





1777 30.<sup>a</sup>  
890  
DISSERTATIO IVRIDICA

QVAESTIONEM

VTRVM EMPHYTEVTA AN-  
TE MOTAM ACTIONEM PRI-  
VATORIAM OFFERENDO CANO-  
NEM MORAM PURGARE POSSIT?

CONTINENS

QVAM

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

PRO

GRADV DOCTORIS

AD FACVLTATEM

OBTINENDO

AD DIEM XV. APRILIS MDCCCLXXVII.

PVBlice DEFENDET AVCTOR

IOANNES CAROLVS IESNIZERVS

IVR. VTR. BACCAL. ET ADVOCAT. IMMATR.

LIPSIENSIS.

---

LIPSIÆ.

EX OFFICINA LOEPERIA.

DISSERTATIO IURIDICA

QUESTIONEM

UTRUM EMPHYTEUTAN  
TE MOTAM ACTIONEM PRI  
VATORIAM OFFERENDO CANO  
NEM MORAM PURGARE POSSIT

CONTINENS

QUAM

ILLUSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

PER

GRADU DOCTORIS

AD FACULTATEM

OBTIENDO

AD DIEM XX. APRILIS MDCCXXXVI

PUBLICAE DEFENDET AVCTOR

IOANNES CAROLVS IESNERVS

IUR. VTR. FACULT. ET ADVOCAT. IMMATR.

LIPSIENSIS

---

LIPSIÆ

EX OFFICINA LÖSCHEII

EXCELLENTISSIMO

ATQVE

ILLVSTRISSIMO

DOMINO DOMINO

CHRISTIANO GOTTHELF

S. R. I. LIBERO BARONI

A GVTSCHMIDT

DYNASTAE KLEINWOELMERSDORFII CAET.

SERENISSIMI DVCIS ELECTORIS SAXONIAE

ADMINISTRO REIPUBLICAE GVBERNANDAE

ET COMITI CONSISTORIANO CAET.

DOMINO MEO

INDVLGENTISSIMO.

EXCELLENTISSIMO

ACADEMIAE

ILLUSTRISSIMO

DOMINO DOMINO

CHRISTIANO GOTTHELF

S. R. I. LIBERO BARONI

A GUTSCHMIDT

DIXITAE ELLINOWEMERSDORFII CAET.

SENATISSIMI DVVIS ELECTORIS SAXONIAE

ADMINISTRO KEIVVBLICAE QVATERVANDAE

ET COMITI CONSORTIANO CAET.

DOMINO MEO

INDVLGENTISSIMO



*ILLVSTRISSIME DOMINE!*



*Offero TIBI hoc opusculum cupioque TVO nomine munerum et meritorum gloria eminentissimo sacrum esse. In quo pia mente offerendo faciam grati et deuoti erga TE animi testimonium vt demonstrum. Hanc ob causam etiam non vitio dabis, rem non eum in modum esse comparatam, vt omni ex parte TVAE dignitati TVOque splendori, quo apud serenissimum atque clementissimum Principem et totam Patriam gaudere soles, respondeat. Itaque serena fronte suscipias hoc opusculum minoris quidem momenti atten*

men pia mente erga *TE* proueniens, precor. Deum vero Potestate maximum bonitate optimum rogo, immo supplex rogo, ut *TE* et Gentem *TVAM*, virtutum laude florentissimam diu saluam et incolumem seruet atque tueatur, rataque iubeat esse vota pro Patriae *TVIS* consiliis fulcitae, flore, pace et tranquillitate. Ita vouet

*ILLVSTRISSIMI*  
*NOMINIS TVI*

*culzor obsequiosissimus.*

*IOANNES CAROLVS IESNIZER.*





Cum in praesenti, de mora quam emphyteuta, in non soluendo Canone committit, et quae privationem fundi efficit, nobis obueniat differendi occasio, non superuacaneum et inutile erit Originem Emphyteuseos ex primis iuris principiis reperere. Sciendum Romanos in iis Prouinciis, quas in potestatem suam subegerant, habuisse agros cultos et incultos, cultos itaque atque fertiles ad tempus, steriles autem saxofos atque squarrentes in perpetuum solebant locare vel in Emphyteusia pro canone annuo ita tradere, vt Emphyteuta ius Dominio proximum consequeretur. Vnde et Denominatio Emphyteuseos facile cognoscitur, quo nomine apud Graecos implantatio siue insitio significatur *ἐμψυτεύειν* enim plantare est *Alciat. l. parerg. c. 36.* quod susciperent conductores

