

B. M. II, 359.
H. 69, 26.

X 187 8958

I. N. D. N. 7. C.

DISSERTATIO ACADEMICA
De

II k
2898

EO QVOD Iustum
EST CIRCA OPTIONEM
MINORIS HÆREDIS.

vulgò

Recht= Gerechtigkeif des jüng= sten Erben.

Quam

MAGNIFICI Jctorum ORDINIS Indultu
P R Æ S I D E

Prenobilissimo, Consultissimo atque Excellentissimo

DN. JOH. VOLK. Bechmann/
Hæreditario in Obern=Dröbra/ Jcto & An= teceffore celebratissimo, Consiliario Saxonico, Cu= ria Provincialis ac Scabinatus Assessore gravissimo.

DN. Patrono ac Doctore suo omni observantia cultu eter= num venerando,

Publicæ Eruditorum Censuræ submittit
in Auditorio Jctorum,

PETRUS PAULUS Freieleben
Eisenbergâ Misnicus.

A. & R.

Ad diem Augusti MDC LXXIII.

BIBLIOTHECA
POMICKAVIANA

UNIVERSITÄTS-BIBLIOTHEK
HALLE
(SAALE)

JENÆ Typis JOHANNIS WERTHERI.

J 11





PRÆFATIO.



Irca media tres actus voluntatis humanæ elicitur numerantur, nempe **Electio**, **Consensus** & **Usus**. Quos extriplici modo, quo se habet voluntas nostra circa media, facile est colligere; Primò enim, inquit Eustachius à S. Paulo in *Summ. Philosoph. quadripart. III. part. Ethic. tract. 1. quest. 3.* si plura occurrant, unum præfert alteri diciturque **Electio**; Secundò in eo medio, quod alteri prætulit, se complacet estque **Consensus**; Tertiò 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 tanquam exequentibus imperium voluntatis, liquet, hunc posteriorem esse **Electio** & **Consensu**. **Electio**, quam Aristot. *III. Ethic. 2. προαίρεσις* appellat, & *voluntarium quid præconsultatum* describit, nihil aliud est, quam *deliberata acceptatio unius medii præ alio*, hoc est, ex pluribus propositis rebus illius, quam ratio prædeliberans quatenus alteri anteponendam libavit, assumptio; Ex quo iudicare licet, **Electio** soli homini, h. e. rationali creaturæ propriam esse, nec brutis animantibus, in quibus consilium seu deliberatio **electio** necessariò antecedens locum non habet communem. Quod ad **Consensum** spectat actum voluntatis naturâ posteriorem ipsa **electio**, definitur eidem Eustachio eod. loc. *applicatio motûs appetitivi ad id, quod ex consilio iudicatum atque electum*, sicque in eligibilibus, h. e. cum plura sese offerunt media, quorum unum præferendum est alteri, consensus semper

præsupponit consilium & electionem. Sane de **Consensu** tanquam communi omnium obligationum constituendarum principio, vel inquirendo, vel interpretando, vel tollendo plurimum quotidie in Scholis, domibus Jctorum, Tribunalibus & Dicasteriis disceptatur. **Optionum Electionumque** 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 voluntate, 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 hæredi adversus majorem competens eligendi jus, materia in foro frequens & scitu necessaria. Sed à Jove principium Musæ, quem trinum æternumque Deum secundandis scribendi ac disputandi laboribus supplices veneramus.

CAP. I.

Definitionem Nominis & Rei continet.

I.

Quia ordine nihil pulchrius, & scire secundum vulgatissimum proverbium, quid facias, & nescire, quo ordine facias, 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. prin. ff. d. furt.* insistens à nominis notatione, ne ignoretur, de quo dicatur *l. 2. §. 43. ff. d. Orig. Jur.* tractationis telam exordiar.

II. Videtur autem vocabulum **Optionis** derivari posse à Græcò ὄπω 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 Ruhr / Wahl* à verbo optare, quod i. cum verbis
cupe-

cupere, desiderare valet-wünschen / begehren / 2. est eligere unum
è duobus, ut ait Donatus; inde quidam Optionem de duobus, Ele-
ctionem de pluribus intelligi voluerunt; non recte; nam & optare
simpliciter est eligere, nobis, kiesen / wehlen / führen / l. 3. §. 6. ff.
ad exhib. Virg. V. Æneid.

Muneraque in naves ternos optare iuvencos.
& optio etiam in pluribus, ut mancipiorum & servorum optione
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 &
Electionis promiscue usurpamus, ut & verba Optare &
Eligere, quamvis optare latius pateat; quod enim in priori sig-
nificatione 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 ge-
nere masculino adiutorem seu ministrum ab aliquo anteceden-
te, ut vices suas suppleat, adoptatum significat. l. ult. ff. de jur. im-
mun. 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, alique,
quos Plutarchus διοπῆγας videtur vertisse. Posthac ad Palatinæ
quoque militiæ & cujuslibet publicæ functionis substitutos trans-
latum esse animadvertitur; ita optio fabricæ in l. ult. ff. de jur.
immun. l. 6. ff. d. bon. damnat. ita optio carceris apud D. Am-
bros. vid. Cujac. VI. Obs. 33. Plaut. in Asinar. Act. II. Scen. 1. Ti-
bi optionem sumito Leonidam, fabricare quid vis: Annonæ adjuto-
res, 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. APOCH. 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 foemina nostra hic commune habet præter nomen.

V. Neque de Electione Canonica h. e. personæ alicujus
idoneæ

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 Ruhr-Gerechtigkeit des jüngsten Erben.

