



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Tractatus Exegeticus Ad Librum III. Decretalium Gregorii
IX. Contractus in specie secundum rubricarum ordinem
exponens**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

Appendix. De Emphyteusi.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63816](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-63816)

vere nequit, ergo sub hac lege ipsi vendi, ut pretium solvat ab initio 2000. Thal. & annum Canonem 100. Thal. ita tamen, ut singulis decenniis hos 2000. Thaleros de novo exsolvat. Habet hic contractus id peculiare, quod dominium rei venditæ in emptorem transferat, quia traditur ipsi ex titulo emptionis, perpetuæque rem tenet sub conditione renovationis, adeoque po-

test eam vendere, inconsulto licet domino, à quo rem sub hac lege accepit: Propter hunc tam insignem effectum ex parte emptoris prohibentur in *Nov. 7. princ. § cap. 1.* bona Ecclesiastica per contractum *libellarium* alteri concedi, ne Ecclesia inde damnum, & jacturam rerum suarum incurrat. *Matth. Stephani ad d. Nov. num. 9.*

A P P E N D I X.

De Emphyteusi.

TAM propinqua necessitudine Contractus *emphyteuticarius* conjungitur cum *locatione, conductione, & emptione, venditione*, ut Justiniano teste in *§. 3. Inst. de locat. cond.* inter veteres dubitatum fuerit, rectiusne *locationi*, an *emptioni* accenseri mereatur; idcirco binis his Contractibus à nobis in præcedentibus Titulis expositis Contractum *Emphyteuticarium* subjungimus.

§. I.

Contractus Emphyteuticarii natura, origo, & varietas describitur.

S U M M A R I A.

1. *Emphyteusis triplex acceptio, propria hujus loci est, prout spectatur in ratione Contractus, & sub hac definitur.*
2. *In Emphyteusi Ecclesiastica requiritur Scriptura, in quantum res Ecclesiastica alienatur. In Emphyteusi seculari Contractus solo consensu citra Scripturam perscitur.*
3. *Oppositio resolvitur.*
4. *Est Juris Gentium, non Juris Civilis, ut alii volunt.*
5. 6. *Objectum Emphyteusis, est res immobilis, & annuus Canon.*
7. *Dividitur in Ecclesiasticam, & Secularem.*
8. *In novam, & veterem.*
9. *In hereditariam, & non hereditariam.*
10. *Huc etiam refertur Emphyteusis ex pacto, & providentia.*
11. *In Emphyteusi, abstrahendo à consuetudine, etiam femina possunt succedere.*
12. *Emphyteusis rursus alia est perpetua, alia temporalis.*

¹ **E**mphyteusis græcum vocabulum est ab *Εμψυτσω* derivata, quod idem est latinis, ac *insero*, substantivè *insitio*, vel *implantatio*, germanicè *ein Erb-Recht*, *Erb-Dinnß-Gut*, *Erb-Lehen*, *Bauern-Lehen*. Potest tripliciter considerari, *objectivè* pro re in emphyteusin concessa, *efficienter*, vel *formaliter* pro contractu, quo constitui solet, & denique *effectivè* pro *jure in re*, quod emphyteuta, translato in ipsum dominio *utili*, consequitur. Nos hic emphyteusin in ratione *contractus* præcipuè consideramus, in qua acceptione describimus emphyteusin, quod sit *contractus consensualis, juris gentium, nominatus, bonæ fidei, quores immobilis, vel ei equipollens alicui colenda, & fruenda conceditur cum onere certæ pensionis annuæ in recognitionem domini directi solvende*.

² Ast circa primam mox particulam datæ definitionis inter DD. controversatur, an iste contractus solo *consensu* perficiatur, num verò ad sui substantiam *scripturam* desideret? Abstrahendo à jure locorum statutorio, vel praxi recepta, prout in Austria, & Bavaria emphyteusin nonnisi litterariis documentis probari posse testantur. Clariss. D. D. Benedictus Finsterwalder *Prætic. observ. lib. 2 observ. 38. n. 5.* & Blumlachner *Tract. de Jure Emphyteut. vitalit. Sc. Quest. 1. num. 2.* Distinguo inter emphyteusin *Ecclesiasticam*, & *laicam*, ita, ut in priori requiratur Scriptura per *Nov. 7. in fin. præfat. l. 14. §. ult. C. de SS. Eccles.* non quidem ex natura ipsius contractus, sed per *indirectum*, quia est species alienationis; ad omnem autem alienationem rerum Ecclesiasticarum Scripturam requiri,

constat ex *cap. 1. de bis, que sunt à Prelat.* Clariss. D. Collega D. Peregrini ad *Tit. Locati num. 12.* In emphyteusi laica, & sæculari nullam ad substantiam hujus contractus desiderari Scripturam, sed eundem ad instar locationis, & venditionis solo consensu perfici, probabilius judico cum Zoëtio ad *ff. h. t. num. 55.* Harpprecht *Inst. h. t. num. 58.* Perez in *C. h. t. n. 2.* & nostris Salisburgensibus omnibus contra Mascardum, Clarum, & alios. Probatur ex *§. 3. J. de Locat.* ubi Justinianus omnia hujus contractus substantialia requisita enumerat, Scripturæ tamen mentionem nullam facit, sed vim totam conventioni, & contrahentium consensui tribuit. Accedit, quod in sententia AA. *Anastasi* Imperatoris constitutio relata à Justiniano in *d. Nov. 7.* quæ ordinavit, ut in *perpetua* emphyteusi Ecclesiastica Scriptura sit necessaria, non verò temporanea, vel ad vitam, omnino esset frustranea, quia secundum illos jam per constitutionem *Zenonis*, qui 26. annis præcessit *Anastasio*, ad quamcunque emphyteusin necessaria fuit Scriptura: ergò superflua erat sollicitudo Anastasii; constat autem ex verbis *d. Nov.* quod Anastasius primum *gesta monumentorum, constituerit fieri super alienationibus*, nisi fortè dixeris, Justinianum vera non scripsisse: ergo male inter substantialia à Zenone requisita numeratur scriptura.

