



7782, 16. XXXV. 67

DE
OPTIONE
VXORI EIVSQUE HAEREDIBVS IN BONIS
MARITI DEFVNCTI, PRAESERTIM EX
IVRE SAXONICO,
COMPETENTE

DISSERTATIO
QVAM
ILLVSTRISICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CAPESSENDIS
AD DISCEPTANDVM PROPONIT

MAVRITIVS LVDOVICVS HÜBEL
IVR. VTRIVSQUE BACC. ET ADV. SAX. IMMATR.

A. D. V. DECEMBER. A. R. S. MDCCLXXXII.

LIPSIAE
LITTERIS SOMMERIANIS.

DE
O P T I M E
VXORI FIVSOL HARREDBYS IN KONIG
MARTI DEVNCTI PRASERTIM EK
FERN SAXONIA
COMPTENT

DISSERTATIO
QVAM
INVESTIGATORVM ORDINIS AVCTORITATE
PUB
SVB IN TROPHAEI HONORIBVS
GABRIELIS
AD DISCIPVLMVS TROPH
VAVRILVS LAVDONVS HUBEL

V. BIRKENHAGEN
1771



ILLVSTRISSIMO

ATQVE EXCELLENTISSIMO DOMINO

CHRISTIANO GOTTHELF

LIBERO BARONI

DE G V T S C H M I D

DYNASTAE IN KLEIN-WOLMSDORFF

SERENISSIMI PRINCIPIS ELECTORIS SAXONIAE COMITI

CONSISTORIANO DEPVATORVM AD RATIONES

PVBLICAS DIRECTORI

etc. etc.



ILLVSTRISSIMO

AVTE EXCELLENTISSIMO DOMINO

PATRONO

SYMMA PIETATE

COLEND O.

DYNASTAE IN KLEIN WOLFSBORT

SEENISSIMEN REICHEN DIRECTORIS SACHSISCHEN COMIT

CONSISTORII RECHTATORM AD RATIONES

RECHTENS DIRECTORI

1789 1793



VIR ILLVSTRISSE
DOMINE EXCELLENTISSE

Iam dudum in votis habui, ut aliquando tandem occasionem intimos animi mei sensus palam declarandi nanciscerer, ostendendique quanta pietate *NOMEN TVVM*, patriae toti exoptatissimum, ab ineunte statim iuventute sim persecutus. Quam igitur praebuit libellus sicce opportunitatem ne culpa mea neglectam dolerem, primam statim eius frontem *NOMINIS TVI* dignitate exornandam putavi. Accedet non solum auctoritas et splendor quidam huic libello, ita ut saltem inquirere studiorum meorum rationem, *TANTI VIRI* admi-
A 3 ratione

ratione comendabilem, operae pretium videatur: sed pietatis quoque, quam et patriae, et TIBI, tot patriam meritis ornanti, debeo, monumentum extabit certissimum. Itaque non dubito, VIR ILLUSTRISSIMÉ, fore, ut libellum qualemcunque, ingenio quidem TVO parum dignum, neque ipsa argumenti grauitate insignem, serena fronte atque clementer suscipias, cum animo certe pietatis pleno TIBIque deditissimo offeratur. Neque desinam tot aliorum votis mea quoque ardentissima adiungere, ut Deus in posterum TE, patriae saluti et litterarum ornameto, incolumem quam diutissime conseruet, TVAMque SPLENDIDISSIMAM GENTEM omni iubeat genere felicitatis abundare.

*ILLVSTRISSIMO ATQVE
EXCELLENTISSIMO NOMINI TVO*

addictissimus

MAVRITIVS LVDOVICVS HÜBEL

§. I.

Rationibus scribendi expositis fines libelli designantur.

Occasionem scribendi nactus, omnino quaerendum videbatur, quid scripturus forem, ne redarguerer, scripſiſſe aliquid, quod ab aliis iam maiore eruditionis apparatu, aut vberiore ingenii copia expositum haberetur: Quam ob rem regulæ Horatianæ memor:

*Sumite materiam, vestris qui scribitis æquam
Viribus, et versate diu, quid ferre recensens,
Quid valeant humeri —*

tale elegi argumentum, quod meo quidem iudicio, neque fatis adhuc declaratum, neque ex rei natura vt par esset depromptum, meae tamen personae accommodatum viribusque attemperatum videretur. In Saxoniam enim, patria, constitutus, ex iure in primis Saxonico materiam mihi esse depromendam putavi, cuius vsus quidem quotidianus, magni tamen simul momenti est, videlicet, *De iure optandi, viduae eiusque haeredibus, post mortem mariti, praesertim ex iure Saxonico, competente.* Late quidem patet haec iuris Saxonici quaestio, ad tria tamen capita referri posse existimo. Primum quidem de vidua nobili, eiusque optione differendum erit, deinde de ignobili, eiusdemque optandi iure, denique quaestio subiungenda, vtrum hoc ipsum ius optandi viduae tributum, eadem ante electionem, vel optionem mortua, ad haeredes transmittatur, nec ne. Quae quidem ex iuris communis et Saxonici principiis definire studebo, et si contigerit, rem ita proposuisse, vt viris doctis et aequis harum rerum arbitris

arbitris non displiceat, tum quidem hoc mihi erit praemium laboris longe gratissimum.

§. II.

De obligatione mariti ad dotandam, praesertim in casum viduitatis, uxorem.

Lex fuit Germanorum, ut vidua ex bonis defuncti mariti aut aleretur, aut alimentorum loco lucrum perciperet, quae vero iuris dispositio multiplicem formam apud diuersas Germanorum gentes paulatim induit. TACITVS meminit eius his verbis: *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus affert. — Atque ipsa inuicem armorum aliquid marito affert.* — a) Auctor hoc loco rem inter Germanos obseruatam ciuibus suis retulit, apud quos dote nihil frequentius b) ita, ut propter hanc solam, honestam nubendi conditionem reperire viderentur. Nobis vero haec omnia, quae de dote scripta inuenimus, non parum, ad veras rerum germanicarum rationes indagandas profunt, quarum quidem utilitas tam in explicandis maiorum nostrorum legibus ritibusque, quam in ipsis causarum argumentis conspicitur. Pauca ex legibus Germanicis delibabimus. LEX ALEMANNICA c) de uxore, ex aedibus et haereditate defuncti mariti exire parata, ait: *Sequatur eam dos legitima et quicquid parentes eius legitime placitauerint; et quicquid de sede paterna secum attulit, omnia in potestate habeat auferendi, quod non manducauit, aut non vendidit.* Eadem LEGVM LONGOBARDICARVM est ratio, quibus fanci-

a) *De moribus German. cap. XVIII.*

b) PAVLVS l. 2. D. de iure dotium, ait: *reipublicae interest mulieres doses saluas habere, propter quas nubere possunt.* Id ipsum etiam Imperatoribus curae cordique fuisse, praesertim IUSTINIANO nostro, leges Codicis suis titulis quemuis facile edocebunt.

