosdam *anno 1572.* factum refert Colerus *dict. Decis.* 54. n. 25. §. *seqq. part. 1.* Junge Carpz. *b. d.* 21.

III. Cessat & tum in electoratu Saxonix ubi plures quàm duo hæredes adsunt, & sit locus officio judicis vel sorti *d. const. nostr.* ubi Möller. *n. 5. §. II. Semestr.* 27. n. 3. Non ita in ceteris extra Electoratum locis, Berlich. *d. l. n.* 27. de quo vide, quæ antevertimus supra dicere.

IV. Observa hic jure retractus seu protimiseos jus optionis juniori natu minime competere ut testatur Magnif. Dn. Richter. *Decis.* 76. n. 71.

V. Quemadmodum verò post semel exercitum familiæ herciscundæ judicium, ubi bona quædam indivisa fuerint relicta, non hæc illo, sed communi dividundo judicio dividi debent *l. 20. §. 4. ff. famil. hercisc. l. 1. C. eod.* in congruenter in his quoque cessabit jus optionis, quod ad communi dividundo actionem seu res ex titulo particulari communes plane non pertinere supra præoccupavimus dicere Berlich. *Part. I. Concl.* 21. n. 42. Reinh. Rola in addit. ad Möller. *b. n.* 37.

VI. Quatenus cedi, alienari vel in hæredem transire possit jus optionis, proximam habet inspectionem? Et certi juris est tam dividendi quàm optandi jus majori minorive post obitum patris competens personale esse, adeoque mortuo majore vel minore ante divisionem vel optionem ad hæredes neutiquam
trans-

transire, vel in eorum personis resuscitari posse l. 68. ff. de R. J. c. 7. de R. J. in 6. l. 98. §. 8. vers. nec admissum est ff. de solut. Dilectim Constitutio: Und soll solches Recht der Ruhr mit der Person verlöschen und auf die Erben nicht kommen Consult. Const. Saxon. Tom. II. p. 1. c. 51. n. 1. Quod si ergo ex tribus fratribus sive major natu sive minor post obitum patris ante divisionem decesserit, relictis quamvis liberis, modum partitionis Saxonicum prorsus cessare & illum juris communis succedere, statuit Carpz. p. 1. C. 15. def. 14. n. 4.

VII. Multo minus ergo in extraneum cedi vel alienari poterit jus optionis, quoniam satis constat personalia cedi non posse arg. §. 3. in verb. nam cedendo extraneo nihil agitur J. de usufr. l. 42. ff. de administr. tut. l. 39. ff. de condit. & demonstr. sicut nec olim optionis Legatum transmittabatur, §. 23. J. de Legat. quod optare facti & eligere *λογιστέως* & iudicii essent, quæ personalia sunt, cum in quavis persona varient. l. 31. ff. de Solut & liber.

CAP. VII.

AFFINIA COMPLECTITUR.

I.

Cum jure electionis ex divisis rebus hæreditariis, de quo hæctenus tractavimus, propius congruit aliud jus optionis die Ruhr/ in multis Saxonix locis ex consuetudine filio juniore competens ad bona paterna vel retinenda & cohæredibus satisfaciendum in pecunia, vel bona dimittenda & pecuniam accipiendam, quod jus cum optione illa Saxonica, *ubi major dividit, minor vero eligit*. ne utique confundi debere, optimè monet Carpz. ad dict. Const. 15. Defin. 25. Etsi enim, inquit, hæc jura plurimum convenient; attamen quadruplici potissimum modo etiam

