

DISSERTATIO INAUGURALIS

JURIDICA

DE

EMPHYTEUSI

MELETEMATA QUÆDAM

SISTENS

QUÆ
AUSPICE

D. T. O. M. Q.

EX INDULTU INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ, UNA CUM SELEC-
TIS EX OMNIGENO JURE POSITIONIBUS,

*IN ALMA SEMPERQUE CATHOLICA UNIVERSITATE
ELECTORALI MOGUNTINA*

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS
ET PRIVILEGIIS DOCTORALIBUS

RITE CONSEQUENDIS PUBLICÆ ERUDITORUM CENSURÆ

SUBMITTIT

MAXIMILIANUS WÜRTH,
MOGONUS.

A. A. L. L. ET PHILOSOPHIÆ MAGISTER

HORA IX. DIE XV. JUNII MDCCCLXXXII.

MOGUNTIÆ

EX TYPOGRAPH. ELECT. ACADEM. PRIV. APUD ANDREAM CRASS,

LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF
MICHIGAN
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.

THE UNIVERSITY OF
MICHIGAN LIBRARY
SERVICES
ANN ARBOR, MICHIGAN
48106-1300
U.S.A.



EMINENTISSIMO AC CELSISSIMO
PRINCIPI ET DOMINO

DOMINO
FRIDERICO CAROLO
JOSEPHO

SANCTAE SEDIS MOGUNTINAE

ARCHIEPISCOPO

S. R. I. PER GERMANIAM

ARCHICANCELLARIO

ET

PRINCIPI ELECTORI, EPISCOPO

AC PRINCIPI WORMATIENSI

DOMINO DOMINO MEO CLEMENTISSIMO

PRINCIPI PIENTISSIMO. JUSTISSIMO ET CONSTANTISSIMO

PATRIAE PATRI OPTIMO.

EMMENTISSIMO AC CELSISSIMO
S. R. I. P. A. R. G. R. A. T. I. S. S. I. M. O.
D O M I N O
FRIDERICO CAROLO
JOSEPHO
SACRAE REGIAE ACADEMIAE
ARCHIEPISCOPO
S. R. I. P. A. R. G. R. A. T. I. S. S. I. M. O.
ARCHIEPISCOPO
S. R. I. P. A. R. G. R. A. T. I. S. S. I. M. O.
AC PRINCIPALI WORMATENSIS
DOMINO DOMINO AC CENSURISSIMO
PRINCIPALI WORMATENSIS ACADEMIAE ET CONVENTUI
PATRIAE PATRI OPTIMO.

E
O
gu
non
tur
dar
au
ifti
cip
cip
gra
ME
illo



EMINENTISSIME AC CELSISSIME
PRINCEPS ELECTOR
DONINE DOMINE CLEMENTISSIME !

Omnis prorsus jure meam hanc Dissertationem inaugu-
ralem illo initiari oportuit gloriosissimo nomine, cui
nominibus innumeris jura omnia sese obstricta profiten-
tur. Atque hoc unum sufficere poterat, quod trepi-
danti mihi, ac pene refugienti stimulos adderet, ut non
auderem modo, sed omnino necesse ducerem, paginis
istis in lucem exituris publicum ejus potissimum Prin-
cipis patrocinium efflagitare, quem patronum vere Prin-
cipem, id est Summum Potentissimum, ipsa sibi Jura
gratulantur. Dignare itaque EMINENTISSIME AC CELSISSI-
ME PRINCEPS ELECTOR pagellas istas clementissimo
illo obtutu suscipere, quo jurisprudentiam ipsam TIBI

ornatissimam ostendere hactenus dignatus es. Quam dum
amas fovesque non dedignaberis celsissimi favoris tua
partem aliquam impertiri ei, qui se totum & illius futu-
diis, & tuis obsequiis dicat & consecrat

**EMINENTISSIMI AC CELSISSIMI
PRINCIPIS ELECTORIS
DOMINI DOMINI MEI CLEMENTISSIMI.**

Servorum infimus

MAXIMILIANUS WÜRTHL

A
eru
ant
cae
elec
rens
mur
ZAS
ter
orte
dem
rum
li ju
a vir
L. B
LERI
JOHA
FRAN
GER
KECK
vilis
bere



Q. D. B. V.

PRÆFAMEN.

Ad doctoralia privilegia ambientes, specimen quoddam publico eruditorum examini submittere Lex jubet academica. Huic exantlatis rigorosis examinibus, ex decreto inelytæ facultatis juridicæ ad defensionem inauguralem admissus, satisfactorius, diu circa electionem materiæ pro tenuitate virium mearum elaborandæ hærens, in doctrinam tandem de emphyteusi, non tantum utilissimum, verum etiam in foris nostris usitatissimam, UDALRICI ZASII hortatione adductus, qui in *l. 3. ff. de leg. scite & eleganter* ait: juris studiosos eas juris partes excolere vel maxime oportet, quarum cognitio ad usum forensem spectat, incidi. Equidem me non latet tam numerosa scriptorum multitudine (in quorum numerum adhuc referenda, quæ in LIPENII Bibliotheca realii juridica a STRUVIO & JENICHENIO aucta & locupletata, atque a viris celeberrimis AUG. FRID. SCHOTT, & RENAT. CAROL. L. B. de SENCKENBERG suppleta desiderantur, scilicet JOH. KOHLERI *methodus juris emphyteutici* seu perpetuarii, Moguntia 1596. JOHANN FRANC. CONTZIN *diff. de jure emphyteutico*, Duisburg 1703. FRANC. FRIDER. de RHEINSHEIM *diff. de emphyteusi Duisburg* 1741. GERARD. ERN. HAMM, *diff. de emphyteusi colon.* 1748. & JOSEPH. KECK, *diff. de emphyteusi. Argentor* 1778.) hoc jurisprudentiæ civilis Thema esse pertractatum, ut post Homerum iliadem scribere videri possit, quisquis in hac juris particula lucem luci addere præ-

præsumeret. Verum, cum præter hoc vix unum juris pensum existat, in quo interpretes in magis diversas abierint sententias, quod potissimum evenisse scimus, ex quo incongrua illa mixtura jurium romanorum & germanicorum, quam eruditi jure sæpe optimo questi sunt, ac quotidie adhuc queruntur; experiendum putavi, num nonnullæ adhuc superfint spicæ, quas ex messe hæc amplissima legere superesset. Hæc meditans incidi in novissimum JOHANNIS ERNESTI JUSTI MÜLLERI opus, observationes practicas ad *Leyseri* meditationes sistens. Cum viri consultissimi laudabile institutum in eo versetur, ut, quibus in capitibus LEYSERUS non solum corrigendus & emendandus, sed etiam ab objectionibus, injuria eidem factis, vindicandus sit, ostendat; LEYSERI meditationes cum MÜLLERI observationibus practicis, quantum ad materiam emphyteuseos attinet, comparavi. Facta hac comparatione non videbatur mihi MÜLLERUS satisfacisse ei, quod ad satisfaciendum intentioni suæ præstandum fuisset. Mecum itaque constitui, nonnullis meletematibus materiam de emphyteusi ita pertractare, ut in iis, quas LEYSERUS proposuit, subsistens quæstionibus ea tantum moneam, quæ a MÜLLERO monenda fuissent, & tamen sunt prætermissa. Atque hæc sunt, quæ præfationis loco ad perspicendum dissertationis hujus scopum indicanda putavi.

FRANC. FRIDER. DE KILBERGER, HANNOV. 1781.
 GRAND. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.
 HANNOV. HANNOV. 1781.

MELE-

QU
 C
 rus
 cen
 præ
 util
 toru
 quo
 pen
 adv
 est,
 nen
 dum
 con
 ff. d
 men
 hen
 mun
 dica
 quo

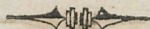


MELETEMA I.

QUALIS IN DUBIO PRÆSUMITUR FUNDUS: EMPHYTEUTICUS AN VERO CENSITICUS?

Circa quæstionem: qualis in dubio præsumitur fundus, emphyteuticus, an vero censiticus? Varii varia præsumunt. JULIUS CLARUS *a)* & VALASCUS *b)* putant fundum potius emphyteuticum, quam censiticum esse præsumendum, eo quod in dubio, quod minus est, præsumere oportet. Jam vero minus est in emphyteusi, cum in hac utile tantum, in censu vero plenum transfertur dominium. Major Doctorum pars cum MENOCHIO *c)* & Cardin. TUSCH *d)* docent bona, de quorum qualitate certo non constat, si tamen ex iis aliqua præstetur pensio, pro censiticis potius, quam emphyteuticis esse habenda. Hi adversariorum argumenta invertentes dicunt: in dubio, quod minus est, sequi oportet; contractus autem censualis minorem obligationem possessori imponit, quam emphyteuticus. Alii statuunt inspiciendum esse morem regionis, & in dubio præsumendum esse pro illo contractu, qui sæpius frequentari solet; quod conforme dicunt L. 34. ff. de R. J. — Sed, quid si uterque æque sit frequens? hærebit præsumenti aqua. Addunt præterea: videndum, an in instrumento deprehendatur vox *venditionis*, & hoc casu censum, non emphyteusin præsumant: cum ille per venditionem, hæc vero per locationem potius adquiri dicatur. — Verum, quid si vox venditionis sit omissa? — Prædium ex quo de more vetere annua pensio alteri solvenda est, censiticum potius

A



quam emphyteuticum præsumi statuit LEYSER e) ex ea ratione, quia agros vectigales seu emphyteuticos tales, quales jus romanum introduxit, quorum scilicet dominium directum penes alium, & utile etiam penes alium est, & ex quibus dominus directus utilem ob varias causas expellere potest, Germani veteres prorsus ignorarunt, neque illum ejus rei in præcis legibus & monumentis extat vestigium. LEYSERO adstipulatur *Jo. Ern. Just. Müllerus f)*, ea potissimum ratione motus, quod emphyteusis germanica magis quam romana ex sententia plurimorum Ictorum sit præsumenda. Quantum ad argumentum Leyseri attinet, valde dubito, num demonstrat id, quod est demonstrandum. Esto germanos veteres agros emphyteuticos tales, quales jus romanum introduxit, prorsus ignorasse, an inde sequitur, etiam modo post receptum per sæcula in germania jus romanum, pro censu tanquam contractu in germania antiquiore esse præsumendum? antiquior certe est permutatio emtionem venditione; quis autem inde concludet, pro permutacione potius, quam pro emtionem venditione esse præsumendum? Licet in eo amice conspirent Doctores, nostram, qualis hodie in germania viget, emphyteusim variis in capitibus ab emphyteusi romana esse distinctam, simul tamen etiam cum *Seckendorffio g)* *Hellfeldio h)* *Schmidio i)* & *L. B. de Kreittwayer k)* largiuntur, eam originem suam ex jure romano repetere, atque secundum ejus leges maxima ex parte esse adjudicandam. Varia certe juris capita, quæ hodiernæ germaniæ fora occupant, veteribus germanis erant ignota, & tamen hodie romano jure reguntur. Neque etiam argumentum quo *Müllerus* nititur nodum gordium solve- re mihi videtur. Transmissio, quod emphyteusis germanica potius quam romana in dubio sit præsumenda, inde tamen non sequitur, fundum pro censitico esse habendum, cum emphyteuses, recepto in germania jure romano, constitutæ censuum naturam non participant, & licet diversis in capitulis ab emphyteusi romana recedant, suos tamen juri romano natales debeant, atque ex eo maxima ex parte decisionem repetant; id certo probari non potest majorem esse in germania emphyteutarum numerum, quibus nihil domini competit, quam eorum, qui dominio limitato in fundis suis emphyteuticis fruuntur, ut proinde omnino adstipulandum sit *cel. RÜNDE l)*, dum scribit: von beyden Gattungen (i. e. den Bauern die völlig freye Eigenthümer ihrer Güter sind, und die gar kein Eigenthum daran haben) unterscheidet sich die bey weitem gewöhnlichere Gattung der deutschen Bauern, welche ein eingeschränktes Erbrecht, und unvollkommenes Eigenthum nach mancherley modificationen erlangt hat. Von diesen zeichnen sich zuerst diejenige von andern aus, welche ein wahres nutzbares Eigenthum (dominium utile) an ihren Gütern gewonnen haben. — In hoc opiniorum diver-

diversarum conflictu via quadam media incedendum, & pro diversitate casus diversimode decidendum esse mihi videtur. Meo igitur iudicio examinandum, utrum is, qui annuam exigit præstationem, fundi, ex quo petit, fuerit aliquando dominus, utrum vero nunquam? Si primum: emphyteusis erit præsumenda, quia per contractum consensualem dominium in alterum transfertur, & consequenter is, qui erat dominus, definit esse, & renuntiat dominio; nemo autem præsumitur juri suo renuntiare. Econtra constituta emphyteusi, is qui dominus erat, adhuc dominus manet, & transfert tantum jus quoddam in emphyteutam, quod dominium utile vocatur. Quilibet autem minimum a se abdicasse in dubio præsumitur. Si secundum: pro censu capienda erit præsumtio; quia censita, quod minus est, constituisse præsumitur. Consentiant VALASCUS *m*) EBERHARDUS *n*) & T. ALESIIUS *o*). Quodsi autem indagari haud possit, quis olim fundi, intuitu cujus annua præstatio exigitur, dominus fuerit: jam puto ad morem regionis esse respiciendum, & in dubio pro illo contractu præsumendum, qui frequentior esse solet. Quod si autem uterque æque frequens sit, pro censu potius, quam pro emphyteusi erit præsumendum, cum inter commoda possessionis referatur, quod pro possessore sit præsumendum, eum rem, quam possidet, omni meliore & firmiori jure possidere.

MELE-

- a) Lib. 4. sent. §. emphyt. quæst. 1. Nro. 3.
 b) In tract. de jur. emphyt. quæst. 32. Nr. 35.
 c) De præsumt. lib. 3. præsumt. 106. num. 3. seq.
 d) Lit. c. conclu. 192. num. 175.
 e) In med. ad pandect. Specim. 102. med. 2.
 f) In observat. pract. ad Leyseri med. obl. 245.
 g) Teutscher Fürsten Staat. cap. 2.
 h) In repert. real. pract. jur. priv. voce emphyteusis §. 7.
 i) In jure german. p. 382.
 k) Anmerkungen über den codicem Maximilianum Bavaricum civilem P. 4. C. 7. §. 1. n. 2.
 l) Grundsätze des allgemeinen teutschen privatrecht Göttingen 1791. §. 525.
 m) De jure emphyt. quæst. 32. n. 35.
 n) Part. 2. const. 39. defin. 8.
 o) In locis topicis in loc. ab. emphyteusi ad censum.
 p) In dissert. de emphyteusi cap. 5. §. 53.

—◆◆◆—

MELETEMA II.

AN EMPHYTEUTA DETERIORATIONES CUM MELIORATIONIBUS COMPENSARE, ATQUE ITA SE AB INSTITUTA ACTIONE PRIVATORIA LIBERARE POSSIT ?

Emphyteutam actione privatoria ob deteriorationes fundi emphyteutici conventum cum meliorationibus compensare, atque ita se ab instituta privatoria actione liberare posse statuit LEYSERUS a) provocando ad argumentum L. 11. in ff. de negot. gest. & L. 5. §. 13. de jure fisci. Verum ex his legibus nihil pro LEYSERI sententia probari jam observavit FRID. CARO. BURI b) dum hanc in rem scribit: *in denen von Leyser angeführten beyden Gesetzen ist nichts widriger enthalten. Denn in dem l. 11. in fin. ff. de neg. gest. steht nichts weiter, als das ein abwesender dessen Geschäfte von einem andern wider sein Wissen besorgt worden, den erhaltenen Vortheil mit dem verursachten Schaden aufrechnen müsse. Dieses hat seine völlige Richtigkeit in der negotiorum gestione, sintemal der negotiorum gestor des andern Geschäfte aus lauter Guttheit übernimmt; und ihm also zu nichts weiter gehalten ist, als das er ihm keinen Schaden verursache, wenn er ihm gleich keinen Vortheil zu wege bringt. Ein Emphyteuta hingegen ist zur Verbesserung des Guts gehalten, und kann also solche dem Herrn nicht als eine Wohlthat anrechnen, eben so wenig als wie ein socius den verursachten Schaden gegen den in der Gesellschaft verschafften Vortheil aufrechnen darf. L. 25. & 26. ff. pro socio. In dem L. 45. §. 13. ff. de jure fisci ist verordnet, das ein Pächter von einem fundo fiscali sich bey Strafe der vierfachen Ersetzung nicht unterstehen sollte Cypressen oder Olivenholz davon zu verkaufen, oder sonst Obst tragende Bäume umzuhauen, wenn er nicht andere wieder in die Stelle verschafft. Hieraus kann man, in sofern man solcher auf den Emphyteutam anwenden will (wiewohl da der conductor nicht wie der Emphyteuta zu der Verbesserung, sondern nur zur erhaltung der gemietheten Sache verbunden ist man nicht einmal von dem einen auf den andern schließen kann) nichts weiter beweisen, als das dem Emphyteutæ frey stehe einige Bäume abzuhauen, wenn er andere an deren Stelle hinpflanzt, die dem Gute eben so vortheilhaft sind, und das er dieserwegen des Guts nicht beraubt werden könne.*

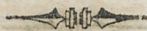
Cum ex his pateat LEYSERI opinionem idoneo fundamento destituit, dispiciamus nunc, quid LEYSERI censor J. E. J. MÜLLERUS circa hanc quaestionem sentiat. Hic c) omne controversiae punctum sequentibus verbis decidit: *quum species cum genere, & genus cum genere diverso compensari nequeat, dubito, an ejusmodi compensatio procedat; attamen si meliorationes mutuae aequae magnae atque deteriorationes sint, utique dicendum censeo. Emphyteutam ab actione privatoria liberari, non vero ob compensationem, quae hic exultat, sed*

217a

eam ob causam, quod tunc vera deterioratio non adest, si mutua melioratio facta sit. Emphyteuta enim fundi faciem immutare potest, dumne deteriorem eam reddat, vel quod idem est, novas meliorationes faciat.