## VIII

stores siue postea Emphyteutae dicti, sterilia, saxosa atque squalentia praedia vt plantationibus et omni positionum culturaeque genere fertilia ac foecunda in Reipublicae emolumentum redderent *vid. Accurs. l. fn. in Princip. hoc tit. et Gothofr. ad rubr. C. de iure Emphyteut. et Myns. in §. adeo l. de locat. conduct. n. 1.* Quamuis et postea illud quoque introductum, vt et res iam fertiles et cultissimae, tam in perpetuum quam ad tempus sub Emphyteuseos lege vt *ex l. 1. §. 1. ff. si ager vestigal*, perspicui potest, locarentur, de qua re hic nobis quaestio non est mouenda. Ab initio equidem et ante Zenonem in vsu iam fuisse contractum emphyteuticarium probat lex citata *1. et l. 3. ff. de reb. eor. qui etc.* sed eodem Imperatore regnante cum Vandalorum, Gothorum, Rugianorum, et aliarum nationum barbarum incursionibus Italia, Africa, et magna pars Imperii Romani vastaretur, eoque agri deserti, et metu hostilium impressionum inculti iacerent, credibile est, tunc multo maxime hunc contractum, qui antea in publicis potissimum rebus frequentabatur, *teste Liiio lib. 47.* priuatis etiam coepisse vsurpari, ideoque illius curam suscepisse Principes et certam illi formam atque naturam et nomen circumdedisse, quo crebrior et vtilior eius effectus esset, atque ita agri deserti, vastatique ad cultum pristinum reduci possent,

Ex

Ex his itaque apparet Emphyteuticum contractum non lege civili, ut vulgo contendunt, sed iure gentium introductum esse, quod enim Imperator Zeno propriam contractus Emphyteuticos statuit naturam, fecit non instituendo nouum conventionis genus, sed incertum et confusum ab illis distinguendo. vid. de ipsa hac materia *l. 1. Cod. de iure Emphyteut. et S. Strick succinctae annotat. ad Lauterb. Comp. Dig. ad Tit. si ager vest.* Quia autem omnis, quae a ratione suscipitur de aliqua re institutio, debet a definitione proficisci, ut intelligatur, quid sit id, de quo disputetur, ut ait Cicero *Lib. I. Cap. II. et teste Ulpiano l. 1. pr. ff. de rebus creditis, e re sit, prius quam ad interpretationem verborum perueniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre, quaedam de ipso contractu emphyteuticario dicere necessitas a nobis exigit.*

Emphyteusis vel potius contractus emphyteuticarius nobis est contractus consensualis de rei immobilis Dominio vtili transferendo sub lege meliorationis et annui canonis, in recognitionem Domini directi soluendi; medius igitur est hic contractus inter venditionem et locationem et tum vtrique similis est tum ab vtroque differt *vti l. 1. Cod. de iur. Emph. euincit.*

## §. II.

Venditio enim non potest esse, quoniam in venditione totum dominium in emptorem transfertur *l. 21. §. 2. ff. de Action. emti. venditi*, non autem in Emphyteusi, ubi dominium directum semper apud concedentem manet, et utile tantummodo in Emphyteutam, siue in eum, cui Emphyteusis traditur, transfertur. *vid. l. 1. §. si ager vectigal.*

## §. III.

Tunc et in eo quam maxime differt emphyteusis ab emtione venditione, quia in emtione, emptor rei qualitate conueniens, pretium semel tantum praestat *l. 11. ff. de contrah. emt. vendit.* in emphyteusi autem canon quotannis praestandus *l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal.* qui et rei vel terrae qualitati non conuenire debet necessario, sed saepius tenuis atque modicus est, quippe in recognitionem Domini directi tantummodo praestandus, ex quibus facie differentia inter emphyteusin et emtione venditionem diiudicanda erit.

## §. IV.

Habet quidem emphyteusis aliquam similitudinem cum locatione conductione immo. vocatur in *l. 1. §. 1. ff. Si ager vect.* perpetua locatio, attamen longe lateque inter se differunt, constituitur enim emphyteusis in agris et fundis, sicque in rebus immobilibus uti ex iam cit. *l. 1. C. de iur. emphyteut.* perspicui potest. Locatio et in rebus mobili-

bus

bus conficitur *l. 2 ff. de oblig. et action.* praeterea etiam Emphyteusis concedit dominium quoddam et ius in ipsa re, uti perspicit ex verb. final. *l. 12. Cod. de fund. patrimonial.* colligi potest, cum tamen locatio nullum ius in re tribuat *l. 2. Cod. de praescript. trig. vel quadr. ann.* Ratione sumtum et impensarum ab Emphyteuta in rem factarum nihil a domino rei emphyteuticariae repetere potest emphyteuta, eam enim ob causam accepit emphyteusis, ut eam meliorare et fundum omni genere culturae foecundiores reddere debeat *l. 1. §. 1. ff. si uger uel iugat.* Ratione earum autem, quas conductor in rem fecerit aliter se res habet, nam omnes omnino impensas praeter eas, quas ob solam suam commoditatem praesentem fecit, utiliter factas repetit a domino rei locatae, vel uti in praxi communiter fieri solet, in mercedem imputat *vid. l. un. ff. de via publ. et st. etc. §. 1. et l. 55. ff. §. 1. locat. cond.* Sed ut ad ipsam propositam quaestionem paulo propius perueniamus, omittamus reliqua generalia ad ea quae iam dicta sunt adhuc spectantia, et quid de nostro proposito themate sit sentiendum, videamus.