iam

iam ab invicem differunt; I. enim Jus illud eligendi juris Saxo-
nici saltem inter duos hæredes locum sibi vindicat, *Land-N.*
Lib. III. art. 29. Const. 15. supra defn. II. Jus autem hoc optio-
nis (*die Ruhe*) locum etiam habet plurimis existentibus hære-
dibus, *Modest. Pist. Part. I. quest. 16. n. 1. & quest. 45. n. 1.* II.
Dispositio Saxonica quibusvis hæredibus competit, non modo
liberis, sed & ascendentibus & collateralibus *supr. def. 5.* Jus o-
ptionis verò consuetudinarium non nisi inter liberos & hære-
des descendentes obtinet. *Modest. Pist. dict. quest. 16. & 45.*
III. Jus eligendi Saxonicum in primis circa partes divisione à
fratre majore factas versatur *dict. art. 29. L. 3. Land-N.* Sed jus
optionis (*die Ruhe*) fundum seu prædium paternum unicum
(nam si plura sint relicta, salva quidem est minori electio, u-
trumque tamen retinere non potest, idque ob strictam con-
suetudinis interpretationem, nisi & hoc specificè introductum
probetur, id *Carpz. d.l. def. 28.*) respicit, quod filius vel retine-
re, vel eo cõhæredi vendito, una cum portione sua de pretio,
certam pecuniæ summam sibi stipulari potest (*ein gewiß Ruhe-*
geld) quam præ aliis heredibus tanquam pro jure optionis loco
præcipui habet. *Daniel Möller. dict. Const n. 16.* IV. Denique
dispositio illa Saxonica communiter in foro Saxonico recepta
est, ubi aliud consuetudine introductum non est: Jus autem o-
ptionis consuetudinarium locum nullibi habet, nisi iis in locis,
ubi speciali statuto seu consuetudine fixam sedem sibi constituit,
quamobrem etiam statutarium vel consuetudinarium vulgo vo-
catur *Modest. Pist. allegat. quest. 45. n. 1. Möller. ad d. Const. 15.*
n. 19.

II. In venditione bonorum paternorum inter rusticos ho-
dieque sæpius filio juniore adhuc impuberi vel minorenni in
tempus majorennitatis reservari solet potestas vel ratificandi
venditionem cum fratre majore aut victrico aut alio quopiam
contractam, certâ quopiam, ultra portionem pretii juniore debi-

E

tam,

tam, pecuniã, acceptã, quã jus optandi quasi in solatium ejus, quod paterna bona dimittat, redimatur, vulgò das *Rubrgeld*/ vel illã repudiatã bona paterna eodem pretio emta habendi. Quam contractus legem uti servari oportet, ita, ubi talis pecunia (*Rubrgeld*) in venditione reservata vel promissa non sit, ab emtore exigi deinde non posse certum est. *l. pact. conventa 72. ff. de contr. emt.* Tutorem tamen ob omissionis culpam conveniri posse tradidit *Carpz. d. l. def. 26. n. 2.*

III. Ex venditione tamen necessaria, veluti sub hasta facta, æstimationem optionis redigere non posse filium juniorem, quia creditorum causa hic potior sit, quàm heredum & liberorum. *l. 8. §. 4. ff. de in off. test. l. 72. de jur. dot. l. 39. §. 1. ff. de V. S.* multo minus ob hunc prætextum venditionem necessariam rescindi posse, quum publicè interfit non faciliè convelli hastæ fidem *l. et si sine §. questum l. 24. §. non semper. ff. de minor. idem Carpz. def. seq. docet.*

IV. In eo prorsus & hoc jus concordat cum superiori, quod utrumque personale est, nec ad hæredes transitorium. *Id. d. 29.* à patre juniore adimi & in alium filium transferri possit, quippe non nisi in casu intestati valiturum. *Modest. Pist. P. I. q. 16. Matth. Cöler. P. I. Dec. 15. n. 52.* æqualibus denique præscriptionum curculis in foro tam communi quàm Saxonico concludatur. *Id. Carpz. d. l. def. 31. 32.*

V. Non tamen perinde ut hoc affine optandi jus à minore nondum magnitum aut exercitum morte ipsius extinguatur, ita etiam pecuniæ pro electione promissæ (*Rubrgeld*) petitio expirat, sed hæc omnino ad hæredes junioris devolvitur, ut quodvis aliud debitum, cujus petitio regulariter quoque ad hæredes creditoris transfertur *l. 59. l. 62. ff. de R. 7. Carpz. d. l. def. 30.*