³ Opponunt AA. *l. 1. C. de Jure Emphyteut.* ubi expressè mentio *scripturæ* fit, & quidem per ablativum absolute positum, ibi: *Pactionibus, scriptura interveniente, habitis.* Est verò ablativi absolute positi ea vis, ut *conditionem* inducat, & sic resolvatur: *si scriptura inter-*

tervenerit. *Conditio autem nihil ponit in esse. l. 169. §. 1. ff. de R. J.* nam, quod pendet, perinde se habet, ac si non esset: ergo ante erectum instrumentum emphyteusis nulla est. Verum hoc argumentum nihil roboris habere, patet ex ipsis verbis *cit. l. nam pactio- nibus habitis* etiam est ablativus absolute positus: ergo etiam ille conditionem importabit, & sine similibus pactis specialiter adjectis Contractus *Emphyteuticus* subsistere non poterit, quod vix ullus somniaverit. Ratio verò, cur Imperator Zeno in *l. 1.* & etiam *2. §. 3. d. t. scripturae* mentionem ingerat, est ista, quod ad id, quod frequentius fieri solet, respexisse videatur, frequentius autem fit, ut paciscentes super hoc Contractu Instrumentum erigi faciant, ne scilicet fides eorum, quæ specialibus pactis addita sunt, propter temporis diuturnitatem, in quod emphyteusis extendi solet, vacillare incipiat, dum mortuis fortè testibus pacta conventa vix amplius probari possunt.

4. Dictum fuit in definitione, quòd sit contractus *juris gentium*, sed hoc rursus à multis impugnatur, qui volunt hunc contractum esse creaturam *juris civilis*, eo quod dicatur in *§. 3. J. de Locat.* quod *lex Zenoniana emphyteuseos contractus propriam statuit naturam.* & in *l. 3. C. h. t.* expressè dicat Zeno Imperator, se *ius tertium* constituere, quo contractus hic à *locatione* & *emptione* differat. Verum probabilius censeo, hunc contractum non minus, ac contractum *locationis*, cum quo multam affinitatem habet, *juris gentium* esse. Nec obstat, quod videatur naturam suam à constitutione Zenonis habere per *d. §. 3.* nam Zeno

contractum hunc non primus induxit quoad substantiam, sed aliunde jam suppositum, & à veteribus cum contractu *locationis*, & *emptionis* confusum determinavit, ut naturam ab utroque distinctam haberet. Contractum enim hunc multò ante tempora Zenonis invaluisse patet ex *Rubr. §. it. ff. si ager vectigal. id est, emphyteut.* olim enim contractus *vectigalis*, & *emphyteuticarius* pro eodem capiebantur, nec quisquam utebatur eo jure in *vectigal*, & *emphyteusim* concedendi præter municipia, & respublicas, quæ agros communes habebant, eosque plurimum steriles privatis cultoribus, ut frugiferos redderent, sub annuo quodam censu dabant, ut pluribus demonstrat *Forcatulus Necyomant. dialog. 19. num. 4.*

5. Dictum fuit ulterius in definitione: *Quo res immobilis aut ei equipollens colenda, & fruenda conceditur*, quibus particulis objectum partiale emphyteuseos panditur, quod sunt *res immobiles*, puta agri, prædia. *l. 1. ff. si ager vectigal. l. 2. C. de Jur. emphyteut.* Eaque non tantum rustica, sed etiam urbana *l. 15. §. 26. ff. de Damn. infect.* *Auth. si quas C. de SS. Eccles. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 128. cap. 1. in fin.* Dissentit *Donellus lib. 9. cap. 13. num. 10.* ab initio quidem prædia inculta & sterilia, hodie etiam fertilia *l. 1. 2. §. 3. C. de Jur. Emphyt. §. 3. Instit. de locat.*

6. Dictum fuit ulterius: *Cum onere certæ pensionis annuæ in recognitionem domini directi solvendæ.* Quo indicatur alterum Emphyteuseos partiale objectum, quod est pensio, seu (ut technicè loquamur) *annuus Canon*, qui Emphyteusim ab omni alio contractu differre

ferre facit, à *locatione* quidem, præter alias differentias, quod hic merces in compensationem fructuum, in *emphyteusi* verò, quod Canon persolvatur in recognitionem *dominii directi*. A *venditione*, quod in illa *dominium directum*, in hac verò *utile* duntaxat transferatur. Ab *usufructu*, quod is morte usufructuarii extinguatur; hæc plerumque etiam ad hæredes transeat, nec ille, sicut emphyteuta *dominium nanciscatur*. A *feudo*, quod ejus finis sit fidelitas Vasalli, illius melioratio fundi, ibi solum servitium personale, hic annua pensio realis præstari debeat. Non verò est necesse, ut annuus Canon in *pecunia numerata* consistat, sed potest in aliis quoque rebus consistere, ut vino, tritico, oleo, ovis, gallinis &c. §. 3. *Inst. de locat.* & l. 2. *C. de Jur. Emphyt.* ubi certæ solum pensionis, & reddituum mentio fit, qua non sola pecunia comprehenditur.

7 Dividitur Emphyteusis in *Ecclesiasticam*, & *Secularem*. Illa est, cujus *dominium directum* ad Ecclesiam, vel alium locum pium spectat. Hæc, cum *dominium directum* penes laicum est.

8 Dividitur II. in *novam*, & *veterem*. Nova est, quæ primum emphyteutam non transcendit. Vetus, quæ finito tempore primi pervenit ad secundum. Novus autem emphyteuta dicitur, qui sub prima concessione non comprehendebatur, ut, si alicui vendatur, doneatur, commutetur &c. modò debito, & licito. Quodsi eam ab alio emphyteuta consequitur, novus quidem emphyteuta erit, sed novam emphyteusim non acquirit, quia jam alteri fuerat concessa. Quodsi verò quis in prima concessione fuit comprehensus, ut si

data sit Petro, & ejus hæredibus, tunc mortuo Petro, si ad hæredem pervenit, nec emphyteusis, nec emphyteuta novus erit.

