

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. Jus. 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. Gahl. 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 prateritum, sed presentis 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 presentia nequaquam pœnam per sententiam insigunt, 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 presentia, vel futura: tamen pœna ipso jure insigatur, 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 necessaria requiratur. Sed & nos non dissentimur, 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 requiritur 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 potest esse 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 præjudicat 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, scilicet in receptione canonis reservavit sibi expresse jus caducitatis: vel protestatus est per hoc non remittere caducitatem, vel huiusmodi: & tunc proculdubio non censetur remississe caducitatem, stante ejus 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. dicens, 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 recipiatur 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 possit. Hæc tamen omnia intellige, ut procedant in emphyteuta privati: sed in emphyteuti Ecclesiasticæ 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, præjudicat 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 præjudicat Ecclesiæ: aut est collegiata, & potest sine capitulo illi præjudicare. 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.

4 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 presumatur 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. Corbul. in tract. de jur. emphyt. c. 6. 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 præjudicat 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. 2. n. 100.

2. in verbo. Repellere, in primis verbis. Et hanc opin. dicit esse communem Alex. conf. 117. n. 11. lib. 4. Corn. conf. 271. in littera B. lib. 3. Dec. conf. 146. n. 7. Sigismun. conf. feud. 36. post n. 3. & sic (ut videtur) haec opin. gl. proculdubio est communior. Quae quidem satis de plano procedit, quando emphyteuta ipsi domino propria auctoritate ingredi, & illum expellere volenti, non resistit, licet tam gloss. supra allegata, quam multi ex Doct. qui illam sequuntur, indistincte loquantur. Sed quid si resistat? Respond. siquidem verbis tantum resistat, adhuc defendendum est, quod potest dominus illum expellere. Et hanc esse magis communem opin. attestatur Corn. conf. 193. in littera C. lib. 3. Si vero factis resistat, credendum non licere domino illum propria auctoritate expellere, & haec opin. tanquam aequior, & tutior, & quae minus scandalis viam aperit, tenenda esset in practica: nisi esset multitudo, & auctoritas Doctorum tenentium opin. glossae, mihi indistincte placeret contraria opin. quod scilicet nullo casu liceat domino expellere emphyteutam propria auctoritate: & ita semper consulendum amicis, & re vera omnes etiam tenentes opin. gloss. & etiam ipsamet gl. fatentur tutius, & melius esse id facere Judicis auctoritate.

ADDITIONES.

[a] Quod dominus non possit post caducitatem propria auctoritate ingredi possessionem, &c. Quamvis tamen emphyteuta, ob non solum legitimo tempore canonem ipso jure praedio emphyteutico excidat, ut patet ex annotationibus ad q. 9. haud tamen domino illius propria auctoritate, absque Judicis decreto expellere, & reque vestigalis possessionem occupare licet. Ratio hujus est perspicua: Tum quia non est singulis concedendum, quod per Magistratum publice fieri debet: ne occasio sit majoris tumultus faciendi, si non est singulis, 176. ff. de reg. jur. leg. si cuius, l. 3. §. equissimum, ff. de usufruct. l. dotis, §. C. soluto matrim. Tum quia per emphyteute cessationem, & negationem res sit dubia, & controversa, ut jam ad ejus discussionem iudice opus sit, ut explicatum est supra ad d. q. 9. nu. 4. Atqui si nemo sibi ipsi jus dicere potest, praesertim ubi copia iudicis habetur, l. extat, l. 13. ff. quod met. caus. l. creditor. §. C. de pignoriibus, l. nullas, l. 13. C. de Judicis, §. C. unde vi, §. 101. tit. C. ne quis in sua caus. iudicet. Non obstat l. 2. C. de jur. emphyteut. l. quaro, §. 4. §. 1. ff. locati, §. l. ad §. 3. C. de locato, quibus in legibus domino emphyteutam, & locatori conductorem, ob pensionem non solutam, expellere permittitur: nam verbum expellendi, vel repellendi (quod in citatis legibus habetur) ad juris intellectam reverti debet. Proindeque illic non corporalem dejectionem significat, sed legitimam expulsionem, quae non fit de facto, sed ministerio iudicis, & per remedia juris, competentisque actiones. d. l. extat, l. 13. ff. quod met. caus. cum similib.

4. Similiter si non refragatur l. penult. C. de pignorat. act. ex qua apparet, quod creditor ex pacto pignus a debitore auferre propria auctoritate queat. Si hoc ex pacto, & conventionione licet, multo magis auctoritate legis, quae dat potestatem expellendi emphyteutam, permittendum erit. Non, inquam, refragatur. Quia creditor potest propria auctoritate ex pacto pignus auferre a debitore, si is non resistat: alias non item, l. creditor, §. C. de pignoriibus. Erit igitur debitor creditor facultatem pignus propria auctoritate occupandi concessit: atramen si debitor factus, vel verbis resistat, non recte possessionem, nisi iudicis interveniat auctoritas, occupabit. Siquidem tamen alioqui, quae suo jure exigere alicui licet, melius, ac tutius est exigere per iudicem, l. si pupillorum, §. 1. ff. de reb. cor. qui sub tutel. §. l. si alius, §. 7. §. bellissimus, §. 3. in fin. ff. quod vi aut clam. l. si stipulatus, §. 1. in fin. ff. de solutionib. l. debitor, l. 10. C. de pignoriibus. Joani Vaud. variar. quastion. lib. 1. §. 13. hucque pertinet, quae annotavimus ad §. creditor, 4. Insti. quibus mod. re contrah. oblig. n. 219. §. seqq. Atque ita, post Clarum hic nostrum circa

finem, sentium Joan. Botch. in Comment. de feud. et 3. n. 10. Fachinus lib. 1. controvers. jur. cap. 95. Hugius & Vulscius in §. adeo, 2. Insti. de locat. & condact. n. 17. Ericus Hedemannus Disput. 17. proposit. 59. Donnellus lib. 9. Comment. de jur. civ. c. 15. vers. ali. Menochius remedia, 1. recuperanda possess. n. 78. & 79. ubi plures varie sententias allegat. Eadem de re consulantur Wumbers. lib. 1. observat. tit. 34. obs. 3. n. 1. Marth. Coler. in tract. de process. execut. part. 1. cap. 5. n. 21. & seq. in tract. de process. execut. part. 1. cap. 5. n. 21. & seq. Zobel. part. 2. differ. 45. n. 16. Corbulus in tract. de iure emphyteut. c. 15. q. 12. Dominicus Cardinal. Tufellius tom. 3. praed. conclus. lit. E. conclus. 191. n. 1. & seqq. HARR.

(b) Expellere emphyteutam. Adde, & vide de illa q. per Soc. in conf. 167. sub n. 14. & 15. qui n. 6. ponit questionem, quando Emphyteuta intervenit in possessionem, quia incepit nomine proprio possidere, quid juris, GIACH.

(c) Nisi cum auctoritate Judicis. Adde, & parte vocata, & audita, pro quo facta est licet episcopus cum gl. in ver. vocatio de prob. lib. 6. restitueretur tanquam spoliatus in sua pristina possessione Emphyteutis: moram enim potest purgare Emphyteuta, ut habetur in d. c. potest. de hoc. pro quo vide Guid. Pap. quast. 12. n. 1. GOWAN.

(d) Propria auctoritate. Item quod dominus possit propria auctoritate expellere, quando rem emphyteutam alienavit sine ejus consensu, vide per Crav. conf. 18. n. 7. qui hoc verum sine dubio esse dicit, quando domino ita expellenti solum sit resistentia verbis, & cessat timor scandalis: & citat etiam alios concordantes, de quibus ibid. Item limita verum respectu ipsius vassalli, vel heredum suorum: At secus respectu extranei possessoris, vide per Hoff. de princ. n. 296. 297. 298. GIACH.

QUESTIO XII.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1. Quo tempore anni emphyteuta debeat solvere canonem domino directi.
2. Et quid si velit pro pluribus annis futuris solvere, an teneatur dominus acceptare.

EX ADDITIONIBUS.

- 1. An dominus, si ei emphyteuta pro tribus, aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, eam recipere cogatur.
2. Pensio emphyteutica, in fine cuiusque anni, integra solvenda.
3. Pecunia facile a manibus dilabitur.

Pro complemento hujus materiae quero, quo tempore anni teneatur Emphyteuta solvere debitum (a) canonem domino directo? Resp. quod quidquid sit de jure, consuetudo (b) servat, quod in fine anni solvatur integra pensio, ut attestatur Guarn. de Castell. in d. l. 2. quem refert Jaf. in ead. l. 2. nu. 180. & ita quotidie videmus observari.