VI. Cum jure optionis in hæreditatis communis divisione quandam cognationem etiam habere videtur optio sive electio specialiter legata, quã tribuitur potestas eligendi optimum *l. 9. §. 1. de*

de dolo. non obstat l. ult. §. vers. ita Commun. de Legat. quam-
obrem etiam in ff. extat tit. de opt. Legat. huic autem hæc vis est,
ut, cui optio legata est, etiam ejus hæredibus (si scil. est legatum
generis, nam si est legatum speciei, tunc electio non transit ad
hæredes, & in hoc legatum speciei minus continet, quam lega-
tum generis ubi electio transit ad hæredes, vid. Franzk. ad §. 32.
J. de legat. n. 4.) si vivus ipse non optarit, optio debeat. l. ult.
C. Commun. de legat. §. 23. J. de Legat. Olim autem, ut & supra
monuimus, hoc legatum tacitam optionis habebat conditionem
ac ideò nisi ipse Legatarius optasset, ad hæredem haud transmit-
tebatur d. §. 23. Inst. de legat. Non obstant l. 75. §. pen. ff. de legat.
I. l. 19. ff. de opt. Legat. siquidem optare facti est, quod personæ
Legatarii cohæret. l. 12. §. 1. pen. & ult. ff. quando dies legat. ced.
Franzk. ad alleg. §. 23. J. n. 3.

VII. Non multum etiam à jure nostro optionis discedit
Præcipuum Liberorum. Sicut enim jus optionis filio juniore
præ aliis competit; ita ferme etiam Præcipuum, quod significat
illud, quod quis præ aliis capit l. 34. §. 1. ff. de legat. II. l. 1. §. 15. ff.
de Collat. l. 13. C. de Collat.

VIII. Præcipuum autem de jure Saxonico competit vel fra-
tribus vel sororibus. Fratribus in successione Heergewettæ so-
roribus autem in successione Geradæ, quod antevertimus supe-
rius C. 3. aph. 19. monere. Recte Zobel. ad art. 29. Land-R. in
gloss. latin. lit. B. ait, id, quod de masculis ibi statuatur, ex parita-
te rationis ad foeminas etiam extendi, nec tantum in hæredita-
tum sed & rerum expeditoriarum & utensilium divisione obser-
vandum esse, Rauchb. quest. 41. n. 15. & 16. ubi addit, hanc in-
terpretationem consuetudine approbari, hinc & traditum esse,
masculinum ob paritatem rationis continere foemininum Cyn.
in l. quicumque C. de serv. fugit. Menoch. Consil. 204. n. 20.

IX. Cum jure quoque optionis, quod minori competit aliqua-
lem habet affinitatem Optio seu Electio competens mulieri ex se-

renis. Electoris *Const. 20. Part. III.* in verb. jedoch soll der Frauen
cujus vigore prædefuncto marito bona illata reperere, vel iis re-
lictis tertiam bonorum partem, collatis tamen suis bonis, pete-
re potest, nisi per statutum alicujus loci municipale certa portio
illi fuerit assignata, quâ omnino contenta esse debet. *Carpz. VI.*
Resp. elect. 52. atque hoc jus ad hæredes ipsius transire eosque,
perinde ac si mulier superstes esset, eligere posse constat, etiamsi
in electione minori ratione divisionis competente aliud sanc-
tum reperiatur.

CAP. VIII.

JUDICIUM AC PROBATIONEM SPE- CULATUR.

I.

Jus eligendi non nisi pro adjectitia qualitate actioni familiae
herciscundæ cohærere satis constat, ideoque quæ in actione
familiae herciscundæ juris ordinarii sunt, quia nobis non licet
esse tam prolixis, ex ipsis fontibus itemque Wesenbecii Struvii-
que aut aliorum Commentariis petenda relinquimus. Sanè
nemo invitus cogitur manere in communiione, idque ob rixa-
rum evitacionem & naturale studium hominum irrestrictam de
re sua dispositionem habendi, quâ non nisi per plenam proprie-
tatem frui possunt. *l. 77. §. dulcissimis ff. de Leg. II. l. 14. C. de*
contrab. emt. Itaque tergiversantem in divisione majorem ju-
dex imploratus compellet. *Dn. Præses Exerc. Feud. I. n. 87.*

II. Ceterum quando non constat de *jure optionis* recepto
tunc minorem natu id probare debere secundum ordinaria prin-
cipia affirmamus cum eodem *Dno. Præsede d. Comment. Feud.*
cap. I. n. 90. Sicut & ubi de ætate sive majore sive minore du-
bium exoritur, is qui se in alterutra fundat, sine dubio onus pro-
bandi

bandi subire debet, ut bene declarat Fulv. Pacian. *de probat II. p. c. 24. n. 4.*

