



**R. P. Ferdinandi De Castro Palao, Legionensis Soc. Iesv,
Sacrae Theologiae Professoris, Et sanctae Inquisitionis
Qualificatoris & Consultoris; Operis Moralis, De Virtutibus,
Et Vitiis Contrariis, In ...**

De Iustitia Et Iure, Continens Tractatus De Prudentia, Fortitudine, &
temperantia, de Ieiunio, & Iustitia generaliter sumpta, de Iustitia
commutativa, nempe de Pactis, & Contractibus in genere, de Promissione,
& Donatione liberali, de Commodato, & Deposito, de Mutuo, & Vjura, de
Emptione, & ...

**Castro Palao, Fernando de
Lugduni, 1669**

Disputatio X. De emphyteusi, & feudo.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-76677](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-76677)

est. Caput vero nuper solum dicit Ecclesiam teneri. dotes viduarum protegere. Ex quibus verbis inferri contraria sententia posse directè de dotebus viduarum iudicari; maximè cum vidua inter personas miserabiles computetur; quæ iudicium Ecclesiasticum causa pietatis videntur adire posse. Sed est illatio infirmata; satis enim Ecclesia dotes viduarum protegit, si negligentibus iudicibus & secularibus causam assumit, illoque ad suum munus exequendum distractione Ecclesiastica cogit. Quod vero sit persona miserabilis nihil refert, cum has nullo iure ob hanc præcisam causam cauetur à Iudice Ecclesiastico esse iudicandas, sicuti tradunt Guecieri, Gomez, Fachin, loc. cit. Caput autem ex litteris de pignoris solum intendit dotem mulieris saluam esse debere; cum mariti bona publicantur.

§. VI.

An permittatur appellatio à sententia in causa dotis?

- 1 Placet quibusdam appellationem in causa dotis non operari effectum suspensiuum, sed deuolutiuum tantum.
- 2 Appellatio in dicta causa vtrumque effectum operatur, & respondetur rationi contrariæ.

EXigi dos potest tum constante matrimonio, tum illo dissoluto. Constante matrimonio exigere dotem solet maritus ab eius vxore, iocero, seu ab aliis qui sibi promiserunt. Dissoluto matrimonio vxor, vel eius hæredes exigunt dotem à marito seu eius hæredibus. Quocumque modo dos exigatur, existit mar Bald. Nouell. tract. de dote § par. 7. specul. & 2. p. quæst. 23, quem sequitur Palacios Rabios in rep. cap. per vestras de donat. inter vir. & vxor. fol. 46. vers. aduerte. non esse locum appellationi quæ sententiæ executionem suspendat, bene tamen vt eius iustitia examinetur, et si repenitur minus aucta reuocetur. Fundamentum est, quia dos conceditur marito, vt ex illo familiam alat, vxori vero dissoluto matrimonio vt se sustentet. At comparatione alimentorum locus non est appellationi quæ executionem suspendat, quia hæc dilationem nullatenus permittunt iuxta leg. fin. ff. de appellationib. recipiend. & tradit ibi Dynnis, Bart. & alij. idem Bart. in leg. Mala. ff. de aliment. & cibariis legat. Speculator in tr. de appellationib. §. in quibus. vers. octauo. Ergo neque admitenda est dilatio comparatione dotis.

Nihilominus placet sententia Anton. Gomez d. leg. 53. tauri num. 54. afferentis appellationem executionis sententiæ suspensiuam admittendam esse in causa dotis, siue fuerit lata sententia constante matrimonio in fauorem mariti, siue illo dissoluto in fauorem vxoris. Sicut colligitur leg. fin. Cod. de sentent. que sine certa quantitate. Fundamentum est, quia appellatio eam vim habet vt executionem sententiæ suspendat iuxta regulam iuris; pendente appellatione nihil est innovandum, quia regula dotis causa non inuenitur excepta. Neque obest in causa alimentorum non dari appellationem, nam præterquam quod id incertum est cum alimenta dubium habent, non inde inferatur in causa dotis denegandam esse, cum dos sæpè concedatur marito vel vxori alias habentibus, vnde sustentari possunt.



DISPUTATIO X.

De emphyteusi, & feudo.

Societatis tractari merito succedit Emphyteusis, & feudum, cum in eis aliqua societatis similitudo reperitur vnus enim habet dominium directum, alter vile.

PUNCTVM I.

Vnde dicatur emphyteusis, quid sit, & qualiter ab aliis contractibus differat?

- 1 Vnde dicatur emphyteusis?
- 2 Eius definitio.
- 3 Explicatur.
- 4 Qualiter emphyteusis à locatione, censu, & feudo differat?



OMNINIS sententia testatur emphyteusim dici ab eo quod olim terræ incullæ, & fructum ferre non solite alicui sub onere pensionis concedebantur, vt media eius plantatione, & cultura fugiterent fierent, ideo emphyteusim Rer. de Castro, lib. 2. l. 1. Pars II.

plantio, seu initio appellabatur. Consuetudo tamen iam obtinuit, vt quælibet siue culta, siue inculta in emphyteusim donentur, eæa enim §. perpetua 10. quæst. 1. & Authent. perpetui Cod. de Sacrosanct. Eccles. eo tamen sine vt meliores, & viliores reddantur. Vt latius tradit Accurf. in Authent. de non alienand. §. siue autem verbo emphyteusis. & §. adeo verbo emphyteusis, in str. de locat. quem ferè omnes Doctores sequuntur.

Hinc finitur emphyteusis, contractus quo alicui conceditur rei immobilis vt domus, agri, vineæ &c. dominium vile sub aliqua pensione soluenda in recognitionem domini directi apud concedentem perferentis, colligitur ex leg. 1. Cod. de iure emphyteut. & ibi Iason. n. 48. Bart. leg. 1. §. 1. ff. de publiciana. Ant. Gom. leg. 68. Tauri n. 2. consuevit lex regia 28. tit. 8. par. 5. & ibi Greg. Lopez.

Dixi contractum, quia vt colligitur ex leg. 1. Cod. de iure emphyteut. & ex §. adeo in str. de locat. est contractus nominatus, & stricti iuris: celebratur enim inter duos sub obligatione vtriusque. Nam concedens emphyteusim obligatur, ne absque causa renouet concessum. Emphyteuta vero obligatur pensionem designatam suo tempore solvere. Concessio debet esse rei immobilis, iuxta leg. 2. Cod. de iure emphyteut. ibi de prædijs emphyteuticis repellere, & §. adeo in str. de locat. ibi de prædijs que perpetuo quibusdam fruenda traduntur. Nam mobilia non dantur in emphyteusim vpotè à quibus vix dominium directum ab vtili distinguitur, neque cultora meliores reddi possunt. Designatur in hoc contractu pensio suo tempore soluenda, non quidem in compensationem fructuum ex re emphyteutica percipiendorum, sed in signum, & recognitionem domini directi. Ob quam causam pensio frequenter modica est, neq; fructibus adæquat, tametsi non ex eo quod modica non sit, sed fructibus æqualis, perdit emphyteusis suam conditionem. Vt latè probat Aluar. Valac. de iure emphyteutis. q. 1. num. 8. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 105. num. 6. & de arbitrar. casu. 54. numero 4. & colligitur ex §. quia vero leuis in Authent. de non alienand. rebus Ecclesiasticis. d. §. adeo in str. de locat. Illis verbis de prædijs que perpetuo. Sed iam vtilis præualuit emphyteusim concedi ad duas vel tres vitas, vel ad solam vitam emphyteutæ, imò pro determinato tempore modo non sit infra decennium.

Ex his deduces quo pacto emphyteusis à locatione, & feudo, & censu distinguitur, quibuscum aliquam affinitatem habet: nam à cæteris contractibus manifesta est differentia. Igitur à locatione differt, eo quod locatio nullum dominium per se in conductorem transfert, neque petit longo tempore concedi, neque in rebus immobilibus, neque vt res conductæ meliores, aut sumptibus conductoris conseruetur, cum tamen hæc omnia contractus emphyteuticus exigat. Quod si res immobilis ad longam tempus locetur, quale censetur decennium, & ultra, & à fortiori ad vitam locantis, vel conductantis, cum hæc locatio iure sic disponente leg. 1. §. quod autem ait prator. ff. de superficies, ius in re, & dominium vile rei locatæ in conductorem transferat, emphyteusis naturam sortitur. Vt ex communi sententia probat Couar. l. 2. var. capit. 16. numero 1. Anton. Gomez leg. 40. Tauri numero 84. Aluar. Valac. de iure emphyteut. quæst. 2. §. num. 1. Iulius Clarus lib. 5. sentent. §. vltim. quæst. 82. §. status 5. num. 4. Molin. lib. 1. de primogen. cap. 21. num. 5. noster Molin. tract. 22. de iust. disputat. 445. post med. Lessius lib. 2. cap. 2. dub. 1. num. 4. & alij apud ipsos. Deinde differt à censu reueruatiuo, quia in eo non solum vile, sed etiam directum dominium in censuarium transfertur e contra à censu emptio differt, quia in eo nullum de nouo dominium censuarium recipit, sed pro pretio recepto obligatur cum hypotheca bonorum ad pensionem aliquam soluendam.

Cum feudo emphyteusis maximè conuenit. Nam feudum est concessio vsusfructus, vtilisque domini rei immobilis manente proprietate apud concedentem, qui feudatarium in possessionem mittit. Ob quam causam irrequisito domino non permittitur alienatio, alioquin incidet in commissum, quæ etiam emphyteusis conueniunt, ideoque sæpè hæc nomina feudi & emphyteusis confunduntur.

Cæterum perspecta feudi natura plurimum ab eâ differt emphyteusis. Hæc enim in recognitionem domini directi exigit solutionem designatæ pensionis, ad feudum non pensionis solutionem, sed personale obsequium petit, ideoque feudus à fide, seu fidelitate quam vassallus domino præstat tenetur dictum est. Aliæ item differentie inter feudum, & emphyteusim intercedunt, de quibus in fine huius disputationis



PUNCTUM II.

Quotuplex sit emphyteusis, & quibus legibus utraque accommodari debeat?

- 1. Emphyteusis alia est Ecclesiastica, alia communis, seu laica.
- 2. Si Ecclesia aliquos à successione emphyteusis excludat, uti excludit illegitimos, tamen si eos admittat lex civilis excludi censendi sunt.
- 3. An emphyteuta, seu feudatarius privilegii domini gaudere debeat. Afferunt plures.
- 4. Contraria sententia probabilior est.
- 5. Satis sit fundamentis opposita.

1. **D**uplicem Doctores assignant emphyteusim, aliam Ecclesiasticam, aliam communem, seu laicam. Ecclesiastica dicitur cuius dominium directum penes Ecclesiam est, contra secularis, cuius dominium est extra Ecclesiam. In constitutione autem Ecclesiastica emphyteusis servanda sunt leges Ecclesie, non autem secularis nisi à Pontifice fuerint approbatae: Ecclesia enim secularibus legibus astringi nequit in dispositione suorum bonorum, ut constat ex exp. Ecclesia sancta Maria de constit. & tradant omnes.

2. **E**x quo fit, si Ecclesia aliquos à successione emphyteusis excludat, uti excludit illegitimos, tamen si eos admittat lex civilis, excludi censendi sunt, quia adversus dispositionem Ecclesie, & in præiudicium illius nequeunt leges civiles statueri. Quod si dicas cum Gama de eis. 2. & de eis. 149. n. 6. leges civiles admittentes illegitimos ad successionem emphyteusis, illos tantum admittere ad successionem domini utilitatis, quod Ecclesiasticum non est, sed seculare, ac proinde non præiudicare Ecclesie? Occurrendum est maximum inde fieri præiudicium, eo quod Ecclesia impediatur ob illam successionem à consecutione domini utilitatis, quod cum dominio directo consolidari debebat, leges autem civiles optime possunt de dominio utilitatis emphyteusis Ecclesiasticae disponere, cum nullum inde in bonis Ecclesie præiudicium generetur, ut in præfenti generatur. Sicuti bene advertit noster Molin. tract. 2. disp. 44. in fine.

Difficilius tamen mihi est ea sententia in quam Mol. pro-pendit, mirum cum emphyteusis constituta sit pro vita emphyteutæ, & illius quem ipse nominaverit, si decedat nemine nominato, non esse admittendum ad emphyteusim Ecclesiasticam heredem, tamen si lex civilis municipalis decernat absolute admittendum esse. Nam cum leges Ecclesiasticæ in hac parte nihil disposuerint, standum videtur in hac successione dispositioni legis regni, quæ vim aduersus ius commune habent.

Gravis tamen est questio, An emphyteuta seu feudatarius privilegii domini gaudere debeat. Exemplum est, cum emphyteuta ab Ecclesia, vel ab alio exempto accipit in emphyteusim prædia quæ à tributis & vectigalibus exempta erant, an eandem exemptionem apud ipsum retineat? Afferunt Bart. in leg. privata. Cod. de excusat. muner. lib. 10. Iason in Authen. quas actiones numero 42. Cod. de sacrosanct. Ecclesie. Tiraquel. de retractu consanguinit. §. 1. gloss. 13. numero 10. Duchas reg. 100. ampliat. 3. Silvan. conf. 9. num. 9. Fachin. lib. 1. controuers. cap. 91. & alij. Ducuntur præcipue ex dicta leg. privata, & leg. penult. Cod. de excusat. muner. lib. 10. vbi emphyteuta filici gaudet immunitate filico concessa. Ergo idem erit dicendum de emphyteuta Ecclesie, cum Ecclesia & filicus ferè semper æquiparentur. Ut latè probat Euerard. in censur. legali in loco à filico ad Ecclesiam, num. 2. Secundò bona quæ emphyteuta possident immunita sunt à tributis, ut potè Ecclesiastica; quam conditionem non amittunt ex eo quod in emphyteutam transla fiant. Ergo ab emphyteuta ob possessionem illorum bonorum exigere tributa nequeunt. Tertio nequit Ecclesia etiam per indirectum legibus civilibus grauari. cap. vit. de immunit. Ecclesiar. lib. 6. At si emphyteuta legibus tributa imponentibus attingitur, ipsa Ecclesia saltem per indirectum grauatur, cum sit occasio minoris pensionis ab emphyteuta exigentis. Tandem ob eandem rem nemo debet duplici onere grauari leg. 1. §. inter alium. ff. ad leg. Falcid. leg. natus oru. §. cuius autem iactus. ff. ad leg. Rhodiam. At si emphyteuta Ecclesie oneribus civilibus subiiceretur, duplici grauaretur onere, altero comparatione Ecclesie, altero comparatione filici.

4. **N**ihilominus longè probabilior est contraria sententia emphyteutam Ecclesie tributis, & vectigalibus soluendis obligatum esse, quam sententiam probauerunt post alios antiquiores Roland. conf. 18. num. 28. Petr. Nuñez de Auendaño tract. de exequand. mandar. cap. 17. numero 33. Aluar. Valac. tract. de iure emphyteus. quest. 17. num. 11. Menoch. de arbit. casu 130. num. 8. & copiosius plures autores referens cent. 6. casu 562. num. 22. Mol. tract. 2. de iust. disp. 446. post inir. Et §. 6. in fine. Lessius lib. 2. de iust. cap. 2. d. 4. lib. 8. num. 44. Paul.

Layman. lib. 3. sect. 5. tract. 4. cap. 23. num. 5. & alij. Fundamentum præcipuum est, quia onus vectigalis, tributique regij soluendi non imponitur emphyteute ob bona in emphyteusim accepta, sed ob usufructum, & dominium utile ex his bonis perceptum, qui usufructus & dominium non est Ecclesia, sed emphyteuta, ac proinde Ecclesia hac exactione non læditur.

Hinc arguepta contraria facile solvuntur. Nam primum deductum ex leg. privata, Et penult. Cod. de excusat. muner. lib. 10. solum probat emphyteutam filici gaudere privilegii filici quoad exemptionem manerum feudatorum, de quibus fit mentio in leg. maximarum. Cod. eodem tit. nihil tamen de exemptione tributorum, & vectigalium decidit. Vti ipse Bart. explicuit in dicta leg. penult. Duchas reg. 100. ampliat. 3. Valac. de iure emphyteus. q. 17. num. 15. Menoch. de casu 762. num. 33. Ad secundum concedo bona quæ emphyteuta possident, in se, & quoad directum dominium exempta esse à tributis, nego tamen quoad usufructum, & dominium utile. Ad tertium nego grauari Ecclesiam, quia nihil ei auferatur ad quod ius habeat, concedo tamen impediri aliquod lucrum quod habere poterat, sed hoc nihil refert, cum ipsa Ecclesia alienatione suorum bonorum sit huius causa. Ad ultimum concedo ob eandem rem, & sub eodem respectu neminem duplici onere grauandum esse, ac in præfenti emphyteuta non grauatur ob eandem rem, & sub eodem respectu, sed diuerso, nimirum ob possessionem quam habet rei Ecclesiasticæ, cuius dominium directum ad Ecclesiam pertinet grauatur pensione Ecclesie soluenda in huius domini recognitionem, ut usufructum quem ex ea percipit grauatur tributis regis. Manifestum est autem in iure hæc onera simul concurrere posse, ut constat ex l. si pendentes. §. si quis elocauit ff. de usufructu. Alias emphyteuta secularis exculari possit à tributis soluendis, ne duplici onere grauaretur.

Quæ dicta sunt de emphyteuta procedunt efficacius de colonis, & conductore prædiorum Ecclesiasticorum. Vt multis comprobatur à Christophoro Menoch. de arbitrar. cent. 6. casu 562. post num. 38. respondetque contrariis.

PUNCTUM III.

An ad emphyteusis seu feudi valorem scriptura requiratur?

- 1. Tam in emphyteusis Ecclesiastica, quam seculari scriptura requiritur.
- 2. Emphyteusis finita non est censenda renouata ex eo quod dominus permisit emphyteuta prædia emphyteutica sicut antea posside. &

Caldas de renouat. emphyteus. quest. 18. à numer. 36. censet licet ad emphyteusim Ecclesiasticam valorem necessaria sit scriptura, non tamen ad valorem communis emphyteusis, tamen si necessaria fuerit ad illius probationem. Dicitur quia nullus est Textus ex quo id expresse colligatur cum lex 1. 2. & 3. Cod. de iure emphyteusis satis intelligi possit de pactioibus si quæ in contractu emphyteutico interueniant, vel de ipsius contractus probatione.

Ceterum scripturam esse necessariam ad valorem emphyteutici contractus Ecclesiastici omnes docent ex Authen. de non alienand. §. An assensus. & §. finimus & §. quod autem. Ad valorem vero secularis emphyteusis communis sententia testatur quæ referunt, & sequuntur Iulius Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis quest. 4. Aluar. Valac. de iure emphyteus. §. 7. num. 2. Malcar. de probat. conclus. 603. num. 1. Fachin. lib. 1. controuers. cap. 84. Mol. disp. 447. Layman. lib. 3. sum. sect. 5. tract. 4. cap. 23. num. 6. & alij plures apud ipsos, & habentur expressè leg. regia 18. tit. 8. par. 5. & leg. 3. tit. 1. eadem part. & vtrouique Gregor. Lopez. Fundamentum desumitur ex verbis supradictarum legum. Nam lex 1. Cod. de iure emphyteus. inquit, pactioibus scriptura interueniente haberi, & lex 2. si quidem aliqua pactioes in emphyteuticis instrumentis fuerint conscripte, & lex 3. si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc aliquas pactioes habet eas obseruari; quibus verbis nihil de probatione dicitur ideoque perperam ad solam emphyteusis probationem adprobantur. Præterea si pro valore pactioem in emphyteusis interuenientium scriptura requiritur, cur non pro ipsa pactioem emphyteutica, cum ipsi reliquæ pactioes accessorie sint.

