

rations verba in d. c. 7. non cum recipiunt intellectum, quem Didac. Covar. lib. 2. var. resol. c. 16. nu. 5. 207. eadem ut libere, &c. contrariam Bartoli opinionem probans, tradit. Manifestum namque est, in eo textu hoc dici, contrahentes cadere ad eo contractu, qui nullus sit. At enim: Si vero & perpetuam quipiam emphyteusim accipere presumpserit, quod non licet: etiam si cadat ab emphyteusi. Annon ex his verbis clare patet, dictionem *cadat* etiam referri ad emphyteusim plane illicitam? Et ideo corruere Didaci Covar. argumentationem non dubium est. Quin & hoc dici poterit: imp. Justinianum istis verbis (aut temporalem quidem, non tamen secundum hujus nostrae legis observationem) loqui de observatione formae, quae divisionem non recipiat. Plura huic verissime decisioni opponi solent: quae sufficienter confutavimus in d. §. adeo, 3. Infr. de locat., & conduct. num. 205. 207. & 29 seq. Enim vero t. decisio ista limitatur, & restringitur, ut locum non habeat, si probabiliter appareat, concessionem aliter, quam facta sit, unum aut alterum contrahentium subsistere, sive valere voluisse: idque ex causis, quarum illi mentionem faciunt. Tunc etenim separatim utilis ab inutili fieri non potest: sed perpetuo utile per se stare contrahentes noluisse verisimiliter constat, l. Pedius, 7. in fine ff. de receptis, qui arbitrium, &c. HARR.

(f) Uique ad quam generationem possint res Ecclesiae in emphyteusim concedi. Quod t. emphyteusim Ecclesiastica in infinitum, & perpetuo concedi possit pro omnibus omnino descendentes, praeter Clarum hic nostrum, & ab eo citatos, concludit Alex. Trentacinq. var. resolut. lib. 3. resolut. 3. de jure emphyt. numero 3. HARR.

(g) Haereditibus extraneis. Emphyteusim Ecclesiae de sui natura solummodo transit ad filios, & descendentes, & non ad extraneos, ut attestatur Matt. de Ami. dec. 110. num. 1. nisi expresse hoc dicatur. Sicut enim potest Ecclesia in casu iure permisso in totum alienare, & sic, quod transit ad extraneos haereditas; ita quoque potest in emphyteusim concedere, ut transit ad extraneos haereditas, ut per Alex. conf. 9. vol. 2. & conf. 189. eod. vol. Et hanc dicit comm. opin. Porc. Infr. de locat. §. adeo. GOVEAN.

Nunquid poterant etiam concedi in emphyteusim pro haereditibus extraneis. Quod t. emphyteusim Ecclesiastica, solemnitate iusta adhibita, contrahi possit, ut ad extraneos ipsius emphyteute transiant haereditas, vera, & communis opinio est, teste hic Claro nostro. Certi enim iuris est, res Ecclesiae, observatis debitis solemnitatibus, omnimodo alienari posse, Clement. 1. c. 2. de reb. Eccles. non alienand. Quindignitur, & in emphyteusim dari poterunt? argumentum a majori: cum rerum proprietates penes Ecclesiam maneat. Huicque sententiae suffragatur non parum Novell. 120. c. 6. §. 1. ubi Justinianus in hac verba scripsit: Licentiam igitur habere praedictis venerabilibus domibus, non solum ad tempus emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuo haec eis emphyteusim iure volentibus dari, &c. Cum ergo emphyteusim rerum Ecclesiasticarum in perpetuum alicui tribui possit, consequens est, eam non tantum ad filios, nepotesque, sed & ad extraneos haereditas emphyteuticarii per conventionem extendi posse. Eidem assertioni zobur addit text. in c. ad aures, 7. de reb. Eccles. alien. vel non. ubi traditur, quod Ecclesia iure hereditario fundos suos in emphyteusim concedere alicui valeat. Dicuntur autem hereditario jure concedi, quae ad quoscunque haereditas, sique etiam extraneos, transmittuntur.

32 Nec t. infringit hanc conclusionem Novell. 7. c. 3. in princ. ubi Justinianus discrete sancivit, emphyteusim Ecclesiasticam in accipientis persona, & in duobus ejusdem personae haereditibus deinceps, filiis tantum solis masculis, aut foeminae, aut nepotibus utriusque naturae, permitti, adeoque ad extraneos haereditas non deferri. Nam aut id, quod in d. Novell. 7. c. 3. dicitur, res Ecclesiasticam in emphyteusim datas, ad filios, & nepotes, non etiam ad ultiores descendentes, vel extraneos, transire debere, correctum est per d. Novell. 120. c. 6. §. 1. ubi res Ecclesiae in perpetuum dari in emphyteusim possunt: aut certe d. Novell. 7. c. 3. eo de casu est accipienda, quando res Ecclesiae dantur in emphyteusim, juxta peculiarem consuetudinem absque canonica & debita solemnitate: quo casu non transit in haereditas extraneos, nec ultra tertiam generationem: quemadmodum sentire videtur Covar. lib. 2. var. resol. c. 17. n. 5. allegans ad hoc glossam in Bart. & Alex. in l. etiam filios, 18. ff. soluto mar. Ant. de Butr. Imol. Panom. Fel. & Dec. in c. praesentia, 8. de probationib. & Ludov. Gozad. conf. 39. n. ult.

6. & 12. Eandem questionem latissime explicat Alex. Trentacinq. var. resol. lib. 3. resol. 3. de jure emphyt. n. 4. HARR.

QUAESTIO VII.

SUMMARI A.

EX CLARO.

1 Jus emphyteuticum quanto tempore praescribitur.

EX ADDITIONIBUS.

- 1 Praescriptio an, & quatenus emphyteusis acquiratur
- 2 Utrum emphyteuta, qui longissimo tempore pensionem non solvit, nec a domino interpellatus fuit ad solvendum, liberationem a pensione solvenda omnimodo praescripsisse censetur.
- 3 In annis praescriptionibus tot sunt praescriptiones, quot anni.
- 4 Principali causa non subsistente, nec id quod inde sequitur, locum habeat.
- 5 Omnis actio 30. vel 40. annis tollitur.

Quaero, ex quanti temporis praestatione praescribitur (a) jus emphyteuticum? dixi infra libr. 7. §. praescriptio.

ADDITIONES.

(a) Praescribitur. Dic, quod praescribitur spatio 30. vel 40. annor. ut per Jas. in l. 2. n. 56. Insuper hic dubitatio pulcherrima, an emphyteuta Ecclesiae patitur praescriptionem, id est, an Ecclesia praescribit, vel alii praescribit? Anch. conf. ult. col. ff. dicit, quod non stante titulo. & possessione, quae retinetur animo, late per Ruin. conf. 193. nu. 21. Quod praescriptio habeat locum contra Ecclesiam, etiam quoad proprietatem, quando fuit interversa possessio, nec consideratur, quod Ecclesia animo possessionem retineat: late per Ruin. in conf. 156. vol. 2. Emphyteusim praescriptio an curat in praedictum dominum? Rom. conf. 166. & Corn. conf. 16. vol. 2. Item praescriptio emphyteute procul Domino: & illo deficiente est ad utilitatem Ecclesiae, & domini: ex quo dicitur, constare de dominio Ecclesiae, vel privati domini, Ruin. in consil. 50. nu. 19. Item an emphyteuta patitur praescriptionem in praedictum Ecclesiam? Soc. con. 166. col. 14. vol. 2. Et an haeres praescribat contra Ecclesiam? Bal. conf. 268. Haec materia, an si quis recognoverit ab Ecclesia rem suam in emphyteusim, & solverit per annos 30. canonem, Ecclesia habeat titulum, & dicitur praescripsisse, quod non, ex quo titulus est nullus, vide per Ruin. conf. 155. & an tenens rem Ecclesiae tantquam suam, & non solvens canonem per 30. annos praescribat eam? Caste. conf. 214. vol. 2. Et quod praescribat tam pro praescripto, quam pro futuro tempore, Ruin. d. conf. 155. Et sic quantum ad utile dominum, vide per eundem conf. 167. n. 23. ubi dicit dari restitutionem ad integrum, Emphyteuta quando praescribit, intelligitur etiam praescripsisse, quod non possit expelli ob non solutionem canonis, Ruin. d. conf. 155. Et praescribit utile dominum, per solutionem 30. annorum, quod tamen limita, ut per eundem conf. 63. col. fin. GIACH.