Ingenue profiteor, me vim ratiocinii hujus *Mülleriani* non perspiciere. Lubens largior speciem cum genere, & genus cum genere diverso compensari non posse. Ast, quommodo inde inferri possit emphyteutam deteriorationibus compensare haud posse, divinare non ausim. Petit dominus directus, ut Emphyteuta condemnatur a Judice ad solvendum pretium eorum, quæ deterioravit. Petit emphyteuta, ut dominus directus condemnatur ad refundendum pretium meliorationum in emphyteusis a se factarum; uterque pretium pecuniarium sibi deberi contendit; quomodo igitur hic de specie cum genere aut de genere cum genere diverso compensando quæstionem esse adstrui potest? — Præterea quo fundamento asseri potest, veram deteriorationem non adesse, si mutua melioratio facta sit? nonne potest contingere, ut emphyteuta sylvas excidat & devastet, agros vero ita colat, ut eorum pretium longe excedat illud, quod hætenus habuerunt? nonne jam dici potest prædium ratione sylvæ deterioratum, ratione agrorum vero melioratum esse? nonne jam verum est emphyteutam intuitu agrorum plus non præstitisse, quam ad quod præstandum ex natura contractus obligatus erat, e contra intuitu sylvæ deterioratæ contra legem contractus egisse, adeoque ex hoc capite actione privatoria conveniri posse. In *authentic. qui rem C. de SS. Ecclesiis* definitur: *qui rem in emphyteusis acceptam fecerit deteriorem, repelli potest: ut tamen solvat totius temporis pensionem & id in quo rem læsit, resarciat: non repetiturus, si quid impendit nomine meliorationis.* Quis foret legis hujus sensus, si verum esset deteriorationem non adesse, si mutua melioratio facta sit?

Meo judicio in resolvenda hac quæstione, in casu, quo ratione meliorationum nil specialiter inter partes fuit conventum, ante omnia videndum est, an emphyteusis data fuerit sub lege, ut emphyteuta prædia meliora efficere, an tantum ut bene culta conservare debeat. In posteriori casu puto emphyteutæ jus competere omnes meliorationes repetendi; cum enim nullo jure ad meliorandum obligatus fuerit emphyteuta, dominus directus, nisi cum jactura domini utilis locupletari velit, obligatus est ad meliorationum harum pretium refundendum, sicque cum eatenus dominus directus ratione meliorationum factus sit debitor emphyteutæ, & vicissim emphyteuta ratione deteriorationis factus sit debitor domini directi, ratione deteriorationum & meliorationum locum obtinebit compensatio. Quodsi autem emphyteusis sub lege meliorationis sit concessa, distinguendum est inter meliorationes ordinarias &



extraordinarias. Meliorationum ordinariarum nomine veniunt omnia, quæ opera & factio hominis fundum meliorem reddunt, & augent, atque ad quæ facienda ex lege contractus emphyteuta obligatur. Huc refertur quidquid sterilitatem frugum, arborum, fructus adlervandos, augenda pecora, promovendam villicationem, e. c. plantatio, cultura sylvarum, arborum, horti, ripæ munitio plantatis arboribus, ædificatio horrei, stabuli &c. respicit. Meliorationes extraordinariæ dicendæ sunt eæ, ad quas faciendas emphyteuta ex lege contractus non tenebatur, e. g. si sumtuosas ædes extruxerit, molendina ampli reditus ædificarit, pretiosiores hortos, vias umbratiles & similia suis sumtibus fieri curaverit.

Meliorationes ordinarias emphyteuta cum deteriorationibus compensare nequit. Compensatio supponit mutuum debitum & creditum. Emphyteuta licet fundum deteriorando factus sit debitor domini directi, tamen meliorationes ordinarias faciendo non est factus ejusdem creditor, cum ad eas faciendas, secus ac Vasallus aut usufructuarius, ex lege contractus fuerit obligatus; id autem nullo jure repero, ad cujus præstationem ex lege contractus teneor. Quodsi juxta L. 55. §. 1. L. 6. pr. locat. conductor expensas utiliter factas ideo repetere potest, quia lege contractus ad eas faciendas non fuit obligatus; a contrario emphyteuta illas repetere nequit, si lex contractus exigat, ut eæ fiant. Neque etiam quisquam in hoc casu cum alterius jactura locupletior fieri dici potest, dum, quod sibi debetur, consequi conatur. Atque hunc sensum L. 2. C. de jure emph. & Novell. 120. Cap. 8. habere videntur. Quod ad meliorationes extraordinarias attinet, dominus eas emphyteutæ refundere, vel saltem, ut tollantur, pati debet, siquidem emphyteuta ad eas faciendas nulla ratione fuerit obligatus, ac proinde dominus directus cum jactura emphyteutæ non debeat fieri locupletior. Quatenus igitur dominus ad has impensas refundendas tenetur, eatenus etiam compensatio locum obtineat, necesse est.

a) In medit. ad π. Spec. 102. med. 8.

b) Ausführliche Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehenrechts, pag. 924.

c) In observ. pract. ad Leyseri med. Tom. I. fasc. II. observ. 296.

MELETEMA III.

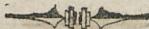
UT EMPHYTEUTA OB NON SOLUTUM CANONEM EMPHYTEUSI PRIVARI POSSIT, NON PRÆCISE DOLUS VEL CULPA LATA REQUIRITUR.

Ut emphyteuta ob non solutum canonem emphyteusi privari possit, dolum vel culpam latam requiri tradit LEYSERUS a). Merito ei contradic

— 00 —

7

cit J. E. J. MÜLLERUS *b*). Verum, cum vir consultissimus LEYSERI ratio-
nibus non ex assè satisfecerit, neque etiam momenta, quæ pro & con-
tra militant, exhauserit; præterea etiam recentissime JCTi gravissimi ex
quorum numero allegasse sufficiat Viros celeberrimos, CAROL. CRISTOPH.
HOFACKERUM *c*) & CAROLUM FRIDER. WALCHIUM *d*) LEYSERI sententi-
am defendant, operæ pretium videbatur punctum controversiæ peni-
tius evolvere. Momenta quæ pro fundanda LEYSERI opinione addu-
cuntur, sunt sequentia: 1) in actione privatoria delictum, quod priva-
tio emphyteuseos, tanquam pœna, sequitur, supponendum est; nam ratio,
quæ legumlatores, ut moræ in solutione canonis commissæ tam gravem
pœnam imponerent, non tam interesse pecuniarium domini est, quam
potius, quod emphyteuta non solvens præsumatur dominum jure suo in-
tervertere, eumque non amplius recognoscere velle; satis vero con-
stat delictum cogitari non posse, nisi adit dolus vel culpa lata. 2) Va-
sallus non potest feudo suo privari, nisi ob dolum vel culpam latam. 2.
feud. C. 52. §. 3. & 2. feud. Cap. 55. pr.; ergo idem etiam dicendum est
de emphyteuta. 3) Tutor aliter tanquam tutor suspectus removeri non
potest, quam ob dolum vel culpam latam, secundum *L. 7. §. 1. de sus-
pectis tutorib.*, a tutore autem merito ad emphyteutam valet conse-
quentia. 4) Generalia legum verba, scilicet *L. 1. C. de jure emphyt.
Cap. 4. de locat. & conduct. Nov. 7. C. 3. §. 2.* ex earum ratione re-
stringenda sunt. 5) In omnibus, præsertim in jure spectanda est æqui-
tas. *L. 90 de R. J.* — Ut ut hæc argumenta veri specie non destituan-
tur, probabiliora mihi tamen ea videntur, quæ pro sententia, quod
ad id, ut emphyteuta ob non solum canonem emphyteusi privari pos-
sit, non præcisè dolus vel culpa lata requiratur, pugnant; nam 1) Lo-
catori competit jus expellendi conductorem, si locarium per biennium
non solverit. *L. 59. §. 1. L. 56. locat. conduct.* Malitia aut culpa lata non
requiritur in persona conductoris ad eum expellendum, si per bienni-
um non solverit; cur dolus aut culpa lata requiratur ad expellendum
emphyteutam canonem suum per integrum triennium non solventem?
Si non minorem, certe non majorem favorem meretur emphyteuta in
canone, quam conductor in solvendo locario, morosus. 2) In *L. 2. C.
de jure emphyt.* definit JUSTINIANUS: *Si emphyteuta per totum triennium neque
pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei li-
cere eum a prædiis emphyteuticariis repellere nulla ei in posterum allegatione no-
mine meliorationis, vel eorum quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda,
sed omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo, neque prætendente, quod non
est super hac causa inquietatus: cum neminem oporteat conventionem, vel ad-
monitionem expectare, sed ultro sese offerre, & debitum spontanea voluntate
persolvere, secundum quod & anteriore lege nostri nummis generaliter cautum est.*
Solutus



Solus igitur triennii totius lapsus, & per totum hoc tempus omiffa pecuniarum folutio eft titulus, ex quo domino emphyteufeos facultas tribuitur emphyteutam a prædiis emphyteuticariis repellendi, nec verbulo culpæ cujufdam, multo minus certi cujufdam culpæ gradus, fit mentio; quo fundamento igitur mens quædam legi adfingi poteft, cujus nec vola nec veftigium in lege deprehenditur? 3) Si emphyteuta fundum emphyteuticum vendat, quin ante traditionem fundi fuum de alienando propositum domino denuntiet, ejuſque confenſum exspectet, privatur emphyteuſi *L. f. C. de emphyt.*; neque intereſt an iſthæc venditio per latam aut levem emphyteutæ culpam facta fit; ergo etiam ob non ſolutum intra tempus a lege præfixum canonem emphyteuſi privandus eſt, nec præciſe, ut in dolo vel culpa lata verſetur, requiritur. 4) Juxta allegatam *L. 2. C. de jure emphyt.* emphyteuta, ſi per totum triennium canonem non ſolverit privatur emphyteuſi, etiam ſi dominus non interpellaverit, neque canonem petierit; ipſe enim ultro ſeſe offerre, & debitum ſpontanea voluntate perſolvere debet, ſi privationis poenam evitare velit. Sed certæ levis culpæ gradus eſt, ſi debitor non ſe ipſe ad ſolvendum ſiſtat & ſolutionem offerat. Ex ipſa igitur *L. 2. C. cit. jure* inferitur, ad id, ut emphyteuta ob non ſolutum canonem emphyteuſi privari poſſit, non præciſe dolum aut culpam latam requiri. Ex his faciliſ eſt reſolutio eorum, quæ pro LEYSERI opinione adducta ſunt.

Quantum enim ad I. attinet, non video, undenam probari poſſit, in actione privatoria delictum in ſenſu proprio requiri. Lex plus non requirit ad fundandam actionem privatoriam, quam canonem per totum triennium non fuiſſe ſolutum; certe emphyteuta, qui putat ſe ſolutionem canonis retardare poſſe, donec a domino directo interpellatur, & non nitro ſeſe ad ſolvendum canonem offert, in delicto non verſatur; & tamen juxta deducta emphyteuſi privari poteſt. Præterea conductor, ſi intra biennium locarium non ſolverit, expelli poteſt, etiamſi in delicto non verſetur; cur igitur ratione emphyteutæ aliud fit ſtatuendum?

Non difficilior eſt reſolutio argumenti II. Circa quæſtionem: an ob ſolam culpam Vaſalli poenæ privationis locus ſit, duæ ſibi oppoſitæ extant juris longobardici conſtitutiones: una *LOTHARII II.* quæ privationem extra caſum doli inhibet. II. *feud. 52. §. 3.*; altera ſeverior *FRIDERICI I.* — quæ & culpam privatione vindicat. II. *feud. pr.* — Cum in poenalibus in dubio mitior ſententia amplectenda ſit, benignior *LOTHARII* conſtitutio uſu forenſi teſte perillu. *G. L. BÖHMERO f)* eſt recepta. Utique in hoc legis mitioris cum rigidiore conſlictu, etſi negari nequeat, fundamenta eorum, qui cum *God. Lud. MENCKE g)*

Joh.

JOH. GOTF. BAUER (h), WILH. AUG. RUDLOFF (i) & J. L. E. PÜTTMANN (k) contendunt, ob solam culpam vasalli privationis poenæ locum esse pondere sat gravi valere, benigniorem amplecti sententiam judici licet. Sed aliter se res habet in emphyteusi, ubi prorsus clara dispositio L. 2. C. de jur. emph., cum qua etiam Nov. 7. C. 3. §. 2. & Cap. 4. de locat. & cond. concordant, ad id ut emphyteuta a prædiis emphyteuticariis repelli possit, plus non requirit, quam canonem intra tempus a lege præfixum non fuisse solutum. Quod

Ad 3tium obmovetur, exigui prorsus momenti est. Licet enim concedatur tutorem, qui levem culpam admisit, *tanquam suspectum* a tutela removeri non posse, quod negant BACHOVIVS (l) VINNIUS (m) & HUBERUS (n), tamen verum est tutorem etiam ob levem culpam a tutela removeri posse, cum ea aut negligat aut nesciat, quæ viri prudentes, & boni patres familias in rebus suis facere solent, & ita ad administrandum parum sit idoneus; ceu id solidissime deduxit VOLLENHOVE (o). Cum igitur tutor etiam ob levem culpam, licet non tanquam suspectus, a tutela removeri possit; a potiori emphyteuta, cujus obligatio ex contractu emphyteutico nata, nullam omnino cum obligatione tutoris analogiam habet, ex disertissima legis clarissimæ dispositione, ob canonem tempore præfixo non solutum, a prædiis emphyteuticariis repelli poterit, etiam si in dolo aut lata culpa non versetur. Præterea suspecti tutores vel curatores jure nostro intelliguntur illi præcipue, qui dolo, vel, quæ dolo comparatur, lata negligentia tutelam gerunt, vel aliunde præsumuntur tutelam non ex fide gesturi. Ex ipsa igitur suspecti tutoris notione fluit, eum, qui in levi solum culpa versatur, suspectum dici haud posse.

Ad 4tum ambabus manibus largior generalia legum verba earum ratione esse restringenda; verum nego, quod adstruit LEYSE-
RUS, rationem, cur mora in solutione canonis commissa privationis poena coerceatur, in eo præcise consistere, quod emphyteuta non solvens præsumatur jus domini intervertere, eumque non amplius recognoscere velle. Otium hic fecit celeberrimus BURI (p), cujus hanc in rem ratiocinium sequens est: *er scheint, daß der Herr Hofrath Leyser bey Verfertigung dieser Meditation noch nicht gewußt, daß er diese gemeine Ursache selbst als unzulässig ansehen würde. Wie sie dann auch, welches bey der vorigen Ausnahme bereits angemerkt worden, in denen Gesetzen nicht den geringsten Grund hat, und nichts darinnen anzutreffen, woraus man schließen könnte, daß Justinianus dieser Ursachen willen die Beraubungsstraffe geordnet habe.*

Viel-

B

Vielmehr, wenn es ja nöthig ist, bey einem so klaren und deutlichen Gesetz, die Ursache zu untersuchen, so sind unterschiedene Muthmassungen vorhanden, woraus das Gegentheil, und daß sich Justinian nicht durch diese, sondern durch andere Ursachen, zu dieser Verordnung bewegen lassen, zu schliessen. α) So ist aus dem §. 3. Inst. de locat. & cond. zu ersehen, daß Justinianus den *contractum emphyteuticarium* sich hauptsächlich als eine *locationem perpetuam* vorgestellt, die gemeinlich solang dauerte, als die jährliche Pacht richtig bezahlt wurde, *ibi: quamdiu pensio sive redditus pro his domino præstetur*. Da nun bekannter massen eine jedwede *locatio* aufhört, wenn das Miethgeld innerhalb zwey Jahren nicht bezahlt worden L. 54. §. 1. L. 56. ff. locat. cond., und auch besonders solches bey denen Erbpachten gebräuchlich war, wie aus dem gemeldeten §. 3. Inst. de locat. abzunehmen; so ist nichts wahrscheinlicher, als daß Justinianus bey Gebung des L. 3. C. de jure emph. die bey Verpachtung gebräuchliche Verordnungen vor Augen gehabt, und dem *emphyteuta*, um ihm einiges Vorrecht vor einem blossen Miethmann zu ertheilen, ein Jahr längere Frist gegeben. Wie er dann auch in der Novell. 120. C. 8. die Wörter und Ausdruckungen: *quod ab eo promissum est emphyteuticum aut LOCATIONIS canonem, item ex qua LOCATIO aut emphyteus facta est; item LOCATE velemphyteuticæ rei &c.* als ähnliche oder fast gleichgültige Redensarten verknüpset. Da nun bey dem Miethmann kein weiterer böser Voratz bey der veräumten Zahlung nöthig ist, sondern die blosser Nichtzahlung dem Vermiether ein Recht giebt, den Contract aufzuheben, so ist auch ein gleiches Recht bey dem *emphyteuta* zu vermuthen. β) Wenn bey der unterlassenen Zahlung des *canonis* das *pecuniarium Interesse* des Herrn nicht das vornehmste wäre, so hätte Justinianus keine Ursache gehabt bey derer Kirchen ihren *emphyteutibus* die drey in zwey Jahre zu verwandten, weil der Aufschub des einen Jahrs dem *emphyteuta* noch keine so grosse Gelegenheit geben würde, die Kirche um ihr Eigenthum zu bringen. Zumal da gegen solche ohnedem eine vierzigjährige Verjährung erfordert würde. Allein es lehrt der ganze Zusammenhang der Novellæ 7. cap. III. §. 1. 2., daß des Kaisers einzige Absicht dabey gewesen, die Zinsen, und übrige Beschaffenheit derer *emphyteusum* so einzurichten, daß die Kirche am wenigsten Schaden dabey litt. γ) Und überhaupt, so ist der Termin von drey Jahren viel zu kurz, zumal bey dem *emphyteuta*, der ob *defectum tituli* mit der ordentlichen Verjährung von 10 Jahren nicht auslangen kann, als daß man glauben sollte, daß er in der Absicht, um das Gut völlig an sich zu bringen, den Zins in 3. Jahren nicht bezahlt habe. Folglich ist auch nicht zu vermuthen, daß Justinianus eine so unwahrscheinliche Absicht bey dem *emphyteuta* solle vorausgesetzt, und deswegen die Strafe der Beraubung verordnet haben.

