

- 5 Donantis si subsequente voluntate contraria revocatur, & dissolvitur mortis causa donatio, si peniteat donatorem factæ donationis, l. qui mortis 30. ff. de mort. caus. donat. D. Boer. d. c. 5. nu. 55. Quæ penitentia duobus modis, videlicet aut expresse, aut tacite fieri solet. Expresse quidem, si donator aperte significet, se factam donationem revocare, & nolle, ut ea subsistat. Hujusque penitentia declarationem duobus modis probari posse, tradit Dec. in d. l. non omnis 19. in princ. n. 9. ff. de reb. credit. & conf. 505. n. 5; quem referendo sequitur Thadeus Pifo lib. 4. var. resolut. c. 5. n. 2. Alii vero dissentiunt, & quinque testium numerum desiderant, Alciat. in l. 2. n. 17. in fin. ff. de legat. & Nat. conf. 578. nu. 579. eosque laudans Menoch. d. lib. 3. præsumpt. 37. nu. 11. & seq. Prædicta tamen conclusio non procedit, quando donator sine hærede decessit. Tunc enim penitentia nihil operatur: quoniam nemo est, qui revocationem objiciat. Itaque licet donatio per penitentiam revocata sit: in effectu tamen pro revocata non habetur: & per consequens firma manere debet: cum paria sint, quid valere, vel esse nullum, & de nullitate dici non posse. Ita præter Clarum nostrum hic n. 3. sentiunt Hipp. Rimin. in præf. de donat. nu. 1034. Michael Grassus lib. 1. recept. sent. §. donatio causa mortis, q. 21. n. 3. Mozzius d. tradit. de donationib. tit. ult. n. 5. D. Obrecht. disp. 4. de donationib. th. 220. cum seq. & Thadeus Pifo d. lib. 4. var. resolut. c. 5. n. 3. & seq. ubi dissentientium, quos ipse refert, argumenta diluit.
- 9 Ceterum si tacite hæc mortis causa donatio; resolvitur rursus duobus modis. Primus est: si donator rem donatam, nulla urgente necessitate, voluntarie alienavit, l. uxori 22. & l. cum hic status 32. §. si maritus, §. ff. de donationib. inter vir. & uxori. Atque ita post Clarum hic nostrum, & per cum allegatos, docent Menoch. d. lib. 3. de præsumptionib. præsumpt. 37. n. 13. Dominicus. Card. Tuschus to. 2. practic. conclus. lit. D. conclus. 710. nu. 8. D. Boer. d. c. 5. nu. 58. D. Obrecht. d. disput. 4. thes. 222. Schneidevvin. ad tit. Instit. de donationib. rubr. de mort. caus. donationib. n. 22. Pifo d. lib. 4. c. 5. n. 17. cum seq. & Matthias Berlich. conclus. practicabil. parte 3. concl. 2. nu. 43. & seq. Quod sane pronunciatum non sic inditincte & simpliciter in-

telligendum est: sed tum demum procedit, si rei donatæ specialis dispositio facta sit: secus, si dispositio generalis fuerit, ut hæredis institutio universalis. Etenim si donator aliquem omnium suorum bonorum hæredem in testamento instituit: per hanc subsequentem hæredis institutionem donatio mortis causa revocata non censetur: sed donator potius hæredem institutum ad persolvendum id, quod promiserat, astringere voluisse intelligitur. Ita concludunt Aret. conf. 74. n. 11. Purpurat. conf. 42. nu. 25. Cravet. conf. 144. nu. 10. & conf. 234. nu. 1. Didac. Covar. in rubr. extr. de testam. part. 3. num. 10. Cocheran. decis. Pedemont. 117. col. ult. Mant. de conjectur. ult. volunt. lib. 12. tit. 17. num. 6. Burfat. conf. 136. num. 152. Decian. conf. 74. num. 46. vol. 4. Hartman. Pifor. q. 8. nu. 38. & n. 119. lib. 3. hofque referens Berlich. d. part. 3. concl. 2. num. 44. Alter modus est: si inter donatorem, & donatarium graves inimicitie supervenerint. Si enim ex hac causa legatum tacite revocatum intelligitur, leg. si quis ita 3. §. ult. ff. de adimend. vel transferend. legat. cur non etiam intelligeretur mortis causa donatio revocata, quæ ad legati exemplum est redacta? l. illud generaliter, 37. in princ. ff. de mort. caus. donationib. Berlich. d. conclus. 2. nu. 45. & seq. Neque refert, an inimicitie illæ supervenerint culpa donatoris, vel donatarii, ut contra alios, quos refert, offendit Menoch. d. lib. 3. præsumpt. 37. nu. 21. & seq. item Thadeus Pifo d. lib. 4. var. resolut. c. 5. nu. 25. vers. contrariam igitur sententiam, &c. nec non D. Boer. d. c. 5. nu. 62. Plura huc penitentia tradidi ad §. 1. nu. 78. & seq. Instit. de donationib. HARP.

(c) Sed nunquid ob convalescentiam donantis revocata censetur donatio causa mortis? De hac questione vide etiam Grass. d. lib. 1. recept. sentent. §. donatio causa mortis qu. 21. num. 2. Emanuel. Soarez in thesaur. recept. sentent. in verb. donatio, num. 295. Gomeium tom. 2. var. resolut. c. 4. num. 19. Pisonem d. c. 5. num. 17. Menoch. de præsumpt. 37. n. 5. & Mozzium d. tradit. de donationibus tit. ult. nu. 97. & seq. Porro si quæ actio pro donatione causa mortis competat, satis superque explicat Fulvius Constantinus ad princ. tit. Instit. de donat. num. 21. & Thadeus Pifo d. lib. 4. varior. resolut. c. 6. per totum. HARP.



JULII CLARI

ALEXANDRINI J. C.

PRACTICA CIVILIS.

Ex Libro Quarto Sententiarum Receptarum.

§. EMPHYTEUSIS.

CAPITA QUÆSTIONUM.

- Emphyteuta intervensiens possessionem domini, an cadat à jure suo. q. 25.
- Emphyteuta an possit expelli propter deteriorationem. q. 26.
- Emphyteuta cessans per triennium in solutione canonis cadit à jure suo. q. 27.
- Emphyteus an transeat ad extraneos hæredes. q. 28.
- Emphyteus an transeat in fiscum. q. 29.
- Filij naturales an succedant in emphyteusi. q. 30.
- Legitimi an succedant in emphyteusi. q. 31.
- Femina an succedat in emphyteusi. q. 32.
- Emphyteus an transeat in monasterium. q. 33.
- Quomodo intelligatur in concessione investitura, tertia, vel quarta generatio. q. 34.
- In emphyteusi concessa pro se, & filiis, & nepotibus, quo ordine succedatur. q. 35.
- Nepos ex filia an succedat in emphyteusi. q. 36.
- Emphyteus an transeat ad filios, etiam si non sint hæredes. q. 37.
- Et an transeat ad institutum in re certa. q. 38.
- In emphyteusi nunquid locum habeat jus accrescendi. q. 39.
- Filius an teneatur paternis creditoribus de emphyteusi satisfacere. q. 40.
- Augmentum veniens in re emphyteutica cui cedat. q. 41.
- Emphyteus quomodo finiatur. q. 42.
- Finita emphyteusi, an possint filii, vel agnati petere renovationem investiturae. q. 43.
- Emphyteusi finita, an possit dominus ingredi rem emphyteuticam propria auctoritate. q. 44.
- Finita emphyteusi, cui remaneant melioramenta. q. 45.
- Emphyteuta an teneatur ad collecta. q. 46.
- Quæ actio competat pro emphyteusi. q. 47.
- Jura civilia loquuntur de emphyteusi an habeant locum in Emphyteusi Ecclesiastica. q. 48.
- Bona emphyteutica an possint dici allodialia. q. 49.
- Argumentum de feudo ad emphyteusim, & e contra, an procedat. q. 50.

Brevior erit hic Tractatus (ut opinor) omnium expectatione. Etenim hæc Emphyteus materia fere ubique frequens, & quotidiana. Sed hujus rei duo præcipue in causa fuerunt. Primum, quod ex his, quæ ad hanc materiam pertinent, aliqua in feudalibus questionibus à nobis tractata sunt: Alterum (quod alicui forte mirum videbitur) quod Alexandria nulla fere est domus, nulla arca, fundi vero paucissimi, hoc Emphyteus vinculo obstricti, atque inde convenit, ut cum in hac materia nunquam de facto consultus responderim, aut judicaverim, hoc Paragrapho ea tantum scripta sint, quæ in

tumultuaria lectione obiter occurrerunt. At vero in hac Mediolanensi urbe nihil aliud fo-

QUESTIO I.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1 Quid differat contractus libellarius ab emphyteusi.
2 Et quid contractus censuialis.
3 Et an in dubio censetur contractus censuialis, vel emphyteuticus.
4 Et quid differat simplex locatio ab emphyteusi.
5 Et quid si praestetur magna pensio, & correspondens fructibus.
6 Et quid si in instrumento promissive facta sit mentio de emphyteusi, & locatione.

Ex Additionibus.

- 1 Emphyteusis unde derivetur.
2 Emphyteuta quis, & jus, quod habet, quomodo appelletur.
3 Emphyteusis quomodo definitur.
4 Emphyteusis duae species: civilis & Ecclesiastica.
5 Contractus libellarius quid differat ab emphyteusi.
6 Et quid contractus censuialis.
7 Nunquid in dubio praesumatur contractus censuialis, vel emphyteuticus, remissive.
8 Emphyteusis, & locatio quomodo invicem differant.
9 Locatio rei mobilis fieri potest: emphyteusis non item.
10 Conductor rei locatae servitium imponere nequit: emphyteuta imponere potest.
11 Conductor mercedem solvit in compensationem usus: emphyteuta in recognitionem directi domini.
12 An locatio in longum tempus in emphyteusim degeneret.
13 Propria conventionis forma contractus ab invicem distinguuntur.
14 Locatio dominium non mutat.
15 Mens, & intellectus, l. 1. §. 3. ff. de superficiebus.

Ro intelligentia itaque terminorum scire debet, quod nonnulli sunt contractus (a) emphyteusis valde similes, & affines, puta contractus libellarius, (b) censuialis, & locatio. Quero ergo, quid ab emphyteusi differant hujusmodi contractus? Resp. contractus (c) libellarius dicitur, quando vasillus, vel emphyteuta concedit alteri pro certa annua pensione praedium, quod ipse habuerat ab alio in feudum, vel emphyteusim: & sic quando concedens non est dominus: sc. directi domini: & hoc est quod vulgo appellamus emphyteusim subalternatam. Quando vero concedens est dominus, tunc proprie dicitur contractus (d) emphyteuticus. Et ita firmat communiter DD. ut dicit Jaf. in l. 1. post. nu. 20. C. de jure emphyt. Quidquid tamen sit ex proprietate dictionum, hodie contractus emphyteuticus, & libellarius (saltem ex communi usu loquendi) idem sunt, & in hoc omnes conveniunt, ut ait Dec. conf. 146. nu. 2. quem refert Paris. conf. 77. au. 12. lib. 3. Et ita video indistincte observari in hac provincia, in qua passim haec duo pro synonymis reputantur: & diffusum in uno absque controversia locum habet etiam in altero. Hodie enim abutimur istis vocabulis, utendo illis promissive, & ponendo unum pro alio, ut dicit Ang. conf. 184. nu. 3. Tirac. de re. act. municip. §. 33. gl. 1. n. 1.