Ex quanti temporis praestatione praescribitur jus emphyteuticum. Hic addendum, quod t. emphyteusim praescriptio, quasi ex tacito dominio, & possidentis consensu, acquiratur sive constituitur: puta, si quis fundum quemdam a non domino in emphyteusim accepit, sed licet non acciperet; tamen illum in emphyteusim (praesentando nimirum quatenus ipsi domino fundi canonem) per triginta vel 40. annos possederit, arg. l. 3. §. 4. & c. ubi Bart. C. de praescript. 30. vel 40. annor. & arg. tit. 26. §. si quis per triginta, lib. 2. feud. ubi feudum, cui emphyteusim similis est, triginta annis praescribitur, & l. agricolavimus, 18. C. de agr. & censur. ubi possessio longissimi temporis, cui emphyteusim annorum, facit adscriptum colonum, cui emphyteusim assimilatur. Et ita Doctores communiter tradunt, Ang. in l. praetor, 4. §. ff. de ead. l. ff. in l. 2. n. 155. C. de jur. emphyt. Joan. Fean. Barb. in tract. de praescript. part. 2. part. 3. principal. q. 10. n. 16. & per 4. quatuor principales, q. 10. Paulus Picus a Monte Pico, ad tit. ult.

ult. nu. 1. lib. 1. feudor. Chastan. conf. 18. col. 1. Ruin. conf. 151. num. 5. lib. 4. Paris. conf. 23. num. 5. lib. 4. Menoch. de praesumptionib. lib. 3. praesumpt. 108. num. 4. Ferrar. in rub. C. de jur. emphyt. Wegner. disp. 12. ad Infr. th. 5. sub lit. G. Borcholt. in tract. de feud. d. c. 7. nu. 4. & seqq. pag. mibi 172. Treutl. disp. 29. th. 11. lib. B. vol. 1. & ceteri, quos illi citant. Quamvis alii ad hanc praescriptionem tempus longum sufficere contendunt. Bald. in leg. 1. nu. 15. C. de fideicommod. D. Collega Bocer. class. 2. disp. 14. th. 47. lib. B. edit. 2. Mascard. in tractat. de probation. vol. 1. concl. 337. nu. 2. ubi plures enumerat.

- 2 Queri hoc loco poterit: an t. emphyteuta, qui longissimo tempore, puta 30. vel 40. annis canonem, sive pensionem non solvit, nec a domino interpellatus ad solvendum fuit, liberationem a pensione solvenda, non solum pro tempore praeterito, sed etiam futuro praescripsisse creditur? Et aientem quidem sententiam amplexi sunt Bart. in l. comperit, 6. C. de praescript. 30. vel 40. annor. Corn. conf. 142. num. 11. vers. accedat, col. 2. & alii, quos citat Corbul. in tract. de jure emphyt. cap. 15. limit. 21. num. 1. verum contraria opinio firmiori munia est fundamento. Eam enim valde corroborat, l. cum notissimi, 7. §. fin. C. de praescript. 10. vel 40. annor. ubi Justinianus Imp. allucide offendit, in t. annis praestationibus, tot esse praescriptiones, quot anni sunt. Proinde si emphyteuta sinitio annorum 10. vel 40. pensiones non solvit, praescripsisse videtur praeteritas pensiones, non autem futuras; quia nova praescriptio est necessaria futurorum annorum, & quidem in singulos annos. Id quod aperte jam constat, ex l. eor. qui 26. in princ. C. de usur. ubi licet constitutum sit, principali actione sublata praescriptione 30. annorum, nullam t. super usuris questionem moveri posse: cum principali causa non subsistente, nec ea, quae inde sequuntur, locum habeant, l. 1. cum principalis 178. ff. de res. jur. tamen illa lex satis avertit, in annis praestationibus singulorum annorum praescriptionem requiri, in illis verbis: *Subeunt, non posse super usuris, vel fructibus praeteritis temporis aliquid movere questionem, dicendo ex istem temporibus eas velle sibi persolveri, quae non ad 30. vel 40. praeteritos annos referuntur, assensendo sinitibus annis earum actiones nasci, &c.* Hujusque sententiae auctores sunt Accursius in d. leg. comperit, 6. C. de praescript. 10. vel 40. annor. Jason in lex. 2. n. 72. C. de jure emphyt. Quidam Paris. decif. 406. Gall. libro 2. obser. 73. num. 1. Pachineus lib. 8. contron. jur. c. 99. Mynsine. cent. 3. obs. 12. Wrumber. pract. obser. tit. de praescript. c. 5. Thoming. decif. 17. nu. 26. Borcholt. in tract. de usur. c. 4. num. 38. cum seqq. & in tract. de rest. c. 2. nu. 23.
- 5 Huic decisioni t. non obstat l. scilicet 2. §. l. omnes 4. C. de praescript. 10. vel 40. annor. ubi omnis actio triginta vel 40. annorum spatio tollitur. Quia non negamus annuas praestationes praescriptione 10. vel 40. annorum extingui: sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, praescriptionem contempera. & requirimus, ex praescripto d. l. cum notissimi 7. §. ult. C. d. tit. non autem totius temporis futuri, ex unius anni. vel alterius pensionis praescriptione, jus metimur. Reliqua, quae in contrarium moveri solent, refellit Pachineus loco ante designato.

QUAESTIO VIII.

SUMMARI A.

EX CLARO.

- 1 Emphyteuta cessans in solutione canonis per triennium, cadit ab emphyteusi.
- 2 Et quid si in contractu appositum fuerit juramentum.
- 3 Et quid si res magni valoris, & pensio sit minima.
- 4 Et quid si pensio non erat minima, sed in parte tantum cessatum fuerit.
- 5 Et quid si emphyteuta non possideat rem ipsam emphyteuticam.
- 6 Et quid si emphyteuta propter bellorum calamitatem nullus fructus percipere potuit.
- 7 Et an propter sterilitatem facienda sit remissio emphyteute.
- 8 Et quid si in re emphyteutica contingat damnum obfimate, vel corrosione luminis.

- 9 Et quid si emphyteuta ignorabat rem esse emphyteuticam.
- 10 Et an oblatio canonis sufficiat ad evitandam penam caducitatis.
- 11 Et an solutio canonis facta per procuratorem prodest emphyteute.
- 12 Et quid si in contractu emphyteusis fuerit propter cessationem appositum aliqua penam, adhuc poterit propter cessationem expelli.
- 13 Et quid si emphyteuta plures haereditas reliquerit, & unus tantum cessaverit in solutione canonis, an tota res emphyteuta cadat in commissum.
- 14 Et an cessatio facta per patrem noceat ejus filius vocatis in investitura.
- 15 Et an emphyteuta, qui canonem non solvit, possit purgare moram.

EX ADDITIONIBUS.

- 1 Emphyteuta amittit emphyteusim, si debitum canonem in civili emphyteusi intra triennium, in Ecclesiastica intra biennium non solverit.
- 2 Idque procedit, etiam si ad praedictum dominum nunquam sit interpellatus.
- 3 Dies interpellat pro homine.
- 4 Emphyteuta pensionem debitam non solvens, emphyteusim perdit, est dominus generaliter promissus, si illum non expulsum.
- 5 Minor 25. annis canonem emphyteuticum legitimo tempore non solvens, penam privationis ipso jure incurrit: ita tamen ut in integrum restituatur.
- 6 Minor, & Ecclesia in jure equiparantur.
- 7 Minor intra tempus constitutionem non petens investituram feudi, a jure suo cadit.
- 8 Pupillus, & infans, ob non solutionem canonem, ipso jure fundum emphyteuticum amittunt: concessio tamen in beneficio in intereum restitutionis.
- 9 Intellectus l. Imperatores, 7. in fine, ff. de public. & vectigalibus.
- 10 Emphyteuta, qui canonem solvere sub juramento promissit, statim ubi canonem non solverit, emphyteusi privatur.
- 11 Et quid, si res emphyteutica magni valoris, pensio vero minima fuerit.
- 12 Ubi eadem est ratio, ibi idem jus esse debet.
- 13 Quid, si emphyteuta partem dimissam pensionis per triennium non solverit.
- 14 Partis solutio fieri non potest in jure creditori.
- 15 Pensio in recognitionem domini solvitur.
- 16 Quid, si emphyteuta rem emphyteuticam non possederit.
- 17 Et quid, si emphyteuta propter bellorum calamitatem nullus fructus percipere potuit.
- 18 Et quid, si insignis sterilitas contingat, & emphyteuta magnam pensionem exolvere teneatur.
- 19 Damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam spectat.
- 20 Nemo suum iactare praesumitur.
- 21 Conductori, propter sterilitatem merces remittitur.
- 22 A separatis illatio non conceditur.
- 23 Ratio differentiae inter locationem, & emphyteusim.
- 24 Nunquid emphyteuta teneatur prestare domino canonem illius anni, quo fundus emphyteuticus aquis submersus fuit.
- 25 Re emphyteutica tota perempta, periculum dominus sustinet.
- 26 Terra motus varissime eveniunt.
- 27 Quatenus personalis obligatio personam perpetuo committitur.
- 28 Contrahentes secundum naturam contractus contrahere voluisse putantur.
- 29 Emphyteuta a canonis praestatione non liberatur, si inundatio contingere solita fuerit.
- 30 Item si omnium calum periculum in se susceperit.
- 31 Et quid, si emphyteuta per ignorantiam canonem non solverit.