III. Illud non in convenienter hoc loco tractari posse videtur, utrum si major in dividendo, vel minor in eligendo ultra dimidium se læsum dicat, condictio ex *l. 2. C. d. rescind. vend.* ipsis detur? Möller. *ad d. Const. 15. n. 8.* se quidem non meminisse, ait, quod ejusmodi casus evenisset, (evenisse autem post hac vide sis apud Carpz. *hic def. 19.*) tamen cum jure communi remedium illud in divisione non minus atque in contractu emtionis obtineat, etiamsi per sortem facta sit divisio (à cujus tamen judicio appellari non possit, vid. Schneidew. *ad §. quedam. 20. 7. de act. rubr. de act. famil. hercisc. n. 66.* Berlich. *Concl. 21. n. 69. circa fin.* Schotam. *Disp. ad ff. XXXVII. §. 11.*) non se videre, cur in hac divisione, quæ secundum juris Saxonici dispositionem fit, locum habere non debeat, quanvis Zobel. *in addit. ad art. 29. in lit. D. vers. porro quando semel facta est Land. R. Lib. III. ubi divisio per sortem facta, aliter sentiat, ad stipulante Fabro Decad. VIII. Error. pragmat. 2.* Et si extraneis hæredibus datur, cur non & fratribus in divisione læsis? Carpz. *d. l. n. 5. & Part. II. c. 34. d. 10.*

IV. Quamvis verò ad rescindendam hanc divisionem non præcisè læsionem ultra dimidium, sed qualem qualem læsionem sufficere velint. Ar. Pinell. *ad l. 2. C. de resc. vend. P. II. c. 1. n. 1. sub fin.* Andr. Fachin. *Lib. VIII. controvers. c. 36. sub fin.* tamen rectiùs læsionem ultra dimidium ad similitudinem venditionis necessariò requirunt, post Möller. *alleg. loc. Modest. Pist. Carpz. & alii ad hanc Const. 15. 7. R. fin. 19.* Nobis pro conciliando hoc sententiarum divortio placet distinguere cum Dn. Struvio *Exerc. XV. tb. 16.* inter divisionem judicialiter & extrajudicialiter factam, ut illa causa cognita & per sententiam judicis facta divisio, etsi alter cohæredum etiam ultra dimidium læsus fuerit, rescindi nequeat arg. *l. 2. ff. famil. hercisc.* propter

autoritatem scil. judiciale, quæ multum roboris divisioni tribuit omnemque defectum supplet *l. 19. C. de testam.* ac præsumtionem læsionis excludit *c. in presentia X. de renunc. c. sicut nobis §. ult. X. de sent. & re judic.* Carpz. *d. l. d. 20.* cum is, qui se læsum putat, sibi debeat imputare, quod non appellaverit. Berlich. *d. concl. 21. n. 71.* nisi læsio enormissima subsit, & vel ex gratia singulari judicis, vel quum is in errorem ab adversa parte vel falsis æstimatoribus sit inductus, provenerit, arg. *l. 2. verb. sincera fide C. si propt. publ. pensit.* hæc verò extrajudicialis, cum fraus in re ipsa subest, h. e. citra intentionem contrahentium quæ contigit, læsio postea probatur, non nisi ob læsionem ultra dimidium *ex l. 2. C. de rescind. vend.* rescindi queat. Dissentit Berlich. *Decis. aur. P. I. d. 146. per. l. 3. C. commun. utriusque jud.*

V. Sed si per fraudem & dolum manifestum inæqualiter & perperam facta, etiam aliàs & citra hoc remedium *l. 2.* bene corrigi potest *ex l. 3. C. comm. utr. jud. confer. l. 3. C. ex. quib. caus. maj. l. 8. C. comm. utr. jud.* vid. Fachin. *VIII. c. 36. Pist. Vol. I. Conf. 17.* sicut & ubi error seu juris seu facti in divisione intercessit *l. 36. ff. famil. bercisc. l. 4. C. de jur. & fact. ignor.* veluti si quis decedens relinquat fratrem ex utroque & alterum ex uno tantum latere conjunctum & ille errore juris putans hunc æqualiter secum succedere, cum hoc æqualiter dividerit hæreditatem. Moll. *b. n. 32. seqq.*