VI. Hanc definimus seu describimus, *Jus seu facultatem legalem, qua minor hæres 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 hereditas & quæ huc analogice referuntur, & quidem in plures portiones divisa, è quibus una optatur: Substantia scil. & natura optionis propriè sic dictæ est, non nisi inter plura versari & quidem ut plurimum æqualia, quorum unum post deliberationem apprehenditur, quodcunque ex illis magis placuerit. Magon. decis. Lucens. XXXII. n. 28. Fachin. Controv. Lib. IV. cap. 83. Si autem una tantùm res homini est proposita, tunc non potest dici Optio seu Electio sed necessitas, quâ quis adstringitur. Klock. Vol. I. Consil. 182. num. 229. aut certe cum una tantum res acquirenda proponitur, tunc non est locus deliberationi aut electioni, sed tantum requiritur consensus voluntatis, quo voluntas sese applicet 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 antecedentis deliberationis judicium ad unum aliquod eligibile determinatum, non tamen illud necessariò sequitur, cum nec ipsum judicium illud sit determinatum ad unum, utpote, quod non necessario sequatur ex suis principiis, atque ita unum eligibile acceptat voluntas, ut ei sit integrum, non acceptare vel aliud acceptare.

CAP.

CAP. II.

Originem & acquisitionem Optionis 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 contingit vel *tacite*, ut in Legato generali vel alternativo §. 22. *J. de 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 juniori 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 recte derivetur?* Ita sane non paucis, quos allegat Matth. Berlich. *Part. 3. Concl. 21. no. 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 recte 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 *ἀσύστατα*.

III. Quia enim *jure nostro* constanter traditum est in dividenda hæreditate partibus dissentientibus officium judicis seu
 arbi-

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 fortis controversiam inter partes (ipsa earum paritate optandi prærogativam excludente arg. l. 14. ff. de iudic.) dirimat l. 5. l. 16. l. 27. ff. famil. heriscund. §. 4. J. de off. Jud. & arg. l. 3. C. commun. de Legat. Et hoc communis opinio Legistarum firmat, ut vid. apud Tiraquel. *Tract. de jur. primogenit. quest. 60.* Menock. *d. Arbitr. iudic. 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. 1.* ubi eundem dividendi modum etiamnum 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. Controv. Jur. cap. 36.* eandem in foro Cæsaris servandam esse docet; Nullus certe textus quin nec vola aut vestigium in contrarium nos impellit.

IV. De Jure Canonico, si non introductam certe approbatam & confirmatam constat eam inter fratres hæreditatis divisionem *ut major dividat, minor eligat*, data ita majori dividendi, 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 notavit Bachov. ad *Treutl. Vol 1. Disp. 19. th. 10.*

V. Adducitur tamen à Canonistis & testimonium S. Augustini de Civitat. Dei *lib. XVI. cap. 20.* dicentis: *hinc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat.* Erat autem Augustino ibi sermo de divisione Lothis & Abrahæ fratrum in memoria verborum Abrahæ Senioris ad Loth. juniorem: *Si tu in sinistram, ego in dextram, vel si tu in dextram, ego in sinistram.* *Gen. XIII. v. 89. seqq.* & vero testimonium Patris munitum autoritate S. Scripturæ à Canonistis cuicunque constitutioni humanae

næ

nae facile praeferrī liquet ex gloss. in C. de Libellis distinct. 20. & habetur apud Gratian. XXXVI. quest. 2. c. placuit.

VI. Utut verò hoc Patriarcharum exemplum non inducat necessarium praecipitum arg. l. 13. in pr. C. de sentent. & interlocut. imo inter hos tum veram divisionem intercessisse neget Bachov. ad Treutl. Vol. I. Disp. 19. th. 10. lit. A. utpote qui cohæredes haud fuerint, cum non nisi modestia quadam hæc fratris filio permiserit Abrahamus: nobis tamen cum hæc ipsa Augustini sententia tum omnibus seculis non incognita hujusmodi partitionis æquitas suggerunt, vero longè similis tutiusque asseri, à sensim inolescente consuetudine moribusque gentium aliarum in alias derivatis hunc dividendi modum natum esse. Certè à propinquo quodam ac necessario Juris naturalis principio profectum esse, nemo affirmaverit. Utut enim hoc ipsum Justitiæ congruenter, *equalibus equalia tribui debere*, pronunciet; modum tamen distribuendi ab arbitrio humano formari nusquam interdicat.

VII. Ac proinde mirum non est ab atavis nostris Saxonibus hunc dividendi modum antiquitùs usurpatum, & ubi eorum patriæ leges ac consuetudines scribi coeptæ sunt, diligenter notatum. Textus manifestus in LandR. lib. III. art. 29. *Wo zwee ne Mann ein Erbe nehmen sollen / da soll der Aeltiste theilen und der Jüngste soll kiesen /* junct. Reichb. art. 26. art. 125. & ibi gloss. eumque morem sapientissimus Saxonix Elector unaque Protector summus Juris Saxonici, Divus AUGUSTUS in promulgatione Constitutionum Electoralium, etsi deletis & abrogatis multis duritiis, ambagibusque atque *αἰσθητικαῖς* ejus juris, disertim retinuit ac confirmavit Part. III. Const. 15. *Ipsa Constitutio sic habet:*

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 Aeltiste theilen und der Jüngste kiesen soll / als wollen wir / daß es auf die Zeit / do sie die Erbschafft miteinander theilen / verstanden werde / und soll solches

3

ches

ches Recht der Ruhr mit der Person verleschen und auf die Erben nicht kommen. Wann auch ein Mann und Weibs Person zu einem Erbe gehören / so soll der Mann / ohne Unterscheid des Alters / die Ruhr haben und die Weibes Person mit einem Vormund theilen. Wo aber sonst diese Dinge durch eine Willkühr/beständige Gewohnheit und aufgerichtete Vorträge gewiß / oder aber es hätte ein Vater im Testament dem jüngsten Sohne die Ruhr genommen/ darnach soll dißfalls 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 Canonistarum in divisione hæreditatis inter fratres receptus est, & in Imperiali quoque Camera Spirensi approbatus, ut major natu portiones, quales vult, ex æquo & bono constituat, minor, utram velit, eligat. Gail. II. Obs. 116. Mynsing. Cent. IV. Obs. 37. B. Greven. L. II. concl. 116. conf. l. 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, prout consuetudinis est, jus hæreditarium ratione delatæ communis hæreditatis acquiritur, iisdem simul jus dividendi optandique conciliatur.