- 32 Mera re ipsa contrahitur.
- 33 Et quid, si dominus predii emphyteutici canonem oblatum accipere recusaverit.
- 34 Pecunia debita oblatio, consignatio, & depositio à pena caducitatis emphyteuticam excusat.
- 35 Ablativi absolute positi conditionem inducunt.
- 36 Conditio precise impleri debet.
- 37 Argumentum à contrario sensu in jure fortissimum.
- 38 Cur sola canonis oblatio ad suffugiendam dejectionis penam non sufficiat.
- 39 An canonis solutio, per procuratorem, vel per tertium extraneum facta proxi emphyteuta.
- 40 Qualibet tertius pro alio creditori invito solvere potest.
- 41 Emphyteuta non solvens pensionem debitam, emphyteutin perdit, licet in contractu pena apposta fuerit.
- 42 Equid dominus, & penam petere, & simul jure commissi uti queat.
- 43 Et quid, si emphyteuta plures heredes reliquerit, & unus tantum in solutione canonis cessaverit, an tota emphyteutis in commissum cadet.
- 44 Praestatio canonis est individua.
- 45 An cessatio facta per patrem noceat ipsius filii.
- 46 An, & quatenus emphyteuta, qui canonem non solvit, moram purgare possit.
- 47 Ubique dies, & pena obligationi adjecta est, mora purgari nequit.
- 48 Consideratio l. Cellus. 23. in princ. ff. de recept. qui arbitri. recept.
- 49 Sine lege nihil statuendum.
- 50 Mens, & intellectus, l. servum, 91. §. 3. ff. de verb. oblig.

Notissima est conclusio, quod emphyteuta tenetur solvere domino directo canonem, sive pensionem illi debitam, & proximam, alias si cessaverit in solutione canonis, (a) cadit à toto jure, quod habet in ipsa re, sibi in emphyt. concessa, itaque utile dominium consolidatur cum directo, & sic applicatur ipsi domino directo: & intelligit, quod non per simplicem cessationem unius anni cadit ab emphyteuti: sed requiritur, quod cesset per triennium integrum, si sit emphyteuta privati: si vero sit emphyteuta Ecclesiae, requiritur, quod cesset per biennium integrum. Et de hoc sunt tex. aperti in l. 2. c. de jure emphyt. in c. potius, de locat. in quibus locis ordinarie tractatur hæc materia.

Ex hoc quidem absque dubio procedit, ubi in contractu ipso emphyteutico non est appositum iuramentum. Sed quid si contractus investituræ (b) sit iuramento confirmatus, nunquid adhuc procedit conclusio, ut non incurrat caducitatem, nisi per triennium integrum cessaverit? Respond. Bald. in cap. querelam, de jurejur. tenent, quod flatim, quod cessaverit per annum, efficitur perjurus, & cadit à jure suo. Et hanc opin. dicit esse communem Guliel. de Bened. in repet. c. Raynuius, in verbo, Testamentum, el. 3. n. 27. Gozad. conf. 57. post n. 19. vers. Non obstat allegata. Est magna decisio, maxime iis temporibus, in quibus Notarii in omnibus instrumentis inserunt iuramentum per simplicem tactum ejusque scripturæ illaqueant animas contrahentium, qui pro majori parte nesciunt, quid illud importet; & propterea hæc opin. nihil nunquam placuit. Debet enim iuramentum semper intelligi secundum naturam contractus, super quo interponitur, non quidem ut ampliet ejus naturam, sed ut confirmet, ut dixi infra libro 7. §. juramentum. Et ad hoc per tenentes communem opinionem, non accommodaretur, iudicio meo, aliquod concludens responsum: & certe si casus contingeret (salvo semper iudicio sanctæ Ecclesiae) ne facili inclinarem in contrariam

sententiam, quæ æquior est: & forte illam etiam sequeretur Senatus noster, qui semper iunxitur æquitati, & qui quotidie solet dispensare contra caducitates, pro una vice tantum, tanquam introductas à vero rigore juris.

Sed pone, quod quis habeat (c) in emphyteutin rem magni valoris, puta, scutor. mille, pro minima annua pensione, puta, unius scuti, nunquid cessaverit per triennium, incurret penam caducitatis? Respond. quod (d) sic. Ita allegatur tenere gl. in Authent. qui rem in verbo, Repelli potest. C. de sacros. Eccles. licet revera arguat pro, & contra, & nihil determinet, imò potius videatur residere in contraria opin. Sed quidquid sit, hanc opinionem sequuntur omnes Doctores, ut dicit Apollin. ad dictam gloss. Et dicit Bart. in d. Authent. qui rem, nu. 5. quod ita tenent omnes Doctores. Idem dicit Ripa in repet. l. fin. nu. 30. C. de revoe. dona. Hanc etiam opin. dicit esse communem Dec. in d. Authent. qui rem, nu. 3. subdens, quod ita servat consuetudo, quem refert Aflic. decis. 80. n. 7. in fin. Propterea in practica non esset ab ea recedendum. Nam in constituenda pensione, quæ solvitur ab emphyteuta, potius habetur in consideratione recogniti directi domini, quam emolumentum ipsius concedentis. Et ideo in hoc proposito eadem ratio militat in parva pensione, quæ in magna, imò forte major est contemptus in modica summa, quam in majore.

Hoc autem de plano procedit, quando (ut dixi) pensio ipsa consistit solummodo in uno nummo. Sed quid si pensio consistebat in decem scutis, & per triennium cessatum fuerit in solutione quatuor, vel quinque scutorum, nunquid dicendum est, quod cadat à tota emphyteuti, an autem cadat tantum pro rata ejus, in quo cessavit? Resp. Spec. de locato, §. nunc aliqua, q. 29. tenet, quod licet (e) cessaverit tantum pro parte, nihilominus cadit à toto. Et hanc opinionem dicit esse magis communem Jas. in leg. 2. n. 54. C. de jure emphyt. quem refert Apollin. ad Kim. conf. 281. sub nu. 5. Ipsemet tamen Speculator ibidem in leg. quasi. que est quasi. 20. videtur tenere totum contrarium, quod scilicet solummodo pro rata incidat in caducitatem, ut ponderat Jas. in loco præallegato, dicens mirum esse, quod Speculator ita festinaverit sibi contrarius. Ego tamen aliquando dicebam ita posse distinguere, ut illæ duæ decisiones Specul. ad concordiam reducerentur. Aut pensio erat unius nummi, & cessans in illo nummo non excusatur à caducitate, ut dictum est supra vers. prox. & in illis terminis non loquitur Specul. nec in 29. nec in 30. quasi. Aut pensio erat majoris summe; & tunc, aut emphyteuta cessat in parte, puta dimidia, aut tertia, aut quarta; & siquidem cessavit per errorem, vel paupertatem, excusatur non solum pro parte qua solvit, sed etiam pro toto. Aut vero non apparet de paupertate, neque de errore: & tunc cadit à toto, secundum opin. Spec. in d. q. 29. quæ etiam est communis, ut superius dixi. Quam tamen ego intelligo, ut procedat, quando præstatur unica pensio super tota re, puta decem aurei super una domo, vel fundo, &c. Secus autem si pensio præstaretur ad ratam, puta pro quinquaginta perticis terræ, ad rationem solidorum decem, pro singula pertica. Nam hoc casu inclinandum in mitiorem partem, teneo, quod ex quo quælibet pertica habet quodammodo constitutam suam pensionem, non caderet emphyteuta, nisi pro illis perticis, pro quibus non perolvisset pensionem, ut quis non puniatur, nisi eatenus quatenus deliquit. Regulariter enim quis puniri non debet, nisi in eo, in quo deliquit, leg. rescriptum ff. de his quib. ut indign. & est communis regula, ut ait Joan. Monach. in c. 11. n. 2. de hered. in 6. Faciunt,

Faciunt, quæ dixi infra hoc eod. libr. §. feudum, q. 31. vers. Sed pone. Aut vero emphyteuta cessavit in minimo, puta, quia si pensio erat sex aut octo scutorum, cessavit in uno: & hoc casu esset excusandus à caducitate pro rata; & in illis terminis loqui videtur Specul. in d. q. 30. Ego tamen de facili inclinarem, quod excusaretur in totum, maxime ubi non apparet illum cessasse, propter contumaciam, vel contemptum, quod in dubio præsumendum non est. Et ita in facti contingentiâ judicavit Senatus in publica audientia, in causa ejusdem Dionysii Gerenzani, qui ex sicto florenorum 16. cessaverit in tribus libris Imperialium.