§. VI.

Constat nempe Emphyteusis ea potissimum sub lege ut Emphyteuta annum praestet canonem esse concessam, vnde fit, ut emphyteuta neglecto officio

bonum emphyteuticarium penitus amittat, hoc tamen obseruato, vt circa terminum ad quem, ante omnia respiciamus ad pactum inter dominum directum et emphyteutam initum, pacta enim dant legem contractui, et secundum illa mentem contrahentium diuidicamus. Quodsi vero partes temporis rationem expresse non habuerint, ad legis dispositionem prouocamus, quae elapso triennio priuationem emphyteuseos praecipit. Probat hoc Iustinianus l. 2. C. de Iur. emphyteutar. In emphyteuticariis contractibus inquit Imperator, sancimus, siquidem aliquae portiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae: easdem et in omnibus aliis capitulis obseruari, et de reiectioe eius, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem, vel publicarum functionem apochas non praestiterit. Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunia soluerit neque apochas domino tributorum reddiderit; volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere. A quo tamen spatio in emphytenfi ecclesiastica recedit Iustinianus, et ob fauorem, quem pia causam iure promeretur, vt amissio boni emphyteuticarii, elapso duorum annorum spatio, contingat. Nov. VII. cap. 3. §. 2. disponit.

## §. VII.

Monetur forsē dubium, si heredes bonum emphyteuticarium possident, et vnus ex his partem suam solvit,

vit, vtrum negligentia reliquorum ipsi praeiudicium inferat, vt cum effectu actio priuatoria possit institui. Gothofredus ad legem 2. C. de Iur. emphyteutar. n. 30. affirmat sententiam, ratione addita, quia alioquin praestatio emphyteuseos confunderetur, et ad illustrandam causam prouocat ad legem 2. ff. Commun. praedior. sed non omnibus numeris absoluta mihi sententia videtur, contrariam potius malle opinionem, quae analogiae iuris et naturae rei est conuenientior. Expediti nempe iuris est, priuationem emphyteuseos continere poenam negligentiae, poena autem cum semper proportionata debeat esse delicto, illi, qui non deliquit, nunquam potest imponi, alias enim factum nocentis imputandum esset innocenti, quod nec principia Iuris naturae, nec ciuilibus suadent, *perspiciendum enim l. 11. pr. ff. de poenis, est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituitur quam causa deposcit.* Ratio qua vtitur Gothofredus, assertum non probat, cum confusio emphyteuseos, quam auctor metuit, nullo modo existat. Potius argumentum mihi suppeditat deterioratio fundi emphyteuticarii, quae si pro parte fit, pro parte quoque priuationem boni teste Carpzou. Part I. C. El. XXXI. X. def. 23. desiderat, et quamuis a Carpzouii sententia alienus sit Hartm. Pistor. lib. I. quae ff. XXXIX. n. 3. non tamen eius assertum Carpzouium, qui regulam sequitur, destruit, cum eadem decisio, quae II. Feud. tit. 38. de Vasallo feudum deteriorante, adfertur, per

benignam interpretationem ad hunc quoque casum applicari queat. Nec contrarium efficit *l. cit. 7. ff. comm. praedior.* seruitutes enim sunt iura, quae, cum indiuiduam contineant causam, diuisionem in partes non recipiunt.

§. VIII.

Circa ipsam vero priuationem, quae ob non solum canonem fieri potest, diuersae inter Iureconsultos oriuntur quaeestiones, et poenam legis auctoritate negligentibus emphyteutae impostam vehementer restringunt. Indubitanim iuris esse putant, emphyteutam elapso triennio vel biennio offerendo canonem antequam dominus Actionem instituerit, moram in tantum purgare, vt priuatio emphyteuseos ipsum haud tangat. Haec opinio an iuri conueniat, et applausum promeretur nunc videamus.

§. IX.