c) *Tit. LV. cap. 1.*

fancitum: habeat ipsa mulier morgengab et quod de parentibus eius adduxerit, id est Phaderphium^{d)} id quod alio loco plenius ita cavetur: vidua, quae in domo patris aut fratris regressa est, habeat sibi morgengab et methium, de Phaderphio autem, id est, de alio dono, quantum pater aut frater dederit ei, quando ad maritum ambulauerit, mittat in confusum cum aliis sororibus.^{e)} LEX BAVARICA^{f)} de vidua iterum nubente constituit: mater vero si habet proprias res cum dote sua, quam per legem habet, egrediatur. LEX SAXONICA^{g)} autem disponit: de eo quod vir et mulier simul conquiserint, mulier mediam portionem accipiat: hoc apud Westphalos. Apud Ostfalos et Angrarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. In his quidem aliisque locis, non dotem ab vxore allatam marito intelligendam esse, sed vxoria marito aut constitutam aut ex lege debitam, et ipsa loca et rationes iurium docent. Manuit quoque haec obligatio mariti ad dotem vxori suae constituendam ab antiquissimis temporibus ad nostra vsque tempora, in multiplicem vero formam transfusa. Ad duo tamen genera referri posse statuo, primum quidem inter nobiles natum inde est dotalitium, quod GVNDLINGIVS^{h)} his verbis accurate monuit: Potius hoc dotalitium, sicuti dos Germanica, eum in finem constituebatur, et vidua vxor inde pro dignitate vitam transigere potis esset. Deinde autem veram portionis statutariae originem et causam inde esse repetendam puto, etsi in vtroque genere magna iuris Romani, morumque patriorum facta est permutatio, ita, vt etiam optio

d) Existat haec sanctio Lib. II. Tir. XIV. seu inter leges ROTHARIS apud GEORGISCH Corp. iur. Germ. cap. CLXXXII.

e) c. l. cap. CXCIX. f) Tir. XIV. cap. VII. §. 2. g) Tir. IX.

h) cf. GVNDLINGII de emione vxorum, dote et morgengaba ex iure Germanico libellum singularem. (Lips. 1731. 4.) cap. II. §. XXI. p. 53. et SEGERI VIR. ILL. diss. de alimentis viduae indotasae ex feudo debitis. (Lips. 1774. 4.)

optio viduarum paulatim reciperetur, legibusque constitueretur. Quod breui persequar.

§. III.

Vxoribus marito pecuniam afferunt, quam cum dote mariti aliisque lucris nuptialibus soluto matrimonio repetunt.

Quamquam maritus ad alendam dotandamque vxorem suam moribus Germanorum obligabatur, vxores tamen pecuniam marito afferre solebant, ad domum, remque familiarem, cuius cura ad ipsas pertinere videbatur, instruendam. TACITVS ^{a)} huius rei iam meminit, legesque veteres de hac re satis clare testantur; quas tamen hoc loco enarrare, animus non est. ^{b)} At enim id ipsum impedimento non erat, quo minus dos a marito scriberetur, atque ipsis legibus vxori in statum viduitatis praestanda fanciretur. Quaeritur autem ad quem pertineat pecunia marito allata, soluto matrimonio? Si vxor marito superstes erat, praeter dotem exactis legibusque debitam, repetebat res allatas, partemque acquestus coniugalis modo tertiam, modo dimidiam. Lex RIFVARIA ^{c)} ait: *Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit,*

a) de moribus Germ. cap. XVIII

b) cf. BREVNING de Vaderphiis veterum Germanorum. Lipf. 1752. 10-NATH. FISCHERS Geschichte der deutschen Erbfolge p. 73. seq. et quae antea iam exposuit GVNDLINGVS c. l. cap. II. §. XII. seq.

c) Tit. XXXVII. c. 2. Rationes cur tam laute mulieribus apud maiores nostros prospectum fuerit, omnino in singulari diligentia et vtilitate, quam cura et opera marito afferebant, esse ponendas puto. Erat enim vxor laborum et periculorum focia, idem in praelio, idem in pace passura et ausura. In quam quidem rem loca allegauit LVDEWIG in Accessionibus ad differentias iuris Romani et Germanici in successione coniugum et disforium liberorum. Opusc. Misc. P. II. p. 1299. Deinde altera accedit ratio, exiguae mulierum Germanicarum facultates, quippe a successione praediorum excludebantur, saltem quoad stirps

tulerit, si virum superuixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re, quam simul conlaborauerint, sibi studeat euindicare, vel quicquid ei in morgengaba traditum fuerit, similiter faciat. Alia loca paullo ante iam laudauimus. At enim haec omnia paullatim plane aliam faciem induerunt, quod chronologica ratione persequi nostrum non est. Quae sponsa marito afferebat, iure dotis aestimabantur, et posteriori tempore ex legibus Romanis repetebantur; inter nobiles autem postea inualuit partim dotalium, quod dotis et alimentorum loco habebatur, partim augmentum dotis, quod viduae, cum ipsa dote, ex praediis mariti restituebatur: inter ciues vero communio bonorum constitui coepit, quae longe lateque per Germaniam medio aevo diffusa quidem, per portionem statutariam tamen modo impedita, modo infracta fuit, vt adeo hodie cuiusuis prouinciae mores inspicere debeant.

§. IV.

Viduae nobili, quae dotem intulit, competit ius et repetendi dotem et exigendi dotalium, aliudue dotis augmentum.

Delibatis, quae ad antiquitatem pertinere videbantur, iuribus, nostri seculi iura moresque persequar. Primo quidem loco id monendum videtur, vt vidua nobilis ab ignobili distingatur. Cum enim nobiles morum patriorum essent tenacissimi, apud hos inprimis iura patria tutelam perfrugiumque habuerunt, quamquam quod per naturam rerum humanarum aliter fieri non potuit illi etiam magis magisque degenerarunt. Exoritur itaque quaestio, quo generali principio, si pacta dotalia deficient, aut normam non praebeant, vxorum nobilium res, post mortem

B 2

mariti

stirps mascula superstes erat; id quod obseruauit HELFFELDIUS in STRVVIJ *iurispr. Heroica P. III. p. 218.*

mariti regantur? Cum Germanorum moribus et rerum illatarum esset repetitio, et viduae dos legitima ex haereditate mariti aut pactitia praestaretur, vtrumque superesse puto, rationibus tamen, causis, ipsisque adeo rebus mutatis. Quae enim vidua nobilis marito affert, iure dotis omnino aestimantur, ideoque hoc loco iura Romana in fauorem viduarum illustrium nobiliumque sibi locum vindicant. a) Quamobrem defuncto marito, viduae nobili, rerum illatarum repetitionem competere, nihil fere dubitationis habet. At vero an praeter res illatas etiam a marito eiusque haeredibus, id quod instar dotis maritalis est, petere possit, nondum satis constat. Equidem id omnino aiendum esse, existimo: Sed duplex fere inualuit ratio. Primum quidem constitui coepit dotalitium, quo certa redditum quantitas vxori in casum viduitatis assignatur ex bonis praediisue mariti, vt honeste se exhibere possit b). Quamobrem in dotalitio idem finis est, qui olim erat dotis maritalis, et tamen ab hac ipsa dote maritali differt. Dotalitium fundamenti loco ponit dotem illatam ex qua et quantitatis mensura, aliarumque rerum definitio petitur; dos contra illa Germanorum ex sola legis dispositione constituebatur, nulla rerum ad maritum allatarum ratione habita. Deberi itaque dotalitium in hunc ipsum casum definitum, nullum est dubium, sed an hoc ipsum dotem absorbeat, dubitari potest. Equidem id negauerim: Rationes enim iuris patrii id non ferunt, quae repetitionem rerum illatarum indulgent, et cum hodie dos lege Romana, constituatur, cuius repetitio tot legibus priuilegiisque confirmatur, per dotalitium dotem perire non existimo, nisi pactis dotalibus id ipsum caueatur. Deinde dos maritalis in aliis Germaniae territoriis in augmentum dotis illatae fuit con-

versa

a) cf. LVDOLFVM *de iure feminarum illust.* P. II. cap. I. §. III.

b) cf. GVDNDLING *de coemione vxorum, dote et Morgengaba* C. II. §. XXI, p. 53. HELLFELD *iurispr. Heroica* P. III. Cap. I. sect. I. §. XI.

versa, ita, vt vidua non dotem illatam solum repetere, sed ab haeredibus defuncti mariti augmentum eius ad quartam, tertiam, dimidiamue partem exigere posset c).

§. V.