Contractus (e) autem censuialis differt ab emphyteutico. Nam in censuali transferuntur in recipientem dominium, tam directum, quam utile: in emphyteusi potest non transferri nisi utile, directum vero remanet apud concedentem. Ita dicit gl. in c. constitutus, in verbo, juxta ratam, in fin. de religionib. domib. quam sequuntur communiter Doct. ut dicit Abb. ibi. 20. & ita dicit firmare communiter Doct. Jaf. in d. l. 1. n. 39. C. de jure emphyteutico. & sic censum solvimus de re nostra, pensionem vero de re aliena. Proprie enim canon, qui solvitur ab emphyteuta, dicitur pensio: ille vero, qui solvitur ab emphyteuta, dicitur census, licet hodie promissive utamur etiam iis vocabulis, ut attestat Abb. in loco praescripto. Et ex hac differentia inferuntur ad unum, quod est maxima importantia: quia scilicet si censuarius cesset in solutione canonis per biennium, non cadit ab ipsa re (f) censuali, ut dixi supra §. censur. Secus autem in emphyteuta, de quo late dixi infra §. 8.

Sed pone, quod ego acceperim aliquam domum, vel fundum pro annua pensione, seu canone, nunquid (g) in dubio censebitur contractus censuialis, vel emphyteuticus? Respond. DD. dicunt, quod si uniformiter solum fuerit quantitas certum quod, praesumitur potius solum jure emphyteutico, vel coloniae perpetuae, quam jure censu. Hoc enim est in minus praesudicium concedentis. Et ita tenet communis schola Scribentium, ut attestat Heron. quest. 14. nu. 1. Quod ego intelligo, ut procedat tam in concessione facta a privato, quam in concessione facta ab Ecclesia: nam utroque casu militat eadem ratio. Bene verum est, quod si ex verbis concessionis expresse apparere possit, de quo contractu (h) ipsi contractantes senserint, non est ad verborum proprietatem recedendum. In dubio autem standum est in regula, quod praesumeretur emphyteusis, vel locatio perpetua potius, quam census.

Quid autem (i) differat simplex locatio ab emphyteusi, sunt termini omnibus notissimi. Et adverte, quia si praestetur modica pensio, & in pecunia, debet potius judicari emphyteusis, quam locatio. Nam pro contractu emphyteutico solvitur quid minimum pro recognitione. Et haec est proprie ejus forma, & in hoc omnes consentiunt, ut dicit Natta conf. 49. post. num. 7. Si vero praestetur magna pensio, quae scilicet fructibus correspondeat, vel quasi, vel praestetur aliqua pars fructuum, debet potius judicari locatio, quam emphyteusis. Et quod quando pensio, quae praestetur, correspondet fructibus, debeat de tali contractu judicari tanquam de locatione potius, quam de emphyteutica concessione, dicit concludere communiter Scribentes Cagnol. in l. 2. nu. 202. C. de re. vend. vendit.

Unum scias, quod si in aliquo contractu sit promissive facta mentio de emphyteusi, & locatione, vel contractu libellario, debent attendi (k) conventiones, & pacta, de quibus in ipso instrumento, cui se contractus magis conveniat, & secundum illam debet judicari, in quam speciem contractus cadat. Illa n. denominatio nihil facit, sed potius attenditur effectus rei. Et haec est communis opin. ut dicit Bello. confil. 21. nu. 5.

ADDI-

ADDITIONES.

- 1 (a) Emphyteusis. Addendum est primo: quod Emphyteusis juxta nominis rationem, & etymologiam deducatur a Emphyteus, quod significat inferere, aut implantare, & per translationem meliorare: quia per emphyteusim, id est, insitionem, & implantationem agri meliores redduntur. Borcholt. Hejgus, & alii in §. adeo autem, 3. Institut. de locat. & conduct. Joan. Ferrar. Montan. & Sichel. ad rubr. tit. C. de jure emphyteut. numer. 4. Gothofredus ad l. 1. in princip. C. cond. Coraf. in leg. si qui 16. num. 20. ff. de servitutibus, Sichel. in leg. jur. vend. emphyteusis. Carol. a Kirchberg, in assensu de feud. ex pacto, & providentia, &c. cap. 4. nu. 138. Alvarus Valascus in tract. de jure emphyt. quest. 2. nu. 4. ubi plures allegat. Tamest Speculator (Graeci sermonis non usque adeo gnarus) istam vocem natam opinetur ab Em, id est, in, & Teus, id est, fides, quod ipsa res detur alicui in fidem, ut illam deteriorari fieri non permittat, in suo Speculo lib. 4. part. 1. tit. de emphyteut. nu. 2. Giphon. in tract. de jure feud. cap. 2. nu. 28. Caroli a Kirchberg, disto loco.
2 Deinde addendum: quod si is, qui emphyteusim accipit, uno verbo appellatur emphyteuta, vel emphyteutarius, ler. 1. §. leg. 3. in princ. C. de jure emphyteut. jus constitutum, jus emphyteuticum, vel emphyteutarium, l. 3. §. si jus emphyteuticum 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt. rubr. §. l. 1. in princ. & d. l. 1. ibi, jus emphyteuticum transferre, item ibi, vel si jus emphyteuticum, C. de jure emphyteut. ager vero in emphyteusim datus, ager emphyteutarius, itemque vestigialis, seu praedium emphyteutarium, per rubr. tit. ff. si ager vestigialis, id est, emphyteutarius, per rubr. tit. & l. 2. ibi, a praedictis emphyteutariis, C. de jure emphyteut. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13. pag. 447. nu. 30. Franc. Dauyergente in libro notabil. juris selectar. tractat. de agris vestigialib. pag. 207. §. 2.
3 Praeterea addendum: quod si emphyteusis (rejectionis vatis aliorum definitionibus, quas attigit Valascus d. tract. de jure emphyt. quest. 1.) haud inepte definitur contractus juris gentium, nominatus, bonae fidei, solio consensu contractans: quo dominus de dando praedio suo in perpetuum, vel ad tempus, pro pensione annua, in recognitionem domini praestanda, colendo fruendoque cum aliquo paciscitur. Quam definitionem latissime, & accuratissime explicat in Comment. ad d. §. adeo autem 3. Institut. de locat. & conduct. nu. 4. & multis seq. Eaque ex declaratione quest. subsequae magis perspicua reddetur.
4 Denique addendum: quod si emphyteusos duae constituantur species, a re qua venit in emphyteusim, civilis nimirum, & ecclesiastica. Civilis est, quando res profana in emphyteusim datur: hoc est quando tenentur, Civitas, Municipium, vel privatus aliquis Princeps in emphyteusim concedit. Giphon. & Schneidewin. nu. 8. in d. §. adeo, 3. Institut. de locat. & conduct. Cujac. in l. 1. C. de locat. praedior. civ. Athusius lib. 1. juris Romani. c. 21. Vult. lib. 1. Jurisprud. Romani. c. 36. circa fin. Treutler. disp. 20. th. 9. li. 1. vol. 1. Ecclesiastica, quando res Ecclesiastica administratoribus in emphyteusim datur, hoc est, quando res Ecclesiae, aliorumque Collegiorum, aut domum venerabilium, ab oeconomis, vel Praelato, causa cognita, etiam laico in emphyteusim conceduntur. Novell. 7. §. 120. c. dudum 1. vers. quia etiam tractatus solemniter, &c. c. hoc consensuissimo 2. circa princ. ibi, licet submittitur, ab hinc episcopi sui consensu: & Apost. sedis licentia specialiter ex. de reb. Eccl. non alienand. in 6. c. sine exceptione 31. ibi, cum votis Clerici tractatu atque consensu, l. 2. §. 2. Covar. lib. 2. varior. resolut. c. 17. num. 2. De multiplici emphyteusim divisione videatur Valascus d. tract. de jure emphyt. §. 40. nu. 37. Haec.
(b) Censuali. Item contractus emphyteuticus, & censuali aliter etiam etiam differunt secundum gl. cum qua concordat Innoc. in c. constitutus, de re. domib. & vide per Nat. etiam in conf. 3. in princip. Et in dubio an contractus emphyteuticus, vel censuali potius judicari debeat: ultra ea, quae dicit Auctor infra vide per Cravet. in conf. 20. Cravet.
(c) Contractus libellarius. De hujusmodi contractibus & eorum convenientia, & differentia, vide per Everar. loco a feudo ad emphyteut. nu. 52. & seqq. item in lo-

co emphyt. ad censum, num. 1. & 2. Govear.
Contractus libellarius dicitur. Contractus libellarius, five libellus proprie dici solet, quando non a domino directo, sed vasallo, vel emphyteuta primo, alicui in emphyteusim res feudalis, vel emphyteutica conceditur: emphyteusis vero, quando dominus directus rem in emphyteusim concedit. De quo inspicitur tex. in tit. 9. §. donare. Ubi Alvar. Belvis. Iter. & alii lib. 2. feud. Bar. in lege si finit, 15. §. si de vestigial. 26. quest. 7. num. 9. ff. de donat. injud. Quamvis usus loquendi hanc differentiam praecise non observet, sed confundat, ut post Clarum nostrum, & Doct. ab eo citatos, tradunt Eman. Soarez in thesaur. recept. sent. in lit. E, numer. 46. Coraf. in rubr. tit. C. de jure emphyt. numer. 14. Henricus a Rosenthal in tract. feudat. c. 9. membr. 1. concl. 38. nu. 11. & Valascus d. tract. de jure emphyt. quest. 35. nu. 2. Haec.
(d) Emphyteuticus. Item adde, quod contractus emphyteuticus est contractus, qui de sui natura requirit scripturam: magis commune vide per DD. in l. 1. C. de jure emphyt. Et salsus dixi etiam in collecta mea commun. opin. in verb. contractus, numer. 36. & 37. Cravet.
(e) Contractus autem censuali differat. Quomodo contractus censuali differat ab emphyteutico, praeter Clarum nostrum, & alios quos hic citat, explicat quoque Capcy. decis. 107. Coraf. d. rubr. tit. C. de jure emphyt. numer. 15. Soarez d. thesaur. recept. sent. lit. E, numer. 48. D. Collega Bocer. in tract. de qualitate & differentia feud. cap. 1. num. 22. & 199. Nicol. Everar. a Middelburg. in loci legalib. loc. ab emphyteusi ad cens. nu. 2. & 3. Menochius de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 106. num. 1. & 2. Valasc. d. tract. de jure emphyt. quest. 32. & Matthias Berlichius conclus. pract. abili. par. 2. conclus. 47. alicuique per hos adducti, Haec.
(f) Re censuali. Item quod in contractu censuali quis non solvendo haud cadat a jure suo, commune attestatur Dec. conf. 178. col. 2. & in colle. mea commun. opin. in verb. censuarius, & Censu numer. 1. & 2. ubi saluti, si censuarius juravit solvere, Cravet.
(g) Nunquid in dubio censetur contractus censuarius, vel censuali, factus (post Clarum nostrum) exponunt Menoch. d. praesumpt. 106. num. 1. cum seqq. & D. Bocer. d. tract. de qualitate & differentia feud. c. 1. num. 35. & Valasc. d. qu. 32. numer. 15. Dominic. Card. Tuscus tom. 3. practicae conclus. lit. E, concl. 192. numer. 175. & seqq. pluresque alii, quos refert Berlich. d. conclus. 47. num. 18. & seqq. Haec.
(h) De quo contractu. Item quod contractus denominatio fieri debeat, ut in sui figura appareat: vi per Crau. in conf. 20. num. 1. qui proprie loquitur de contractu albergamenti perpetui, quod secundum commune vulgare idem est, quod emphyteusis: intellige tamen ut per eund. ibid. num. 5. & conf. 85. nu. 5. vide & Ruiu. conf. 1. nu. 23. Cravet.
(i) Quid autem differat simplex locatio ab emphyteusi. Emphyteusis & locatio in eo possimum differunt. Quod emphyteusis praestat quasi dominium, qui accipit: locatio non item. In hac quippe usus tantum transit ad conductorem: non vero possessio, & multo minus dominium, l. non potest 19. §. l. cum in plurib. 60. §. 1. ff. locati 1. convenit, 65. ff. de contract. empt. leg. non solum 11. §. quod vulgo 1. ff. de usup. & usucap. Tamest ex accidenti (non ex natura locationis) quandoque fiat, ut & in ea dominium mutetur: veluti cum agitur, ut non eadem, sed ejusdem generis, res reddatur l. in novem Sandif. 21. ff. locati. Cujac. lib. 7. observ. cap. 39. II. Locatio & etiam in 9 re mobili fieri potest: emphyteusis autem rebus duntaxat soli, seu immobilibus constituitur, d. §. adeo, 3. ibi, ut ecce de praedictis, Institut. de locat. & conduct. l. 1. in princ. ibi, agri civitatum, ff. si ager vestigialis §. c. l. lex vestigiali 11. ff. de pignoratibus & hypothec. & l. tutor, 16. §. ult. ff. de pignorat. act. III. Conductor rei locatae servitium, aut aliud aliud id jus imponere nequit: aut emphyteuta servitium, five jus servituti in effectu simile, fundo emphyteutico imponere potest, arg. leg. 1. §. ult. ff. de jure servitut. & explicabitur uberius infra quest. 21. IV. Conductor si mercedem solvit in compensationem usus: & est merces illa, quae a conductore praestetur, usus illius quasi quaedam estimatio: emphyteuta vero solvit canonem annuum, non respectu fructuum acquiritorum: sed in recognitionem directi domini, cap. 1. extr.

extr. de censibus. & Vulteus num. 8. in d. §. adeo. 3. Infr. de locat. & condit.