Ad 5tum facile concedo in omnibus spectandam esse æquitatem, quando nempe verba vel mens legis dubia sunt. Quodsi autem dispositio

tio legis clara sit, insistendum erit dispositioni *L. 12. §. 1. Qui & a quibus manum*. Ubi dicitur: *Quod quidem perquam durum est: sed lex ita scripta est*. Certe interpretatio menti legislatoris non adcommodata æquitatis nomine in jure venire non potest.

MELE-

- a) In medit. ad π . spec. 103. med. 2. & 3.
- b) In observ. pract. ad LEYSERI med. observ. 247.
- c) In princip. juris civ. rom. ger. tomo II. part. prior. §. 1057. pag. 262.
- d) In introd. in controuv. jur. civ. recent. int. JCTos agitatat, edit. 3tia, Jenæ 1791. pag. 646.
- e) In principiis juris feud. §. 190.
- f) Diff. de pœna privationis feudi in vassallum dolo vel negligentia renovationem investituræ non petentem legibus statuta. §. 20.
- g) De communi Saxonum manu ob neglectam renovationem amissa, §. 47.
- h) In Prol. petitione renovationis investituræ quovis modo neglecta feudum amittit. Buzow 1771.
- i) In obs. jur. feud. N. 19. 20.
- k) In Comment. ad §. 5. J. de suspect. tut. & curat.
- l) In Comment. ad eundem §.
- m) In prælect. ad tit. I. de susp. tut. & cur. N. 5.
- n) In diff. de suspect. tut. & cur. Cap. 6. in OETRICH thes. diff. nov. vol. I. T. 1.
- o) Ausführliche Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrecht. pag. 912. seq.
- p) L. c.

MELETEMA IV.

STERILITAS, INCENDIUM, ALIIQUE CASUS FORTUITI NUM
REMISSIONEM CANONIS OPERENTUR?

Sterilitatem, incendium, aliosque casus fortuitos remissionem canonis non operari statuit LEYSERUS (a). Cum J. E. J. MÜLLERUS in *suir observationibus practicis ad LEYSERI meditationes* hanc LEYSERI sententiam prorsus reliquerit intactam, atque nihil omnino circa eam monuerit, videtur ei ex affe adstipulari. Horum sententiæ inter alios subscribitur

B 2

H.



H. GROTIUS (b) L. B. a WERNHER (c) HARPPRECHT (d) & BURI (e).
 Fundamenta hujus sententiæ sunt sequentia : 1) In L. 1. C. de jure emph.
 hæc habentur : *siquidem tanta emerferit clades, quæ prorsus etiam ipsius rei, quæ
 per emphyteusin data est, faciat interitum; hoc non emphyteuticario, cui NIHIL RELI-
 QUUM PERMANSIT, SED REI DOMINO, QUI QUOD FATALITATE INGRUEBAT, ETIAM
 NULO INTERCEDENTE CONTRACTU HABITURUS FUERAT, IMPUTETUR.* Sin
 vero particulare vel aliud leve contigerit damnum ex quo non ipsa rei peni-
 tus lædatur substantia hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscri-
 bendum. In hac lege expresse (ajunt) distinguitur inter casualem
 interitum, qui prorsus ipsam rei substantiam perimit, & qui solum
 damnum particulare circa rem emphyteuticariam, aut fructus infert, ut
 ille quidem emphyteutam a necessitate canonem præstandi liberet, hic
 vero ab eodem æquo animo ferendus, neque propterea canonis remis-
 sio concedenda veniat. Neque etiam distinguitur, utrum ad magnum,
 an exiguum canonem præstandum, emphyteuta obligatus sit; adeoque
 frustra hujusmodi distinctio contra rationem & mentem legum confingit-
 ur. 2) Emphyteusis proxima est emtioni venditioni. Sicut igitur res
 perit emtori, ita naturaliter sterilitas & alii casus, qui usum impediunt,
 damno sunt emphyteutæ. 3) Sicuti exuberans proventus emphyteutæ
 lucro, ita & malignus ejusdem damno est, & unius anni sterilitas uber-
 tate alterius juxta L. 15. §. 4. loc. cond. est pensanda. 4) Canon ab em-
 phyteuta non intuitu fructuum præstatur, sed in recognitionem domini
 directi, adeoque casuale incommodum, circa rem aut fructus emergens
 emphyteutæ regulæriter nocere debet. Rectius mihi sentire videtur FR.
 ALEX. f. qui quæstionem hanc controversam sequentem in modum re-
 solvit. " Distinguendum est inter emphyteutes juris romani & inter
 „ eas, quas germaniæ invenerunt mores. Hæc enim pinguem admodum
 „ volunt pensationem : illæ teste (ENGELBRECHTO ad ff. tit. si ager
 „ vestig. th. 19.) re modica erant contentæ; est adhuc sedulo discuti-
 „ tiendum, an, canonem ex fundi emphyteutici fructu solvi, sit necesse:
 „ an vero (ob pactum forte) nummaria præstatione sit opus. Videndum
 „ etiam quanta sit sterilitas; examinandum denique an non casum for-
 „ tuitum, insolitissimum etiam in se receperit emphyteuta; ut (quod dici
 „ amat) stylo ferreo sit præstandus canon. Sane, inspecto jure romano,
 „ sterilitas (etiam maxima) non liberabat canonis præstatione emphyteu-
 „ tam; nisi tunc solum, quando ex ipsis prædii emphyteutici fructibus
 „ erat solvendus: ut enim hoc casu possibilis non erat præstatio: ita
 „ tritissimum, quod ad impossibile nulla sit obligatio. Et hæc germana
 „ liberationis illius est ratio. Notum enim, quod alias ob sterilitatem
 „ nulla unquam indulgenda fuerit remissio: cum modicissima illa pensatio
 „ tio, nuda recognitionis fuerit (liceat ita loqui) ceremonia; non fru-
 „ ctuum

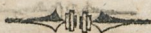
3) ctuum quædam compensatio. Unde consequens est, quod ubi in re num-
 3) maria consistebat, canon, nulla unquam remissio, ac proinde nulla libe-
 3) ratio, habuerit locum. Aliud omnino Germaniæ nostræ jubent mores. Hi
 3) idem, quod a conductoribus, pensum exigunt ab emphyteuticis: æquum
 3) igitur ut eodem etiam fruantur remissionis beneficio; nisi (quod utrifque
 3) commune est) casum fortuitum ultro in se receperint.

Ex his facilis est responsio ad ea, quæ pro fundanda LEYSERI sen-
 tentia prolata sunt. Nam ad

imum concedi potest jure romano sterilitatem etiam maximam
 non liberare canonis præstatione emphyteutam, nisi tunc solum, quan-
 do canon ex ipsis prædii emphyteutici fructibus præcite est solvendus;
 ast inde non sequitur in iis etiam emphyteutibus, quas germaniæ mo-
 res invexere, & in quibus canon fructibus plerumque proportiona-
 tus, eadem fere, ut in locationis conductionis contractu, ratione persol-
 vendus est, idem juris esse. Equidem negari nequit, nonnullas emphy-
 teusin germanicam inter & romanam convenientias deprehendi; tantam
 vero utriusque juris harmoniam, ita ut emphyteusis romana a germa-
 nica in variis capitibus non distet, nemo solidioris jurisprudentiæ prin-
 cipiis imbutus sustinebit. Antiquissimis quidem temporibus apud ma-
 jores nostros canon ad exemplum Romanorum (g) exiguus erat, cum
 is vel in decima (h) vel in nona & decima fructuum parte (i) consiste-
 ret; hodie vero, præsertim cum bona culta colonis frequenter con-
 cedi cœperint, pensionis præstationem ut plurimum non solum fructi-
 bus respondere, verum etiam rusticos passim ob immodicas præsta-
 tiones ita fere exhauriri, ut iis vix necessaria suppetant, a DD. ob-
 servatum est (k).

Argumentum, quod ad 2dum a venditione desumitur, non fringere,
 præter alios Jurisconsultos manifestissime ostendit, STRUBE (l), & per se
 jam primo obtutu cuique in oculos incurrit, venditionem fructuum,
 quæ hic fors latet, talem esse, ut conditionem, si nascantur, tacite in se
 contineat. Neque obstat

ad 3tium L. 15. §. 4. loc. cond., ex qua sterilitatem unius anni
 cum ubertate alterius compensandam esse, evincere volunt. Enim vero,
 quamvis apud Romanos, utpote qui locarium singulis quinquenniis qua-
 si per accessionem solvebant (m), talis compensatio in usu fuerit, non ta-
 men video, quomodo adversariorum sententiæ ex hac lege præsidii quid-
 quam accedere queat, præsertim cum emphyteutæ pensiones non col-
 lecti-



lective, sed quotannis distributive præstare teneantur (n). Præterea sterilitas extrinsecus superveniens est insperata, fecunditas autem & ubertas domino directo non minus quam emphyteutæ optata & sperata, atque ex ipsa re orta, quippe quæ bonitati agrorum unice debetur. Illa, ut frueretur emphyteuta, contractuum iniit, domino bene gnaro, quos fructus res sua ferre possit, plenam utilitatem ipsi cedente, ut proinde lucrum, quo emphyteuta potitur, dominus directus donasse censendus sit.

Quod ad 4tum obmovetur, utique quod ad emphyteutes romanas magni ponderis est, sed ratione emphyteusium, quales pleræque hodie in Germania usitatæ sunt, nil probat, cum hæc ut plurimum circa bona culta versentur, & annua pensio in compensationem usus & fructuum magis, quam in recognitionem domini directi sit præstanda. Quemadmodum facile mihi concedetur, hanc sententiam æquitati naturali magis esse consentaneam; ita etiam negari haud potest illam legibus particularibus, quas allegat STRUBE (o), quibus adhuc addi potest *Cod. Maxim. Bavar.* (p) passim roborari. Neque etiam auctoritate destituitur hæc sententia, cum ei LAUTERBACHIVS (q), ab eoque allegatus VINNIUS, CLARUS, GALLIUS, VALASCUS, præterea etiam STRUBE (r), JÄGER (s), SPENGLER (t), HERRENBERGER (u), L. B. DE KREITMAYER (x), ROSCH (y), LENEPP (z), ZINTGRAFF (aa), aliique plures, uti & suprema tribunalia in terris borussicis (bb) adstipulentur.

M E L E.

- a) In med. ad π. spec. 103. med. 4.
 b) De jure belli & pacis lib. 2. cap. 12. n. 18.
 c) In select. observ. forens. T. I. Vol. IV. obs. 214. n. 145.
 d) Ad inst. tit. de locat. cond. §. 3. n. 378.
 e) In der Erläuterung des Lehnrechts pag. 1011.
 f) In diss. de emphyt. cap. 5. n. 41.
 g) BURI l. c. pag. 835. seq. LAUTERBACH coll. theoret. pract. lib. 6. tit. 3. §. 9.
 h) ANTON DOMINICUS de prærogat. allod. cap. 9. §. 1.
 i) Perill. GEORG LUDWIG BÖHMER diss. de origine & ratione decimarum in Germania §. 28.
 k) STRUBE de jure villic. cap. 4. §. 2. de GOEBEL de jur. & jud. rust. cap. 3. §. 37. not. c.
 l) l. c. §. 3.
 m) ESTOR alte kleine Schriften I. Band pag. 153.

- *) STRUBE I. c. §. 4. WINKLER von Kriegschäden pag. 130.
 o) loc. cit. §. 4. seq.
 p) Part. 4. cap. 7. n. 9.
 q) In colleg. theoret. pract. lib. 6. tit. 3. §. 13.
 r) l. cit. cap. 4. §. 3.
 s) In diss. de emphyt. Salin. sect. I. §. 8. pag. 30.
 t) In diss. de natura & indole emphyt. german. §. 21.
 u) In diss. de canone emphyt. p. 4.
 v) In den Anmerkungen über den codicem Maximilianum Bavaricum civilem P. 4. cap. 7. §. 9.
 w) De canoue emphyteutico §. 12.
 x) Abhandlung von der Leyhe zu Landfiedelrecht p. 438, n. 3.
 aa) In diss. super remissione canonis. Casselis 1772.
 bb) Beyträge zur juristischen Litteratur in den preussischen Staaten 3te Sammlung pag. 60.

MELETEMA V.

DOMINUS, QUI INSTITUTA JAM OB NON SOLUTUM CANONEM ACTIONE
 PRIVATORIA OBLATUM CANONEM PRÆTERITUM, VEL PARTEM
 EJUS RECEPIT, ACTIONEM TACITE NON REMITTIT.

Dominum, qui instituta jam, ob non solutum canonem actione privatoria, oblatum canonem præteritum, vel partem ejus recipit, actionem tacite remittere contendit LEYSERUS (a). Merito ei contradicit J. E. J. MÜLLERUS (b), cum autem post prolata a MÜLLERO argumenta JCTi gravissimi e. c. CAROL. CHRISTOPH. HOFACKER (c), & CAROL. FRID. WALCHIIUS (d), LEYSERO adhucdum adstipulentur, proindeque MÜLLERI fundamenta non sat ponderosa reputent; alii autem magni nominis JCTi e. c. FR. ALEF (e), & JOH. THAD. MÜLLER (f) rationum momentis, quæ deducta a J. E. J. MÜLLERO gravitate superant, adversus LEYSERI opinionem certarint, quæ argumenta J. E. J. MÜLLERUM non minus ac recentiores LEYSERIANÆ sententiæ affeclas latuisse videntur, cum neuter horum Authorum meminerit, operæ pretium erit, utriusque sententiæ fundamenta, eo, quo valent pondere & numero, in medium proferre atque discutere. LEYSERUS, ac cum eo WALCHIIUS l. c. sequentibus armis dimicant: 1) Actio privatoria ideo datur domino, ut injuriam, siabi denegatione canonis & omiffa dominij recognitione quodammodo factam, ulciscatur. Injuriam vero injuriatus etiam post institutam jam actionem

actionem remittit, si satisfactionem, quam ipsi præstat injurians, accipit, nec ei contradicit. *L. 17. §. 6. de injuriis.* 2) Sublata querendi causa, ipsa quoque querela tollitur secundum *L. 17. §. 6. de injur.*; sed ea sublata est, ubi moram purgavit emphyteuta. Licet igitur dominus canonem salvo expellendi jure accipere potuerit, opportuisset tamen animum hunc in ipsa receptione declarare, julque suum sibi reservare. His argumentis VINNIUS (g) & MERENDA (h) adhuc addunt 3): Venditor post diem commissoriæ legi præstitutum, si pretium petat, legi commissoriæ renuntiare censetur *L. penult. de l. commiss.*, ergo etiam emphyteuta, si instituta jam ob non solum canonem actione privatoria oblatum canonem præteritum, vel partem ejus recipiat, actioni privatoriæ renuntiasse censendus est. 4) Canon non potest deberi ab emphyteuta, nisi sub prætextu, quod sit adhuc emphyteuta; ergo repugnat caducitate; acceptatio canonis; ergo noluit dominus directus uti caducitate, dum usus est contractu emphyteutico, cujus virtute canon sibi debetur. 5) In emphyteuta, qui canonem per triennium non solvit, duplex est debitum. Primum est debitum canonis. Secundum est jus auferendi emphyteusin. Primum supponit contractum adhuc durare. Secundum autem ponit contractum extingui. In potestate autem domini directi est, alterum eligere; utrumque autem non potest, quia sunt contradictoria. 6) In *L. 23. de recept. & qui arbitr.* dicitur: Celsus ait, si arbiter intra Calendas Septembris dare jusserit, nec datum erit: licet postea offeratur, attamen semel commissam pœnam non evanescere: quoniam semper verum est, intra Calendas datum non esse. Sin autem oblatum accepit; pœnam petere nequit, doli exceptione removendus. 7) Res ipsa & pœna simul peti non potest, *L. 10. §. 1. de pact. L. 12. §. 2. de pact. dot. L. 4. §. 7. de dol. mal. except. L. 4. C. de pact. inter emt.* Nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diversificatio est, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præstandum id, ad quod præstandum ex conventionem aut lege obligatus est. 8) Emphyteuta canonem non solvens duplici de causa jure suo privatur: primo, quia pensionis damno dominum affecit; deinde & quidem præcipue, quod se emphyteutam esse negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone poitea oblato, & ultro a domino recepto. 9) In *novell. 120. cap. 8.* dicitur favore Ecclesiæ introductum, quod, pensione per biennium non soluta, possit & canon temporis præteriti exigi, & præterea res emphyteutica vindicari. Si igitur hoc speciali ecclesiæ favore sit introductum, sequitur in emphyteusi sæculari contrarium obtinere.

