



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. III. Quibus modis Emphyteusis solvatur?

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

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 quemcumque 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 caduca.* 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

usur. 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 durioſam 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. ſoluerit, utique intra triennium plus ſolvit, quàm 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 reiſa 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, ſalvum 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 quaerſtum 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 *l. ex l. 10. §. 1. ff. de Pat.* 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. b. 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 sibi met jus dicere valeat. *ff. C. ne quis in sua caus.* Probatur 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.* Atqui 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 I. 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-