CAP. III.

Quibus quâ 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 com.
mu.

munia, quàm alienare interdictum esse minorennibus hæredibus, nisi justa divisionis causa, veluti manifesta utilitas minorum, ut puta, si major rixosus sit & malæ vitæ vel minor non ad divisionem proprietatis sed possessionis & fructuum provocet. *l. Lucius Titius & Seja ff. fam. hercisc. junct. l. jubemus nulli C. de S. S. Eccles. Ludov. Rom. Conf. 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. Land 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, dict. *l. 7. ff. de reb. eor.* præsertim si habent unum tantummodo tutorem vel curatorem dict. *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, indubiè hæc etiam sine alia causa citraque decretum Magistratus inter eum & cohæredem minorennem 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 in vulgata regula, *major dividit, minor eligit*, non adeo 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 a 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 *ὁμολογησ* 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 communione bonorum paternorum steterunt, quod major meliorem notitiam habeat eorundem, quam minor, quod confirmo: *Quin & Scabios Veteres Lipsienses aliquoties in hanc sententiam respondisse 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. Verùm 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 ideò curatorem adhibere tenetur, nec vetitum est majori imperitiori peritiores juvandæ divisioni adsciscere *Berlich. d. C. XXI. n. 11.*) & est manifestum discrimen inter Episcopatus & hæreditatis divisionem. Facit quod text. *Saxon. in art. 29. L. III. LandR.* 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, rectiùs cum *Möller. in Comment. hic n. 4. Zobel. in add. ad art. 29. L. III. LandR. lit.*

R. lit. D. Schneidw. in §. *quædam actiones* 7. de *action.* n. 65. pro
majore habemus eum, qui alterum ætate præcedit, ut nec Meno-
chium d. A. I. c. L. II. Cent. 2. c. 124. n. 6. iudicis arbitrio, quis in-
ter 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, imò etiam il-
lustres personas (scil. ratione bonorum in loco, ubi jus Saxon.
est in usu, sitorum, Dn. Præses Comment. ff. *Exerc.* XV. n. 54. ob-
serv. Pract. II. nisi per consuetudinem vel pactum aliud sit intro-
ductum in familiis Illustribus, quod fieri posse idem Comment.
Feud. Exerc. I. n. 89. docet) dividenda sit hæreditas Carpz.
d. def. 3.

VI. Et quidem tam masculi quam foeminae, quamvis enim
textus juris Saxonici ferè de masculis tantum loquatur: jure ta-
men nostro pronuntiatio generis masculini etiam ad foeminas
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. 45. in *pr.* ff. de
legat. 2. l. 62. ff. de *legat.* 3. & in materia successionis & divisionis,
quæ utrique sexui est communis l. 4. C. de *lib. præter.* l. 14. C. de *le-
git. hæred.* §. *nostra* J. d. *exhæred. lib.* Rauchbar. p. 1. *quest.* 41. n.
6. seqq.

VII. Et hoc indistincte verum est, sive concurrant *soli ma-
sculi* sive *sola foemina*; At ubi masculus cum foemella concurrit,
masculo indifferenter, i. e. nulla ratione ætatis habita, electio-
nem addixit Sereniss. Elector hac constit. verb. *Wann auch ein
Mann und Weibs Person* &c. ita ut foemina adhibito curatore
dividere teneatur. Cujus rei, quæ sit ratio, indagemus: Ob con-
servationem familiæ & agnationis favore id à Legislatore con-
stitutum 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. insp.* 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 divisoriiis circa assignationem prædii indivisibilis potior semper sit causa fratrum, quippe per quos familia propagatur in eaque bona conservantur. *Const. Elect. part. II. c. 31.* ubi Carpz. *Def. III.* quibus addas licet generalem rationem, quod in multis juris 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 majorænitæte, 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 defer. L. X. n. 2. sub fin. & P. Decius in l. foemina 2. ff. de R. J. foeminae indistincte in divisione electionem seu optionem tribuerint.*

IX. Quoniam verò Jus Saxonicum generaliter de duobus viris loquitur, inde post Cölerum 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 vi dict. *const. inter duos tantum hæredes in capita succedentes (vel etiam inter plures in duas tamen stirpes vocatos, Rauchb. quest. 41. n. 27. p. 1.)* admittitur optio, quod & ab antiquis Juris Saxonici textibus in hoc argumento duorum *Wozweene Mann &c.* mentionem facientibus stabiliri posse, alii Doctores tradiderunt, velut *LandR. 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, tradunt
gloss.

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 indubium 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 sæpius 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 interpre-
tationem de duobus magis usu receptam esse, quam quod jus Sa-
xon. ita velit, quo spectat textus expressus in Weichb. *art.* 26. *sub*
fin. ubi dicitur: *Wo aber zweene Mann oder drey zu einem Erbe*
gehören/oder Heergewette theilen sollen/da mag der Jüngste kies-
sen/der Aeltiste nimmt aber das Schwerd zuvor. Expressis ver-
bis idem tenet gl. ord. in Lehenn. *cap.* 32. n. 5. ibi *Wo ihrer zween*
oder drey zu einem Gut seynd und wollen sich darnach theilen / so
soll der Aeltiste theilen und der Jüngste kiesen. Et quamvis in
LandR. dict. loc. duorum tantum fiat mentio; inde tamen non
rectè concluditur, quod inter plures non idem sit statuendum,
cum ex aliis non paucis locis manifestum sit compilatorem juris
Saxonici formula hac loquendi, *wo zweene Mann h. e. ubi duo*
viri, sæpissime uti pro eo, quod dici solet, ubi quidam vel ubi plu-
res ut in LandR. *L. III. art. 21. art. 15. in pr. Lehenn. cap. 7. in med.*
Wann zweene Mann ein Gut ansprechen / & cap. 40. Weichb.
art. 51. sicut & de Jure Communi traditur numerum pluralem duo-
bus saltim 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.

