



**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**

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

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

præcisum, ut advertit Matheslan. *singul.* 20. Ludovic. 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 privationem 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 privationem pendere à voluntate domini, quia *lex 2. Codic. de iure emphyteutis.* expressè inquit, *cadat à iure suo si dominus velit*, ergo quousque dominus exprimat se velle privationem non inducit. Nam verbum illud *si dominus velit*, conditionem importat. At quousque conditio evenciat 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 Sylvest. verbo *emphyteusis*, q. 2. Iulius Clarus lib. 4. *sentent. 5. emphyteusis*, quest. 9. Mynsinger cent. 3. *observat. 65. & cent. 6. observat. 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 declaraverit, non esse obligatum declaratione postmodum subsequente domino restituere, quia illi fructus emphyteutæ sunt, cum ante declarationem non censentur ipso iure emphyteuti priuati. Ut bene probat & respondet contrariis Fachin. lib. 1. *contron. 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 cum hæc pena gravis sit grauem culpam exigit. Ut notavit Rebell. *de obligat. instit. 2. part. lib. 13. quest. 8. numer. 7.* Unde 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 Panormi. Naari. capit. 17. numer. 192.* Molin. *disp. 453. §. illud observandum.* 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 excuset 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 Sylvest. verbo *emphyteusis*, quest. 4. Gutier. *de iuram. 1. p. c. 31. num. 6.* Pinel. *Authent. in strictonale. 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 si maior sit 25. annorum restitutionem in integrum concedi ex clausula generali, si qua mihi iusta causa iuxta l. 1. ff. ex 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. *disp. 453. circa med.* Rebell. *2. p. lib. 13. §. 10. num. 2.* Layman. *cap. 23. num. 8.* Neque necessaria est consignatio, de qua in dicta *leg. 2.* Nam ut bene Molin. advertit, ea consignatio requiritur ad plenam liberationem. At ad excusationem penæ sufficit oblatio, vel dicendum est cum Rebello depositionem requiri ad plenam liberationem.

PUNCTUM IX.

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

- 1 Si emphyteuta confirmavit iuramento se singulis annis pensionem solviturum, 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 persolvit, sed partem tantum incidat in commissum?
- 4 Quæstio distinctione resolvitur.
- 5 Si emphyteuta plures relinquat hæredes, & unus illorum pensionem non solvat cæteris solventibus 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 declaravit suam voluntatem.
- 9 Emphyteuta incidente in commissum aduersus quem proprietarius non intentavit executionem penæ, mortuus aduersus eius hæredem intentare 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 confirmavit iuramento se singulis annis pensionem solviturum, 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. Valle cen. 8. numer. 41. Anton. de Padilla leg. si quis maior. num. 45. Cod. de transfact. Seraphin. de privileg. iuram. privi. 84. Aurel. Corbul. de iure emphyteut. cap. 15. ampliat. 40. Gutier. de iuram. 1. p. cap. 3. numer. 7. Rebell. 2. p. de oblig. instit. lib. 13. q. 7. in fine.* Ducuntur præcipue ex *leg. si quis maior. Cod. de transfactio.* ubi iurans servare conventionem nec servans 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 continet, ut iuramento non servato 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. contron. cap. 16.* Molin. *disp. 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 minor loquuntur de satisfactione, & 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 levis est controversia an emphyteuta qui canonem per triennium integrè non persolvit, sed partem tantum incidat in commissum? Et quæstio procedit cum pensio unica, & individua 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 persolverat. Ut bene notavit Clarus lib. 4. *emphyteusis*, quest. 8. *num. 4.* Quando autem per modum vnius 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 *Authent. Qui 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 solvat pensionem designatam priuatur domino volente, emphyteuti. *leg. 2. Cod. de iure emphyteut.* At qui non solvit integram pensionem, sed partem non solvit

soluit 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 rebus vend. ubi apponito pacto legis commissoriae, vt intra certum tempus venditori emptor pretium soluat, alioquin res sit impetratam esse 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 pecinde 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 prolixius dicendum est inquit Fachin. & merito, quia ob minimum defectum grauis penna imponenda non est, nec censendus est hac in parte deficiente qui in minimo deficit. At si grauis quantitas deficiat videlicet tertia pars locum habet communis sententia, quia tunc moraliter censendus est pensionem non soluisset, 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. 57. 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 1. §. ex his. ff. de verb. obligat. Sed quia haeredes emphyteute non tanquam haeredes formaliter ex persona defuncti emphyteusim accipunt, sed tanquam persona a proprietario nominata, ea de causa vno non soluente 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 emphyteusim 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 prodesse 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 soluisset, 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. §. 3. 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.

Quia 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. 1. 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 emphyteuti.

Tertio dominus proprietarius civilem possessionem habet rei emphyteutice. 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