Hinc videtur dicendum emphyteusim finitam non esse censendam renouatam, ex eo quod dominus permisit emphyteuta prædia emphyteutica sicut antea posside. Nam vbi scriptura necessaria est non potest sola iactantia firmari. Præterquam quod illa renouatio est noua emphyteusis inceptio. Atque ita tradunt Iason. leg. 2. num. 89. Celsus de iure emphyteus. Alexand. conf. 76. tit. 5. Ruyus cap. 16. num. 6. lib. 3.

lib. 1. Craucta conf. 87. num. 3. Menoch. de presump. lib. 3. presump. 8. §. num. 36. Fachin. hos referens liber. 1. controu. cap. 84. Neque obest amissa emphyteusim ob non solum canonem ex sola illius a domino receptione renouari, quia non renouatur perfecte, cum non esset perfecte amissa. Nam esto ob omissionem solutionis priuari emphyteuta suo iure possit, non tamen de facto ita priuatur, vt emphyteusim a se abdicare debeat, indiget enim authentica priuatione quæ consilium in declaratione voluntatis domini volentis emphyteutam iure concesso priuare. Ideoque hæc renouatio non est directa & propria, sed indirecta, ac proinde absque scriptura præstari poterit. Secus vero de renouatione directa & propria, cum terminus emphyteusim finitus est.

PUNCTVM IV.

Qualiter deficienter scriptura probanda emphyteusim sit, & cui incumbat probationem esse emphyteuticam?

- 1 Si scriptura fuerit amissa testibus cum probanda est.
- 2 Modus probationis præscribitur.
- 3 Si constiterit partem aduersam dolo, seu malitia causam omissionis fuisse, quicumque testes sufficientes sunt ad probandum.
- 4 Si emphyteuta, aut feudatarius fateatur se emphyteutam esse debet ostendere domino instrumentum sua possessionis.
- 5 Si fuerit amissum instrumentum regulariter iuramento proprietarii stabitur.
- 6 Emphyteuta non solum obligatur instrumentum docere, sed etiam prædia & eorum confines.
- 7 Si emphyteuta dicat prædia à se possessa libera habere domino incumbit probatio.
- 8 Si emphyteuta negans conuictus fuerit co ipso res ad proprietarium deuoluitur.

Conueniant ferè omnes Doctores, si casu, & absque vlla culpa scriptura fuerit amissa ab eo cuius interest posse testibus directam scripturam comprobari. Vt probat cap. Albericus de testibus, & ibi communis opinio. c. si de re indic. cap. cum olim de priuileg. leg. restitut. §. vlt. Cod. de Testib. leg. sicut iniquam iuncta gloss. & leg. emancipatione. Cod. de fide instrumentum.

Modus autem probationis est, vt testes qui de hac re deponere debeant sint fide digni, omnique exceptione maiores, & ex alia parte sint in materia scripturarum periti, sicuti Doctores, Advocati, Tabelliones, & Notarii, aliis non satis deponere possunt de tenore scripturæ. Quod si hæc qualitates alicui ex testibus deficient non iuragram, sed semiplenam probationem præstabit. Vt colligitur ex cap. cum olim de priuileg. & ibi. Glossa & leg. sicut iniquum Cod. de fide instrumentum. Authent. si quis in aliquo documento. Cod. de edendo. Deponere autem debent ii testes primo contractum emphyteuticum sub tali forma & conditionibus fuisse celebratum. Secundo instrumentum publicum quod amissum de tali contractu fuisse confectum tali die, & anno sub tali signo Tabellionis, vel Notarii, & cum omnibus aliis requisitis, neque vllam vitium, aut rasuram in eo apparere, aliàs dimittit probandum. Sufficiens verò huic probationi duo testes conditionis supradictæ, quia nullibi cauetur plures necessarios esse tamen scriptura plures ad sui valorem requirit. Sed quia difficile est testes peritos inuenire qui ita sigillatim de omnibus necessariis deponant, præstat vt actor petat sibi deferri iuramentum in supplementum probationis, vt hac via probationem aliàs iustitiam firmam reddat. Sic ex communis sententia tradunt Anton. Gomez leg. 41. sicuti numer. 3. Matien. leg. a. titul. 7. gloss. §. lib. 5. noua collect. Aluar. Valasc. de iure emphyteusim. q. 7. num. 38. Mol. tract. de iust. disp. 4. §. 8.

Noianter dixi, si absque culpa eius cuius interest scriptura fuerit amissa. Nam si constiterit partem aduersam dolo, seu malitia causam omissionis fuisse, quicumque testes sufficientes fuerint ad probandum quid in dicta scriptura contineretur. Quisimo tandem erit iuramento partis cuius interest scripturam non fuisse amissam, dum contractum delinquens manifestè non probauerit. Sicuti colligitur ex leg. si de possessione. Cod. de probationib. leg. si quando Cod. unde vi. & aduertit Glol. in d. leg. sicut iniquum. Aluar. Valasc. de iure emphyteusim. q. 7. post n. 38. no. 1. Mol. disp. 4. §. 8. in fine.

Quoad secundum, cui incumbat probatio prædia esse emphyteutica, aut feudalia distinctione satisfaciendam est. Si enim emphyteuta, aut feudatarius verbis aut factis nimirum solutione pensionis fateatur se emphyteutam esse, tenetur in primis ostendere domino exigenti instrumentum suæ possessionis. Nam cum æquè domino ac emphyteuta iugiter instrumentum novum esse, vt inde cognosci possit

quibus conditionibus, & in quod tempus emphyteusim concessa sit, ius habet dominus proprietatis vt sibi instrumentum exhibeatur: alioquin allegare poterit emphyteusim finitam esse, & prædium tanquam sibi proprium vendicare. Sicuti colligitur ex leg. prator ait. Cod. de edendo.

Quod si fuerit amissum respondendo? regulariter iuramento proprietarii stabitur, quia præsumi non debet absque vlla culpa contigisse. Excipi nisi præscriptione legitima se iuri intendat, eo quod canonem solueat annis præscriptioni requisitis. Nam ea præscriptio vim præstat instrumenti quoad effectum probandi emphyteutam esse & feudatarium, dominique incumbit probare tempus emphyteusim finitum esse, alioquin perpetua censetur. Sicuti hæc laicus docent Aluar. Valasc. de iure emphyteusim. q. 8. quem sequitur Mol. disp. 4. §. 9.

Non solum autem obligatur instrumentum docere qui se emphyteutam, aut feudatarium verbis, aut factis fateatur, sed etiam prædia & eorum confines, pro quibus pensionem, seu obsequium præstat; alioquin omnia prædia quæ habet emphyteutica, seu feudalia præsumuntur. Sicuti ex communi tradit Aluar. Valasc. loc. cit. & q. vlt. num. 1. & innumeris relatis Menoch. de arbitrar. conu. 6. casu 554. num. 1. Satisfacit autem huic obligationi, si prædium aliquod ostenderit, ratione cuius prudenter canon, aut obsequium exhibuit præstari potest. Sicuti cum Speculatur. Afflictis, Boslio, Roland. tradit Menoch. d. casu 554. n. 6.

Verum si emphyteuta, aut vasallus neget se talem esse, sed omnia à se possessa libera habere domino contendat incumbit probatio, quia actor est, neque intentionem suam habet fundatam. Quod adeo verum est, vt si dominus prædium aliquod determinatum asserat emphyteuticum esse emphyteuta id negante, & aliud designante teneatur suam intentionem probare, alioquin cadet à causa. Vt ceteris plures referens docet Menoch. supra num. 8.

Moneant autem communiter Doctores, si emphyteuta, seu vasallus negauerit se emphyteutam esse, vel rem aliquam determinatam huic seruituti subici, & de mendacio conuictus fuerit, eo ipso repelli ab emphyteusi poterit, & res ad proprietarium deuolui. iuxta cap. 1. §. vasall. si de feudo fuerit controuer. inter dominum & agnat.

PUNCTVM V.

Quam obligationem habeat emphyteuta, & feudatarius circa rem in feudum, vel emphyteusim acceptam?

- 1 Emphyteuta, & feudatarius non obligantur rem in emphyteusim, seu feudum acceptam meliorare.
- 2 Finita emphyteusi, & feudo absque culpa emphyteuta, vel feudatarij repeti meliorationes à domino possunt.
- 3 Esto emphyteuta, & feudatarius non obligantur rem acceptam meliorare, obligantur tamen illam deteriore non reddere.
- 4 Res accepta in feudum, vel emphyteusim ob deteriorationem incidit in commissum.
- 5 Qualiter contingere debeat deterioratio, vt locum habeat hæc poena.
- 6 Quamuis deterioratio in vna ex rebus que in emphyteusim accepta sunt contingat, non obinde reliquæ eximantur à commissio.
- 7 Obligantur emphyteuta, & feudatarius eos sumptus facere qui necessarij fuerint, ne res accepta deterior reddatur.
- 8 An si acceptis in emphyteusim oliuetum possit irrequisito domino oliuas præscindere, & loco illarum vites plantare, que secundum communem hominum estimationem vtiliores sunt. Asseruit Aluar. Valasc.
- 9 Contraria sententia longe verior est.

Non desunt Doctores graues Francisc. Sarnient. lib. 3. select. interpretat. cap. 4. Andreas Fachin. lib. 1. controuers. cap. 92. asserentes obligatum esse emphyteutam, & feudatarium rem acceptam in emphyteusim meliorare, quia hic contractus meliorationem significat, & in eum finem conceditur.

Hinc inferunt ii Doctores finitæ emphyteusi, & idem est de feudo non astringi dominum proprietatis meliorationes factas in re emphyteutica soluere, sed ipsi cedere, quia illæ meliorationes sunt debite ex vi contractus. Dicendum tamen est obligatum non esse emphyteutam, & feudatarium rem in emphyteusim, seu feudum acceptam meliorare, sed solum illam conseruare, ne eorum culpa deterior reddatur. Sic ex communi sententia aduertit Rebell. 2. part. de obligat. inst. l. 1. §. 2. in fine. Nam licet res in emphyteusim olim concessa fuerit vt melioraretur, ideoque res in eam, & in frugifera in emphyteusim concedebantur, & modo ob eundem finem plerumque fiat concessio: attamen obligatio

meliorandi nisi expressè inter partes conventum sit inducta non censetur, aliàs meliorationes faciendæ ex vi huius contractus determinatæ essent, cum absque determinatione obligatio stare non possit.

2 Ex quo inferitur finitæ emphyteusi, & idem est de feudo absque culpa emphyteutæ repetere meliorationes à domino emphyteutam posse, quia non ipsi domino, sed emphyteutæ cedunt. Ut expressè docuit Gloss. in leg. sed si quid verbo rescire. Digestis de usufructu. Bald. in leg. Senatus. §. Marcellus ff. de legat. 1. Iason. leg. 2. Cod. de iure emphyteut. Arias Pinel. leg. 2. Cod. de rescind. vendit. Rebell. de obligat. iustit. 2. part. lib. 1. quest. 2. in fine. Molin. disput. 456. post init. Layman. lib. 3. sect. 1. tract. 4. cap. 2. §. 3. num. 7. & colligitur ex leg. Papinianus aliàs diuorio. §. impendia. Digestis soluto matrim. & leg. eum ad quem. Cod. de usufructu. leg. si addis §. si inquilinus. Digestis locati.

3 Verùm esto emphyteuta, & idem est de feudatario non obgetur rem in emphyteusim acceptam meliorare, obligatur tamen ne illam deteriore reddat, aliàs obligationem habeat compensandi domino quanti sua intererat rem deterioratam non esse, ut constat ex leg. diuorio §. si fundum. Digestis soluto matrim. & tradit Iason. conf. 17. col. 1. lib. 1. Rain. conf. 58. num. 5. lib. 1. & conf. 43. in fine lib. 2. Molin. disput. 457. initio. Rebell. de obligat. lib. 1. §. 3. qu. 3. Layman. cap. 2. §. 3. num. 8.

4 Sed an ob hanc causam incidat emphyteuta in commissum, priuareque à domino possit? Non est constans sententia ob ea quæ tradit Aluar. Valasc. consultat. 50. numer. 5. vbi sententiam Immolæ, Iasonis, & aliorum quos ibi refert asserentium emphyteutam sæcularem deteriore reddentem rem in emphyteusim acceptam non incidere in commissum non reputat improbabilem, eo quod hæc pœna nulli videatur statuta.

Ceterum communis sententia asserens priuari ob hanc causam posse amplectenda est. Et quidem de emphyteuta Ecclesiæ nullus est qui dabitur, quia expressè definitum est Authent. de alien. & emphyt. & Authen. qui rem. Cod. de sacrosanct. Eccles. Item feudatario ita videtur expressum in cap. Federicus. §. quicumque de pace tenenda. vbi habetur vallum re feudali abutentem priuandum esse. De emphyteuta sæculari docuit Bartol. in leg. diuorio. §. si fundum. Digestis soluto matrim. Iason. dict. conf. 19. Ruinus d. conf. 58. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 78. num. 2. affirmans esse omnium Sylvest. verbo emphyteusis §. 5. Iulius Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis q. 26. Gama decis. 7. n. 1. & decis. 147. n. 1. & decis. 291. n. 2. & decis. 305. Mol. lib. 1. de primogen. c. 16. num. 31. Gutierrez. conf. 12. num. 11. Noster Molin. disp. 457. post init. Layman. lib. 3. sect. 1. tract. 4. c. 2. §. 3. num. 7. & alij apud ipsos. Fundamentum est tum de feudo ad emphyteusim. Tum quia nulla est specialis ratio, ob quam emphyteuta Ecclesiæ priuaretur ob deteriorationem factam quæ non procedat in emphyteuta sæculari. Tum quia rationi consonum non est obligare proprietarium ad persecutandum in contractu, cum ex eius perfectiorantia detrimentum accipiat.

5 Verum ut locum habeat superior Doctrina tria concurrere debent, ut annotauit Bald. in Authent. qui rem num. 2. Cod. de sacrosanct. Eccles. quem ceteri sequuntur. Primo deteriorationem contingere debere in ipsa re non autem in fructibus. Secundo ex culpa non solum lata, sed leui, quia contractus communis est vitique. Tertio debere esse deteriorationem notabilem, nam cum hæc pœna grauis sit grauius detrimentum niti debet. Quæ autem censenda sit grauis iure definitum non est, sed Iudicis arbitrio relinquitur, ut ferè omnes docent teste Menoch. de arbit. d. casu 78. n. 7.

6 Extenditur Doctrina quamuis deterioratio in vna rebus quæ in emphyteusim acceptæ sunt contingat, non obinde reliquæ eximuntur à commissio, quia esto sint plures res emphyteuticæ, vna tamen est emphyteusis, vnicuique contractus, quo omnes concessæ sunt, ac proinde verum est affirmare in ea emphyteusis deteriorationem contingisse. Ut tradidit Bald. & alij quos refert, & sequitur Gama decis. 291. n. 2. Rebell. 2. p. de obligat. iustit. lib. 1. §. 3. in fine.

7 Ex his inferitur obligatum esse emphyteutam, & idem est de feudatario eos sumptus facere qui necessarii fuerint, ne res emphyteutica deterior quam accepta est reddatur, neque obinde detrahere posse de pensione. Rebell. d. q. 3. Mol. disp. 457. Laym. d. c. 2. §. 3. num. 7.

Sed quid si accepisti in emphyteusim perpetuam, aut ad plures vitas sicutum; poteris ne interquisito domino oliuas præscindere, & loco illarum vites plantare, quæ secundum communem hominum æstimationem vtiliores sint? Affirmare videtur Aluar. Valasc. consultat. 50. quia illa non est alienatio, neque emphyteusis deterioratio, aut destructio sed in melius commutatio.

Praeterea quoad proprietario non nocet & emphyteutæ prodest permittendum est. Et quamuis in usufructuario non sit permillum rem usufructuariam alienare, ita vt neque adificationem inchoatam perficere possit. leg. usufructuariam nonum.

§. adium. Digestis de usufructu. non obinde inferitur inquit Aluar. Valasc. dict. consultat. 50. numer. vlt. Arias Pinel. lib. 1. de bonis matern. 2. part. n. 52. emphyteutam id præstare non posse, cum emphyteuta plus iuris habeat, & in eum finem res emphyteutica concedatur vt melioretur.

Ceterum veriore multo exitimo contrariam sententiam, quam pluribus relatis comprobatur Iul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 26. Arias Pinel. leg. 1. Cod. de bonis matern. 2. part. num. 60. Molin. lib. 1. de primogen. cap. 22. n. 74. neque dissentit notter Molin. tract. 2. disput. 457. in fine. Et enim negari non potest rem emphyteutam delitti, & consequenter emphyteusim perire. Quod autem loco illius aliud subrogetur non impedit emphyteusim antiquæ interitus, sed solum præstat vt alia de nouo institui possit, quam dominus oliueti create non teneatur, quia nemo alstringitur loco priorum bonorum alia bona est meliora accipere, ideoque proprietarius cogere poterit emphyteutam ad interesse, cura oliuarum renouatio ferè sit impossibilis.

PUNCTVM VI.

Quam obligationem habeat, emphyteuta, & idem est de feudatario soluendi tributa & onera quæ causa rei emphyteuticæ imponuntur?

- 1 Regulariter obligatus est emphyteuta tributa quæ de iure imponuntur, & qualibet alia onera personalia soluere.
2 Si prædium onus aliquod reale, vel personale annexum sit, qualibet emphyteuta etiam Ecclesiasticus obligatus est ad illius solutionem.

Regulariter & in plurimum obligatus est emphyteuta, nisi aliquo privilegio eximatur tributa quæ de iure imponuntur, & qualibet alia onera personalia soluere, quia hæc non ratione proprietatis, sed occasione vtilitatis domini imponuntur. Sicut colligitur ex leg. 1. & Cod. de iure emphyt. & comprobatur pluribus relatis Aluar. Valasc. de iure emphyteut. quest. 17. ex prin. Gregor. Lopez leg. 2. tit. 13. par. 5. Iulius Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis q. 46. Arias Pinel. leg. 1. Cod. de bon. matern. 2. p. n. 72. Mol. lectura tract. de inst. disp. 476. circa med.

Dixi regulariter, nam si aliquod tributum imponeretur singulis ciuibus pro quantitate bonorum quæ habent non solum emphyteutam, sed proprietarium afficeret secundum valorem & æstimationem proprietarii correspondentem. Ut bene Aluar. Valasc. alios referens dict. quest. 17. numer. 13. aduertit.

Illud etiam est certum, si alicui prædium onus aliquod reale vel personale annexum sit quolibet emphyteutam etiam Ecclesiasticum obligatum esse ad illius solutionem, quia in de Ecclesiastica immunitas non latet, cum non personæ, neque bonis Ecclesiasticis illud onus imponatur, sed bonis sæcularibus fuerit impostum, à qua impositione Ecclesiæ se eximere nequit, cum sub illo onere ea bona accipiat. Sicut ex communi docet Greg. Lopez. l. i. tit. 6. par. 1. verbo parrem. Aluar. Valasc. d. q. 17. n. 7. Mol. tra. de iustit. disp. 456. circa finem. & colligitur ex Authen. item prædium. Cod. de sacrosanct. Eccles. leg. de his Cod. de Episcop. & Cleric. & leg. vlt. Cod. de exat. tribut. lib. 10.

PUNCTVM VII.

An si res emphyteutica & idem est de feudo pereat casu, & absque culpa emphyteuta in totum vel in partem teneatur emphyteuta soluere pensionem antea conventam?

- 1 Si in totum pereat nulla est obligatio pensionem soluendi.
2 Si in parte pereat emphyteusis perseverat, & obligatio soluendi de pensionem.
3 Quæ pars remanere debeat, vt emphyteusis perseverare censetur.
4 An cum ob infortunium, aut sterilitatem fructus rei emphyteuticæ non colliguntur, diminuenda sit pensio?
5 Inspeculo iuris rigore nulla est obligatio faciendi diminutionem.
6 Si ab hostibus res emphyteutica occupetur, an eo tempore obligationem habeas soluendi pensionem? Affirmari plures.
7 Contraria sententia verior est, & diluitur fundamentum ad oppositum.