Matth. Cöler. tract. de process. Execut. part. 1. c. 3. n. 41. Hunc in modum etiam olim teste Berlichio. d. l. n. 28. circ. fin. & Möllero ad allegat. const. Elect. n. 5. circ. med. pronunciarunt Scabini Lips. Ist einer verschieden und hat nach ihm verlassene 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 Güter theilen/so hebet darnach der Jüngste an zu kiesen und darnach kiesen die andere biß auf den Aeltesten und die Aeltesten mögen die Jüngern nicht dringen um die Güter zu losen. B. R. B.

XIII. Hos verò cohæredes æquali semper gradu esse nihil necesse est. Nec enim jus Saxonicum hætenus hæredes distinguit. Quamvis enim & dividendi & optandi jus sui natura personale, ad hæredes quæ tales haud transeat, arg. l. 68. ff. de R. J. Consult. Sax. P. I. c. 50. Tom. II. contingere tamen potest, ut inter nepotes & patrum etiamnum hac forma dividendum sit. Pone enim filium ante patrem obiisse relictis liberis, quo casu certum est liberos non ex persona patris, seu ex transmissione, 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, etiamsi 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 repræsentationis, 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 Patrus tanquam major, eligant plures conjunctim nepotes ex præmortuo filio juniore velut una persona tempore divisionis natu minor reperta. d. c. Als wollen wir daß es auf die Zeit &c. Carpz. ibid. Def. 15. Quæ eadem ratio facit, ut e converso filio majore ante patrem denato, ejus liberis non facultas divisionis sed jus optionis concedatur, dividendi necessitate ad fratrem minorem, utpote horum respectu majorem translata. Estimatur enim & horum jus ex propria persona, cum jus dividendi, utpote personale, ad hæredes transmitti non possit, & quamvis per repræsentationem patris defuncti, qui erat senior frater

frater, fingantur majores; tamen cum de ætate hominis quaeritur, veritatem excuti oportet, nec fictioni vel repræsentationi locus relinquitur. *l. ult. C. de his qui ven. ætat. impetr. l. 13. ff. de probat. Zobel. in addit. ad art. 29. in lit. D. vers. præterea circa hoc. Pulchrè Rauchbar. d. quest. 41. n. 18. 19. seqq. Carpz. d. l. def. 16. frustra dissentiente Berlichio Part. III. Concl. 21. n. 55. qui divisionem in hæc specie vel sorte vel officio judicis fieri velit.*

XIV. Quod si verò plures ex utroque filio nepotes existant, quoniam quinam ex his juniores natu existimandi sint, nec ex persona & repræsentatione parentum, quæ ratione ætatis 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 potest, rectè cum Berlichio *P. III. Concl. 21. n. 58.* avitam hæreditatem inter eos aut officio judicis aut per sortem, cessante partitione Saxonica, dividemus, 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 inveniat? In bonis equidè hæreditariis seu per successionem ab intestato delatis, sive mobilibus sive immobilibus, quippe inter solos cohæredes confuccessoresve in judicio famil. herciscundæ competens. Unde statim intelligimus, nunquam in judicio communi dividendo particulari, veluti inter socios, legatarios aut donatarios ex causa donationis inter vivos locum huic fore, nec extra casum successionis ad causam societatis alteriusque communionis extendi debere. *Berlich. 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 controversiam movent *Ludolph. Schrader Tract. de Feud. Part. III. c. 5. n. 64. 65. seqq. Fridr. Bruckm. Vol. 1. Consil. 50. n. 149.* existimantes cessare hic dispositionem Juris Saxonici. Quia *I. Text. in LandR. L. III. art. 29.* sub fin. loquatur saltim de divisione hæreditatis qui ut correctorius juris communis, quò aut officio judicis aut per

C

for.

sortem divisionem fieri supra diximus, strictè interpretandus nec ad alium casum h. e. successionem feudalem extendendus foret *arg. l. 3. §. hac verba & ibi Bart. ff. de negot. gest. l. 1. §. 4. ff. de font. II.* Quia in dispositione generali statuti, si de feudo expressa mentio non fiat, feuda nunquam comprehendantur. *Schrad. d. l. n. 68.*

XVII. Sed hæ rationes rem non conficiunt, unde jam olim rectius contrarium tenuit *gl. ordin. in Lehen R. c. 32. in verb. Wollen sie sich aber theilen mit dem Gut 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 consuetudine casus feudorum non est decisus, tunc ad auctoritates Juris communis civilis vel Saxonici confugiendum est II. feud. 1. vers. Strenuus d. Feudi cognit. c. 1. §. moribus 2. tit. si de feud. defunct. conten. inter dom. l. 183. ff. de R. J.*

XVIII. Nec difficile est ad ea, quæ in contrarium adducuntur, respondere, quod enim de strictâ interpretatione statutorum adducitur cum grano salis accipiendum est, nam & statuta ex identitate 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 Churfürstlichen Sächs. Hofgerichts zu Wittenberg / deßgleichen die Schöppen zu Leipzig / item die Schöppen des Berggerichts vor dem Rolande zu Halle / so wol als die zu Magdeburg ohne Unterscheid der Lehen- und Erbgüter und also von Lehen / so wol als von Erbe gesprochen / daß der Aeltere theilen / und der Jüngere kiesen solte. Confirmat novissime Carpz. d. l. Def. 8. Consuetudo autem est optima legum interpres 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-*

Exerc. Feud. I. n. 86. Secundam nationem etiam recte rejicit Jacob Schulz. *in addit. ad Rotschüz. Tract. de Dotalit. Tit. Von Erbsbe/ art. 9. n. 18.*