Exceptio regulae propositae in Saxonia est, in qua viduae nobili optio competit, velintne dotem illatam repetere, an cum iactura dotis dotalitium habere.

Post tantas opes ad manus mulierum paulatim delatas, succedendique capacitate ipsis tributam, in desuetudinem abiit vera dotis maritalis ratio, quae in paupertate mulierum et exclusione a successione ponitur. Cum itaque illa dos ab aequitate abhorrere videretur, mulieresque, praeter dotem suam in detrimentum familiarum nobilium, ditatae ex matrimonio recederent, factum fuit, vt Iureconfulti obliti morum patriorum, secundum leges Romanas, viduae repetitionem dotis non denegarent quidem, eandem tamen ex legibus Romanis a reliqua mariti haereditate arcerent. Dos enim iam ex iure Iustiniano, eiusque privilegiis aestimabatur, ideoque aequum videbatur, vt mulieres eodem erga se iure vterentur. a) Cum autem viduae mores patrios allegarent, quos omnino constans fori vsus tuebatur, cautum fuit, vt aut dotem repeterent, eaque contentae viuerent.

B 3

c) cf. HEINECCI Elem. iur. civ. secundum ord. π. P. IV. §. 201. FVFFENDORF Obseru. iur. Vniu. Vol. II. cap. 17.

a) cf. Tit. D. Solutio matrim. dos quemadmodum peratur et l. XI. Cod. Solutio matrim. quemadmodum dos peratur. Vbi cautum: Si constante matrimonio maritus fatali fuerit sorte consumurus, dos, quae data dicitur, vel promissa ex eius uxoris facultatibus ad eandem reuertatur: nihilque sibi ex hoc defuncti haeres audeat vindicare, quod ad mulierem recurrere fecit obitus maritalis. Iungi potest l. vnic. Cod. de rei uxoriae actione.

rent, aut cum iactura dotis ex praediis mariti dotalitium haberent. De hac re vero controuersia in Saxonia praesertim obtinuit, dubiumque fuit, vtrum penes vxorem esset, dotem illatam repetere, an ipsa hac dote sibi dotalitium ex praediis mariti emere. b) Quamobrem sapientissimus Saxoniae legislator hanc litem ex moribus Saxoniae ita composuit: *Da die Frau bey ihres Mannes Leben gegen ihr Einbringen, welches sie darthun kann, nicht beleibdinget, und nachmahls von den Lehnsfolgern will beleibdinget seyn, so soll ihr dasselbige folgen, wie dann hierinnen einträchtlich gesprochen wird. Wann es sich aber begäbe, daß die Frau von ihrem Mann, gegen ihr Einbringen nicht beleibdinget, und sie will nach seinem Absterben kein Leibgedinge haben, sondern fördert ihr eingebracht Ehegeld, die Lehnsfolger wollen sie beleibdingen und das Ehegeld nicht geben — So soll in der Frauen Willkür stehen, ihr eingebracht Ehegeld wieder zu fordern oder aber das Leibgedinge anzunehmen.* c) Ex quibus itaque certissime patet optionem viduae nobili competere, vtrum dotem repetere an dotalitium exigere velit, ita tamen vt in hoc casu dos haeredibus mariti cedat d).

§. VI.

Iure communi vidua ignobilis, post mortem mariti et dotem illatam repetit, et portionem statutariam capit.

Portione statutaria, praesertim in vrbibus, paullatim introducta, et ad certam ac definitam quantitatem redacta, inter
Iure-

b) cf. BERLICH *Conclus. P. II. Concl. LII. num. 1. et 2.*

c) *P. II. Const. Elect. const. 44.*

d) cf. *Const. 42. P. II. ibique CARPZOV. Def. 3. et P. II. Const. 44. defn. 2. CONSULTATIONES Const. Elect. libr. II. p. 55. inter Scabinorum Lipsiensium resolutiones haec habent: Dorem vxoris nobilis solemus post mortem adiudicare haeredibus feudatibus defuncti, propter onus dotalicii, quod in feudo sustinere coguntur. Quod vberius persequitur BERLICH P. II. Concl. L. num. 73, sequ.*

Iureconsultos, si vxor dotem haberet, quaestio, ex iisdem fere, quas antea exposuimus, rationibus, mota fuit, vtrum vidua et dotem suam repetere et portionem statutariam simul capere possit, an alterutrum tantummodo ipsi debeatur. Duplex vero inde paulatim constituitur coepit ius. Primum quidem in multis Germaniae vrbibus inualuit bonorum communio, atque haec ipsa nouas plane introduxit rationes, vt neque de dote repetenda, neque de portione statutaria capienda, quaestio oriretur. Sed haec ad nos non pertinent. Deinde autem in alijs vrbibus territorisque res ita fuit definita, vt repetitio dotis, cum dos illata nullam portionis statutariae haberet rationem, atque per se aestimata in vxoris dominio naturali remaneret, vxori eiusque haeredibus denegari non posset, praesertim cum id ipsum leges Romanae expresse iuberent. Tum vero quaestione mota, an portio statutaria praeter dotem exigi possit? id ipsum ferri posse, communiter placuit. Cum enim moribus maiorum, etiam in vrbibus, mariti esset obligatio, vt vxori in casu viduitatis dotem constitueret, placuit in locum eius surrogare portionem statutariam, ideoque in dissensu non potuit non haec praeualere sententia, quae vxori, nulla dotis illatae et repetitae habita ratione, ius portionis statutariae tribuit. Praeterea id ipsum aequitas suadet. Cum enim vxor suo labore bona quoque acquirere soleat non potuit non portio eius, quod labore partum erat, illi tribui, idque ipsum, ex moribus maiorum, statui et retineri. Atque in hunc modum principium iuris communis ex vtroque iure Romano et patrio natum et stabilitum fuit, vxori mortuo marito et dotis repetitionem iure Romano aestimandam, et portionis statutariae capionem moribus maiorum esse indulgendam, *) Quantitas

*) WERNHER *Obs. For. P. VII. Obs. 110.* LEYSER *meditr. ad π. Spec. CCCIX. med. 3.* qui LAVTERBACHIVM *diff. de doris collatione s. XI.* recte quidem sequitur, et STRYCKIVM *de success. ab intest. diff. IV. cap. I.*

titas quidem eius ex ipsis statutis moribusue loci definienda erit, in subsidium tamen etiam hoc loco iuris Romani sanctionem sequi vellem, vt quarta haereditatis maritalis portio debeatur. Quamquam enim ipsa portio statutaria originem ex legibus moribusque Germanorum coepit, quantitas tamen ex iure Romano definita fuit, vt adeo etiam in hac re iura peregrina formam dederint iuri patrio. b) Cessat vero apud nos distinctio inter coniugem pauperem et diuitem, quippe obligatio dotis maritalis siue nostris temporibus portionis statutariae, ex moribus maiorum nulla dotis illatae habita ratione orta est. Cum itaque vtrumque viduabus ciuium iure communi debeatur, sequitur, vt nulla de optione alterius fieri possit quaestio. Sed ius Saxonicum persequar, quod ab hoc longe differt.