Sed pone, quod Emphyteuta velit solvere domino canonem, seu pensionem pro (c) tribus, aut quatuor annis futuris, nunquid cogetur dominus illam recipere, etiam si nolit, vel ipso reculante, nunquid poterit emphyteuta illam deponere, & sic erit liberatus? Resp. quod non. Ita tenet Specul. in §. nunc aliqua, supra sapsus allegato, q. 42. & seq. & est commun. opin. ut attestatur Alexand. in l. stipulatio ista, §. inter certam, quem legit cum §. si quis dolus post. num. 5. ff. de verb. oblig. quem refert Dec. in l. cum tempus, num. 8. ff. de resp. jur. Aret. in l. qui Roma, in prim. ff. de verb. oblig. Jaf. in l. 2. num. 66. & seq. C. de iur. empl. Potest

EX ADDITIONIBUS.

Potest enim dominus directi dicere, sua interesse pecunias sui temporis recipere. Nam (ut experientia docet) pecunia facile a manibus dilabitur. Et haec conclusio multo magis locum habere, si pensio non in pecunia deberetur, sed in fructibus, qui possent cursu temporis deteriorari.

ADDITIONES.

(a) Solvere debitum canonem. De canonis solutione vide aliqua notata digna sup. in addit. ad quast. 8. sub littera D. Ethic adde, quod remedium restitutorium haud competit emphyteute, quando cecidit in possessione ex eo, quia canonem haud solvit, per Socin. in l. rem qua nobis, q. 2. versic. ex quo. Alex. conf. 6. n. 10. lib. 1. Afflic. decis. 397. nu. 27. Caphal. conf. 272. n. 68. GIACH.

(b) Consuetudo servat. De consuetudine generali rotius regni Franciae omnes census, seu pensiones minorum solvuntur in Martio, in die Annuntiationis Beatae Mariae Virginis, ut attestatur Chassan. in consueud. Burgund. in tit. des cens, §. 1. in princ. GOWAN.

(c) Pro tribus, aut quatuor annis futuris, &c. Si emphyteuta t domino pro tribus, aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, eam dominus recipere minime cogitur. Eiusque ratio manifesta est: quia juxta legem hujus contractus emphyteutici t pensio est annua, & singulis annis, quidem in fine cuiusque anni ( nisi obster consuetudo loci, vel conventio partium, quae servari debet ) integra solvenda, ut post Salicetum & Jasonem, & Guarnierum de Castell. in l. 2. C. de iur. emphyteut. testatur Clarus hic n. 1. Ita tenet licet emphyteuta, reluctantem domino, contra legem contractus solutionem facere: praesertim cum domini interit, singulis annis pensionem accipere: quia pecunia t universa semel accepta facile a manibus dilabitur, D. Obrecht. disput. 26. thes. 142. Idque multo magis obinet, si pensio non in pecunia numerata debeatur, sed in fructibus, qui cursu temporis possint deteriorari, ut scribit Clarus nositer hic in fine. Eadem quoque de re, post Alciatum in l. stipulatio ista, §. inter certam, 16. num. 17. ff. de verb. obligat. & Padillum in l. post mortem, l. 2. num. 12. C. de fideicommiss. videndus est Petrus August. Morla in Emporio juris utriusque part. 1. tit. 8. de reb. credit. q. 21. n. 6. HARR.

QUESTIO XIII.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1. Emphyteuta an possit alienare rem emphyteuticam.
2. Et an eam alienando cadat ipso jure, an autem requiratur sententia.
3. Et an ex ipsa alienatione incurrat caducitatem, etiam si non sit secuta traditio.
4. Et quid si in contractu apposita sit clausula constituti.
5. Et quid si in alienatione protestetur, quod ipsam alienationem facit salvo, & reservato consensu domini.
6. Et quid si post alienationem, & traditionem illam reciperet.
7. Et quid in emphyteusi concessa pro se, & quibus debeat.
8. Et quid si in investitura prohibeatur alienari majoribus.
9. Et quid si conventum fuerit, quod liceat emphyteuta illam rem vendere.
10. Et an emphyteuta alienans partem rei emphyteuticam, cadat a tota emphyteusi.

- 1. An, & quatenus emphyteuta in requiritur domino, jus suum emphyteuticum, vel meliorationes suas vendere possit.
2. Nisi quid emphyteuta, inficio domino praedium vendens, non tamen tradens, jure suo cadat.
3. Et quid, si instrumentum emphyteuticum discrete exprimitur, quod emphyteuta licentiam alienandi, in quemcumque voluerit, habere debeatur.
4. Pacta, & conventiones eam semper interpretationem recipiunt, ut aliqui operentur.
5. Quando creditor, non prius interpellatus debitore, pignus vendere queat.
6. Contractus ex partium conventionione legem accipiunt.
7. Explicatur l. si quando, 35. C. de inoffic. testam.
8. Emphyteuta partem rei emphyteuticam alienans, an & quatenus emphyteusim amittat.

Quaero, nunquid (a) emphyteuta possit alienare rem emphyteuticam? Resp. de hoc habemus text. expressum in l. fin. de iur. emphyt. quod non potest illam alienare in requiritur (b) domino, alias cadit a jure suo, ut dicit Socin. jun. consil. 70. n. 14. lib. 3.

Adde, quod emphyteuta alienans rem emphyteuticam contra formam d. l. fin. cadit ipso jure: nec aliqua sententia requiritur. Ita tenet gl. in d. l. fin. in verbo, Cadat, circa princ. quem dicit Anton. de Butr. consil. 22. n. 1. a nemine esse reprobata, & quod non reperit illam per aliquem esse in dubium revocatam, quem refert, & sequitur Jaf. in d. l. fin. n. 103. & seq.

Sed nunquid, ad hoc ut emphyteuta cadat ab emphyteusi, sufficit, quod celebratus sit contractus alienationis, etiam si (c) secuta non sit traditio? Respond. quod non, sed requiritur, quod post ipsam alienationem subsecuta sit traditio ipsius rei emphyteuticam. Ita dicit Specul. in d. §. nunc aliqua, vers. 95. & ita communiter tenetur, ut dicit Imol. in d. c. postui, num. 49. in fin. de locato. Hanc etiam opinionem, dicit esse communem Alex. in l. si a me, post num. 4. vers. Secundo limitari, ff. ad leg. Falcid. Jaf. in d. l. fin. nu. 132. Curt. sen. conf. 8. nu. 10. Marf. sing. 412. plures sunt, & dicit Tiraquel. de retract. numcip. §. 1. in gl. 2. n. 43. quod hanc opin. tenet universa prope cohors Scribentium. Nam ante traditionem non dicitur alienatio perfecta, neque consummata; ideo alienans non debet ex ea penam pati. Faciunt, quae dixi infra hoc cod. lib. §. feudum, q. 31. vers. Sed nunquid.

Sed quid si non intervenerit vera quidem, & actualis traditio, sed tamen in contractu alienationis apposita sit clausula constituti, vel precarii, nunquid talis ficta traditio possessionis, quae fit per constitutum, sufficit ad hoc, ut emphyteuta privetur jure suo? Resp. quod sic. Ita tenet Paul. de Cast. in l. 1. §. si rem, num. 2. ff. depositi, & est communis opin. ut dicit Tiraquel. de constituto, 26. limit. nu. 1. & 6. Non enim potest negari, quin per constitutum vera possessio transferatur, licet modus transferendi sit fictus. Bene verum est (ut dixi in dicit. §. feudum, q. 31. vers. Sed quid si non.) quod licet haec opin. quod requiritur actualis traditio, est aequior, & ideo teneri posset in iudicando, maxime si esset iudicandum sola facti veritate inspecta. Et ita servatur in curia Delphi. ut attestatur Guido Papae dec. 101.