XIX. Optio seu Electio non minus locum sibi vendicat in rebus expeditoriis seu ad militiam pertinentibus, vulgò das *Heergewette/* observante Dn. Præside *Exerc. Feud. I. n. 92.* ita tamen ut inter masculos major in dividendis his loco præcipui habeat gladium. Itidem hoc ipsum jus cõpetit in utensilibus seu *Gerade* inter fœminas 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 fœminis, has tamen usu recepta interpretatio admisit, imo sumus in casu favorabili, ubi fœmininum genus merito comprehenditur sub masculino. *Zobel. d. l. n. 3. Bruckm. L. 1. Cons. 31. n. 32. seqq.* dummodo Curatoris accedat consensus, *Constit. nostr. §. Wann auch. ibi: Und die Weibes Personen mit einem Vormund theilen.*

XX. Quid vero si inter gemellos dividenda sit hæreditas, nec certò constet, quis eorum sit primogenitus? In dubio communior sententia est officio judicis vel per sortem faciendam esse divisionem. *Berlich. d. C. n. 46. Carpz. d. l. Def. 18.* Ceteroquin sufficiet hic ad probationem ætatis assertio Parentum sive scripto-tenus sive oretenus sive in judicio sive extra judicium competenter manifestata *arg. l. 58. in fin. ubi DD. ff. de edil. edict. itemque vicinorum & cum primis obstetricum jurata fides Bart. in l. d. ætate n. 7. ff. de minor. Menoch. II. præsum. 51. n. 1. & 30. Carpz. d. l. n. 6. seqq.* quin imò punctum nativitatis, quia incognitus est, quod in occulto & clam parere solent mulieres, præsumptionibus & conjecturis satis probari inter DD. fere convenit. *Mascard. de Probat. L. II. Concl. 665. 675.* ita ut in dubio masculus prius & citius natus censeatur quam fœmina *l. 10. §. ult. ff. de reb. dub. Fulv. Pacian. de Probat. Lib. II. q. 11. n. 11. seqq. Moller. h. n. 20.* (Quod in Electoratu Saxonie, propter indistincte attributam fœminæ divisionem ponderosum non esse notavit *Berlich. d. l. n. 44.*) item inter duos masculos duasve fœmellas formosior prius natus censeatur juxta *Felin. in c. X. de rescript. in med.*

CAP. IV.

Quo ordine, loco ac tempore jus optionis exerceri possit.

I.

Quid est ergo majorem dividere minorem eligere? Quas arbitri familiae herciscundæ inter cohæredes partes faciunt (solent enim ubi jure communi seposita sorte divisio fit per officium Magistratus certi plerumque ab eo Commissarii dividendæ hæreditatis 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 recipiunt *Theilbare Güter* / eoque, quam recipiant, modo fieri divisio arg. *l. 25. §. 9. ff. famil. hercisc.* 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. hercisc.* 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 billichen 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 scilicet 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
Theis

Theilung oder Verkaufung obberührten Lehnguts vorgenom-
men und vollzogen. Carpz. 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 dignita-
tem præstandaque Domino servitia æque idoneè sufficere non pos-
sent, non debet, nisi tantum in duas non tres partes dividi, ita ut
tertius pro sua parte teneatur accipere pecuniam consentibus
Jctis Helmstadiensibus M. Decembr. 1610. ut notat Dn. Præses in
Comment. ad ff. Exerc. XV. n. 59. Observ. Pract. 7.

IV. Ceterum jam olim in bonis commode haud dividen-
dis minori hæctenus electionem datam, an velit rem à judice vel
aliis æstimatam retinere & alteri dare pecuniam vel contra, constat
ex sententia post. Land R. sub tit. Von Theilung der Brüder
und Wittgiff der Schwestern aus dem Lehn. Schneidew. in Com-
ment. ad §. 20. n. 27. I. de act.

V. Quæ in judiciis divisiis circa adjudicationem rei
commodam divisionem non recipientis aliàs inter plures cohære-
des sociosve ratione prærogativæ à majoritate portionis vel à pro-
pinqvitate sanguinis vel ab hyperochâ pretii derivatæ obtinent,
aliunde vel ab Carpz. b. d. 34. 35. seqq. peti possunt; nob s hic suffi-
cit illud attingere: jus optionis omnes istas prærogativas vin-
cere, 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 æstimatio tanta est, ut privilegium
optionis minori filio generaliter & indefinitè indultum d. art.
29. Lib. III. Land R. & b. Const. 15. perimere possit, cum adjudica-
tio ob majoritatem portionis, quæ minorem ad se trahere videat-
ur l. 8. ff. de pact. l. 1. in fin. ff. de privil. creditor. nitatur saltim
præsumtâ legis voluntate, quæ merito cedit expressæ arg. 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 pos-
sit fingere, videtur enim hujus moris causa procatartica in præ-
sumta majoris prudentia valorem & æstimationem bonorum me-
lius scientis sita esse, quod tamen non est perpetuum: 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: Dieweil aber doch die unmündigen Kinder wegen ihres Unterhaltens in der Eltern Erbschaft vor den Mündigen und Erwachsenen im Rechten keinen Vorzug haben &c. 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 abgefürket / *B. R. 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 divisionem provocatur, subducendam esse in dict. const. disertim exprimitur: Als wollen wir daß es auf die Zeit / da sie die Erbschaft miteinander theilen / verstanden werde / idque & textûs Saxon. *art. 29. sub fin. vers.* Wo zweene Mann ein Erbe nehmen sollen / & *art. 26. sub fin. Reichb.* innuunt. Itaque & hoc sufficit, divisionis tempore
duos

duos tantum adesse hæredes, licet tempore mortis plures extite-
rint, durante communionem posthac mortui, ut si v. g. frater ju-
nior ex tribus improlis ante divisionem functus sit, secundogeni-
tus jus minoris habebit: præmortui enim, qui non extat, jam ra-
tio 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. 1. q. 40. n. 7. seq. ubi Scabinos Lipsienses olim con-
trarium respondisse testatur. Ex quo porro post Modest. Pist.
Vol. II. Conf. 5. n. 23. deducit Carpz. *ad. d. C. def. 12. n. 6.* licet plu-
res liberi adsint etiam tempore divisionis; attamen si quidam ex
illis sint exhæredati vel per repudiationem aut aliter exclusi, præ-
ceptis 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 differen-
tiam inducat ad hoc, ut secundum dispositionem juris commu-
nis 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 il-
lic, ubi tale statutum vel consuetudo non est, sed jure communi
deciditur, statutum vel consuetudo de uno loco in alium exten-
di non debet, sive statutum in rem sive in personam conceptum
sit. Joh. Köpp. *decis. 31.* Gail. *II. Ob. 124. n. 9.* Cothm. *Vol. I. Conf.*
21. n. 13a.