SI in totum pereat nulla est obligatio pensionem soluendi, quia eo ipso emphyteusis cessat, vt dicitur leg. 1. Cod. de iure emphyteut. §. adeo iustit. de locat. leg. regia 2. tit. 8. par. 5. & tradunt omnes. Vnde si in emphyteusim accepti domum, vineam, oliuetum, & igne, aqua, bello, aliore infortu-

nio absque tua culpa penitus destructum est, contractus emphyteuticus cessat, neque tenens ad domus reedificationem, aut vineæ plantatione ad continuandum contractum, quamvis dominus proprietatis destructa reparat. Vt ex communi tradunt Greg. Lop. d. l. 28. verbo por suego, Aluar. Valalc. de iure emphyteut. q. 1. 27. m. 2. Rebell. 2. p. de obligat. insit. l. 13. q. 9. num. 3. Molin. disp. 454.

2 Verum si non in totum sed in partem perit, emphyteusis perseverat, & obligatio solvendi pensionem. Nam cum hæc in cognitionem dominij solvatur, & plerumque modica sit, merito leges quæ frequenter contingencia attendunt, statuerunt remanente parte rei emphyteuticæ emphyteusim perseverare, & pensionem solvendam esse. Sic habetur expressè l. 1. Cod. de iure emphyt. §. adeo insit. de locat. & l. regia 28. §. par. 5. Neque hæc dispositio mutanda est ex eo quod aliquando pensio magna fuerit, & fructibus aequalis, quia vt dixi leges non casus extraneos, sed frequenter contingentes spectant, & iuxta earum dispositionem contractus censendus est celebratus Sicuti tradit Nata conf. 49. & 194. Aur. Corb. tr. de iure emphyt. c. 15. ampl. 12. Fachin. lib. 1. c. 89. Mol. disp. 454. circa med.

3 Quod si roges quæ pars remanere debeat vt emphyteusis perseverare censatur. Luc nostro regio sufficit si octava pars permaneat. Vt colligitur ex d. leg. 28. & ibi Greg. Lop. verbo octava pars. & notant Mol. sup. præ. & Rebell. q. 9. luc autem communi nihil determinatum est. Nam esto pars fit minor medietate sufficit ad obligandum. Subdunt tamen Aluar. Valalc. d. q. 17. m. 9. Greg. Lop. loco citato, & Rebell. d. q. 9. m. 1. debere partem illam remanentem sufficientem esse pensioni solvendæ alioquin diminuedam esse pensionem. Sed quoniam hoc præstandum sit ex æquitate, & honestate, ex necessitate tamen nulla est obligatio nisi in contrarium appareat consuetudo, quia iura d. leg. 1. Cod. de iure emphyteut. & §. adeo insit. de locat. absolucè afferant emphyteusim perseverare, neque diminuendæ pensionis meminerant. Vt comprobant Nata, Aurel. Corbul. Fachin. & Mol. sup. præ.

4 Hinc inferitur quid dicendum sit, cum ob infortunium, aut sterilitatem fructus rei emphyteuticæ non colligitur, an ob eam causam diminuenda sit pensio? Et quidem quando modica est communis sententia resistit diminuendam non esse, maximè cum sterilitas vnius anni alicuius abundantia compensari possit. At cum pensio fructibus correspondet, existimant Aluar. Valalc. d. q. 17. m. 11. Iulius Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis q. 8. vers. sed nunquid propter sterilitatem. Nauarr. in manual. cap. 17. num. 190. Greg. Lop. d. l. 28. verbo octava parte. Andr. Gayll. lib. 2. p. obseru. c. 23. m. 24. & alij quos refert Fachin. lib. 1. c. 89. diminuendam esse pensionem. Ducuntur quia æquitas non patitur, vt cum iactura emphyteuticæ proprietarius locupletetur.

5 Ceterum est inspecta æquitate hoc præstandum sit, at inspecto iuris rigore, & seclusa consuetudine nulla est obligatio faciendi diminutionem, quia per accidens est quod pensio ita grauis fuerit constituta, neque ob illius causam censendi sunt recessisse à dispositione legis cum non expresserit lex autem 1. Cod. de iure emphyteut. & §. adeo insit. de locat. aperte decidant manere etiam in parte solvendam esse pensionem. Ergo ob sterilitatem excusari emphyteuta non poterit.

6 Grauior tamen est dubitatio, si ab hostibus res emphyteutica occupetur, an eo tempore obligationem habeas solvendi pensionem? Affirmant Conan. lib. 7. comment. iuris cap. 12. m. 7. notter. Mol. disp. 454. circa finem. Ducuntur quia casus fortuiti ex quibus res emphyteutica in integrum non perit, ad emphyteutam pertinet, vt ex supra dictis legibus decum est: at bellum casus est fortuitus l. in rebus ff. commodat. Neque ob illud res perit, vt supponimus, ergo ob hunc casum fortuitum emphyteuta non excusatur. Præterea ex occupatione hostium tantum modo fructus emphyteuticæ pereant; res tamen ipsa perseverat, at fructus pars (vnt rei leg. fructus pendentes ff. de rei vindic. ob inentum autem partis non liberatur emphyteuta à solutione pensionis d. l. 1. Cod. de iure emphyteut. & §. adeo insit. de locat. Ergo ob hunc casum fortuitum non debet emphyteuta à solvenda pensione excusari.

7 Sed contrariam sententiam nempe in hoc casu nullam inesse emphyteuticæ obligationem pensionis solvendæ veriorem reputo, quam docuit Abbas in cap. potuit de locatio. Iason. in leg. 1. n. 9. 1. Cod. de iure emphyteut. Iulius Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis q. 8. num. 6. Aluar. Valalc. de iure emphyteut. q. 27. num. 13. Andreas Gayll. lib. 1. pract. obseruat. cap. 23. Fachin. lib. 1. cap. 90. & alij. Moueatur fundamentum Fachinei, quia in eo euenit fundum emphyteuticum non possidet emphyteuta leg. cum vnus. §. vt. ff. de bonis auctorit. iudic. possidendis. ibi aut propter latrones pecunia non potest possideri recedè dicitur non esse quod possidetur. At obligatio solvendi pensionem non nascitur ex eo tantum quod fundus exultat, sed ex eo quod exultat possessus ab emphyteuta.

Adde comparatione emphyteuticæ perinde est non possidere fundum, ac si fundus integrè possidetur. Ergo illo tempore quo cessat possessio obligatio solvendi pensionem cessat, & emphyteusis suspenditur. Et ex his solum est fundamentum contrarium. Fateor enim non perire rem, sed quia possessio illius auferatur cessat pensionis obligatio. Neque est verum ex occupatione hostium solum fructus rei deperdit quia etiam possessio interim deperditur.

PUNCTVM VIII.

De obligatione emphyteuticæ solvendi pensionem Et idem est de feudatario præstandi obsequium.

- 1 Residet in emphyteuta obligatio solvendi proprietario pensionem.
- 2 Si emphyteusis laica sit, & triennio non solvatur pensio, esse Ecclesiastica sit biennio cadit in commissum.
- 3 An hæc obligatio ipso iure astringat emphyteutam, an iudicis sententiam requirat? Sententiam iudicis requisitam esse affirmant plures.
- 4 Contraria sententia probabilior est, & satis sit fundamentum ei opposito.
- 5 Proponitur obiectio & soluitur.
- 6 Hæc priuatio ex voluntate domini pendet, sed necesse est de ea emphyteuta quomodocumque constare.
- 7 Fructus quos emphyteuta collegit post non solutam pensionem non est obligatus domino restituere declaratione postmodum subsequente.
- 8 Enumerantur causa ob quas ab hac pena incurrenda emphyteuta liberatur.

Certum est emphyteuticæ obligationem imponi solvendi proprietario aliquam pensionem singulis annis, vel longiori tempore prout fuerit conuentum in recognitionem dominij directi. Quæ pensio siue in pecunia, siue in fructibus constituitur, hoc enim parum refert, plerumque modica est, neque fructibus ex re emphyteutica percipiendis adæquat, quia emphyteuta pluribus obligationibus subicitur. Quod si aliquando illius qualis fuerit non obinde emphyteusis suam conditionem amittit, cum rectè possit tum in compensationem fructuum, tum in recognitionem dominij exigi. Vt bene probat Aluar. Val. de emphyt. q. 1. n. 8. Menoch. lib. 3. p. 1. amp. 105. n. 6. & de arbit. cent. 6. casu 554. d. num. 4. Mol. disp. 451. post imir.

Hæc autem obligatio ita astringit emphyteutam, vt si emphyteusis laica sit, & triennio non solvatur pensio constituta etiam nulla re quisione facta, quia tempus pro domino interpellat, cadit in commissum, hoc est committit culpam, ob quam merito ab emphyteutis expelli potest. Si vero emphyteusis Ecclesiastica sit, satis est si à solutione biennij cesset. Sicuti constat primum ex l. 2. Cod. de iure emphyt. & l. regia 28. §. par. 5. Secundum ex cap. potuit de locato. & Authen. qui rem. Cod. de sacrosanct. Eccles. & Auth. de alienat. & emphyt. §. si vero & d. leg. regia 28.

Dubium tamen est, An hæc obligatio ipso iure astringat emphyteutam, an iudicis sententiam requirat? Sententiam iudicis requisitam esse affirmant Speculator l. de emphyteusi q. 4. 1. Paul. Calli. conf. 68. lib. 2. Ludouic. Rom. conf. 2. 12. & alij quos refert, & sequitur Tiraq. l. si unquam. C. de reuocand. don. verbo reuertitur. num. 187. consentit Eman. Saa verbo Emphyteusis num. 1. Plura argumenta in comprobationem huius sententiæ adducuntur, sed illud tantum vim habere videtur. Priuatio ipso iure inducenda non est absque manifesta lege. At nulla lex expressit hanc priuationem ipso iure incurri, quinimo indicat sententiam iudicis requisitam esse, siquidem vitur verbo futuri temporis. Vt patet ex l. 2. Cod. de iure emphyt. ibi cadat iure suo, id est sententia iudicis subsecuta, & in Auth. de alienat. & emphyteusis §. si vero, ibi extraneus fiet de iure suo, quæ post sententiam intelligi rectè potest. Adde in leg. 2. Cedit. de iure emphyteut. additum est emphyteutam cadere iure suo si dominus voluerit. Ergo oportet quod dominus suam voluntatem exprimat, quæ expressio non debet esse priuata, sed iudicialis, & consequenter à iudice approbata.

Contrariam tamen sententiam scilicet ipso iure priuatum esse emphyteutam non soluentem triennio, vel biennio pensionem merito docuerat vt probabilior Iason. dicitur l. 2. num. 14. Cod. de iure emphyteut. Alexand. conf. 6. lib. 3. Decius conf. 146. Andreas Fachin. lib. 1. c. 93. Iulius Clarus §. emphyteusis q. 9. Gut. conf. 43. num. 15. Minsing. obseru. 65. & cent. 6. obseru. 83. Laym. lib. 3. sect. 5. tr. 4. c. 23. n. 8. Aurel. Corbul. plures referens de iure emphyt. c. 15. ampliat. 45. Supponit Molin. disp. 453. Rebell. lib. 1. q. 7. Fundamentum est, quia esto verbum cadat, & verbum fiet indifferentia sunt, vt priuationem inducam ex lege, vel inducendam officio iudicis significant, at tamen illis verbis omnino præstat, vt intelligatur de priuatione inducta per legem, quia est verbum præci



præcificum, ut aduertit Matheslan. *singul. 20. Ludouic. Rom. singul. ex gloss. in l. 1. §. si pecunia verbo omnia ff. de pos. Præterea si bene inspicatur verbum illud *cadat* & *fit* non sunt indeterminate, sed determinata ut significent priuationem ipso iure inductam, cum non ad iudicem dirigantur, sed ad ipsum reum qui virtute legis cadere debet, & ex his solum est fundamentum contrarium.*

Neque his obstat sæpe necessarium esse declarationem iudicis contendente proprietario emphyteutam incidisse in commissum, & emphyteuta negante, quia illa sententia ad decisionem fundamentorum, & rationum quibus uterque nititur tendit, & ad declarandum incidisse in penam iuris, vel ab illa liberum esse, non verò tendit ad illam penam propria auctoritate imponendam.

Fateor autem hanc priuationem pendere à voluntate domini, quia *lex 2. Codic. de iure emphyteutis*, expressè inquit, *cadat à iure suo si dominus velit*, ergo quouisque dominus exprimat se velle priuationem non inducit. Nam verbum illud *si dominus velit*, conditionem importat. At quouisque conditio eueniat dispositio sub ea conditione facta effectum habere non potest *leg. cadere diem. ff. de verb. significat. leg. legata sub conditione ff. de cond. & demonstr. Hanc tamen voluntatis domini expressionem non est necesse esse iudicalem, sed quomodocumque sit si de ea emphyteuta constet, ipsique manifestetur, sufficit ut ab eo pacto, & non autem censetur in commissum incidisse. Ut docet Syluest. verbo *emphyteusis*, q. 2. Iulius Clarus *lib. 4. sentent. 5. emphyteusis*, quest. 9. Mynsinger *cent. 3. obseruat. 65. & cent. 6. obseruat. 83. Fachin. lib. 1. cap. 94. Molin. tract. 2. disp. 453. post init. Paul. Laym. lib. 3. sum. sect. 5. §. 4. cap. 13. num. 8. & alij.**

Hinc infero fructus quos emphyteuta colligit postquam solutionem pensionis triennalem omisit ante quam dominus suam voluntatem declarauerit, non esse obligatum declaratione postmodum subsequente domino restituere, quia illi fructus emphyteuta sunt, cum ante declarationem non censentur ipso iure emphyteuti priuati. Ut bene probat & respondet contrariis Fachin. *lib. 1. controu. cap. 94.*

Cæterum sunt plures causæ, ob quas ab hac pena incurrenda emphyteuta liberatur. Præcipua ad quam ferè omnes reducuntur est si omittat solvere pensionem ex aliqua causa quæ eum à peccato mortali excuset, nam eum hæc pena grauis sit grauem culpam exigit. Ut notauit Rebell. *de obligat. instit. 2. part. lib. 13. quest. 8. numer. 7.* Vnde si ob pauperitatem, & necessitatem grauem solutionem omittat, excusandus erit. Ut inquit Clarus §. *emphyteusis*, quest. 8. Secundo si ob compensandum debitum quod sibi dominus debet pensionem retineat. argum. *cap. 2. de depresso & ibi Panormit. Naar. capit. 17. numer. 192. Molin. disp. 453. §. illud obseruandum. Rebell. d. quest. 8. num. 6. Layman. cap. 23. num. 8. Tertio si nixus opinio probabilis deobliganti à solutione, ut cum fructus non colliguntur ob sterilitatem, alio iudicio infortunium, vel res ab hostibus occupatur, solutionem omittit. Quarto si adit ignorantia facti quod res emphyteutica sit, vel quis sit illius dominus excusat à pena Valaf. *quest. 38. num. 13. Iulius Clarus q. 8. num. 9. Rebell. quest. 8. num. 1. Layman. loco citato.* Ignorantia autem iuris quod scilicet ex re emphyteutica domino soluenda sit pensio, esto in foro conscientie aliquando excuset, in foro tamen externo raro vel nunquam, cum non præsumitur probabilis.*

Verum hanc causam plures Doctores Syluest. verbo *emphyteusis*, quest. 4. Gutier. *de iuram. 1. p. c. 31. num. 6. Pinel. Authen. iustitricennale. num. vlt. C. de bonis matern. Gigas de pensionib. quest. 75. Mol. disp. 453. circa medium. sequentes Gloss. vlt. leg. 2. Cod. de iure emphyteut. non admittunt, asserunt tamen sic ignorantiam etiam si maior sit 25. annorum restitutionem in integrum concedi ex clausula generali, si qua mihi iusta causa iuxta *l. 1. ff. de quibus causis maiores*, id tamen est quia raro constare potest ignorantiam probabilem adfuisse. At si daretur veram ignorantiam probabilem mihi dubium non est sufficientem esse causam à pena commissi excusandi. Quinto excusatur emphyteuta, si re ipsa solutionem obtulit, & proprietarius noluit admittere, quia tunc proprietario, & non emphyteuta imputanda est solutionis omisio. Ut bene tradit Gloss. *d. l. 1. C. de iure emphyt. Iulius Clar. plures referens qu. 8. num. 10. Molin. disput. 453. circa med. Rebell. 2. p. lib. 13. q. 10. num. 2. Layman. cap. 23. num. 8.* Neque necessaria est consignatio, de qua in dicta *leg. 2.* Nam ut bene Molin. aduertit, ea consignatio requiritur ad plenam liberationem. At ad excusationem penæ sufficit oblatio, vel dicendum est cum Rebello depositionem requiri ad plenam liberationem.*

PUNCTVM IX.

Expenduntur casus aliquot difficiliore, in quibus dubium est, an emphyteuta incidat in commissum?

- 1 Si emphyteuta confirmauit iuramento se singulis annis pensionem soluturum, an incidat in commissum ex eo quod semel non soluerit? *Affirmant plures.*
- 2 Contraria sententia verior est.
- 3 An emphyteuta qui canonem per triennium integrè non persoluit, sed partem tantum incidat in commissum?
- 4 Quæstio distinctiōne resoluatur.
- 5 Si emphyteuta plures relinquat hæredes, & unus illorum pensionem non soluat cæteris soluentibus incidatne omnes in commissum? *Affirmant plures.*
- 6 Contraria sententia probabilior est, & iuris fundamenta ei opposita.
- 7 Si emphyteuta concessit Petro, eiusque filio, & hæredibus, Petro incidente in commissum, & hæredibus non esset.
- 8 Excusatur emphyteuta à pena commissi si proprietarius dum vivit non declarauit suam voluntatem.
- 9 Emphyteuta incidente in commissum aduersus quem proprietarius non interuenit executionem penæ, & mortuus aduersus eius hæredem intendere non potest.
- 10 Emphyteuta in cunctis probare canonem soluit.
- 11 Si facta est conventio, ut emphyteuta incidens in commissum possit redimere non est exclusus à iure redimendi ob penam caducitatis.