Majoris momenti mihi videntur, quæ contra LEYSERI opinionem pugnant fundamenta. Nam 1) canon præteritus ab expulso etiam emphy-

phyteusi peti & recipi potest, quin propterea redintegretur emphyteusis; *Nov. 120. Cap. 8. Auth. Qui rem hujus modi C. de SS. Ecclesiis.* Igitur & recipi & tamen emphyteuta expelli poterit. Nam ideo licet prius, quia inter canonem præteritum & perdurantem contractus emphyteutici valorem nulla est connexio; sed hæc ipsa ratio in nostra hypothese obtinet: ergo in hoc, quod in illo casu, dicendum; maxime, cum alias ne protestatione quidem jus caducitatis servare liceret. Apposite omnino hanc in rem scribit BURI c): *Weil der emphyteuta wenn ihm gleich das Gut weggenommen wird, dem ohngeachtet annoch verbunden ist, den rückständigen Zins zu bezahlen, so empfängt der Herr in Annehmung dieses rückständigen Zinsers nichts weiter, als was ihm zugehört, woraus gar kein Schluss auf die Begebung eines gewissen Rechts, und dafs er solchen Zins auch noch inskünftige von ebem diesem emphyteuta annehmen wolle, zu machen. Es wäre solches eben als wenn ich ein aufgekündigtes Capital deswegen länger müste stehen lassen, weil ich von denen verfloffenen Jahren die Zinsen angenommen, oder wenn ein Officier der auf gewisse Jahre capitulirt, sich deswegen zu längerer Zeit anheischig gemacht hätte, weil er den rückständigen Sold angenommen.*

2) Quando res & poena æque principaliter debentur, & hanc & illam petere licet, ut innuit *L. 7. §. 1. de condit. furti*; sed ita se res habet in præsentis quæstionis specie: rem enim ob præcedentem contractum, & poenam ob debitoris moram præterit dominus. 3) Ab eo, qui transactionem, jure jurando firmatam, non servat, non tantum poena promissa, sed &, quod datum, repeti potest, ut habet *L. 41. C. de transact.*; quid igitur obstat, quo minus in casu præsentis quæstionis aliud sit statuendum. 4) Canon præteritus non pro re, sed pro usu rei jam præterito præstat: is autem non videri potest illi rei renuntiasse, pro qua nihil accepit. 5) Si canon intra triennium ab emphyteuta non solvitur, tum duæ res simul domino deferuntur: canon triennalis, qui illi pro usu rei præterito debetur, & res ipsa emphyteutica, quam revocare potest. Quam ob rem cum utrumque simul domino deferatur: uno recepto, alterum adhuc peti potest. 6) Nemo juri suo renuntiasse præsumitur, ergo nec dominus canonem accipiendo dominio pleno renuntiasse præsumi debet, dum præter reversum dominium jus adhuc habet canonem exigendi. 7) Locator, a conductore, ob mercedem intra biennium non solutam expulso, exacti temporis locarium petere potest; cur minus juris tribuatur domino directo intuitu emphyteutæ?

Facili negotio diluuntur, quæ pro fundanda LEYSERI opinione adducta sunt. Quantum ad Imum attinet; jam observavit *PRESENTIUS h)* & cum eo *J. E. J. MÜLLERUS l. c. actionem privatoriam neutiquam esse*

esse actionem injuriarum, sed ipsam rei vindicationem, quæ ob reverentiam dominium plenum instituitur. Notatu dignissima sunt, quæ contra LEYSERUM hic scribit BURI l) his verbis: *was den von Leyser aus der Vergleichung einer Injurien Klage hergenommenen Grund betrifft, so ist solche Vergleichung an sich, weil die unterlassene recognitio domini nicht die Ursache der Beraubung ist, wie oben gezeigt, nicht gar zu wohl ausgenommen, man müste dann bei einem jedwedem Miethsmann, der seine Miethe nicht richtig abträgt, ja aus gleichem Grunde bey allen bösen Bezählern zugleich eine Injurie und daraus entspringende Klage behaupten wollen. Gesetzt aber die privations Klage habe eine Gleichheit mit der Injurien Klage, und man könne von der einen auf die andere schließen; so bestehet die satisfactio, welche der Herr verlangt, nicht in der Erhaltung des Zinses, sondern in der Wegnehmung des ganzen Guts; folglich kann man nicht sagen, daß er durch die Abbezahlung und den Empfang des Zinses seine Satisfactio erhalten, indem er dadurch nichts weiter, als eine ihm ohnedem zukommende Schuld, mit nichten aber eine Genugthuung für die angebliche erlittene Injurie und Verachtung erhält, als welche Kraft der Gesetze durch die Wegnehmung des ganzen Guts muß gebüßet werden.*

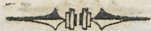
Ejusdem farinae est quod ad 2dum obmovetur: nam inprimis falsum est in emphyteusi civili lapsa triennio moram purgari posse. Falsum porro est sublatam esse causam querendi, si dominus instituta ob non solutum canonem actione privatoria oblatum canonem præteritum sine protestatione recipit. Causa querendi duplex est: 1) canon triennalis, qui pro usu rei præterito debetur, & 2) res ipsa emphyteutica. Uno igitur recepto causa querendi necdum est sublata, proinde alterum adhuc peti potest. Verissimum certe est, quod BURI l.c. scribit, dum ait: *ich sehe gar keine Ursache warum der Herr nöthig habe bey dem Empfang des Zinses von neuem seine Absicht wegen der Beraubung des Gutes an den Tag zu legen, da er solche durch die Anstellung der Klage selbst deutlich genug zu erkennen gegeben, und der Zins mit der Beraubung des Guts an und für sich nichts zu thun hat, und also auch von diesem Empfang auf die Begebung dieses Rechts nicht kann geschlossen werden. Vielmehr da der Herr in seiner privations Klage um zweyerley bittet, nemlich um die Bezahlung des ruckständigen Zinses, und um die Wegnehmung des Gutes, und der Emphyteuta sich zu dem ersteren gutwillig versteht, so muß ihm ja die Annehmung dieses Zinses ohne Nachtheil erlaubt seyn, weil ihn in dem Verweigerungsfall der Richter ex officio dazu anhalten könnte. arg. L. 21. ff. de reb. cred. Æque infirmo talo nititur, quod ad tertium obmovetur. Quod venditor, post diem præstitutum, pretium petens, legi commissoriae renuntiare censetur; id ad rem præsentem nihil facit, quia venditor pretium petens non potest non contractui (ex hujus valore enim pretium unice petit)*

petit) insistere; atque sic jus emtoris est alternativum. Econtra domino emphyteusos ex legum dispositione jus canonem præteritum exigendi, & emphyteutam ejiciendi non alternative, sed conjunctim competit.

Falsum est quod ad 4tum & 5tum profertur, canonem non posse deberi ab emphyteuta, nisi sub prætextu, quod adhuc sit emphyteuta; & debitum canonis supponere, quod contractus emphyteuticus adhuc perduret, sicque simultanea utriusque petitio contradictionem involvat. Emphyteuta, licet emphyteusis finita sit, pro tempore præterito, canonem suum adhuc solvere tenetur, eadem ratione, ut conductor propter locarium, per biennium non solutum, expulsus, mercedem pro tempore præterito debitam solvere obligatur. Taceo hoc argumento probari, quod ne interposita quidem protestatione, præter canonem præteriti temporis, liceat caducitati inhærere.

Quod ad 6tum ex *L. 23. de recept. & qui arbit.* desumitur argumentum, neutiquam adversatur; nam in casu nostro & canonis solutio & emphyteusos privatio æque principaliter debentur; ast in *Casu L. 23. præstatio ejus*, quod jussit arbiter, & pœna in casum omissionis debita, alternative se tantum habent. Unde consequens est, quod creditor acceptando (ut ut post Kalendas Septembres) oblatum, pœnam remississe censeatur. Alterutrum enim petere debebat, utrumque non poterat.

Neque plus ponderis inest ei, quod ad 7mum prolaturum est. Nam tunc tantum verum est dicere, rem & pœnam non posse simul peti, quando res principaliter, pœna vero in subsidium tantum debetur. Audiamus hanc in rem *BURIUM*, qui *l. c.* hæc scribit: *es ist kein allgemeiner Satz, daß die Sache und die Strafe nicht zugleich gefordert werden können; denn ob es gleich bey den sogenannten actionibus mixtis in so weit eintrifft, daß, da in solchen actionibus auch zugleich die rei persecutio mitenthaltten ist, ich also z. E. in der actione vi bonorum raptorum nach erhaltenem quadruplo nicht noch insbesondere ad rem persequendam klagen kann; so fehlet es doch bey andern, indem ich z. E. nach angestellter actione furti ad pœnam consequendam amnoch conditionem furtivam ad rem persequendam habe. L. 34. §. 2. de O. & A.* Ueberdem aber, so kann die gegenwärtige Beraubungsklage, wober der Herr zugleich den rückständigen Zins fodert, mit denen actionibus pœnalis oder mixtis gar nicht verglichen werden, indem allhie zwey Klagen, die beyde rei persecutorie sind, im übrigen aber mit einander nichts gemeines, sondern ganz unterschiedene Absichten haben, und also auch einander nicht auf-



haben können, vorhanden sind, nemlich eine ad retrahendum fundum ob non solutum canonem, und die andere ad solvendum canonem jur den in Besitz und Genuß gehalten Emphyteusm.

Ex deductis jam per se patet, prorsus erroneum esse, quod ad gnum obmotum est. Nam primo falsum est, actionem privatoriam in eo præcipue fundari, quod emphyteuta se emphyteutam esse negare videatur. Secundo, si admitti etiam posset, fundamentum actionis privatoriae in eo radicari, tamen erroneum foret, emphyteutam in præjudicium juris domino directo quæsi moram purgare posse.

Denique ad gnum verum quidem est in *nov. 120. Cap. 8.* statutum esse, quod ecclesia possit, pensione per biennium non soluta, & canonem præteriti temporis exigere, & præterea rem emphyteuticam vindicare; ast hoc non statuitur cum jactata ab adversariis emphasi: quasi hoc speciali ecclesiae favore sit constitutum. Dubium potius, quod subesse poterat, deciditur: an nempe, quod ob triennem canonis omissionem in emphyteusi civili quoad caducitatem obtinet, idem etiam in ecclesiastica sit admittendum, cum hæc ad caducitatem citius properet; id quod Imperator venerabilibus locis ibidem indulget.

MELE-

- a) In med. ad π Spec. 103. med. 6.
- b) In observat. pract. ad Leyseri med. observ. 248.
- c) Princip. jur. rom. civ. germ. tom. II. part. prior. §. 1058. p. 263.
- d) Introd. in controv. jur. civ. recentiores inter Jctos agit, edit. noviss. Jenæ 1792. pag. 645.
- e) In diff. de emphyt. Cap. 5. n. 46. — 51.
- f) In System. pandect. P. 2. tit. 16. §. 688. lit. 1. p. 720.
- g) In select. jur. quæst. lib. 2. cap. 3.
- h) Controv. jur. lib. 16. cap. 16.
- i) Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts. p. 917.
- k) In diff. de poena emphyteutæ canonem non solventis. §. 15.
- l) loc. cit. p. 919.

—♦♦—

MELETEMA VI.

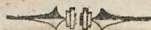
21

AN EMPHYTEUTA, QUI PARTEM CANONIS SOLVIT, EXPELLI QUEAT ?

Emphyteutam, qui partem canonis solvit, expelli non posse, imo etiam particularem canonis oblationem, licet a domino non acceptam, sufficere contendit LEYSERUS *a*). Contrarium propugnant Math. BERLICHUS *b*) & præter Doctores ab eo allegatos Jo. HARPRECHT *c*), nec non SAM. COCCEJI *d*). Viam inter utramque mediam eligunt FACHINEUS *e*) & FRESENIUS. *f*) Prior tres casus distinguendos putat: 1) quando emphyteuta non solvit quidem per triennium totum canonem, sed tamen tantum singulo anno solvit, quod, si coacervetur, unius anni æquat canonis debitam quantitatem. 2) Quando id, quod solvit emphyteuta, singulis annis, non æquat debitam unius anni portionem, & modicum non est, sed e. c. deest pars tertia vel dimidia. In duobus prioribus casibus statuit, emphyteutam non esse privandum jure suo, bene vero in posteriori. Posterior, FRESENIUS nempe, sic distinguit: 1) si emphyteuta tantum solverit, ut summa soluta quantitati canonis unius anni æqualis sit, non erit expellendus; restat hoc casu enim tantummodo canon duorum annorum. 2) Sin autem tantum non solverit, circumstantiæ probe considerandæ erunt, & videndum, an solutio in verum contentum domini directi, an vero ex culpa solum levi, an denique ob paupertatem aliosque casus infortuitos omissa sit? Prout contentus in dominum directum elucet, aut minus, emphyteuta ejiciendus aut retinendus erit. — LEYSERI sententiæ ad stipulatur J. E. J. MÜLLERUS *f*), atque ex recentioribus JCTIS, CAROL. FRID. WALCHUM *g*), ANT. VINCENT. HERRENBERGERUM, *h*) atque AUTHORES *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* *i*) secum consentientes habet. Fundamenta horum sunt sequentia: 1) Pœna privationis in eum tantum est statuta, qui in emphyteusi sæculari per triennium, in ecclesiastica per biennium nullum canonem solvit; jam vero de eo, qui partem solvit, minime dici potest, eum per biennium vel triennium canonem non solvisse, vel dominium domini emphyteuseos recognoscere noluisse. 2) Ratio, cur domino tribuatur jus emphyteutam expellendi, in eo est ponenda, quod præsumendum sit de eo, illum haud agnoscere velle dominum directum; sed illud statuere non possumus, ubi illud jam, parte canonis soluta, agnovit. 3) Interpretatione legum pœnæ molliendæ potius sunt, quam asperandæ. *k*). — In hoc opinionum labyrintho præplacet via media, non tamen ea, qua incedunt FACHINEUS aut FRESENIUS, sed potius eo videtur respiciendum, cum annui defectus,

C 3

in



in unum collecti, biennem, vel pro diversitate emphyteuseos, triennem adaequent canonem, an non. Si verum sit dicere, emphyteutam, qui partem canonis solvit, esse debitorem biennalis aut triennalis canonis, emphyteuta jure poterit expelli. Desinit GREGORIUS IX in *cap. ult. de locat. cond.* emphyteutam cessando in solutione canonis per biennium, jure posse expelli. Sancit JUSTINIANUS in *L. 2. C. de jure emphyt.* domino volenti licere emphyteutam, si per totum triennium non solverit, a praediis emphyteuticariis repellere. Quocumque igitur verum erit dicere emphyteutam, qui partem canonis solvit, canonem pro tempore a legibus definito, non solvisse, etiam poena lege definita obtinebit. Certe, si, ut docet ANTON MERENDA *l)* conjungenda sint tempora venditoris & emtoris, ut indicatur ejus amissio ob canonem intra triennium non solum; a potiori partiales solutiones conjungendae erunt ad tempus necessarium, ut emphyteuta cadat jure suo ob canonem per triennium non solum. Interim videndum omnino erit, ut recte monet FRANC. ALEX *m)*, quid actum sit creditorem inter & debitorem: nempe an solutio sit facta erga apocham domini, an vero (quod rarius quidem fiet) eadem neglecta. Deinde (si facta sit erga apocham) ad id est respiciendum, an in illa consistatur dominus, pro quovis anno sibi praestitam canonis partem; an, quidquid ultimo triennio est solum, in residuum antecedentium annorum debitum dicat esse imputatum; an neutrum tandem horum significet apocha. Atque, pro specierum discrimine, aliter & aliter dirimi lites, necesse est. In *primo* casu locum non habet privatio: cum dici non possit, abuisse annum, pro quo nihil sit solum; neque jam licet creditori, iis annis, quibus annexuit solutionem, eandem subducere, ac in alios imputare. In *secundo* locum habet: quia verum est, quod integro trium annorum curriculo nihil omnino canonis sit solum. Habebit & locum in *tertio*: quia (quod aliunde notum) liberum manet creditori, in antiquius debitum factam solutionem imputare. Porro ex his etiam liquet, quid statuendum sit, ubi sine apocha partialis quotannis facta est solutio. Si enim fateatur dominus, ex solutionibus partialibus pro suo quaque anno se suscepisse; cessabit ejectionis periculum: si vero asserat, probetque, recentioribus solutionibus expunctum esse vetus debitum; non cessabit. Ex his patet neutiquam obitare, quae pro vindicanda LEYSERI sententia MÜLLERUS, ejusque sequaces in medium proferunt. Quantum enim ad *1mum* attinet, ex dictis apparet, etiam de eo, qui partem canonis solvit, quandoque dici posse, eum per biennium vel triennium canonem non solvisse vel dominium domini directi recognoscere noluisse, proinde poenam privationis in eum esse statuendam. — Neque plus ponderis inest illi, quod ad *2dum* obmotum est; nam de eo, qui partem

partem canonis quidem solvit, sed tamen tantam canonis quantitatem debet, ut annui defectus in unum collecti, biennalem, vel pro diversitate emphyteuseos, triennalem adæquent canonem, dici potest, quod præsumendum sit de eo, illum haud agnoscere velle dominum directum. Præterea non sufficit emphyteutam dominum utcumque recognovisse; sed, ut recognitio facta sit, uti leges jubent, necesse est; alias enim sufficeret, si nullo omnino canone soluto emphyteuta quotannis vel semel tantum suum saluaret dominum, seque canonis debitorem coram eo profiteretur. Taceo pinguem canonem, qualis hodieum plerumque est, sterili recognitione domino multo esse gratiorem. Equidem ad tertium inficias iri non potest pœnas molliendas potius quam asperandas esse. Verum hæc interpretatio tantum in casu legis dubiæ aut obscuræ locum sibi vindicare potest; lex enim clara interpretatione non indiget, & ex æquitate, ut ut evidente, Judex legem claram inconsulto principe mitigare non potest n). Quod autem sola particularis canonis oblatio, a domino non acceptata, emphyteutam a pœna non liberet, ipse Buri, qui cæteroquin LEYSERO adstipulatur, fatetur, dum scribit o): *ich kann Leyser nicht beypflichten, wenn er davor hält, dass auch sogar die bloße Oblation der particularis solutionis hinlänglich sey, und den emphyteutam von der Strafe befreye, indem solcher denen klaren Gesetzen, dass ich niemand zur Annehmung einer Bezahlung auf Abschlag zwingen kann, zuwider lauft. Zumahl da Leyser selbst die gewöhnliche sub Nro. 3. von uns gemeldete Ursache, warum die particularis solutio allhie die Strafe verhindern, vor unkräftig hält, und das ganze responsum lediglich auf den L. 42. ff. de penis gründet, welcher also lautet: interpretatione legum pœnæ molliendæ sunt potius, quam asperandæ. Oder wie Paulus L. 155. §. 2. ff. de div. reg. jur. sagt: in pœnalibus causis benignius interpretandum est. Da doch diese allgemeine Regel nur in denen Fällen statt findet, wo die Worte eines Strafgesetzes zweifelhaft sind, und man aus zweyen oder mehreren Begriffen, die mit solchen Worten nach der gewöhnlichen Bedeutung verknüpft werden könnten, denjenigen nach welchen die Strafe am gelindesten bleibt, erwählet. Hingegen ist es denen Rechtsauslegern nicht erlaubt, unter diesem Vorwand eine Meynung einzuschleiben, wovon in dem Gesetz gar nichts enthalten, oder welche wohl gar demselben zuwider ist. Denn dieser heist nicht die Gesetze auslegen, sondern Sie verändern, oder neue Gesetze machen.*

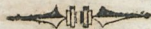
a) In med. ad π spec. 103. med. 7. & 8.

b) Part. II. concl. 46. num. 21.

c) In comment. ad inst. lib. 3. tit. 25. n. 482. sequ.

d) In jur. controv. tit. si ager vect. quæst. 9. ex editione Emminghausii Lips. 1791.

e) Cor



- e) *Controvers. jur. lib. 1. cap. 96. pag. 74.*
 f) *In Observat. pract. ad LEYSERI med. tom. 1. fasc. 2. obs. 249.*
 g) *In introduct. in controv. jur. civil. recent. sect. 3. C. 4. memb. 4. §. 5.*
 h) *In diff. de canone emphyt. §. 10.*
 i) *Vol. 2. med. 59. pag. 22.*
 k) *L. 42. de pœn. cap. 49. de reg. jur. in 6.*
 l) *In controv. jur. lib. 9. cap. 15.*
 m) *In diff. de emphyt. cap. 5. Nro 40.*
 n) *Clariss. F. J. HARTLEBEN in med. ad π. spec. 4. med. 9.*
 o) *Ausführliche Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts p. 91f.*

MELETEMA VII.