CAP. V.

Finem optionis & effectum explicat.

I.

UT omnis divisionis: ita etiam hujus per optionem factæ finis
erit, ut à communionem discedatur, & dehinc quilibet portio-
nem sibi propriam sub respectu totius alicujus ἀκωνήτης
habeat, h. e. dominus suæ partis in solidum fiat, arg. *l. 77. in pr.*
ff. de Legat. 1. l. 58. §. acceptis ff. ad Sct. Trebell. ipsius verò divisio-
nis

nis 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 peiori conditione , annon ipse sibi causa est læsionis , adeoque frustra de ea calumniabitur arg. *l. damnum ff. d. R. J.* 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. de R. J.* 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 feliciter 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. & 11. ff. quod quisque jur. l. 1. infin. l. 3. in pr. ff. de solut. Carpz. d. l. def. 2. n. 9. seqq.* Accedit & favor minoris 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. hujusmodi §. Stichum ff. de Legat. 1.* & not. Bart. & Dd. in *l. cum certarum ff. de V. O.* mirû non est, electione semel factâ, pœnitentiâ voluntatem mutare, ac variando aliud eum eligere non posse *l. 20. ff. de opt. leg.* Petr. Peck. de testam. conjug. *L. 1. c. 32. n. 7.* Petr. Heig. *Part. II. quest. 14. n. 1. seqq.* Struv. *Exerc. XXXV. th. 50.* Moller. *1. semest. c. 15. n. 4.* Schurf. *Conf. III. 34.* Nisi major in dividendo & minor in eligendo ultra dimidium se læsum esse dicat

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. 1. 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. hæred.* Et licet quibusdam aliter visum fuerit, qui eidem per annum modo (tamdiu autem durat tantum *jus congrui*) à tempore adeptæ majorrennitatis computandum locum fore tradiderunt, velut Matth. de Afflict. in tract. *de jur. Protimis.* & facit *cap. Titius, si de Feud. defunct. controuv.* nulla tamen ratio satis prægnans apparet, quare hoc à cæterorum jurium, quibus à lege non est præfinitum certum tempus, duratione, quæ est triginta annorum, *S. j. 7. de perpet. & temp. act.* removeatur, & servat hanc sententiam Germaniæ praxis, estque apud Saxones 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. quàm Witteb. receptum esse, Daniel Möller, *lib. 1. Semestr. cap. 15.* testatur.

IV. Denique tutò videmur dicere posse, quamdiu salva superest petendæ hæreditatis familiæque herciscundæ actio, saluum 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
D vet

vel legis derivavimus: ita de cessatione ejusdem congruenter dicemus, cum 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 Willführ etc. (cum nec ipsum jus Saxonicum, cujus est hæc partitio, plus vigoris habeat, quam ut de usu & consuetudine observari solet, Matth. Coler. de Process. execut. in præf.) & de aliis Germaniæ locis testantur Gail. II. observ. 116. n. 12. seqq. Myns. Cent. IV. Observ. 37. Matth. Wehnerus Observ. pract. sub tit. Theilungs Güter.

II. Ab homine idque 1. inter vivos per pacta & transactiones, diversum dividendi ordinem inducentes, quo casu lex contractus servanda est, cum cuilibet permissum sit favori pro se introducto renunciare. l. pen. C. de pact. vel 2. per ultimam voluntatem, cum pater juniore filio facultatem optandi vel eligendi in testamento vel Codicillis adimit, idque vel ad alium è liberis transfert v. g. assignando majori natu prædia, juniore pretia, vel pro facienda divisione certos arbitros, aut quemcunque alium modum ordinat. d. Const. in fin. v. Oder aber es hätte ein Vater im Testament dem jüngsten Sohne die Ruhr genommen/ quamvis non nesciam, non improbabiler objici hic, quoniam jus eligendi filio juniore ex consuetudine & non ex persona patris competat, non videri patri integram filio hoc per testamentum auferre, sicuti pater non potest auferre legitimam liberis, nec maritus 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 invisse apparet ex Consult. Constit. Sax. tom. II. p. 2. q. 33. verum rectè ad hanc objectionem aliasque levioris armaturæ responderet Modest. Pist. quest. 15. in fin. itemque 16. quod statutum dans filio juniore electionem intelligi in casu intestati & quando pater aliud non disposuit; ad causam vero testati extendi haud debeat. Nec enim Pater

Pater' inter liberos qualemcunque etiam inæqualem divisio-
nem, quasi ex præscripto justitiæ distributiæ, facere prohibetur,
quam liberi servare tenentur, nec ei contravenire possunt. *l. ult.*
C. famil. hercisc. l. hac consultiss. 21. §. ex imperfecto 1. & auth. seq.
C. de test. Et si Pater de universa hæreditate, quod majus est, in-
ter liberos disponere & inæquales portiones facere potest: utique
poterit etiam, quod minus est, de divisione hæreditatis in suo te-
stamento providere, & jus eligendi minori auferre; verba sunt
Berlichii *d. concl. 21. n. 37. in fin.* ubi & in seq. ad superiorem ob-
jectionem de debito legis respondet. Quemadmodum pro hæc sen-
tentia *Mens. Junio 1560.* à Scabin Lips. an Georg Rißlingen zu
Fischendorff pronunciatum testatur, quod & iteratò ad Schmöl-
lenses quosdam *anno 1572.* factum refert Colerus *dict. Decis. 54. n.*
25. & seqq. part. 1. Junge Carpz. *b. d. 21.*

III. Cessat & tum in electoratu Saxonie ubi plures quàm
duo hæredes adsunt, & fit locus officio judicis vel sorti *d. const.*
nostr. ubi Moller. *n. 5. & 11. Semestr. 27. n. 3.* Non ita in ceteris
extra Electoratum locis, Berlich. *d. l. n. 27.* de quo vide, quæ an-
tevertimus supra dicere.