Dividitur III. in *hereditariam*, & *non hereditariam*. Hæc est, quæ non acquiritur successionis titulo, sed emptione v. g. donatione &c. Illa rursus subdividitur, ut alia sit *simpliciter hereditaria*, quæ ita conceditur, ut ad omnes hæredes, tam suos, quàm extraneos transeat; alia *hereditaria mixta*, quæ scilicet ad filios hæredes restringitur, quo casu non sufficit esse filium, aut descendantem, sed requiritur, ut actu sit hæres emphyteutæ, atque ita exhæredatus, aut repudians hereditatem in emphyteusi non succedit.

Huc etiam pertinet species emphyteusis, quæ vocatur ex *pacto* & *providentia*, ubi scilicet succedens necessario non est hæres, sed sufficit, ut sit ex descendantibus emphyteutæ, ut, si concedatur Petro, & descendantibus illius, vel indefinitè, vel ad certas generationes, quo casu descendens ex Petro, etsi hæres non sit, in emphyteusi succedet.

Quodsi emphyteusis concessa sit Petro, & filiis ejus, abstrahendo à consuetudine loci contraria, quo extantibus masculis feminae excluduntur, probabilius filiorum nomine etiam feminae comprehenduntur, tum quod feminae per *Nov. 7. emphyteuscos* incapaces non sunt, tum, quod ex æquitate, & benignitate juris, cui se contrahentes conformare consentur, etiam in contractu *stricti juris filiorum* nomen filias complectatur l. 116. ff. de V.S.

Dividitur IV. In *perpetuam*, & *temporalem*. Illa juxta primævam consti-

tutionem, quæ ideò fundus sterilis, & incultus in perpetuum fuit concessus *l. 1. ff. si ager vectig. Nov. 120. cap. 1. §. 2.* ut faciliùs idonei cultores reperirentur, & ad procurandas melioratio-

nes magis stimularentur, in perpetuum conceditur. Altera verò ad certum tempus, vel ad certas generationes indulgetur. *l. fin. ff. si ager vectig. Novell. 120. cap. 5. princ. §. cap. 6.*

§. II.

De Domino Emphyteuseos, & Emphyteuta, & utriusque obligatione.

SUMMARI A.

13. Quis Dominus Emphyteusis, & Emphyteuta dicatur? 14. 15. De constituente, & accipiente emphyteusin quid in Regula obtineat, exponitur. 16. 17. Utriusque obligationes enumerantur. 18. 19. Annuus Canon ob sterilitatem, & inde secutum notabile damnum emphyteuta regulariter non remittitur, nisi sit fructibus (ut in locatione fieri amat) commensuratus. 19. Quid de laudemio? 20. Si emphyteuta rem emphyteuticariam distrabere vult, emendi conditio domino offerenda est, cui jus protimyseos competit. 21. Actio emphyteuticaria datur utrique ad præstandum id, quod alter alteri debet.

13 **D**ominus Emphyteuseos, qui aliàs dominus directus salutatur, vulgò Grund-Herr, Zinns-Erb-Herr, est is, qui rem immobilem unacum dominio utili in alterum transfert, proprietate, & dominio directo penes se remanente. Emphyteuta, germanicè Zinns-Mann, Erb-Rechter, Erb-Bestander, dicitur ille, cui res colenda & utenda cum dominio utili conceditur.

14 Constituere emphyteusin possunt, quibus rei dominium plenum competit, & præterea disponendi, ac alienandi potestas jure impedita non est. Unde, cum pupilli de rebus suis liberè disponere nequeant, etiam eas in emphyteusin concedere non possunt, nisi tutoris autoritas, unà & decretum Magistratus cum causæ cognitione accedat *l. 3. §. 5. ff. de reb. eorum, qui sub tut. tt. C. de*

Præd. Min. sine Decret. non alien. Qualiter Prælatus res Ecclesiæ in emphyteusin dare possit, dictum est in tit. 13. hujus libri.

Emphyteusin accipere potest, qui 15 Juris alicujus acquirendi capax existit, seque contrahendo obligare potest, & quanquam emphyteusis etiam titulo lucrativo, & sine interventu pretii constitui possit, v. g. donando, legando &c. dummodo annuus Canon præstetur, tamen pupillis, & minoribus consultum non est, ut sine interventu, & consensu tutorum, & curatorum emphyteusin accipiant, idque ob varia pacta, & conditiones, quæ nonnunquam adjici solent. *Arg. l. 18. §. 2. C. de jur. delib. l. 32. ff. de A. vel A. P. Magnif. P. König h. t. num. 35.*

Obligatio domini emphyteuseos in 16 duobus præcipuè consistit I. ut emphy-

(X)

teu-

teutæ præstet rei emphyteuticæ possessionem, & dominium utile in eum transferat. §. 3. *Inst. de locat. l. 2. C. de Jur. Emphyt.* II. Damna dolo, vel culpa lata, & levi illata resarciat, id quod contingere potest, si rem vitiosam sciens tradidit. P. König *h. t. n. 40.*