Ad defendendam sententiam haec argumenta suae in promptu. Proutocant potissimum ad *l. 2. C. de Iure emphyteuticar.* in qua Imperator, arbitrio domini directi se relinquit, vtrum poenam priuationis exercere velit; quod indicant verba: *Volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere.* Cum igitur emphyteuta iure suo aliter non possit priuari, quam si dominus voluerit, et voluntatem declarauerit, arbitrio enim eius, executio huius poenae erit relicta, ante declarationem domini non inductam priuationem nec ius perfecte domino quaesitum colligunt. Quae



si vera sunt, utique auctoritatem recipit decisio, emphyteutam ante adionem motam, offerendo canonem residuum, purgare moram, nec ex eo, quod spatium temporis penitus sit praeterlapsum timere detrimentum; aequitati enim utique convenit, morae purgationem semper esse admittendam, re adhuc integra, hoc est, si alterius partis ius non sit deterius *conf. Hahn ad Wesenb. Lib. VI. Tit. II. not. 3. Carpz. P. II. Const. El. XXXIIX. def. II. n. 5. sq.* Cui accedit quod actio priuatoria domino directo ideo concessa dicatur, ut iniuriam sibi denegatione canonis et omissa domini recognitione factam ulciscatur. A vindicanda iniuria excludit actorem remissio, cum enim illius tantummodo interfit, exigere satisfactionem, illi quoque competit potestas, eandem remittere, quippe cuilibet iuri suo renunciare et ab eodem recedere est liberum. Remissionem autem non solum expresse per verba nempe et litteras, sed tacite quoque per facta declaramus, dummodo eadem sint liquida, hoc est ita comparata, ut de mente et voluntate abunde constet. Hac ex causa Vxor, quae maritum, de quo ipsi constabat adulterium commisisse, rursus admittit et cum eo concumbit, ad dissolutionem matrimonii frustra agit, sed exceptione opposita remissionis causa cadit. Dum igitur Dominus directus effluxo spatio trium vel duorum annorum iura, quae ipsi leges tribuunt, non exercet, sed, ut emphyteuta in possessione permaneat, concedit hoc

hoc ipso facto liquido declarat, quod iniuriam sibi illam potius remittere quam persequi voluerit, eoque ipso oblationem canonis ad euitandam poenam, quam alias leges negligenti imponunt, accipere tenetur. *Conf. Leyf. spec. CIII. med. VI.*

## §. X.

Sed quamuis haec sententia in Praxi obtinet locum, et quod frequenter contingere solet, nempe vt Vfus fori, quem Tyrannum *Hert. de paroem iur.* vocat, decisionem causae efficiat, de veritate tamen huius asserti maximopere dubito, immo eandem penitus nego, considerans nempe ipsius morae naturam et effectum. Mora enim, quae iniusta rei peragendi dilatio dicitur, vt constat ex parte debitoris, oritur vel ex lapsu diei, quando nempe dies solutioni certus est praefinitus, et in hoc casu, nulla interpellatione opus est, dies enim pro homine interpellat, sciat namque debitor *L. 12. C. de contrah. et committ. stipul.* minime se posse ad euitandam poenam adijcere, quod nullus eum admouit, sed etiam citra vllam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cum ea, quae promisit ipse, in memoria sua seruare, non ab aliis sibi manifestari, debeat poscere. Vel oritur ex interpellatione, si nullum certum tempus obligationi adiectum, et tunc debitor non prius in mora esse dicitur, quam illum admonuerit creditor, nulla enim

enim teste Scaevola l. 88. ff. de diuers. reg. Iur. intelligitur, mora ibi fieri, vbi nulla petitio est l. 32. ff. de Vfur. et fruct. Vel denique contrahimus moram re si quis minori et iis qui minorum gaudent iure debeat, hoc enim casu tenetur debitor ad Vsuras, licet etiam nullae promissae, nec interpellatio facta. Vid. l. 3. C. in quibus caus. in integr. rest. necess. non est. Cum qua sententia conspirat Scaeuolae responsum, l. 3. §. 2. ff. de adim. vel transf. Idem dicendum est, et fidei commissa hereditate puero data, aut si ante restitutam deceisset, matri eius relicta: ut si puer ante diem legati cedentem deceisset, matri debeatur: si postea ad pupilli heredes fideicommissum transmittatur, utpote re ipsa mora subsequuta; quod etiam obtinet si favor libertatis concurrat, subuentum enim est l. 26. §. 1. ff. de fideicommissariis libertatibus ut in re mora facta esse videatur.