§. VII.

cap. I. §. 22. qui contrarium ex iure communi etiam statuit, ex legibus Romanis refutat. Nolle hanc viam ingredi, sed et dotis repetitionem et portionis statutariae rationem ex propriis fontibus repetere, illam ex legibus Romanis, hanc ex moribus maiorum.

b) *IUSTINIANVS Nouell. LIII. cap. 6.* sanxit: videmus licet bona mariti relicta multa sunt, viuat tamen vxor superstes in egestate, cum omnia sibi arrogent liberi: Sancimus igitur huiusmodi vxorem indotatam in egestateque viuentem cum liberis vocari ad quartam substantiae defuncti partem. Restrinxit haec *IUSTINIANVS Nouell. CXVII. cap. 5.* vnde hausta *Aurb. Praeterea Cod. Vnde Vir et Vxor.* Sententiam autem meam supra propositam egregie confirmant *AVCTORES Consultationum ad Const. Sax. L. II. P. II. Quaest. XIV. p. 60.* vbi, differentes de quantitate portionis statutariae, aiunt: *Itliche aber sprechen der Frauen allein wo sonst nichts anders gewöhnlich, den vierten Theil zu, idque ex Aurb. Praeterea Cod. Vnde Vir et Vxor non distinguendo an sit inops vel pauper, et licet rextus in dicta Aurb. Praeterea videatur distinguere, tamen Moderni istuc concludunt, quod in honorem matrimonii haec quarta vxori debeatur, quamuis non sit inops, et talis non debet sua bona conferre, neque impurare in illam quartam.*

§. VII.

*Iure Saxonico viduae ignobili optio competit, utrum dotem et illata
repetere, an his in communem haereditatis maritalis massam col-
latis, ex uniuersa utriusque patrimonii summa, portionem
statutariam capere malit.*

Quamquam olim iure Saxonico obtinuit communio bonorum inter coniuges ^{a)}, hac tamen paulatim infracta et plane sublata, noua iuris Saxonici obtinuerunt principia. Cum enim Iureconsulti aequitatis magis rationem haberent, principiisque iuris Romani tanquam glebae adscripti essent, mores vero maiorum vix ac ne vix quidem per nebulas viderent, commixtio iurum, morumque patriorum talis sequebatur mutatio, vt pristina vestigia vix deprehendere liceret. Communio bonorum igitur in exilium acta fuit a nostratibus ^{b)}, atque in eius locum surrogata

a) ЕРКО VON РЕРКОВ *Iur. Prou. Sax. Lib. I. art. 31.* ait: *Mann und Weib haben nicht gezeuget Gut, zu ihrem Leib.* Id ex pluribus aliis monumentis quoque intelligitur, quae iam omitto.

b) Vt intelligatur quibus disputationibus patrii iuris principia loco fuere depulsa, exemplum ex *lib. II. Consult. ad Const. Sax. P. II. Qu. XXXIII. p. 71.* proferam. Quaestio fuit, quid vidua ex haereditate mariti petere possit, vbi haec: *Etliche wollen der Meynung seyn, daß des Verstorbenen Freunden der halbe Theil, und der Wittfrauen auch der andre halbe Theil disfalls folgen solle, idque per textum art. 31. lib. I. des Land R. daß Mann und Weib zu Sachsenrecht kein gezeuget Gut haben, ergo sollen die Abnutzungen so aus der Frauen Gütern kommen, dem Manne die Hälfte, und der Frauen die andre Hälfte gebühren; et hanc opinionem expresse ibi affirmat ZOBEL, addit tamen: Si uxor ex statuto vel consuetudine nihil certi ex bonis mariti habeat. Aber die Schöpffer haben bedenken industriam mariti, und daß er die Güter durch seine Arbeit und Fleiß erworben; item, daß das Weib dem Manne zu acquiriren*
C
und

gata portio statutaria. Iam autem alia quaestio mota est, ytrum haec portio vxori praestanda sit praeter dotem, an ipsa dote sibi veluti emere debeat portionem statutariam, atque adeo, an ab haeredibus mariti ad conferendum cogi possit. Plerique fere istam defendebant sententiam, tam ex principio iuris communis, quam ex rationibus pristinae communionis ^{c)}, placuit tamen legislatori Serenissimo AVGVSTO I. vtramque sententiam miscendo, vnam constituere sanctionem, ita quidem, vt eadem optio, quae viduae nobili data fuerat, etiam viduae ignobili indulgeretur, atque vt penes ipsam sit statuere, velitne dotem illatam repetere, an dote in massam haereditatis collata portionem statutariam capere ^{d)}. Sed ipsum legislatorem, explicatione breuiter subiuncta, audiamus.

§. VIII.

Verba Constitutionis XX. P. III. afferuntur et breuiter explicantur.

Notatu dignissima est iuris Saxonici constitutio, ideoque eam afferre, haud alienum esse videtur. Ait enim Legislator: *Die weil bis anhero an vielen Orten in Städten und Dörfern unserer Lande ungewiß, was dem Weibe nach Absterben ihres Mannes aus den verlassenen Gütern gebühre.* Haec iurium Sax. incertitudo inde nata

und seine Nahrung stärken zu helfen schuldig, etc. ex hoc loco patet, ZOBELIVM recte statuere, quod contortis, et partim ex iure Romano petitis ratiunculis, a Scabinis fuit euersum.

^{c)} cf. *Reuisionem differentiarum iuris civil. et Saxonici per vtramque iuridicam facultatem, Lipsicam videlicet et Witebergensem factam an. 1571. quae exstat lib. II. Consult. Sax. p. 276. Verba autem exstant Parre III. Reuisionis, p. 208. Adde BERLICH P. III. Concl. XXVII. num. 3. sequ.*

^{d)} *Conf. Eiccl. Sax. P. III. Const. 20.*

nata est, quia a iure moribus constituto recesserant, et Iurecon-
sulti partim ignorabant, partim fluctuabant, ex quo iure pro-
nunciandum esset. Quo facta AVGVSTVS I. nouam legem con-
didit, his verbis: *Sezen und wollen wir; wann zwischen Eheleuten,
Ehestiftungen beredet und aufgerichtet, oder sonsten des Orts, da
der verstorbene Mann wohnhaftig, wie es disfalls gehalten werden
soll, eine Willkühr oder beständige Gewohnheit vorhanden und einge-
führt, das denselben nachgelebet, und die Wittib aus ihres verstor-
benen Mannes Gütern, vermöge der Ehestiftung, Willkühr oder Ge-
wohnheit gebührlich abgefunden werden soll.* Sapienter omnino
constituit Princeps primo loco pacta dotalia esse inspicienda,
deinde autem statuta locorum, siue ex iure scripto, siue ex non
scripto, proueniant, esse obseruanda. Cum vero hac de re
etiam controuersia inter DD. esset exorta, et optio contra statu-
ta ex aequitate cerebrina indulgeretur, D. CHRISTIANVS II.
Rescripto, id, sequenti modo, prohibuit: *Da auch diuisio haere-
ditatis inter viduam et liberos vel haeredes mariti gesucht würde, hin-
führo auch das Statutum oder Gewohnheit, so des Orts beständig her-
bracht, praecise geurtheilt, und der Wittiben disfalls die optio und
Wohl zu ihrem Einbringen nicht verstattet werden.* a) Tertio deni-
que loco duas iuris communis Saxonici quaestiones definitas in-
uenimus. Prima haec est: *Wo aber diese Dinge ungewis, und
er stirbt der Mann vor seinem Weibe, und läst nach sich Kinder von
der ersten und andern Ehe, eines oder mehr, so soll sein Weib ohne
Unterschied ob sie reich oder arm, nach Bezahlung der Schulden, aus
allen ihres verstorbenen Mannes übrigen Gütern einen vierten Theil
nehmen und haben.* Itaque si vxor cum liberis defuncti mariti

C 2

con-

a) Vid. Cod. August. T. I. p. 1051. Befehl Churfürst CHRISTIAN II. zu
Sachsen, die bis anhero verspürte Ungleichheit im Erkennen und Sprechen
betr. an 1606. den 11ten Decemb.

concurrit, portio statutaria complectitur quartam haereditatis maritalis portionem. Sequitur deinde altera sanctio: *Liest aber der verstorbene Mann keine Kinder, so sollen seinem überlebenden Eheweibe aus seiner Verlassenschaft, nach Ablegung der Schulden, ein Drittheil folgen.* Enim vero utriusque sanctioni haec subiungitur obligatio viduae: *und die Frau in beyden Fällen alle ihre eingebrachte, anererbte und andre Güter zusamt der Gerade, in die gemeine Theilung zu bringen schuldig seyn.* Ne autem vxor per hanc ipsam collationem se laesam conqueratur, optio statuta, vtrum hac ipsa conditione portionem statutariam capere, an illata repetere malit. Verba haec sunt: *Iedoch soll der Frauen in allwege frey stehen, ob sie zu ihrem eingebrachten Gute, oder aber nach Gelegenheit der Fälle, zu dem vierten, oder dritten Theil greiffen will, und ihr solche Wahl ohne Unterschied, es hätte der verstorbene Mann Kinder oder nicht, in einem oder dem andern Fall, wie obsehet gelassen werden.* Quod quidem optandi ius aequitati consentaneum esse videtur.