17 Emphyteuta pluribus obligationibus oneratur, & quidem I. re in emphyteusin concessa arbitrio boni viri uti, eamque meliorare tenetur, nec impensas meliorandi causâ factas, finita emphyteusi, repetere potest, utpote quas ex natura contractus facere debuit. *Arg. l. 55. §. 1. §. 1. 6. ff. locat.* Aliiter, atque maritus in fundo dotali, usufructuarius in re fructuaria, locator in re locata, qui impensas factas repetunt. *l. 7. §. ult. ff. solut. Matrimon. l. 7. C. de usufruct. l. 15. §. ult. l. fin. ff. locat.* quia ad eas faciendas vi contractus non adstringuntur. Ex qua ratione cum Fachinzo *lib. 1. cap. 92. in fin.* admittimus, emphyteutam quoque illas impensas repetere posse, ad quas ex contractu non tenebatur, ut, si domos, horrea, aut stabula de novo ædificasset. Quomodo autem facienda sit æstimatio istorum melioramentorum, & qualiter emphyteuta interim emphyteusin retinere possit, dum sibi impensæ solvantur, nec fructus perceptos deducere teneatur, discutit Haunold. *tract. 9. cap. 4. contr. 14. num. 569. §. seqq.* Huc etiam reducitur obligatio solvendi tributa, & collectas aliásque pensationes publicas, quæ Reipublicæ, vel fisco quotannis præstantur. *l. 2. C. b. t.* quia æquum est, ut emphyteuta, quia omnia emolumenta & prædii commoda percipit, onera hæc ordinaria quoque ferat. De Praxi Austriæ dominus

directus collectas, & tributa Provincialia solvit, quæ tamen rursus ab emphyteuta eidem repetere licet. Clariss. D. D. Finsterwalder *Pract. Observ. lib. 2. Observ. 40. num. 5. §. 6.* An autem emphyteuta ad extraordinaria onera, à Principe imposita, & à contrahentibus nec prævisa, nec in contractum deducta, teneatur. Vide Molinam *disput. 456.* in favorem emphyteutæ respondentem.

II. Obligatur emphyteuta ad annum *Canonem* vulgò *Stifts-Grunds Dienst, jährliche Geld.* solvendum *l. 2. C. b. t. §. 3. Inst. locat.* & quidem communiter in fine anni, nisi aliter conventum, aut consuetudine receptum sit. Qui tamen ob supervenientem sterilitatem non remittitur, quia plerumque in quantitate modica consistit, & insuper non in compensationem fructuum, sed in recognitionem domini *directi* penditur. *l. 2. §. 3. C. de Jur. Emphyt.* quod etiam ex eo elucescit, quod si juxta primævam contractus hujus naturam res planè inculta & sterilis in emphyteusin daretur, ubi primis annis ille aut nullos, aut exiguos fructus perciperet, nihilominus constitutum Canonem solvere teneretur: ergo idem dicendum, si ex post uno alterove anno nullos fructus percipere possit.

An vero idem dicendum sit, si iuxta, ac fructibus annuis commensurata pensio solvenda sit, & sterilitas magna, seu damnum notabile contingat, disputatur. Practica, & benignior sententia cum Gail. *l. 2. Observ. 23. num. 2.* sustinet, in tali casu sicut in locatione, remissionem esse faciendam, eò quod non tantum in recognitionem domini *directi*, sed etiam pro usu rei tam ampla pensio præsumatur fuisse constitu-

ta. At contrarium verius est in theoria, quia *l. 1. C. h. t.* expressè dicit, tota rei substantia non pereunte, ad emphyteuta pertinere damnum; sed propter sterilitatem tota rei substantia non perit: ergo, & hanc theoreticam etiam consuetudo Austriæ firmat. Vid. Fachin. *lib. controuv. 89.* Zoëf. ad *ff. locat. n. 88.* D.D. Finsterwalder *cit. lib. observ. 43. num. 5. & 6.*

19 III. Obligatur emphyteuta ad solvendum *laudemium* vulgò *die Anlait, Anoder Zufall.* Quod de Jure Civili est quinquagesima pars pretii, quo res tempore alienationis quoad percipiendas utilitates valuit. *l. 3. C. h. t.* quod jus moribus immutatum ac *laudemium* 5. pro 100. in plerisque locis auctum esse testatur Stryck. ad *tit. ff. si ager veftigal. §. 12.* Hoc *laudemium* tamen emphyteuta prius solvere non tenetur, quam renovatio, & nova investitura à domino directo facta sit, quia ob laborem renovationis, ac novæ investituræ dari solet. Struv. in *decis. Sabbath. decis. 31.* Berlich. *part. 1. Conclus. 47.* Creditor tamen *Cessionarius* *laudemium* quoad emphyteutica non præstat, quia emphyteutæ adhuc viventis nomine frui, nec persona mutata esse censetur D.D. Fleckh in *Biblioth. jur. lib. 5. tit. 79. num. 6.*

20 IV. Si emphyteuta rem emphyteuticariam vult distrahere, tenetur prærogativam emendi domino offerre, hoc est, pretium sibi ab alio emptore oblatum, prius domino denuntiare, si forte ipse idem pretium numerare, & emphyteusum in se recipere velit. Quod si eodem pretio se nolle renuntiaverit, aut à tempore denuntiationis duo menses effluxerint, tunc venditor emphyteuta...

poterit alteri emptori jus suum addicere *cap. ult. de locat. l. 3. C. h. t.* secus denuntiatione omissa, aut facta quidem, sed non expectato termino bimestri re nihilominus alienata, jure suo cadit, nisi speciali conventionem hæc ei facultas data foret, aut emphyteusis concessa pro se, & aliis, quibus ipse dederit, hoc quippe casu consensus domini non requiritur, ut scilicet clausula illa ultra jus commune aliquid operetur. *Arg. cap. 10. de Privileg. in 6. l. 4. princ. ff. de usur.* Interim attendendum erit emphyteutæ, ne ista alienatio in personas emere prohibitas, aut, unde domini directi conditio durior effici possit, fiat. *cap. ult. de locat.* tales personæ censentur esse potentes, exemptæ, aut aliàs specialiter privilegiatæ, ut sunt Ecclesiæ, quæ nunquam moriuntur, & ideo dominus spem reversionis non haberet, ne quid dicam, quod illis alia quoque privilegia competant, uti *competentia fori, restitutio in integrum* &c. item pauperes, aut in rebus propriis negligentes, ut colligitur ex *l. fin. C. h. t.* ibi: *Et idoneas ad solvendum Canonem.* Præterea & hoc notandum est, quod obligatio denuntiandi emphyteutam non stringit, quando rem alteri donare vult, quia in *d. l. 3.* tantum prohibetur *venditio* facta scilicet mentione pretii, quod solius venditionis proprium est unde etiam verbum *transferre* ibi strictè pro *vendere*, uti pariter verbum *alienare* sumendum est. *§. 3. Inst. h. t.* Ratio autem, cur *donare*, non etiam *vendere*, inconsulto domino, emphyteutæ integrum sit, ista redditur, quod non tam facile quisque donare soleat, sicut vendere, & ideo, tametsi mulier prohibeatur *fidejuberè*, donare tamen potest. *l. 4.*