Primo si emphyteuta confirmauit iuramento se singulis annis pensionem soluturum, quæstio est an incidat in commissum eo quod semel non soluerit? *Affirmant Bald. in cap. quærelam num. 5. de iur. iur. ad. quem & alios antiquiores quos referunt, sequuntur Roland. a Valle cen. 8. numer. 41. Anton. de Padilla leg. si quis maior. num. 45. Cod. de transfact. Seraphin. de priuileg. iuram. priuileg. 84. Aurel. Corbul. de iure emphyteut. cap. 15. ampliat. 40. Gutier. de iuram. 1. p. cap. 31. numer. 7. Rebell. 2. p. de oblig. instit. lib. 13. q. 7. in fine. Ducuntur præcipue ex *leg. si quis maior. Cod. de transfact. ubi iurans seruate conventionem. nec seruas illius commodo priuatur. Neque obest iuramentum non extendi ultra naturam actus cui adhaeret, quia hæc pena non ob extentionem iuramenti habet locum, sed quia plura iuramentum conuenit, ut iuramento non seruato priuatur perius commodo quo gaudet.**

Contrarium nihilominus verius existimo cum Covarruv. *de pact. 1. p. §. 4. num. 6. Iulio Claro lib. 4. §. emphyteusis*, quest. 8. vers. *& hoc quidem Fachin. lib. 3. controu. cap. 16. Molin. disput. 453. post med. Ducor, quia nullibi iuramentum est antecedente iuramento emphyteutam cadere in commissum ante triennium, vel biennium. Ergo hæc exceptio non est regulæ generali inducenda, cum nullum sit fundamentum. Neque censendi sunt contrahentes id velle, potius enim præsumi debent velle contrahere iuxta legis tenorem, lex autem si quis maior, cui contraria sententia in iur. loquuntur de transfactione, & cum sit penalis non debet ad emphyteutam extendi. Præterea ibi solum dicitur sic iuramentum violantem carere debere commodo contractus, id est actione quam habet ex contractu cum ex lege habet, ne priuatur ante triennium. Ergo ob peritiam priuari non debet, tamen arbitratia pena puniendus sit.*

Secundo non leuis est controversia an emphyteuta qui canonem per triennium integrè non persoluit, sed partem tantum incidat in commissum? Et quæstio procedit cum pensio unica, & indiuidua pro re emphyteutica designata. Nam si pro rata partium rei emphyteuticæ reddebatur pensio, sicuti pro viginti iugibus viginti argentei, pro ea tantum parte incidit in commissum pro qua pensio non soluerit emphyteuti quoad alias partes persoluerat. Ut bene notauit Clarus *lib. 4. §. emphyteusis*, quest. 8. num. 4. Quando autem per modum vnus designata est, si emphyteuta non soluit triennio integram pensionem, sed partem affirmant incidere in commissum Speculator *tit. de iure emphyteut. quest. 19. Iafon l. 2. n. 54. & 55. C. de iure emphyteut. Decius in d. l. ubi rem Cod. de sacrosanct. Eccles. Paul. de Calto leg. in executione §. item si iura ff. de verb. obligat. consenti Molin. disp. 453. post med. & Aurelius Corbul. plures referens *de iure emphyteut. cap. 15. ampliat. 2.* Præcipuum fundamentum est quia emphyteuta accipit rem emphyteutam ea conditione, ut si non soluat pensionem designatam priuatur domino volente, emphyteuti *leg. 2. Cod. de iure emphyteut.* At qui non soluit integram pensionem, sed partem non soluit*

soluti pensionem designatam. Ergo priuandus venit iuxta d. leg. in executione s. non si ita ff. de verb. obligat. ibi n. totum datur penna committitur centum. Et confirmari potest argum. leg. res bna fide ff. de contrahenda emp. vbi apponito pacto legis commissoriae, vt intra certum tempus venditori emptor pretium soluat, alioquin res sit impetrata, tamen si partem soluat non tenetur venditori contractu stare. Deinde iniquum videtur obligare dominum ad persecutandum in contractu emphyteuta promissum non seruante.

4 Ceterum in hac re distinguendum est, si enim pars quam singulis annis emphyteuta soluit simul iuncta ad equat pensioni vnus anni censendus non est incidisse in commissum, quia perinde est ac si vno anno integram pensionem soluisset. Et enim solutio debitoris semper censeri debet facta in duriorum, & grauiorem causam. iuxta leg. 1. c. 3. & leg. si ex plurib. ff. de solutio. & leg. 1. Cod. eodem tit. Ergo illa multiplex & diuisa solutio censenda est facta in solutionem debitam vnus anni, vt sic penna caducitatis cauetur. Sic autem arguit Fachin. lib. 1. controuer. cap. 96. & deduci potest ex Doctrina Bart. in leg. fraudari. §. sed si vnus. ff. de publicanis.

Verum quando id quod soluit emphyteuta non adaequat pensioni vnus anni, deficit tamen in minimo idem prolius dicendum est inquit Fachin. & merito, quia ob minimum defectum grauis penna imponenda non est, nec censendus est hac in parte defecisse qui in minimo deficit. At si grauis quantitas deficiat videlicet tertia pars locum habet communis sententia, quia tunc moraliter censendus est pensionem non soluisse, consentit Mol. d. ipse. 4. §. 8. ma. us dubium. R. bell. 2. parti. de obligat. in fin. lib. 1. §. 4. §. 8. circa finem.

5 Tertio contingit emphyteutam plures relinquere haeredes, vnus illorum pensionem non soluit ceteris soluentibus, incidunt ne omnes in commissum; Affirmat Glossa leg. communi diuidendo, verbo consideretur. Digest. communi diuidendo. Speculator tit. de locato quest. 1. Talon ad leg. 2. num. 47. c. 3. Cod. de iure emphyteut. Iulius Clarus §. emphyteutis quest. 9. num. 1. Mol. disp. 4. §. 3. post m. d. Aurel. Corbul. aliis relatis de iure emphyteut. c. 1. ampliat. 8. Ducuntur, quia emphyteuta in solidum tenebatur, quam obligationem transfuit in haeredes, ac proinde omnes in solidum tenentur, & non pro parte.

6 Sed quamuis haec sententia communis sit, credo tamen contrariam esse probabiliorum quam plures antiqui asseruerunt, prout refert Ioann. Andr. in addit. ad Specular. dicto titul. de locato quest. 71. & nouissime defendit Fachin. lib. 1. controuer. capite 97. Cuius fundamentum defumitur primo ex lege fraudari §. sed si vnus. Digest. de publicanis. ibi. Si vnus ex pluribus haeredibus rem communem causa vestigalis suscipiat, portiones ceteris non auferuntur, id est si vnus ex pluribus haeredibus rei communis vestigalis non soluerit, non incidit in commissum tota res, sed tantummodo portio non soluentis. Secundo haeredes emphyteute defuncti non accipiunt emphyteusim a defuncto, sed a primo concedente, qui emphyteusim in defuncto, & suis haeredibus concessit. Ergo ex priori concessione emphyteusim diuisa est pro diuisione haeredum. Et hinc soluitur fundamentum communis sententiae. Fateor namque ex persona haeredum non mutari obligationem defuncti leg. stipulationum l. 8. ex ius. ff. de verb. obligat. Sed quia haeredes emphyteute non tanquam haeredes formaliter ex persona defuncti emphyteusim accipiunt, sed tanquam persona a proprietario nominata, ea de causa vno non solente ceteri grauari non debent, sicut si a principio plures essent emphyteuta pro aliquo praedio designati, ille tantum incidere in commissum qui non solueret pensionem, & reliqui in emphyteusi permanerent.

7 Hinc venit decidenda ea quaestio, an emphyteusis concessa Petro, cuiusque filius, & haeredibus Petro incidente in commissum cesset? Et quidem iuxta communem sententiam superius relata affirmante est respondendum. Sicut ex Bart. & aliis, tradit Syluest. verbo emphyteusis quest. 4. Iulius Clarus ibi quest. 3. num. 14. Mol. d. disp. 4. §. 3. post med. At secundum nostram sententiam quam veram existimo contrarium dici debet. Nam cum filij non debent suo iure priuari. Illud certum, si Petrus dolo & malitia incidere in commissum, vt filij emphyteute deficiat, laentur nihil illi dolum proficere debere, sed filijs restituendam esse emphyteusim, vt ipsemet Iulius Clar. & Molin. aduertunt, ex quo superiorem sententiam ego confirmo, cum haec Doctrina manifeste probet filios non a patre, sed a proprietario emphyteusim accipere.

8 Quarto, An excusetur emphyteuta a penna commissi si proprietario dum vixit non declarauit suam voluntatem? Respondeo excusari, neque posse per eius haeredem, & successorem praestari declarationem, quia iure praesumitur cadu-

citatem remississe ea taciturnitate, cum potue rit contractum dissoluere. Vt docuit Bald. leg. vlt. Cod. de renouand. donat. Bart. Decius & alij quos refert, & sequitur Cassiodor. d. c. 2. c. 3. Nauar. cap. 2. §. 104. Gigas de pensionib. q. 74. n. 3. Rebel. lib. 1. §. 10. m. 1. Laym. c. 2. §. 8. nec dissentit Mol. d. disp. 4. §. 3. prope finem.

Quinto quid dicendum de emphyteuta incidente in commissum aduersus quem proprietarius non intentauit executionem penna, an possit eo mortuo aduersus eius haeredem? Affirmatiuam partem tuetur vt veriorum Molin. d. disp. 4. §. 3. prope finem, eo quod haec penna caducitatis non tam sit penna quam conditio contractus, qua non existente ipso iure dissoluitur proprietario volente. At haec voluntas declarari potest quocumque tempore, quia nullibi cauetur in vita emphyteute declarandam esse.

Ceterum a communi sententia assensente non esse locum declarationi aduersus haeredem recedendum non est, quam docuit Bart. Bald. & alij plures quos refert, & sequitur Cassiodor. Gigas, Rebel. & Laym. loc. cit. quia esto caducitas si quasi quaedam conditio contractus emphyteusis, est conditio tamen penalis, & veram rationem penna in communi estimatione sortitur. Ob quam causam diximus cuiusdam mortalem ad eius incursum requiri. At penna proprios delinquentes afficit, neque ad haeredes transmittitur. Ergo haeres emphyteute incidentis in commissum priuari non debet, cum delinquentis, priuatus non fuit. Adde videri a proprietario eam penna tantum defuncto remissam, cum potuerit illam aduersus eum excusari & omiserit.

Ad extremum aduerte quoties inter emphyteutam, & proprietarium contouersia oritur super solutione canonis proprietario contentente sibi non esse solum, & contra emphyteuta affirmante soluisse, ad emphyteutam pertinet id probare, quia factum solutionis non praesumitur nisi probetur. Atque ita tradit Gloss. verbo repellere. Cod. de iure emphyteut. Iulius Clarus §. emphyteusis q. 10. m. 4. Gigas de pensionib. q. 76. m. vlt. Molin. d. disp. 4. §. 2. ante finem.

Secundo aduerte, si in contractu emphyteusis facta est conuentio, vt emphyteuta incidentis in commissum possit rem redimere non videtur ab hoc iure redimendi exclusus ob penna caducitatis. Sicuti tradit Menoch. de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 8. §. num. 2. 2. & de arbirar. casu 276. num. 20. quia pactum illud redimendi validum est, cum sit ex consensu proprietarij.

PUNCTVM X.

Possit ne dominus propria autoritate expellere emphyteutam propter canonem triennio non solutum?

- 1 Si triennio canon non soluitur communis sententia est poss dominum propria autoritate ingredi rem emphyteutam.
- 2 Contraria sententia verior est.
- 3 Saesit fundamentis oppositis.
- 4 Praeter supradictam causam expellendi emphyteutam duplex ab aliquibus Doctores enumeratur. Sed non admittitur.

¶ Cum dominus certus est sibi canonem triennio non esse solutum, communior sententia Doctorem est posse dominum propria autoritate ingredi rem emphyteutam. Sic Gloss. d. leg. 2. verbo repellere. Cod. de iure emphyteut. & Gloss. in cap. potuit. verbo expelli de locato & ibi Abbas num. 2. Iulius Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis. q. 11. & 44. Greg. Lop. leg. 8. tit. 8. par. 3. verbo in mandado del. Iuez. Aluar. Valalc. de iure emphyteut. que ff. 18. n. 8. c. 9. Ioann. Gutier. de iuram. l. 3. cap. 31. num. 2. Aurelius Corbul. de iure emphyteut. cap. 15. q. 12. Minlinger. cent. 3. obseruam. 65. Mol. d. disp. 4. §. 3. circa finem. Paul. Layman. lib. 3. sum. sect. 5. tract. 4. cap. 12. num. 8. Ducuntur ex d. l. 2. C. de iure emphyteut. vbi ipsi domino conceditur vt possit omnimodo expellere emphyteutam non requiritur illud enim omnimodo petende est ac ipso iure, ergo ex ipso iure habet dominus potestatem expellendi emphyteutam. Non ergo indiget iudicis officio.

Secundo locator expellere potest propria autoritate conductorem ob pensionem non solutam. l. sedem. Cod. locati. leg. quaro. §. inter locatorem. ff. eodem. Ergo idem dicendum est de emphyteusi.

Tertio dominus proprietarius civilem possessionem habet rei emphyteuticæ. Vt tradit gloss. ab omnibus recepta, l. 3. §. ex contrario ff. de acquir. posses. At civilem possessionem nactus ingredi potest naturalem ab alio occupatam l. clam possidere. §. qui ad nundinas. ff. de acquir. posses. Quod si dicas id verum esse de iniuste occupante possessionem naturalem, secus de emphyteuta qui iuste possessionem naturalem obtinet, obstat quia

quia solutionis omissione ipso iure priuatus fuit possessione rei emphyteuticæ, ac proinde iniuste illam retinet.

Cæteram etsi prædicta sententia communis sit veriorum exitimo non posse dominum propria autoritate expellere emphyteutam repugnantem. Sicuti docuit Speculator, tit. de emphyteusi, quaest. 48. Lynus, Accurs. & alij, quos refert, & sequitur Angel. verso emphyteusis ad finem. Fachinus lib. 1. controuers. capit. 95. Gama decif. 4. num. 2. Rebell. de obligat. iustit. 2. part. lib. 13. quaest. 112. Moucor quia lex concedere nequit proprietario facultatem expellendi emphyteutam, nisi manifestè constet incidisse in commissum. At id raro vel nunquam constare potest, nam esto constet pensionem sibi solutam non esse, constare tamen nequit caruisse legitima causa. Ergo in eo dubio nec lex proprietario facultatem concedit, neque æquum esset concedere.

Deinde expulso hæc emphyteuta quamuis sit conditio emphyteutici contractus, est tamen pena criminis commissi. At pena ad sui executionem officium hominis requiritur sustineri non debent, quousque sententia Iudicis saltem declaratoria intercedat. Tandem probatur argum. leg. creditoribus. Cod. de pignori. ubi imperator inquit. Creditores qui non reddita sibi pecunia conuentionis legem ingressi possessionem exercere vim facere non videntur. Attamen auctoritate Præsidis possessionem adipisci debent. Si igitur permissum non est creditoribus propria autoritate possessionem ingredi, tamen ex pacto possent, quid mirum si proprietario non possit possessionem emphyteuticam ingredi, sed indigeat Iudicis auctoritate quamuis ex lege contractus id permissum fuerit. Adde consuetudine id esse receptum teste Gutierrez. d. c. 3. n. 4. qui asserit semper vidisse hoc commissum coram iudice peti, neque vquam propria autoritate emphyteuticam assumi.

Hinc soluantur fundamenta contraria. Ad primum ex leg. 2. respondeo id intelligendum esse tum in casu certo, tum subsecuta Iudicis declaratione. Ad secundum nego propria autoritate conductorem reuocentem expelli posse, sed officium Iudicis implorandum pro declaratione an incidere in commissum. Ad tertium concedo emphyteutam iure ipso priuatum esse ob non solutam pensionem subsecuta declaratione voluntatis domini. At vt hæc præscriptio executioni mandetur aduenire debet Iudicis declaratoria sententia, interim tamen iure possessionem habet, & repelli non potest ab habente possessionem civilem.

Præter supradictam causam expellendi emphyteutam aliqui Doctores duplicem causam addunt scilicet si emphyteusis domino necessaria fuerit. Secundo si emphyteuta ea in malos usus abutatur. Sed rectè Aluar. Valasc. de iure emphyteusis, quaest. 22. & seq. quem refert, & sequitur Molin. disp. 458. reprobatur illorum sententiam. Tum quia nullo iure id cauetur. Tum quia necessitas domini non infirmat contractum, abusus vero rei emphyteuticæ, si graue detrimentum proprietati non inferat domino non præiudicat, sed officio Iudicis coherere debet.

PUNCTUM XI.

Qualiter emphyteuta cadens à iure ob non solutam pensionem possit moram purgare?

- 1. Emphyteuta Ecclesie pensionem biennio non soluens celeri satisfactione purgare moram potest, pœnamque caducitatis excusare.
- 2. Non impeditur emphyteuta moræ purgatio, etiamsi dominus proprietarius post incursum caducitatem, & declarationem suæ voluntatis rem emphyteuticam alienauerit.
- 3. An hæc purgatio moræ locum habeat in emphyteuta priuati?
- 4. De iure communi affirmant plures moram celeri satisfactione purgari posse.
- 5. Contrarium verius est.
- 6. Satisfundamentis oppositis.
- 7. Antequam dominus declaret se velle emphyteutam incidere in commissum, optime potest emphyteuta moram purgare.

Conueniunt omnes emphyteutam Ecclesie pensionem biennio non soluentem celeri satisfactione purgare moram posse, excusareque pœnam caducitatis. habetur capit. potuit de locat. & conduct. vers. emphyteuta, & Authenti. qui rem. Cod. de sacrosanct. Eccles. Quæ vero censetur celeris satisfactio iure definitum non est, ideoque arbitrio Iudicis relinquatur. Vt probauit Gloss. communiter recepta in dict. capit. potuit. verbo cleri. Iulius Clarus §. emphyteusis, quaest. 8. vers. item quæro. Gregor. Lop. leg. 28. tit. 8. part. 5. gloss. 10. Menoch. de arbitrar. casu 7. numer. 13. Gutierrez. conf. 43. n. 10. Index vero considerabit qualitatem rei & personarum, & iuxta earum conditionem tempus restringet, vel pro-

longabit, ita vt diuiti minus tempus quam pauperi concedatur. Vt rectè ex lafone. l. 2. n. 84. Cod. de iure emphyteutici Bart. in leg. si iusulam. num. 33. ff. de verb. obligat. Beroio in dict. cap. potuit. n. 142. adnotauit Menoch. supra.

Subdunt tamen Gregor. Lopez. & Gutierrez. dict. capit. 1. numer. 4. impediri emphyteutam hæc moræ purgationem, si dominus proprietarius post incursum caducitatem, declarationem suæ voluntatis rem emphyteuticam aliter alienauerit, quia per illam alienationem de cuiusone reuocatur, & non est res integra. lex autem regia (inquunt præfati Doctores) intelligi debet decem dies concedi ad moram purgandam cum res integra est. Sed merito in contrarium propendit ipse Gutierrez. conf. 43. in fine. & absolute docuit Molin. d. disput. 453. post inquit. quia lex absolute concedit emphyteutam decem illos dies ad moram purgandam, ergo absolute fundamentum restringitur in casu alienationis. Præterea si hoc verum esset, facile proprietarius posset impedire emphyteutam ne moram purget rem emphyteuticam aliter concedendo, redderetque privilegium regale inutile.

Quare controuersia inter Doctores est, An hæc purgatio moræ locum habeat in emphyteuta priuati? Et quidem loqui possumus inspecto iure communi, & inspecto iure nostri regni. Inspecto iure nostro regni certissimum est moræ purgationem concedi prædicto emphyteuta intra decem dies postquam in commissum incidit. Sicuti habetur leg. regia 28. tit. 8. par. 5. & ibi Gregor. Lopez. Neque purgatio impeditur ex declaratione domini, quia significat emphyteusim velle dissolui, quia illam declaratio concessionem legis infirmare nequit, aliam in voluntate domini contentum esse priuare emphyteutam privilegio à lege concessio. Sicut bene explicat Couarru. lib. 3. var. c. 17. n. 4. Gregor. Lop. d. 28. gloss. diez. d. 5. Gutierrez. de iuram. 1. p. cap. 3. n. 4. & conf. 43. n. 7. Mol. disp. 453. post inquit.

Verum inspecto iure communi moram celeri satisfactio purgari posse docuerunt Angel. in leg. etj post res. Digest. si quis cautionibus. Bald. in leg. si pacto quo pœnam Codic. de pacto. Franc. Sarmiento, lib. 3. sect. 1. cap. 1. Ducuntur primo, quia in emphyteuta Ecclesie quæ grauius puniri debet permittitur purgatio moræ cap. potuit de locat. & conduct. Ergo etiam est permittenda in emphyteuta priuati. Secundo quamuis de rigore iuris moræ purgatio permitti non debet, bene tamen ex æquitate. Vt expressè habetur leg. si seruum. §. sequitur. Digest. de verb. obligat. æquitas autem rigor præterit. cap. placuit. Cod. de iudicis. Tertio sunt plures leges moræ purgationem permittentes in contractibus. Vt lex iusulam. l. contrarius. §. si ita quis ff. de verb. obligat. à qua regula non debet contractus emphyteuticus excipi.