12. Quæstio + valde controversa hic addenda est: num locatio ad longum tempus, five ultra decennium facta, in emphyteusim transiit, & degenerat? Id quidem affirmant Doctores plerique, Joan. Petr. de Ferrar. in firmam. Doctores alii præstationem, gl. 1. in pr. Soc. tit. forma libelli ad facti præstationem, gl. 1. in pr. Soc. conf. 107. col. 2. lib. 2. & conf. 156. n. 6. lib. 1. Raph. Fulg. conf. 246. Infr. in l. 2. nu. 8. C. de jur. emphyt. Boer. decis. 224. Felin. conf. 15. num. 4. & 9. aliique citati à Valasco in tract. de jur. emphyt. g. 29. nu. 19. Sed + negantium sententia verisimilior videtur.

13. Tum quia non tempus, sed conventio emphyteusim facit: adeoque non temporis adjectione, sed propria conventionis forma contractus ab invicem distinguuntur, argum. l. si procuratorem, 8. ff. mandati, & l. obligationum spere, 44. ff. de obligat. & actionib. Tum quia ejusmodi locatione decenniali, aut longiore, utile dominium non transferitur: cum locationis ea natura sit, ut dominium non mutet. l. non solet 30. ff. locati. Quare + secundum hanc contractus naturam, contractum intelligi debet: nisi aliud expresse convenit fuerit. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. emp. l. si stipulatus, 4. ff. de usur.

15. Nec + obstat l. 1. §. quod air. 3. ff. de superflieib. ubi Ulpianus in superficiario conductore distinguit inter conductionem brevis, & conductionem longi temporis, alteri negans, alteri concedens in actionem. Nam addit Jurisconsultus, quod prætor ex longi temporis possessione non indistincte actionem in rem pollicetur, sed causa cognita. Ita recte sentiunt Franc. Comnan. lib. 7. Comment. jur. civ. cap. 17. nu. 2. cum seq. Pinelus in l. 1. par. 3. nu. 66. C. de bonis mater. Fernand. Valsq. de success. creat. lib. 1. §. 10. num. 78. Sarnient. lib. 3. selectar. interpretat. c. 2. nu. 27. Gourvieu ad l. 2. C. de rescind. vendit. pag. 120. Honorius & Heigius nu. 4. & 5. ad d. §. adeo autem, 3. Infr. de locat. & condit. HAR.

(h) Debet attendi. J Imò tu dic, quod in dubio pretium, & mercedis quantitas faciunt discerni quis contractus sit, ut per Jo. de Imol. sing. in l. cotem ferri. §. qui maximos, ff. de pub. no. per Paul. de Castr. in l. injulam, ff. de præscrip. ver. Govern.

QUÆSTIO II.

SUMMARIÆ

EX CLARO.

- 1 Emphyteusis an sit contractus nominatus.
- Ex Additionibus.
- 1 Emphyteusis an sit contractus.
- 2 Quidnam sit proprium contractus.
- 3 Opinio D. Bocerii existimantis, emphyteusim non esse contractum, rejicitur.
- 4 Emphyteusis quibus modis constituitur.
- 5 Emphyteusis nomine speciali, significatur contractus.
- 6 Cur emphyteusis sit contractus nominatus, triplex ratio.
- 7 Innominati contractus quatuor.
- 8 Ex nominatis contractibus propria, & specialis competit actio.
- 9 Utrum emphyteusis sit contractus juris civilis, an juris gentium.
- 10 Illam esse contractum juris gentium, ostenditur.
- 11 Ad appellationem juris gentium quid exigatur.
- 12 Jus gentium quid sit.
- 13 Emphyteusis apud quos populos in usu fuerit.
- 14 Empitio, & locatio sive contractus juris gentium.
- 15 Regula standum, donec de exceptione doceatur.
- 16 Quam contractus sive juris civilis.
- 17 Forma det esse, & originem rei.
- 18 Ad instantiam respondeatur.
- 19 Emphyteusim esse contractum bonæ fidei docetur.
- 20 Mixta naturam simplicium assumunt.

- 21 Omnes contractus, solo contrahentium consensu constituantur, sicut bonæ fidei.
- 22 Contractus emphyteusis solo consensu perficitur.
- 23 Plerique Doctores putant, contractum emphyteusim contractibus stricti juris conveniuntur esse.
- 24 Quorum rationes referuntur, & refutantur.

Quæro nunquid (a) emphyteusis sit contractus (b) nominatus? Respond. quod sic. Habet enim elegans nomen, & ab aliis distinctum, ut dicit Angel. in l. 1. n. 1. C. de jure emphyt. & ita communiter concluditur, ut ait Jaf. in præulid. feudorum, numero vigesimoquarto in fin. Utilitas autem est maxima, quia in contradibus (c) nominatis non est licita penitentia, licet secus sit in contradibus (d) inonomatis, ut dixi supra, hoc eod. lib. §. 1.

ADDITIONES.

(a) Nunquid emphyteusis sit contractus.] Emphyteusim + esse contractum, liquidissime constat ex §. adeo autem 3. vulteus. sed talis contractus, Infr. de locat. & condit. leg. 1. ibi, justum esse validamque contractum leg. 2. in princip. & leg. 3. §. in autem, ibi, in emphyteusis contractibus, C. de jure emphyt. l. ultima, ibi, nec emphyteusos contractus, C. de reb. non alienand. Et ratio evidens est, quia + ex eo oritur propria vi, ac virtute obligatio. l. leg. 1. C. de jure emphyteu. quod est proprium contractus, l. Labeo 19. ff. de verbor. signific. leg. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. in princip. ff. de obligat. & act. Illudque licet verissimum sit, & omnium, tam recentiorum, quam antiquorum interpretum contententibus forsæsigni approbatum, tamen Clarissimus Dominus Bocerius, Collega meus percharus, (quem novissime sequitur Carolus à Kirchberg. in discussu de fundo ex pacto, & c. n. 140.) contractum adstruit: adeoque emphyteusim non esse contractum opinatur, in tract. de qualitat. & differentia feudor. c. 1. nu. 17. & seq. Hujus autem sue opinionationis hæc argumenta, & rationes adducit. Quia, inquit, res dicuntur dari in emphyteusim. c. 2. tit. de reb. Eccl. non alienand. in 6. Auth. si quas ruinas, C. de sacros. Eccl. quia aliquis emphyteusim suscipere dicitur, in d. leg. 2. in princip. C. de emphyt. quia item dicitur accipere emphyteusim. Novel. 7. in princip. §. 1. tum etiam metiri, & transmittere emphyteusim ad successores, d. Novel. 7. c. 3. & quia ab emphyteu cadere emphyteusim dicitur, in d. Novel. 7. c. 7. Verum + hujus argumenti infirmitas facile ex eo apparet, quod etiam res pignori dari dicuntur l. 1. §. 1. & 2. leg. si superatus 3. §. 1. & alibi, ff. de pignori. & hypoth. quod item pignus accipere dicitur, l. in quorum 24. ff. eod. l. 1. §. eam rem. 2. ff. qui res pignori, vel hypothecæ data obligari non possunt. Sic quoque pignus hereditis tenet dicitur leg. 1. in fin. C. si unus ex pluribus heredit. creditoris. Nec tamen lécarco recte concluditur, pignus non esse contractum, §. sequen. 2. Infr. de obligationib. junct. §. prædicitur 4. Infrim. quib. modi re contrah. oblig. Et ovide si dicamus, emphyteusim interdum accipi pro jure ex contractu emphyteutico constituto: interdum vero pro ipso contractu: interdum vero pro re, in qua tale jus constitutum est: nihil regeri poterit. Decide ita argumentari videtur Dominus Collega Bocerius: Si + emphyteusis non solum contractus, sed & aliis modis, nempe præscriptiōne, & ultima voluntate constituitur: sequitur, quod emphyteusis non sit contractus. Atqui prius est verum. Ergo & posterius. Ad hinc quivis animadvertit: non procedere hanc argumentationem: Hoc jus solo contractu constituitur. Ergo hoc jus est contractus. Et enim quis non videt, aliud esse efficiens, & efficiendum: aliudque constituens, & constitutum? Quamobrem neque hæc argumentatio procedet: Emphyteusis non solo contractu constituitur. Ergo emphyteusis non est contractus. Præterea quamvis etiam præscriptiōne, & ultima voluntate emphyteusis constitui dicatur: attramen nisi quoque consensus quidam interveniat tam dantis, quam accipientis annuum pensionem, emphyteusis constituta nequaquam censetur, arg. l. qui in a-

tion. 6. in princip. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. alienationis 28. ff. de verb. signific. Et + quod emphyteusos nomine specialis contractus significatur, nomen dubium esse potest, ex d. l. 1. in princip. C. de jur. emphyt. Unde nec illud admittendum, quod ab eodem D. Bocerio asseritur: emphyteusos nomine significari subiectum, & vocabulo tractatus adjunctum, in d. l. ult. ibi, nec emphyteusos contractum. C. de reb. alien. non alienand. & in d. §. adeo autem 3. vers. sed talis contractus, ibi, que emphyteusos contractus. Infr. de locat. & condit. Similiter etenim dicimus contractum societatis, leg. cum in societatis contractibus 3. C. pro socio. contractum venditionis, leg. si donationis, 3. C. de contrah. empr. & vend. contractum locationis, & conductionis. l. contractus 21. C. de locat. & condit. cum similib. Nec tamen quisquam recte dixerit: in dictis locis altero vocabulo denotari subiectum, altero vero adjunctum. Sicut itaque per contractum locationis, & conductionis, &c. intelligimus illum ipsum contractum, qui appellatur locatio, & conductio: ita quoque in d. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. & d. §. adeo 3. Infr. de locat. & condit. per emphyteusos contractum intelligere debemus illum ipsum contractum qui emphyteusis vocatur. HAR.