IV. Observa hîc jure retractus seu protimiseos jus optio-
nis juniori natu minime competere ut testatur Magnif. Dn. Rich-
ter. *Decis. 76. n. 71.*

V. Quemadmodum verò post semel exercitum familiæ
herciscundæ judicium, ubi bona quædam indivisa fuerint reli-
cta, non hæc illo, sed communi dividundo judicio dividi debent
l. 20. §. 4. ff. famil. hercisc. l. 1. C. cod. ita congruenter in his quo-
que 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.
Rosa in addit. ad Moller. *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 mi-
nore ante divisionem vel optionem ad hæredes neutiquam trans-
ire, 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. Diser-
tim Constitutio: Und soll solches Recht der Ruhr mit der Person
verleschen und auf die Erben nicht kommen Consult. Const. Sa-
xon. Tom. II. p. 1. c. 51. n. 1. Quod si ergo ex tribus fratribus sive
major natu sive minor post obitum patris ante divisionem dece-
ferit, relictis quamvis liberis, modum partitionis Saxonicum
prorsus cessare & illum juris communis succedere, statuit Carpz.
p. 1. C. 15. def. 14. n. 4.

VII. Multo minùs 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 *προαιρεσις* & 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 hæc-
tenus tractavimus, propius congruit aliud jus optionis die
Ruhr/ in multis Saxonix locis ex consuetudine filio juniore com-
petens ad bona paterna vel retinenda & cohæredibus satisfacien-
dum in pecunia, vel bona dimittenda & pecuniam accipiendam,
quod jus cum optione illa Saxonica, *ubi major dividit, minor vero
eligit*, neutiquam confundi debere, optimè monet Carpz. ad dict.
Const. 15. Defin. 25. Etsi enim, inquit, hæc jura plurimum con-
veniant; attamen quadruplici potissimum modo etiam ab invi-
cem differunt; I. enim Jus illud eligendi juris Saxonici saltem in-
ter duos hæredes locum sibi vendicat, LandR. Lib. III. art. 29.
Const. 15. supra defin. II. Jus autem hoc optionis (die Ruhr) lo-
cum etiam habet plurimis existentibus hæredibus. Modest. Pist.
Part. I. quest. 16. n. 1. & quest. 45 n. 1. II. Dispositio Saxonica qui-
busvis hæredibus competit, non modo liberis, sed & ascenden-
tibus & collateralibus supr. def. 5. Jus optionis verò consuetudi-
na-

narium non nisi inter liberos & hæredes 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 R.* Sed jus optionis (die Ruhr) fundum seu prædium paternum unicum (nam si plura sint relicta, salva quidem est minori electio, utrumque tamen retinere non potest, idque ob strictam consuetudinis interpretationem, nisi & hoc specificè introductum probetur, id Carpz. *d. l. def. 28.*) respicit, quod filius vel retinere, vel eo cohæredi vendito, una cum portione sua de pretio, certam pecuniæ summam sibi stipulari potest (ein gewiß Ruhrgeld) quam præ aliis heredibus tanquam pro jure optionis loco præcipui habet. Daniel Moller. *dict. Const. n. 16.* IV. Denique dispositio illa Saxonica communiter in foro Saxonico recepta est, ubi aliud consuetudine introductum non est: Jus autem optionis consuetudinarium locum nullibi habet, nisi iis in locis, ubi speciali statuto seu consuetudine fixam sedem sibi constituit, quamobrem etiam statutarium vel consuetudinarium vulgo vocatur Modest. Pist. *allegat. quest. 45. n. 1.* Moller. ad d. *Const. 15. n. 19.*

II. In venditione bonorum paternorum inter rusticos hodieque 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 debitam, pecuniâ acceptâ, quâ jus optandi quasi insolatium ejus, quod paterna bona dimittat, redimatur, vulgò das Ruhrgeld/ vel illâ repudiatâ bona paterna eodem pretio emta habendi. Quam contractus legem uti servari oportet, ita, ubi talis pecunia (Ruhrgeld) in venditione reservata vel promissa non sit, ab emtore exigendeinde 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. ff. de jur. dot. l. 39. §. 1. ff. de*

V. S. multo minus ob hunc prætextum venditionem necessariam rescindi posse, quam publicè interfit non facilè convelli hæstæ fidei *l. etsi sine §. quasitum. 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. Mod. *Pist. P. I. q. 16. Matth. Coler. P. I. Dec. 15. n. 52.* æqualibus denique præscriptionum curricula 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 agnito aut exercitum morte ipsius extinguitur, ita etiam pecuniæ pro electione promissæ (Kuhrgeld) 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. J. Carpz. d. l. def. 30.*

VI. Cum jure optionis in hæreditatis communis divisione quandã cognationem etiam habere videtur optio sive electio specialiter legata, quã tribuitur potestas eligendi optimum *l. 9. §. 1. de dolo.* non obstat *l. ult. §. 1. vers. ita. Commun. de Legat.* quamobrem etiam in *ff. extat tit. de opt. Legat.* huic autem hæc vis est, ut, cui optio legata est, etiam ejus hæredibus (si scilicet est legatum generis, nam si est legatum speciei, tunc electio non transit ad hæredes, & in hoc legatum speciei minus continet, quam legatum generis ubi electio transit ad hæredes, vid. *Franzk. ad §. 32. §. de legat. n. 4.*) si vivus ipse non optarit, optio debeatur. *l. ult. C. Commun. de legat. §. 23. §. de Legat.* Olim autem, ut & supra monuimus, hoc legatum tacitam optionis habebat conditionem ac ideò nisi ipse Legatarius optasset, ad hæredem haud transmittebatur *d. §. 23. Inst. de Legat.* Non obstant *l. 75. §. pen. ff. de legat. l. 1. 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. §. n. 3.*