Quod si dicas sub illa regula non esse emphyteuticum contractum contentum, quia illæ leges loquuntur quando dies obligationi est designatus, non autem cum pœna & simul dies obligationi adiecta est. Nam communis sententia quam tradit Bart. in dict. leg. si iusulam. numer. 4. nullatenus purgationem moræ admittit in contractibus, ubi pœna & dies obligationi inseritur. ex leg. transactio. §. de illo. Digest. de actionib. & obligat. leg. magnam Cod. de contrahend. stipulat. Occurritur est id verum esse inspecto iure civili: & ex æquitate canonica hæc purgationem admitti ubi negotium actoris non fuerit factum deterius argum. capit. suam de pœnis: ubi obligatus ad aliquid præstandum si partem præstet non incurrit totam pœnam, cum tamen inspecto iure civili tota pœna adficiendus erat. leg. pœnam. §. si forte. Digest. de verb. obligat. leg. heredis. §. in illa Digest. familia crescenda. Sic in nostro casu videtur dicendum: tamen ex iure civili emphyteuta priuati non soluens pensionem purgare moram non possit, attamen ex æquitate canonica quæ vim habet in foro seculari admitti purgatio debet. Iuxta Gloss. in cap. apud misericordiam. 32. q. 1. & in cap. Beatus vero moribus. 22. q. 2. Bald. in leg. qui criminat. 11. num. 20. Cod. de his qui accusare non possunt. Ant. de Padilla in leg. si quis matris. num. 21. Cod. de transactionib. Gregor. Lop. alios referens leg. 8. tit. 14. par. 5. gloss. 2. Gutierrez. de iuram. 3. p. c. 17. a num. 8. conf. 43. num. 19.

Nihilominus verius existimo in contractu emphyteutico & feudali post incursum caducitatem, & subsecuta domini declarationem reuocantis emphyteusim non esse admittendam purgationem moræ. Vt plures relatis docent Couarru. lib. 3. var. cap. 17. num. 4. Gutierrez. de iuram. 1. part. capit. 31. numer. 4. Fachinus liber 1. controuers. capit. 98. Molin. disput. ar. 453. ante med. Rebell. 2. part. de obligat. iustit. lib. 13. quaest. 10. num. 3. & alij passim. Fundamentum est, quia post declarationem domini significantis se velle rem emphyteutam cadere à iure ob non solutam canonem congruo tempore, lex ipsa executionem huius caducitatis exequitur, vt constat ex leg. 2. Cod. de iure emphyteusis & ibi probat lafon quaest. 29. & in leg. si iusulam. num. 16. Digest. de verb. obligat. Ac si emphyteuta post hæc incursum caducitatem purgare posset moram, lex ipsa executionem non haberet, sed esset in pœ-

Neque

7 Neque argumenta contraria videntur. Ad primum dicitur emphyteuta Ecclesie admitti moram purgationem, quia pro incurrenda caducitate biennium tantum permittitur, at in emphyteuta privati triennium. Quinimo ex eo quod in emphyteuta Ecclesie expressum sit ceteri factio purgari moram posse, tacite denegata est hæc purgatio emphyteute privati. Ad secundum, & tertium respondeo in contractibus, & conventionibus admittendam esse moram purgationem ex æquitate canonica, cum poena incurritur ex vi conventionis. Nam ea conventio ex dispositione iuris habet tacitam conditionem, nisi mora incontinenti purgetur. Secus est cum poena incurritur ex vi legis executivæ, quia ea executio cum sit ipso iure est absoluta à futuro euentu independentens.

8 Notanter dixi post factam domini declarationem, nam antequam dominus declaraverit se velle emphyteutam incidere in commissum, optime potest emphyteuta moram purgare, quia ante declarationem poena caducitatis ipso iure contracta non est. Sicuti supponunt Covarruv. Gutierrez. Mol. & alij Doctores.

PUNCTUM XII.

Censeturne dominus accipiens pensionem ab emphyteuta incidente in commissum remittere caducitatem?

- 1 Quæstio est duplex de recipiente pensionem vel præteriti, vel futuri temporis.
- 2 Si pensio futuri temporis recipiatur quantumvis recipiens protestetur se velle saluum esse ius caducitatis remississe censendus est.
- 3 Si pensionem præteriti temporis dominus recipiat, si emphyteuta est Ecclesia non censetur remissa caducitatis poena.
- 4 Si emphyteuta privati sit plures doctores existimant eo ipso quod dominus pensionem ab emphyteuta recipiat poenam Caducitatis remissam esse.
- 5 Temperant hanc sententiam, ne procedat, si dominus recipiens canonem ante moram debitam protestetur ius caducitatis saluum esse.
- 6 Verius est non esse censendam remissam caducitatem ex solutione pensionis ante moram debitam, esto dominus nullam præter protestationem.
- 7 Satis est fundamentum contrario.

8 Emphyteuta Ecclesie Cathedralis, seu Collegiate nullatenus remittitur caducitas ex eo quod Prælati illius pensionem præteriti, vel futuri temporis recipiat, quia iuri quæsitio Ecclesie nequit Prælati præiudicare. Vt bene Gloss. in cap. potuit. de locato. Clarus, §. emphyteusis, quæst. 10. Idem est dicendum de quolibet emphyteuta privato, si non dominus, sed eius procurator specialiter carens mandato pensiones contulerit. Vt bene aduertit alios referens Fachin. lib. 1. contron. cap. 99. ex leg. contra iuris. §. filius. ff. de Pactis. Quare difficultas est, quando verus dominus pensionem ab emphyteuta post incurram caducitatem recipit.

9 Et quidem si pensionem futuri temporis recipiat quantumvis protestetur se velle saluum esse ius caducitatis remississe censendus est. Vt docuit Iason. in leg. 2. num. 124. Cod. de iure emphyteut. Ruinus. cons. 110. lib. 1. Iulius Clarus §. emphyteusis. q. 10. Aurel. Corbul. de iure emphyt. cap. 1. declarat. 21. num. 14. Gigas de pensionib. q. 36. n. vlt. Rebell. lib. 1. q. 11. numero 3. Mol. disp. 354. post ini. Fachin. lib. 13. contr. c. 99. Ratio est manifesta, quia illa pensionis receptione protestatur dominus soluentem verum emphyteutam esse, cum non nisi ab emphyteuta pensio solvatur, ergo censendus est ius deperditum illi restitutum. Neque obest prior protestatio, & declaratio, nam factio contrario tollitur. leg. 1. §. 1. ff. si usufruct. censeturque renuntiare iuri caducitatis acquisito actum incompatibilem præstando. iuxta leg. vit. ff. de inofficio testam. leg. post diem ff. de lege commissoria. leg. commissoria Cod. de pact. inter empt. & vendit.

10 Quod si pensionem præteriti temporis dominus recipiat, si emphyteuta est Ecclesia non censetur remissa caducitatis poena. Vt ex communi tradit Iason dicta leg. 2. numero 127. Cod. de iure emphyteut. quem refert, & sequitur Fachin. dict. capite 99. conclusionib. 4. & colligitur ex Authent. qui rem. Cod. de sacrosanct. Eccles. & §. si vero aut locator, in Authent. de alienat. & emphyteus. quia ex iuris dispositione censetur ipsa Ecclesia protestari ius caducitatis se velle saluum esse.

11 At si emphyteuta privati sit, plures, grauesque Doctores. Glossa cap. potuit de locato. verbo expelli. & ibi Immola num. 4. Glossa Accursi. leg. 2. verbo repellere. Cod. de iure emphyt. Speculator tit. de emphyteus. q. 23. Iulius Clarus q. 10. num. 1. Ferd. de Castro de iust. & iur. Pars II.

Gigas de pensionib. q. 37. num. 2. Sarmiento, lib. 3. select. c. 6. Fachin. lib. 1. contron. cap. 99. conclus. 5. exultant eo ipso quod dominus pensionem ab emphyteuta recipiat poenam caducitatis remissam intelligi. Præcipuum fundamentum est, quia emphyteuta in comm. solum incidente videtur domino data electio, ut ipsum ab emphyteute excludat, & meliorationes factas recipiat, vel remittat caducitatem, & agat ad recuperandam pensionem, quia dum videtur damnare emphyteutam non solum in solutione pensionis, sed in amissione emphyteusis & meliorationum factarum. argum. leg. 3. §. Labeo dit. ff. de doli mali. excepti. ibi exceptione esse repellendum; iniquum enim est hominem possidere, & poenam exigere.

Temperant autem hanc sententiam, ne procedat, si dominus recipiens canonem ante moram debitam protestetur ius caducitatis sibi saluum velle. Iason leg. vit. ff. de eo quod certo loco. num. 4. Bald. leg. 2. ff. si quis cautionib. Iulius Clarus d. q. 10. num. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 12. numero 18. Fachin. lib. 1. cap. 99. conclus. 6. Nam cum hæc pensionis debita receptio non procedat ab emphyteuta quatenus talis est, sed quatenus fuit non impedit, quin dominus caducitatem exequatur.

Nihilominus censet verosimilius non esse censendam remissam caducitatem emphyteute ex solutione, exactione, receptioneque pensionis ante moram debitam, esto dominus nullam præter protestationem. Nam illa pensio non est debita in poenam, sed ex contractu, quæ nullatenus censeri debet à domino remissa, eo quod caducitatis poenam exequatur. Vnde enim id constat? alius dominus ne pensionem amitteret impediretur à poena caducitatis exequenda. Ex alia parte eius solutio, & receptio non est emphyteusis restitutio, ut nuper probatum est. Ergo nullum est fundamentum præsumendi dominum velle caducitatem remittere, cum nemo sit præsumendus iuri suo quæsitio cedere. cap. super hoc de renuntiat. Sic colligitur ex Bart. leg. 2. n. 8. Cod. de iure emphyt. & tradit expressè Molin. disp. 433. ante med. Rebell. 2. p. lib. 15. q. 11. num. 3.

Ex his solum est fundamentum contrarium. Non enim domino datur electio, sed utrumque exigere potest pensionem ex contractu, & caducitatem ex lege, & in poenam legalem, quæ facit ut usufructus & dominum vile cum proprietate consolidetur, quod iniquum non est. Neque lex illa, ad rem præstat, cum loquatur de eo qui nulla lege exigere poenam potest possessionem nactus, cum poena in defectum possessionis exigenda esset.

PUNCTUM XIII.

Quo pacto emphyteuta, & idem est de feudatario interdicta sit emphyteusis, illiusque meliorationum venditio?

- 1 Emphyteuta irrequisito domino potest venditioni emphyteusim exponere, dum tamen ei denuntiet, an velit pro eodem pretio rem accipere, teneaturque per duos menses eius resolutionem expectare?
- 2 Quod si ea resolutione non expectata, & à sortiori denuntiatione præmissa emphyteusim vendat, venditio nulla est, & emphyteuta incidit in commissum.
- 3 Vt prædicta poena locum habeat debet venditio ex se valida esse.
- 4 Deinde debet venditionem traditio subsequi.
- 5 Communis sententia est sufficientem esse traditionem factam per clausulam constituit.
- 6 Contraria sententia inspecto iuris rigore vera est, & æquior.
- 7 Insuper requiritur venditionem socius emphyteusis esse, nam si partis sit, illa tantum pars incidit in commissum.
- 8 Si emphyteusis duo sint proprietarij, & vnus requiritur, alter vero non, poena caducitatis solum pro parte domini contracti statuenda est.
- 9 Præterea debet esse venditio in alterum ab emphyteuta socio.
- 10 Item debet esse venditio absoluta.
- 11 Aliquibus placet debere esse venditionem absque pacto redimendi. Sed non approbatur restrictio.
- 12 Si facta domini requisitione ipse declarauerit se nolle emphyteusim emere, vel absque declaratione elapsus fuerit tempus à lege constitutum, poterit emphyteuta venditionem perficere, dummodo non sit in personam potentiorum.
- 13 Eandem facultatem vendendi emphyteusim irrequisito domino habet emphyteuta, si à principio contractus dominus alienationem permisit.
- 14 Si sileus sit dominus proprietarius requirendus quoque est emphyteuta.
- 15 Facta legitime venditione emphyteusis obligatur emphyteuta domino proprietario laudemium solvere.



17 Hoc laudemium novus emphyteuta solvere debet, sed detrahendum est à pretio.

1 Non est dubium posse emphyteutam irrequisito domino venditioni emphyteutum exponere. Ut colligitur ex cap. potuit de locato. & leg. 3. §. sed ne. Cod. de iure emphyteut. & leg. regia. ult. tit. 8. p. m. 5. alias quo pacto denunciari possit domino pretium, quod sibi conceditur, ut ipse deliberet an velit pro eodem pretio emphyteutum habere, sicuti in prædicto Textu cautur. Facta autem denunciatio ne si dominus facultatem vendendi non concesserit, sed volerit maturius rem considerare, cogitur emphyteuta inspecto iure communi, & regio Castellæ illius resolutionem expectare per duos integros menses. Ut habetur cap. potuit de locat. & conduct. & leg. ultim. Codic. de iure emphyteut. & dist. leg. regia. Ratio autem quare hæc requisitio domini præscribitur est, tum ne privilegio prælationis quod habet comparatione aliorum emptorum derogetur. Tum vt novus emphyteuta ab eo pensionem seu ioculationem accipiat, & exinde actione personali aduersus eum agere possit pro pensione exigenda.

2 Quod si ea resolutione non expectata, & à fortiori si absque præmissa denunciatione emphyteutum villiusque meliorationes adherentes alteri vendiderit, venditio nulla est, & emphyteuta incidit in commissum, perditque non solum emphyteutum, sed illius meliorationes, & domino ob iniuriam factam adiciantur, velique dominium cum proprietate consideratur. Sicuti decisum est dist. cap. potuit de locat. & dist. leg. ultim. Cod. de iure emphyteut. & leg. regia. fin. tit. 8. part. 5. & tradunt omnes. Quod verum habet etiam si autoritate iudicis fuerit facta venditio, modo in culpa sit emphyteuta dominum non requirendi. Ut bene Gregor. Lopez dist. leg. ultim. verbo la vendida. Aluar. Valalc. de iure emphyteut. quest. 38. num. 9. Rebell. lib. 13. q. 4. Molin. disp. 459. §. que dicta sunt.

3 Oportet autem vt hæc venditio ex se, & seclusis legibus emphyteutis valida sit, alioquin emphyteuta non caderet à iure, quia quod nullum est nullum præstare debet effectum. Sicuti ex doctrina Bart. in leg. seruo legato. §. 1. ff. de legato 1. num. 1. & Iason. num. 6. & Baldo leg. 2. Cod. de Episc. audient. notatur Gregor. Lopez. d. leg. regia. fin. gloss. vendida. Tiraquell. in repet. leg. bouis. §. hoc sermone limit. 1. ff. de verb. significat. & lib. 1. de retractu. §. 8. gloss. 7. num. 5. Gutier. conf. 12. num. 8. Matien. leg. 6. gloss. 1. n. 1. tit. 1. & leg. 7. tit. 1. gloss. 7. n. 3. lib. 5. recopil. & alij.

4 Deinde debet venditionem traditio subsequi, quia ante traditionem nec perfecta venditio censetur, nec dominium transferatur, & consequenter non subicitur poenæ commissi. Sicuti cum communi sententia tradit Anton Gomez. leg. 45. Tauri. num. 94. Couarru. 2. var. capit. 17. num. 7. Clarus §. emphyteutis. quest. 13. numero 3. Aluar. Valalc. de iure emphyteut. quest. 38. num. 10. Gutier. lib. 2. pract. quest. 115. num. 4. Molin. disput. 459. ante med. Rebell. lib. 13. quest. 44. num. 6. & alij passim.

5 Sed an hæc traditio debeat esse realis, vel sufficiat ficta per clausulam constituti Doctores non conueniunt, communior sententia videtur sufficientem esse traditionem per clausulam constituti, siquidem per eam dominium & possessio in emptorem transferatur, & vera alienatio perficitur, dominoque iniuria interrogatur. Sic latet Roland. à Valle, conf. 51. lib. 2. Iulias Clar. §. emphyteutis. quest. 13. ad inr. Tiraquell. de vtroque retractu. tit. 1. gloss. 2. num. 4. & seq. & lib. de constituto 3. part. limit. 2.6 num. 5. Matien. leg. 1. tit. 10. gloss. 6. n. 4. Fachin. lib. 7. controuers. cap. 86. Matth. de Afflicis decis. Neapolit. 97. Petr. Daenias, in select. iur. regul. reg. 40. limit. 3. Gutier. lib. 2. pract. quest. 115. num. 4. & conf. 11. num. 3. Molin. disp. 459. ante med.

6 Verum et si hæc sententia rigore iuris inspecto vera sit, credo tamen contrariam æquiore esse, & securè in iudicando amplecti posse, vt testatur Iulius Clarus. d. qu. 13. num. 4. defenditque Anton. Gom. d. leg. 45. num. 95. quibus consentit Rebell. 2. part. lib. 1. qu. 4. num. 7. & alij quos refert Fachin. d. lib. 7. cap. 86. Mucos, quia esto traditio per clausulam constituti eodem effectus operetur quoad translationem dominij & possessionis ac vera, & realis traditio, at negari non potest traditionem illam solum fictione iuris traditionem esse, ac proinde non veram & realem. Cum autem ad incurendam poenam caducitatis requiratur venditio traditione subsecuta intelligi debet de traditione vera & reali, non de traditione ficta. Tum quia in poenis mitior est interpretatio facienda maxime aduersus rem. Tum quia non constat ius fuisse hæc traditionem poenis veræ traditionis subiectam esse.

7 Insuper requiritur venditionem totius emphyteutis, nam si partis tantum sit illa tantum pars incidit in commissum secundum communionem sententiam quam refert, & sequitur Curtius Iunior de fundo. par. 4. num. 153. Roland. à Valle conf. 17. num. 6. lib. 2. Fachin. lib. 7. controuers. cap. 99. Iulias Clarus §. emphyteutis. quest. 13. vers. non omittatis. Rebell. 2. p.

lib. 13. quest. 4. num. 7. Mol. disp. 459. circa med. tamen cogit trarium censetur Syluest. verbo emphyteutis. q. 11. dist. 2. Mucos, quia alienatio partis non est alienatio simpliciter emphyteutis, ac proinde eorum non est poenale dispositio extra illam partem extendi.

Neque obest deteriorationem vnus partis sufficientem esse ad poenam commissi incurendam totius emphyteutis, quia ea deterioratio facta absolute emphyteutis redditio est deterior, quod secus est in alienatione, cum censetur emphyteutis simpliciter alienata. Quod expresse in feudo decisum est in cap. 1. de vasallo qui contra constitutionem Lotharij regis beneficium alienauit. vbi sic habetur. Si vasallus contra constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, sit totum perdit, totum, si partem perdat partem, & ad dominum revertatur.

Ad idem est si emphyteutis duo sint proprietati in solidum & ex vnus consensu, seu requisitio legali emphyteutis alienata est altero non requisito poena caducitatis solum pro parte domini contempni statuenda est. Non enim decet poenam vltra culpam extendere. Non enim quibus vt indignis aufer. & docuit Syluest. d. q. 13. Angel. verbo emphyteutis. §. 1. Tabiena, ibidem, n. 9. Mol. disp. 459. §. quando duo. Rebell. lib. 13. q. 4. num. 7.

Præterea debet esse venditio in alteram ab emphyteutis alienata. Nam si plures eandem rem in emphyteutum communem habeant, & vnus illorum alterius solum vendat Domino irrequisito, non obinde poenam caducitatis incurrit, qui ex alienatione nec novus emphyteuta constituitur, nec causa Domini deterior redditur. Quinto non tenetur in hac venditione Dominum socio præferre. Secus esset, si emphyteutis communis non esset, sed vnusquisque suam partem diuisam ab alio haberet, quia in eo euentu per venditionem vnus emphyteutis alteri factam nouus emphyteuta constitueretur. Vt bene notat Mol. disp. 460. in fine. Consequiturque Doctores communiter quos refert & sequitur Clarus §. emphyteutis. q. 14. Gamas decis. 242. num. 3. Caldas de nominat. emphyteutis. q. 24. num. 14. & 16. Rebell. de obligat. iustit. 2. lib. 13. q. 4. num. 7.