Itaque vidua iure Saxonico primum dotem et illata repetere, (quo quidem casu omnia ex legibus Romanis diiudicanda erunt, et rei vxoriae actio, seu quae IUSTINIANO eius loco placuit, bonae fidei actio ex stipulata locum sibi vindicat, vt reliqua iuris remedia in fauorem feminarum constituta praeteream;) Deinde vero ex pristina quoque communionis bonorum ratione, et noua sanctione, in haereditate maritali concurrere potest, quod autem si factum est omnia ex moribus maiorum atque hac ipsa lege aestimari debent. Quamobrem optio est beneficium iuris, quo viduabus facultas a lege datur, statuendi post mortem mariti, vtrum iure Romano dotem illatam repetere, an cum haeredibus mariti, in diuidenda vniuersae haereditatis suiue patrimonii massa, ex lege statuto concurrere malint. Optionem hanc in fauorem feminarum introductam, esse beneficium iuris nemo ibit infi-

inficias, qui originem eius et naturam perspexit. Fundamenti loco ponitur vna bonorum massa, et constante matrimonio viduae iam electio datur, vtrum separationem vtriusque patrimonii petere, an ex vniuersa bonorum massa, suam portionem habere velit. Itaque hoc ius, si chronologiae et temporis rationem habeas, per tres gradus effectum efformatumque fuit. Antiquissimis temporibus dos a marito in casum viduitatis dabatur, deinde communio bonorum inter coniuges constituebatur, tandem portio statutaria inde prodiit, vt adeo etiam in hoc genere nihil stabile atque perpetuum videretur.

§. IX.

Alterior optionis viduabus Saxonis datae explicatio, temporisque intra quod fieri possit debeatue definitio.

Cum itaque viduae iure Saxonico optio tribuatur, vtrum dotem et illata repetere, an dotalitiu, portionemue statutariam habere malit, quaeritur omnino intra quod tempus haec optio fieri possit, debeatue? In qua quidem re, cum lege expressa destituamur, definitio ex analogia iuris Saxonici erit petenda. Iure Saxonico XXX. dies et ad sepulturam curandam, et ad reliqua maxime necessaria facienda, constituti sunt, intra quos nihil quod ad iura successionis pertinet, expediri debet. Per triginta itaque dies est haereditas veluti iacens, adeo, vt ne haeres quidem, intra hoc tempus a quopiam turbari possit, debeatue. *) Ex quibus efficitur, vt vidua ad optionem instituendam, compelli non possit, in compossessione vero rerum a marito relictarum

C 3

a) Iura huius temporis explicat HORNIVS *diff. de die tricesimo. Visemb. 1706. 410.*

rum simul cum liberis remaneat, b) ab haeredibus autem extraneis turbari non debeat, nisi quod omnino etiam compossessionem occupare possint. c) Post diem tricesimum vero fieri debet optio, sed quo temporis lapsu excludatur, nondum satis liquet. Fuerunt quidem olim in ea opinione Scabini Lipsienses, optionem intra annum et diem, a die tricesimo computandum fieri oportere, ita, vt vidua hoc tempore a petitione dotalitii et optione excludatur. At postea alteram, verioremq; sententiam, videlicet tam dotalitii petitionem, quam portionis statutariae optionem, post longissimum tempus, seu post XXX. annos, annum et diem demum expirare, recte adoptarunt. d) Quod si vero haeredum scire interfit, quo iure vti velit vidua, tum quidem die tricesimo peracto, praesertim petentibus haeredibus, obligatio optandi, mentemque suam declarandi, illi statim incumbit. In mora autem constituta, an tum propter moram amittatur electio, ita, vt ad haeredes pertineat, adhuc sub iudice lis est. Equidem id non puto. Quamquam enim ex mora plures effectus deteriores in morosum redundant, amissio tamen iuris exinde prouenire non solet, et ita viduae per iudicem competentem, ea comminatione, vt eligat, sub iactura optionis, electio primum iniungenda erit. Quod si tum contumax fit, non equidem dubito, quin per contumaciam, sententia subsecuta, optione cadat. Sed noua emergit quaestio, an nunc penes haeredes sit statuere, vtrum

b) *Const. Elect. Sax. 33. P. III. ait: Die weil die Wittbe mit dem Manne bey seinen Leben in gleicher Getwehr geseßen.*

c) *cf. Jus. Saxonicum Provinciale lib. I. art. 22. HORN de die tricesimo, §. 30. et 31.*

d) *BERLICH Concl. P. II. Concl. L. num. 60. sequ. vbi rationes expositae, quibus, vt plures addantur, necesse non est.*

vtrum illata reddere, an his, in massam haereditatis coniectis, portionem statutariam praestare veliat? Id equidem non puto. Cum enim vidua rerum illatarum dominium habeat, quo quidem se, concursum cum haeredibus mariti faciendo, abdicare potest, ipsi vero tantum, nunquam haeredibus mariti tribuatur electio, sequitur vt vidua in mora constituta, per sententiam iudicis quidem ab optione excludatur, sed rerum suarum dominio non priuetur. e) Quamobrem haeredum, hoc loco, ius est, separandi viduae illata, vindicandique sibi reliquam haereditatis partem. Optionem autem expresse et tacite fieri posse, non est vt moneam. Sed quid, moto post mortem mariti in eius haereditate creditorum concursu obtineat, videamus. Cum ex bonis obaeratis portio statutaria percipi non possit, quippe computatio eius, deducto aere alieno, quod vero in concursu creditorum totam absorbere solet haereditatem, fieri debet, efficitur, vt viduae ius repetendi dotem et illata, tanquam creditum et aes alienum, tribuatur, ita, vt omnia legum Romanarum privilegia sibi locum vindicent, etiamsi alias ex statutis loci optio cesset, ne coniux dote sua priuetur. f) Ita quoque CHRISTIANVS II. legem tulit, his verbis; *Wann aber zwischen des Mannes Creditoren und Wittiben der Erstigkeit halben gescriben würde, das es bey der 28. Const. P. I. sowohl andern privilegii dotalibus allenthalben ver-*

e) BERLICH P. III. Concl. XXVII. num. 79. hoc ius, inquit, etiam competit viduae et eius haeredibus perpetuo, usque ad XXX. annos, potest tamen certum tempus, puta, vnus vel duorum mensium a iudice praefiniri, intra quod, si vidua, aut eius haeredes non eligant, postea penitus excludendi sunt. Idem, statuit CAROLOVIVS P. III. Const. XX. def. 41. n. 3.

f) CAROLOV. P. III. Const. XX. def. 11. et 12.

verbleiben und darauf erkannt werden soll. g) Dixerit fortasse aliquis, optionem, his verbis, contra statutum, exorto, post mortem mariti, creditorum concursu, esse concessam. Sed cum legislator priuilegiorum dotis meminerit, quae locum habere non possunt, nisi dos ex concursu repetatur, sequitur, vt omnino sententia legis sit, optionem etiam contra statuta prohibentia, exorto creditorum concursu, indulgeri. Quam quidem interpretationem recte amplexus est CARPZOVIVS h) his verbis: *Si marito debitis onerato fiat concursus creditorum, vidua repudiata portione ex statuto loci alicuius speciali sibi debita, bene dotem aliaque bona sua illata, vna cum Gerada repetere valet.*

§. X.