VII. Non multum etiam à Jure nostro optionis discedit Præcipuum Liberatorum. Sicut enim jus optionis filio juniore præ aliis competit; ita ferme etiam Præcipuum, quod signifi-

cat

cat 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 fratribus vel sororibus. Fratribus in successione Heergewettæ sororibus autem in successione Geradæ, quod antevertimus superius C. 3. aph. 19. monere. Recte Zobel. *ad art. 29. LandR. in gloss. latin. lit. B.* ait, id, quod de masculis ibi statuatur, ex paritate rationis ad fœminas etiam extendi, nec tantum in hæreditatum sed & rerum expeditoriarum & utensilium divisione observandum esse, Rauehb. *quest. 41. n. 15. & 16.* ubi addit, hanc interpretationem consuetudine approbari, hinc & traditum esse, masculinum ob paritatem rationis continere fœmininum Cyn. *in l. quicumque C. de serv. fugit. Menoch. Consil. 204. n. 20.*

IX. Cum jure quoque optionis, quod minori competit aliqualem habet affinitatem Optio seu Electio competens mulieri ex sereniss. Electoris *Const. 20. Part. III.* in verb. *jedoch soll der Frauen* cujus vigore prædefuncto marito bona illata repetere, vel iis relictis tertiam bonorum partem, collatis tamen suis bonis, petere 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 sancitum reperiatur.

CAP. VIII.

Judicium ac probationem speculatur.

I.

Jus eligendi non nisi pro adjunctitia qualitate actioni familiæ herciscundæ cohærere satis constat, ideoque quæ in actione familiæ herciscundæ juris ordinarii sunt, quia nobis non licet esse tam prolixis, ex ipsis fontibus itemque Wesenbecii Struviique aut aliorum Commentariis petenda relinquimus. Sanè nemo invitus cogitur manere in communiione, idque ob rixarum evitacionem & naturale studium hominum irrestrictam de re sua dispositionem habendi, quâ non nisi per plenam proprietatem frui possunt. *l. 77. §. dulcissimis ff. de Leg. II. l. 14. C. de contrab. emt.* Itaque

que tergiversantem in divisione majorem judex imploratus compellet. Dn. Præses *Exerc. Feud. l. n. 87.*

II. Ceterum quando non constat de *jure optionis* recepto tunc minorem natu id probare debere secundum ordinaria principia affirmamus cum eodem Dno. Præside *d. Comment. Feud. cap. l. n. 90.* Sicut & ubi de ætate sive majore sive minore dubium exoritur, is qui se in alterutra fundat, sine dubio onus probandi 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, condictione *ex l. 2. C. d. rescind. vend.* ipsis detur? Moller. *ad d. Const. 15. n. 8.* se quidem non meminisse, ait, quod ejusmodi casus evenisset, (evenisse autem post hac vide sis apud Carpz. *bic. 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. J. de aët. rubr. de aët. famil. hercisc. n. 66.* Berlich. *Concl. 21. n. 69. circa fin.* Schottan. *Disp. ad ff. XXXVII. §. 11.*) non se videre, cur in hâc divisione, quæ secundum juris Saxonici dispositionem fit, locum habere non debeat, quamvis Zobel. *in addit. ad art. 29. in lit. D. vers. porro quando semel facta est LandR. 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 præeisè 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 rectius læsionem ultra dimidium ad similitudinem venditionis necessariò requirunt, post Möller. *alleg. loc. Modest. Pist. Carpz. & alii ad hanc Const. 15. J. R. fin. 19.* Nobis pro conciliando hoc sententiarum divortio placet distinguere cum Dn. Struvio *Exerc. XV. th. 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

queat arg. *l. 2. ff. famil. hercisc.* propter autoritatem scilicet judiciale-
lem, 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 imputa-
re, 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 inten-
tionem contrahentium quæ contigit, læsio postea probatur, non
nisi ob læsionem ultra dimidium *ex l. 2. C. de rescind. vend. re-
scindi 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 cor-
rigi potest *ex l. 3. C. commun. utr. jud. confer. l. 3. C. ex quib. caus.
maj. l. 8. C. comm. utr. jud.* vid. Fachin. *VIII. c. 36.* Pist. *Vol. I.
Cons. 17.* sicut & ubi error seu juris seu facti in divisione interces-
sit *l. 36. ff. famil. hercisc. 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 se-
cum succedere, cum hoc æqualiter dividerit hæreditatem. Moll.
b. n. 32. seqq.

VI. Ex hoc vero solo, quod unus partem suam cariùs
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 rece-
pta interpretum opinione tradit Moller. *II. semest. 28. n. 2. & ad
c. n. n. 10.*

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

91
TK
2898

MORibus herciscit major, minor eligit haeres,
Optio docta tibi laudis adornat iter.
Dividet & tecum Themis alma, datura minori
& patris & patrum jure in utroque decus.

Prestantiss. Dno. Respond.
inquilino & commensali suo
honoratiss. g.e.f.

Christophorus Schrumpff
Curiae Jenensis Protonotarius.

SI res non operis sed a vitis parta relictis
Vita beata Tibi, Bilbilitane, placet:
Haeres optare docens optabilis haeres
Attalicâ fiat conditione precor!

In honorem Nobilissimi & Clarissimi
Dni. Respondentis Fautoris Amici atque
Contubernalis honoratissimi gratula-
bundus apponere voluit

Johannes Martinus Schrumpff
Curiae Prov. Sax. quæ hîc est
Vice-Protonotarius.



1077

Inches 1 2 3 4 5 6 7 8

Centimetres 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

KODAK Color Control Patches © The Tiffen Company, 2000

Kodak
LICENSED PRODUCT

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