(b) Contractus nominatus.] Ratio, cur + emphyteusis sit contractus nominatus, triplex est: Tum quia proprium, certum, & elegans, alteri non conveniens nomen habet, dist. §. adeo 3. Infr. de locat. & condit. l. 1. n. 1. C. de jure emphyt. & post alios Clarus hic notat. Tum + quia innominati contractus reperuntur tantum quatuor: Do, ut des, seu (quod idem est) permutatio: Do, ut facias: Facio, ut des: & Facio, ut facias, l. naturalis 5. ff. de præscrip. verb. At inter hos emphyteusis non reperitur. Tum + quia ex nominatis contractibus propria, & specialis actio competit, l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. leg. 1. ff. de præscrip. verbis, &c. Atqui ex contractu emphyteutico propria, & specialis actio competit, nimirum emphyteutica, vel emphyteuticaria, l. si finita, 15. §. si de vestigialib. 26. ff. de damn. infest. leg. si cum venditor, 66. in princip. ff. de evictio. Equæ de re acturi sumus explicatis infra ad g. 47. Ergo emphyteusis esse contractus nominatus. Idque communiter traditur esse, post Jafonem hic à Claro citatum, testatur Anton. Menel. in d. l. naturalis 5. ff. de præscrip. verbis. Joan. Ferrar. ad rubric. C. de jure emphyt. Arumæus Exercit. Jussum. 14. th. 13. ad lit. B. Mynsinger ad d. §. adeo, 3. nu. 6. Infr. de locat. & condit. item Valasco in tract. de jur. emphyt. quest. 6. nu. 5. Sed videtur Elbertus Leoninus ad rubric. C. de jure emphyt. nu. 6. ubi allegat dissentientem Baldum in l. ultim. C. quando licet ab empt. reced. & in rub. C. de ver. permutat.

9. Illud hic addendum: quod + licet plerique contendunt, emphyteusim esse contractum juris civilis, Accursius, Joan. Fab. Joan. de Platea, Cantiancula, & alii in §. jus autem gentium Infr. de jur. nat. gent. & civit. Bartol. & Alberic. de Rosar. in l. ex hoc jure, 5. ff. de justit. & jur. Stephanus Bodius, Schilboeck. Schneidevvin. numer. 1. Vulteus moner. 6. & Heigius num. 9. in d. §. adeo 3. Infr. de locat. & condit. Borcholt. in tract. de feud. cap. 3. num. 3. Guido de Suzaria in tract. de jur. emphyt. num. 1. Treutler. disp. 29. vol. 1. th. 9. lit. B. D. Obrecht. disp. 36. th. 32. cum seq. Forster. Junior, lib. 3. disp. 18. th. 9. Valasco d. tract. de jur. emphyt. qu. 3. Giphanius lib. 3. disp. 29. th. 20. D. Gollega Bocer. d. tract. de qualitat. & differentia feudor. cap. 1. num. 27. Elbert. Leonin. ad d. rubric. C. de jure emphyt. num. 6. Marth. Stephani eor. 3. quest. 81. Wegner. disp. 12. ad Infr. th. 5. & Foman. disp. 1. th. 21. lit. C, & th. 10. 24. lit. D. & E. Item disp. 23. th. 2. lit. B. verius + tamen sit, illam esse contractum juris gentium. Quia omnes gentes, & populi certo quodam nature judicio, communique ratione, & consensu hunc contractum probant, & utantur, tanquam qui usus esse possit utilitati juris gentium necessario exigit, ut aliud ad initium cum primis hominibus fuerit, sed ad illam appellationem ut sufficit, rem, de qua agitur, fuisse apud homines ab initio conditi orbis: ita etiam satis est, eam congruere hominum intellectui, ac naturali rationi: atque ideo post talis rei inventionem, ejus usum ab omnibus gentibus recipi, & unanimitè approbari: argum. §. jus autem civile 1. vers. quod vero naturalis. Infr. de jur. nat. gent. & civ. ubi Justinianus air, jus + gentium vocari, quod naturalis ratio

inter omnes homines constituit, & apud omnes populos persequi cunctoditur, five quo omnes gentes utuntur. Quibus utique verbis Justinianus Imp. ad appellationem juris gentium, rationem naturalem, & unanimitè omnium gentium consensum, & applausum, five approbationem, non tantum temporis, reive antiquitatem requirit, & considerat, ut eleganter ostendit Aulus Pinelus in Commentar. ad rubric. C. de rescind. vendit. part. 1. num. 7. post Franciscum Connam lib. 1. Commentar. jur. civit. cap. 5. nu. 9. & Ludovic. Carondam lib. 1. verosimil. c. 5. Et sane + non apud Romanos duntaxat hic contractus emphyteusis in usu fuit: sed etiam Byzantiis innotuit, teste Aristotele lib. 2. Oeconom. Sed neque ante illos credendum est, alios populos rerum suarum adeo fuisse negligentes, ut non, qua possent ratione, utilitates suas quærent ex agrorum locatione temporali, aut perpetua, prout cujusque commoditas postularet. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civ. c. 12. nu. 1. Unde Claudius David velit, legali ad §. jus autem gentium. Infr. de jur. nat. gent. & civ. nu. 5. vocat contractum hunc Sybilla Cumana antiquiorem ex Gensel. 47. v. 24. & seq. Joseph. lib. 2. antiquit. Judæic. cap. 4. Præterea in prædicit. §. adeo 3. Infr. de locat. & condit. traditur, seculum apud veteres Jurisconsultos dubitatum fuisse, utrum contractus emphyteusis emptio, an locatio esset. Quæ certe dubitatio satis absurda fuisse, si contractus ille non juri gentium, sed civili adscriberetur. Emptionem + enim, & locationem juri gentium ac censendum, in confesso est, leg. ex hoc jure, 5. ff. de justit. & jur. leg. 1. in fin. ff. de contrah. empr. leg. juris gentium, 7. ff. de pact. leg. 1. ff. locati, & condit. Accedit auctoritas Hermogeniani in d. l. ex hoc jure, 5. ff. de justit. & jur. qui generaliter asserit, omnes contractus juris gentium esse, exceptis quibusdam juri civili introductis. Cui + generalitati, five regule standum, & adharendum est, donec de exceptione doceatur, ut notat Bartol. in l. 1. nu. 2. ff. si quis in jus voc. non erit. Decius in l. 1. nu. 7. ff. de reg. jur. Menoch. conf. 88. nu. 51. & conf. 98. nu. 13. lib. 1. Sed quoniam + sunt contractus illi excepti, si emphyteusis excepta 16 non est? Nimirum illi, qui excepti in jure nominatim reperiuntur: veluti stipulatio, §. de constituta, 9. Infr. de actio. l. si ita stipulatus, §. de obligat. & con. vers. ff. de plane si præcedat, ubi naturali obligationi stipulationem Paulus opposit, ff. de verb. obligat. quæ præscriptis quibusdam verborum formulis constat, leg. 1. l. stipulationum. §. §. stipulatio, ff. eo tit. & litterarum obligatio, natio vir. Infr. de litterar. obligat. item que sponsalia largitas, hoc est, donatio propter nuptias. Novell. 119. cap. 1. quæ veteribus Jurisconsultis penitus incognita fuit, tantum abest, ut jure gentium introducta sit, §. est & aliud 3. Infr. de donationib. Denique huic sententia noviores nonnulli, haud spernendæ auctoritatis Interpretes suffragantur, Coraf. lib. 1. Miscellan. cap. 21. & in tract. de juris arte, part. 2. cap. 9. in fi. & in Commentar. ad tit. C. de jur. emphyt. sub tit. contractum emphyteusis, juris gentium, non civilis esse. Connan. d. lib. 1. Comm. jur. civ. c. 6. num. 11. & lib. 7. c. 12. n. 1. H. in §. jus autem gentium, Infr. de jur. nat. gent. & civ. Mynsinger. nu. 5. in d. §. adeo, Infr. de locat. & condit. Arumæus Exercit. Jussum. 14. th. 12. Petr. Aug. Morla in Emporio juris utriusque part. 1. tit. 10. de locato, in præmissis, num. 22. Schegg. in delib. jur. disp. 18. th. 66. Andr. Gerhardt deced. 15. q. 4. Bachovius lib. 1. disp. Miscellan. cap. 6. pag. 219. & seq. nec non Hilliger. in Do-nello enucleat. lib. 13. cap. ult. lit. B.

Contra hæc ita firmatam sententiam opponi solet præcipue hoc argumentum: A quoque jure formam suam habet emphyteusis, ejus juri dicenda est: cum + forma det esse, & originem rei. l. Julianus 9. §. sed si quis, in fin. ff. ad exhibend. leg. si quis, 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid. leg. 7. mulieris, 13. §. 1. ff. de verb. signific. Atqui emphyteusis habet suam formam à jure civili, nempe à constitutione Zenoniana d. leg. 2. Cod. de jur. emphyt. d. §. adeo 3. Infr. de locat. & condit. Ergo emphyteusis juris civilis dicenda est. Verum negatur minor propositio. Etenim si emphyteusis formam demum à lege Zenoniana accepisset: sequeretur inde, quod ante Zenonem nulla fuisset emphyteusis: quippe cum forma det esse rei, dicit. l. Julianus, 9. §. sed si quis, ff. ad exhibend. cum similib. Sed fuisset etiam emphyteusis ante Zenonem, haud invitè concedunt ipsimet adversarii, propter leg. 3. §. si jus emphyteusicum ff. de reb. cor. qui sub tutel. vel cura sunt,

18 sunt, &c. & pluribus ostendit Connan. di. lib. 7. Comment. jur. civ. cap. 12. nu. 1. Quod si quis regetere velit fuisse quidem emphyteuticam ante Constitutionem Zenonis...

19 Illud quoque hic addendum est: emphyteuticam non male dici contractum bonae fidei. Primo enim perpetua quadam locatio ut plurimum censetur, arg. §. adeo, 3. ubi perpetuo quibusdam...

20 Quaeque locationis perpetuae spectes ut comprehendatur, necesse est. Deinde nihil in toto hoc contractu ad substantiam ejus pertinens esse videtur, quod non vel ex locationis, vel emptiois contractu acciperit...

21 Praeterea omnes contractus, qui solo contrahentium consensu sunt, bonae fidei sunt. Siquidem in his alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono, & equo praestare oportet...

22 Illud quoque hic addendum est: emphyteuticam non male dici contractum bonae fidei. Primo enim perpetua quadam locatio ut plurimum censetur, arg. §. adeo, 3. ubi perpetuo quibusdam...

23 Illud quoque hic addendum est: emphyteuticam non male dici contractum bonae fidei. Primo enim perpetua quadam locatio ut plurimum censetur, arg. §. adeo, 3. ubi perpetuo quibusdam...

24 bus rationibus. I. Quia hic contractus, vel ejus actio non adicitur actionibus bonae fidei, in d. §. actionum, 28. Insuper, de actionibus. II. Quia nulla lege...

cautum est, ut emphyteutis sit contractus bonae fidei. III. Quia soli contractus juris gentium sunt bonae fidei, non etiam contractus juris civilis, qualis est emphyteutis...

(c) Nominatis. Item an in contractibus nominatis sit locus penitentiae, vide per Olase. ejus de iur. 58. n. 7. Item vide in collect. meae commun. opin. ubi supra nu. 48. Caphal. conf. 23. r. 51. GIACH.

(d) Innomiatis. Quinimo quo in contractibus inonomiatis re integra locus sit penitentiae commune dicit Hieron. Torniel. in rubr. ff. de verb. oblig. Item commune dixi in d. collecta mea commun. opin. verb. contractus num. 46. ubi sub nam. sequ. post tres fallentias...

QUAESTIO III.

SUMMARI A.

EX CLARO.

1 In contractu emphyteutico, vel libellario, an requiratur, quod a principio praestetur certa quantitas.

EX ADDITIONIBUS.

1 An in contractu emphyteutico celebrando, conventio de certo pretio, a principio domino praestanda, requiratur.

2 Non plus ad formam alicujus actus exigendum est, quam lex ipsa exigit.

3 Nulla emptio consumitur solo consensu conficere, inde vincitur: quod ad sui perfectionem, siue substantiam, neque rei traditionem, neque verba, neque scripturam necessarii requirit: sed sola conventio de concedendo praedio fruendo, & praestanda annua pensione obligationem, & vim illi tribuit, argum. dicitur §. adeo 3. Insuper, de locat. & conduci. d. l. 1. C. de jur. emphyt. l. 2. ff. de oblig. & action. l. quid ad certum...