5 Sed quæro, quid si emphyteuta per illud tempus, quo in solutione cessavit, rem ipsam (f) emphyteuticam non possederit; nunquid hoc non attento adhuc incurrit caducitatem? Resp. Specul. in d. §. nunc aliqua, vers. 82. tenent, quod sic. Tu tamen tene contrarium, non enim potest dici emphyteuta esse in aliqua culpa, ex quo rem ipsam non possidebat: & ubi non est culpa, non debet imponi pœna. Et ita secundum hanc opinionem, quæ etiam æquior est, & tutior, consulerunt Soc. jun. & Dec. inter conf. Soc. jun. in l. vol. conf. 70. ubi multas recenset auctoritates, & num. 16. dicunt, quod cum tot, tantique juris vertices ita firmaverint, nefas esse arbitrarè ab eorum sententia recedere, quæ numero, & auctoritate ipsorum consideratis communior, & verior dici potest. Quam tamen intellige, ut procedat, nisi emphyteuta fuisset in culpa, quo minus possessionem ipsius rei emphyteuticæ adeptus foret: vel nisi postquam illam possidere cœpisset, dolo desisset illam possidere. His enim casibus non esset à caducitatis pœna excusandus.

6 Sed quid si emphyteuta rem quidem possederit, sed propter bellorum calamitates nullos (g) fructus ex ea percipere poterit, nunquid tenebitur etiam ad solutionem pensionis pro eo anno, quo nihil percipit? Resp. quod non. Ita tenet Jac. de Aret. quem sequitur Bart. in leg. 1. in fin. C. de jure emphyt. & hæc est communis opin. Legistarum, ut dicit Abbas in c. potius n. 18. de loc. Hanc etiam opi. dicit esse communem Imol. in d. c. potius, n. 42. & sequ. quem refert Alex. in l. interdum, §. quod ex naufragio, n. 5. & sequ. ff. de acquir. possess. Cor. conf. 181. col. 15. in lit. F. lib. 2. Guarnier. in d. l. 1. quem refert Jas. ibi, post n. 91. vers. ad idem sexto. Jas. conf. 54. post n. 2. vers. Non obstat ult. lib. 1. Conf. in repertorio Abb. in verbo, emphyteuta. Claud. in d. §. quod ex naufragio, n. 3. Sigismandus conf. feud. lib. 2. post n. 11. Breviter in hoc proposito, si quæramus, an emphyteuta, qui tempore belli nullos potuit fructus percipere, excusatur à caducitate, si canonem debitum non perolvit, teneo, quod proculdubio excusatur, etiam si per mille annos, quibus propter bellum nihil percipit, semper cessaverit. Ex quo enim non percipit fructus, non potest proprie dici possedisse; merito excusandus est à pœna propter cessationem incurâ, à qua regulariter quælibet causa colorata, etiam injusta, excusatur, ut dixi infra lib. 5. §. fin. q. 60. vers. Et generaliter. Si vero quæramus, an excusatur à solutione canonis, mihi placet opinio venerandi Collegii Mediolanensis, quam refert Cuman. in d. §. quod ex naufragio, ut scil. distinguamus, an pensio sit magna, vel parva: Si est magna, teneo, quod excusatur, si vero est parva, non excusatur. Et intelligo parvam pensionem illam, quæ præstatur potius in signum recognitionis directi domini, quam ad rationem fructuum, puta, quia si decima pars, vel minor ejus, quod regulariter ex ipsa re emphyteutica percipitur. Et hæc opi. iudicio meo est valde æqua, & in iudicando sequenda. Adverte tamen, quia Doctores fere omnes in hac Jul. Clar. Sentent. Pract. Civil. Tom. I.

materia loquuntur, quando nihil profus percipit. Nam si emphyteuta aliquid etiam modicum percipisset, etiam si sit minus dimidia ejus, quod ipsa solvit pro pensione; crederem non esse excusandum à solutione, bene possit à caducitate propter cessationem incurâ excusari. Semper enim debemus, quantum possumus, inclinare in eam partem, ut caducitati locus non sit.

Sed nunquid (h) propter sterilitatem facienda est remissio emphyteute? Resp. quod non. Ita tenet gl. in d. c. potius, in verbo Expella potuissent, de locat. & ita communiter tenetur, ut ait Jas. in l. 1. nu. 18. de jur. emp. quem refert Grat. conf. 128. nu. 9. lib. 2. Hanc etiam dicit esse communem sententiam Abb. in c. propter sterilitatem, nu. 3. de locat. quem refert, & sequitur Bello. conf. 21. n. 5. Natta conf. 49. n. 12. ubi dicit, quod hæc est communis sententia Scribentium in utroque jure, à qua nullus discrepat, & conf. 194. n. 5. dicit, quod ita omnes indistincte concludunt. Ratio autem differentie inter bellum, & sterilitatem potest considerari quia tempore sterilitatis emphyteuta non desinit possidere, colendo, & fructus ex re emphyteutica, licet modicos, percipiendo: secus autem, quando tempore belli non potest ad culturam honorum, neque ad collectionem fructuum accedere. Est etiam intelligenda hæc conclusio, ut procedat, etiam si emphyteuta ex ipsa re non poterit tantum percipere, quantum solvit pro pensione: neque etiam ejus dimidium, nisi tamen pensio corresponderet fructibus, tunc enim cum emphyteutis fere in omnibus æquiparetur locationi, Judex poterit arbitrari circa remissionem faciendam, juxta ea quæ dixi infra hoc eod. libr. §. locatio, nisi tamen bona tempore, quo fuerunt concessa in emphyteutin, fuissent sterilia, vel inculta, nam hoc casu nunquam propter sterilitatem esset facienda remissio. Bene verum est, quod si annis sterilib. emphyteuta cessaverit à solutione putarem illum ex ea causa excusandum à caducitate, ut in simili dixi supra vers. prox. licet deinde possit per dominum directi compelli ad integram solutionem pensionis.

Quæro etiam, quid (i) si in re emphyteutica contingat aliquid damnium, puta corrosione fluminis, vel chasmate, vel hujusmodi, nunquid emphyteuta excusabitur à solutione pensionis? Resp. si damnium sit tale, propter quod res funditus perierit; utique excusatur, sed si damnium solummodo sit pro parte, non liberatur emphyteuta, neque in totum, neque etiam pro parte. Et hæc opin. est communior, ut dicit Abb. in d. c. potius, nu. 16. de locato. Et quod dummodo aliquid superstit de re emphyteutica, non liberetur emphyteuta, dicit communiter teneri Jas. in leg. 1. n. 77. C. de jure emphyt. & solent de hoc decantari duo versus vulgarissimi:

Si perit tota, non dolet emphyteuta:
Sed si pro parte, nulla se liberat arte.

Cum enim pensio, quæ solvitur pro re emphyteutica, solvatur potius in recognitionem directi domini, quod est indivisibile, quam ad rationem honorum: merito, licet pro parte res pereat, non debet emphyteuta liberari. In uno tamen casu ego ab hac opin. communi recedero, quando scilicet duo concurrent. Primum, quod pensio corresponderet fructibus, vel quali. Secundum, quod pensio ipsa esset constituta ad ratam honorum, puta ad rationem solidorum decem pro singula pertica, vel hujusmodi. Nam hoc casu æquum esset, ut pensio detraheretur, pro rata, sicut etiam pro rata fuisset constituta.