Item quero, quid si emphyteuta in ipsa alienatione protestetur, quod ipsam alienationem facit, sal-

vo, & reservato consensu domini, vel salvo jure directi domini, nunquid talis protestatio illam excusabit, ut non cadat ab emphyteusi? Resp. quod (d) non. Et est communis opin. ut dicit Jas. in 2. lectu. Rubrica ff. solu. matr. num. 25. Dec. conf. 160. post nu. 4. versic. Preterea dato, quem refert, & sequitur Ripa in c. cum M. Ferrar. nu. 80. de consuet. Est enim talis protestatio contraria facto, & ideo non relevat, juxta ea, que dixi infra libr. 7. §. protestatio. Bene verum est, quod si protestetur se alienare, salvo, & reservato consensu domini, & non aliter, neque (e) alio modo; talis protestatio verbis geminatis concepta operatur, quod emphyteuta propter alienationem ipsam non cadat ab emphyteusi, etiam si secuta est actualis, & vera traditio. Ita tenet Baldus loquens in vasallo, in cap. 1. §. fin. que fuit prima causa benef. amitt. quem etiam in emphyteuta sequuntur communiter Canon. ut dicit Ripa lib. 3. respons. c. 1. num. 3. & hanc restrictionem dicit esse communem Ripa in d. c. cum M. post nu. 80. versic. Secundo intellige, ut dixi in d. qu. 31. versic. Item quero. & hanc etiam ego sequor; licet forte dici possit, quod emphyteuta alienando, & tradendo rem emphyteuticam domino irrequisito, dupliciter dominum offendit, scilicet ratione contemptus, & ratione præjudicii. Unde licet illæ clausulæ videantur tollere contemptum; non tamen tollunt præjudicium, quod sequitur ex traditione: nihilominus non recederem in iudicando à communi opin. præsertim ubi res tradita esset facilis recuperationis: sed si esset (f) facta alienatio in personam potentiorum, vel de re difficilior recuperationis, puta castro, vel hujusmodi, forte magis placeret contraria opin. quod scilicet etiam non obstante hujusmodi geminata protestatione, caderet ab emphyteusi.

6 Sed quid an emphyteuta post alienationem, & traditionem recuperet ipsam rem emphyteuticam, nunquid propterea evitabit poenam privationis? Respon. quod (g) non. Ita dicit Bart. in l. sequitur, §. item Labeo, in fin. ff. de usufruct. qui in hoc communiter approbatur, ut dicit Rom. in dicit. §. item Labeo. Ripa in l. cum bona, post nu. 20. de privileg. crediti. Ita etiam communiter teneri affirmat Imola in d. §. item Labeo, circa fin. Et dicit Alex. in leg. si in solidum, nu. 3. ff. ad leg. Falcid. quod ita communiter concluditur. Idem etiam dicit Alexand. in leg. si in solidum, nu. 40. ff. de verb. obligat. Hanc etiam opin. dicit esse communem Imol. in dicit. c. potuit, nu. 48. in fin. de locato, quem refert Guido Papæ conf. 192. nu. 1. & Grat. conf. 133. nu. 2. lib. 2. Dec. conf. 161. nu. 6. Jas. in d. l. fin. nu. 135. C. de jure emphyt. quem refert Soc. jun. conf. 20. nu. 38. lib. 1. Ripa in l. in quartam, n. 55. ad leg. Falcid. Ex quo enim propter alienationem emphyteuta ipso jure cadit ab emphyteusi, non potest illud jus domino questum ab eo sine ejus facto avelli. Faciunt, que dixi in d. q. 31. versic. Sed quid si vasallus.

7 Uterius quæro, quod si emphyteus sit concessa alicui pro se, & quibus dederit, nunquid poterit emphyteuta illam alienare domino irrequisito? Respon. quod sic. Ita tenet Alber. in d. leg. fin. col. 2. versic. Sed nunquid hæc lex, C. de jure emphyt. & est communis opin. ut ait Dec. conf. 164. post num. 3. versic. secundo responderetur. Videtur enim ex illis verbis dominus usque à principio concessisse, ut sine ulteriori requisitione posset emphyteus ipsa in quemcumque alienari. Vide que dixi in d. q. 31. versic. Uterius quæro.

8 Sed quæro, quid si in investitura dominus non prohibeat emphyteuticam alienari minoribus, vel æqualibus, sed tantum majoribus, &c. nunquid

per hujusmodi exceptionem personarum censetur concessa licentia alienandi in minores, vel æquales, ita quod tempore alienationis alia specialis licentia non requiratur? Resp. Ruin. conf. 213. num. 6. lib. 1. refert Alexand. in quodam consil. tenere, quod stante hoc pacto possit emphyteuta alienare domino irrequisito, & dicit, quod hæc opin. est verior, & communior. Ego tamen credo Ruin. in hoc decepti, & sic ista opinio non sit magis communis, nec vera. Cum enim hoc pactum communiter apponi solitum sit in favorem domini directi, non debet operari in ejus præjudicium, & sic tutius esset tenere, quod non obstante hujusmodi pacto, teneatur emphyteuta in alienatione per eum sciendam requirere consensum domini directi: sed pro nunc nihil determino.

Sed pone (h) quod in ipsa investitura, sine concessione emphyteusis conventum sit, quod liceat emphyteuta vendere rem emphyteuticam, nunquid poterit hoc casu illam vendere etiam domino non requisito? Respon. quod sic, & est communis opin. ut dicit præstantissimus Legum interpres, & mihi uti pater honorandus D. Hier. Tomel. in Rubr. de verb. oblig. nu. 356. alias enim illa clausula nihil operaretur. Nam certum erat, quod domino requisito potest emphyteuta vendere rem emphyteuticam. Et licet Specul. in d. §. unie aliqua, versic. 84. tenuerit, quod adhuc in isto casu requiritur consensus domini; tamen illa decisio Specul. communiter reprobat, ut ait Jason in d. leg. fin. n. 6. circa finem.

Non omittam etiam unum, super quo superioribus diebus fui interrogatus, an scilicet (i) Emphyteuta alienans partem rei emphyteuticæ cadat à tota emphyteusi, an autem solummodo à parte alienata? Certe ego non inveni hætenus aliquem Donatorem attestantem in hac questione, que sit magis communis opin. Tamen enumerando auctoritates, proculdubio communior opin. est, quod cadit tantum à parte (k) alienata, que etiam a prior est, & secundum illam iudicavit consilium Neapolitanum, ut per Gramm. dec. 49. Vide, que dixi in d. §. feudum, q. 31. versic. Sed pone, & supra hoc cod. §. q. 8. versic. Hoc autem.

ADDITIONES.

(a) Nunquid emphyteuta possit alienare rem emphyteuticam. Emphyteuta, † irrequisito domino, jus suum emphyteuticum, vel meliorationes vendere haud potest: sed debet domino denunciare testato, se jus suum, quod habet in præjio, venditurum: quod nisi faciat, jure suo cadit leg. 3. C. de jure emphyt. & post Clarum hic nostrum rotat Alexand. Trentacinq. variat. resolut. lib. 3. resolut. 8. de jure emphyteuto, num. 1. Cujus evidens est ratio: quia dominus de consensu in venditione idcirco interpellandus est, ut si velit rem eodem pretio emere possit, & jus protomiteos seu prelacionis, vel retractus domino salvum maneat, d. l. 3. C. eodem. Facta autem legitima denuntiatio, & domino intra duos menses non emente, emphyteuta libere, hinc elapsi mensibus, jus suum transferre in quemcumque alium, idoneum, & capacem, poterit: præfita tamen domino quinquagesima parte pretii, vel estimationis rei, quam laudemium vulgo appellatur. d. leg. 3. C. de jure emphyt. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civ. c. 12. Borcholt. in Comment. de feud. c. 3. n. 36. & segg. HARP.

(b) Alienare irrequisito domino. Adde, quod ob duas causas alienatio est prohibita sine domini consensu: de quibus vide per Gabriel. Esquibin. conf. 182. sub n. 9. Et que requiruntur in denuntiatione? vide per Jas. in c. fin. in 2. not. col. 2. Et si dominus requisitus dicat se nolle emere, non est ulterius excedendus, sed statim recognoscens potest vendere. Si autem dicat, volo deliberare, expectandus est post duos menses. Ita

per Specul. tit. de empr. quest. 109. & seg. Ad item per Duon. reg. 39. 10. amplia. Tiraq. reg. essantio causa n. 80. Rom. conf. 25. n. 4. Bartol. l. que Romo, §. solvere, ff. de verb. obligat. Item alienare. Hic scias, quod si dominus concessit emphyteuta facultatem alienandi, ditrahendique emphyteusim, quod non tamen novus emphyteuta dicitur liberatus à munere suscipiendi investituram, & solvendi laudemium. Ita per Socin. jun. in allegato consil. 70. num. 11. & 12. quem recitat etiam, & sequitur Menochius in consil. 297. num. 27. casus vero, in quibus emphyteuta irrequisito domino potest alienare, vide in Additio. ad decisio. Afflicti. 97. Item poterit alienare sine licentia domini, si fuerit adjectum pactum, quod possit alienare, aut fuerit apposta illa verba, & quibus dederit, concedere volueris: nam tunc taliter res concessa libere potest vendi sine alia licentia, text. Bald. & Angel. in l. cum essent, §. per plurimum, ff. de ser. rustic. prædior. & tradit Mar. Angul. conf. 82. nu. 25. qui comprobat ex pluribus, vide per eum. Et 19. fallentias posui in Apostil. mea ad stat. Ferr. tit. de usu. & reb. ab alio recognitis, & multas fallentias, ac declarationes, sine extensione posuit Jas. dicit. l. fin. per tot. & per Specul. tit. de jure emphyteuti. ubi plene, GIACH.