4 In quo potissimum emphyteutis, & venditio inter se coarctantur.

5 Sensus, & intellectus l. ult. vers. penult. C. de jur. emphyt.

6 De substantia contractus emphyteutici est, de pensione in recognitionem domini solvenda conventio.

7 Pacta contra substantiam contractus initia ipso jure nulla.

8 Nunquid pensio emphyteutica in sola pecunia numerata, an etiam in re alia, consistere queat.

9 Consideratio l. penult. C. de divers. praediis urban. & rustic. temporum, &c.

10 Equid pensio quotannis ab emphyteuta praestanda, in uno nummo, vel quavis re alia minima consistere possit.

11 An, & quatenus in emptioe & locatione pretium, siue merces uno nummo constituatur.

12 Canon emphyteuticus principaliter ad dominium duntaxat recognoscendum desideratur.

13 Verus, & genuinus sensus l. si quis 10. §. ult. ff. de acquir. vel amit. possess. l. si quis conduxit 46. ff. locati, & l. si quis donat 8. ff. de contrah. empt.

Quaero, nunquid in contractu emphyteutico, vel libellario de necessitate requiratur, quod a principio praestetur certa quantitas? Resp. in hoc varie sunt Doctorum opin. Nam fac. de Aret. in l. 1. C. de jur. emphyt. tenet quod de substantia, &

& forma contractus emphyteutici requiratur, quod a principio praestetur certa quantitas pro primo ingressu: & dicit Alber. in d. leg. 1. quod haec opin. communiter approbatur, quem refert Dec. in c. in praesentia, nu. 48. in fin. de probat. Contrariam (a) vero sententiam, quod scilicet non requiratur, quod a principio praestetur illa certa quantitas, videtur sentisse Bart. in leg. si mihi & Titio, post nu. 4. ff. de verb. oblig. ubi dicit, quod emphyteutis dupliciter haberi potest, scilicet titulo lucrativo, & titulo oneroso, id est, quando praestatur certa quantitas. Et haec dicit esse communem Petrus in d. l. 1. ubi etiam subdit, quod ita servatur de conductu. Idem dicit Cyn. in d. l. 1. quem refertur Salic. ibi, nu. 3. & Jaf. nu. 3. & Paris. conf. 77. nu. 13. lib. 3. Dicit etiam Abb. in c. potius, nu. 6. in fin. de locato. quod ita dicunt communiter Doct. Unde cum haec opin. quae etiam de jure veteri videtur, sit indubitata consuetudine comprobata: non ciset ab ea judicando, aut consulendo recedendum.

ADDITIONES.

(a) Contrariam vero sententiam, &c. Quod si in contractu emphyteutico celebrando, conventio de certo pretio, ab initio domino praestanda, necessaria non sit, praeter Clarum nostrum, & ab eo hic memoratos, tenent Joan. Coraf. in rubr. iur. C. de jure emphyt. nu. 11. Joan. Orosius Hispan. ad l. jurisgenium, 7. ff. de pact. Alvarus Valasc. in tract. de jur. emphyt. q. 10. alique ab his designati. Hujusque sententiae ratio non obscura est: quia nullis legibus, etiam accurate & ex professo de substantia, atque natura contractus emphyteutici tractantibus, cautum reperitur: quod ad perfectionem, siue substantiam hujus contractus ab initio certum pretium requiratur, sicut videre est ex §. adeo, 1. Insuper, de locat. & conduci. leg. 1. & 2. C. de jur. emphyt. Non tamen debemus autem plus ad formam, seu substantiam alicujus actus exigere: quam lex ipsa exigit, argum. l. illam merito, 19. vers. superfluit, quidem, C. de collationib. & Novell. 18. c. 1. Praeterea vana, & insipida veterum fuisse dubitatio, an contractus emphyteuticus locationis, & conductioni adscribendus esset: si is contractus ad sui perfectionem certum ab initio pretium requireret: quoniam omnibus, etiam tyrionibus notum est, quod locatio ad sui substantiam, seu perfectionem, a principio certum pretium praestandum non requirit.

Non imminuit hanc conclusionem, quod emptio, venditio, & contractus emphyteuticus magna inter se familiaritate, ac similitudine conjuncti sint. d. §. adeo, 3. Insuper, de locat. & conduci. Nulla vero t emptio sine pretio consistit. §. pretium autem Insuper, de empt. & vendi. l. 2. §. 1. l. cum in venditione, 36. l. nuda, 55. & l. pacta conventa, 72. ff. de contrah. empt. Nam haud in omnibus contractus emphyteutici, & venditio inter se conveniunt: alioqui non similes contractus, sed iidem genus essent, contra d. leg. 1. C. de jur. emphyt. Convenit tamen emptio, & venditio cum contractu emphyteutico potissimum in eo: quemadmodum per emptioem, & venditionem dominium in emptorem transferatur, venditore domino existente, leg. ex empto 11. §. & in primis 2. ff. de actionib. empt. & adeo ut non valeat contraria conventio de dominio non transferendo, leg. cum manu facta, &c. §. ult. ff. de contrah. empt. ita & per contractum emphyteuticum jus aliquid domino simile (quod dominium utile vulgo indicant) in emphyteutum transferatur, d. leg. 1. ubi Doct. ff. si ager vedigialis, &c. Quomodo porro emphyteutis distinguitur ab emptioe, exposuimus ad d. §. adeo, 3. n. 11. & sequ. Insuper, de locat. & conduci.

Nec item t retragatur rex. in l. fin. vers. penult. C. de jur. emphyt. ubi dum traditur, quinquagesimam partem pretii ab emptore fundi emphyteutici, pro impetranda investitura, domino praestanda esse: ex eo necessario sequi videtur, certum pretium ab initio, & in ipso limite contractus emphyteutici ab emphyteuta ipsi domino esse exponendum: cum quinquagesima pretii pars pro investitura obtinenda in considerationem venire nequeat, nisi pretium in ipso contractu certum Jul. Clar. Sentent. Pract. Crul. Tom. I.

fuerit constitutum. Quomodo enim pars pretii esse potest, si nullum pretium constitutum est? Lex, inquam, ille non refragatur. Iustinianus namque in eo non loquitur de pretio ab initio hujus contractus dominio fundi numerando: sed de quinquagesima parte pretii illius, quod emphyteuta venditori, pro fundo emphyteutico vendito, ab emptore ex conventionis praestandum est. Cuius pretii, a contrahentibus in conventionem deducti, quinquagesima pars ab emptore, siue emphyteuta novae pro inductione in possessionem, & signum novae acquisitionis (quam investituram vocant) domino praestari debet. Neque vero illius quinquagesimae partis praestatio ad substantiam hujus contractus referri potest: cum is, etiam antequam ea praestetur, indubitata subsistat. Reliqua, quae huic decisioni obstat videtur, refutavit in d. §. adeo, num. 22. & sequ. Insuper, de locat. & conduci.

Quamvis tamen conventio de pretio certo, ab initio hujus contractus domino solvendo, necessaria non sit, ut modo est positum: certissimum tamen est, de substantia ejusdem contractus esse, ut de canone, seu pensione, in recognitionem domini ab emphyteuta quorundam evolventa, conventio celebretur. Annua liquidem isthaec pensio praecipue hujus contractus, & juris emphyteutici propria est. Nam sine ea aut erit venditio, si pretium semel solvitur, aut erit permutatio, si species cum specie commutatur: aut erit donatio, si pro re nihil omnino praestatur. Et praeterea annua pensio contractus emphyteutici, & jus ab eo descendens, maxime ab aliis discernitur, ut bene tradidit D. Obrecht, d. par. 36. th. 123. & sequ. Cum igitur pars substantiae sit, de pensione conventio: inde sequitur, contrahentes pacifice non posse, ne domino pensionem emphyteuti solvere teneatur, l. 1. in princ. ibi, haec lege, ut tamdiu pro his vedigal. solvatur, ff. si ager vedigialis, &c. d. §. adeo, 3. ubi, ut quondam pensio, &c. Insuper, de locat. & conduci. Coraf. in l. 2. n. 4. vers. unae nec in specie, & ibidem Ferrarius in princ. C. de jur. emphyt. Pacta tamen contra substantiam contractus initia ipso jure nulla, & inutilia putantur, arg. l. cum precario, 12. in princ. ff. de precar. & l. si donationis, 3. C. de contrah. empt. & vend. Siquidem ad l. 2. nu. 14. C. de jur. emphyt.

Adi hic potest non incommode illa quaestio: utrum tamen pensio emphyteutica in sola numerata pecunia, an etiam in re alia, puta vino, tritico, aut oleo consistat? Et hoc posterius communiter receptum est, quoniam pensio illa locum non solum in pecunia numerata, sed etiam in fructibus solvitur, argum. d. §. adeo 3. ubi, pensio siue reditus, &c. d. l. 2. vers. in autem, ubi, neque pecuniam solvitur, C. de jur. emphyt. ubi, si olei in C. de locato. Aug. Berous in prae. post. 4. nu. 48. extra de locato, & Claud. Canticula in privilegio Insuper, de locat. pag. 87. Nec tamen ipse opin. advertebat l. pen. C. de divers. praed. urb. & rusticis temporum, &c. in qua Imp. Valentinianus canonem emphyteuticarium inferri jubet: quod de numerata tantum pecunia intelligi posse videtur: cum reditus vini, frumenti, aut olei, aerario non inferantur. Lex, inquam, illa non advertebat. Primum n. licet in ea canon emphyteuticus in aerarium inferri dicitur: non tamen idcirco, alios reditus posse dari alibi deponendos, negatur. Deinde respondetur: tunc istum accipiendum esse de emphyteutarum publicarum: cujus canonem in numerata pecunia Respublica magis probat, ob bellorum necessitatem: quandoquidem pecunia nervus belli censetur. Alvar. Valasc. in tract. de jur. emphyt. g. 1. n. 7. Adi quoque hoc loco poterit haec quaestio: an t pensio siue canon iste, ab emphyteuta quotannis praestandus, in nummo vero, vel re alia quavis minima consistere possit? Et post se, recte a plerisque traditur. Nam t etiam in emptioe emphyteutis maximam habet familiaritatem, d. §. adeo 3. Insuper, de locat. & conduci. In rebus uno nummo consisti potest: dum modo id non donandi, sed vendendi, & locandi animo fiat, leg. si quis datus, &c. ff. de contrah. empt. & argum. l. si quis conduxit, & ff. locati, ubi Ulpianus refrendit, conclusionem a quo nummo factam, ipso jure nullam esse, ea subiecta ratione: quia hoc donationis infaraducit. Si ergo ex conventionis, nummo uno facta non elececit neca donatio: sed constet, hanc exigam mercedem, conductionis causa a contrahentibus fuisse appositam: conductionem valere dicendum est. Idem erit iudicium, si de pretio minimo in emptioe, & venditione contrahentes, non animo donandi, inter se convenierint. Quid enim, si quis rem uno seltimo nummo dignam tanti vendiderit? Nemo profecto sanus hanc venditionem, donationis causa contractam, adeo-