Prosequendo materiam conclusionis superius
R factæ

facte, quod scilicet emphyteuta cessans a solutione canonis cadit a jure suo: Quæro, nunquid locum habeat, etiam si emphyteuta (k) ignoraret rem esse emphyteuticam: puta, quia successisset in jus alterius, vel hujusmodi? Respon. quod sic, de rigore juris: sed de æquitate datur huic heredi (etiam si sit major 25. ann.) ex capite probabilis (l) ignorantia restituitur in integrum, adversus canonem non solum, ex clausula generali, si qua mihi iusta causa, &c. Ita dicit gl. in l. 2. in verbo, Legem, C. de jure emphyt. quam sequuntur commun. DD. ut ait Dec. cons. 58. in fin. & ita communiter tenetur, ut dicit Imol. in d. c. potuit, n. 56. Hanc etiam dicit esse communem opin. Sal. in d. l. 2. num. 25. Corn. cons. 165. in lit. Q. & R. lib. 2. Jaf. in d. l. 2. n. 184. & in l. cum filiusfam. §. in hac stipulatione, n. 7. ff. de verb. oblig. Socin. jun. cons. 70. n. 23. lib. 1. & super hoc in practica non solet ulla fieri difficultas, nisi dominus directi velit probare scientiam. Hoc enim casu cessaret causa restitutionis in integrum, & consequenter ipsa restitutio. In dubio autem hæres habet fundatam suam intentionem, quia scientia est quid facti, & non presumitur, nisi probetur, ut dixi lib. 7. §. presumptio.

Pone, quod emphyteuta non solverit debitum canonem, sed accesserit (m) ad dominum directi, & illi obtulerit pecunias debitas, nunquid (n) talis oblatio sufficit ad evitandam pœnam caducitatis? Resp. quod sic. Ita tenet gl. in d. l. 2. in verb. secundum legem. & Ita communiter tenetur, ut ait Sal. in d. l. 2. in fin. verbis. Hanc etiam dicit esse commun. opin. Soc. cons. 118. in ult. verb. n. 4. Quod intellige, ut procedat, modo talis oblatio fiat loco, & tempore congruo, alias secus. Item intellige, quod talis oblatio sufficit, quoad evitandam pœnam caducitatis, sed quoad hoc, ut emphyteuta consequatur plenariam liberationem, requiritur oblatio, consignatio, & depositio. Et ita se habet communis opin. ut dicit Jaf. in d. l. 2. n. 82. Item intellige, quod talis oblatio fiat realiter, non autem verbo tantum quia (ut dici solet) ubi opus est facti, verba non sufficiunt; licet Soc. in loco præall. loquatur de verbali tantum obligatione, cujus opus, posset procedere, ubi dominus recufaret velie recipere: sed si dominus offerat se paratum recipere: mihi non placet, quod propter hujusmodi verbalem oblationem emphyteuta excusetur.

11 Sed quid si ipse quidem emphyteuta canonem non solvit, sed aliquis ejus procurator, nunquid talis (o) solutio facta per procuratorem proderit ipsi emphyteutæ? Resp. quod sic, maxime si procurator fuit ad id constitutus. Et hæc est quasi omnium sententia, ut dicit Corf. in repertorio Abbatis, in verbo, emphyteuta; col. 2. vers. Quinto, ubi cinque.

12 Uterius quæro; Pone, quod in contractu (p) emphyteutico apposta sit pœna propter cessationem solutionis canonis, nunquid si emphyteuta cessaverit, poterit non obstante tali oppositione pœnæ expelli? Respond. quod sic. Ita tenet gl. in d. l. 2. in verbo repellere, cum qua tenent omnes indifferenter, ut dicit Jaf. in ead. l. 2. n. 139. Quod tamen intellige secundum gl. ita, non ut possit utrunque (q) facere, scilicet petere pœnam, & expellere, sed potest eligere illud, quod magis ei placuerit.

13 Quæro, quid si emphyteuta (r) plures hæredes reliquerit, & unus ipsorum solverit partem suam canonem, vel pensionis, alius non, nunquid res emphyteutica cadit tota in commissum, an autem solummodo pro parte non solventis? Resp. Hæc est sabbatina quæstio, ut dicit gl. in l. communi dividundo, in verbo, consideretur, ff. cummum, dividum, quæ in hoc articulo

tenuit, quod omnes cadant a jure suo, & illam gl. sequuntur communiter Doctores, ut dicit Asshet. decis. 153. n. 4. Ripa in l. 4. §. Cato, n. 44. ff. de verb. oblig. Cum enim prima obligatio esset in solidum in persona emphyteutæ; non potest mutari factio hæredum, sed transit in omnes cum illa obligatione solidi. Reperio tamen Alber. in d. l. communi divid. in princip. dicentem, quod imo communis opi. est in contrarium; & potest esse, quod secundum sua tempora verum dixit. Sed hodie proculdubio opi. gl. est magis communis, ut scilicet omnes cadant. Et licet videatur aliquantulum rigorosa, esset tamen servanda in practica: alias enim de facili multæ emphyteutæ ad nihilum reducerentur.

Sed licet quæro, aliquis accepit emphyteuta pro se, & filiis, & descendentibus: Modo unus ex filiis ipsius recipientis cessavit in solutione canonis per triennium, ita quod res cecidit in commissum, & sic propter caducitatem applicata est pleno jure domino directo; Quæro nunquid (s) hæc cessatio, & consequenter caducitas ea de causa incurfa, obertit ejus descendentibus, vel agnatis vocatis ex tenore primæ investituræ? Resp. quod sic. Ita tenet Spec. de locato, in d. §. non aliqua, q. 78. & communis opin. ut attestatur Jaf. in d. l. 2. n. 58. & seq. quem refert Apostil. ad Rim. cons. 381. sub n. 4. & Ruin. cons. 168. n. 6. lib. 1. Dominus enim, qui rem suam in emphyteusim concedit sub annuo canone, videtur apponere solutionem canonis pro conditione, permittit ac si diceret, concedo, si solveris; & ideo cessante conditione, resolvitur concessio. Mihi tamen (ut verum fatear) hæc opinio nunquam placuit, videtur enim iniuriam, ut factum, sive delictum, sive negligentia alicujus, præjudicet suis successibus in re, quæ ad eos pervenire debet, non ex facto, aut jure ipsius delinquentis, sive negligentis, sed ex pacto, & providentia primi investiti. Non tamen propter hoc audem in practica recedere a communi opin. dummodo talis cessatio non esset facta in fraudem descendentium, vel agnatorum, qui vocati essent ex tenore investituræ, nam hoc casu crederem illis (eveniente casu) succurrendum esse pro beneficii restitutionis in integrum. Et ita si casus contingeret, consulerem, & judicarem.

Item quæro, (t) nunquid emphyteuta, qui canonem non solvit, possit purgare moram? Resp. quod secundum rigorem juris civilis (u) potest moram purgare: sed secundum dispositionem juris canonici, quod maxime innuitur a quantitate potest illum celeri satisfactione purgare. Et de hoc est text. expressus in cap. potuit, de locato, supra sapius allegato. Quando autem dicatur purgare moram celeri satisfactione, varii varia dicunt; sed magis communiter Doctores concludunt, quod in hoc stetur iudicis arbitrio, ut attestatur Ripa in l. si instulam, n. 35. ff. de verb. oblig. Hanc etiam dicit esse communem opin. Dec. cons. 139. post n. 7. vers. Ex quibus omnibus. Hoc igitur casu maxime versabitur religio judicare debentis; & in dubio, antequam dominus declaraverit velie esse locum caducitati, judex debet semper inclinare in sententiam, per quam caducitas ipsa evitetur, tanto magis procedendo secundum æquitatem canonicam. Scias autem, quod dispositio d. c. potuit, procedit solummodo in emphyteutis Ecclesiæ, non autem in emphyteutis laicorum, & privatorum: & ita communiter concluditur, ut dicit Ripa in d. l. si instulam, paulo ante num. 38. Si tamen esset iudicandum secundum æquitatem, & sola facti veritate inspecta, posset servari dispositio d. c. potuit, etiam

etiam in terris Imperii, & emphyteutis laicorum, quæ æquissima est, & ita illam servat Senatus, omisso rigore Juris Civilis.

ADDITIONES.

(a) Adit a toto jure. Intelligit non ipso jure, sed ita demum, si dominus declaraverit velie se, quod res incidat in commissum, nam tunc statim absque aliqua sententia declaratoria Judicis ipso jure privatur, secundum Bart. in l. 2. C. de jur. emphyt. & ibi Jaf. num. 10. & 12. dicit hæc commun. opin. Alexand. cons. 6. vol. 3. Goyvan.