Item debet esse venditio absoluta. Vnde si sub conditione præstetur interim ac conditio pendet cum non transferatur dominium, nec possessio nulla est occasio poenam caducitatis incurrendi. Ac purificata conditio cum iam venditio absoluta reddatur poenam caducitatis inducit. Vt ex communi docet Gregor. Lop. d. leg. ultim. §. par. 1. verbo la vendida. Mol. disp. 459. §. vtrum autem. Rebell. d. quest. 4. n. 9. Quod si aliquis vendat emphyteutum, & emptori tradat saluo & referuato domini consensu, testatur Clarus ex communi sententia q. 13. §. item quæro, quem sequitur Rebell. d. quest. 4. num. 10. incidere in commissum, quia illa protestatio facta contrario perit. Secus esse inquit prælati Doctores, si illis verbis adderatur non aliter, neque alio modo, quia illa protestatio geminata videtur esse consensus domini requisitio, et saltem poenam caducitatis minuet.

Vtius tamen exillimo cum Mol. ex sola illa protestatione simplici quod venditio præstetur saluo & referuato domini consensu poenam caducitatis excusari, quia si domini consensus referuatur. Ergo venditio & traditio non transferit dominium nec possessionem quousque ille consensus accedat. Neque verum est venditionem, & traditionem illam contrariam esse protestationi, cum non sit perfecta venditio sed sub conditione, & consequenter protestationem non destruit. Neque geminatio illorum verborum non aliter, neque alio modo aliquid superaddit illis verbis saluo & referuato domini consensu. Satis enim hæc verba expriment se velle venditionem non præstari alio modo quàm saluo, & referuato domini consensu.

Præterea aliquibus placet debere esse venditionem absolute pacto redimendi. Nam eo pacto si emphyteuta antequam proprietarius licet constiterit rem recuperet, videtur ex quadam æquitate à poena commissi liberandus, quia illa non videtur censenda perfecta venditio. Quinto etiam illud pactum non intercesserit, si tamen emphyteuta ante litis contestationem aliqua via rem emphyteutam recuperet excusari à caducitate allerunt plures quos refert, & sequitur Villalobos in suo dictionario. commun. spin. verbo emphyteutis. num. 71. Gama decis. 174. n. 2. Rebell. 2. part. de obligat. lib. 13. q. 4. num. 9. & Caldas de nominat. emphyteutis. q. 16. n. 20. & facit Textus in c. si quis Presbyterum de rebus Ecclesie non alienand. ibi nisi forte alienator & qui accepit reueri satisfactione prospexerint. Sed merito hæc restrictio reprobanda est, in leg. sequitur. §. item Labo in fine. ff. de usucapionib. quem communiter Doctores sequuntur teste Iulio Claro §. emphyteutis. qu. 13. num. 6. Matien. leg. 7. tit. 1. gloss. 3. num. 6. Aluar. Valalc. de iure emphyteutis. qu. 38. num. 11. Molin. disput. 459. circa med. Gutier. pract. qq. lib. 2. qu. 15. num. 6. & conf. 12. num. 24. Fachin. lib. 7. controuers. cap. 84. Nam cum per dicta alienationem etiam cum pacto retrocedendi emphyteuta ipso iure incidit in commissum non videtur esse loca

locus recuperationi, cum non sub domino emptoris, sed proprietarii res sit constituta quem emphyteuta privat nequit iure quaesito, & in feudo probat. textus in cap. 1. Quod iuris si possit alienari. factam vassallos feudum recuperet ubi habebat. Haud autem si ipsum alienaverit siquidem illicet licet postea recuperaverit, tamen penes ipsum non remanebit, utpote domino ad quemcumque pervenerit apertum.

11. Potio si facta domini requisitione ipse declaravit se nolle emphyteusim emere, vel absque declaratione elapsum fuerit tempus à lege constitutum, quo emphyteuta expectare tenetur sui proprietarii voluntatem; poterit venditionem perficere, dummodo non sit in personam potentiorum habetur cap. postur. de locato. & leg. ult. Cod. de iure emphyteus. & leg. fin. tit. 8. par. 5. & tradunt omnes.

Notanter dixi in personam potentiorum, Non enim ex facultate emphyteutæ concessa vendendi inferitur cuilibet vendi posse, sed personæ eiusdem conditionis ac est emphyteuta, ne proprietarius grauetur, tum in exigenda pensioe, tum in recuperando domino utili &c. Quapropter Ecclesiæ & Monasterio nequaquam emphyteusim vendere poterit. Quinimo si ipse est secularis, nulloque privilegio munitus nequit eam venditionem Ecclesiasticis, militi, & curiali facere. Vt ex communi tradunt Doctores quos referunt, & sequuntur Iulius Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteus. quest. 2. Gregor. Lopez. d. leg. fin. tit. 8. par. 5. verbo à orden. Gutier. cons. 12. à num. 1. Molin. disp. 4. §. 9. ante med. Rebell. 2. p. lib. 13. q. 4. num. 4.

13. Eandem facultatem vendendi emphyteusim irrequisito domino habebit emphyteuta si à principio contractus dominus alienationem permiserit, quam permittere censendus est si concessionem præstiterit emphyteutæ, & quibus ipse dedit. Quia hæc additio ne superflua censatur intelligi debet de concessione absque proprietarii nouo consensu. Sicuri explicuit Clarus §. emphyteus. q. 1. n. 7. & 9. & de feud. d. 4. 3. Aluar. Valasc. de iure emphyteus. q. 18. n. 28. Molin. disp. 4. §. 9. circa finem. Rebell. q. 4. num. 11.

14. Non caret autem probabilitate emphyteutam fidei ca potestatem vendendi emphyteusim irrequisito fisco gaudere. argum leg. ult. Cod. de fundis parimon. lib. 11. & tradit Bart. & alii quos referunt, & sequuntur Gama. decif. 242. num. 2. Rebell. 2. p. de obligat. iustit. lib. 13. quest. 2. in fine. Ducuntur quia nullum ex ea venditione præiudicium fisco aduenit. Duplex enim præiudicium domino emphyteusis irrogatur ex eo quod absque eius consensu vendatur emphyteusis. Primum est non præferri cæteris emptoribus si emphyteusim emere voluerit, cum ius prælationis habeat. Secundum est, ne possit actionem personalem habere contra nouum emphyteutam quem in possessionem non mittit, quæ præiudicia in fisco cessant, cum fisco non emere, sed vendere sua bona soleat, & actionem personalem habeat adversus quemcumque suorum bonorum possessorem. Ob quam rationem Bald. quem refert, & sequitur Syluest. verbo emphyteusis. q. 17. numero 2. idem censet admittendum in emphyteuta Ecclesiæ sed merito Rebell. cum Bart. contrarium docuit. Nam esto Ecclesiæ actione personali agere possit adversus suorum bonorum possessorem, & in hac parte non præiudicetur; præiudicatur tamen in emptiois prælatione, cum ipsa frequenter soleat bona maxime immobilia emere.

15. Facta autem venditione emphyteusis ex domini consensu, & in personam iure permissa obligatur emphyteuta domino proprietario in recognitionem domini directi laudemium solvere, hoc est quinquagesimam partem pretii accepti tam emphyteusis quam meliorationum. iuxta dict. leg. ultim. Cod. de iure emphyteus. nisi ex consuetudine, aut pacto, aut lege municipali aliud sit præscriptum. Etenim in hoc contractu passionibus contrahendum standum est, quamvis sint contrarie iis quæ à iure communi alias sunt statuta. Sicuti deciditur leg. ult. C. de iure emphyteus. & §. adeo in ius. de locat. & leg. regia penult. tit. 8. par. 5. & probavit Caldas de nominat. emphyteus. quest. 23. numero 46. Molin. disputat. 4. §. 9. circa finem.

16. Sed an nouus emphyteuta, an antiquus hoc laudemium solvere debeat, non conueniunt Doctores. Greg. Lop. d. l. ult. tit. 9. par. 5. verbo no le debe, quem sequitur Rebell. q. 6. num. 1. placuit nouum emphyteutam obligatum esse, quia ipse est, cui potius incumbit hæc domini directi recognitionem præstare. Illud certum à quocumque soluatur ex pretio dato vel accepto pro emphyteusis & meliorationibus detrahendum esse.

PUNCTVM XIV.

Qualiter alio titulo quam venditionis alienare emphyteusim, vel seruitutem imponere irrequisito domino possis.

- 1. Potes irrequisito domino emphyteusim pignori, hypotheca, alterius seruituti subicere. Ferd. de Castro de iust. & iure. Pars II.

- 2. Titulo hæredis, legati, aut nominationis concessa, potes irrequisito domino emphyteusim alienare.
- 3. Communiore sententia est te non posse emphyteusim ad longum tempus locare.
- 4. Ad breue tempus bene potes, & ad longum tempus commo-ditates emphyteusis.
- 5. Domino irrequisito permutare emphyteusim potes.
- 6. Item & donare.
- 7. Et si hæc sententia communiore sint verior est quæ affirmat tam in permutacione quam in donacione consensu domini requisitam esse.
- 8. Non potes in dotem emphyteusim concedere etiam filia domini irrequisito.

Alia sunt in præsentia, in quibus Doctores conueniunt & alia in quibus dissentiunt. Conueniunt Doctores te posse irrequisito domino emphyteusim hypotheca, pignoris alterius seruituti subicere, quia ex hac subiectione dominus directus non præiudicatur; cum emphyteusim in alium non transferas, neque seruitutem ultra tempus emphyteusis extendas argum. leg. tutor. §. ult. & leg. veltigali. ff. de pignorat. tit. act. leg. regia ult. tit. 8. par. 5. & tradit Glossa leg. ult. Cod. de iure emphyte. verbo alius vendere Iulius Clarus §. emphyteusis. q. 18. Padilla in leg. & in provinciali. Cod. de seruituti. n. 6. Gama decif. 108. & decif. 240. & 242. Mol. disp. 461. in fine. Rebell. 2. par. lib. 13. quest. 4. num. 11. Fachin. lib. 3. cap. 98. & alij passim.

Secundò conueniunt titulo hæredis, legati, aut nominationis tibi concessa cum emphyteusim accepisti, posse irrequisito domino emphyteusim alienare, quia eâ alienationem ex consensu domini præstare ceteris. Sicuti ex communi tradit Clarus §. emphyteusis. q. 15. Sarmiento lib. 2. sect. cap. 2. num. 15. Mol. disp. 461. circa finem. Rebell. 2. p. de oblig. lib. 13. q. 5. n. 1. Lessius lib. 2. c. 24. n. 54. Laym. lib. 3. sect. 5. tract. 4. c. 23. num. 9.

Tertiò communiore sententia astruit te non posse emphyteusim ad longum tempus locare, quia locatio ad longum tempus est emphyteusis alienatio. Vt multis comprobatur Padilla in leg. voluntas, num. 18. de fideicommissi. Ant. Gom. leg. 40. Tauri. n. 54. ac proinde est roni emphyteutæ creatio, vt in pr. huius. disp. probatum est. Ad emphyteusim pretio accepto alienare, & nouum emphyteutam constituere tibi interdicitur est, leg. ult. Cod. de iure emphyteus. & aliis, & pluribus relatis docent Iulius Clarus, q. 19. & 20. Greg. Lop. d. leg. regia fin. tit. 8. par. 5. verbo la venda. Aluar. Valasc. de iure emphyteus. q. 29. num. 23. Gama decif. 267. n. 5. Caldas de renouat. emphyteus. q. 10. num. 10. Mol. disp. 461. post princip. Rebell. 2. p. lib. 13. q. 5. n. 1. Lessius lib. 2. c. 24. n. 56. tametsi contrarium censent Couarru. 2. var. cap. 10. n. 2. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 20. n. 17. Arias Pinel. leg. 1. Cod. de bonis matern. 3. p. num. 71.

Quartò conueniunt Doctores nuper relati ad breue tempus te posse emphyteusim locare, quia ea locatio non est domini translatio. Item posse ad longum tempus non vsum fructum formaliter, seu emphyteusim, sed illius commo-ditates. Nam inde nullum domino præiudicium inferitur, cum ipse maneat obligatus ad pensiois solutionem, aliaque onera emphyteutæ, sicuti si commoditates non concessisset.

Dissentiunt tamen Doctores quoad permutacionem & donacionem, an inquam permutare, vel donare emphyteusim possis domino irrequisito? Et quoad permutacionem attinet, communiore sententia quam referunt, & sequuntur Syluest. verbo emphyteusis q. 17. Clarus ibi. q. 17. Gregor. Lopez. d. leg. ult. tit. 8. par. 5. Mol. disp. 461. in ius. Lessius lib. 2. cap. 24. dub. 9. n. 4. Laym. lib. 3. sect. 5. tract. 4. c. 23. n. 9. Affirmat te posse, dummodo ante traditionem moneas proprietarium, vt videat an nouus emphyteuta sit persona idonea, eumque in possessionem mittat, ab eo que accipiat laudemium. Ducitur quia emphyteusis alienatio ob pretium acceptum, seu ob rem quæ loco pretij habeatur videtur interdicta leg. 3. & ult. Cod. de iure emphyteusis.

Temperant autem hæc sententiam alios referens Gregor. Lop. Molin. Laym. ne procedat, cum commutatio emphyteusis præstatur pro rebus quæ pondere, numero, & mensura consistunt, vt oleo, tritico, vino, arctibus, aliisque similibus, quas æquè bene proprietarius dare poterat, quia rationi consonum est, vt casu moneatur, & alius emptoribus si emere velit præferatur.

Quoad donacionem attinet id ipsum communiore sententia videtur astruere scilicet te posse irrequisito Domino emphyteusim donare, dummodo ante possessionem moneas dominum vt nouum emphyteutam in possessionem mittat, si nihil habet, quod ei legitime opponat. Sicuti inquit Gloss. d. leg. ultim. Cod. de iure emphyte. verbo emphyteusis, quest. 15. Gregor. Lopez. d. leg. ult. verbo la venda. Mol. d. disp. 461. post med. Lessius, Laym. loc. cit. Ducuntur, quia nulla est causa monendi Dominum ante donacionem, cum ipse nullum



ius habeat praerogationis comparatione donatarij a te designari. Non enim teneris ipsi donare, neque in eius iure, & potestate exigendi praerogationem praedictam, cum novus emphyteuta ab eo successuram accipiat.

Ceterum etiam haec sententia videantur communiores, & securae eas in foro conscientiae, & externo amplecti possis? vtiorem tamen existimo quae affirmat tam in permutatione, quam in donatione consensum domini requirendum esse, vt deliberet an persona a te designata idonea sit, nullumque ei impedimentum legitime apponi possit. Quae fuit sententia Bart. in d. leg. vlt. Glo. leg. i. Cod. de fundis patrimonialib. Andreae Fachinei lib. 3. controuers. cap. 97. & lib. 6. c. 98. & lib. 10. c. 68. Rebellei 2. p. de obligat. iustit. lib. 13. q. 1. n. 1. & colligitur ex l. 1. Cod. de fundis patrimonialib. Moucor tum ex leg. 3. Cod. de iure emphyteus. vbi inquit imperator minime licere emphyteuta sine consensu domini meliorationes suas alius vendere, vel ius emphyteuticum transferre, quae verba de qualibet translatione siue titulo oneroso, siue lucrato intelligi debent. Neque refert si dicas consensum domini post celebratum contractum permutationis intelligendum esse, quia Iustinian. expressit de deuntiatione ante contractum loquitur, & aequae venditioni, ac translationi illam requirit. Constat autem in venditione requirendum esse dominum ante contractum celebratum. Ergo etiam in donatione, & permutatione, & qualibet alia translatione. Tum ex §. adeo insit. de locat. vbi nomine alienationis intelligit lustran. non solum venditionem, sed donationem. ibi vendiderit, donauerit, aut dotis nomine dederit, alioque quocumque titulo alienauerit.

Praeterea communis est sententia concessum non esse emphyteuta sub emphyteutica re, seu nouum emphyteutam irrequisito domino constituit. Vt cum communi tradit Mol. d. 461. §. 471. Quod ab opposita sententia necessario eueritur. Deinde quod fundamentum est, vt cum emphyteusis pro rebus quae a domino commodè solui possunt commutatur non dandus sit, non autem cum commutatur pro rebus immobilibus maxime si has etiam dominus aequae ac alius emptor dare possit? Tandem & praecipue me mouet. Contraria sententia astitit ante traditionem, & possessionem rei emphyteuticam requirendum esse proprietarium, vt videat an persona idonea sit cui donatur, vel quocumque permutatur emphyteusis. At si ante permutationem, & donationem celebratam requisitio fieret, domino commodior esset, cum liberius posset iudicium ferre de noui emphyteutae idoneitate, vixote qui nulli eius iuri quaesito derogaret, ipsi etiam emphyteutae minus gratis, & damnosa esset. Negari enim nequit dure laurum donationem, seu permutationem factam sibi reuocari quod non ita a gre ferret, si nulla donatio, aut permutatio facta esset, occasioque non leuis praeratur excitandi lites.

Adde si irrequisito domino celebrari donatio, & permutatio absoluta potest, non video qua ratione donatarius cogere non possit, vt sibi donatum, & permutatum concedatur. Quinimo ipse ex clausula communiter in contractu apposita, dedit §. permutauit, poterit rem ipsam occupare, iuxta leg. ex stipulatione. ff. de acquirend. possess. & ibi Alberic. & Iason. n. 4. Alias erit donatio, & permutatio non absoluta, sed conditionalis a iudicio, & consensu proprietarii pendens.

Hinc inferitur te non posse in dotem emphyteusim concedere etiam filiae domino irrequisito, quia est perfecta illius translatio, & alienatio. Neque video qua ratione Bart. Iason, & alij quos referunt, & sequuntur Syluest. verbo dos, quaest. 8. Gama de ci. 127. num. 2. Mol. disp. 461. prope finem, defendant te non posse extraneae in dotem emphyteusim concedere, bene tamen filiae, cum aequae in vtroque euentu alienatio intercedat, ac proinde in vtroque negandum est. Et in materia feudi videtur expressè decisum, in cap. 1. §. donare. Quae tamen olim feudum poterat alienari. Quod si aliquando in dotem feudum & emphyteusim dones, censenda sunt donari quoad commoditates, non verò quoad dominium vtile.

PUNCTVM XV.

De successione emphyteusis, & feudi.

§. I.

Quotuplex sit emphyteusis, & feudum quoad successionem?

- 1. Emphyteusis, & idem est de feudo, alia est noua, alia antiqua.
- 2. Si concedatur an emphyteusis sit noua, an antiqua, regulariter antiqua praesumenda est.

- 3. Emphyteusis, & feudum aliud est hereditarium simpliciter, aliud hereditarium mixte, aliud ex pacto, & prouidentia.
- 4. Explicatur exemplis diuisio emphyteusis, & feudi hereditarij simpliciter, & hereditarij mixte.
- 5. Exempla emphyteusis, & feudi ex pacto & prouidentia proponuntur.

Pro quaestionibus sequentibus decidendis praemittenda est diuisio emphyteusis & feudi communiter a Dodonibus recepta. Emphyteusis (& idem est de feudo) alia est noua, alia antiqua. Emphyteusis noua nuncupatur quae a primo instituyente habetur nullo possessore priore procedente. Antiqua quae ab aliis prius possessa est, & inde ad eorum posteritatem deriuatur.