VI. Ex hoc vero solo, quod unus partem suam carius vendiderit, rescindendam non esse, rectè docuit Matth. Coler. *P. II. Decis. 225.* Quod si & valorem bonorum exactè sciverint fratres, rescissioni locum non esse arg. *l. nemo ff. d. R. 7.* ex recepta interpretum opinione tradit Moller. *II. semest. 28. n. 2. & ad c. n. n. 10.*

VII. Hoc rescissionis beneficium competere non solum ipsis fratribus, sed etiam liberis & hæredibus eorum probat. Id. Moll. *d. l. n. 11. & 12.*

VIII.

VIII. Ceterum ob immodicam laesionem hæreditas non de novo dividitur, sed convento datur electio, an consentire rescissioni divisionis, ut alia fiat, an verò, quod justo pretio deest, supplere velit? Ar. Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vend. Part. II. cap. 1. n. 4. ubi rationes affert & contraria solvit. Anton. Faber in C. III. tit. 27. def. 8. καὶ ταῦτα μὲν εἰς ἴσιν.

Est quodam prodire tenus, si non datur ultra.

Sequemur meliora moniti, & dies diem docebit.

Interim.

DEO SOLI GLORIA.



Liberta via Tibi logogrypho iudice nostro
Convenit; admittis Musarum suavia vincla
Promptus, & hisce studes cupidè constringier aureis
Compedibus Themidos. Tua dissertatio docta
Testis erit locuples, quam nunc plaudente Salanâ
Asseris, & properas ad templa serena Themistes.

*Præ-Eximio Dno. Autori amicè
m. & m. gratulab. scrib.*

JOHANN-VOLKM. Bechmann/ D.
& Præses.

IN latebris nunquam concedit vivere virtus:
Virtus lucem adamat: Cetera mortis erunt.
Virtutis studium si porrò equaris, amice,
Fructus quos capies, fama perennis erit.

Nobilis. Dn. Autori Optionis jura feliciter
illustranti hisce omnia fausta apprecatur.

HEINRICUS Lincf/ D.

Fe-

Felices animæ, quibus haud fit poena, quod optant;
Queis modus in lingua pectoribusque sedet.

Optavit Phrygiæ Rev ah miser: optio felix

† Et Mariam & Solymæ nobilitavit herum.

Optio nata Tibi magnum portendit honorem

Et generi & genio commoda nata tuo.

AThemide haud quicquam posthac voti irritus optes,

Unctius heredem nulla beabit anus.

Opta audeque aliquid: fors votis furda, labori

Cernua partitas optat & aptat opes.

† Luc. X. 41. I. Reg. III. 11. 12.

Virtuti atque eruditioni Clariss.

DN. FREIESLEBII

*amici à contubernii studiorumque societate cognitissimi
carissimiq; Imq; applaudit*

THEODOS. Lehmann/ Ddus.

A S T R Æ Æ

Judicium

bono omine prosequitur

DANIEL Beyer Doctorandus.

Juridicis thesibus dum multâ differis arte

FREIESLEBI Themidos fulgida progenies,

Quâ ratione Minor natu potiora bonorum,

Dividat ut frater, sumere jure queat;

Voce Themis clarâ pronunciat: optio fiat

Nunc in honore meo splendida FREIESLEBIO.

Moribus herciscit major, minor eligit heres,

Optio docta tibi laudis adornat iter.

Dividet & tecum Themis alma, datura minori

Et patris & patruj jure in utroquè decus.