in fin. ff. ad SCtum Vellej. Putat tamen P. Haunold. d. tract. cap. 4. Controv. 10. num. 548. hoc casu dominum, antequam res donata tradatur, monendum esse, ut cognoscere possit, an novus emphyteuta idoneus sit, nec ne.

21 Denique, ut obligationi suæ uterque satisfaciatur, prodita est actio *emphyteuticaria*, & hæc utrinque *directa*. Estque hæc actio *personalis*, & datur inter

contrahentes, & eorum hæredes, si ex *contractu* agatur, *realis* verò, si ex *emphyteusi*, prout spectatur ut *jus in re*, sive ut ex *dominio utili* fluit, & tunc datur *emphyteutæ*, ejusque hæredibus contra quemcunque possessorem ad rem vindicandam. Clariss. P. Böckhn ad tit. de locat. num. 92. & D. D. Peregrini ad tit. Inst. de locat. n. 13.

§. III.

Quibus modis Emphyteusis solvatur?

SUMMARI A.

22. Emphyteusis solvitur vel ex causis communibus, vel ex causis singularibus, quarum illæ singillatim recensentur. 23. Causa singulares resolutionis sunt duæ, si scilicet emphyteuta intra tempus constitutum Canonem non solvat, aut rem inconsulto domino alienet. 24. Canonem per partes solvere non licet. 25. 26. 27. Id quod trinam limitationem patitur. 28. An, si dominus Canonem infra triennium non solum ab emphyteuta ex post recipiat, pœnam caducitatis remississe censeatur? Certa prius ab incertis separantur. 29. Affirmantium. 30. Negantium (que etiam nostra est Sententia) fundamenta referuntur. 31. Respondetur ad contraria. 32. An dominus propria auctoritate emphyteutam in caducitatis pœnam expellere possit, num verò opus sit sententia judicis declaratoria? 33. Nos Sententiam requirimus. 34. Negantium Argumenta evertimus. 35. Emphyteuta à die caducitatis incurse fructus perceptos suos facit. 36. 37. AA. Argumenta referuntur, & refelluntur. 38. Emphyteusi ad plures hæredes delapsa, & uno hæredum in solutione cessante emphyteusis quoad reliquos hæredes non sit caduea. 39. Solvitur AA. Argumentum. 40. Dominus inconsulto emphyteuta rem emphyteuticariam alienare potest.

22 **E**mphyteusis solvitur vel ex causis communibus, vel ex singularibus. Inter illas est consolidatio, quando scilicet dominium *utile* ad dominum redit, & sic cum dominio *directo* consolidatur; idque fieri potest multipliciter. I. morte emphyteutæ naturali, vel civili arg. §. 3. l. de usufr. §. l. 25. ff. de

usufr. modo tamen ex ejus generatione nemo superfit; qui vi hujus contractus in emphyteusi succedere possit. II. lapso tempore, ad quod emphyteusis fuit constituta. arg. l. ult. ff. si ager veſtig. III. extinctis omnibus generationibus, aut personis, quibus fuerat concessa. IV. totali rei interitu, ac mutatione

§. 3. l. de locat. quia emphyteusis est jus in re, qua subinde sublata jus ipsum tolli necesse est. princ. l. de usufr. partialis rei interitus ipsam emphyteusin interire non facit, cit. §. 3. l. de locat. §. l. i. C. h. t. V. notabili, & insanabili, dolove, aut culpa facta deterioratione rei. auth. qui rem C. de SS. Eccles. Novell. 120. cap. 8. ubi tamen ad evitandam caducitatem emphyteutæ facultatem concedimus ante sententiam judicis (quam ad pœnam caducitatis incurrendam requirimus) damnum reparandi. arg. l. 1. §. 2. C. Quando ab empt. l. 15. l. 19. C. locat.

23 Causæ singulares, ex quibus emphyteusis resolvitur, sunt duæ, scilicet ob non solutum canonem, & ob alienationem in scio domino factam. Quod primum attinet, distinctio adhibenda est inter emphyteusin Ecclesiasticam, & sæcularem, ita, ut, si pro illa canon intra biennium non fuerit solutus, emphyteusis caduca fiat; in ista verò, si per triennium à solutione canonis cessaverit. cap. fin. de locat. l. 2. C. h. tit. & ratio est, quod emphyteuta per tantum temporis non solvendo canonem, videatur dominum contemnere, ideòque rectè punitur privatione sui juris. arg. tit. 24. V. denique feud. 2. Ratio verò, cur in emphyteusi Ecclesiastica biennium tantum, in sæculari verò prolixius tempus, scilicet triennium constitutum sit, ista communiter redditur, quod ibi lapso biennio moram adhuc purgare, & celeri satisfactione (id quod arbitrio judicis determinandum relinquatur, Panormit. ad cit. cap. 3. de locat. num. 12.) sive oblatione canonis nondum soluti sibi consulere possit, per expressum textum in cit. cap. 3. non item

sæculari, ubi locò purgationis moræ triennium constitutum est. Accedit etiam favor Ecclesiarum, ut rebus earum tanto magis consulatur. Zoëf. ff. ad tit. locat. num. 76.