que inuicem fuisse dixerit. Proinde & canon emphyteuticus ex placito partium uno definiti nummo poterit. Idque ex eo apparet luculentius: quod si canon ex origine proprioque sine hujus contractus, quatenus dominum utilitatem respicit, ad dominium solummodo recognoscendum requiritur, per notata Andreae Galli lib. 2. obser. 21. nu. 25. Sed dominium per unius nummi, reive leuissima praestationem aequae ac per solutionem rei magna recognosci posse, palam est. Atque ita sentiant Bald. in rubr. C. de jur. emphyt. l. in l. 1. nu. 4. C. cod. Connan. lib. 6. Comment. jur. civ. c. 12. nu. 6. velle. similiter conductiones, &c. Mynsinger respons. 66. num. 6. & resp. 78. nu. 11. Valascus in tractat. de jur. emphyt. quest. 1. nu. 15. & quest. 11. num. 10. velle. tu adverte, &c. Quamquam contrariam sententiam tuenti nitatur Dn. Collega Bocerus class. 2. dispur. 14. th. 13. 12. edit. 2. Sed tunc iurare non videntur textus, quos allegat, nempe l. si quis ante 10. §. fin. ff. de acquir. vel amittenda. possess. & d. l. si quis conduxerit. 46. ff. locati. Idem nec text. in d. l. si quis donatio. nis, 38. velle. toties enim dicimus, &c. ff. de contrahen. empt. ex quibus locis evincitur, quod conductio, siue emptio, quae celebratur uno nummo, minime valeat. Iste namque leges eo de casu accipiendae sunt, quo manifestum est, mercedem, vel pretium vilissimum, nimirum exiguum, non quidem vendendi, vel locandi, sed mero donandi animo inter contrahentes constitutum fuisse. Hoc sane casu venditionem, vel locationem non esse contractam, in proparulo est: Ast in contractu emphyteutico canon, quantumvis exiguus, nunquam donationis causa, sed ob id semper constitutus esse censetur, ut per praestationem illius directum (quod quare) dominium recognoscatur. Ex quo fit, ut contractus ille semper subsistat, etiamsi de vilissimi canonis praestatione in eo actum fuerit. Huc plura referri poterunt, quae annotavimus ad d. §. adeo, 3. Instit. de locat. & conduct. nu. 229. & sequent. HARP.

de jur. emphyt. & ita communiter tenetur, ut ait Sal. in d. l. 1. nu. 5. quem refert Aretin. in §. adeo, n. 8. Instit. de locat. Hanc etiam dicit esse communem opinionem (c) Imol. in c. potuit, post n. 7. velle. Idem differt a contractu, &c. de locato, subdens, quod esset etiam servanda in pract. Sec. in conf. 169. n. 12. lib. 2. quod est duplicatum in conf. 120. lib. 4. Sal. in d. l. 1. n. 6. & seq. C. de iure emphyt. Affili. decif. 72. ante nu. 8. & quod contractus emphyteuticus non possit probari, nisi per scripturam, dicit esse communem Alex. consil. 50. nu. 4. lib. 5. Contrariam tamen sententiam, quod scilicet possit etiam sine scriptis celebrari contractus emphyteuticus, tenuit gloss. in dict. l. 1. in verbo, Scriptura. & hanc approbat (d) consuetudo, ut dicit Bart. in d. l. 1. nu. 6. Ang. in d. l. 1. nu. 3. Paris. conf. 77. nu. 16. & seq. lib. 3. ubi dicit, quod licet contraria opin. videatur magis communis, tamen quia illa est approbata per consuetudinem, esset servanda. Idem dicit Soc. in d. conf. 169. nu. 12. Ego tamen non puto ita absolute verum esse, quod hoc opin. sit recepta a consuetudine. Et multi etiam Doctores attestantur se vidisse contrarium observari, praesertim Aretin. in d. §. adeo nu. 8. propterea credendum melius esse in practica adherere communi opinioni, quae etiam tutor est, & aequior, nisi in specie appareret in eo loco, in quo contingeret hoc deduci in controversiam, contrarium observari. Hoc enim casu non esset ab hujusmodi consuetudine, & observantia recedendum.

ADDITIONES.

QUAESTIO IV.

SUMMARI.

EX CLARO.

- 1 In contractu emphyteutico an requiratur scriptura.
- 2 An scriptura sit de substantia contractus emphyteutici.
- 3 Regula adhaerendum, donec exceptio probetur.
- 4 Iner contractum emphyteuticum, & inter venditionem, locationemque magna est similitudo, & familiaritas.
- 5 Omnes contractus juris gentium solo consensu constant.
- 6 In perpetua rei Ecclesiasticae emphyteusi scriptura necessaria.
- 7 Specialiter notari solent, quae specialem animadversionem postulant.
- 8 Consideratio Novellae 7. in princ. §. ultim. vers. Anastasius.
- 9 Generali monumenti appellatione quid contineatur.
- 10 Mens, & sententia l. 1. C. de jure emphyteut.
- 11 In quibus contractibus scriptura a plerumque adhiberi solet.
- 12 Domini Boceri opinio refertur, & consuetur.
- 13 D. H. opinatio similiter refertur.
- 14 Nunquid in distractu per quem ab emphyteusi constituta receditur, scriptura exigatur.
- 15 Quae solemnitas requiritur in contrahendo, requiritur etiam in dissolucendo.
- 16 Consultus est, & tutius, ut in emphyteusi scriptura interveniat.

Uero nunquid (a) de substantia contractus emphyteutici requiratur a principio (b) scriptura? Respon. quod sic, alias contractus ipse non valet. Ita tenet gloss. in l. 1. in verbo Alienationis, C.

Atqui a regula, donec aperte demonstretur exceptio, non recedendum est: ut, post alios, docet Dec. n. 7. & Sturcius nu. 29. in l. 1. ff. de reg. jur. Deinde tunc inter contractum emphyteuticum, & locationem, ac venditionem tanta intercedit affinitas, & similitudo, ut a veteribus dubitandum fuerit, num ille contractus venditioni, an locationi affodiendus esset, d. §. adeo, 3. Instit. ff. de locat. & conduct. Jam vero frustra, & inepte ea de re dubitatum, aut disputatum fuisse, si emphyteusis sine scriptura non perficeretur: cum nemo unquam dubitaverit, quin locatio, & venditio, solo consensu, sine scriptura perficiantur, tot. tit. Instit. de obligat. ex consensu. l. contractus 17. C. de fide instrumtorum. Praeterea omnes tunc contractus juris gentium solo constant consensu, non etiam scriptura d. tit. Instit. de obligat. ex consensu. l. contractus inter contrahentes convenit, ut in scripturam contractus redigatur, d. l. contractus 17. C. de fide instrumtorum. Emphyteusim autem esse contractum juris gentium, perspicue ostensum est supra ad q. 2. n. 10. & seqq. Denique in tunc contractus emphyteutico, quo perpetua rei Ecclesiasticae emphyteusis constituitur specialiter requiritur scriptura, Novell. 7. in princ. §. 1. vers. Anastasius autem, &c. Ex quo consequens est, in private emphyteusis contractu non exigi necessario scripturam: siquidem id alioqui frustra cavetur specialiter de emphyteusis Ecclesiasticae, si generaliter in omni contractu emphyteutico scriptura necessaria esset. Ea quippe specialiter duntaxat caveri, ac notari solent, quae specialem, & singularem animadversionem postulant, l. item apud 15. §. hoc editum 26. ff. de injur. l. 1. §. dixerit aliquis 2. ff. de publican. & velle. l. 3. §. 1. vers. nisi forte jure nante, cap. fabul. &c. Plures hujus sententiae rationes adduximus in d. §. adeo 3. Instit. de locat. & cond. n. 54. & seqq.

Ceterum illud ferendum non videtur, quod Clarissimus Dn. Collega Bocerus, in d. tract. de qualis, & diff. ferretur a feudor. c. 1. num. 26. circa finem, ad enervationem hujus ultimi nostri argumenti, ex * d. Novell. 7. in princ. §. 1. siue ultim. vers. Anastasius, petiti, contendit, per gesta monumentorum illic intelligendam esse scripturam publicam: adeoque in emphyteusi civili, siue seculari privatam solum desiderari scripturam: aut in emphyteusi Ecclesiasticae exigi monumentorum gesta, id est (ut ipse interpretatur) scripturam publicam. Etenim nullo evidenti textu juris probari poterit, per monumentorum gesta scripturam tantum publicam exaudiendam esse. Nam quod attinet ad textus a D. Bocero allatos, ut non omnes simpliciter loquuntur de monumentorum gestis: sed addunt plerique verbum infamationis: ex quo apparet, qualia monumenta in dictis locis intelligi debeant: nimirum illa, quae ad infamationem donationis summam quingentorum solidorum excedentis, coram magistratu expediendam, requiruntur, hieque publicis actis infamata, & comprehensa sunt: ut videre est in l. penult. §. ult. C. de donat. & Novell. 119. in princ. & locis similibus. Sed & exploratum esse, generali tunc monumenti appellatione comprehenduntur ea, quod ad memoriam posteritatis spectant, ut Cicero lib. 5. senill. & passim tradit. Eoque constat leg. centus, 10. ff. de probatio. et testibus. Quibus verbis non obscure indicat, esse quoque monumenta privata. Alias enim non addidisset verbum, publica. Idque latius confirmat Hugo Donellus in tract. de fide instrum. cap. 2. pag. 279.

Ad hoc positum (attamen circa veritatis praedictum) in praedicta Novell. 7. per monumentorum gesta intelligendam duntaxat esse scripturam publicam, atque adeo in ecclesiastica emphyteusi requiri publicam scripturam: non tamen inde sequeretur, quod in civili, siue seculari emphyteusi scriptura privata exigeretur. Siquidem in ea nullam formam, siue publicam, siue privatam scripturam esse necessariam, paulo ante factis firmis rationibus evictum est.

Neque tunc hanc sententiam turbat textus in d. l. 1. ubi, scriptura interveniente, C. de jur. emphyt. ex quo Dominus Collega Bocerus, & nonnulli alii colligunt, Zenonem Imperatorem constituisse, ut & ipsemet contractus emphyteuticus, & padiones ei adjecta scriptura interveniente fiant. Nam si penitus dicitur, l. 1. in specul. longe aliud apparebit. Cum enim Zeno Imp. ibi dixisset, emphyteusim esse jussum validumque contractum, separatam a locatione, & conductio, itemque emptio, & venditio: postmodum subijcit, non quae ejus forma sit, sed quomodo effectum habeat hic contractus. In quo, inquit, cuncta, quae inter utraque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus,

padionibus, scriptura interveniente habitis placuerit, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeat custodiri. Quae verba non ad formam, sed ad effectum emphyteusos pertinere, nemo non intelligit. Et profecto non potest valere haec argumentatio: In contractu emphyteutico omnibus modis custodienda sunt, quae padionibus scriptura interveniente habitis placuerunt. Ergo scriptura est de substantia contractus emphyteutici. Eadem etenim ratione dicendum foret, valere & hanc argumentationem: In contractu emphyteutico, quae padionibus habitis placuerunt, omnibus modis custodiri debent. Ergo padiones sunt de substantia contractus emphyteutici, contra dictam l. 1. vers. ita ut si inserendum, &c. C. de jur. emphyteut. Ideo autem scripturae mentionem fecit Zeno Imp. quia tunc plerumque adhiberi solet scriptura in eiusmodi contractibus, qui ad longinquum tempus respiciunt: ne fides eorum temporis discurfu vacillet, iis mortuis, qui testes adhaerent, &c. d. l. contractus, 4. ff. de pignori. & hypothec. Connan. d. lib. 7. Commentar. jur. civ. cap. 12. num. 6. Hinc etiam corruit secundum argumentum, a Dn. Bocero in d. tractat. de qualis, & diff. feudor. c. 1. nu. 21. pro contraria sententia stabilienda allatum, ex l. 2. & 3. C. de jur. emphyt. ubi emphyteuticorum instrumentorum Justinianus Imp. meminit. Id enim ob dictam modo causam factum esse, indubitatum est: non ideo, quod scriptura fir de substantia emphyteutici, ut Rufus docuit in dicto §. adeo, 3. nu. 65. & seqq. Instit. de locat. & conduct.