De iure optandi, quatenus haeredibus viduae, post mortem mariti, sed ante optionem defunctae competat, in vniuersum.

Cum omnino fieri potest, vt vidua, post mortem mariti, ante optionem, decedat, quaeritur, an? et quatenus? haeredibus viduae optio tribuatur. In qua quidem re in diuerfas partes trahuntur Iureconsultorum sententiae. BERLICHIVS *) quidem ius optionis extraneo cedi non posse contendit; *competit tamen*, inquit, *non solum ipsi viduae, sed etiam transit ad eius haeres*

g) cf. supra laudatum *Rescriptum*. Ipsa verba exstant *Cod. Aug. Tom. I. p. 1051.*

h) *P. III. Const. XX. def. 14.*

a) *In Conclusf. P. III. Concl. XXVII. num. 77. BERGERVS in Oecon. iur. lib. II. tit. IV. rh. XLV. n. 7.*

des, indistincte, omnes, siue descendentes, siue collaterales, siue extranei fuerint. Huic autem opinioni contradicit CARPZOVIVS^{b)} qui, posito principio, extingui priuilegia cum persona, exceptionem in liberis statuit his verbis: *Solis tamen liberis ac nepotibus, ius optionis competit, non etiam haeredibus adscendentibus, collateralibus, vel extraneis, in quos vidua facultatem eligendi neutiquam transmittit, sed defuncta ea, hi portione statutaria contenti esse debent, a repetitione bonorum illatorum prorsus exclusi.* Nolo plures diuersarum sententiarum auctores conquirere, sed potius ipsam rem, quoad quidem pro ingenii viribus fieri potest, definire conabor. Primum quidem expediti iuris esse videtur, optionem viduarum, cuius causa in statu viduitatis, ita quidem, vt ob hanc ipsam concedatur, ponenda, inter priuilegia seu iura singularia referri. Atque id ipsum non ex natura rei solum apparet, sed ipsae leges quoque innuunt. Quod si itaque vxor ante maritum moriatur, cessat optio, quamquam ius repetendi dotem haeredibus non denegetur. Porro etiam exinde hoc intelligitur, quod optio cedi nec potest, nec debet. Est autem certissimi iuris principium, priuilegia personalia extingui cum persona, nisi ex singulari lege vel natura rei ad haeredes transmittantur.^{c)} Quamobrem nec in optione viduabus ob conditionem et statum personae concessa, con-

b) P. III. Const. XX. def. 41. et 42. MOLLERVS ad Const. Elect. XX. P. III. n. 12. seq.

c) PAVLVS l. 63. π. de R. Iur. in omnibus, inquit, causis id obseruatur vt ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, et MODESTINVS l. 196. de R. Iur. ait; priuilegia quae personae sunt ad haeredem non transiunt. Idem repetit VLPIANVS l. l. §. 44. π. de aqua quorid. et aestiua, his verbis: quodcumque darur personis, cum personis amittitur, neque ad haeredem vel qualemcumque successorem transit.

contra ius commune aliquid statui posse, existimo, vt adeo regula sit, optionem viduarum non transire ad haeredes. At vero cum non solius personae ratio habeatur, sed rerum etiam iure domini huic personae competentium, sequitur, vt dominium rerum illatarum cessante per mortem viduae optione ad eius haeredes fransmittatur. Quod vero vltius prosequar.

§. XI.

Ius repetendi dotem et illata ad quosunque haeredes viduae transmittitur.

Dissoluitur matrimonium morte mariti, atque patrimonium vtriusque coniugis constante matrimonio iuncta, iam separata esse incipiunt, vt itaque dominium rerum dotalium ciuile ad vxorem ipso iure redire videatur. Neque enim solum vxor iam repetere potest res suas, sed etiam rei vindicatione vti, ita, vt fructus rerum immobilium, ex tempore dissoluti matrimonii, ipsi praestentur ^{a)}. Mortua autem vxore ante dotis rerumque dotalium repetitionem, hoc ius, cum reliquis eiusdem bonis ad haeredes eius transit, quod *IUSTINIANVS* ^{b)} his verbis constituit: *illo procul dubio in actione ex stipulatu seruando, vt si decefferit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedit, nisi ex quibusdam passionibus; sed ad mulieris haeredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, siue expressa fuerit, siue ex hac lege inesse intelligatur.* Quamquam enim haec lex de eo casu disponit, si vxor, constante matrimonio decedat, id tamen facile ad nostram rem poterit proferri. Non huius loci est exponere suc-

a) *l. vnic. Cod. §. 7. de rei uxoriae actione.*

b) *l. vnic. Cod. §. 6. c. 1.*

successione principia generalia atque indubitata, ex illis tamen
 intelligi posse arbitror, repetitionem dotis, cui ius et dominium
 rerum dotialium inest, ad quemcunque vxoris haeredem transi-
 re, ideoque cessante electionis iure, haeredes mariti repetitio-
 nem rerum illatarum non denegare posse. Plane contrariam
 sententiam de hac re tuetur *CARPZOVIVS* c) qui collatera-
 les et extraneos haeredes a repetitione bonorum illatorum pror-
 fus exclusos, portione statutaria contentos esse debere, ait. At
 vero cum nullam opinionis suae attulerit rationem, quippe al-
 lata ad hanc ipsam rem plane non pertinent, nobis dissentire
 licebit. Nam sublata in Germania bonorum, inter coniuges,
 communione, restitutoque iure repetendi dotem, cum priuile-
 giis iuris Romani, adeo aucto, in fauorem viduae tantum,
 ius Saxonicum constituit, vt possit vidua vel dotem illatam repe-
 tere, vel rerum suarum dominio, conferendo omnia in commu-
 nem haereditatis maritalis massam se abdicare, atque certam bo-
 norum mariti defuncti partem, vulgo portionem statutariam su-
 mere. Collatio vero est facti, quae quousque non verbis vel fa-
 ctis declarata fuit, non praesumitur, sed dominium dotis, sta-
 tim post mortem, ipso iure redit ad vxorem. Itaque hoc ad hae-
 redes transeat, necesse est, neque video, quo modo haeredes
 mariti, haeredibus viduae restitutionem illatorum denegare, por-
 tionemque statutariam obrudere possint. Hac enim ratione,
 optio tribueretur haeredibus mariti, quod plane ferendum non
 est. Monere tamen non alienum esse videtur, me sententiam
CARPZOVII, si ex statutis ne viduae quidem optio detur, sed
 haec adeo portione statutaria contenta esse debeat, amplecti vel-
 le. Tunc enim statuta communionem bonorum eatenus reti-
 nuerunt, vt, constante quidem matrimonio, vtriusque coniu-

D 2 gis

c) P. III. *Confl. XX. def. 42.*



gis res, et possessio communis foret, soluto autem matrimonio non ex natura communionis et condominii bona aequaliter dividerentur, sed maior pars eorum, deducto tamen aere alieno, ad haeredes mariti, minor autem, ad viduam eiusque haeredes pertineret. Tum vero, cum huius partis quantitas ex statutis locorum definienda esset, portio statutaria dicta fuit, quamquam proprie est portio bonorum, constante matrimonio, communium, viduae post mortem mariti, ex singulari statutorum dispositione, praestandorum. Acquiritur haec portio ipsa morte, neque prius vxor ex communi bonorum communium possessione, nisi hac portione ipsi ex communi haereditate soluta, expelli potest, ita tamen, vt haeredes defuncti mariti in eandem communionem et compossessionem, portione statutaria nondum soluta, admittere teneatur. Sed quid, si concursus creditorum, post mortem viduae ante optionem factam, moueatur? Tum quidem concursus instar haeredis extranei, aut repetit illata, vt legum iura proprie requirunt; aut portionem statutariam interdum capit, quod vero non ex iure optionis viduae competentis, sed ex principiis paulo ante expositis sequitur, quae facili modo huc trahi possunt.