(b) Cessaverit in solutione canonis, cadit a toto jure. Quod si emphyteuta jus suum emphyteuticum amittat, si debitum canonem, vel pensionem in civili emphyteuti infra triennium, l. 2. C. de jur. emphyteut. in Ecclesiastica infra biennium non solverit, Nov. vel. 7. c. 3. §. si seire autem, & Nov. 120. c. 8. & auth. quod rem. C. de 88. Eccl. c. potuit, 4. est. de locat. tenent, præter Clarum nostrum, alii DD. communiter Corbel. in tract. de jur. emphyt. c. 15. Joan. Borchol. in tract. de feud. c. 3. n. 18. Donel. lib. 9. Comment. de jur. civ. c. 15. vers. ubi reliquis tria, & Myning. cont. 2. obs. 65. n. 1. Dom. Gard. Tufchus tom. 3. præd. concl. 117. E. concl. 192. n. 1. & seq. Præd. Papien. in Forma libelli, quo agitur ad facti præstationem, & rei relaxationem, gl. solvere negligenti, n. 2. vers. aut loquimur in emphyteuta, & C. Frider. Præd. cons. 17. q. 3. n. 118. vol. 1. Matr. Berlich. concl. præd. par. 2. concl. 46. n. 1. Francisc. Davidagente in lib. notat. juris elector. in tract. de arvis vestigialib. & emphyt. pag. 21. 2. cum seq. & Trentacinq. var. resol. lib. 3. resol. 4. de jur. emphyt. n. 1.

(c) Hæcque si communis conclusio procedit, est emphyteuta ad præditi domino nunquam sit interpellatus, d. c. potuit, in ff. ex re. de locat. Quia neminem oportet conventionem, vel adimonitionem expectare: sed unumquemque decet ultro offerre se, & debitum spontanea voluntate persolvere: d. l. 2. vers. cum nominem. C. de jur. emphyt. Quia si inquam: unusquisque debet ea, quæ promissit, in memoria sua servare, nec exposcere, ut ab aliis sibi manifestetur: vel quia (ut vulgo dicitur) etiam dies interpellat pro homine, l. magnam, 12. in ff. C. de contrah. & commit. stipular. Jaf. n. 35. Schar. n. 10. & Corf. n. 23. ad d. l. 2. C. de jur. emphyt. Cornan. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 12. n. 8. Guiliel. Redoan. in tract. de reb. Eccl. non alienand. q. 9. de solut. canonis emphyt. n. 6. pag. 433. & q. 24. c. 2. n. 2. pag. 497. & Donel. d. lib. 9. Comment. de jur. civ. c. 15. pag. 456. n. 10.

(d) Deinde si conclusio ista locum habet, tamen si Dominus generaliter, & simpliciter promissit, se emphyteutam non expulsum. Siquidem hæc promissio generalis de non expellendo emphyteutam, non tollit ea quæ emphyteuta ex natura contractus servare tenetur: sed hæc in se tacitam conditionem continet, si emphyteuta nihil committat, propter quod jure expelli possit, arg. l. quæro, 54. §. inter locatorem, ff. locati. Salic. in d. l. 2. n. 3. Alber. de Rolat. n. 4. & Jaf. n. 34. C. de jur. emphyt. Signoroli. de Homedeis in l. ubi ira donatur, 27. n. 11. ff. de mort. caus. donationib. Ant. de Butr. n. 11. & Imola n. 37. in d. c. potuit, 4. est. de locato, holiq. citans Corbul. d. tract. de jur. emphyt. c. 1. ampliat. 2.

(e) Præterea conclusio ista locum obtinet in minore 25. annis. Nam si & ipse legitimo tempore canonem emphyteuticum non solvens, pœnam privationis ipso jure incurrit: ita tamen, pœnam privationis ipso jure in integrum restituitur, ut propter ætatis fragilitatem in integrum restitui debeat, per text. in l. si tutoris, 23. C. de administrat. tutor. vel curat. ubi 25. annis minor ratione damni, quod ob non solutum canonem emphyteuticum est amissio prædii perperius est, aditus curatorum expeditur, & sic ex illa lege perspicue constat, minorem in solutione canonis cessantem emphyteuti privari. Deinde hæc sententia probatur in ff. de causa, 9. §. si in commissum, 5. ff. de minorib. 25. an ubi Ulpianus respondit: minoram, qui in commissum vestigialis incidit, restituendum esse. Igitur necesse est, minorem, propter vestigial non solum, ipso jure in commissum incidisse: cum alioqui, si ipso jure tunc esset, restitutio in integrum ulla dari posset, leg. in cause 16. in prin. ff. d. lit. Accedit, quod minor, si & Ecclesia in jure acquiritur, c. 1. extra. deia integ. restit. l. orphanotrophos, 32. C. de episc. & cleric. Atqui Ecclesia possidentium emphyteuticum, a jure suo cadit, si jullo tem-

pore canonem non solvit: quoniam isthæc solutio incit ex natura contractus, l. quæro, 54. §. inter locatorem, ff. locati. Bal. in c. unic. n. 10. de alien. feud. in ius. feud. & in l. placet, 5. n. 3. & in auth. qui rem, n. 4. C. de 88. Eccl. Spec. in tit. de emphyt. q. 15. n. 25. Jaf. in l. 2. n. 48. C. de jur. emphyt. Corbul. d. tract. de jur. emphyt. c. 15. ampliat. 27. Ergo & minor, canonem julo tempore non solvens, jus suum amittit. Confirmatur si insuper eadem assertio per text. in cap. imperialem, 7. præd. tit. 55. lib. 2. F. ubi expresse cavetur, quod minor, intra constitutum tempus investituram non petens, jure suo privetur. Quare etiam canonem intra legitimum tempus non solvens, privationis pœnam subire debet. Quæ hæc sententia adversari videntur, late restitavi in §. adeo autem, 3. Instit. de locat. & conduct. n. 480. & seqq.

Ad hæc si conclusio præfata militat quoque in pupillo, & infante: quod nimirum & hi, ob non solum canonem, ipso jure, fundum emphyteuticum amittant ita tamen ut restitutionis in integrum auxilio sibi consulere valeant. Quod enim, propter canonem non solutum, emphyteuta jure suo privatur: id venit ex natura ipsius contractus d. l. 2. C. de jur. emphyt. Proindeque a contrahentibus tacite hoc autem judicatur, ut res emphyteutica ad dominum, canonem non solvite, revertatur. Bal. in §. inde potest, n. 10. & ibi Alvar. col. 3. de alienat. feud. tit. 13. lib. 1. feud. Conditionem autem contractus resolutivam, ad præjudicium etiam pupilli, & infantis, in contrahendo apponi posse, appareret ex l. si creditor, 7. §. illud inspicendum, vers. si vero emptus, ff. de distract. pign. & verum, 4. est. de conditionib. appost. ibique DD. communiter notant.

(f) Non t obicit Imperatores, 7. in fine, ff. de public. & vestigialib. ubi pupillo, vestigial non intererit, seu solventi, pœna commissi committitur. Nam agit de pœna, quam ipsa lex absque conventionione hominis constituit: Nos vero hic agimus de pœna commissi, si, in conventionione a contrahentibus adducta, etiam in contractu emphyteutico (ut paulo ante notatum) tacite a contrahentibus actum intelligitur, ut canonem intra præfixum tempus non solvat, res emphyteutica ad concedentem revertatur. Sed videtur Corf. d. tr. de jur. emphyt. c. 15. ampl. 29. ubi ea de re explicatius disputat. HARR.

(g) Si contractus investituræ sit juramento confirmatus, &c. Quod si emphyteuta, qui canonem sub juramento solvere promissit, ita tamen, etiam non expellat triennio, vel biennio, ubi canonem non solvens, propter juramentum emphyteuticum si privatur, ultra allegatos hic a Claro, tradunt Ant. Natr. cons. 426. num. 21. vol. 2. Cagn. in l. si quis major, 41. C. de transactioib. n. 51. Felin. inc. quærelam, 10. est. de jur. jur. n. 8. Marcus Ant. Bayerus in tract. de virtute juramenti, concl. 10. Castador. tit. de jur. jur. decis. 2. Berous cons. 115. n. 8. vol. 1. D. Card. Tufchus ro. 3. concl. præd. concl. 192. n. 74. Trentacinq. lib. 3. var. resolut. tit. de jur. emphyt. resol. 4. n. 31. & Berlich. d. par. 2. concl. præd. concl. 46. n. 54. Quamquam, præter Clarum nostrum, assentiant Ant. Tellaus decis. 114. n. 6. in med. Curt. Jun. ad d. l. si quis major, 41. C. de transact. n. 10. & Dicae. Covar. part. 1. relect. §. 4. n. 9. in prin. & vers. contraria opinio veteri profecto videtur, &c. HARR.