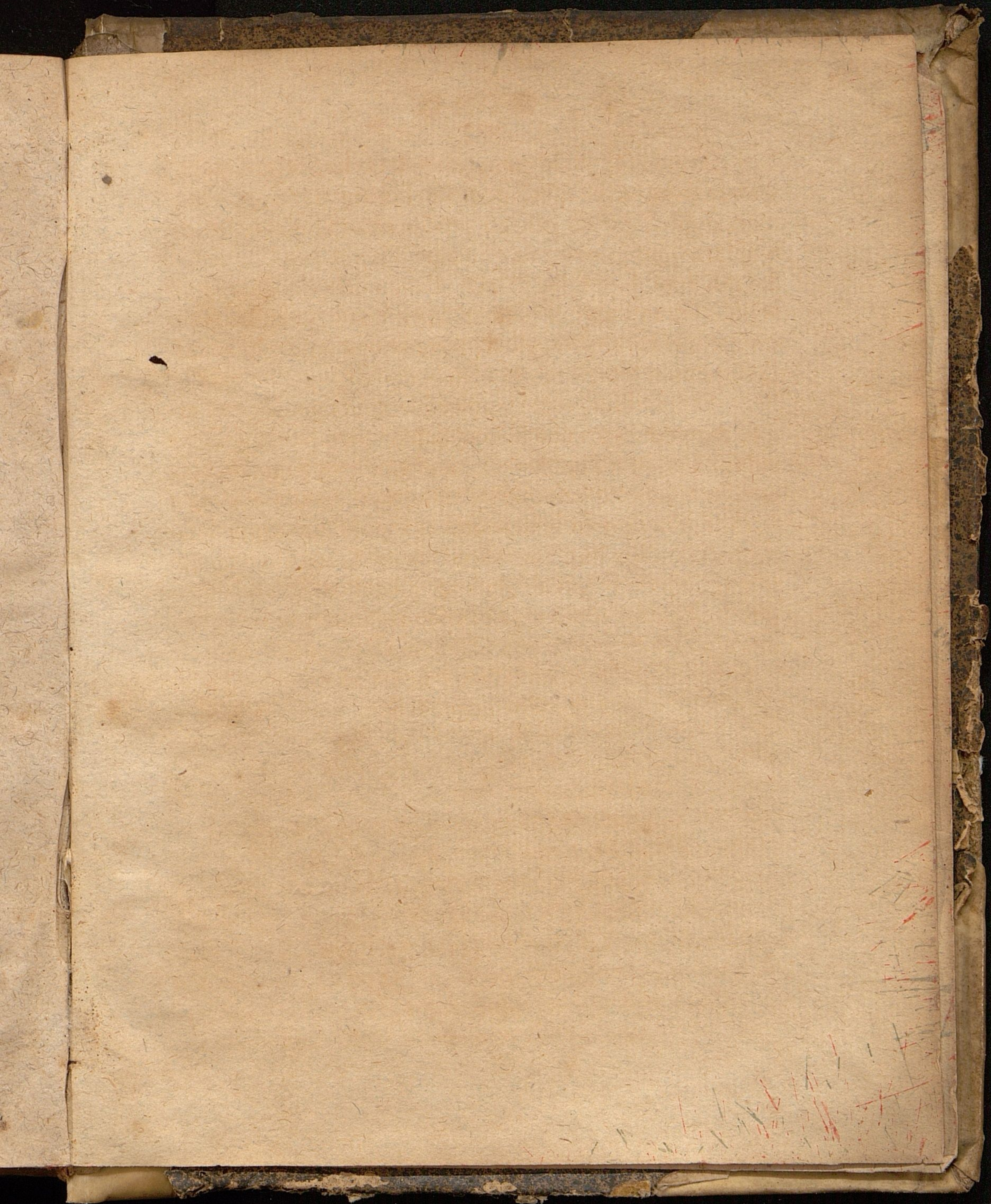
Prestantiss. Dno. Respond.