(c) Etiam si secuta non sit traditio. Quod † emphyteuta, inficio domino prædium vendens, non tamen tradens, jus suum non perdat, crebrius placuit, argum. textus in c. Imperiale, §. callidus, ubi feudum vendunt, & in alios transferunt, de prohib. feud. alien. per Frd. tit. 55. lib. 2. feud. Ejusque ratio est, quia non dicitur alienatum, quod venditum quidem, sed non translatum est: cum verbum (vendere) cum effectum sit intelligendum, argum. l. 1. §. hæc autem verba, ff. de quod quisque jur. in al. stat. l. alienatum, 67. ff. de verb. signific. c. relatum, 2. ibi, cum igitur verba, &c. extr. de clericis non resident. Idque explicatius persequatur sum in §. adeo, 3. Instit. de locat. & cond. n. 439. & segg. HARP.

(d) Quod non. Et de hoc magis communis opin. vide etiam per Roland. in conf. 50. num. 28. vol. 2. atque in collecta mea commun. opin. in verb. Emphy. nu. 12. GIACH.

(e) Et non aliter neque alio modo. Adde ad idem, atque vide per Felin. plene in c. que in Ecclesiis, post n. 85. versic. salvatur, de constituto, per Jas. d. l. fin. post nu. 142. in versic. sed si adicias, & in repetit. vubr. ff. solu. matr. num. 26. per gloss. magnam, & Batt. in l. siquidem, C. de except. ubi de effectu horum verborum Grammat. dec. 49. num. 1. vide per Rol. conf. 51. n. 30. vol. 2. qui fulius alios concordantes advocat. GIACH.

(f) Sed si. Ista est doctrina d. Fel. & Gram. ubi supra. GIACH.

(g) Quod non. De ista communi opin. dixi in collecta mea communium opinio, verbo, emphyteuta, n. 10. & nu. 11. limitavi locum non habere, si recuperatio facta sit ante traditam possessionem. Item emphyteuta potest dare in solutum ex causa necessaria rem emphyteuticam irrequisito domino, per Afflicti. dicit. 191. Verum an possit locare? vide per Alexand. in consil. 113. volum. 4. & infra quest. 19. ubi est locus suus. Item Emphyteuta an dari possit in solutum sine domini consensu? vide per Tiraquell. de retractu. municip. §. 1. gloss. 7. num. 48. & 49. Afflicti. in dicit. 191. Fallit, si emphyteuta prohibitus esset ex pacto obligare rem per Rip. in l. 1. num. 13. ff. de pignor. & hypo. item commoditas, & melioratio dari possunt in solutum, Ruinus in consil. 176. verum hoc fallit mortuo emphyteuta: vide per Catren. consil. 218. præmittendum est lib. 2. GIACH.

(h) Sed pone, quod in ipsa investitura, sine concessione emphyteusis conventum sit, &c. Quod † modo dicitur est, emphyteutam, irrequisito domino, & absque denuntiatione præcedente, jus emphyteuticum vendendi potestatem non habere: illud non procedit, si in emphyteuto instrumentum dilectis exprimitur verbis, quod emphyteuta licentiam, ac potestatem alienandi, in quemcumque voluerit, habere debeat: idque primo per textum in d. l. 1. ibi, sancimus siquidem, &c. C. de jure emphyt. ubi discrete cautum est, emphyteutam, qui licentiam alienandi à domino accepit, alienare posse. Atqui in proposito licentia potestatisque alienandi ab initio concessa emphyteute fuit. Itaque is peculiariter domini consensu amplius opus non habet. Deinde † pacta, & conventiones cam semper interpretationem recipiunt, ut aliquid Jul. Clar. Sentent. Pract. Civil. Tom. I.

operentur: sicque non superflue, aut frustra à contrahentibus interposita censentur, l. si quando, 109. in prin. ff. de legat. 1. l. si stipularis, 4. ff. de usufr. l. cum essent, 33. §. 1. versic. nisi pactum, ff. de servit. præd. rusticor. c. si Papa, 10. ibi, cum verba aliquod operari debeant de privileg. in 6. Proinde conventio illa in contractu emphyteutico interposita, quod emphyteuta jus emphyteuticum alienare possit, merito sic exaudienda est, ut etiam sine consensu domini jus illud emphyteuta alienare valeat. Preterea † hæc facit, l. si conveni, 4. ff. de pignorat. act. & l. fin. §. 1. C. de jure domini impertrandi, quibus textibus probatur, creditorem, qui jure communi pignus, non interpellato prius deditore, vendere non potest, pacto interveniente, ut vendere ipsi liceat, non tenei debitorem admonere, seu interpellare. Consentit † denique eodem tritissimo juris regula, qua dicitur, quod contractus ex partium conventionem, etiam contra ipsorum naturam, legem accipiant, l. 1. §. si conveni, 6. ff. de postu. l. in conventionalibus §. ff. de verb. obligat. l. ventralis, 23. & l. semper in stipulationibus, 24. ff. de reg. jur. l. 1. versic. in quo cuncta, &c. C. de jure emphyt.

Huc † conclusioni non obstat l. si quando, 35. in prin. C. de inspic. testam. ex qua evinci posse videtur: quod dominus, qui alienandi facultatem emphyteute fecit, intelligatur hoc jus emphyteute tribuisse, ut alienare possit rem emphyteuticam, observatis solemnitatibus in alienatione quibuslibet necessariis. Requisitionem autem, & consensum domini in alienatione rei emphyteuticæ esse necessariam, liquido constat, ex d. l. 3. C. de jure emp. Non, inquam, lex ista obstat. Nam certum est, imp. Julianum in specie illius legis aliam bona libertatam, ut ibi notat Gothofredus, quod bona ducentarum, non vero quod formam, & solemnitates, liberam tandem facultatem concedere voluisset. Et quamvis verba concessionis, per se considerata, etiam solemnitates remissionem importare videntur, mans tamen imperatoris minime fuit, de consuetis, ac solemnitatibus testamenti formulæ per ipsumque verba aliquid derogari: cum non credendum sit, Romanum Principem, qui jura tueretur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitantem, atque inventam, velle evertere, ut ipsæmet Justinianus ibidem loquitur. Atque ita docent, præter Clarum nostrum, Salicet. num. 2. Bald. nu. 2. Jas. n. 4. & seg. in d. l. 3. C. de jure emphyt. Imol. in c. postu. 4. extr. de locato, num. 64. Ruin. conf. 81. nu. 6. & 7. vol. 1. Rol. à Valle conf. 42. nu. 16. vol. 1. Trentac. var. resolut. lib. 3. resolut. 8. de jure emphyt. n. 8. Jacob. de S. Georgio, de feud. in verb. ita quod etiam vasalli, &c. nu. 1. Mar. Manric. in verbi. de jure. promiss. nu. 19. & plures alii, quos recenset, & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jure emphyt. cap. 24. ampliat. n. 5. & aliquot segg. Quanquam dissentiant Jacob. Butrigar. huncque citans Specul. in tit. de emphyt. q. 94. n. 117. Alex. conf. 106. viso themate instrumenti, num. 3. & 9. vol. 4. Berous conf. 44. nu. 20. & conf. 122. nu. 22. & conf. 103. n. 19. vol. 1. Soc. jun. conf. 70. numer. 9. vol. 3. & alii per alios relati. HARP.