§. XII.

Optio vindicatur viduae liberis seu posteritati.

Quamquam regulam posuimus, iura singularia et priuilegia personalia ad haeredes non transire, optionemque viduarum Saxoniarum etiam sub genere priuilegiorum comprehendi, subiungenda tamen est exceptio. Recte enim HERTIVS: *) *Enimvero*, inquit
non

*) cf. *Eius diss. de transiione priuilegii personalis ad alios §. II. Opusc. Vol. I. T. III. p. 24.*

non raro euenit, vt priuilegium, licet personale, ad alios transeat, idque vel propter legem, quae facit, vt idem specie, non numero, priuilegium, aut saltem effectus priuilegii cum aliis communicetur, vel propter necessariam consecutionem, vel denique, vt plurimi putant, propter factum intercedens. Atque id ipsum, meo quidem iudicio, in electione viduabus Saxonis tributa contingit, quae ad posteritatem eius, vt verbis HERTII vtar, propter necessariam consecutionem, transire mihi videtur. Interpretatione enim suppleri debent, vti VLPIANVS b) ait, *vbi bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem vtilitatem.* Matre itaque, ante optionem, mortua, liberis optio competit, vtrum dotem matris, haereditate acquisitam, repetere, an omnia matris bona in haereditatem maritalem conferre, portionemque statutariam capere velint. Liberi enim ex moribus maiorum ipso iure, in communionem bonorum succedunt, seu, vt clarius rem exprimam, nascuntur in communionem bonorum paternorum, vt sine ipsorum consensu, ne alienatio quidem fieri possit. Cum autem optio illa et ius in portionem statutariam ex illa ipsa communionem bonorum inter coniuges sit nata et in eius locum surrogata, sequitur, vt liberis idem ius, quod matri competit, sit concedendum. Stat vero etiam pro nostra sententia aliud iuris argumentum, videlicet iura singularia seu beneficia parentibus intuitu bonorum data, transire ad haeredes, quod ex iisdem rationibus, optionem ad haeredes pertinere, confirmat. Parentes enim et liberi in dominio rerum pro vna habentur persona, vt non ipsa res solum defuncti, sed priuilegia simul et beneficia ad liberos transmittantur. VLPIANVS c) ait: *maritum in id, quod facere potest, condemnari,*

D 3 explo-

b) l. 13. π. de LL.

c) l. 12. π. soluso matrinn. dos quemadmodum petatur.

exploratum est. Haec vero haeredi non prodesse, confirmat POMPONIVS d) ita: Si maritus soluendo non fuerit, licet ipsi marito profuit, quod facere non possit, (id enim personae mariti praestatur.) haeredi eius hoc non prodest. Quicum consentit PAVLVS: e) sciendum est, inquit, haeredes earum personarum non in id, quod facere possunt, sed in integrum teneri. Neque tamen non manifestissimi iuris est, beneficium hoc et ius singulare ad liberos proferri. Nam filios mulieris, qui patri haeredes exstiterunt, in id, quod facere possunt condemnandos LABEO ait. f) Qui etiam in haereditate materna eadem obtinere priuilegia dotis, liberis competentia, demonstrat. Mulieribus tot omnino intuitu dotis concessa fuere priuilegia, vt plura fingi aut cogitari vix possint. Fundamentum eorum ponitur in ipsa persona et conditione feminarum, quod IUSTINIANVS g) his verbis significat: quis enim earum non misereatur, propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem pro quibus multa, nostris legibus, inuenta sunt priuilegia. Haec ipsa priuilegia vero, quamquam proprie ob personarum conditionem inuenta fuere, liberis tamen etiam profunt. Nam IMPERATOR eadem lege statuit post priuilegium dotis: exceptis videlicet contra nouercas anterioris matrimonii filiis — Sed sic maneat eis ius incorruptum, quasi adhuc viuente matre eorum. Atque id aliquanto clarius NOVELLA XCI. pr. et cap. I. statuitur, vbi: non enim aliis dedimus du-

d) l. 24. §. 1. π. de re iudicata et de effectu sententiarum.

e) l. 25. π. c. l.

f) cf. POMPONIVM l. 18. princ. π. soluto matrimonio dot quemadmodum peratur.

g) l. 12. §. 1. Cod. qui potiores in pignore habeantur add. §. 29. Inst. de Actionibus.

dudum et damus hoc privilegium, aut haeredibus aut creditoribus, sed solis filiis. Ex quo quidem intelligitur, privilegia dotis etiam ad vxoris posteritatem transire, aliis vero successoribus non competere. h) Atque ni fallor, hoc omnino in optione viduae ex iure Saxonico data, grauissimum est argumentum, facultatem penes liberos esse statuendi, velintne dotem repetere, an portionem statutariam capere, alios contra haeredes et successores huius beneficii eundem in modum participes fieri non posse. i)

§. XIII.

Dissensus plurium cohaeredum circa optionem sorte dirimitur.

Contingere omnino potest, vt plures eiusdem viduae haeredes circa optionem dissentiant, vt alii quidem res allatas repetere, alii autem portionem statutariam habere malint, in quo quidem dissensu, quid iustum sit, videamus. Etenim cum vtrumque simul fieri non possit, quippe tam repetitio dotis, quam portio statutaria est res indiuidua, sequitur, vt alterutrum fieri debeat. Orto vero hic, inter cohaeredes, circa hanc ipsam rem, dissensu, fortunam esse huius optionis iudicem, et sorte hoc esse dirimendum, statuo. Quamquam enim aliud tollendae dif-

h) cf. HERTIVM de trans. privileg. ad alios §. V.

i) CARPZOV. P. III. Const. XX. def. 41. n. 10. seq. qui rationes ita subduxit: Privilegium hoc optionis ad haeredes neutriquam transmittitur, rectissime tamen excipiuntur liberi et descendentes, quibus non minus ac viduae ipsi ius optionis competit. Nec sine ratione cum et ius tacitae hypothecae et praelationis quod personalissimum est, haeredibus descendentibus mulieris concedatur, propter vinculum nempe fortissimum, quod liberos cum matre copulat, ut eadem persona censeantur.

dissensionis in iure medium adest, scilicet per plurima suffragia, potestas tamen lege vel pacto constituta, suffragia de re aliqua ferendi requiruntur, si nempe ius quaesitum, ut plura vincant pauciora, idque ipsum pro vero et optimo habeatur, quod plurimorum suffragia ferentium, consensus statuit, exinde oriri debet. At vero haec inter cohaeredites, si pactum exceperis de quo nobis sermo non est, deficit, ideoque si iudicio familiae eriscundae agatur, iudicis est, in tali dissensu, partes suas interponere a) quod quidem in optione, cum non de diuisione, sed electione quaeratur, fieri non poterit. Quamobrem res inter solos cohaeredites agitur, ita, ut aut consensu, aut sorte dirimi debeat. Aliud argumentum ex analogia iuris, a legato optionis peti potest. Cum enim IUSTINIANVS legem ferret, legatum optionis ad haereditatem pertinere, ne circa optionem dissensus oriretur, iussit: *Sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, et dissentiant, — alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, quod plerique Prudentium contra benevolentiam introducebant, fortunam esse huius optionis iudicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem fors peruenerit, illius sententia in optione praecellat.* b) Ex his itaque apparet, in dissensu circa optionem litem sorte esse dirimendam. Potest autem in Saxonia noua oriri dubitatio, si duo sint viduae cohaeredites, an ex principio iuris Saxonici: maior diuidit, minor eligit, fortassis huius sit optionem definire. Equidem id ipsum ius non tribuerem. Optio quidem minori cohaerediti in iam diuisa haereditate eiusque parte tribuitur, sed hoc ad totam haereditatem non proferendum, ut

a) cf. WESTENBERG *Principia Pandect.* Tit. Familiae eriscundae. §. 16.

b) cf. §. 23. *Inst. de legatis et l. 3. Cod. communia de legatis et fideicommissis.*

statuere possit, vtrum dotis repetitio, an portio statutaria praeferenda videatur. Illa enim minoris electio supponit diuisam a maiore haereditatem, hoc loco autem de vniuersa haereditate agitur, ideo efficitur vt fors et fortuna in omni dissensionis casu, siue duo, siue plures adsint cohaeredes, adhibenda videatur.