Pœnam caducitatis non evadit emphyteuta, si canonem pro parte solvit, quia dominus partialem solutionem recipere non tenetur. l. 3. C. de locat. cum multa incommoda habeat partialis solutio l. 3. ff. famil. ercisc. & qui tenetur ad aliquid præstandum sub pœna, in pœnam incidit, nisi totum præstet. l. 85. §. 6. ff. de V. O. unde, qui canonem non solvit, cum pro sua parte contractum non adimpleat, frustra eum petit à domino adimpleri. l. 54. §. 1. ff. locat. & quia emphyteuta canonem non solvens pœnam meretur, ideo vel totum jus suum amittet, vel partem? non partem, quia tunc cogeretur rem cum domino habere comunem: ergò totum.

Hic tamen rigor ita attemperandus videtur, ut non procedat, si pensio non integra solvatur propter paupertatem, errorem, aut ignorantiam facti, fortè quod nesciverit, rem esse emphyteuticam, in quo omnes fere conveniunt. Hunnius verò vol. 1. disput. 29. q. 55. cum aliis hoc etiam extendit ad ignorantiam juris per l. 8. ff. de J. §. F. J. ubi dicitur, in damnis amittendæ rei suæ nec errorem juris nocere.

Alteram addit limitationem Fachin. 26 lib. 1. cap. 96. si emphyteuta per triennium non quidem solvit totum canonem, sed tamen tantum etiam per partiales solutiones, quantum, si colligatur, unius anni debitam quantitatem saltem proximè adæquet, quia de minimis non curat Prætor l. 4. ff. de in integr. restitut. nam talis solutio cedere

debet in duriolem causam, id est, quatenus magis debitori conducit. *l. 1. §. 85. ff. §. l. 1. C. de solut.* Ponamus enim, quod annuus Canon solvendus extendatur ad 10. jam, si singulis annis 5. solverit, utique intra triennium plus solvit, quam tenebatur uno anno: si igitur ob solutos 10. uno anno, non potest privari, etiamsi duobus sequentibus annis nihil solvat, certè æquum non est, ut qui intra tres annos eodem 10. aut 15. solvisset, emphyteusi privaretur. *arg. cap. 9. de Pæn. secus, si istæ partiales solutiones non adæquent etiam 2. v.g. tertias unius annuæ pensionis, adeoque notabilis pars deficeret, & tunc procedunt supra allegata jura.*

27 Accedit tertia limitatio, si emphyteuta reipsa obtulit Canonem loco & tempore congruo, dominus verò non acceptaverit: aut si triennio v. g. hæreditas, mortuo domino, vacet, pœnam caducitatis ex æquitate non incurret, ut notat Gloss. in *l. 2. C. h. t.* tutius tamen erit tali casu pensionem oblatam, aut offerendam obsignare, & deponere juxta formam in *l. 2. C. h. t.* præscriptam. Plurimæ circa materiam hujus contractus moventur lites, & controversiæ, nos magis practicas seligimus, & decidimus.

28 Controvertitur I. An, si dominus post triennium elapsum ab emphyteuta Canonem totius triennii recipiat, pœnam caducitatis per hoc remississe censetur? ubi DD. conveniunt: I. Quod in emphyteusi Ecclesiastica possit expelli emphyteuta, & simul pensiones præteritæ exigi per *Nov. 120. cap. 8. §. Auth. qui rem C. de Eccles.* Conveniunt II. Si dominus sciens emphyteu-

tam privatum jure suo cecidisse, Canonem futuri temporis recipiat, per hoc caducitatis pœnam remississe meritò videri, quia injuria dissimulatione aboletur *§. ult. §. de Injur.* Nec juvat protestatio, saluum sibi esse jus caducitatis, utpote quæ factò contraria nil relevat *l. 1. §. 1. ff. si usufr. petat.* secus si ignoret, quia nemo juri suo renunciare præsumitur, quod sibi competere ignorat. *l. 8. ff. de Hered. petit.* Conveniunt III. si postquam emphyteuta in commissum incidit, procurator domini sine mandato speciali Canonem recipiat, non remitti pœnam caducitatis, quia jus domino quæsitum procurator sine speciali mandato remittere non potest.

Difficultas subinde in eo hæret, si 29 dominus receperit Canonem temporis præteriti, & agatur de emphyteusi privata, supposita etiam scientia caducitatis, an per hoc pœna commissi censetur remissa? Affirmat Fachinæus, Clarus cum aliis, & probant I. ex *l. 10. §. 1. ff. de Pact.* ubi, si quis duplici via uti potest, æquum dicitur, remissam esse alteram; atqui dominus duplici via contra emphyteutam uti potest, eum vel expellendo, vel Canonem exigendo: ergo, si maluerit Canonem exigere, æquum est, ut pœnam caducitatis acceptam ferat. II. Probatur ex *l. 7. ff. de lege commiss.* ubi, si fundus venditus sit ea lege, ut, si emptor ad certum dum non solverit, sit inemptus, & ad venditorem redeat, venditor autem, pretio ad diem non soluto, illud postea accipiat, vel etiam petat, legi commissoria renuntiâsse videtur: ergo idem in casu nostro dicendum.

Nos hoc jus alterativum non agno- 30 sci-

scimus, sed domino pensione etiam recepta integrum esse, contendimus, emphyteutam expellere, & hujus Sententia sunt Donellus, Cujacius, Harprecht, Molina, Haunoldus, & alii. Ratio nostrae Assertionis est, quod, pensione per triennium non soluta, duo conjunctim domino deferuntur, pensio scilicet triennii pro usu temporis praeteriti, & jus expellendi ob cessationem solutionis; unde uno admissio, non censendus est, alterum dimisisse, praesertim, quod talis receptio Canonis non sit restauratio emphyteutae quia non est recognitio emphyteutae de praesenti, vel pro futuro, sed de praeterito.