(h) Quod quis habeat in emphyteusim rem magis valoris. Emphyteuta si cessaverit per triennium in solutione canonis, pœnam caducitatis incurrit, licet res in emphyteutin concessa esset magni valoris, ac pretii, & pensio esset minima, forte unius tantum nummi. Quia textus in l. 2. C. de jur. emphyt. pavans emphyteutam ob non solum canonem, indistincte loquitur: proindeque indistincte accipi debet, argum. leg. de pretio, 8. ff. de publ. in rem act. & quia numerus ille surrogatur in locum totius census, sive pensionis legalis de consuetudine, juxta Baldum in auth. qui rem, C. de 88. Eccl. quia denique in constitutione pensione, que solvitur ab emphyteuta, magis recognitio domini, quam emolumentum ipsius concedentis, consideratur. Et propterea tunc eadem sit ratio in magna pensione, que in minima: merito utrobique idem jus servatur, l. a Titio, 102. ff. de verb. oblig. Atque ita, ultra Clarum, & Doctores ab eo hic citatos, sentiunt Fafon. in d. auth. qui rem, n. 16. C. de 88. Eccl. Ruin. cons. 167. n. 10. vol. 1. Bayer. cons. 26. in fin. vol. 2. Tiraq. de rescriptis. convent. §. 4. gloss. 6. n. 26. in fin. Socin. cons. 167. non inutile, n. 7. in fin. vol. 2. Guiliel. Mayer. in l. Imaginaria

Salicetus nu. 8. & Scharid. numero 19. in d. leg. 2. C. de jur. emphyteut. Hollensis in cap. potuit, 4. extr. de locato. Borchol. in tractat. de feud. cap. 3. n. 24. Connan. libro 7. Commentar. jur. civ. cap. 12. n. 9. Fachinus lib. 1. controvers. jur. cap. 93. Arumaus Exercit. Juslin. 14. thes. 15. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 45. n. 1. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ. cap. 15. post med. vers. postquam confabul. Et. Gall. lib. 2. observ. 51. n. 7. alique ab iis designati. Tamen si contrarium teneant Speculator lib. 4. parte. 3. tituli. de emphyteut. §. nunc aliqua, de jur. emphyteut. n. 60. quest. 47. Paul. Castren. conf. 68. lib. 2. Innocent. in d. cap. potuit, 4. extr. de locato. Menochius, de recuperat. possid. remed. 1. n. 79. Myntinger. cent. 3. observat. 65. n. 1. 212. n. 2. Dominic. Cardinal. Thufcus, tom. 3. practib. conclus. lit. E. conclus. 199. & conclus. 192. n. 7. & sequentib. Trentacinq. libro 3. variat. resolut. tit. de jur. emphyte. resolut. 4. n. 2. Borchol. variat. part. 2. conclus. practib. conclus. 46. num. 5. & Matthias Stephani, cent. 3. quest. 83. ad lit. B. ubi ait, hanc posteriorem sententiam esse quidem æquiorrem, & probabiliorrem: priorem vero (quam & nos amplectimur) de jure vetiore, & communem esse.

3 Cui non obstat, quod Imper. Justinianus in d. leg. 2. ubi jure suo cadat, C. de jur. emphyt. utitur verbis, non preteritum, sed præsens tempus significantibus: nem in d. Novell. 7. cap. 3. §. seire, ubi sicut extraxit, &c. utitur verbis futuri temporis: quæ verba privationem non ipso jure, sed per sententiam inducunt, juxta gloss. in l. juvenis, 14. §. æconomus, super verb. privetur, C. de sacrosanct. Eccles. & in leg. criminali, 5. super verb. habeatur, C. de jurisd. omn. judic. Nam verba futuri vel præsentia nequaquam pœnam per sententiam infligunt, quando talia verba sunt conjuncta (ut in proposito casu cum dictione aliqua præcisa, omnino, omnimodo, mox, profus, aut simili. Ea enim efficiunt, ut licet sint verba præsentia, vel futura: tamen pœna ipso jure infligatur, per notata gloss. in cap. quam sit, 6. ad finem, super verb. vacentur, de elect. lib. 6. Roman. conf. 212. circa finem, & Matthesiani d. singul. 111. aliorumque, quos referendo & sequitur Borchol. præd. capit. 3. n. 24. ad finem.

4 Sic quoque non obstat textus in l. ex velligali, 21. §. 1. ff. de pignori. & hypoth. ubi dicitur, canonem, secundum legem velligali fundo dictam, non solum pronuntiatum fuisse, sed fundum secundum legem domini esse. Est enim in isto textu judicialis pronuntiationis fit mentio: non tamen inde sequitur quod talis pronuntiatione necessario requiratur. Sed & nos non dissentimus, evenire posse, ut iudicis pronuntiatione hac in re opus sit, negante (verbi gratia) emphyteuta, se in canonis solutione cessasse, & domino eum non solvisse affirmante. Tunc etenim, & iudex adendus, & sententia expectanda est, quæ dispositionem, & controversiam istam dirimat: licet nihilominus ante iudicis pronuntiationem emphyteuta, si non solverit, emphyteuti privati intelligatur. Cæteris objectionibus sufficienter respondet Fachin. d. lib. 1. c. 93. HARP.

(b) Domino volente. Adde, ut per Roland. conf. 81. n. 7. vol. 3. & sic requiri declaratoriam dicit Nat. conf. 93. n. 4. De investitura autem non petenda, & caducitate vitanda, neque incursu, vide per Rimin. in conf. 17. Item quando ob defectum solutionis non dicatur quis ecclesiæ à iuribus suis: vide per eund. in conf. 94. De mora autem non purganda propter retardatam canonis solutionem, vide per Afflic. d. decis. 174. & per Casar. Ordi. in suis additionibus ad eund. GIACH.

(c) Ipso jure. Adverte hic, quod tamen si Ecclesiæ possit possessionem accipere propria auctoritate, quando devolvitur propter canonem non solum: tamen quando per alienationem, vel generationem finitam, devolutionem Prælati præstendit, non potest possessionem accipere nisi præcedat declaratoria: ratio est: quia huiusmodi potestas est de alienatione illicita, vel extinctione generationis, licet de non solutione, per Afflic. decis. 97. Hieron. Gabr. conf. 88. n. fin. & an eo non citato possit dominus investire alium? vide per Alexand. conf. 44. volum. 1. GIACH.

QUÆSTIO X.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1 Dominus directi, qui post incursum caducitatem recipit pensionem ab emphyteuta, an censetur illi remississe caducitatem.
- 2 Et an dominus, qui propter cessationem expulsi emphyteutæ, possit ab eo petere pensionem temporis præteriti.
- 3 Prælati recipientes pensionem ab emphyteuta Ecclesiæ, an censentur illi remississe caducitatem.
- 4 Cui incumbat onus probandi, an emphyteuta dicent se solvisse, an autem domino id neganti.

Ex Additionibus.

- 1 An, & quando dominus directus presumatur remississe pœnam caducitatis, recipiendo canonem ab emphyteuta, remississe.
- 2 An, & quatenus dominus directus, qui ob canonem non solum expulsi emphyteutæ, pensionem temporis præteriti ab eo petere possit, remississe.
- 3 Utrum Prælati recipiendo pensionem præiudicet Ecclesiæ, remississe.

Sed hic occurrit alia quæstio; nunquid dominus (a) directi, qui post incursum caducitatem recipit solutionem pensionis ab emphyteuta, censetur illi remississe caducitatem? Resp. in hoc articulo distinguendi sunt aliqui casus. Aut enim expresse constat de mente ipsius domini pensionem recipientis, quæ scilicet in receptione canonis retentivati sibi expresse ius caducitatis vel protestatus est per hoc non remittere caducitatem, vel huiusmodi: & tunc proculdubio non censetur remississe caducitatem, stante eius expressa declaratione in contrarium. Ita tenet gl. in c. potuit, in gl. 3. de locato, quam dicit esse communiter approbatam per Legistas, & Canonistas, Jas. in l. si post moram, post nu. 4. vers. Confirmo per illud, ff. de eo quod certo loco, ubi tamq. refert Abb. in d. l. 2. dicentem, quod ita communiter tenetur. Ita etiam tenere communiter Doctores attestatur. Corn. conf. 49. in litter. l. lib. 4. hoc tamen intellige, ut procedat, quando dominus recipit pensionem solummodo temporis præteriti, scilicet elapsi ante incursum caducitatem. Hoc enim casu prodest talis protestatio, quia stat simul, quod dominus provideat sibi præterito, recipiendo pensionem debitam, & reservet etiam jus de futuro, propter caducitatem incursum; secus autem, si recipiat pensionem etiam pro tempore futuro, id est, discurso post causatam caducitatem. Nam isto casu, licet protestetur se illam recipere salvo jure caducitatis, &c. censetur tamen, non obstante protestatione, vel reservatione, caducitatem ipsam remississe. Ita concludunt communiter Doctores, quicquid dixerit Bart. in d. l. 2. nu. 8. in fin. ut dicit Gigas de pens. q. 73. in fin. Hanc etiam opin. contra Bart. attestatur esse communem Ruin. conf. 110. num. 4. lib. 1. & conf. 51. n. 12. eod. vol. Videtur enim incomparabile, quod recipiat pensio pro tempore post caducitatem decurso, & quod saluum sit jus caducitatis; & sic, quod quis eodem tempore habeatur pro emphyteuta, & pro non emphyteuta. Unde cum huiusmodi protestatio, sive reservatio sit contraria factio, nihil relevat, juxta ea quæ dixi infra lib. 7. §. Protestatio. Et ita superioribus annis revocata fuit sententia cuiusdam Doctoris, qui judicaverat contrarium, fretus auctoritate Bart. in d. leg. 2. neque advertit, quod in hoc Bart. commu-