AN INHUMANA SIT ELBERTI LEONINI IN L. I. C. DE JURE
EMPHYTEUTICO SENTENTIA ?

Docet ELBERTUS LEONINUS in *Comment. ad L. 1. C. de jure emphyt. n. 7.* emphyteutam, si in fundum (quo ob hostium furorem carere aliquot annis debuit) tandem redierit, illius temporis canonem adhuc solvere debere.

Inhumanam hanc vocat sententiam LEYSERUS in *med. ad pandect. spec. 103.*, ibique in *coroll. 3. sub fine annexo*, dicitque LEONINUM aperte *refelli ex leg. 12 §. ult. de rebus auct. jud. poss.* — in hanc sententiam sequentia scribit FR. ALEF (a):

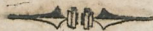
“ Verba legis, quibus nititur clariss. LEYSER, hæc sunt: *Si propter naturam, veluti si prædium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri; recte dicitur, non esse, quod possideatur.* Demum verborum sensum; & liquebit an Leonini refellant sententiam. Innuit hic PAULUS, Jurisconsult. subtilissimus, (desumta enim lex est ex ejus lib. 59. ad edict.) commune illud philosophorum axioma, quo dicitur, quod a negatione potentia valeat argumentum ad negationem actus: nempe, qui possidere non potest, non possidet. Item: quod possideri non potest, non possidetur. Hoc, inquam, innuit Paulus: sed & ultra progreditur. Ostendit enim in exemplis, qui fiat, quod aliquid sit *physice*; non sit tamen *moraliter*: sic certe prædium inundatum existit adhuc *physice*: quomodo alias enim inundari posset? non existit tamen *moraliter*; quia non est amplius id, quod ita possideatur, ut

facul-

„ facultas possidendi in ipsum sese exerat actum. Hoc verborum argu-
 „ mentum : hæc PAULI est subtilitas. Illa vero, quæ obfunt LEONINO non-
 „ dum videmus. Novit clarissimus LEYSERUS, inundationem aliam esse tem-
 „ porariam, perpetuam aliam. Novit sub hac extingui dominium (directum,
 „ utile); conservari sub illa. De temporaria loquitur LEONINI hypothe-
 „ sis : cum alias possibile non esset redire emphyteutam in prædium.
 „ Dum itaque durat utrumque dominium, habet emphyteuta, quod re-
 „ cognoscatur; habet igitur, cur canonem, (a cujus præstatione illum im-
 „ possibilitas excusat interim) viribus recuperatis pendat. Sane si in-
 „ humana sit Leonini sententia; non poterit non esse inhumanum pactum,
 „ quo vel emphyteuta, vel conductor ejusmodi recipit casum. „

Certe hæc ALEPHI observatio ejus est indolis, ut LEYSERI glossator
 MÜLLERUS non debuisset eam prorsus intactam relinquere; vel enim
 ALEPHI sententiæ contra LEYSERUM fuisset subscribendum, vel LEYSE-
 RUS contra ALEPHIUM vindicandus. Certe, si ex sententia LEYSERI supra
 allegata maxima etiam sterilitas non liberet a canonis præstatione, etiam
 non liberabitur emphyteuta, si fundo ob hostium furorem carere ali-
 quot annis debuit. Perinde omnino est, si ve emphyteuta ob tumultus
 bellicos, si ve ob sterilitatem maximam aliquot annis, ex re in emphyteu-
 sin concessa, nullos plane fructus percipiat; nulla igitur est ratio, cur fundus
 in uno potius casu, quam in altero, pro non extante & penitus extincto
 sit habendus. Nulla in sanæ rationis principiis fundata disparitas
 ostendi potest, cur emphyteuta minus possideat fundum, cujus usus atque
 cultura per belli calamitates, aut inundationem temporariam intercepta
 sunt, quam emphyteuta ille, cui usus per sterilitatem maximam interci-
 pitur. Si canon non sit remittendus illi, qui impenso licet omni labore,
 posthabitisque aliis negotiis fundum diligentissime coluit, atque in ejus
 culturam impensas haud modicas fecit, & tamen nihil fructuum propter
 sterilitatem percipere potuit; multo minus canon remittendus erit
 illi, qui propter inundationem temporariam, aut hostium incursiones
 fructus e fundo haud percepit, aut etiam nec fundum interea temporis
 coluit, neque in ejus culturam e patrimonio suo impensas quasdam
 erogavit. Quodsi ex principiis juris romani unica ratio solvendi
 canonis, sit necessitas recognoscendi dominium directum, hæc recogno-
 sitio non minus erit necessaria, si emphyteuta per inundationem tempo-
 rariam, aut hostiles incursiones a perceptione fructuum arceatur, quam
 si insignis & extraordinaria sterilitas eum a perceptione fructuum ex-
 cludant, cum dominium directum non minus ac utile in uno æque ac al-
 tero casu perduret. Ex constitutione Imperatoris ZENONIS in L. I. C.

D de



de jure emphyt. remissio canonis tunc demum locum habet: Si tanta emer-
serit clades, quæ prorpsus etiam ipsius rei, quæ per emphyteusm data est, faciat in-
teritum. Si igitur tantum propter casualem totius rei interitum lex ca-
nonis remissionem injungat; dominus directus ab emphyteuta canonem
petendo, si fundo ob furorem hostium aliquot annis carere debuit, nihil
legibus contrarium petet, siquidem dici non possit fundum ejusmodi
totaliter interiisse. Rebus hac ratione constitutis, meo exiguo judicio,
circa remissionem canonis, si emphyteuta ob hostium incurSIONES fru-
ctus e fundo percipere non potuit, idem juris erit, quod supra in casu
fructuum ob sterilitatem non perceptorum juris esse, observatum est.

e) In diff. de emphyt. cap. 5. n. 41.

MELETEMA VIII.

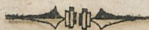
AN, SI DOMINUS EMPHYTEUSEOS PROBAVERIT, A MAXIMA EMPHYTEUTA-
RUM PARTE LAUDEMIIUM IN CASIBUS INSOLITIS FUISSE PRÆSTITUM,
HOC IPSO PRÆSUMTIONEM ADEO PRÆGNANTEM PRO SE HABEAT,
UT ONUS PROBANDI EXCEPTIONEM INCUMBAT EI, QUI
EODEM JURE SE TENERI NEGAT?

Accidit quandoque, ut dominus emphyteuseos jus exigendi lau-
demium contra regulam, & in casibus insolitis, præscriptione adquirat.
In tali casu oritur quæstio: num dominus, qui probavit, a maxima em-
phyteutarum parte laudemium in casibus insolitis ob præscriptionem
fuisse præstitum, hoc ipso præsumtionem adeo prægnantem pro se ha-
beat, ut ab onere probandi relevetur, & onus probandi exceptionem
incumbat ei, qui eodem jure se teneri negat? Negative hanc quæstio-
nem resolvit LEYSERUS (a), & statuit, ostendi debere, singulos, a quibus
laudemium insolitum petitur, vel antecessores eorum, id per tempus le-
ge definitum præstitisse; argumentum quippe a vicinis, vel a maxima
ceterorum emphyteutarum, parte petitum, contra hos quidem, qui id
præstiterunt, valere, non tamen adversus reliquos, cum non debeat alteri
per alterum iniqua conditio inferri L. 74. de R. J., & quod omnes tangit,
ab omnibus sit adprobandum. C. 29. de R. J. in 6. L. 11. de serv. præd-
rust.

LEY-

LEYSERO contradicit BURI (b). Cum LEYSERI cenfor & respective
 vindex J. E. J. MÜLLERUS quoad hanc quæstionem, utpote quam in suis
 observationibus practicis prorsus intactam reliquit, instituto suo non
 satisfecerit, disquirendum est, cuinam præ altero sit adstipulandum.
 Audiamus ipsissima BURI dissentientis verba: *Es wird (ait) die Vermu-
 thung immer von dem hergenommen, was am ostersten geschieht: Nun aber se-
 zet wir in diesem Fall voraus, daß die mehresten emphyteutæ einer gewissen Ge-
 gend, oder eines gewissen Herrn in dem gegenwärtigen Fall die Lehnwaare be-
 zahlen. Also ist die Vermuthung, daß auch Titius und Cajus, welche gleichfalls
 in der Gegend, oder von dem Herrn Emphyteuses besitzen, solche bezahlen müssen.*
 β) *Wer ferner die Vermuthung wider sich hat, der ist zwar noch nicht überführt,
 ihm schadet aber doch solche soviel, daß er schuldig ist, zu zeigen, daß die gewöhn-
 liche Verrichtung oder Beschaffenheit einer Handlung oder Sache, und die daher ge-
 machte allgemeine Vermuthung einer gleichen Verrichtung oder Beschaffenheit von
 allen dergleichen Sachen, oder Handlungen, bey der seinigen nicht zutrefte, noch
 solche mit unter sich begreiffe, sondern davon einen Abfall leide. Oder welches in
 unserm gegenwärtigen Fall eynerley ist: diese widrige Vermuthung legt ihm eine
 Schuldigkeit auf, seine Freyheit zu erweisen. Auch γ) streitet hier wider keines-
 wegs der angeführte L. 74. de R. J. denn, man will hier nicht, daß deswegen,
 weil einige Emphyteutæ die Lehenswaare bezahlen, die andere auch schlechterdings
 zu deren Bezahlung gehalten seyen, wann sie gleich ihre Freiheit beweisen können:
 sondern die Frage ist nur, ob daraus, daß die mehresten Besitzer gewisser Güter
 in einem Lande zu einer Beschwerde gehalten sind, nicht zu vermuthen sey, daß
 dieser und jener, der zur Behauptung seiner Freiheit nichts anzuführen weis, seine
 Güter unter gleichen Bedingungen erhalten habe, und ist also hier nur von dem Be-
 weise des blossen facti die Rede, der Lex aber handelt de jure. δ) Ein gleiches ist
 auch von der andern Regel aus dem C. 29. de R. J. in 6. und L. 11. ff. de servit.
 præd. rust. zu sagen, als welche hier ebenfalls nicht her gehöret. Denn man fragt
 allhier nicht: ob, wenn die mehresten Emphyteutæ einwilligen, daß sie die Lehenwaare
 auch bey Veränderung des Herrn bezahlen wollen, sie dadurch die übrigen weni-
 gen verbinden können, wider ihren Willen eine gleiche Last zu übernehmen, als
 welches niemand bejahen wird, weil es denn billig heißen würde: quod omnes tan-
 git ab omnibus comprobari oportet. Sondern ob man daraus, daß die mehresten
 immer dergleichen abgetragen, nicht vermüthen könne, daß auch die übrigen we-
 nige gleicher Verbindlichkeit unterworfen seyen, welches Kraft des obenangeführ-
 ten allerdings zu bekräftigen ist.*

Quamcunque speciem veri hæc præ se ferant; meo tamen iudicio,
 cum LEYSERO potius sentiendum, ac prouide statuendum est, domino
 emphyteuseo, qui in casibus insolitis, laudemium titulo præscriptionis
 prætenſe adquisitionem exigit, onus probandi incumbere, omnes & sin-
 gulos



gulos, a quibus laudemium insolitum titulo præscriptionis petit, qui vero hanc præscriptionem negant, insolitum hoc laudemium per tempus lege definitum præstitisse, vel ab antecessoribus eorum fuisse præstitum; neque ad declinandum probationis onus sufficere, quod contra maximam reliquorum suorum emphyteutarum partem ejusmodi jus præscriptione adquisiverit. Fundamenta, quæ me cum cl. RAVIO (c) in LEYSERI partem movent, sunt sequentia: Illi incumbit probatio, adversus quem apparens pugnat veritas (d). Sed apparens veritas pugnat adversus dominum emphyteuseos laudemium in casu insolito, titulo præscriptionis petentem; nam pro libertate pugnat apparens veritas, cum quilibet tamdiu censendus sit liber, donec probetur ligatus. 2) Actor in regula tenetur probare fundamentum suæ actionis; igitur cum dominus emphyteuseos fundamentum suæ actionis, quod in casu insolito laudemium ipsi debeatur, in præscriptione ponat, necesse est, ut præscriptionem, a reo negatam, probet. Neque ipsi suffragari potest, adquisita contra alios emphyteutas præscriptio, quia jus, quod contra certam personam pacto vel præscriptione acquisitum est, personam non egreditur. 3) Præscriptio præsumi non potest; proinde ab illo, qui in ea nititur, est probanda, præcipue cum in regula probatio incumbat ei, qui dicit, non qui negat. *L. 2. de probat.* 4) Qui servitutem quandam contra nonaginta novem fundi possessores præscriptione adquisivit, non liberatur ab onere probandi, si eandem servitutem sibi contra centesimum fundi possessorem, præscriptionem negantem, actione confessoria vindicare velit: ergo nec liberatur ab onere probandi dominus emphyteuseos laudemium in casu insolito, ab emphyteuta hanc obligationem negante, petens, licet hoc jus contra omnes alios suos emphyteutas præscriptione adquisiverit; quam parum enim præsumi potest servitutem esse adquisitam, tam parum etiam jus quoddam, laudemium præter regulam, extra ordinem, & in casu insolito petendi esse acquisitum præsumi potest.

Ex his sponte corrunt, quæ contra LEYSERUM obmovit BURR. Nam licet ad a) ex frequentia, & eo, quod in plurimis juris est, desumatur præsumtio contra pauciores; hoc tamen tunc demum verum est, quando id, quod frequentius, atque in plurimis juris est, e jure communi est enatum. Quod autem emphyteuta ad laudemium, etiam in casu insolito solvendum obligetur, in jure communi haud est fundatum, potius exceptionem a regula constituit; proinde tanquam exceptio a regula probari debet. Quemadmodum is, qui servitutem itineris per fundos nonaginta novem communitatis membrorum præscripsit, si etiam contra centesimum hujus communitatis membrum eandem servitutem sibi

sibi vindicare velit, servitutem sibi revera esse constitutam, probare debet; ita etiam dominus emphyteuseos in casu praesenti jus in casu insolito laudemium exigendi contra emphyteutam negantem probare tenetur, licet hoc jus contra majorem emphyteutorum suorum partem praescriptione adquisiverit. Cum

ad β) ex deductis jam pateat, praesumptionem neutiquam pugnare contra emphyteutam, qui se ad laudemium in casibus insolitis persolvendum obligatum negat, licet jus illud exigendi contra maximam aliorum partem praescriptione adquisiverit; imo potius praesumptionem juris militare contra dominum emphyteuseos laudemium insolitum petentem: hoc obmotum per se sponte corruit. —

Quae ad γ) & δ) obmoventur, me haud morantur, siquidem ea, quae pro stabilienda LEYSERI sententia, adduxi fundamenta plane non tangant.

a) In medit. ad π . spec. 104. med. 6.

b) Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrecht. pag. 824.

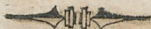
c) Principia universæ doctrinae de praescriptione ex EICHMANNI edit. 3tia. Halæ 1790. pag. 128.

d) Fr. ALEF diss. de eo, quod justum est circa probandam negativam. Cap. 3. §. 25

MELETEMA IX.