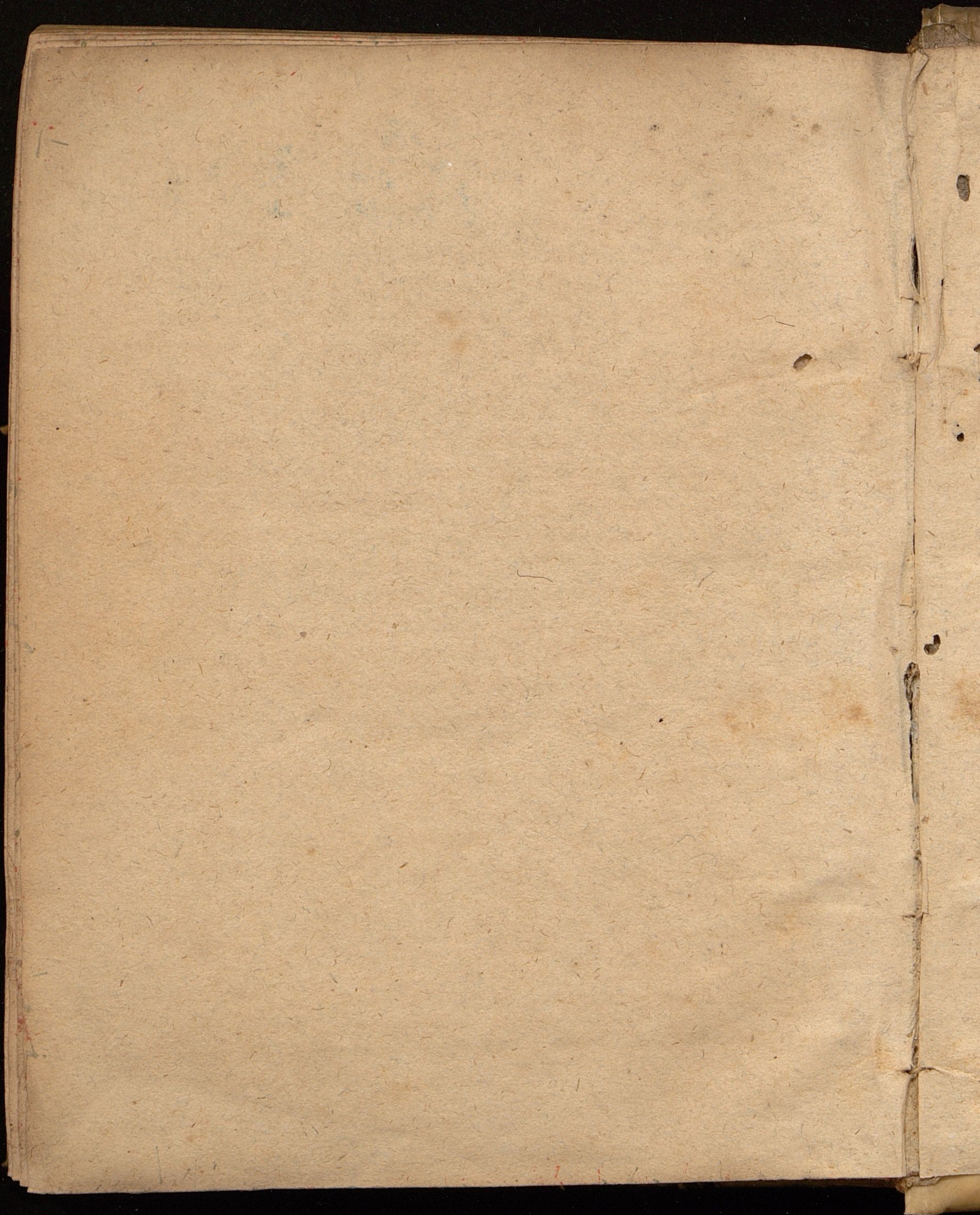
inquilino & commensali suo honoratiss. g. e. f.