(i) An scilicet emphyteuta alienans partem rei emphyteuticæ cadat à tota emphyteusi. Quod † emphyteuta alienans, irrequisito domino, partem rei emphyteuticæ, cadat à parte tantum alienata, præter Clarum nostrum, tradunt Soc. in l. 4. §. Cato, sub n. 20. ff. de verb. oblig. Rimin. conf. 41. Ruin. conf. 48. nu. 12. vol. 2. Alex. conf. 99. in fi. vol. 5. & Caccialopus inter consilia Cornei 67. vol. 2. quem ibidem sequitur Corneus in subscriptione. Tamen non desint, qui illum à tota rei emphyteutica cadere autumant. Raphael Cuman. conf. 41. in fin. Jas. in d. l. 3. q. 14. C. de jure emphyt. Bald. in c. 1. §. callidu col. 1. versic. quid sit emphyteuta: de prohibito feud. alien. per Frider. Crotus in d. l. 4. §. Cato, n. 60. ff. de verb. oblig. Joann. Cephal. conf. 139. vol. 1. Rola. d. à Valle conf. 17. vol. 2. Marcus Anton. Natta conf. 476. & conf. 480. vol. 3. casusque refert Trentacinq. d. lib. 3. resolut. 8. n. 2. versic. 2. est opinio, &c. ubi id latius declarat. HARP.

(k) Tantum à parte alienata. Adde, atque communem vide per Marin. Angul. in conf. 67. in prin. & sibus per Tiraq. de retractu. num. 5. 23. gloss. 1. nu. 28. 29. per Carph. in consil. 138. qui alios refert, & causas reassumit, quanquam in contrarium consultat. Emphyteusis alienatio, quando sit irrequisito domini,



de, sed etiam inter se alienare (b) alio quocunque titulo, domino ipso irrequisto, ut dicit Bart. in loco praallegato, & est communis opinio, ut dicit Jaf. in d. §. duo fratres, n. 77. Gozad. conf. 20. n. 9. Cum enim dominus directi illos omnes habeat pro Emphyteutis respectu ipsius non dicitur alienatio, ex quo non transferatur in personam, in qua opus sit nova recognitione, neque ipsius interest, apud quem eorum res ipsa reperitur, cum propterea illi, qui alienant, non desinant esse in solidum obligati versus ipsum dominum pro ipsa emphyteuti, prout erant ante alienationem, seu divisionem.

ADDITIONES.

(a) Unquid plures emphyteutae possint rem emphyteuticam, domino irrequisto, inter se dividere. Addenda similis quaestio est: an et emphyteuta socio suo, qui eadem de re investitus est, vendere partem suam libere, & domino irrequisto, valeat? Et Doctores plerique concludunt emphyteutam, absque praevia denunciatione domino facta, in socium suum libere alienationem exercere posse. Bart. & alii in l. qui Romae 22. §. duo fratres ff. de verb. obligat. Jafon. in l. si domus 71. §. ult. col. ult. ff. de leg. 1. & Clarus noster in his verbis, sed etiam inter se alienare, &c. At sententiam contrariam esse verisimiliorem arbitror, haec ratione motus: quia si socius, licet consanguineus sit, iure communi non potest libere rem retrahere pro pretio, quod ab extraneo offertur, l. datum 14. C. de contrah. emp. Sed dominus directi domini hoc jus retrahendi habet, l. 2. C. de jur. emphyt. c. potuit 4. extr. de locato, & condact. Proindeque dominus in rei emphyteuticae venditione praefertur socio emphyteuta: & consequenter ipso domino emendi conditio, & potestas prius offerri debet, etiam si socio suo vendere emphyteuta vellet. Ex quo perspicuum esse puto, inter socium emphyteutam & extraneum, emere videntem nullam hac in re differentiam constituendam esse.

Non obstat huic sententiae Alexander Imper. in l. voluntas 4. C. de fideicommiss. ubi prohibetur alienare extra familiam, potest forori coheredi vendere, vel alienare. Ea namque in lege alienatio non simpliciter, sed certo modo a testatore prohibita fuit: ne scilicet fundus extra familiam alienaretur. Ex qua sane prohibitionem colligitur, personam in eadem familia comprehensam ex testatoris permisso fundum vendi, sive donari posse. Qui enim extra familiam quid alienari prohibuit: is utique, ut in familiam transferri, vel alienari possit, concessisse videtur. Atqui in nostra specie res emphyteutica non respectu certarum personarum, sed simpliciter, & indistincte alienari prohibetur, d. l. 1. C. de jur. emphyt. Quare haec prohibitio perinde socium, atque extraneum excludit.

Minus t obstat text. in c. Imperialem §. praeterea ducatus tit. 55. lib. 2. feudor. ubi feudum inter confor- tes, sive socios coheredes dividi potest. Etenim textus ille aperte loquitur de divisione, quae alienatio necessaria reputatur, propter discordiam, quae ex communione oriri posset, argum. l. in hoc iudicio, 14. §. si conveniat, 2. ff. communi divid. & l. cum pater 77. §. dilectissimus 20. ff. de leg. 2. Alienatio t autem prohibita, non censetur prohibita, aut interdicta alienatio necessaria, l. divus 5. de heredit. petit. l. 1. in prin. ff. de fundo dotal. l. item si res, 4. §. si quis 3. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. l. peto 69. §. praedictum, ibique DD. ff. de leg. 2. cum t necessitas legem non habeat. Dec. in c. quapropter necessitatem, 162. ff. de reg. jur. Tiraquell. in tractat. de retrat. lignag. §. 26. gloss. 1. num. 19. & seqq. ubi de necessitate plura cumulate explicat.

Multo minus obstat, quod t de fundo objicitur, id absque domini consensu insimultane investitum, vel agnatum licite alienari posse, cum talis alienatio potius reutatio (quae sine voluntate domini fieri potest, tit. 38. lib. 2. feudor.) quam vera alienatio intelligatur. tit. 49. vers. licet, &c. d. lib. 2. feudor.

Illud t enim in feudo ob hanc rationem receptum est: quoniam per insimulmodi alienationem, in agnatum factam, nullus domino fendi contemptus irrogatur; siquidem feudum hac in specie alienatur in eum, qui a domino in prima investitura fuit approbatus. Hart.

man. Pistoris par. 1. quaest. 6. numer. 28. Ideoque cessat isto casu prohibita alienationis ratio: quae in feudo (ut jam dictum) haec est: quod per alienationem, sine domini consensu interpositam, dominus contemnit, adeoque injuria affici videatur, per textum in tit. 24. §. fin. lib. 2. feudor. Jus t vero emphyteuticum propter hanc potissimum causam, irrequisito domino, alienari prohibetur: quia domino jus rem emphyteuticam eo pretio, quod ab alio offertur emptori, comparandi competit, quo jure defraudare dominum cupit emphyteuta, qui absque denunciatione eidem facta, alteri rem emphyteuticam vendit, sive extraneo, sive simul investito, etiam agnato, & consanguineo, partem suam vendat.

Denique t non obstat c. ex insinuatione 43. extr. de iur. patronat. ubi jus patronatus (quod inconsulto Episcopo alienari nequit, c. illud praetereundum 8. eod. tit.) in comparationem absque Episcopi assensu licite alienatur. Nam jus patronatus individuum est, omnibusque patronis insolidum competit, c. 1. ibique gloss. de iur. patr. argum. l. loci corpus 9. §. si fundus, 3. ff. si servit. vindicet, & l. si libertus 23. in fin. ff. de bonis libert. Qua de causa alienatio, in comparationem facta, non alienatio vera, sed potius denunciatio quaedam esse intelligitur, juxta gl. & Canonitas in d. c. ex insinuatione 43. extr. de iur. patronat. Inconculsa ergo manet conclusio, quae statuitur, socium sine denunciatione legitime domino facta, partem emphyteuticam socio suo, quantumvis sanguine juncto, vendere non posse; tametsi, post alios, aliter sentiat D. Scharid. in d. l. voluntas, 4. C. de fideicommiss. n. 6. & 7. HART.

(b) Alienare. Ex haec tamen divisione, seu alienatione inter se non debetur aliquod laudemium, vel quinquagesima, dicit Jaf. in l. fin. n. 4. C. de iur. emphyt. & hanc communem. Guttor. Alienare alio quocunque titulo. Ampliatur ista communis per Jaf. & Ripam in d. §. duo fratres, & eam vide etiam in collect. mea commun. opin. in verb. Emphyteuta, num. 8. ubi dixi haec tamen emphyteute haud posse inter se res emphyteuticas dividere irrequisito domino. Et quomodo possint alienari, vide per Alexand. conf. 73. vol. 2. sed nunquid emphyteuta possit donare irrequisito domino, vel locare ad longum tempus? vide per Alex. in conf. 119. & Apost. lib. 3. GIACH.

Alienare. Jaf. in l. fin. n. 4. C. de emphyt. dicit, quod ex tali alienatione, aut divisione non debeat laudemium, vel quinquagesima, & hanc dicit communem. GOVEAN.