Quod si controuersia oriatur, An sit emphyteusis noua an antiqua, regulariter conueniunt doctores antiquam praesumendam esse. Vt sentit Glossim c. 1. §. vlt. de success. fin. vel grad. succedendi in feudo, & alij quos refert, & sequitur Menoch. de arbitrar. lib. 2. cont. 2. casu 191. n. 7. & de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 93. Quod maxime verum habet si emphyteuta vel vasallus fiat in possessione, contendaturque emphyteusim, seu feudum esse antiquum domino contrarium asserente. Nam tunc ratione possessionis stat pro vasallo praesumptio, & domino incumbit probare esse nouum, vt pluribus firmant Tiraquel. tract. de veritat. consanguinit. §. 32. gloss. 1. num. 98. & leg. Menoch. d. casu 191. num. 2. Facor tamen mihi non displicere sententiam in qua propeferat Menoch. & affirmant Fachin. lib. 7. controuers. c. 5. nec nouum, neque antiquum praesumendum esse, sed vtrique vasallus, & dominus probationes exhibere tenentur, quibus deficientibus vtrique parti deferendum est iuramentum. Quo delato iudex arbitrabitur iuxta personarum qualitatem, & conditionem, cui parti magis aequae ferre debet. Sicuti expressè colligitur ex c. 1. de success. frat. & gradib. succedendi in feudo, & c. 1. §. de feudo defuncti contentio sit inter dominum & agnatum.

Deinde emphyteusis & feudum aliud est hereditarium simpliciter, quia ex vi prioris concessionis ad quoscumque haeredes etiam extraneos transferri potest. Aliud ex pacto, & prouidentia, quia eius successio ex pacto a principio initio mensuranda est. Alia est emphyteusis, seu feudum hereditarium mixte, quia ex hereditario & ex pacto miscetur; cum non quibuscumque, sed aliquibus, siue haeredibus conferri possit. Sicuti haec latius tradunt Caldas de nominat. emphyteus. q. 2. a. num. 11. & q. 3. num. 20. Iulius Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis. q. 16. n. 1. & §. feudum q. 3. n. 4. Arias Pinel. leg. 1. Cod. de bonis mater. 3. p. 87. Mol. disp. 472. post iuris. Rebellei 2. p. de obligat. lib. 13. q. 1. Layman lib. 3. §. 1. tract. 4. c. 23. n. 12. & alij.

Exemplis diuisionem explicemus. Si enim concedas emphyteusim, vel feudum Petro pro se, siue haeredibus, & successoribus quibuscumque non est dubium esse hereditarium simpliciter. Et idem est si in perpetuum concedatur. Vt bene cum communi sententia aduertunt Panormit. cap. in presentia num. 23. de probat. Felin. ibi. n. 27. Couarru. 1. var. cap. 17. num. 5. conel. 3. & 4. & cap. 17. num. 7. Iulius Clarus §. emphyteusis. q. 6. n. 4. & q. 2. n. 5. & leg. Mol. disp. 469. conel. 1. At si dicas pro se, siue haeredibus nullo alio expresso distinguendum est. Si emphyteusis sit privati hereditaria conferri debet. Vt docent Iulius Clarus q. 16. Arias Pinel. Molin. Rebellei. loc. citatis.

Verum si emphyteusis sit Ecclesiastica variat Doctores. Nam plures quos refert, & sequitur Iulius Clar. q. 23. num. 6. Aluar. Valasc. de iure emphyteus. q. 39. num. 9. Caldas de nominat. emphyteus. q. 23. num. 11. Gama de ci. 127. n. 3. & 4. Rebellei 2. p. de obligat. iustit. lib. 13. q. 1. n. 5. negant esse simpliciter hereditariam, cum non ad extraneos haeredes, sed solum ad descendentes extendatur, argum. Authent. de nouo alienand. §. emphyteusim, vbi emphyteusis Ecclesiastica ad duos tantum descendentes permittitur extendi.

Verum eus haec sententia communior sit, inspecto tamen rigore iuris vtiorem existimo contrariam nempe emphyteusim concessam alicui pro se, siue haeredibus hereditariam simpliciter esse. Sicuti docuit Panormit. cap. in presentia. n. 27. de probat. Couarru. 2. var. cap. 16. num. 7. conel. 4. Bart. & alij quos plena manu refert Clarus d. q. 23. n. 6. Paul. Layman. lib. 3. sum. sect. 1. tract. 4. cap. 23. n. 12. conel. 3. propeferat noster Molin. disp. 469. ante med. & 472. §. quod si. Fundamentum est, quia dictum Authent. de alienat. §. emphyteusim, correctum est per Authent. de alienat. & emphyteus. §. licentiam, vbi permittitur concedi emphyteusim pro omnibus descendentes.

Praeterea interveniente iusta causa, & solemnitate requisita potest Ecclesia sua bona dare in perpetuum emphyteusim. Cum autem nomine haeredum non solum cognati, sed extranei intelligantur. leg. haeres in omne. ff. de acquir. heredit. leg. haereditas. ff. de Regul. iuris. leg. nihil aliud ff. de verb. significat. & iure canonico non reperitur haec significatio collecta.

sed potius in omni sua latitudine accepta, afferendam est emphyteusim concessam alicui pro se, suisque hæredibus ad omnes extendi. Constitutio enim illa Imperatoris neque ab Ecclesia recepta est, imo eius gubernationi, & potestati quam habet alienandi ex causa iusta, & leuatis solemnitatibus sua bona derogat. Præterquam quod solum disponit de Constantinopolitana Ecclesia, & aliis eiusdem vrbis locis.

Quoad feudum attinet etsi Doctores in varias sententias diuisi sunt. Vt videre est apud Fachin. lib. 7. controuer. iuris, cap. 3. & 4. communior veriorque sententia astitit concessionem pro se, & hæredibus non esse simpliciter hæreditariam, cum solum ad liberos, & descendentes, seu hæredes sanguinis extendatur. Nam licet nomen hæredis comprehendat non solum descendentes, & extraneos, non tamen in materia feudali, in qua eius significatio restricta est ad solos descendentes hæredes, iuxta cap. 1. §. si clientulus. de alienat. feudi. in d. c. 1. §. similiter. vers. profecto. De lege Corradi, cap. 1. §. hoc quoque de successu feudi. & alia plura concessa à Fachin. d. c. 3. & tradunt innumeris ab ipso relati, quibus adhæret Aluar. Valac. de iure emphyt. quest. 44. num. 12. Caldas de nominat. emphyteus. q. 2. num. 1. & 2. Mol. disp. 472. ante med. Laym. lib. 3. sect. 5. tract. 4. c. 2. 4. Ex his constat quæ sit emphyteusis, & feudum hæreditarium mixtè. Vtrumque enim petit vt successores in ea emphyteusis, aut feudo simul hæres sitis afferant: autem quia hæreditarium simpliciter quoscunque hæredes comprehendit: at hæreditarium mixtè non nisi aliquos determinatos.

5 Exempla verò emphyteusis, & feudi ex pacto & propiendia facilia sunt. Sunt enim omnes concessiones in quibus nulla sit mentio hæreditatis. Sicuti si concederes alicui emphyteusim aut feudum ad eius vitam vel pro tempore determinato, vel ipsi eiusque liberis, aut quos ipse nominauerit. Ad idem est si alicui abique vlla determinatione emphyteusim seu feudum concederes, concessio est ex pacto, quam tamen communiter Doctores Couarrua. 2. var. capite 16. numero 6. Clarus §. emphyteusis. quest. 28. numero 1. Molin. disputat. 469. conclus. 2. extendunt vt comprehendat non solum primum possessorem, sed etiam duos illius successores iuxta §. emphyteusim. Authenti. de non alienandis. Vbi concessio emphyteusis Ecclesiastica ad duas generationes extenditur. Ergo à fortiori extendi debet concessio emphyteusis priuati.

§. 11.

An filius succedens patri in emphyteusim, vel feudum parenti eiusque liberis concessum possit succedere quamvis hæres non sit?

- 1. Proponitur ratio dubitandi.
- 2. Dicendum est in ex concessione emphyteusis, & feudi possit filium repudiata hæreditate parentis emphyteusim obtinere, non tamen feudum.
- 3. Si aliquam ob causam filius hæres parentis non fuerit, non obinde à feudo ex pacto excludendus est.

1 Rationem dubitandi intulit caput. 1. An agnatus, vel filius ex lib. feudor. ubi inquit Imperator. Si contigerit vna saltem sine omni prole decedere, agnatus ad quem vniuersa hæreditas pertinet repudiata hæreditate feudum si paternum fuerit retinere potest (& pariter inter ceteros) ubi verò filium reliquit ipse non potest hæreditatem sine beneficio repudiare, sed aut vtrumque retineat, aut vtrumque repudiet. Et quamuis variæ sint Doctorum sententiæ, an ex feudo hæreditario, an ex conventionione textus loquatur, mihi certum videtur de feudo ex pacto loqui. Tum quia simpliciter, & absolute loquitur nulla hæredum mentio facta. Tum quia si de hæreditario loqueretur non permitteret agnatum repudiata hæreditate feudum retinere. Atque ita docent Actas Pinel. leg. 1. Cod. de bon. matern. q. p. n. 8. 5. Aluar. Valac. de iure emphyteus. q. 44. num. 4. Couarrua. 2. var. c. 18. num. 4. Fachin. lib. 7. controuer. cap. 5.

2 Dicendum igitur est in ea concessione emphyteusis & feudi possit filium repudiata hæreditate parentis emphyteusim obtinere, non tamen feudum. Sic ex prædictis Doctoribus, colligit noster Molin. disputat. 472. §. antequam. Fundamentum est, quia ex vi concessionis non astringitur filius vt emphyteusim, vel feudum obtineat hæres esse patris, cum nulla hæreditatis mentio facta sit. In iure autem ciuili & canonico nihil in hac parte de emphyteusis dispositum est, bene tamen de feudo dicit. capite 1. An agnatus, vel filius.

Quod si roges quare in feudo statuitur, vt descendens vltimi possessoris necessario debeat esse illius hæres, vt feudum ex conventionione retineat, non tamen in emphyteusis, respondere

Herb. de Castro de iure. Pars II.

congruenti possumus, quia feudum ex se, & ex sui natura ad solos liberos, & descendentes extenditur, qui strictius videntur ad reuerentiam suis maioribus præstandam. Si tamen in istis, cur permittitur agnato vltimo possessoris repudiata hæreditate illius feudum obtinere, non tamen filio: Respondeo Dauren. in consuetudinib. feudor. cap. 11. num. 9. causam esse pietatem, & reuerentiam quam filius parenti debet, quam censetur offendere repudiando eius hæreditatem. Cuiusmodi verò eo cap. 1. quem refert, & sequitur Fachin. lib. 7. controuer. cap. 5. placet statutum esse, quia filius à parte feudum accipit, at agnatus non tam ab vltimo possessore quam à primo habere censendus est.

Moneo tamen, si aliquam ob causam filius hæres parentis non fuerit, vel quia incapax, vel quia pater nulla alia bona præter feudum reliquit, vel quia cetera confiscata sunt, non obinde à feudo ex pacto excludendum esse, cum nulla sit hæreditatis repudiatio, que sit conditio ab Imperatore in dicto cap. 1. petita. Sicuti docet Fachin. lib. 7. controuer. cap. 4. in fine.

§. 111.

An emphyteusis, seu feudum alicui, eiusque liberis concessum extendatur ad naturales, illegitimos, spurios, & legitimatos à Principe?

- 1. Filij naturales, illegitimi, & spurij à feudo excluduntur.
- 2. An si princeps aliquem expresse legitimare, vt in feudo succedat, eius dispositio effectum habeat? Distinctio resoluatur.
- 3. An in præiudicium agnatorum legitimatio effectum habeat?
- 4. Cessante causa publicâ nullum sortitur effectum, stante seruitute.
- 5. Legitimati per subsequens matrimonium capaces sunt feudi, sicuti constante matrimonio nati fuissent.
- 6. Emphyteusis Ecclesiastica non debet censi concessa illegitimis.
- 7. Non interdicitur quis illegitimis emphyteusis, & feudum concedi possit causa interueniente.
- 8. Legitimati rescripto Principis secularis in emphyteusis, aut feudo Ecclesiastico nequeunt succedere.
- 9. Summus Pontifex legitimare poterit filios illegitimos, vt in emphyteusis, & feudo Ecclesiastico succedant causa iusta & publicâ intercedente.
- 10. Si sit emphyteusis priuati, & concedatur alicui pro se eiusque liberis an illegitimi naturales comprehendantur? Negant plures.
- 11. Contraria sententia nempe illegitimos naturales comprehendit legitimis deficientibus amplectenda est.
- 12. Mens concedentis emphyteusim inuestiganda est circa prædictam successionem, & illa obseruanda.

Quoad feudum attinet omnes Doctores conueniunt excludos esse naturales illegitimos, & à fortiori spurios, nisi concedens feudum id expresse legitimet, vt in feudo succedat; eius dispositio effectum habeat? Affirmatur Gloss. in d. §. naturalis. Curtius Junior, Alexand. Roland. à Valle & alij plures quos refert Fachin. lib. 7. cap. 49. quorum fundamentum est potestas Principis, ob quam potest suis legibus legitimatos à successione feudi excludentibus derogare. Contrarium docuerunt alij plures ad ipsomet Fachin. relati nitentes domini præiudicio. Sed vtramque sententiam rectè conciliat Fachin. d. c. 49. Priorem affirmat verum habere, si grauis causa & publicâ vtilitas intercedat. Nam hac interueniente non solum Princeps dispensare in suis legibus potest, sed iuri quæ sito alteri derogare. argum. leg. 1. §. vlt. ff. de iniuria. leg. adificari. Cod. de opere publico. & tradit Decius, cap. quæ in ecclesiasticum. n. 19. de consuet. Abbas n. 11. Felin. n. 26. Andreas Gayll. lib. 2. obseruat. 56.

Verum cessante hac causa nullum in parte effectum legitimatio habebit, quia absque causa nequit ius alteri quæ sito tollere, quamvis possit in suis legibus dispensare. Vt bene Couarrua. lib. 3. var. c. 6. n. 8. Zafus cons. 20. n. 7. lib. 2. Andreas Gayll. supra, quos refert, & sequitur Fachin. d. c. 49.



3. Gravior difficultas est, An in præiudicium agnatorum legitimatio effectum habeat. Et ratio difficultatis est, quia agnati quibus ex antiqua iustitia competit successio in feudo nullum ius quantum habent, sed querendum: at iuri querendo & in spe facillius derogatio contingit. *leg. vlt. Cod. de acquir. possess. leg. qui aut em. ff. quæ in fraudem creditor. leg. si sponsus. §. si maritus. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Præterquam quod Princeps non tollit vllum ius agnatis, sed differt, & casu quo tollat non tollit directè, sed indirectè quatenus ab illegitimo remouet successiois obstaculum. Atque ita affirmatur in *d. §. naturalis. Decius cons. 16. n. 10. Alciat. cons. 17. l. Iulius Clarus §. feudum q. 82. Roland. à Valle. cons. 3. num. 142. l. b. 1.*

4. Sed iuxta præcedentem quæstionem existimo hanc difficultatem decidendam esse: stante enim causa graui & publicæ, certissimum censio posse Principem legitimare, vt in præiudicium agnatorum legitimatus succedat. At ea cessante contrarium existimo dicendum. Sicuti post alios tradiderunt Andreas Gall. *lib. 2. vlt. seruat. 142. n. 15. Menoch. cons. 181. nu. 2. l. 2. & cons. 102. n. 168. lib. 3. Fachin. lib. 7. contr. c. 10.* Non enim Princeps pro libito auctore alteri ius suum potest *leg. d. quod nostrum ff. de Regal. iuris leg. quoties. Cod. de præscript. imperat. offerend.* At agnati ius succedendi habent deficientibus legitimis filijs ex primo feudi institutore, quod ius non est tantum in spe, & futurum, sed præsens, & certum. Ergo illi derogare absque causa legitima Princeps nequit. Argumentum verò contrariæ sententiæ procedit de iure incerto futuro. Neque verum est nullum agnatis tolli ius ex hac legitimatone, cum ab illis tollatur possessio feudi viuentis legitimato. Quod ius etiam indirectè non est permissum tolli.

5. Illud certius asserendum est legitimatos per subsequens matrimonium capaces esse feudi, sicut si à principio constante matrimonio nati sint, præferendisque esse quibusuis alijs postmodum natis. Quod adeo verum est vt etiam si primus institutor, solummodo ex legitimo matrimonio natos vocauerit, hos sic legitimatos censendas esse comprehendisse. Nam cum semper præsumi debeat quælibet in iurum bonorum dispositione le velle legibus accommodare, & leges maxime canonicæ, *cap. tantum. cap. ex renore. Qui filij sunt legitimi.* reputent hos legitimatos in fauorem matrimonij, ac si verè ex legitimo matrimonio nati essent, ita vt hæc legitimatio retrahatur ad pundum natiuitatis, consequens est, vt successores feudi tanquam legitimi censendi sint. Sicuti docuerunt alij relatis Couarruu. *lib. 4. decretal. 2. p. c. 3. §. 2. n. 39. Fachin. lib. 7. controuer. cap. 5. l. Mol. disput. 47. post med. Clarus §. feudum q. 82. n. vlt. tradit expressè Glossa in cap. innotuit de electione: vbi Episcopum legitimatum subsequenti matrimonio decidit eligi posse, ac si à principio constante matrimonio natus esset.*

6. Quoad emphyteusim attinet, cum alia sit Ecclesiastica, alia civilis de vtraque sigillatim dicendum est. Et quidem emphyteusim Ecclesiastica nunquam censi debet concessa illegitimis. Nam cum Ecclesiastica hos exolos habeat præsumi non debet (nisi id aperte exprimat) illis velle sua bona communitate. Sicuti ex communi docent Clarus §. emphyteusis, *quest. 10. Caldas de nominat. emphyteus. q. 7. num. 39. & q. 19. num. 28. Gigas de pensionib. q. 19. num. 6. Mol. disp. 47. ante med. Saa. verbo emphyteusim. n. 4. Laym. lib. 3. sum. sect. 5. tract. 4. cap. 23. num. 11.*

7. D. xi. nisi id aperte exprimat. Non enim impeditur quin illegitimis emphyteusim, vel feudum concedere possit cau. à iustitia interueniente. Sicuti esset, si ipse, vel eius parens essent de Ecclesia benemeriti, si maiorem pensionem offerunt, si diligentius præsumuntur rem administraturi. Vt bene Mol. adnotat *d. disp. 47. §. quando Ecclesiastica.* Ex eo autem quod alicui illegitimo eiusque filijs concessa sit, non est præsumendum filijs eius illegitimis nascituris concedi, quinimo nec natis si alios legitimis habeat. Nam cum illa concessio sufficienter de filijs legitimis explicari possit nulla est causa cur ad illegitimis extendatur. Secus esset si nulli alij filij nati essent præter illegitimis, & concessio facta esset ei, eiusque liberis. Sic tradit Cal. *d. de nominat. emphyteus. q. 19. num. 6. l. & quest. 20. numero 4.* quem sequitur Mol. *d. disp. 47. circa med.*

8. Legitimati verò rescripto Principis secularis in emphyteusim, aut feudo Ecclesiastico nequeunt succedere, quia Princeps secularis solum legitimare potest quoad successionem bonorum quæ sibi subduntur qualia non sunt Ecclesiastica. Atque tradit Iulius Clar. §. emphyteusis, *q. 3. l. Gigas, de pensionib. q. 19. n. 6. Caldas de nominat. emphyteus. q. 21. n. 19. Gregor Lopez l. 4. tit. 15. p. 4. verbo todas las honrras. Mol. disp. 48. post med.*

9. Princeps verò Ecclesiasticus scilicet summus Pontifex legitimare poterit filios illegitimos vt in emphyteusim, & feudo Ecclesiastico succedant causâ iustâ & publicâ intercedente. Sicuti de Principe seculari diximus, debet autem id sufficienter exprimeret. Nam ex eo tantum quod legitimati quem reddat absolutè, non est censendus legitimare

quoad successionem feudi, & emphyteusim, cum plerumque hæc successio in auium præiudicium cedat.