## §. XI.

Quod si igitur mora ex parte debitoris, pro quo hic emphyteuta est accipiendus, ex lapsu diei oriatur, die admonente, nulla interpellatione opus sit; dubitationi haud obnoxium etiam est, dominum directum eo ipso ius perfectum bonum emphyteutarium vindicandi, sibi acquisiisse, ut ei quodcumque velit, competat potestas contra Emphyteutam agendi, et ab eodem restitutionem rei in Emphyteusin datam petendi. Quaecumque ita se habeant,

C

legis-

legisque dispositio suadeat, ut nemini inuito ius quaesitum auferatur, nulla datur ratio emphyteutae assistens, ut per oblationem Canonis ius plene amissam recuperare, et dominum directum dissentientem ad conferuandum contractum emphyteuticarium adigere possit. Nec taciturnitas obstat domino, et fauet emphyteutae, tacere enim poterat ille saluo iure, quod leges ipsi post moram ab emphyteuta commissam concedebant, et id, quod ex humanitate fecit, non potest ipsi onus inferre. Consentientes habemus hac in parte leges, quae purgationem morae non admittunt, ubi poena ipso iure irrogatur quasi executio ab ipsa lege sit facta l. 84. ff. de verb. obligat. l. 2. C. de iur. emphyteut. et l. 12. C. de contrah. et com. stip; Hinc recte negatur Emphyteutam posse oblatione Canonis moram purgare. vid. et Salicet. n. 8. et Sichard. n. 19. ad l. 2. Cod. de iur. Emphyteut.

## §. XII.

*vid. con* Mitio rem sententiam circa emphyteusin ecclesiasticam fert pontifex c. final. X. de locat. Cond. Potuit, inquit Emphyteuta ecclesia primitus requisita, quantum sibi ab aliis offeritur, si nolle se emere direxit, vel a denunciationis tempore duorum mensum spatium sit elapsum, meliorationes et ius sibi competens aliis vendere, qui ab emtione huiusmodi minime prohibentur. Emphyteuta quoque secus praesumendo vel cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere

*fulere studuisset, iuste potuisset repelli.* Putant equidem Gregorium in hoc capite discriminis rationem habuisse inter poenam conuentionalem et legalem. In priori casu, si dies solutioni ex conuentione partium adiecta, et simul poena appositae, commissam moram purgationem admittere negant, in posteriori vero casu adfirmant, rationem differentiae in eo ponunt, quia si in conuentione pactis poena appositae est, non potest contra hanc expressam conuentionem permitti morae emendatio, at in poena legali lex ipsa quae inducit poenam, facultatem concedendi moram ex aequitate concedere uiderur. Prouocant hac ex parte ad l. 97. §. 3. ff. de verb. oblig. ubi Celsus, quam sententiam sequitur Iulianus probat eum qui moram insoluendo Stichum, quem promiserat, fecit, posse emendare moram postea offerendo, ratione addita, esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciosae erratur. Sed vehementer de auctoritate huius diuisionis dubito, cum lex 2. C. de Iure Emphyteut. huius nunquam faciat mentionem, potius indistincte die solutioni praefinito elapso, amissionem boni emphyteuticarii praecipiat, nec Iustinianus Nov. VII. C. 3. §. 2. circa ecclesiasticam emphyteusin hac in parte exceptionem adiciat. Hac ex causa cum ius civile, quod potissimum in materia contractuum sequimur regulam constituat, nec distinctionem inter emphyteusin secularem et ecclesiasticam constituat, id quod Pontifex disponit di-

spensationem a regula efficit, quae in terris Catholicis quidem valet, in locis vero, ubi ius civile iuri Canonico praefertur, thesin non tollit.

## §. XIII.

Sed quid? si Emphyteuta etsi non totum, partem saltem Canonis *intra tempus constitutum* soluerit? an eandem poenam scilicet amissionis Emphyteuseos incurrere possit quaritur? Aequior sane est Sententia putantium, nec totam Emphyteusin nec partem hoc in casu fieri caducam, ex ratione, quia non potest dici non soluisse, solvens accipienti partem aliquam, cum etiam particularis solutio creditore volente facta, sit solutio, vid. *Brunem. ad l. 2. C. de Iur. emphyt. et Bacchov. in Trent. Vol. 1. Disp. 29. th. 12. lit. B.* Et poena ista privationis Emphyteuseos non eum in finem introducta est, ut pecuniarium Interesse Dominus habeat, quod in aliis casibus obtinet, sed potius, quod Emphyteuta non solvens praesumatur Dominum iure suo privare, eumque non amplius recognoscere velle pro Domino, quippe Canon in Recognitionem Domini directi datur ex supra dictis, id quod is non facit, qui propter nimiam paupertatem partem tantummodo solvit. Vid. *Carpz. pag. 2. const. 38. def. 4. num. 3. seqq. Henr. Hahn ad Wesenb. n. 15. p. 411. et Brun. ad l. 2. C. de Iur. Emphyteut.* Ita etiam Scabini Lipsienses *Mens. Mart. Ao. 1614* responderunt, in causa *Caspari Legels zu Erleberg.* *Seid ihm*