QUESTIO XV.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1 Emphyteuta an possit jus suum alteri legare, vel donare.
2 Et qua in tali legato, vel donatione requirantur.
3 Cur emphyteuta permixta sit donatio, inscio domino: venditio non item.
4 Consideratur l. 3. vers. minime, C. de jur. emphyt.
5 Quatenus procedat regula, eidem vendendi jus esse, cui donandi.
6 Decurio praedia sua sine iudicis decreto donare, non vero vendere potest.
7 Facilius homines inducuntur ad vendendum, quam donandum.
8 Mulierum genus avarissimum.

Quaero

Quaero, nunquid emphyteuta possit sine domini consensu jus suum alteri legare, (a) vel donare? Resp. haec est satis trita quaestio, & in qua Doctores aliquando varie locuti sunt. Nam Bart. in d. l. si domus, §. fin. nu. 2. ff. de leg. 1. tenuit indistincte, quod non, tam in emphyteuta privati, quam in emphyteuta Ecclesiae. Et dicit Angel. in d. l. fin. sapius allegata, C. de iure emphyt. ante numerum primum, quod istud observat consuetudo. Contrariam autem sententiam, quod scilicet emphyteuta possit jus suum sine domini consensu alteri (b) donare, tenuit gloss. in d. l. fin. in verbo, Aliis vendere, quam sequuntur communiter Doctores, ut dicit Imol. in d. l. si domus, §. fin. vers. Extra gloss. quem refert Arctin. conf. 41. n. 1. Et illam dicit esse communiter approbatam Ruin. consil. 42. n. 1. & ita communiter teneri affirmat Ruin. consil. 152. n. 22. lib. 4. Tac. in tractat. de Roidis, sive operis, n. 42. qui nescio quomodo inadvertenter fuerit separatus a praecedente tractatu de Honagiis, cum re vera autor prosequatur usque ad finem libri materiam Honorii, licet in illo loco incidenter aliqua dicat de ipsis Roidis, sive operis. Hanc etiam opinionem dicit esse communem Bald. in d. l. si domus, §. fin. n. 1. ubi dicit, loquendo in emphyteuta Ecclesiae, quod secundum omnes Doctores potest donare jus suum, dummodo id faciat salvo jure Ecclesiae, & in l. usufruct. ff. soluto matrimonio, prout illam refert Imol. ibid. n. 6. licet revera Bald. solummodo dicat, quod fuit opin. Antiquorum. Hanc etiam esse communem opin. dicit Imol. in d. l. usufructu, n. 7. Florian. in d. cap. potuit, de locat. quem refert Imol. in eod. cap. potuit, numer. 11. Paul. de Castr. in d. l. si domus, §. fin. n. 4. Jaf. in d. l. fin. post n. 61. Gratius consil. 68. n. 7. lib. 1. Joan. Dilect. de arte testandi, lib. 6. caut. 46. nu. 1. ubi dicit, quod opinio gloss. communiter a Doctoribus comprobatur. Quae opinio non solum in emphyteuta privati locum habet, in quo illam esse communem affirmat Cardin. Florent. in d. cap. potuit, & post eum Carpolla, consil. capituli 8. nu. 10. & quam communiter teneri affirmat Jaf. in d. l. fin. n. 71. circa fin. sed etiam in emphyteuta Principis. Et ita tenere omnes Doctores, tam Legistas, quam Canonistas attestat Carpolla in allegato conf. 8. n. 11. Quinimo etiam in emphyteuta Ecclesiae illam dicit esse magis communem Socin. jun. consil. 120. n. 70. lib. 1. Jaf. in d. l. fin. post n. 72. licet Bart. ubique tenent absolute contrarium, quod scilicet emphyteuta Ecclesiae proculdubio non possit jus suum donare, sine consensu Ecclesiae. Tenenda est ergo haec opin. quod possit scilicet emphyteuta jus suum legare, vel donare, domino irrequisito, quam etiam magis communem simpliciter, & indistincte attestat Alexand. consil. 189. n. 13. lib. 2. Corn. conf. 166. colum. 7. in littera D, lib. 2. Bertrand. conf. 98. nu. 1. lib. 3. in 2. parte. Natta conf. 114. post nu. 15. In specie autem, in emphyteuta concessa a privato ita attestat Alexand. in l. si parvoni, in principio, paulo ante nu. 16. ff. ad Treb. & in d. l. si domus, §. fin. n. 5. Jaf. in d. l. si domus, §. fin. post nu. 32. Et in emphyteuta concessa ab Ecclesia, ut possit ea non requisita donari, & legari, pariter dicit esse communem Alexand. conf. 17. nu. 11. lib. 5. Jaf. in d. l. si domus, §. fin. nu. 34. & in l. fin. n. 73. Curt. jun. conf. 130. nu. 8. Grad. consil. 79. n. 18. lib. 1. & dicit Aleat. in l. in conventionibus, circa fin. ff. de verb. signif. quod ita crebrius approbatum est, dummodo fiat salvo jure domini, & contra fraudem: & ita tenens. Cessat enim ratio denunciandi domino, an velit eodem pretio emere, ex quo nullum pretium intervenit, neque effectus, ut teneretur emphyteuta jus suum domino Jul. Clar. Sentent. Pract. Civil. Tom. I.

donare, vel legare, qui forte in eum bene merita aliqua non contulit, vel saltem non est emphyteuta erga illum ita affectus, ut est erga eum, cui vult donare, vel legare.

Arbitror tamen quinque requiri ad hoc, ut injusmodi legatum, vel donatio valeat, neque emphyteuta cadat a jure suo. Primo, quod non fiat in personam, in quam de jure communi, vel ex conventionem ipsa res emphyteutica prohibita sit alienari. Secundo, quod nulla subdit frans: nam si esset, & effectualiter emphyteuta venderet, sed ne posset dominus uti jure praetentionis, conciperet contractum in formam donationis, in fraudem ipsius domini, crederem illum esse re emphyteutica privandum. Tertio, quod donetur, vel legetur res ipsa tanquam emphyteutica, non autem pleno jure, alias enim esset quodammodo velle privare dominum jure suo, & ideo caderet emphyteuta a re emphyteutica. Quarto, quod proutquam transferat possessionem rei donatae in donatarium, requirat domini assensum, qui proculdubio teneatur illum praestare, modo donatarius sit habilis, & idoneus ad solvendum. & promittat ipsi domino solvere fidum emphyteuticum, & in hoc omnes concordans, ut dicit Jafon in d. l. fin. num. 68. Non enim debet donatarius, sine consensu domini apprehendere possessionem rei emphyteuticam, prout tenent communiter Doctores, & in hoc conveniunt, ut dicit Bertran. consil. 61. n. 2. lib. 2. in 2. parte, qui etiam consil. 124. nu. 1. lib. 1. in 2. parte, attestatur hanc esse communem opinionem, secundum quam alias iudicatum fuit in Parlamento Delphin. ut refert Guido Pape decif. 46. Praeterea & quinto, solvendum est etiam ipso domino directo laudemium pro nova investitura, ut dixi infra, quaest. 23. vers. Sed quaero, & quantum ad haec, scilicet ut dominus novam investituram concedat, & assensum praebet donationi, debet dominus expectari per duos mentes, juxta dispositionem d. l. fin. & in hoc omnes concordant, ut ait Jaf. in d. l. si. n. 68. in fin.

Et haec omnia procedunt, ubi non subisset (c) consuetudo, quod res emphyteutica non possit donari, vel legari domino irrequisito, illa enim esset proculdubio observanda: & certe valde aequa esset illa opin. quod teneatur emphyteuta volens donare, vel legare jus suum, requirere consensum domini, & volente domino illud acquirere pretio estimando, quod ipse praeferat donatario, vel legatario, quam ego aliquando suscipi in circulis. Tamen propter auctoritatem tenentium contrarium, forte durum esset in practica contra eos obtinere.

ADDITIONES.

(a) Legare. Quod emphyteusis legeret irrequisito domino, vide per Corn. in conf. 166. col. 6. volum. 6. Idem vide Bald. consil. 160. quantum lib. 3. & Corn. consil. 24. vol. 2. Sed quid si emphyteusis morte non finiretur, vide Rom. conf. 35. vers. Et an emphyteuta possit legare Ecclesiae certam pecuniam super emphyteuti, si in instrumentum libelli sit pactum de non alienando? vide Rip. in l. filiusfamil. §. divinum. 90. ff. de leg. 1. GIACH.