FUNDO EMPHYTEUTICO OB ÆS ALIENUM SUB HASTA VENDITO LAUDEMIIUM DOMINO DEBETUR.

Fundo emphyteutico ob æs alienum sub hasta vendito, laudemium domino non deberi & L. 3. C. de jure emph., quæ laudemium generaliter exigere domino permittit, de privata tantum & voluntaria alienatione, non de necessaria & publica, quæ sub hasta fit, agere, ac proinde ad hanc non debere extendi, contendit LEYSER (a), ex ratione, quod creditores hic de damno vitando certent, meliorque eorum conditio sit, quam conditio domini lucrum captantis. Contrarium recte omnino contra LEYSERUM propugnat J. E. J. MÜLLER (b); verum, cum MÜLLERUS, hoc



hoc pro eo tantum casu, scilicet, quamdiu sententia, novum emphyteutam laudemium præstare, receptor manet, defendat, ac proinde statuat pro casu sententiæ, quam sibi veriore esse profitetur, quod laudemium non pro receptione, sed pro consensu in alienationem solvatur, indeque non ab emphyteuta novo, sed antiquo præstandum sit, fundo emphyteutico ob æs alienum sub hasta vendito, laudemium domino non deberi: dispiciendum paucis erit, num MÜLLERI opinioni sit adimplendum.

Equidem non diffiteor & mihi probabiliorem videri sententiam eorum (c), qui laudemium non ab emphyteuta novo, sed ab antiquo præstandum esse statuunt; ast etiam in hac hypothese fundo, emphyteutico ob æs alienum sub hasta vendito, laudemium domino omnino deberi tribuit, laudemium in casu alienationis exigendi, est generalis; neque distinguit: an emphyteusis voluntarie, an necessario alienetur; an laudemium solvatur a novo, an ab antiquo emphyteuta; lege igitur non distinguente nec nostrum est distinguere; siquidem jus domino ex lege indistincte quæsitum ipsi sine suo facto interverti non potest. Deinde factum iudicis vendentis, reputatur factum partis *L. 1. C. si in caus. jud.* Sicut igitur domino in voluntaria emphyteuseos alienatione debetur laudemium, ita etiam ei debebitur in necessaria, ubi scilicet ob debita emphyteutæ fundus per factum iudicis venditur. Præterea subrogatum sapit naturam ejus, in cuius locum subrogatur. Cum igitur necessaria venditio, quæ ob æs alienum sub hasta fit, subrogetur in locum venditionis voluntariæ, eadem in utraque circa laudemium domino præstandum juris erunt. Negari non potest, laudemium deberi domino, quando emphyteuta motu proprio, ut creditoribus suis satisfaciat, emphyteusin vendit. Quo igitur fundamento mora debitoris, creditoribus non satisfaciens, ac proinde auctoritate iudiciali ad satisfaciendum mediante venditione sub hasta compulsi, domino directo poterit afferre præjudicium, ut laudemio suo sit privandus? — Accedit, quod venditio publica, quæ sub hasta fit, non magis sit necessaria, quam illa privata, quando emphyteuta propria voluntate expungendorum debitorum causa ad vendendam emphyteusin se determinat; una enim æque ac altera procedit ab ipso emphyteuta, debitore obligato, qui contrahendo debitum, alienationi causam dedit. Venditio fundi emphyteutici, quæ sub hasta fit, per se est voluntaria, & tantum per accidens necessaria, quia nempe emphyteuta non habet pecuniam, vel rem aliam, quam possit tradere ei, in quem emphyteusin transtert. Cum autem hæc necessitas oriatur ex defectu emphyteutæ, non potest

test converti in damnum domini. *L. 74. de R. J. & ideo non potest cessare jus consequendi laudemii.*

Denique creditores non magis de damno vitando certant, sive laudemium a novo, sive ab antiquo emphyteuta sit præstandum. Quodsi enim laudemii præstatio novo injungatur emphyteutæ, hic certe in oblatione pretii pro emphyteusi solvendi ad laudemium solvendum respiciet, tantamque pretii summam non solvet, quantam præstabit, si emphyteutæ antiquo laudemii solvendi onus incumbat. Si igitur fundo emphyteutico ob æs alienum sub hasta vendito, laudemium, debeat domino, in casu, quo illud præstandi onus novo emphyteutæ incumbit: eadem ratione laudemium persolvendum erit domino pro casu, quo laudemii solvendi obligatio antiquum emphyteutam tenet. Taceo creditores non posse dici de damno vitando certare; scivere enim debitorem fundum emphyteuticum possidere; scivere domino directo in casum alienandæ emphyteuseos laudemium deberi, ac proinde eum, dum jure suo utitur, nemini inferre injuriam. Quod si igitur damnum sentiant, id propria sua culpa sentiunt, ac proinde in sensu juris non videntur sentire. Neque etiam dominus hic lucrum stricte tale, uti in donatione aut legato, quærit, sed id tantum postulat, ad quod petendum jus ex lege quæsitum habet; & ipsi, in casu alienationis necessario persolvendum est.

a) In med. ad π . spec. 104. med. 3.

b) In observ. pract. ad LEYSERI med. observ. 250.

g) BURI ad SCHILTER p. 869. LUDOV. GODFR. MADIHN in princip. jur. rom. P. 3. §. 377. p. 550. & in adnot. ad GOTHOFRED. LUD. MENKEN introd. in Act. foren. p. 278. n. 850. FRID. ESALAS PUFFENDORF in O. J. U. tom. 3. obs. 34. pag. 129.

MELE-

MELETEMA X.

QUÆ ACTIO DOMINO RATIONE LAUDEMII COMPETIT?

De actione, quæ domino ratione laudemii competit, controversatur. Nonnulli hypothecariam concedunt; sed erronee, cum lex deficiat, quæ domino hypothecam tacitam tribuat a). Alii conditionem ex moribus dari contendunt. Sed contra hos LEYSERUS b) statuit, ad subsidiariam hanc actionem confugere opus non esse, cum actionem ordinariam ex contractu, emphyteuticariam scilicet habeamus. Juxta LEYSERUM igitur, ac proinde etiam J. E. J. MÜLLERUM, quippe qui in observationibus practicis ad Leyseri meditationes, hanc quæstionem sicco profus pede præterit, laudemium a domino actione emphyteuticaria est petendum. Verum probabilius mihi videtur cum Jo. THAD. MÜLLERO c) & BURIO d) actionem ad Laudemium petendum dicendam esse conditionem ex L. ult. C. de jur. emph., si quidem ante Justinianum de laudemio nihil definitum legimus, indeque lex ult. C. de jur. emph. hoc sensu sit lex nova, fundamentum in XII tabul. non habens. Omne rei punctum ita exhaustit BURIO l. c. ut ejus verba allegasse sufficiat. Sunt autem sequentia; einige meinen, daß der dominus bloß actione emphyteuticaria die Lehnwaare fodern könne. Allein, weil die Lehnwaare eben davor, daß der Herr den neuen Besitzer zu seinem emphyteuta annimmt, und also einen contractum emphyteuticum mit ihm schließet, bezahlt wird, so weiß ich nicht, ob man solche von dem Käufer durch eine Klage, welche nur die Verbindlichkeiten so nach geschlossenem Contract dem emphyteuta obliegen, zum Entzweck hat, fodern könne. Zwar bringt BÖHMER in doctrina de actionibus sect. II. Cap. 8. §. 116. zu dessen Bestärkung annoch bey: es wäre zwar die actio emphyteuticaria eine actio personalis und hätte es also das Ansehen, daß sie wider einen dritten Besitzer, dergleichen hier der neue emphyteuta wäre, nicht angestellt werden könne: allein, wenn ein dritter Besitzer in den Contract seines Vorgängers gewilliget, ja sogar in denselben getreten wäre, so wäre kein Zweifel, daß er auch aus demselben könne belangt werden. arg. L. 9. C. locat. Ich sehe aber nicht, wie man alhier aus dem Grunde, daß der neue emphyteuta in den Contract seines Vorgängers getreten ist, schließen könne, daß man deswegen zur Behaltung der Lehnwaare die actionem emphyteuticariam wieder ihm anstellen könne. In betracht, daß der Vorgänger, wenn er den Contract fortgeführt hätte, niemals zur Behaltung der Lehnwaare schuldig gewesen wäre, wenn der neue emphyteuta den vorigen sogar in totum wie ein heres den defunctum representirte, könnte er doch aus seines Vorgängers Person zur Bezahlung der Lehnwaare nicht angehalten werden, weil diese Verbindlichkeit gar nicht aus dem vorigen Contract herrührt, sondern sich erstlich bey dem Käufer, oder neuen emphyteuta äußert.

äußert, und wie gesagt, nicht *ex contractu*, sed *pro contractu emphyteuticario* bezahlt wird. — Wenn gleich keine Verabredung vorhergegangen, daß der emphyteuta dem Herrn die Lehnwaare dafür bezahlen solle, daß er ihn in den Besitz des Gutes setze, ist dennoch der emphyteuta zur Bezahlung der Lehnwaare gehalten, und also rührt seine Verbindlichkeit nicht sowohl aus einem Contract, als aus den Gesetzen her. Mir kommt also derjenigen Meynung am gegründesten vor, welche sagen, daß der Herr *conditionem ex lege*, und zwar *ex l. f. C. de jure emph. habe*, als in welchem sein Recht, die Lehnwaare zu fordern, völlig festgesetzt, und auf eine gewisse Summe bestimmt ist. Es wirft zwar STURM in *diff. de præcipuis laudemii capitibus* mit dem FRANTZKIO hierwider ein: daß dieses um deswegen nicht statt finde, weil so wenig die emphyteutis, als die Bezahlung der Lehnwaare, von Justiniano zuerst in dem be- rührten lege eingeführt worden, sondern schon lange vorher gebräuchlich gewesen, und also die vornehmste Eigenschaft der *conditionis ex lege*, nemlich die *obligatio nova lege introducta per L. un. ff. de cond. ex lege* fehle. Es läßt sich aber diesem Zweifel leicht begegnen: denn α) so ist aus dem l. 7. pr. ff. *de cap. minut.*, und dem l. 1. §. 3. ff. *de hered. pet.* bekannt, daß durch *legem novam* bey dieser Materie alle diejenige Gesetze, welche nach denen *legibus XII. tabularum* gegeben worden, verstanden werden. Und wenn also gleich erwiesen würde, daß das *laudemium* bereits vor Justiniano in einem Gesetze verordnet gewesen würde doch solcher immer *lex nova* bleiben, und an die Zeiten der *legum XII. tabularum* nicht hinaufreichen. β) Allein es ist auch dieses Vorgeben an sich ungegründet, indem in denen älteren Gesetzen vor Justiniano nichts, das von diesem Recht des Herrn verordnet worden, gefunden wird, ob man gleich aus dem *cit. L. 3. C. de jur. emphyt.* schließen kann, daß die Herren schon vorher für die Annehmung *facto* etwas gefordert, folglich, da Justinian in dem angeführten *lege* diese Gewohnheit der Herren in ein gültiges Recht verwandelt, und auf einen gewissen Fuß gesetzt, so kann in soweit die Verbindlichkeit der emphyteutarum wohl *per hanc novam legem introducta* genannt, und da dem Herrn in eben diesem *lege* keine nachthafte Klage vorgeschrieben worden, die *condictio ex lege* angesetzt werden.

MELE-

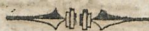
- a) MERENDA *controv. Jur. L. 19. Cap. 47.*
 b) In *med. ad π. spec. 104. Cor. 2.*
 c) In *System. pand. ad fora germ. P. II. §. 687. lit. e. 716.*
 d) Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts. p. 890.

MELETEMA XI.

NON SUFFICIT DENUNCIATIONEM IN ALIENATIONE EMPHYTEUSEOS DOMINO EACIENDAM EJUS ANTEVERTISSE QUERELAM.

Omnes juris interpretes amice in eo conspirant, permissam esse juris emphyteutici (meliorationum saltem) venditionem: dummodo tempestive satis certior de illa fiat dominus, huicque emtionis offeratur prærogativa; ut, si velit, eadem intra tempus bimestre utatur. Sic enim diferte statuit *L. 3. C. de jur. emph.*, sic jubet *Cap. 4. de locat. & cond.* Denunciatio vero isthæc quandonam sit facienda, non eadem omnium est sententia. Sunt qui illam ante venditionis perfectionem putant necessariam: sunt contra, quibus satis est, si consummationem ejus antecesserit: sunt tandem, qui contendunt, plus non requiri, quam ut dominus nondum questus fuerit. „Tempus (ita scribit LEYSERUS in *med. ad π. spec. 105. med. I.*) requirendi in alienatione emphyteuseos consensum domini jura nostra certo non determinant. Equidem verba, quæ in *l. 3. C. de jure emph.* occurrunt: *expectare consensum: minime licere sine consensu domini vendere: prædicere, quantum pretium ab alio recipi potest; & vox primitus* quæ in *C. 4. de locat. cond.* reperitur, necessitatem requirendi consensum, antequam contractus cum alio perficiatur, involvere videntur. Amitti ergo confestim videtur emphyteusis alienatione sine consensu domini facta. Verum enim vero cum emphyteusis alienata iplo jure non amittatur, sed necesse sit, ut declaratio domini antecedit, consequitur consensum domini, quamdiu is questus non est, adhuc, requiri posse. Confirmat hanc sententiam nostram *Cap. 4. de loc. & cond.*, quippe quod emphyteutæ, poenam caducitatis vel alienando, vel cessatione in solutione canonis commerita, celeri satisfactione postmodum sibi consulere permittit. Celerem autem satisfactionem interpretes vocant, quæ antequam dominus conqueritur, fit. Singularis sane est hæc LEYSERI doctrina, & quoad pleraque a vero aberrans, ut mirum proinde sit MÜLLERUM LEYSERI censorem, eam sicco pede præteriiisse, prorsusque intactam reliquisse. Verissima quidem omnino mihi videtur, quæ hodiedum vix non unanimis, inque tribunalibus recepta est sententia, impunem esse emphyteuseos venditionem, dummodo ante consummationem domino satis sit denunciata; venditio enim, quamdiu rei venditæ non dum accessit traditio, alienatio dici non potest, cum (ut ait ULPIANUS in *L. 67. pr. de V. S.*, alienatum non videatur, quod adhuc in bonis venditoris manet, & alienatio ex mente Imperatorum Severi & Antonini in *L. 1. C. de fund. dot. sit actus per quem dominium*

nium transfertur. Cui adhuc accedit, quod in explicanda lege pœnali, qualis est, quæ emphyteuseos jacturam minatur, interpretatio benignior sit amplectenda. Ast non video, quo fundamento cum Leysero adstrui possit emphyteusin non confestim amitti, si sine domini consensu venditio cum traditione conjuncta facta fuerit, sed insuper adhuc requiri, ut dominus actionem privatoriam instituerit. Ab omni veritate prorsus abluvit, quod contendit LEYSERUS, tempus, requirendi in alienatione emphyteuseos consensum domini, per leges certo non esse determinatum. Clarissimis sane verbis definit Imperator *Justinianus in L. 3. C. de jure emph.*: minime licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre, sed attestationem domino esse transmittendam, & *prædicendum*, quantum pretium ab alio accipi potest. Quodsi autem hoc facto, duorum mensium spatium fuerit emensum, & dominus tantam præstare quantitatem, quantum emphyteuta ab alio recipere potest, noluerit, jam licentiam emphyteutæ dari, ubi voluerit, & *sine consensu domini* meliorationes suas vendere. Sin autem emphyteuta aliter fuerit versatus, quantum hæc constitutio disponit, eum jure emphyteutico cadere. Emphyteuta igitur, nisi jure suo emphyteutico cadere velit, tunc demum sine consensu domini meliorationes suas vendere potest, si alienationem, quam intendit, domino *prædixit*, atque ejus consensum per duorum mensium spatium frustra *expectavit*. Manifesta ergo est consequentia, emphyteutam, qui alienationem non *prædixit*, qui consensum domini per duorum mensium spatium non *expectavit*, potius eo posthabito vendidit & tradidit, ex legis sanctione emphyteusi ipso jure privari, præcipue cum nec vola nec vestigium in lege appareat, unde erui possit declarationem domini antecedere debere. Frustra *ad Cap. 4. de locat. cond* provocat LEYSERUS, dum enim canones rigorem caducitatis mitigant, pro suo id foro faciunt, falcem in alienam messem non immittentes. Neque etiam juris canonici conditoribus ratio deerat. Quemadmodum enim severiores erant in statuendo solutionis termino, annectendaque caducitatis pœna: ita haud immerito emphyteutis, culpam celeri pœnitentia agnoscentibus, clementiores sese exhibebant. Ipse MÜLLERUS in *suis Observationibus prædicis ad LEYSERI Med. obs. 248.* recte contra LEYSERUM statuit emphyteusin, non soluto intra triennium canone ipso jure amitti; neque ad id, ut emphyteusis amittatur, declarationem domini exigi, aut actione vel sententia opus esse. Cur igitur id ipsum non etiam in casu alienationis contra LEYSERUM observaverit, haud perpicio. Quemadmodum canone intra triennium non soluto domino ad caducandam emphyteusin jus ex lege quæsitum competit, quo sine suo facto invitus privari non potest; ita eadem etiam ratione, si sine



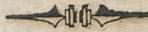
prævie sibi facta denunciatione emphyteusis vendita & tradita fuerit, jus ipsi ad emphyteusin caducandam ex lege est quæsitum, quo pariter sine suo facto haud est privandus. Verum quidem omnino est, ab arbitrio domini, in casu alienationis sine suo consensu factæ, dependere, an malit emphyteutam, qui contra legem peccavit, suoque facto se emphyteusi indignum reddidit, retinere, an eum expellere. Ast exinde haud sequitur emphyteusin contra legem alienatam non confestim amitti, & domini declarationem antecedere debere; sicut enim compensatio locum habet ipso jure, quamvis ab arbitrio debitoris conventi dependeat, utrum hanc exceptionem opponere velit; ita etiam emphyteusis contra legem alienata, ipso jure fit caduca, licet ab arbitrio domini dependeat, an non malit emphyteutam retinere, quam eum e fundo expellere. Arbitrium istud domino directo competens, in ejus præcise favore est inventum, & ad jura emphyteutæ contra leges alienantis haud pertinet; non potest igitur in odium domini detorqueri, ut jure ex lege sibi competente invitus facto emphyteutæ privetur.