Praeterea tunc D. Collega Bocerus d. c. 1. numero 22. 12. vers. praeterea Zeno, &c. ad corroborandam suam opinionem, & infringendam nostram, ita argumentatur: Quicumque re, seu substantiam forma distinguitur emphyteusis a locatione conductio, & emptio venditio: ea res est de substantia emphyteusos. Atqui loca scriptura ita distinguitur emphyteusis a locatione conductio, & emptio venditio. Ergo scriptura est de substantia emphyteusos. Sed minor propositio inconveniens est. Etiam si sola scriptura, seu forma substantiam, emphyteusos distingueret a locatione conductio, itemque emptio venditio: quid quaso differret ab emphyteusi locatio conductio, itemque emptio venditio, quam in scriptis perfecti contrahentes voluerunt? Nempe non amplius dicenda foret emptio, & venditio, quae scriptura conficitur, sed emphyteusis. Similiter non esset locatio, & conductio, si eam in scriptis fieri contrahentibus placuisset, sed emphyteusis. Quod quam sit dictu absurdum, apparet ex d. l. contractus, 17. C. de fide instrum. & princ. Instit. de empt. & vend.

Postremo non negamus, contractum emphyteuticum per Zenonianam constitutionem a locatione conductio, & emptio venditio distinctum, ac separatum esse, d. §. adeo 3. vers. de raris Instit. de locat. & conduct. d. l. 1. C. de jure emphyteut. Sed quomodo? An per scripturam? Hoc vero non exprimit Zeno Imp. in d. l. 1. nec etiam Justinianus in d. §. adeo. Cum tamen non leviter, aut obiter attingendum, sed diligenter & significanter exprimendum fuisset, si ad emphyteusos substantiam scriptura requireretur, atque per scripturam emphyteusis a praedictis contractibus distingueretur.

Ex praedictis quoque satisfieri potest argumentis, tunc qui lib. 2. variat. resolut. jur. civ. tractat. 7. part. 1. quest. 11. novissime eandem Domini Boceri sententiam defendente conatur, & praeter rationem modo refutatam, ex d. l. 1. C. de jure emphyt. adducit, etiam aliam subjungit. Quin & ratio (inquit) evidens suadet, in scripturam redigi contractum emphyteuticum: quod nempe, cum res agitur in perpetuum, vel in longissimum tempus, vis fit, ut rei gestae memoria consistere possit sine scriptura. Verum ipse H. proculdubio intelligit, quam infirma haec sit ratio; Emphyteusis non facile potest probari absque scriptura: Ergo scriptura est de substantia ejus. Nam lib. 1. variat. resolut. tract. 1. quest. 23. refutavit similem argumentationem, nimirum hanc: Leges sine scriptura non facile possunt in notitiam hominum venire. Ergo scriptura est de substantia legis.

Atque tunc ex hac decisione patet etiam resolutio ad istam quaestionem, qua in dubium vocatur, num in distractu, per quem ab emphyteusi constituta receditur, scriptura sit necessaria. Et eam quidem non minus distractu, quam contractu emphyteutico desiderari opinantur nonnulli, relati a Cacherano d. decif. 53. n. 10. & seqq. hac

(a) Nunquid de substantia contractus emphyteutici requiratur a principio scriptura. 1 Quod tunc scriptura sit de substantia siue essentiali forma contractus emphyteutici, praeter Clarum nostrum, & ab eo hic laudatos, autumant Schneidevinius num. 7. Mynsinger. num. 27. & Heigius num. 14. in §. adeo 3. Instit. de locat. & conduct. Corasius num. 8. & 12. Elbertus Leoninus num. 3. & Siehard. num. 32. ad l. 1. C. de jure emphyteut. Vigelius lib. 5. juris controvers. cap. 7. reg. 7. Donel. lib. 9. Comment. de jur. civ. 13. pag. 445. Borcholt. in tract. feud. c. 3. nu. 7. & par. 1. dispur. de jur. emphyt. th. 4. pag. 118. D. Obrecht. dispur. 36. thes. de Octavian. Cacher. decif. Pedemont. 53. num. 1. Crav. conf. 112. num. 8. Roland. a Valle conf. 87. num. 9. vol. 1. D. Collega Bocer. in Comment. ad leg. contractus 22. ff. de reg. jur. c. 4. num. 77. edit. 2. & class. 2. dispur. 4. th. 3. & 20. edit. 2. item in tract. de qualitate, & differet. feudor. cap. 1. nu. 14. & seqq. Schickardus dispur. 14. th. 5. sub lit. A. & resolut. q. 1. Alvar. Valascus in tract. de jur. emphyt. q. 7. n. 2. Mascard. in tract. de probat. conclus. 602. n. 1. & 2. itemque conclus. 604. n. 4. vol. 2. alique per eos relati. Verum contrarium, quod videlicet ad solemnitatem, siue perfectionem hujus contractus scriptura non sit necessaria, post Doctores hic a Claro in vers. contrarium tamen, &c. relatos defendunt Speculator in tit. de emphyteusi, nu. 6. Ant. de Butrio, & Panorm. in c. potuit 4. extr. de locato. Curt. jun. & Alciat. in l. pactum, quod 17. C. de pact. Lud. Roman. consil. 102. num. 6. Guido Suzar. in tract. de jur. emphyt. nu. 4. Franc. Sarmien. lib. 3. selectar. interpret. 2. nu. 5. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civ. c. 12. nu. 6. Forccatal. Necyomantia Dialog. 19. num. 9. Kirchow. common. opin. contr. 26. conclus. 6. Vulteus lib. 1. jurisprad. Roman. cap. 26. in fin. & in tract. de feud. lib. 1. cap. 7. num. 43. Hachelman. dispur. Illust. 11. th. 4. lit. B. Givhanus lib. 3. dispur. 29. th. 22. & ibidem in suis notis Olemannus num. 25. & noviter Carolus Kirchberg. in discurfu de feudo ex pacto, &c. cap. 4. num. 151. & seqq. alique plures. Hujusmodi pronuntiationi multiplex redditur ratio. Nam primo verissima & tritissima juris regula est, quod tunc scriptura ad rei substantiam, vel perfectionem necessario non requiritur: sed ad probationem duntaxat ejus desideratur, l. contractus, 4. ff. de pignori. & hypothec. in l. in re hypotheca 4. ff. de fide instrum. l. in exercendis 15. C. cod. l. qui ad eorum 14. ff. locati, d. l. pactum quod 17. C. de pact. Atqui

Atqui

Jul. Clar. Semer. Pract. Civil. Tom. I.

Q 3

15 hac ratione permori: Quia * solemnitas, que requiritur in contrahendo, requiritur quoque in dissolvendo, auth. eorum, C. de repudiis, & ea, que requiruntur necessario ad aliquid actus constitutionem, exiguntur pariter ad eisdem destructionem, l. prout quidque, 80. ff. de solutionibus, l. nisi tam naturale, 35. ff. de reg. jur. Barol. in l. actor, 9. nu. 9. ff. rem ratam haberi. Paul. de Castro in l. tria praxia, 31. n. 5. ff. de servit. prax. rubricor. Jason. in l. omnium, 19. nu. 9. C. de testam. & conf. 141. num. 2. vol. 4. At cum ex supra traditis manifestum sit, contractum emphyteuticum nudo consensu absque scriptura interveniente perfici opinio isthac, utpote debili, falsoque sustulit fundamentum, per se sine ulla refutatione corruit, & ex adverso liquidissime constat a contractu emphyteutico nuda conventioni; nulli omnino interveniente scriptura, recedi posse. Enimvero illud hic addendum: cum * emphyteus pactis multum varietur, ad probationem ejus, quod actum est, ut interveniat scriptura, consultus esse, & tutius, ut hic post Clarum nostram innotuit D. Vultejus d. lib. 1. Jurisprud. Roman. c. 46. in fin. & lib. 1. de feudis cap. 7. n. 32. HARR.

(b) Scriptura.] Vide que dixi sup. v. q. in Apostilla benedicti Hier. B. Adde etiam commune, & verum per Offic. deest, 93. col. 2. qui in 2. Aud. post plures citatos tenet scripturam etiam requiri in dissolutione. Item commune dixi d. collect. mea commun. opin. in verb. emphyt. nu. 16. Et quot modis concedatur, vide per Jst. d. l. 1. n. 6. Gratia.

(c) Inol. in c. parit.] Et isti late declarat, in quo differant contractus emphyteuticus, & contractus locationis, & in quo differat a contractu venditionis. GOVEAN.

(d) Conseruando.] Adde, & vide etiam de hac consuetudine per Rol. conf. 87. nu. 11. commune tamen, & usu receptum vide in contrarium per Jac. de S. Georg. in Auth. qui rem, post num. 15. C. de sacros. Ecclie. & dixi in collect. mea commun. opin. in verb. scriptura, nu. 3. GOVEAN.

QUESTIO V.

SUMMARI A.

EX CLARO.

- 1 Vasallus an possit rem feudalem alteri concedere in Emphyteutic.
- 2 Concessio in emphyteuticam est alienatio.
- 3 Omnis feudi alienatio prohibita.
- 4 Feudum in proprium in quibus naturam feudi proprii sequitur.
- 5 Cur subinfundatio sine consensu domini sit licita, non vera datio in emphyteuticam.
- 6 Quid obtineat de consuetudine.
- 7 Cui vasallus res feudales in emphyteuticam tradere queat.
- 8 An concessio emphyteuticam teneat, si vasallus rem feudalem ea lege in emphyteuticam concedat, ut dominium utilis in recipientem non transeat.
- 9 Venditio, qua agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit.
- 10 Commoditas fructuum, que ad longum tempus transferuntur, pro vera alienatione in materia prohibita habetur.
- 11 Utrum bona majoratus in emphyteuticam recte concedantur.
- 12 Resoluto jure dantis, resoluitur jus acceptoris.
- 13 Bonorum majoratus in perpetuum emphyteuticam facta concessio, an & quatenus valeat.
- 14 Utile non vitatur per inutile in separabilibus.

15 Q Uero, nunquid (a) vasallus possit rem feudalem concedere alteri in emphyteuticam? dixi infra hoc eod. lib. §. Feudum, q. 33. versio. Idem etiam.

ADDITIONES.

(a) N Utquid vasallus possit rem feudalem concedere alteri in emphyteuticam? Feudi * in emphyteuticam concessionem esse inutilem, nisi dominus consentiat, ultra Clarum nostrum infra in §. feudum, q. 33. nu. 7. Doctores communiter statunt, Gloss. Jacob. de Belnis. Bal. Alvarot. Jo. Raynald. & alii in c. imperialem, in pr. de prohib. feud. alienat. per Frider. in 55. lib. 2. feud. hocque referens Cart. Jun. in tradit. feud. part. 4. num. 91. item Fridericus Schneck. in §. rursus, nu. 3. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib. 1. feud. Mynsing. cent. 6. obser. 30. num. 1. Gothofred. Anton. disp. feud. q. 10. §. lit. F. Ejusque ratio in promptu est: quia * concessio in emphyteuticam est alienatio, Novell. 7. cap. 1. §. alienationis autem, & c. l. fin. C. de reb. alienis non alienand. Sed omnis * alienatio feudi prohibita est, tit. 52. in princ. vers. hortatum itaque, & consil. & d. tit. 55. in pr. vers. habito ergo consil. lib. 2. feud. Idque non tantum in proprio feudo, sed & improprio procedere verisimile est: propterea quod * feudum improprium in omnibus, & per omnia sequitur naturam feudi proprii, praterquam in iis, in quibus feudi proprii nature, vel regulis per investituram expressim est derogatum, cap. 1. de feudo non habente propr. feud. tit. 48. lib. 2. feud. D. Bocer. class. 2. disp. 14. th. 14. edit. 2.