(b) Alteri donare. Sed an emphyteusis permutatio fieri possit irrequisito domino? vide Decium consil. 160. in 1. dubitas, quod limita per Tiraq. de retrat. munit. §. 34. gloss. 1. quicquid dixerit Rip. in l. 2. n. 39. ff. si cert. pot. incense. Item an emphyteusis donari possit irrequisito domino? vide Bald. in consil. 160. quaritur, vol. 3. in consil. 116. in 2. Ruin. consil. 118. Quod non possit donari potentiori, nec personis prohibitis, vide Ruin. conf. 141. n. 14. Item haud potest donari, quando ultra prohibitionem legis

adfectu prohibito hominis, per Ruin. in cons. 161. n. 24. vol. 4. Verum an possit dari in dotem i Bald. cons. 160. queritur volum. 5. communis opinio est, quando res, que datur in dotem est inestimata, quod haud requiritur consensus domini. Tiraquel. de retract. municip. §. 1. gl. 14. n. 20. 21. Ruin. in cons. 48. fecus quando est estimata, per Tiraq. ubi sup. Adverte tamen quod emphyteusis haud potest dari in dotem sine consensu domini, quando emphyteuta habet alia bona: per Cravet. cons. 215. Et quamquam emphyteusis in dotem dari possit irrequisito domino; tamen durat tantum ad vitam emphyteute, imo ad vitam donata, vide per Ruin. cons. 165. GIACH.

1. Averi donare.) Emphyteutam f jus suum nullo modo sine domini consensu donando transferre posse, post Imerium, antiquum Glossatorem, & Bartolum hic allegatum, docuerunt Francisc. Sarmientus lib. 3. selectar. interpret. c. 2. nu. 3. cum seqq. & Fachineus lib. 3. controversiar. jur. c. 97. Sed contrariam sententiam communiter Doctores amplexi sunt, Accursius in l. fin. in verb. alius vendere. C. de jure emphyteut. ibique Corasius num. 9. & Jaf. num. 54. & seqq. aliique, quos refert & sequitur hic Clarus noster. Quibus adijcendi sunt Aurel. Corbulus in tract. de jur. emphyt. c. 14. limitat. 13. Jo. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 42. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ. cap. 14. Arumaeus Exercit. Justin. 14. th. 14. Dn. Obrecht. disp. 39. de jur. emphyteut. th. 106. & seqq. D. Bocet. class. 2. disp. 14. them. 67. litter. A, Matthias Stephani cent. 3. quest. 87. ad litter. A, Valteus in §. adeo 3. n. 19. Instit. de locat. & condit. Quibus & ego non invitatus adimplor, motus precipue l. 1. C. de jureis parimoniatibus, ubi Constantinus Imp. rescripsit, quod emphyteuta fisci, sive Reip. jus suum citra jureis voluntatem salvo canone alteri donare possit. Idem ergo & in privata emphyteusi statuendum erit.

2. Deinde certum est, emphyteutam inconsulto domino praedium emphyteuticum, vel jus sibi competens alteri legare posse, l. si domus 71. §. ult. ff. de leg. 1. l. in conventionibus, 219. de verb. signif. Legatum autem donationem esse, non ambigitur. §. 1. Instit. de leg. 1. legatum. 36. de ff. leg. 2.

3. Et ratio differentie, cur f emphyteute sit permissa donatio infecto, seu inconsulto domino, venditio non item hac est: quia in venditione iudicio dominus de consensu interpellatur: ut, si velit, eodem pretio emere possit. lib. 3. C. de jur. emphyteutico. Ast hac ratio in donatione cessat: quoniam donatio est gratuita, & benevoli erga bene merentem affectus declarat, quem non exque, aut saltem per injuriam, erga se, ut erga bene meritum, declarat dominus petit, cum istius affectionis certae, & speciales sint causae, nec domino cum donatario communes, argum. l. nec adferit, 9. ff. pro socio. Donell. Arumaeus, Corbul. & alii locis praallegatis.

4. Huic f affectioni non advertitur d. l. 3. ver. minime licere, &c. C. de jure emphyteut. ubi diserte negatur, jus emphyteuticum absque consensu domini per emphyteutam transferri posse. Quod transferretur verbum etiam donationem includit: cum per eam proculdubio jus emphyteuticum in donatarium transferatur. Non, inquam, vesiculus ille affectioni huic advertatur. Nam ex subsequentiibus istam Justitiani verbis apparet; ad translationem fundi, vel juri emphyteutici, consensum domini non simpliciter, & precise, sed hactenus desiderari, quod emphyteuta domino futuram mutationem, per venditionis titulum factam, rite denunciare debeat, ut ipse dominus eodem pretio meliorationes, & jus emphyteuticum emere valeat. Ast in questione proposita non de venditione, & pretio, cujus lex ista tantum meminit, sed de gratuito donationis titulo agitur.

5. Similiter f non resistit vulgata juris regula, qua dicitur: eidem vendendi jus esse, cui donandi, l. cur jus, 163. ff. de regu. jur. Ideoque sicut emphyteuta inconsulto domino donare potest: ita etiam eundem vendere posse dicendum videbatur. Non, inquam, hac regula resistit, quia f neutquam procedit, si donandi, & vendendi diversa appareat ratio, ut hic. Sic & decurio licet praedia sua sine decreto iudicis vendere vetetur: ea tamen donare non prohibetur, l. ultim. C. de praediis decurion. sive deceret. non alienand. Facilius f quippe homines inducuntur ad vendendum, quam ad donandum, propter commoditatem pretii. Hancque ipsam ob causam Senatuf-

consultum Vellejanum obligare mulieri fuerunt; non donanti, l. sed si ego, 4. §. fin. ff. ad SC. Vellejan. quia f mulier non facile donat, & mulierum genus est avarum, auctore Cicerone lib. 1. de invent. & avarissimum, tradente Accursio in l. Nefemius, 34. in verb. ex contrario. ff. de negot. gest. & in d. l. 4. in gloss. ultim. ff. ad SC. Vellejan. immo vice miraculi est, cum mulier donat, pronuntians Baldo, quem refert Tiraquellus in legib. communiabil. leg. 9. gloss. 1. par. 9. nu. 43. & seq. ubi hac de re prolixius tractat. Cetera, huic sententiae quae opponi solent, refutavi ad d. §. adeo. 3. Instit. de locat. & condit. n. 321. & seq. HARP.

(c) Consuetudo.) Ad idem vide per Tiraq. de retract. munic. §. 34. gl. 1. n. 34. GIACH.

QUAESTIO XVI.

SUMMARIA

EX CLARO.

- 1. Pater an possit filiis in re emphyteutica praedjudicare.
2. Et quid in emphyteusi accepta pro filiis, & haeredibus.
3. Et quid in emphyteusi antiqua, seu paterna.

EX ADDITIONIBUS.

- 1. Quae emphyteusis dicatur nova, & antiqua: quae item haereditaria & ex providentia remissive.
2. An, & quatenus filiis in emphyteusi pater praedjudicare possit, remissive.

SUCCESSIVE quaero nunquid pater habens filios i possit in re emphyteutica illis praedjudicare, disponendo, aut testando, aut uni ipsorum praelegando? Respondeo: hic articulus multum confuse a Scribentibus tractatur, propterea ad intelligentiam praemittere debes, quod emphyteusis (a) aliquando dicitur nova, aliquando dicitur antiqua. Nova est, quae habet originem in persona ipsius Emphyteutae, qui vult de ea disponere, quae scilicet ipse illam acquisivit. Antiqua vero est, quae habet originem ab alio ascendente, prout in simili dixi de feudo infra, hoc eodem libro §. feudum, quest. 8. Item praemitte, quod aliqua est emphyteusis haereditaria, aliqua non haereditaria, & aliqua mixta, prout etiam in simili dictum est de feudo, in dicto §. feudum, quest. 9. Emphyteusis haereditaria est illa, quam acquirens stipulatus est pro se, & haeredibus quibuscumque, vel pro se, & quibus dederit, vel etiam pro se, & pro haeredibus, si est accepta a privato. In hoc enim differt emphyteusis privata a feudo, quia cum emphyteusis accepta a privato de sui natura transeat ad quoscunque haeredes, etiam extraneos, illa verba, pro se, & haeredibus intelliguntur etiam de extraneis, ut dixi infra q. 28. versic. Tertius casus. Secus autem est in feudo. Nam cum feudum de sui natura non transeat in extraneos, illa verba verificantur solummodo in descendentes haeredibus, ut dixi in d. §. feudum, q. 83. versic. Sed quid si feudum. Quod autem in emphyteusi Ecclesiastica accepta pro se, & haeredibus, dixi in d. versic. Tertius est. Emphyteusis non haereditaria est, quam acquirens stipulatus est pro se, & filiis, vel pro se, & descendentes, vel hujusmodi, nulla facta mentione haereditum: haec enim transit ad ipsos filios, seu descendentes, etiam quod non sint haeredes, secundum opinionem, quam ego tenui infra, quest. 27. licet multi in emphyteusi concessa a privato teneant contrarium. Mixta est, quam acquirens stipulatus est pro filiis, & haeredibus, & sic in qua succedere non potest filius, nisi fit haeres, neque haeres, nisi fit filius, vel descendens, sed

utraque qualitas requiritur, ut dixi in d. q. 37. licet multa etiam teneant, quod in hac emphyteusi concessa pro filiis, & haeredibus a privato, succedunt etiam extranei haeredes, quod mihi nunquam placuit.