Si verò sit emphyteusim priuati, & concedatur alicui pro se, cuiusque liberis non leuis est inter Doctores controversia an illegitimi naturales comprehendantur? Negat comprehendi Decius *cap. in præsentia. num. 22. de præiudicib. & libi Berouis num. 125. Auehus Corbul. de iure emphyteus. cap. 12. num. 56. & alij apud ipsos. Ducuntur ex leg. situm. ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. vbi definitur filium cum esse qui ex viro & vxore natus est. Ego nomine filij illegitimi comprehenduntur non debet, maxime in materia odiosa & præiudiciali, licet sit emphyteusim successio, præiudicium enim concedenti ad quem difficultus dominum vile reuertitur.*

Contraria sententia nemp illegitimos naturales comprehendendi legitimis deficientibus communiot est, adeoque est a nobis amplectenda, quam docuerunt post alios antiquiores quos referunt Iulius Clar. §. emphyteusis, *q. 10. Mol. disp. 47. paulo post init.* Fachin. *lib. 8. controuer. cap. 9. l. Fundamentum delimitur ex leg. ex facto. §. si quis rogatus ff. ad Trebellianum. vbi inquit Conulutus. Si quis rogatus fuerit si sine liberis decesserit vt restituat hereditatem. Papinian. scribit etiam naturalem filium efficere vt deficiat legitimus. Ecco qualiter naturalis filius nomine filiorum comprehenditur, & ad successionem admittitur filijs legitimis deficientibus.*

Neque obest si dicas id procedere in vltimis voluntariis quæ latiore, & benigniorem habent interpretationem, non autem in contractibus qui sunt stricti iuris, quia cum interpretatio vltimarum voluntatum cedit in tenui præiudicium, vti cedebat in casu prædictæ legis cum sublimius excludatur, quæ stricta interpretatio adhiberi debet ac contractibus.

Hæc sententia procedit, cum mens concedentis emphyteusim inuestigari non potest. Nam prius censio examinandas esse circumstantias confessionis, & ex illis inuestigandum, an voluerit naturales filios comprehendere. Sicuti dicit Vlpian. *in d. leg. ex facto. §. si quis rogatus.* Mihi autem quoad naturales liberos attinet voluntariis quæstio videbitur esse, de quibus liberis testator senserit; sed hoc ex dignitate, & voluntate, & conditione eius qui fideicommissum accipiendum est, & aduertit Fachin. *d. cap. 98.*

§. IV.

An ad feudum, & emphyteusim feminæ admittendæ sint?

1. Femina, carumque filij à feudi successione excluduntur, nisi expresse in iustitia admittantur.
2. Si in feudo nullum sit præstandum personale obsequium, vel quod præstandum sit à femina præstari potest ad successionem feudi admittitur.
3. Item admittitur femina in feudo si quis expresse in iustitia sicut concessum.
4. Item secundum aliquos succedit femina in feudo emptio, sed non approbat.
5. Etiam quo femina ad feudum admittuntur intelligendi sunt ad ipsa deficientibus masculis.
6. In feudo pro masculis & feminis instituto masculis existens in gradu remotiori linea diuersa excludit feminam existentem in proximiori linea.
7. An femina (vel ad feudum admissa eo quod masculus defuerit, si postmodum nascatur, illius natiuitate excludenda sit? Affirmant aliqui. Resoluitur oppositum, & respondetur contrariis.
8. An si femina exclusa sit à feudi successione, eo quod masculus existens, exclusa censetur in perpetuum, ita vt deficientibus masculis non possit feudum obtinere? Communior sententia affirmat.
9. Contraria tenenda est, & satisfit oppositum.
10. Quoad emphyteusim attinet siue secularis sit siue Ecclesiastica, femina æque ac masculis admittuntur, nisi aliud expresse cautum fuerit.
11. Si accipiens emphyteusim stipulatus fuerit pro se, & filijs suis, communior sententia censet solos masculos esse admittendos.
12. Perior est contraria sententia, & satisfit fundamentum oppositum.
13. Si stipulatus fuerit pro te, tuisque successoribus masculis femina excluduntur, ne potes etiam non irem, nisi in feudum maioratus emphyteusis concessa esset.

Esta est sententia ab omnibus recepta feminas, illarumque filios à feudi successione excludi, nisi expresse in iustitia admittantur. Vt expresse habetur *cap. 1. §. & quin vltimus, de his qui feudum habere possunt, vbi inquit* Inpetra

Imperator. Hoc autem notandum est quod licet filia ut masculi...

Temperant autem hanc doctrinam plures graevusque Doctores...

Secundo temperant conclusionem Roland. à Valle conf. 87...

Tertio temperant gravissimi Doctores, quos referunt, & sequuntur...

Ceterum haec restrictio ex hoc solo capite non probatur. Non enim ex eo...

iam ex hoc capite, & non ex emptione feminae admittentur.

Et autem euentu quo femina ad feudum admittuntur intelligenda sunt...

Sed rectius mihi videtur locuti, qui conjunctionem simultaneam...

Sed difficultas est An in praedicto feudo pro masculis & feminis...

Grauior est difficultas, An femina semel ad feudum admittatur...

Et contra Doctores quaerunt, si femina exclusa sit à feudi successione...

figurat ac non amplius, quasi diceret, textus. relicto masculo nec tunc nec postmodum femina admittitur, sed perpetuo exclusus sunt. Præterea regula generalis est quod feminæ ad feudum non admittantur, ergo in casu dubio ea interpretatio facienda est quæ dispositioni iuris communis fuerit conformior.

9 Sed rectius contrarium docuerunt plures quos refert, & sequitur Iul. Clarus lib. 4. sentent. §. feudum. q. 80. Mol. disp. 47. §. ante med. Nam accipiens feudum, si sibi suisque hæredibus masculis & feminis intendit ad feminas deficientibus masculis peneniat. At si feminæ semel exclusæ eo quod masculi existebant censendæ sunt in perpetuum exclusæ, raro eius intentio quod feudum ad feminas perveniat effectum habebit, siquidem ex vnicâ masculorum successione illis existentibus perpetuo excluduntur.

Præterea cap. 1. §. filia de success. feudi. & cap. 1. de eo qui sibi vel hæredib. Et. solum dicant feminam non succedere existentibus masculis, vel donec masculi supersint. Ergo illis non supersstantibus succedunt. Quapropter cum in d. cap. 1. §. quin etiam, dicitur relicto masculo ulterius feminas non admitti. Explari debet ulterius id est dum masculus supersit. Neque in præteriti casu censendum dubiam esse, sed manifestam.

10 Quoad emphyteusim attinet res secularis sit, siue Ecclesiastica certum est feminas aequè ac masculos admitti, nisi expressè à contrahentibus cautum fuerit ut feminæ non admittantur, vel non admittantur existentibus masculis. Sicuti habetur §. emphyteusim in Authent. de non alienand. reb. Eccles. ibi sibi tantum masculis, aut feminis, aut nepotibus virisque natura: traduntque cum communi sententia paucis in contrarium relatis Covarr. 2. var. c. 18. n. 1. Clarus §. emphyteusim. q. 32. Caldas de nominat. emphyteusim. q. 23. n. 8. & q. 24. n. 27. Aluar. Valasc. de iure emphyteusim. q. 41. n. 2. Mol. disp. 474. in medio. Fachin. lib. 8. controu. cap. 97.

11 Si autem accipiens emphyteusim stipulatus fuerit pro se, & filiis suis communiore sententia recte Covarr. lib. 2. var. c. 18. num. 1. censet solos filios masculos esse admittendos, non feminas. Censent Roland. à Valle conf. q. 7. lib. 2. Buriar. conf. 80. num. 7. Riminald. conf. 1. §. 3. num. 3. lib. 2. Aurel. Coibul. plures referens de iure emphyteusim. c. 11. num. 3. Et seq. Ducuntur, quia in contractibus & stipulationibus qui sunt stricti iuris interpretatio stricta facienda est. At nomine filiorum non comprehenduntur filia nisi ex benignitate legis & illius favore. Ut colligitur ex leg. pronuntiatio. leg. iusta. ff. de verbor. significat. l. cum in adoptivus §. qua in filio si ad eum. Ergo in hoc casu filia censendæ sunt exclusæ.

12 Verius tamen censio feminas admittendas esse prout docuit Salicet. in leg. 2. de iure emphyteusim. q. 12. Decius ad leg. 2. ff. de Regul. iuris tract. quando masculinum conceptum femininum numer. 9. Aleiat. in leg. 1. ff. de verbor. significat. Covar. 2. var. cap. 18. num. 1. Pinel. leg. 3. num. 33. Cod. de bono matris. Aluar. Valasc. q. 41. num. 3. Ant. Gab. communi. conclus. lib. 6. concl. 6. num. 94. Menoch. conf. 111. num. 57. & num. 10. lib. 2. Fachin. lib. 2. controu. cap. 97. Molin. disp. 474. post med. Moueoz: nam esto in materia stricti iuris, & quæ aliis præiudicare debet nomine filiorum filia non continetur iuxta l. 3. §. sed si incertum sit ff. de ventre in possession. in eund. saluti tamen quando ex legis dispositione contrarium colligitur, ut in præsentium contingit. Cum aequè feminæ, ac masculi habiles sint ad emphyteusim §. emphyteusim. Authent. de non alienand. reb. Cum autem quilibet stipulatio & contractus censetur factus secundum iuris regulas. leg. si stipulatus. ff. de iuris. conseqens est, ut stipulatio emphyteusim pro filiis filias contineat, siquidem emphyteusim utriusque masculis & feminis communis sit. Quod præstat ut nomine filiorum feminæ comprehendantur. leg. iusta. leg. pronuntiatio. leg. quisquis. ff. de verbor. significat. & affirmat Glossa §. si quis filius verbo quia filius iustit. qui testam. tutor. dar. possunt. Ex quibus argumentum contrariæ sententiæ solum est: nam esto nomine filiorum non veniant feminæ nisi ex benignitate legis, sufficiens fundamentum habemus, ut hæc benignitate in præteriti gaudeamus: cum hæc interpretatio dispositioni legis admittentis feminas aequè ac masculos ad emphyteusim conformis sit.

13 Quod si expressè stipulatus fuerit pro te, tuisque successoribus masculis manifestum est feminas exclusas esse. Sed in eo casu nepos masculus filius filia admittendus sit; Variante Doctores. Ut videtur in Iulio Claro quest. 36. Aria Pinello leg. 3. num. 1. Cod. de bonis matern. Aluar. Valasc. de iure emphyteusim. quasi. 41. num. 5. Probabilis existimò admittendum esse, quia est masculus, & successor primi instituentis, & consequenter habet qualitates quæ pro institutione requiruntur. Excipere nisi per modum maiotatus emphyteusim concessa esset, quia eo casu conceditur ut in linea recta, & in familia capitis conferretur. Sicuti tradit Molin. lib. 3. de primogen. cap. 5. num. 41. nec dissentit noster Mol. disput. 474. in fine.

§. V.

An in emphyteusi, vel feudo hæreditario possessor repudiata hæreditate vitium possessionis emphyteusim obtinere, cum tamen penitus possessoris hæres existat?

- 1 Negat noster Molina.
2 Contrarium verosimilius, & communius est.

Negat noster Molin. tr. de iustit. disp. 472. in fine. dicitur quia emphyteusa (& idem est de feudataria) ab ultimo possessore recipit emphyteusim immediate, a primo autem non nisi mediatis illis in quos emphyteusim devota est. Ergo vitium possessionis hæres debet esse.

Sed contrarium mihi verosimilius placet cum communiore sententia quam referunt & sequuntur Arias finit. leg. 1. Cod. de bon. matern. 3. part. num. 91. Iulius Clarus §. feudum. q. 9. n. 5. Caldas de nominat. emphyteusim. q. 22. n. 39. Aluar. Valasc. de iure emphyteusim. q. 44. n. 19. testaturque Clarus in facto senatum Neapolitanum iudicasse, sufficere hæredem esse primi possessoris quamvis vitium non sit. Moueoz: quia esto quilibet emphyteuta, vel feudatarius accipiat emphyteusim à proprietario qui emphyteusim, vel feudum concessit tanquam à prima origine: ac negari non potest primum possessorem hanc concessionem accepisse, & pro se, suiisque successoribus hæredibus stipulatum esse, vitiose cuius stipulationis quilibet eius successor hæres capere est emphyteusim. Ergo ab ipso possessore primo tanquam à causa formati & propria habetur emphyteusim, tametsi iudice quodam successione detur. Ergo potius spectandum est, an successor sit hæres primi possessoris sicuti vitium. Adde præfatam successorem absolute hæredem esse saltem primi possessoris. At per ma dispositione ex qua interpretatio sumenda est solum quantum hæres in successore requiritur. Ergo absque fundamento retinetur, & ea qualitas hæres debet esse ultimi possessoris, & non sufficit esse primi.

§. VI.

An in emphyteusi, & feudo Clerici, Equitescum militares, & Monachi succedant?

- 1 In emphyteusi Clerici, Equitescum militares succedere possunt.
2 Si emphyteusim hæreditaria sit, quæque ad hæres extraneos transire potest, & ad Religiosum strictam paupertatem professum pertinet, non ipse, sed monasterium succedit.
3 Si religiosus ante professionem emphyteusim fuerit, & de eius commoditatibus disposuit, dispositio iniqua est.
4 Mortuo Religioso si emphyteusim erat hæreditaria ad hæres extraneos transmissibilis, monasterium illam vendere potest.
5 An Clerici in sacris constituti possunt feudum retinere?
6 Si illis careat Clericus non debet excludi.
7 An Monasterium in feudum succedat?
8 An Equites Militares.

Quoad emphyteusim attinet non est dubium Clericos, Equitescum militares succedere posse. Nam cum emphyteusim non habeat obsequium personale, sed realis, nulla est ratio ob quam à successione illius excludi debeant: maxime cum votum paupertatis quod Equites militares præstant latum sit, admittatque usum emphyteusim, licet & aliorum bonorum.

Si verò de Religiosis strictam paupertatem professibus loquamur, asserendum est, si emphyteusim hæreditaria sit, quæ ad hæres extraneos transire possit, non ipse religiosus, sed Monasterium nomine ipsius & in quod iura Religiosi transfusa sunt succedit, aramen teneat in personam non privilegiatam alienat emphyteusim, ne domo proprietaria fiat præiudicium. Quod si Monasterium in capax sit successione, ut sunt conventus S. Francisci, & Capucinorum, & religio Societatis Iesu quoad Professos, & Coadjutores firmatos, iudicandum est de emphyteusim ac si Religiosus esset mortuus, deveniente ad sequentes vocatos. Si autem nulli sunt, ad dominum proprietaria reuertitur, & cum proprietate consolidatur. Quæ omnia manifesta sunt. Sicut ex communi tradit Sylvest. §. emphyteusim. quasi. 20. Iulius Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusim. q. 22. Et 33. Iulius lib. 2. cap. 41. dub. 10. n. 84. Molin. disp. 482. Layman. lib. 3. sum. tit. 5. n. 4. cap. 24. post med. n. 20.

Si autem Religiosus ante professionem emphyteusim fuerit, & de eius commoditatibus, & meliorationibus habitis disposuit ea dispositio sequenda est. Quod si nulla facta

dispositione professionem emisit in Monasterio successio- nis capaci, Monasterium interim dum Religiosus vixerit emphytheusi fructur, percipietque illius commoditates, & melioramenta, quia in hac fructuone nullum praeiudicium do- mino proprietatis irrogatur. Sicuti ex omnium sententia no- tarunt Iulius Clar. d. §. emphytheusi q. 33. Mol. disp. 482. post mit. Caldas de renouat. emphytheusi q. 19. n. 7. Lessius lib. 2. cap. 41. dub. 10. n. 82. Laym. lib. 3. sum. sect. 5. tract. 4. cap. 2. 3. num. 15. Quod adeo verum aliqui existimant, vt etio emphytheu- sis clausulam habeat, ne in Ecclesiam, seu potentorem alic- nerur, non obinde haec alienatio impeditur, quia haec est alienatio necessaria, & ex iuris dispositione, quam illa condi- tio non impedit, sed solum impedit alienationem volunta- riam. Vt adnotauit ex Panormit. in cap. in presentia de pro- bat. numero 73. Layman. lib. 2. sum. sect. 5. tract. 4. cap. 23. nume- ro 15. & alij plures quos retuli tractat. 17. de statu religioso, disput. 3. p. 4. §. 3. Sed ibi cum pluribus aliis Doctoribus con- trarium censui, quia obstat haec transactio necessaria, & indi- recta sibi praedictam conditionem statuente. Vt late ibi pro- bavi.

4 Mortuo vero Religioso si emphytheusis erat haereditaria, quaeque ad haeredes extraneos peruenire poterat, Monaste- rium poterit illam vendere, quia in ipsum translata fuit ob Religiosi professionem. Quinimo tenetur hanc venditionem celebrare, ne dominus proprietatis spe recipiendi laudemium priuatur, sicuti praefati Doctores notant. Si autem sit haeredi- taria mixta, seu ex pacto, & prouidentia ad eum deueniet ad quem de iure deuenitura est.

5 Quoad feudum atque si eas condiciones habeat quae feudo proprie ascribuntur, vt est feudatarius obligatum esse domino proprietatis inseruite cum armis defendendo, & pro eo quando opus fuerit pugnando, de quo iuramentum fide- litatis praestatur, nequaquam poterunt Clerici in maioribus

Ordinibus constituti feudum retinere, quia inhabiles sunt ad obsequium, & in hoc casu in lib. 2. feudor. tit. 2. §. si de feudo de- functi contentio sit inter dominum & agnatos, vassalli dicitur. Quid clericus efficitur, aut votum Religionis assumit hoc ipso feudum amittit. Idem habetur in tit. An maritus, vel alius imper- fectus etc. & in tit. de vassallo milite qui arma bellica de- possit. Neque enim vt inquit textus lib. 2. feudor. tit. 2. 1. beneficium perinet ad eum qui non potest gerere offi- cium.

Verum si feudum nullum obsequium personale annexum habet, vel eius conditionis obsequium personale sit, vt praes- tari decenter a Clericis possit, nulla est occasio Clericum ab eo feudo excludendi, cum ratio prohibitionis cesset. Vt bene annotauit Fachin. lib. 7. controu. cap. 35. Nauarr. commen. 2. de regularib. num. 55. Mylunger. cent. 5. obseru. 48. Sanchi. lib. 7. cap. 15. q. 3. Laym. lib. 3. sum. sect. 5. tract. 4. cap. 2. 4. num. 10. Quando autem feudum alicui Ecclesiasticae dignitati annexu- tur ex primaria sui institutione, vt in Germania contingit, ne- minis est dubium a Clericis retineri posse, quia obsequium quod praestandum est si personale sit non dedecet Clericum, vel medio substituto praestari. iuxta lib. 2. feudor. cap. 40. aliis 1. de capitulis Conradi. §. vlt. cap. ex transmissa, & cap. verum de foro compet.

Quoad successionem Monasterij attingit d. 2. p. tractat. 16. de statu Religioso, disput. 3. punct. 4. §. 3. numero 4. resoluimus ad Monasterium transire posse durante Religiosi vita, nisi sit feudum habens iurisdictionem, aut dignitatem annexam, aut obsequium quod a Monasterio nequeat decenter praes- tari.

Equites vero militares ceptum est in eo feudo succedere, in quo Clerici succedunt. Sed an succedant in feudo pro- prio, & rigoroso. Non est constans sententia. Haec affirmanti.

Laus Deo, Virgini, Ignatio.



INDEX