Confirmatur hoc I. ex *Novell. 120.* cujus ratio aequae militat in emphyteusi saeculari, ac Ecclesiastica, nec alia in legibus inter eas reperitur differentia, nisi quoad *biennium*, & *triennium* juxta dicta. Confirmatur II. quia alias sequeretur, quod etiam locator finito locationis tempore pensionem a colono recipiens, rem suam repetere non possit, sed censeatur contractum restaurasse, quod aperte falsum est.

31 Unde ad opposita respondemus, & quidem ad *l. 10. §. 1. ff. de Pact.* quod tantum procedat, quando quis duplex jus habet *disjunctivè*, non autem *copulativè*, ut hic: quod autem hoc jus domino *copulativè* competat, praeter adducta etiam inde evincitur, quod ipsimet AA. non diffiteantur, si dominus recipiendo Canonem, apponat protestationem, se nolle, per hoc remittere poenam caducitatis, tam Canon exigi, quam privatio emphyteutis intentari possit: ergo fatentur utrumque jus conjunctim domino competere, idque per protestationem salvari. Ad II. ra-

tionem negatur paritas inter venditionem, & emphyteusin: ibi enim praestatur pretium non tam pro re in praeteritum, sed etiam in futurum habenda; hic tantum pro usu rei praeterito, ut proinde absurdum sit dicere, eum, qui pensionem praeteriti temporis debitam recepit, rei suae in futurum renunciasse, pro qua nihil adhuc accepit. Unde hic sibi dominus non praedjudicat, pensionem praeteriti temporis exigendo, & jure commissi in futurum ob non solutam pensionem utendo, secus ac venditor, qui accipiendo, vel petendo pretium, venditionem ratam habet, utendo vero *lege commissoria* eam rursus impugnat.

Controvertitur II. An, si dominus, 32 postquam emphyteuta per triennium cessavit in solvendo Canone, declaravit, se velle exercere jus caducitatis, possit autoritate propria emphyteutam expellere, num vero sententia judicis declaratoria opus sit? Panormit. ad *cap. ult. h. t. num. 13.* Mynsinger *centur. 3. observ. 65.* nullam hic desiderant judicis sententiam. Ratio illorum est I. quod *l. 2. C. h. t.* absolute dicat, licere domino emphyteutam expellere. Accedit, quod de *locatore* hoc constitutum sit in *l. 3. C. de Locat.* ut, pensione non soluta, conductorem, non expectata judicis sententia, expellere possit. Ratio II. quia dominus rem emphyteuticam *civiliter* possidere dicitur; sed is, qui *civilem* possessionem habet, autoritate propria ingredi potest *naturalem*, ab alio occupatam: ergo.

Sed contrarium verius, quod abs- 33 que praecedente sententia judicis declaratoria dominus emphyteutam expellere

lere nequeat. Ratio est, quod nemo propria autoritate sibimet jus dicere valeat. *ff. C. ne quis in sua caus.* Probatum etiam à pari ex *l. 3. C. de Pignor.* ubi dicitur, quod creditores, qui, non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionē, exercent, vim quidem facere non videantur, attamen autoritate præsidis possessionem adipisci debeant: quod si igitur hoc creditoribus vetitum est, quibus tamen ex lege conventionis potestas facta est, etiam domino id concessum non erit, utut potestatem expellendi ex lege conventionis habeat.

34 Ad I. rationem oppositam respondetur, quod, tametsi *l. 2. C. h. t.* sententiam iudicis expressè non requirat, illam tamen supponat, quia emphyteuta, tametsi emphyteusis ipso jure fuerit amissa, in naturali tamen possessione adhuc manet, possessione autem naturali etiam ne prædo quidem propria autoritate privandus est. *l. ult. ff. de A. vel A. P. l. 3. C. de Pignor.* Accedit ulterior ratio, quod quandoque justæ causæ subesse possunt, cur Canon non fuerit solutus, ut ita causæ cognitione, & iudicis sententia opus sit. *Fachin. lib. 1. cap. 94. D. Fleckh c. t. num. 56.* Ad alteram rationem respondetur, illud argumentum procedere contra eum, qui naturalem possessionem injustè occupavit, & dominus, sive possessor civilis in continenti ingreditur, emphyteuta autem initium suæ possessionis justum habet. Plura argumenta iu utramque partem congerit Clarissim. D. D. Wolfgangus Senutti *Tract. de Caducit. existent. part. 3. sect. 2. Quest. 3.*

Controvertitur III. An fructus ex re emphyteuticaria à die caducitatis, sive post triennium elapsum, incurse mox spectent ad dominum, vel apud emphyteutam maneat? Nos emphyteuta favemus ex sequentibus motivis, I. quod emphyteuta, antequam se dominus declaraverit, adhuc maneat dominus; ergò ipsius erunt fructus ante declarationem domini ex re emphyteutica percepti, nam illius sunt fructus, qui rei, ex qua nascuntur, est dominus. *l. 35. §. 1. ff. de R. V.* II. Privatio emphyteuseos est *conditionalis*, dependet enim ab hac conditione: *Si dominus voluerit. l. 3. C. h. t.* Atque ante conditionis eventum nulla dispositio habet effectum *l. 41. ff. de Condit. & Demonstr. l. 8. ff. si quis omiff. caus. testam. l. 213. ff. de V. S.* ergò: III. Mora sua cuilibet est nociva *cap. 25. de R. J. in 6.* sed dominus directus emphyteusin, quæ caducam, non statim repetens, est in mora, utpote, qui posset rem cum fructibus repetere, & non repetit: ergò, si intera patiat emphyteutam fructus percipere, sibi præjudicat, nec potest dici, emphyteutam contra jus domini facere, quia scienti, & non contradicenti non fit injuria. Et hanc sententiam tuentur Trentacinquar. *resolut. lib. 3. resp. 4. num. 6.* Clariss. D. D. Senutti *cit. Tract. sect. 2. Q. 4.*