in

in Abstattung des Erbzinses von eurem Gute, so ein Bonum emphyteuticum ist, über drey Jahr lang säumig gewesen. Ob nun wohl danhero der Herr solch Gut ob non solutum canonum, einzuziehen gemeinet: Da ihr aber dennoch binnen ermeldeten drey Jahren eins Theils von solchen Erbzinsze abgestattet hütet, den Rest auch vollend zu bezahlen nochmahln erböthig würet etc. So würet ihr bey eurem Rechte billig gelassen, und möchtet gestalten Sachen nach des Erbzinsz-Guts nicht priuiret werden. V. R. W.

## §. XIV.

Alia vero est causa si Emphyteuta non quidem paupertate, aut ob alia obstacula est impeditus v. c. si in vincula publica coniectus, aut graui et desperato morbo prohibitus fuerit emphyteuta, nam hae causae non admittunt moram in solutione canonis, quia obligatio in Emphyteusi in dando consistit, nempe ad dandum vel soluendum Canonem; potest igitur Emphyteuta si ipse Dominum directum adire haud potest, per Procuratorem Domino Canonem soluere. Vid. l. 12. ff. de Usufr. Valerudo aduersa enim, et vincula publica similisque aduersa fortuna excusant in Praxi in iis tantummodo casibus, vbi praesentia ipsius personae requiritur. Vid. l. 2. ff. si quis caut. in Iudic. etc. §. 3. Nec difficultas superueniens in Obligationibus ad dandum excusat vti perspicue ex l. 137. ff. de Verb. obligat. §. 4. liquet; fatis iam ex iis cuilibet patebit eiusmodi causas non suffi-

cere ad moram purgandam, sed eiusmodi actus, vti et alii in praxi, qui non praesentiam personae necessario requirunt per Procuratores vel mandatarios peragi posse. Prouocant quidem ii, qui contrariam fouent sententiam ad *l. 10. ff. de Leg. Rod. de iactu §. 1.* ex eaque demonstrare volunt difficultatem licet non impedire obligationem a mora tamen et poena ne committatur excusare, quia vero haec lex de singulari casu loquitur, et ad nostram materiam non spectat, iure meritoque in medio eam breuitatis studio relinquimus, et potius ad vtiliora et ad rem nostram magis spectantia nos conuertimus.

## §. XV.

De hoc casu adhuc in primis sub iudice lis est. An Dominus post triennii cessationem oblatam pensionem recipiens iuri expellendi renuntiat, etiamsi tempore praeterlapso canonem simpliciter, non tamen futurum nulla adhibita protestatione acceperit. Quod secundum meam opinionem negare duxi. Dominus enim expellendo poenam persequitur, canonem vero petendo aut recipiendo remissam, quapropter alterius electio alterum non confumit. *Vid. l. 7. ff. de condit. furt.* Et sane humanitatis et officii imperfecti est, Dominum directum tamdiu expectasse et non statim eiecisse emphyteutam, quod praedicio domino



mino esse non possit. Vnde et Hermog. constitutio in *l. 10. ff. de Publican. et vect.* me haud mouet, in qua de duplici poena tractatur, nempe expulsionis, et vsurarum pensionis non solutae, quarum altera debere dominum esse contentum aequum est, ne duplici poena ex vna eademque causa fluente conductor afficiatur *l. 41. ff. de poenis*. Dicitur quidem in *l. 7. de Leg. Commiss.* quod post diem commissoriae legi praestitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videatur, nec variare et ad hanc redire possit, ast haec lex aliam habet rationem, pugnant enim haec in venditore pretium et rem petere per *leg. un. Cod. si seru. extero se eni etc.* Electione autem vnus ex contrariis alterum tollitur, *l. 1. ff. de condit. furt.* Quae contrarietatis ratio in specie nostra cessat. Denique non obstat, quod creditor recipiendo sortem censeatur poenam remississe, id enim in Vsuris et eo quod interest duntaxat constitutum reperitur in *l. 10. ff. de eo quod cert. loco dari oportet*, quae cum per se non subsistant, sed accessorium quid obligationis principalis sunt, *l. 49. ff. §. 1. l. 4. Cod. Depositum* perempta prorsus obligatione fortis per solutionem §. 1. *quibus modis toll. obligat* consequens est, vsuras ad id quod interest extingui *l. 4. depositi vel contr.* Vbi enim existentia causae principalis deficit, ea etiam quae sequuntur locum non habent *l. 178. ff. de Reg. Iur.*