His praemissis dico, quod aut queritur de emphyteusi nova, an possit pater in illa filiis suis praedjudicare: & tunc (siquidem emphyteusis est haereditaria, scilicet acquisita pro se, & haeredibus quibuscumque, vel pro se, & quibus dederit) omnes concludunt, quod potest (b) pater in ea filiis praedjudicare neque, ulla in hoc est apud Scribentes controversia. Nam hujusmodi bona potius censentur tanquam libera, & allodialia, quam emphyteutica, ut in simili de feudo ita concessio dixi in dicto §. feudum, quest. 9. Aut vero loquimur in emphyteusi non haereditaria, & sic acquisita pro se, & filiis, & tunc variae sunt opin. inter Scribentes. Aliqui enim tenent, quod ex stipulatione patris fit jus quaesitum filiis, ita ut non possit pater in ipsa emphyteusi illis praedjudicare. Et hanc opinionem dicit esse magis communem Alexan. consil. 106. nu. 8. & consil. 107. in principio, lib. 4. quem refert Ruin. consil. 43. nu. 4. lib. 1. & consil. 48. post nu. 8. eodem vol. & consil. 154. nu. 4. eod. vol. & consil. 213. nu. 4. eod. vol. & Jaf. in l. 2. nu. 209. C. de jure emphyt. licet corrupte alleget. Refert etiam, & sequitur Dec. consil. 239. n. 6. quem (ut arbitror) allegare voluit Gratus consil. 1. post n. 5. lib. 1. Hanc etiam dicit esse communem Apostil. ad Alexand. consil. 8. sub nu. 15. lib. 3. ubi multa congerit Gratus consil. 12. nu. 9. lib. 1. & consil. 132. nu. 4. eod. vol. Bertrand. consil. 128. num. 3. lib. 2. in 2. parte, quem refert Apostil. & Aciat. de praesumptio. in 1. regula, praesumpt. 31. nu. 3. Eandem sententiam uti communem sequitur Didac. lib. 1. resolut. cap. 18. num. 2. Callan. consil. 53. nu. 59. Apostil. ad Rimin. consil. 437. sub num. 2. Rubens in leg. Galus, §. quidam recte, nu. 186. & seq. Contrariam autem sententiam plerique etiam tenuerunt, quod scilicet possit pater in hujusmodi emphyteusi filiis suis praedjudicare. Ipse enim pater stipulatus pro se, & filiis, censetur stipulatus ordine successivo, scilicet primo sibi, deinde post mortem suam filiis. Cum ergo non videatur filiis jus aliquod quaesitum, nisi post ipsius patris mortem, merito posse debet de ipsa emphyteusi ad libitum suum disponere. Et hanc sententiam dicit magis communiter teneri idem Alex. sibi contrarium consil. 124. nu. 8. lib. 5. quem refert, & sequi videtur Gozad. consil. 25. num. 18. Hanc etiam dicit esse communem idem Alex. in l. apud Julianum, §. si quis alicui, post nu. 4. ff. de leg. 1. quem refert, & sequitur Socin. consil. 127. nu. 10. lib. 3. & Tiraq. de retract. municip. §. 11. gl. 6. nu. 26. Hanc etiam dicit esse communem Jaf. consil. 213. nu. 4. lib. 2. Et re vera haec opin. mihi semper magis placuit, ut scilicet illud, quod ego acquiri, possim etiam meo jure alienare. Et si in feudo novo acquisito pro se, & filiis potest pater de eo ad libitum suum disponere, in praedjudicium filiorum, modo domini consensus ceciderit, secundum opinionem, quam ego tenui in d. §. feudum, q. 41. versic. Et haec quidem, multa magis idem dicendum est in emphyteusi, quae proculdubio facilius potest alienari, quam feudum. Bene verum est, quod si in investitura, sive concessione emphyteutica, esset proprio nomine nominatus aliquis ex filiis, vel alter apparere posset, quod emphyteusis esset concessa, non solum intuitu recipientis, sed etiam contemplatione filiorum; eo casu utique transferretur cum alia opinione, quod non posset de ea pater in ipsorum praedjudicium disponere, quae multis auctoritatibus fovetur.

2. Sed quid si fit emphyteusis mixta, puta, quia ac-

cepta sit pro filiis, & haeredibus? Resp. si teneamus opin. quam ego teneo, quod scilicet etiam si sit acquisita pro se, & filiis simpliciter, possit tamen acquirens de ea libere disponere, multo magis tenendum erit hoc casu, quod etiam in hac emphyteusi, quae parum est haereditaria, possit filiis praedjudicare. Sed certe etiam si in ea, quae non est aliquo modo haereditaria, teneamus contrariam sententiam, quod non possit de ea pater acquirens disponere, adhuc tamen in hac specie tenendum est, quod possit. Cum enim hoc casu appareat, quod pater non simpliciter stipulatus est filiis, ut filius, sed etiam ut haeredibus, poterit pater de ipsa emphyteusi ad sui libitum disponere, neque poterit filius haeres illam revocare, nisi secundum aliquos adiret paternam haereditatem cum beneficio legis, & inventarii: quo casu utique admitteretur ad revocandum, ubi pater non remaneret tantum, quantum valeret ipsa emphyteusis. Ego tamen absolute teneo, & semper tenui, quod pater acquirens emphyteusim sive pro se, & filiis, sive pro filiis, & haeredibus, sive alio quocunque modo concepta sit concessio, potest de ea libere disponere, ut superius dixi.

Et haec quidem omnia locum habent in emphyteusi nova. Si vero loquimur in emphyteusi antiqua, seu paterna, tunc distingue, quod aut est simpliciter haereditaria, puta, quia accepta pro se, & haeredibus, vel pro se, & quibus dederit, vel hujusmodi, & tunc, ut supra dixi, ex quo talia bona iudicantur potius tanquam libera, quam tanquam emphyteutica, nemo dubitat, quam possit emphyteuta, domini accedente consensu, in quocunque de eis disponere. Aut est (c) simpliciter, & absolute, non haereditaria, puta, quia concessa pro se, & filiis, & tunc, cum sit filiis descendentes jus quaesitum ex beneficio primi acquirentis, & sic virtute primae investiturae, non potest emphyteuta in aliquo praedjudicare, neque hoc casu reperitur, quod aliquis contrarium teneat, ut dicit Alex. consil. 106. nu. 8. lib. 4. Hoc etiam dicit esse indubitatum Gratus consil. 22. n. 9. lib. 1. Aut est mixta, scilicet concessa pro filiis, & haeredibus, & tunc breviter ego teneo in emphyteusi illud, quod tenui in feudo hujus qualitatis, in d. §. feudum, q. 42. in fin. Vide etiam in hoc proposito ea, quae dixi infra, q. 37. & nunc pendet haec quaestio de facto.

Haec etiam omnia intellige, ut procedant quantum ad praedjudicium filiorum, sed quantum ad praedjudicium domini, recurrendum est ad ea, quae dixi supra quest. 12. & seq.

ADDITIONES.

(a) Emphyteusis aliquando dicitur nova, aliquando dicitur antiqua. Quae f emphyteusis dicatur nova & antiqua: quae item haereditaria, & ex patre, sive providentia, post Clarum hoc loco, & alios, abunde explicat Alvarus Valaficus in tract. de jur. emphyt. q. 42. & 43. HARP.

(b) Quod potest pater in ea filiis praedjudicare. An, f & quatenus pater in emphyteusi filiis praedjudicare possit, post Clarum nostrum, & ab eo hic congestos, latissime declarat Valaficus dict. tract. de jur. emphyteut. quest. 49. n. 2. & seqq. HARP.

(c) Aut est simpliciter, & absolute non haereditaria. Adde ad idem, atque vide Rimin. jun. in consil. 394. nu. 31. 32. cum multis aliis seq. GIACH.