§. XIV.

De effectu optionis, aut ab ipsa vidua, aut hac defuncta, ab eius haeredibus factae.

Electionem et viduae et eius posteritati vindicauimus, iam superest quaestio, quinam factae electionis sint effectus. In qua quidem quaestione illud primo loco tenendum est, optionem in re aliqua datam eo ipso momento expirare, quo legitime facta est, ita, vt vna re optata, ad alteram reuerti non liceat. Quod quidem non edocet solum vniuersi iuris ratio, sed etiam ad vltimas voluntates praesertim producit. Quamobrem effectus optionis aut a vidua, aut ab eius haeredibus factae, hi sunt, vt cesset electio, eo ipso vero res electae viduae, vel eius haeredibus statim acquiruntur. Neque enim hoc solum ex natura rei apparet, sed etiam legibus in simili re ita cautum est. THEODOSIVS IMP. ^{a)} sancit: *Si quis agere ex testamento quolibet modo, siue scripto, siue sine scriptura confecto, de haereditate voluerit; ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens minime permittatur. Tantum enim abest, vt aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus: vt etiam illud sanciamus: Si testator*

a) l. 8. princ. Cod. de codicillis.

tor faciens testamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit, qui haereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione, alterius sibi aditum praeclosure: ita, ut suae bonorum possessionem secundum tabulas, suae secundum mancipationem caeterasque similes postulauerit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet. Ex quo quidem loco colligi potest, electionem in ultimis voluntatibus competentem absumi, simulac semel facta sit. Atque id ipsum in optione, rei praesertim legatae, statuitur. LABEO^{b)} ait: apud AVFIDIUM lib. I. rescriptum est: cum ita legatum est, vestimenta quae volet, triclinaria sumito, sibi que habeto; si is dixisset, quae vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixisset: mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret: quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit; quoniam res continuo eius fuit, simulac si dixerit eam sumere. Atque PAULVS respondet c): Serui electione legata, semel duntaxat optare possumus. Quae principia quo minus ad optionem viduae, eiusque liberis competentem proferri possint, plane non dubito; et hoc iure vitur. d) At enim quaeritur, annon optio, a vidua facta, possit rescindi ab eius haeredibus? Id quidem fieri non debet, nisi adsit causa legitima, ex qua negotium aut inutile et inualidum est, aut saltem rescindi et retractari potest, quas tamen singulariter non persequar. Sed quid, si vidua ante diem tricesimum, aut viuo adhuc marito, optionem fecerit? Ait enim

T E-

- b) l. 20. π. de optione vel electione legata.
 c) l. 5. princ. π. de legatis I.
 d) cf. CARPZOV. P. III, Const. XX. def. 44.

TERENTIUS CLEMENS e) *optioe legata placet, non posse ante aditam haereditatem optari, et nihil agi, si optaretur.* Equidem huius legis dispositio ad optionem nostram pertinere atque transferri posse, nego. Optio enim in legatis haerodem supponit, ideoque ante aditionem non potest non esse inualida. At vero plane aliae sunt optionis viduae eiusque haeredibus competentis rationes. Haec enim priuilegii instar est, atque semper fieri potest, nulla haeredum habita ratione. Adsit enim haeres, nec ne, competit tamen electio, et aduersus quemcunque mariti successorem exercetur. Quamobrem optionem, quocunque tempore factam, esse firmam et ratam, existimo, ut ex tempore saltem nulla rescindendi causa oriatur. Atque eo etiam mentem intendit LEGISLATOR SAXO f) *constituens: wenn einer Frauen ein Leibgedinge aufgerichtet, und bestätigt worden, welches sie auch beliebet und angenommen, dass dargegen ihre Mitgift und Einbringen verlesche und abgehe.* Ex quibus quidem regulam confici puto, dotalitio aut portione statuarum electa, ius repetendi dotem, nulla ratione temporis factae electionis habita exspirare, quae vero regula ad illum quoque casum recte profertur, si electio dotis iam facta est, non enim tunc licet ad portionem statuarum aut dotalitium redire: quippe quae iuris obseruatio in iudiciis etiamnum obtinet. g)

E 2

Hae

e) l. 16. π. de optione vel electione legata.

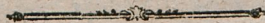
f) *Const. Elect. 42. P. II.*

g) cf. BERLICH *Concl. P. II. Concl. L. II, num. 5. seq.* et CARPZOV. *P. III, Const. XX. def. 44.*

Hae fere sunt opiniones quas ex legibus et rationibus iuris deductas, pro instituti ratione proferre volui. Quod si factum sit, vt error irrepperit,

*quem aut incuria fudit,
Aut humana parum cauit natura,*

rogo, vt humaniter corrigatur. Sane non promptius me monebunt errantem, quam ego monentes sequar.



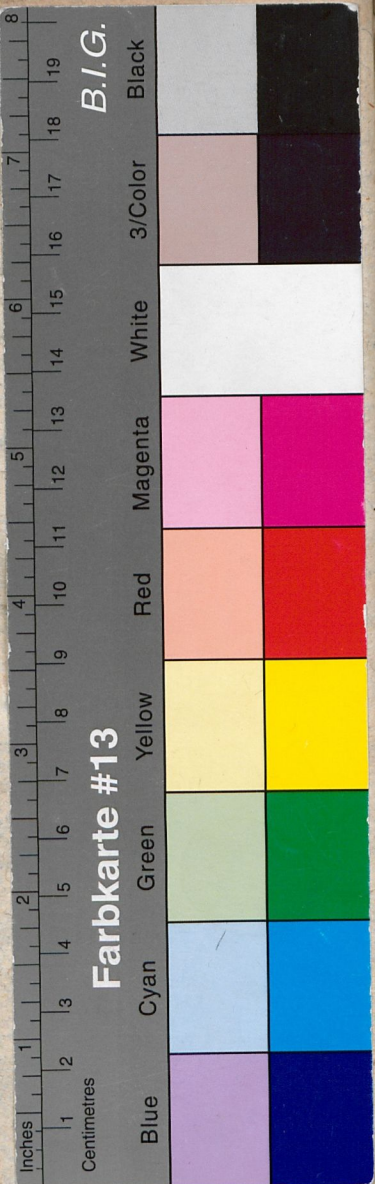
ULB Halle

3

005 361 494







1782, 16. XXXV. 64

DE
O P T I O N E
VXORI EIVSQVE HAEREDIBVS IN BONIS
MARITI DEFVNCTI, PRAESERTIM EX
IVRE SAXONICO,
COMPETENTE

DISSERTATIO
QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO
SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CAPESSENDIS
AD DISCEPTANDVM PROPONIT
MAVRITIVS LVDOVICVS HÜBEL
IVR. VTRIVSQVE BACC. ET ADV. SAX. IMMATR.

A. D. V. DECEMBR. A. R. S. MDCCLXXXII.

L I P S I A E
LITTERIS SOMMERIANIS.