Dei

Deiectionis autem poena, de qua hic agitur, non accedit sed pariter ac Canon per se et principaliter petitur per *l. 1. Cod. de Iur. emph.* Vid. circa hanc materiam *Iac. Butrigarius et Bartol. in l. 2. num. 8. Cod. de iur. emphyteut. Menoch. lib. 3. praesumpt. c. 112. n. 1. cum seqq.*

## §. XVI.

Quod si igitur Emphyteuta Canonem intra tempus constitutum non soluerit, vel saltem non tempestive soluerit, cadit suo iure, sed an hoc fiat ipso iure, vel demum iudicis sententia vetus controversa quaestio est. Ex verbis *l. 2. Cod. de iur. emph.* dicentibus: CADIT SVO IURE COMMUNITER contendunt, Dominum posse emphyteutam eicere sine autoritate iudicis, ast mihi semper verior visa est contraria sententia, quae ut omnes contentionum fluctus et rixarum tumultus praescindantur, magistratus autoritatem desiderat, cui sententiae etiam plene *l. 31. ff. de pignoribus* respondet. Vid. *Richt. Decis. 84. num. 9. M. Berlich p. 2. Conclus. 46. num. 9. Carpz. p. 2. c. 38. def. 1. et seqq. et Brunem. ad l. 2. Cod. de iur. emph.* Proinde iureconfulti Academiae Iuliae ad. 1640. Mens. Iul. ad C. C. A. D. L. hoc responsum dederunt: *Haben etliche des Klosters S. L. Erben-Zinsz-Leute dem Erben-Zinsz-Herrn den gebührenden Canonem welcher gar geringe seyn soll, in vielen Jahren, auch vor dem Kriegs Wesen nicht abgetragen, so haben selbige Leute dadurch*  
der

der Güter zu rechte sich verlustig gemacht, seynd dieselbe caduc worden und dem Kloster anheim gefallen. Es ist aber der sicherste Weg dasz die Leute vor der Obrigkeit zuvor gehöret, ob etwa bey vorgegangenen Kriegs-Läuften, die Leute umkommen, und keiner der Aecker sich angemaset, die Kinder unbevormundet geblieben, oder ob ein oder der andere dem Erben-Zinss neulicher Jahren erlegt, den Erb-Zinsherrn damit erkennet, und zu Abtrag des hinderstelligen Canonis sich anheischig gemacht, und also in diesen und dergleichen Fällen die Billigkeit beobachtet würde, V. R. W.

## §. XVII.

Accedit alterum Emphyteuta possidet et saltem naturaliter possidet l. 12. C. de fund. Patrimonial. Cuiusmodi possessio, licet ob non solutam pensionem iure suo prioretur, Domino quaesita non est, cum nec quidem iis casibus, quibus ipso iure translatio Domini sit, translata vniquam possessio iudicetur l. 23. ff. de acquir. vel amitt. posse. sed denique per actum aliquem apprehendi debet, quod etiam exinde facile cognosci potest, quando ne quidem conductor, qui nullam possessionem habet, sed nudam detentionem l. 33. ff. § 1. de Vsurpat. et Vsucap. corporali illa infrentia, spoliari temere a domino debeat, sed per magistratum i. e. via iuris, et modo procedendi ordinario id

D

fieri

fieri oporteat l. 34. C. de locat. et Conduct. multo magis hoc locum habere debet in Emphyteusi, quando dominus directus Emphyteutam, qui canonem debito modo non solverit, Emphyteusi priuare et eicere ex ea velit.

## §. XVIII.

Instituenda igitur est a Domino directo Actio priuatoria contra Emphyteutam, et secundum ordinem determinatum ei est procedendum. Ita et indicarunt Scabini Lipsiensis M. Aug. ao. 1629. in causa *Hansen von Dieszkau, hat Tobias Frischmann Bürger und Handelsmann allhier zu Leipzig 6 Acker Holtz so eurem unmündigen Bruder Greisler von Dieszkau zu Gautsch zu Lehn rühren abgewichener Zeit käuflich an sich gebracht; dieselbe aber nach Absterben eures Vatern nunmehr ins vierte Jahr, bei gedachten eurem unmündigen Brüdern, und euch seinen Vormunden nicht wieder in Lehn genommen noch den gewöhnlichen Canonem entrichtet; Solche Aecker auch ohne Vorwissen einen andern zu erkaufen sich unterstanden, folgend von dem geschlossenen Kauf wiederum abgesprungen, seinen Abekäufer, dasz er ihme den Kauf-Brief wieder ausantworten sollen, vor dem Rath allhier verklaget, und den eurem Bruder Otten anderweit Geld darauf genommen, derowegen ihr ihm solche Aecker einzuziehen entschlossen N. m. i. e. f. So ist euch solches in einem ordentlichen Proceßz, so vor euren eigenen Gerichten angestellt werden mag, zu suchen*

chen unbenommen: Und wann ihr wie Recht, erwiesen, daß berührtes Gut ein recht bonum emphyteuticum wäre, gedachter N. N. auch in dreyen Jahren den gewöhnlichen Canonem nicht entrichtet, und er darauf mit seiner Nothdurft auch gebührlich gehöret, ergeheth darauf in der Sachen und ob ihr die Güter einzuziehen befügt seyd oder nicht, ferner was Recht ist. V. R. W.