MELETEMA XII.

IN IIS TANTUM ALIENATIONIBUS, IN QUIBUS JUS PROTİMISEOS LOCUM HABET, DOMINO DENUNCIATIO EST FACIENDA.

Pertinax fuit antehac, & adhucdum in hunc usque diem inter Jureconsultos ventilatur controversia: an in sola venditione, an in alia quavis alienationis specie domino denunciatio sit facienda? Denunciationem domino in omnibus alienationibus esse faciendam statuit LEYSER *a*). Mediam quandam viam eligit Jo. ERN. MÜLLER *b*), distinguendo inter alienationem Juris emphyteuseos & alienationem meliorationum: in alienatione juris emphyteuseos statuit denunciationem domino in omni alienatione esse faciendam, eo quod 1) dominus scire debeat, quisnam futurus sit novus emphyteuta, quæ ratio non in venditione solum, sed in omni omnino alienatione obvenit & 2) ipsa *lex 3. C. de jur. emph. de quacunque translatione loquatur his verbis: cum dubitabatur utrum emphyteuta debeat - - - jus emphyteuticum IN ALIUM TRANSFERRE.* Quando autem de alienatione meliorationum sermo est, statuit MÜLLER denunciationem domino in sola venditione fieri debere, eo quod id 1) non tantum ex verbo *VENDERE in l. 3. C. allegata obveniente, sed ex eo etiam adpareat, quod de pretio, quod ab alio accipi potest,*

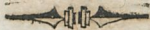
potest, lex loquatur; & 2) jus protimiseos, domino intuitu meliorationum concessum, in venditione tantum exerceri possit. Verum meo iudicio inanis prorsus & omni fundamento destituta est isthæc inter alienationem *juris emphyteutici*, & alienationem meliorationum exco- gitata distinctio; nam 1) meliorationum adpellatione hic nihil aliud, nisi ipsum fundum melioratum seu emphyteusin intelligi posse, jam SCHILTER *c*), & ORTH *d*) observarunt. 2) Jus emphyteuticum, fundus emphyteuticus, & meliorationes a se invicem prorsus sunt inseparabilia, nequit enim jus emphyteuticum sine fundo emphyteutico subsistere; meliorationes una cum fundo emphyteutico unicum quodam totum constituunt: quidquid ergo juris est in alienatione juris emphyteuseos, id ipsum etiam in alienatione fundi emphyteutici vel meliorationum juris sit, necesse est. 3) Si in alienatione *juris emphyteutici* denunciatio domino ideo fieri debet, quia dominus scire debet, quisnam futurus sit novus emphyteuta; etiam in alienatione meliorationum denunciatio domino fieri debebit, quia dominus scire debet, quisnam sit ille, in quem meliorationes sunt alienatæ, cum hic revera sit novus emphyteuta. 4) JUSTINIANUS in l. 3. C. de jure *emph.* generatim, nulla venditionis facta mentione, quærit, an liceat emphyteutæ meliorationes alienare, vel (quæ ipsi Synonima sunt) *jus emphyteuticum transferre*. Clarissime id loquuntur verba legis, dum ait: *cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas MELIORATIONES, quæ græco vocabulo εμφοιμματα dicuntur alienare, vel JUS EMPHYTEUTICUM in alium transferre, an ejus expectare consensum?* — Dum igitur JUSTINIANUS alienationem juris emphyteuseos ab alienatione meliorationum non distinxit, sed potius secundum naturam rei pro una eademque habuit, nihil certe præsidii in hac distinctione ad enodandam quæstionem controversam quæri potest. Ast, inquiet forte MÜLLERUS: licet JUSTINIANUS hæc non distinxerit, ubi controversiam proponit, sollicitè tamen, ubi eandem dirimit, a meliorationibus discriminat *jus emphyteuticum*, dum dicit hoc transferri, illas vendi. Verum etiam hic falli MÜLLERUM verba legis clarissima indignant. Si autem (sancit) Imperator) novum emphyteutam vel entorem meliorationis suscipere minime dominus maluerit, & attestatione facta intra duos menses hoc facere superfederit, licere emphyteutæ etiam non consentientibus dominis ad alios suum JUS vel EMPHYTEUTICUM (MELIORATIONES) transferre. — Quis est, qui non perpiciat, inter alienationem *juris emphyteutici* & alienationem meliorationum hic plane non distinguì?



Argumenta, quæ pro LEYSERI opinione, quam etiam inter alios novissime amplexus est CAROL. FRID. WALCHIUS c), pugnant, sunt sequentia: *juxta L. 3. C. de jure emph. non licet emphyteutæ sine consensu domini jus emphyteuticum transferre; translationis vero nomen ita generale est, ut omnes alienationum modos comprehendat.* 2) Ratio, cur emphyteutæ meliorationes suas, sine denunciatione domino directo facta, vendere non licet, eadem est in quacumque alienatione, quæ est in venditione. Non debet quippe ignoranti domino alius emphyteuta obtrudi. Certior igitur de eo reddi debet, atque, siquid forsitan contra ejus habilitatem monendum habet, audiendus est. Locum igitur hic sibi vindicat notissima illa interpretationis extensivæ regula: ubi est eadem legio ratio, ibi & eadem esse debet legis dispositio. 3) Quotiescunque de alicujus agitur præjudicio, toties ipsius consensus desideratur, quia nemo alteri iniquam conditionem inferre, aut facto suo præjudicare debet. At cum jus emphyteuticum alienatur, quocumque etiam titulo id fiat, agitur de præjudicio ipsius domini: siquidem interest domini, non quemvis habere emphyteutam, sed eum, qui in re emphyteutica curanda & colenda diligens sit & industrius, quique canonem quoque quotannis solvere possit & velit. At non omnes in rebus etiam suis, nedum in alienis curandis & colendis æque industrii & diligentes sunt, nec etiam omnes in canone solvendo æque prompti. 4) *In L. 163. de R. J.* dicit ULPINIANUS: *cujus est donandi, eidem & vendendi, & concedendi jus est.* Si igitur vendi emphyteutis non potest, sine denunciatione domino directo facta; neque poterit donari aut alia ratione alienari sine denunciatione domino facta.

Utut hæc argumenta probabilitate non destituantur, veritati tamen conformior, saltem ex principiis juris romani, mihi videtur sententia eorum, qui cum FRIDER. ALESIO e), cl. Gmelinio f), *Authoribus der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien g)*, JOH. THAD. MÜLLERO, h) cl. ERNEST. WESTPHAL i), aliisque statuunt, in iis tantum alienationibus, in quibus jus protimiseos locum habet, qualis est venditio, domino denunciationem sub pœna caducitatis fieri debere. Nam 1) unica ratio, cur domino in alienatione emphyteuticæ denunciatio fieri debet, est, quia ipsi competit jus protimiseos, quod intra duos menses a tempore factæ denunciationis connumerandos exercere debet, ut proinde intra hoc bimestre spatium deliberare possit, an velit hoc suo jure uti, nec ne. Patet hoc ex clarissimis *L. 3. C. de jure emph. verbis*, dum dicitur: *disponimus attestationem domino transmitti, & prædicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest. Et siquidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præstare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio recipere potest, ipsum domino omnimodo hæc comparare.* In omnibus igitur alienationibus, in quibus jus

jus protimiseos locum non habet, in iis scilicet, ubi specialis habetur re-
 spectus vel erga certam rem, vel erga certam personam, vel erga certas
 conditiones, quas dominus jure protimiseos usus præstare nequit,
 necessitas denunciationis domino faciendæ exulare debet. 2) Denun-
 ciatio plane non fit domino pro obtinendo in alienationem consensu,
 hunc enim plane denegare non potest, dummodo alienatio fiat in per-
 sonam non prohibitam, & solvendo laudemio, præstando canonis,
 colendæque rei parem. Patet hoc ex verbis legis 3. C. de jur. emph. ibi:
necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio, secundum præstatum modum
vendita sit, accipere emphyteutam: vel si jus emphyteuticum ad personas non pro-
hibitæ, sed concessas & idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere
emphyteuta maluerit, non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem
suscipere. 3) In alienationibus, in quibus domino jus protimiseos non
 competit, domini plane interesse non potest, sibi ante alienationem ab
 emphyteuta, denunciationem fieri; vel enim alienatio facta est in per-
 sonam non prohibitam, & jam per se non potest denegare consensum.
 Quodsi autem facta fuerit in personam prohibitam, dominus potest eum
 repellere & alienationem in hanc personam factam irritam declarare.
 Sufficit igitur post jam factam alienationem denunciationem domino fieri,
 ut novum emphyteutam habilem in emphyteusim immittat, debitumque
 sibi laudemium recipiat. 4) Jure antiquiore omnis alienationis species,
 ipsa adeo venditio emphyteutæ, absque omni prævie domino facta de-
 nunciatione, erat permixta § 3. *Inst. de locat. conduct. L. 219. de V. S. L. 71.*
§. pen. & ult. de leg. 1., modo alienatio non fieret in inidoneum, ferendis one-
 ribus imparem, aut laudemium solvere recusantem, aut potentiorum.
 In quantum igitur hæc leges correctæ non sunt, salva manere debet
 earum dispositio; quod enim correctum non est, cur stare ei prohibea-
 tur? *L. 27. C. de test.*; sed jus antiquum *per l. 3. C. de jur. emph.* quoad
 eas tantum alienationes est correctum, in quibus domino jus protimi-
 seos competit, siquidem in omnibus aliis ratio denunciationis domino
 faciendæ cessat. In omnibus igitur alienationibus, in quibus jus protimi-
 seos cessat, salva debet manere juris antiqui dispositio. Legem igitur
 corrigentem stricte interpretari, & præceptum *Theodosii & Valentini*
in L. 32. §. ult. C. de appell. ubi ajunt: *quid quid hac lege non specialiter*
videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes reliquum intel-
ligant, applicare oportet. 5) Permittit *CONSTANTINUS Imperator in L.*
1. C. de fund. patri. Emphyteutæ fiscali fundum emphyteuticum citra
 judicis auctoritatem (vel ut *Cujacius h)* observat: absque consensu pro-
 curatoris cæsaris, quippe qui in fiscalibus judex erat), salvo eo, quod
 domino præstandum, donare, dum dicit: *si quis fundos emphyteutici juris,*
salva lege fisci, citra judicis auctoritatem donaverit, donationes firmæ sunt: dum-
modo



modo suis quisque temporibus ea, quæ fisco pensanda sunt, representare cogatur. A potiori igitur, si emphyteutæ fiscali hoc jus competat, competere debet emphyteutæ privati facultas in casibus, ubi domino jus protimiferos non competit, emphyteusin sine prævia denunciatione alienandi. Isthæc *L. 1. C. de fund. patrim.* est prorsus specialis. Non potest igitur dici sublata esse per generalem *legis 3. C. de jur. emph.* dispositionem; tractitium enim in jure est legi speciali non posse derogari per generalem, quam parum per genus speciei derogari potest. Quod autem *l. 3.* non sit specialis, ex eo in aprico est, quod de donatione ne verbulo quidem mentionem faciat. 6) Si ante quamcunque alienationis speciem domino facienda esset denuntiatio, etiam ea necessaria foret in alienationibus mortis causa; sed in his prævia quædam denuntiatio fieri non potest, quia hæ alienationes demum post mortem emphyteutæ, proinde eo tempore, ubi denuntiatio amplius fieri non potest, contingunt. Præterea etiam alia, in denunciatione domino facienda præscripta legis requisita, e. g. quod post factam domino denunciationem bimestre spatium adhuc ab emphyteuta expectari debeat, in alienationibus mortis causa observari non possunt. Patet ergo verba: *alienare, transferre* nentiquam in sensu generali accipi posse,

Ex his facilis est resolutio contrariorum. Quantum enim ad *imū* attinet, jam observavit NoODT 1), verba *alienare & vendere* læpius in jure unum idemque significare. Deinde si translationis nomen in sensu adeo generali esset accipiendum, ut omnes alienationum modos comprehenderet, sequeretur etiam alienationes, quæ mortis causa fiunt, sub hoc nomine comprehendi. Quod autem id adstrui non possit, in ratione decidendi 6ta ostensum est. Præterea verba *alienare, transferre*, quæ in *L. 3. C. de jure emph.* occurrunt, ita sunt explicanda, ut cum ratione legis concordent, ut proinde sensus eorum sit, quod, sicuti in venditione ob competens domino jus protimiferos denuntiatio prævie fieri debeat, ita eadem in quacunque alia alienatione aut juris translatione, ubi hoc ipsum jus protimiferos domino competit, sit necessaria. Quod ad *2dum & 3tium* obmotum est, ex iis, quæ in rationibus decidendi *1ma, 2da, & 3tia*, deducta sunt, ita corrui, ut omni probabilitatis specie destituatur. Inter reliqua maxime debile est argumentum, ad *4tū* adductum. Eodem enim jure sic concludere liceret: Si sine judiciali insinuatione ultra quingentos aureos donare non licet; neque res, hoc pretium excedens, vendi poterit absque eadem insinuatione. *Lex 163. de R. J.* loquitur de donandi vendendique facultate; non loquitur de modo, formaque actus. Facultas in utroque est eadem, sed diversa sunt solennia.

e) In

- a) In med. ad π . spec. 105. med. 2.
 b) In Observat. pract. ad LEYSER med. tom. I. fasc. 2. pag. 270.
 c) In diss. de jure emponematum. §. 6. 7.
 d) Anmerkungen über die Frankfurter Reformation T. II. pag. 268.
 e) In diss. de denunciatione domino in alienatione emphyteuseos facienda. Heidelberg. 1759.
 f) Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. IV. Band, p. 39. seq.
 g) Vol. II. med. 58. pag. 15.
 h) In syst. π . P. II. §. 689. lit. d. pag. 712.
 i) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbziins-Contract. Leipzig 1789. pag. 798.
 k) In Comment. ad L. 3. C. de jure emph. Extat in ejus recitationibus in libros codicis pag. 445. & 446.
 l) In Comment. in ff. ad lib. 19. tit. 2.

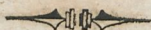
MELETEMA XIII.

JUS PROTİMISEOS DOMINO NON IN SOLA VENDITIONE, SED ET IN QUI-
 BUSDAM ALIIS ALIENATIONUM SPECIEBUS COMPETIT.

Dominum jus protimiseos in sola emphyteuseos venditione exercere posse, cum communiore statuit LEYSER (a). Facile ei adtipulatur J. E. J. MÜLLER, dum nihil omnino in hoc LEYSERI assertum monet. Cum LEYSERUS nulla profundando asserto suo legum, aut rationum momenta protulit, sufficet hic paucis delibasse ea, quæ movent in contrarium. Sunt autem sequentia: 1) Ratio cur domino in venditione jus protimiseos competit, consistit in eo, quia emphyteutæ emphyteusin suam vendituri interesse non potest, a quo pretium consequatur, sive a domino directo, sive ab alio; proinde favor consolidationis domini utilis cum directo exigat, ut dominus idem pretium offerens extraneis præferatur. Sed eadem ratio etiam in aliis alienationum speciebus subintrare

F

po-



potest; sic in datione in solutum emphyteutæ interesse non potest, an dominus pro eo, quod debet, solvat, five an prædii emphyteutici in solutum datione debitum extinguatur. Poterit igitur dominus post denunciationem sibi factam, ipsemet pecuniam creditori debitam solvere, sicque prædium ad se recipere. Accedit, quod datio in solutum in *L. 4. C. de evict.* vicem venditionis obtinere dicatur. Quemadmodum ergo in venditione, ita & in datione in solutum potestas competit domino offerendi pecuniam, eaque oblatione efficiendi, quo minus, se invito, emphyteusis per dationem in solutum, in alium transferatur. Idem etiam dicendum videtur, si res emphyteuticaria æstimato venditionis causa in dotem data fuerit; nam res æstimato venditionis causa in dotem marito data, ei vendita intelligitur. *L. 3. locat. L. 10. §. 4. & L. 69. §. 7. L. 5. C. de jure dot.* Competit igitur domino facultas offerendi pretium, in quo res consistit, translato utili dominio in ipsum potius pretium offerentem, quam in maritum. Idem de permutatione dicendum esse, quando plus est in pecunia, quam in re, facile quis largietur. 2) Jus protimiseos concedendum est domino, quando in alienatione emphyteuta, nec habet specialem affectum erga certam personam, nec erga certam rem, nec erga certas condiciones, quas dominus æque præstare non potest. Sed ex exemplis adductis patet, id etiam in aliis, præter venditionem alienationibus evenire posse. 3) Imperator JUSTINIANUS in *L. 3. C. de jure emph.* vocabulo *vendere* adhuc addit, vel *jus emphyteuticum* transferre. Voluit ergo addito hoc nomine generaliori denotare, etiam in aliis præter venditionem alienationis speciebus, jus protimiseos domino competere, ac proinde etiam ei ante alienationem denunciationem esse faciendam.

a) In med. ad pandect, spec, 105. med. 3.



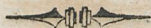
MELE

MELETEMA XIV.

AN DIVISIO EMPHYTEUSEOS INTER PLURES COHEREDES, ET POSSESSORES
IRREQUISITO DOMINO FIERI POSSIT?