niter reprobat, ut superius dixi. Aut vero iustus in dubio, quia scilicet dominus, sine aliqua protestatione, ut reservatione caducitatis pensionem ipsam recipit; & tunc siquidem recipit etiam pensionem temporis futuri, id est, decursi post caducitatem, res non habet difficultatem, quin censetur remissa caducitas, ut in fortioribus terminis supra statim. Sin autem recipit pensionem temporis præteriti tantum, adhuc idem est dicendum, quod scilicet censetur remississe caducitatem. Et licet Bart. in loco præallegato contrarium tenuerit, communis tamen opinio est contra Bart. ut dicit Gigas de pensio. q. 73. nu. 3. à qua non est in practica recedendum, maxime quia æquior est; & humanior; & in hac quæstione cave à Sali. in d. l. 2. n. 14. qui dicit, quod distinctio Jac. de Aren. quam sequitur Bart. communiter approbat, quia neque ipse fideliter refert verba Bart. neque (ut potes ex predictis colligere) opin. Bart. nec sua communiter approbat.

- 2 Quæro nunc, (b) quid è converso, nunquid dominus directi, qui declaravit caducitatem propter cessationem solutionis, & emphyteutam expulsi, possit ab eo postea petere pensionem pro tempore præterito sibi debitam? Resp. in hoc etiam articulo Doctores varia scribunt. Tu vero dic, quod aut Dominus expellendo emphyteutam expresse reservavit sibi jus petendi pensionem pro annis cessatis; & hoc casu talis reservatio sive protestatio utique illi conservat facultatem petendi ipsam pensionem; & hæc est communis opin. ut dicit Boer. decis. 309. n. 5. in fin. Aut vero non est protestatus, & tunc expellendo emphyteutam ob canonem non solum, non potest ab eo petere pensionem temporis præteriti, quidquid dicat Bart. in d. l. 2. n. 8. contra quem in hoc etiam est communis opinio: ut dicit Gigas de pensio. quest. 75. post nu. 6. & hæc omnia nota in practica, quia propter varietates opinionum de facili quis decipi solet. Hæc tamen omnia intellige, ut procedant in emphyteuta privati: sed in emphyteuti Ecclesiæ speciale est favore Ecclesiæ, ut possit Ecclesiæ utrumque consequi, scilicet pensionem exigere, & emphyteutam expellere, ut est text. in Auben. qui rem. C. de sacros. Eccles.
- 3 Sed nunquid ea quæ dicta sunt de emphyteuti laicorum, habent etiam locum in emphyteuti Ecclesiæ, ut scilicet si Prælati recipiat pensionem ab emphyteuta, qui per triennium cessaverat, & sic ceciderat à jure suo, præiudicet Ecclesiæ, ita ut censetur remissa caducitas? Resp. hæc quæstio pendet ab alia, nunquid (c) Prælati expresse possit remittere caducitatem emphyteuti Ecclesiæ. In quo quidem articulo Doctores ita distinguunt. Aut Ecclesiæ non est collegiata, & potest solus Prælati remittere caducitatem. Aut vero Ecclesiæ est collegiata, & non potest sine capitulo; & hæc est commun. opin. ut dicit Card. Alexand. in cap. 1. in princ. nu. 17. de his qui feud. dar. poss. Die ergo in hoc proposito eadem ratione, quod aut Ecclesiæ non est collegiata, & recipiendo pensionem præiudicet Ecclesiæ: aut est collegiata, & potest sine capitulo illi præiudicare. Ita colligitur ex gl. in d. cap. potuit, in verbo, Expelli, quæ in hoc est communiter approbata, ut dicit Alexand. conf. 5. n. 19. lib. 5. Ruin. conf. 70. post n. 14. lib. 5. & dicit Imol. in d. c. potuit, n. 34. circa fin. quod ita tenent communiter Doct. quem refert Alex. conf. 105. n. 15. lib. 3. & Capolla conf. civili 48. post n. 3. & Dec. conf. 329. n. 3. Hanc etiam opin. dicit esse communem Jas. in d. l. 2. n. 130.

Sed pone dominus dicit emphyteutam cecidisse, quia per triennium non solvit, econtra vero emphyteuta dicit se solvisse; Quæro, cui incumbat

onus probandi? Resp. quod dominus habet intentionem fundatam ex instrumento investituræ; merito non ipsi sed emphyteute incumbit onus probandi. Ita tenet gl. in d. l. 2. in verbo Repellere, ubi item quis probabit C. de jure emphyt. quæ in hoc communiter approbat, ut dicit Soc. jun. conf. 91. n. 15. lib. 2. Ita etiam tenere omnes Doct. attestatur Jas. in d. l. 2. n. 132. & seq. quem refert Gigas de pensionibus, q. 76. in fin.

ADDITIONES.

(a) Nunquid dominus directi, qui post incursum caducitatem recipit solutionem pensionis ab emphyteuta, censetur illi remississe caducitatem? An, & quando præsumatur dominus directus remississe pœnam caducitatis, recipiendo canonem ab emphyteuta, late, & accurate, post Clarum nostrum, & alios, explicat Jacob. Menoch. in tract. de presumptionib. lib. 3. præsumpt. 112. D. Obrecht. disp. 36. de jur. emphyt. in. 348. usque ad th. 364. Aurel. Corbul. in tract. de jur. emphyt. c. 15. limit. 23. Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 99. & Alex. Trentacinq. var. resolut. lib. 3. resolut. 6. de jur. emphyt. De eadem quæstione nos quoque copiose egimus ad §. adeo autem, 3. Inst. de locat. & cond. n. 467. & aliquot subsequentibus. HARP.

(b) Quæro nunc, quid è converso, &c. An, & quatenus dominus directus, qui ob canonem non solum intra legitima tempora, expulsi emphyteutam, pensionem præteriti temporis ab eo petere possit, declarat ultra Clarum nostrum, Trentacinq. d. lib. 3. resolut. 6. n. 5. & seqq. HARP.

(c) Nunquid Prælati possit expresse remittere caducitatem emphyteuti Ecclesiæ? Quatenus Prælati recipiendo pensionem præiudicet Ecclesiæ, ita ut censetur remississe caducitatem, post Clarum nostrum, & alios, alacide exponit Trentacinq. d. lib. 3. resolut. 6. n. 5. & seqq. HARP.

QUÆSTIO XI.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1 Dominus directi post declaratam caducitatem an possit propria auctoritate ingredi rem emphyteutam.

Ex Additionibus.

- 1 Dominus emphyteutam propria auctoritate, absque iudicis decreto, expellere nequit.
- 2 Non est singulari permittendum, quod per magistratum publice fieri debet.
- 3 Nemo sibi ipsi jus dicere potest.
- 4 Verbum expellendi quomodo accipiendum.
- 5 An, & quatenus creditor propria auctoritate ex pacto pignus à debitore auferre queat.
- 6 Que suo jure exigere alicui licet, minus est exigere per iudicem.

Nunc videndum est, nunquid possit dominus directi post declaratam caducitatem ingredi propria auctoritate rem emphyteutam? Illa est ardua quæstio, & in qua Doct. varie locuti sunt, adeo ut tot pene sententia, quot capita, ut dicit Jas. in d. l. 2. n. 100. & seq. C. de jur. emphyt. ubi omnes opin. recenset. Aliqui autem tenuerunt, quod dominus (a) non possit post caducitatem propria auctoritate ingredi possessionem rei emphyteuticæ, & inde (b) expellere emphyteutam, nisi cum auctoritate (c) Judicis. Et hæc opinio, quæ iudicio meo æquior est, & tutior, dicit esse communem Alber. in d. leg. 2. col. 1. vers. Ex hoc oritur, quam refert Jas. in loco præallegato, & illam servat Parlamentum Delphinale, teste Guid. Papæ decis. 107. n. 1. Contrariam vero sententiam, quod scilicet possit dominus post caducitatem expellere emphyteutam propria (d) auctoritate, tenuit gloss. in d. l.