Ex his igitur et iis, quae iam supra diximus, facile est diiudicandum Priuationem Emphyteuticos non nisi praevia causa cognitione in Processu plenaria in iudicio domini pertractanda et sententia desuper lata obtinere posse. Vid. et *Const. El. 38. p. 2. et Carpz. Def. 1. et 2. Jur. for. p. 2. C. 38. def. 18. num. 7. et def. 20. num. 8.*

His peractis paucis tantummodo quid circa fructus et meliorationes si Emphyteuta propter non solum canonem, vel si fundum sterilem non reddat meliorem, vel ob alios modos, quos hic referre non est temporis atque loci, eiciendus est, iuris sit, videamus. Tam aequitas quam ius strictum requirit, ut nemo cum alterius iactura vel detrimento se locupletem reddat *l. 206. ff. de R. I. l. 14. ff. de condit. indeb.* Hinc recedendum quidem est Emphyteutae attamen restitutis expensis et meliorationibus vtiliter factis. Atque ita Facultas Iuridica Lipsiensis M. Octobr. 30. 1646. respon-

sponditan die Dom Probstei Gerichte zu Osterfeld. Werden unterschiedene viel Personen gefunden, die ihre Erbzins-Güter und Lehnstücke, auch wohl aus Voratz, viel Jahr unbestellet haben liegen lassen, und seynd den Kriege und anderer Handthierung nachgelaufen, und haben weder Erbzins, Steuer, Contribution, noch andere Gefälle, von solchen ihren unbestellten Gütern abrichten wollen, wodurch die Last der schweren Extra-ordinair-Contribu-tion denen andern Nächstbarn zugewachsen. Ob nun wohl sonst ingemein einer des andern Güter sich nicht anzumassen: dennoch aber und dieweil, in dergleichen Fällen zu Rechte diese Verordnung gethan, daß der Erb und Lehn-Herr die verlassene Güter entweder selbst anzuwachsen, oder andern auf vorgehende Vergleichung, dergestalt, daß sie solche wieder anbauen und gebrauchen mögen, Jedoch aber, daß sie dieselbe, wofern die Eigenthums-Herren sich wiederum finden möchten, Ihnen gegen Erstattung desienigen so darein gewendet oder verbessert worden, wiederum abtreten sollen, einzuräumen und zu übergeben wohl befugt: So verbleibet es auch dabey billig, und wird demselben billig nachgelebet. V. R. W.

Quamvis negare non possum in Thesi distinguendum esse an expensas et meliorationes ante vel post deteriorationem fecerit Emphyteuta. Si enim ante deteriorationem expensas et meliorationes in fundum sterilem fecerit, repetere eas

eas ob supra dicta omnino potest, quodsi autem post de-  
deteriorationem non nullas fortasse fecerit non repetat,  
quia facile intelligere poterat, futurum esse, vt Emphy-  
teusi priuaretur, in praxi, tamen vti supra plurimis iam de-  
monstrati, haec distinctio cessat, atque iure et aequitate sua-  
dente, rationum redditioni non immerito locus relatus.

## COROLLARIA.

---

---

  
I.

Non datur depositum irregulare.

## II.

Pater ad dotandam filiam eam ob causam est obligatus, vt honestam iuueniat nubendi occasionem.

## III.

Omnis praesumptio admittit probationem in contrarium, nec datur praesumptio Iuris et de Iure.

## IV.

Locatio conductio ob metum spectrorum non quidem est rescindenda, aequitate tamen nonnunquam suadente fieri rescissio potest.

---

---



Leipzig, Diss., 1777 A-0

ULB Halle

004 568 583



3

fb  
sb:



1777, 30.<sup>a</sup>

IO IVRIDICA 890  
STIONEM

PHYTEVTA AN-  
ACTIONEM PRI-  
FERENDO CANO-  
PVRGARE POSSIT?

TINENS  
VAM  
I ORDINIS AVCTORITATE

PRO  
DOCTORIS

CVLTATEM  
INENDO  
PRILIS MDCCLXXXVII.

TENDET AVCTOR  
OLVS IESNIZERVS  
ET ADVOCAT. IMMATR.  
SIENSIS.

SIAE.  
INA LOEPERIA.