CHRISTOPHORUS Schrumpff/

Curia Jenens. Protonotarius

* (o) *

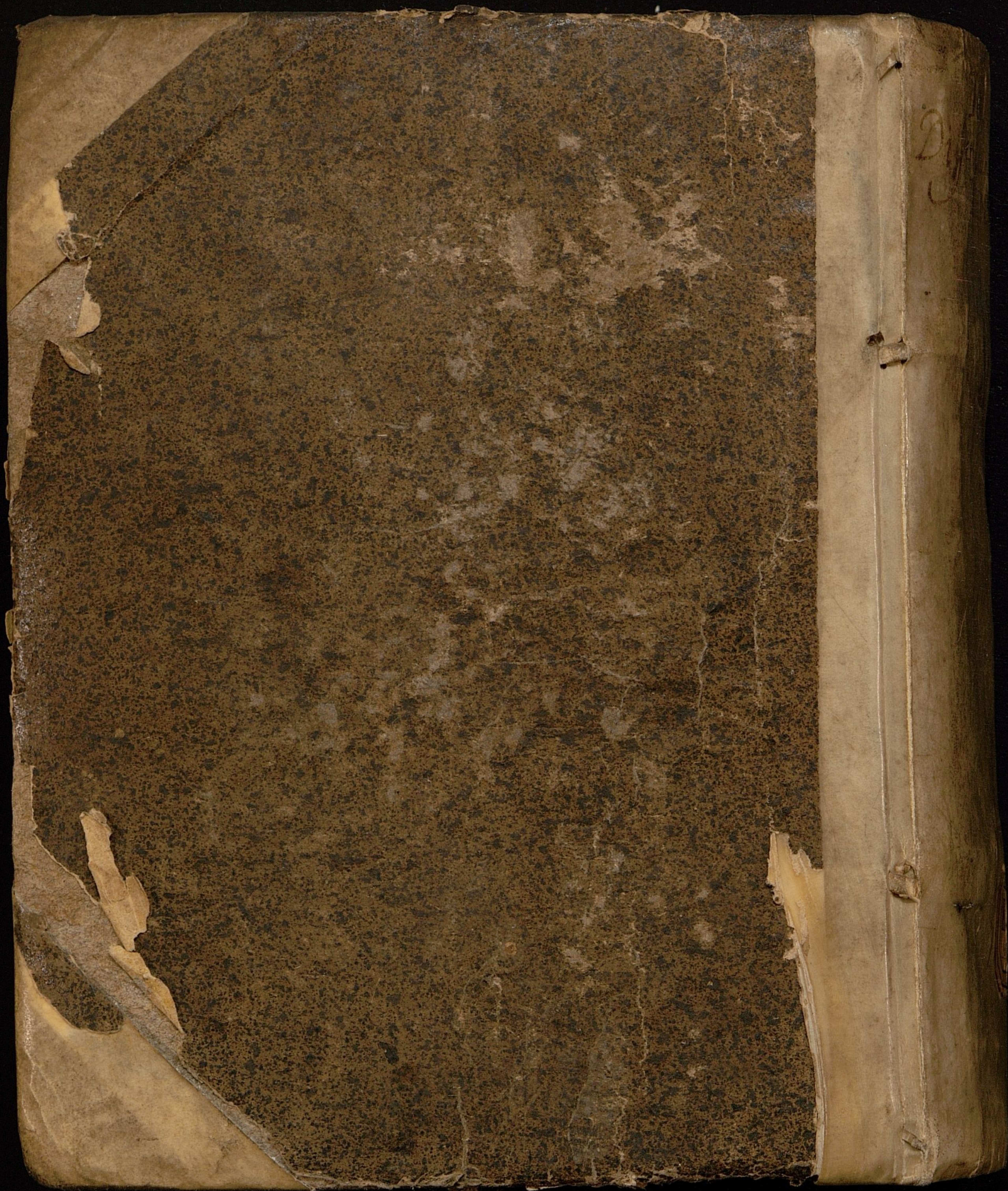




Ka 3047.

X2614847

WPA





2536

I. N. D. N. J. C.

DISSERTATIO ACADEMICA

De

EO QVOD IVSTVM
EST CIRCA OPTIONEM
MINORIS HÆREDIS.

Vulgò

**Kubr-Berechtigteit des jüng-
sten Erben.**

QVAM

MAGNIFICI Jctorum ORDINIS Indultu
PRÆSIDE

Prænobilissimo, Consultissimo atque Excellentissimo

DN. JOH. VOLKM. Bechman

HÆREDITARIO in **Obern-Gröbra/**
JCTO ET ANTECESSORE CELEBRATISSIMO, CONS
ARIO SAXONICO, CURIÆ PROVINCIALIS AC SCABIN
TUS ASSESSORE GRAVISSIMO.

*DN. Patrono ac Doctore suo omni observantia cultu ætern
venerado,*

Publicæ Eruditorum Censuræ submittit

in Auditorio Jctorum,

PETRUS PAULUS **Freiesleben**
Eisenbergâ Misnicus.

Ad diem

Augusti M DCLXXVII