Qui domino directo patrocinantur, adducunt I. *l. 5. C. de Usufruct.* ubi decisum est, quod usufructuarius à die finiti usufructus fructus restituere debeat: ergò idem de emphyteuta dicendum in nostro casu. II. Emphyteuta à die, quo cessat Canonem solvere, fit *male fidei* possessor, quia scit, & scire de-

debet, se cecidisse jure suo: ergò tanquam *male fidei* possessor fructus suos tacere nequit. *l. 5. l. 17. C. de R. V. l. 17. §. 1. ff. eod. l. 19. in fin. princ. ff. de Usur.*
 III. Conditio, si dominus voluerit, postquam existit, retrahitur ad tempus incurse caducitatis *l. 78. ff. de V. O.* maxime cum in favorem domini adjecta sit: ergò fructus interim perceptos emphyteuta tenetur restituere, & ita sentit cum Jafone, speculatore, Petro Barbosa, & aliis Gallus *de Fructib. disp. 26. art. 25. num. 21.*

37 Verum his oppositionibus nullo negotio satisfieri posse credimus, & ad *l.* quidem reddendo disparitatem inter usumfructum, & emphyteusim, dum in illo consolidatio ejusdem cum proprietate non manet in suspenso, aut dependens à voluntate proprietarii; bene verò in emphyteufi. Ad II. negamus, emphyteutam fieri *male fidei* possessorem; quia fecit, sibi ante declarationem domini *directi* dominium *utile* nondum esse ademptum, consequenter tanquam bonæ fidei possessor fructus suos facit. Ad III. reponimus, quod conditione existente negotium retrò purè initum censeatur, fictionem juris esse, quæ in pœnalibus locum non habet. *Arg. l. 18. ff. ex quib. caus. major.*

38 Controvertitur IV. An, si defuncto primo emphyteuta res emphyteuticaria ad plures hæredes pervenerit, & ex illis unus *Canonem*, aut partem ejus non solverit, ceteris solventibus, nihilominus tota emphyteufis committatur? Respond. cum Fachinæo *lib. 1. cap. 97.* Mynsingero *Cent. 3. Observ. 66.* & laudato D. D. Senutti. *cit. Sect. Quest. 6. num. 61.* emphyteusim non fieri caducam respectu aliorum hæredum, sed

tantum respectu illius, qui *Canonem* non solvit. Rationem hanc reddo, quod solutio videatur *dividua*, & obligatio solvendi *Canonem* dividatur inter hæredes pro portionibus juxta *l. 85. §. 1. ff. de V. O.* ideò non convenit, ut, dum unus hæredum in solutione cessat, reliqui, qui conventionis legi satisfecerunt, illius odio prægraventur, præsertim, cum hæredes defuncti emphyteutæ non accipiant emphyteusim à defuncto, sed à primo concedente (nisi pater adhuc vivens in commissum incidisset, tunc enim nullos in emphyteufi censeretur habere hæredes, sed ea cum proprietate consolidabitur, qui eam & defuncto, & hæredibus concessit: ergò non accipiunt *formaliter* ut hæredes & ex persona defuncti, seu ut representantes defunctum, sed potius tanquam personæ à *proprietario* nominatæ, & fiunt plures emphyteutæ: ergò, sicut si ab initio fuissent plures ejusdem prædii emphyteutæ, uno non solvente, ille solus caderet in commissum, ita & in præsentī hypothesi.

Unde facilè respondetur ad fundamentum AA. quod in eo collocant, quod hæredes representent defunctum, & eodem jure, quo defunctus, utantur: cum ergo defunctus obligatus fuerit, totam pensionem solvere, hæc obligatio facta hæredum mutari nequit. *l. 2. §. ex his ff. de V. O.* dicimus igitur obligationem defuncti non mutari ex persona hæredum, in quantum sunt hæredes, sed prout sunt personæ à proprietario ad emphyteusim defuncti priori jam denominatæ. Quod confirmamus ex *l. 8. §. 1. ff. de Publican. & vectigal.* ubi, si unus ex pluribus hæredibus rei communis vectigal non sol-

verit, non propterea tota res incidit in commissum, sed sola portio non solvens.

40 His Controversiis subjungimus illam quæstionem: An, sicut emphyteuta non potest inconsulto domino emphyteusin vendere, ita quoque dominus invito emphyteuta dominium directum alienare nequeat? Responde-

mus, hanc obligationem non esse recipiam. Ratio diversitatis est, quod emphyteuta tanti non interfit, cui solvat, quanti proprietarii, quem sibi obligatum habeat. Zoëf. ad tit. locat. num. 59. Hartmannus Pistor. part. 1. quest. 22. n. 17. & de praxi Austriae testatur D.D. Finsterwalder cit. lib. 2. Observ. 46. num. 2.

TITULUS XIX.

De Rerum Permutatione.

CUM de Contractibus onerosis agere instituerimus, permutatio nobis prætereunda non est, quippe cui inter illos merito primus locus defertur, quoniam antiquissimis temporibus ante inventam pecuniam commercia per illam solam exercebantur, ut ex Tacito probat Puffendorff. de J. N. & G. lib. 5. cap. 5. num. 1. & constat ex §. 3. Inst. de Empt. subjungimus autem hunc Contractum ideò contractui locationis conductionis, quod is non minorem cum emptione venditione affinitatem habeat, quam locatio, & conductionis, ita, ut inter veteres Juris-Consultos dubitatum fuerit, idemne esset Permutatio, quod emptio venditio cit. §. 3. Inst. de Empt. & Vend. eique vicina dicatur in l. 2. ff. h. t. l. 2. C. eod.

§. I.

Quid sit Permutatio? Et quis permutare possit?

SUMMARI A.

1. Permutatio describitur.
2. 3. 4. Data definitionis particule exponuntur.
5. Permutatio in multis convenit cum emptione venditione.
6. Et itidem in multis differt.
7. Putant aliqui Permutationem differre, & esse alium à Contractu innominato do, ut des.
8. Sed melius alii sentiunt, qui nullum discrimen admittunt.
9. Quinam permutare possint?

Per-