



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. I. Contractus Emphyteuticarii natura, origio, § varietas describitur.

[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 vendit, 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 *Εμψυτεω* derivata, quod idem est latinis, ac *insero*, substantivè *insitio*, vel *implantatio*, germanicè *ein Erb-Recht, Erb-Sinnß-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, quo res 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 præxi 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 *paſſionibus 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 ampliùs 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.* expresse dicat Zeno Imperator, se *ius tertium* constituere, quo contractus hic à *locatione* & *emptione* differat. Verum probabiliùs 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 certe pensionis annue in recognitionem domini directi solvenda.* 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, & Sæcularem*. 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 fœminæ excluduntur, probabilius filiorum nomine etiam fœminæ comprehenduntur, tum quod fœminæ per *Nov. 7. emphyteuscos* incapaces non sunt, tum, quod ex æquitate, & benignitate juris, cui se contrahentes conformare censentur, 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 veſtig. 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 veſtig. 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, Zinnß-Erb-Herr, est is, qui rem immobilem unacum dominio utili in alterum transfert, proprietate, & dominio directo penes se remanente. Emphyteuta, germanicè Zinnß-Mann, Erb-Rechter, Erb-Bestander, dicitur ille, cui res colenda & utenda cum dominio utili conceditur.

14 Constituire 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-