Quæstionem : *Utrum plures hæredes prædium emphyteuticum pro indiviso ad se devolutum possint irregulato domino in unum coheredem transferre?* LEYSERUS (a) contra JULIUM CLARUM negative decidit, LEYSERI censor vero J. E. J. MÜLLERUS alium de ea observat silentium. LEYSERUS sequentibus nititur rationibus. 1) Interest domini, scire, quem in posterum ex pluribus coheredibus emphyteutam habere, & a quo canonem exigere debeat. 2) Dispiciendum quoque est domino, indoneusne ille sit, an propter vitam moresque indignus, cui integri fundi, vel partis ejus possessio committatur. 3) Divisio prædiorum secundum *L. 1. C. communia utriusque vicem emtionis obtinet*, adeoque ad eam merito, quæ de emtione in *L. 3. C. de jure emph.* constituta sunt, trahuntur, non quidem, ut domino jus protimiseos competat, sed tamen, ut illi denunciatio facienda sit, propter interesse, quod habet ratione actionis personalis, quippe quam non debet cogi invitus transferre in alium, & habere sibi obligatum, cujus ipsi non est electa industria. 4) Exemplum simile in feudo occurrit. 2. Feud. 77.

Quæstionem hanc ope distinctionis inter heredes ab intestato in investitura comprehensos, & inter heredes extraneos resolvendam esse cenlat BURI (b) dum scribit : *man muß einen Unterschied unter denen Erben machen: ob es die ab intestato, oder ob es heredes extranei scripti sind, die ihr Recht blos der Einsetzung der Testatoris zu danken haben. Bey den letzten ist kein Zweifel; daß, gleichwie sie schuldig gewesen wären, wenn sie gleich in Gemeinschaft geblieben wären, sich bey dem Herrn insgesamt zu melden, sich in den Besitz einzusetzen zu lassen, und die Lehnwaare zu bezahlen, also auch solches derjenige, dem sie das Gut überlassen haben, zu thun verbunden sey. Sind es aber coheredes ab intestato, denen das Gut als nächsten Anverwandten des letzten Besitzers zugefallen ist, so haben solche, wenn sie in der Gemeinschaft bleiben, nicht nöthig, sich um eine gewisse Einwilligung des Herrns zu bekümmern, noch sich von ihm in den Besitz setzen zu lassen, noch auch ihm die Lehnwaare zu bezahlen, also sehe ich auch nicht, warum solches nöthig sey, wenn sie das Gut einem unter sich allein überlassen, und sich dem zu gefallen ihres Rechts darauf begeben wollen, als wodurch in Absicht des Herrn gar keine Veränderung vorgeht, noch ihm einiger Nachtheil zuwachset, wie aus JULII CLARI beigebrachten Gründen erhellet. Genug ist es, daß nach geschehener Theilung dem Herrn Nachricht davon gegeben wird, damit er wisse, welchen er für seinen Emphyteuta zu erkennen habe.*



Eandem sententiam sequitur Jo. PHIL. HAHN (c). Verum, candide profiteor, non sat perpicio rationem sufficientem hujus discriminis inter heredes testamentarios extraneos, & legitimos ab intestato. Jus hereditarium differat licet in causis, non tamen differt in effectu juris hereditarii. Heredes testamentarii in emphyteusi simpliciter hereditaria, non minus jus ad successionem in emphyteusi ex contractu emphyteutico habent, ac heredes ab intestato. Quidquid ergo ratione heredum ab intestato juris est, id ipsum quoque ratione heredum testamentariorum juris esse debet. Licet heredes testamentarii jus suum in emphyteusi incedendi, proxime & immediate institutioni a testatore factæ in acceptis referant, tamen facta semel institutione non minus jus ex litteris emphyteuticis, quam heredes ab intestato habent; imo ipsos adeo heredes ab intestato in successione excludunt; nulla igitur sufficiens est ratio jurium differentiam eorum intuitu itatuerendi. Meo judicio ditin- guendum est, utrum heredes, sive sint testamentarii, sive ab intestato, ita inter se dividant, ut unus maneat emphyteuta, unus canonis debitor, omnesque coheredes ab eo pendeant, & in solidum maneat obligati, sive an ita sit divisio, ut domino obtrudantur plures debitores, ut partes canonis a pluribus exigere debeat. In primo casu, non videtur prævia quædam denunciatio domino esse facienda, cum quoad divisionem, hac ratione factam, prudens interesse habere non possit, quod secus est in altero divisionis casu. Apprime huc quadrant, quæ scribit BÜRGI (d) in verbis: *Wenn die Zertheilung so vorgenommen wird, daß solche den Herrn selbst mit betrifft, und solchem, statt eines emphyteuta, mehrere aufgedrungen werden, er von jedem den canon fodern soll. In solchem Fall, ist sie allerdings für unerlaubt zu halten; weil der Herr dadurch sehr gefährdet wird, die Güter sich zuletzt gar verlieren, daß der Herr zuletzt nicht mehr weiß, bey wem er sie sehen soll, ihm dadurch seine Mühe, den canonem von mehreren zu empfangen, auf vieler ihre Verwaltung Acht zu haben, vergrößert wird, auch bey diesen Zersplitterungen; die Besitzer eines jedweden Stück, öfters außer Stand gerathen, das Gut gehörig in Acht zu nehmen, die darauf hastende Beschwerden richtig abzuführen. Ist aber die Zertheilung so eingerichtet, daß dem Herrn kein Nachtheil zu wachsen kann, z. E. die sämtlichen Erben machen jemanden unter sich aus, welcher in ihrer aller Namen dem Herrn den gewöhnlichen Zins bezahlt, und als gemeinschaftlicher Emphyteuta dem Herrn verpflichtet bleibt, so dünket mich, er gehe diese Unternehmung dem Herrn nichts an, und könne er solche auch nicht anfechten, indem solche, als eine Art von Sublocation, oder Subemphyteusi, anzusehen, welche dem emphyteuta bekanntermassen zugelassen ist.*

Quan-

Quantum ad LEYSERI argumenta attinet, iis ex affe satisfecit BURI (e), ut proinde ne actum agatur, benevolum Lectorem eo ablegasse sufficiat.

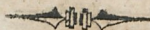
- a) In med. ad π Spec. 106. med. 4.
- b) Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts. p. 857.
- c) In diss. de jure indiviso per divisionem heredum non extincto §. 14. & 15.
- d) loc. cit. p. 856. seq.
- e) l. cit. p. 856. seq.

MELETEMA XV.

AN EMPHYTEUTA PRIVATUS EMPHYTEUSI POSSIT RENUNCIARE?

Summopere controvertitur inter Doctores: utrum emphyteutæ privato competat potestas emphyteusin refutandi?

LEYSERUS (a) contra SCHILTERUM (b) defendit, jus renunciandi emphyteutæ esse denegandum. Quæstionem hanc tantum per modum corollarii sine adductione argumentorum, quæ pro qualibet parte pugnant, delibavit LEYSERUS, ejus censor vero, J. E. J. MÜLLERUS profus intactam reliquit. Cum autem controversia hæc in hunc usque diem, & inter JCtos recentissimos, ventiletur, coronidis loco pauca quædam hanc in rem adhuc dicenda restant. LEYSERO adstipulantur inter alios THEOP. CHRIST. BECKER (c). AUTHORES DER MEDITATIONEN ÜBER VERSCHIEDENE RECHTSMATERIEN VON ZWEYEN RECHTSGELEHRTEN (d) & cl. HOFACKER (e). Contra hos pugnant BURI (f) & JOH. THAD. MÜLLER (g). Fundamenta utriusque sententiæ, tam copiose & exacte, exponit BURI, ut omnino nihil, quod adhuc addi possit, supersit. Mihi probabilius videtur, quæstionem hanc ope distinctionis esse resolvendam: vel enim canon est valde modicus, ita ut quodammodo in re quadam minima consistere dici possit, vel est fructibus valde proportionatus. Quodsi canon sit valde modicus, puto emphyteutæ jus competere emphyteusin refutandi; jam enim emphyteusis indolem beneficii habet, & invito tam parum ac res commodataria obtrudi potest. Præterea domini jam interesse non potest, si emphyteuta renunciet. Poterit enim loco hujus mille alios emphyteutas reperire, obfaret proinde domino exceptio: *tua non interest*, quæ excludit omnem agentem. Si autem canon sit valde proportionatus fructibus, jam in regula indolem locationis



conductionis sequitur, ut proinde in arbitrio emphyteutæ non sit a contractu resilire, cum jam Domini maximopere interfit, hunc præ alio emphyteutam habere; si quidem fors non tam facile alium reperiat, qui tantum canonem offerre paratus sit. Interim si casu fatali e. c. per incurfionem hostium fundus emphyteuticus ita fuerit devastatus, ut non nisi per tempus longissimum & maximorum sumtuum erogatione fertilis effici possit, non video, cur jam a solo emphyteuta casus iste sit ferendus.

- a) In med. ad π , spec, 105, cor. 1.
- b) Exercit. 16. §. 89. seq.
- c) Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle 5ter Band, observ. 286.
- d) Zweiter Band pag. 71.
- e) In princip. juris civ. tomo II. part. prior. §. 1055. pag. 261.
- f) Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts pag. 898. seqq.
- g) In System. pandectarum P. II. §. 688. lit. d. p. 718.

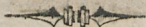
T A N T U M.



THESES.

- 1) Testamentorum & præscriptionis originem ex jure naturæ derivantes, falluntur.
- 2) Finis reipublicæ, quæ est societas plurimum hominum civilis, salus publica est.
- 3) Præter jura Vicariis imperii ex aurea bulla, observantia, & capitulatione cæsarea competentia, ipsis alia nulla competunt.
- 4) Imperium germanicum est regnum divisum in plures respublicas plane diversas, tamen adhuc unitas in modum reipublicæ compositæ, sub communi supremo imperio monarchico, restricto, electio.
- 5) Augustanæ confessioni addicti, denominatione corporis evangelicorum privandi haud sunt, nisi in casu, quo sibi jura formæ imperii periculosa, atque illicita tribuunt.
- 6) Recursus ad comitia legitimus dici potest, quando læsio a supremis imperii tribunalibus illata, statim & sine causæ cognitione in sensus incurrit,
- 7) Sede vacante in capitula omnia jura episcopalia transeunt, exceptis iis, quæ pontificalia & ordinis sunt.
- 8) Qualitas votorum comitialium a religione principis, non territorii dependet.
- 9) Jura primatus essentialia dicuntur, sine quibus unitas Ecclesiæ servari nequit.
- 10) Concordata principum regulam & Vindebonensia exceptionem efficiunt.
- 11) Preces primariæ, in casu, si beneficium ecclesiasticum autoritate episcopali legitime permutatur, omni effectu destituuntur.
- 12) Canon non est onus reale.
- 13) Substitutus filio quoad legitimam, fidecommissio gravari potest.
- 14) Donatio inter vivos legitime facta, ob supervenientiam liberorum revocari potest.
- 15) Emtor, obstante licet de non præstanda evictione pacto, pretium pro re evicta solutum repetere potest.
- 16) Conditio ex Novell. 115. a querela inofficiosi valde distinguenda est.
- 17) Actio negotiorum agens, ab onere probandi liber est.
- 18) Legitima certa bonorum defuncti portio, legibus definita, sine ullo onere, diminutione, nec non absque ulla conditione, reliquenda est.
- 19) Exheredatus in computanda legitima cum ceteris connumerandus est.
- 20) Pignus generale simpliciter tale adicit omnia debitoris bona, tam præsentia quam futura.

21) Lex



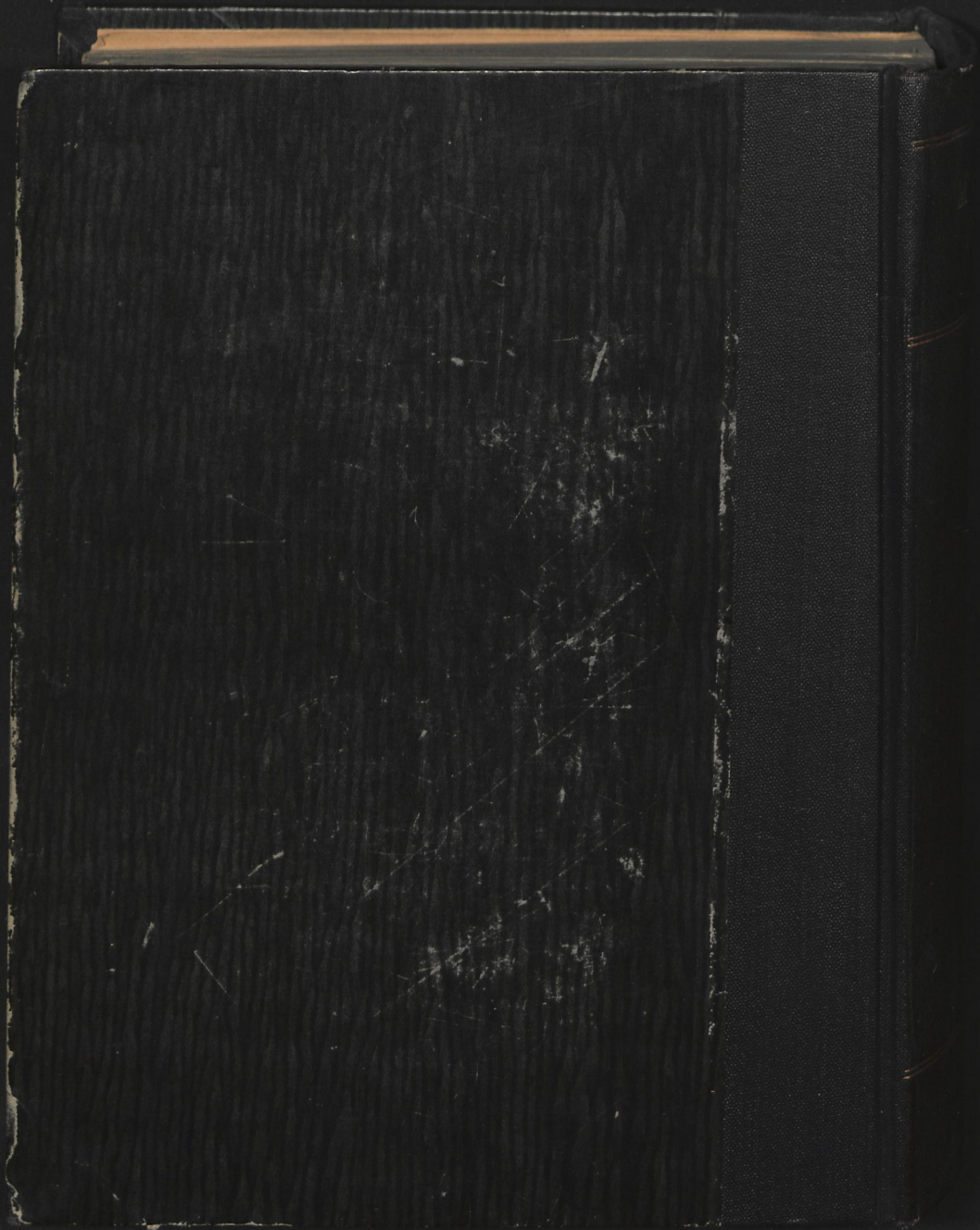
- 21) Lex 2. Cod. de rescindenda venditione etiam ad alios contractus onerosos extendenda est.
- 22) Mortuarium non involvit qualitatem hominis proprii.
- 23) Retractus consanguinitatis in Germania est præsumendus.
- 24) Jus retractus ex vetere condominio originem trahit.
- 25) Ad introducendum inter Illustres jus primogenituræ consensus imperatoris haud requiritur.
- 26) Inter fontes feudorum imperii, etiam jus feudorum longobardicum merito referretur, ac proin etiam circa feuda imperii in subsidium obtinet.
- 27) Investitura eventualis nonnisi jura personalia producit.
- 28) Successoribus feudalis ad definiendum inter se ordinem succedendi specialem, domini directi consensus non quidem necessarius, ast tamen suadendus.
- 29) Jurisdicctio feudalis contentiosa feuda intra, & extra curtem complectitur.
- 30) Jurisdicctio feudalis voluntaria cuilibet domino directo, contentiosa vero nonnisi illi competit, qui ceteroquin ordinaria gaudet.
- 31) Ad puniendum reum, sufficit eum esse convictum.
- 32) In collisione fori delicti, cum foro domicilii, vel deprehensionis, præfertur forum delicti.
- 33) Defensionis renuntiari nequit.
- 34) Mandans alicui, ut alterum vulneret, licet addiderit, ne occidat, tenetur de occiso, si ex vulnere mortuus fuerit.
- 35) Jus aggratiandi in omni crimine imperanti competit, non tamen aliter quam ex rationibus salutem publicam respicientibus.



1018

ULB Halle 3
005 361 850





DISSERTATIO INAUGURALIS
JURIDICA
DE

8 53

1792, 3.

EMPHYTEUSI
MELETEMATA QUÆDAM
SISTENS

QUÆ
AUSPICE

D. T. O. M. Q.

EX INDULTU INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ, UNA CUM SELEC-
TIS EX OMNIGENO JURE POSITIONIBUS,

*IN ALMA SEMPERQUE CATHOLICA UNIVERSITATE
ELECTORALI MOGUNTINA*

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS
ET PRIVILEGIIS DOCTORALIBUS

RITE CONSEQUENDIS PUBLICÆ ERUDITORUM CENSURÆ

SUBMITTIT

MAXIMILIANUS WÜRTH,
MOGONUS.

A. A. L. L. ET PHILOSOPHIÆ MAGISTER

HORA IX. DIE XV. JUNII MDCCCLXXXII.

MOGUNTIÆ

EX TYPOGRAPH. ELECT. ACADEM. PRIV. APUD ANDREAM CRASS.