Nec refragatur, quod * sicut subinfundatio sine consensu domini licita est; ita & permisa sit datio in emphyteuticam. unie. §. si vero. Qualiter olim poterat feudum alienari tit. 9. lib. 2. & c. 1. §. similiter 2. de lege Corradi, tit. 34. lib. 2. feud. Nam magna subest diversitatis ratio. Siquidem vasallus non potest, nisi aequali, & bona fide, atque eodem plane modo, quo ipse feudum possidet, subinfundationem facere, d. c. 1. §. similiter, de lege Corradi, & notat, post alios, Clarus noster in tra. feud. tit. 2. §. 9. circa fin. Atqui feudum tali modo in emphyteuticam dari nequit. Alias enim non emphyteuticam, sed feudum concessum putaretur. S. in Com. ment. ad ysa. feud. part. 12. num. 94. & Curt. Jun. d. part. 4. nu. 91. in fine, ubi ex traditione Fabri ex §. adeo inf. de locat. & consil. & Rainaldi in d. c. Imperialem, de prohib. feud. alienat. per Frider. subdit: quicquid * sit de jure stricto: de generali tamen consuetudine vasallum res feudales incultas sine licentia domini in emphyteuticam tradere non prohiberi. Idem afficit Clarus noster in d. §. feudum, q. 33. nu. 4. Quinimo * vasallus etiam res cultas feudales proximo agnato, qui alioqui successurus esset, in emphyteuticam dare absque consensu domini potest, §. si vero de alien. feud. tit. 13. lib. 1. F. Frideric. Schneck. in d. §. rursus nu. 5. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib. 1. Fit etenim eo casu magis refutatio, quam alienatio, c. 1. post pr. l. 1. non est libellus, sed quasi refutatio, de alienat. paterni feud. tit. 39. lib. 2. F. Atque hoc in feudo antiquo locum habet, non in novo; quia agnati, & collaterales in novo non succedunt, c. 1. de success. fratrum, tit. 11. & c. 1. de fratrio. de novo benef. investit. tit. 12. lib. 2. F. Defendentibus vero feudum indistincte, sive novum, sive antiquum fuerit (quia utrobique succedunt) in emphyteuticam dari poterit d. cap. 1. de alienat. paterni feud. Sonsbeck d. part. 12. nu. 94.

At quid dicendum, si * vasallus rem feudalem in emphyteuticam ea lege concedat, ut dominium utile in recipientem non transeat: num hoc casu concessio emphyteuticam valebit: Et verius videtur, ne illo quidem modo feudum in emphyteuticam dari posse: quandoquidem emphyteusis ex venditionis natura id habet, & in eo profusus similis est venditioni, quod per eam dominium utile transferatur in recipientem: sicuti in venditione fieri solet dominii translatio, ver. dicit §. adeo, Inst. de locat. & consil. Venditio * autem, qua diferte id agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit, ne do. manu, §. ult. ff. de contrah. emp. Ergo, & contractus emphyteuticus, qui addita est pactio de utili dominio non transferendo, nullius momenti erit. Quid * quod commoditas fructuum, que ad longum tempus transferuntur pro vera alienatione in materia prohibita ad evitandum fraudem habetur, per notata Baldi in Auth. hoc jus portellum, col. 1. vers. 6. C. de SS. Eccl. Fabiani de monte sancti Savini in trad. de emp. & vend. in q. principal. q. ult. vers. circa 3. & Didaci Covarr. lib. 2. variat. resolut. c. 16. nu. 1.

Adde hoc loco poterit questio * de bonis majoratus, 11 id est, perpetuo ad familiam pertinentibus an in emphyteuticam a possessore concedi possint? Et verior est sententia eximiantium, cum, qui ejusmodi bona majoratus possidet, non nisi quoad vixerit, illa in emphy-

emphyteuticam extraneo dare possit. Cum enim jus in illis bonis, morte possessoris dantis tollatur: merito quoque acceptionis jus simul extinguitur, per vulgatum regulam, quia traditur quod * resolutio jure dantis, resolvatur etiam jus acceptoris, l. de vassillis 31. ubi gl. in verb. curavit, ff. de pign. lib. & hypoth. & l. si quis dominus §. 1. ff. de locat. ubi Paul. Castren. n. 3. cum similib. Nec etenim is, qui possidet bona majoratus, contra preceptum, ac voluntatem primi disponentis, aliis de familia successibus prejudicare potest, arg. l. cum qui 3. ubi Bart. ff. de interdict. & relegat. l. unum ex familia 67. §. 1. ff. de leg. 2. Decius conf. 445. n. 23. Goradin. conf. 57. Pinel. in l. 1. part. 3. nu. 65. C. de bon. matern. pag. 156. aliique ab eo relati. Quibus accedit Ludovicus de Molina, lib. 11. de Hispanor. primogeniis, c. 27. ubi hanc questionem plenius examinat.

13 Equid * autem ejusdemmodi bonorum in perpetuum emphyteuticam facta concessio pro eo saltem tempore valeat, in quod fieri poterat: an vero in totum sit inutilis, sententia variatur. Probabilis ego putaverim, & concessionem istam valere, quoad concedens vixerit, ne quod utile per inutile in separabilibus, vel dividuis vitietur, 14 §. sed & mihi, §. ff. de verb. obligat. l. sanimus 34. circa princip. & l. seq. §. fin. autem, C. de donat. lib. c. utile, 37. de res. iur. in 6. Bald. in Auth. si quis ruinas, C. de sacros. Ecclie. & Covarr. d. lib. 2. var. resol. c. 16. num. 5. HARR.

QUESTIO VI.

SUMMARI A.

EX CLARO.

- 1 Prelatus potest concedere in emphyteuticam bona Ecclesie, que solita sunt in emphyteuticam concedi.
- 2 Et an si concedatur alio modo, quam solita sunt concedi, vitietur in totum concessio: an autem quatenus excessus est forma solita.
- 3 Et usque ad quam generationem possit res Ecclesie in emphyteuticam concedi.
- 4 Et an possint concedi etiam pro heredibus extraneis.

EX ADDITIONIBUS.

- 1 Res Ecclesie sine legitimis solemnitatibus in perpetuum emphyteuticam, etiam bene de Ecclesia merito, concedi nequeunt.
- 2 Idque procedit, etiam si fundus sterilis, secus, si exiguus, vel ultra hominum memoriam incultus fuerit.
- 3 An rei Ecclesiasticæ in emphyteuticam datio, sine debitis solemnitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesia utilitate sit conjuncta.
- 4 Pupillus sine tutoris auctoritate hereditatem quantumvis herolem adire nequit.
- 5 Sensus & explicatio l. non eo minus, 14. C. de procuratoribus.
- 6 Acceptillatio cum pupillo sine auctoritate tutoris facta valet.
- 7 Mens, & consideratio l. cum hi. quibus §. §. cum transactionem 6. ff. de transactionib.
- 8 Si constitutio emphyteuticæ ob defectum consensu capituli, sive Pape irrita dicatur, ratiabitione ipsius valida efficitur.
- 9 Num Pontifex sua ratiabitione emphyteuticam concessionem adeo roborare queat, ut emphyteuticam in vitium emphyteuticam habere cogatur.
- 10 Usufructuarius, invito domino, usumfructum relinquere potest.
- 11 Vasallus sine domini voluntate recte feudum resumat.
- 12 Favori suo renunciare cuiuslibet permittitur.
- 13 An, & quatenus prelatus rem Ecclesiasticam, in emphyteuticam dari possit, ad Ecclesiam reversam, sine legitimis solemnitatibus alicui in emphyteuticam dare possit.
- 14 Emphyteusis prius singulari persone data, postea civitati, vel collegium iniquam non intelligitur.
- 15 Civitas, aut Collegium nunquam morti intelligitur.
- 16 Difficilius his parentibus quam homini plebeo intenditur.

- 17 Si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem, illam in perpetuum alicui prelatum concedere non poterit.
- 18 Utrum prelatus rem emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, etiam consanguineis suis denovo in emphyteuticam dare queat.
- 19 Redarguitur, & resutatur Panormitanus.
- 20 Sententia & intellectus c. reatum, 12. §. licet, extr. de testam.
- 21 Prelatus rerum Ecclesiasticarum usufructuarius censetur.
- 22 Consuetudo stricti juris est: nec de casu ad casum extenditur.
- 23 Nunquid rei Ecclesiasticæ, in emphyteuticam concedi solita, concessio non plane consueto modo interposita, omnimodo censetur inutilis, si alter valeat, quatenus fieri potuit.
- 24 Quatenus utile per inutile non vitietur.
- 25 Tū putant esse concessiones, quot sunt generationes.
- 26 An vasallus, si feudum, quod possidet, alia lege, quam ipse habet, alii concesserit, illud amittat.
- 27 Opinio, ultimo loco relata, approbata intelligitur.
- 28 Enodatio Novell. 7. c. 3. in fine princ. & c. 7.
- 29 Limitatio precedentis decisionis.
- 30 Emphyteusis Ecclesiastica in infinitum concedi potest pro omnibus descendentibus.
- 31 Legitimis solemnitatibus adhibitis, res Ecclesie in emphyteuticam a dari possunt, ut etiam ad extraneos ipsius emphyteuticæ heredes emphyteusis illa transeat.
- 32 Consideratio, & intellectus Novell. 7. c. 3. in princ.

Q Uero nunquid Prelatus possit concedere bona Ecclesie in emphyteuticam? Resp. quidem bona ipsa sunt ipsius Ecclesie pleno jure, non potest Prelatus ea in emphyt. concedere, nisi subsistente (a) legitima causa, & debitis solemnitatibus intervenientibus. Et de hoc non est dubitandum, quia concessio in emphyteuticam est species alienationis. Et si Prelatus à jure prohibetur locare res Ecclesie ad longum tempus, ut dixi inf. hoc eo. lib. §. locatio, multo minus dicendum est ei concedi, ut possit eas dare in emphyteuticam, qua plies est, quam locatio. Si vero res (b) Ecclesie solita essent in emphyteuticam concedi, bene potest Prelatus, si ad Ecclesiam aliquo casu revertentur, illas concedere in (c) emphyteuticam, absque solemnitatibus in rei Ecclesie alienatione requisitis. Ita colligitur ex text. in c. 2. de feud. quem sic communiter Doct. interpretantur, ut ait Didac. lib. 2. resolut. c. 15. num. 4. & hæc est communis conclusio, ut dicit Socin. conf. 169. n. 9. lib. 2. quod est duplicatum in conf. 120. lib. 4. & in hoc proposito videnda sunt ea, quæ dixi in d. §. feudum, q. 13.

Scias tamen, quod debet hujusmodi concessio in emphyteuticam fieri (d) eo modo, quo solita est, alias non valet: & quidem quantum ad id, in quo excessus est forma solita, nullus est, qui dubitet, quin concessio ipsa corruat. Punctus est, an vitietur in totum, an autem suffineatur, quatenus facta est intra solitam formam? Aliqui enim dixerunt, quod non (e) vitietur in totum, sed suffineatur, quatenus est solita concedi; & fuit opinio. Bald. in Auth. si quis ruinas, n. 2. C. de sacros. Ecclie. ubi vult, quod si res Ecclesie est solita concedi in emphyteuticam usque ad tertiam generationem, & concedatur in quartam, concessio suffineatur usque ad tertiam tantum, & in reliquo vitietur. Et hæc opinio nem dicit esse communem Jas. in Auth. qui rem, n. 21. C. de sacros. Ecclie. Dec. in Auth. qui rem, nu. 22. quem refert Tirac. de retractu conventionali in fin. operis, num. 144. Claud. in l. 1. §. sed si mihi, n. 3. ff. de verb. oblig. Curt. jun. de feud. in 1. parte c. principalis in 6. quest. Alciac. in d. §. sed mihi, n. 20. Et dicit Didac. lib. 2.