



Disputatio juridica inauguralis de emphyteusi

<https://hdl.handle.net/1874/341834>

6

DISPUTATIO JURIDICA
INAUGURALIS,
DE
EMPHYTEUSI,

QUAM

FAVENTE DEO OPT. MAX.

Ex auctoritate Magnifici Rectoris,

D. HERMANNI WITSII,

S. S. Theol. Doctoris, ejusdemque in Inclyta Academia Ultrajectina
Professoris Ordinarii, & Ecclesiæ ibidem Pastoris facundissimi,

NEC NON

*Amplissimi Senatus Academici Consensu, & Alma
Facultatis JURIDICÆ Decreto,*

PRO GRADU DOCTORATUS

Summisque in UTROQUE JURE Honoribus, & Privilegiis
ritè, ac legitimè consequendis,

Eruditorum examini subijci

REINERUS TEN WINCKEL, Groninganus.

Ad diem 1. Maji, loco horisque solitis.



ULTRAJECTI,

Ex Officinâ FRANCISCI HALMA, Academiae
Typographi, cl^o l^o Lxxxvi.

NOBILISSIMIS. AMPLISSIMIS. CONSULTISSIMIS

VIRIS

Dn. RENATO. BUSCH. J. U. D

INCLYTÆ. URBIS. GRONINGANÆ

CONSULI. GRAVISSIMO

SOCIETATIS. INDIÆ. OCCIDENTALIS. PRÆFACTO

TOPARCHÆ. IN. ESINGE. FEERWERT

HARDEWEER. GROOTEGAST. &c.

PRÆFACTO. HÆREDITARIO. VULGO. ERF-SCHEPPER

IN. ESINGE. ET. HARDEWEER

VIRO. TAM. DIGNITATE. QUAM AFFINITATE. SUMME. COLENDO.

Dn. WIARDO. SICCAMA

DOMINO. OP. KLINCKEMA

OLIM. COLLEGII

QUOD. REIP. GRONINGANÆ. A. RATIONIBUS. EST

MEMBRO. DIGNISSIMO

NUNC. A. SECRETIS. IN. FRISIORUM. PROVINCIA

FIDELISSIMO. PRUDENTISSIMO

COGNATO. OMNIS. AMORIS. OBSEQUIO. PROSEQUENDO

HANC. DISPUTATIONEM. INAUGURALEM
SACRAM. FACIT

REINERUS. TEN. WINCKEL

AUCTOR.

PROOEMIUM.



Riusquam rem ipsam aggredior, tribus verbis videor mihi esse deprecandum, sicubi argumentum meum succincto nimis compendio constringam; dignissimum sane, quod prolixius describeretur, & sub examen revocaretur pensiculatorius. Verum præterquam quod sagaciorum istud indagatorem ac ruspatores voluisset, id mihi ferè in hujusce generis exercitiis observare licuit, non tam in iis attendi, num quid diffuse, quam quidem, num id, quod dicis, appositè & ad rem dicas. Quod si tamen & hic subactiori judicio non satisfecerim, tacitâ mecum mente reputasse sufficiat Tibullianum illud, prout non invenuste juxta Politiani versionem sonat.

Ἀρκείδι' ἐν μεγάλοις καὶ τὸ θέλημα μόνον.

eandemque porro mihi æquitatem ab æquis justisque arbitris promitto. Quomodocunque etiam cadat, jacta alea est: specimen aliquod profectus mei hisce in studiis, eorum jussu, quos colere ac venerari mihi religio est, publico exhibere debui. Longius præfari non permittit instituti ratio; verebar πέρεργον ἔργον ποιῆν.

DISPU.

DISPUTATIO JURIDICA
INAUGURALIS,
DE
EMPHYTEUSI.

THESIS I.



E Emphyteusi igitur quædam commentaturo, considerandum in limine venit vocis Etymon; quod non est uti anxie indagemus, cum istud satis pervulgatum & extra litem sit: vel tinnitu suo græcam sonat originem; est enim ἀπὸ τῆς ἐμφυτεύειν ἐμφύτευσις, quod inferere aut implantare significat, & per metaphoram meliorare: quia per insitionem & implantationem agri meliores redduntur. Accipitur autem emphyteusis quandoque pro contractu. *Nov. 7. c. 3. 120. c. 1. 5. 6.* qui etiam dicitur emphyteuticarius contractus, *l. 2. C. h. t.* quandoque jus in re ex tali contractu natum; hinc jus ἐμφυτευτικόν, *l. 3. C. h. t.* Quod jus qui habet emphyteuta, vel emphyteuticarius appellatur. *l. 1. § l. 3. in princ. C. h. t.* Dicitur & embateuticum *in leg. 3. §. ult. d. de reb. eor. qui sunt sub. tut.* de quo, id est, cur ita dicatur, disputant viri docti, Alciatus, Fornerius; qui putant legendum ἐμβαλεῦτικον, quia ἐμβαλεῦειν, sit idem, quod ἐφυτεύειν inferere: alii ἐμβατεῦτικον ab ἐμβατεύειν, id est, ingredi possessionem, quia Emphyteuta sit possessor, & emphyteusis nihil aliud, quam possessio.

II. Hæc

II.

Hæc de voce : nunc in summa rerum fastigia digitum intendam. Est itaque Emphyteusis contractus juris gentium nominatus, bonæ fidei consensu constans, quo dominus rem suam immobilem in perpetuum, vel ad tempus, pro pensione annuâ, in recognitionem dominii præstandâ, colendam fruendamque alicui concedit. Velest contractus consensu initus, quo dominus prædium suum alicui perpetuò, vel ad tempus utendum concedit, dominio directo sibi retento, eâ lege, ut emphyteuta id cultius reddat, & in agnitionem dominii certum canonem quotannis præster.

III.

Occurrit primò in definitione explicandum, quod sit *contractus*, & ratio est, quia ex eo oritur propriâ vi ac virtute obligatio, *l. 1. C. de jure emph.* quod est proprium contractus, *l. 19. d. de verb. sign. l. 7. §. 1. de pact. l. 1. d. de oblig. & act.*

IV.

Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur à fundis publicis, quos Romani bello captos non tantum militibus assignabant, verum etiam eos, qui propter bellum inculti ac deserti erant, aliis pro certo vectigali seu canone excolendos dare solebant, *uti ex Appian, de bello civil. Struv. h. t.* vel ab incultis & sterilibus agris, qui cum colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum culturâ atque insitione, seu melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, vel ad longissimum tempus locari cæperunt, ut agri illi colerentur & confererentur, idque modicâ pensione, quæ veri domini memoriam conservaret. Latebat autem olim emphyteusis sub emptione & locatione; dubitarunt enim veteres, an ad emptionem, an vero ad locationem referre deberent, §. 3. *Inst. de locat.*

6 DISPUTATIO JURIDICA

§ *cond.* Sed Zeno Imperator hanc disputationem sustulit, voluitque hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam; ideoque lex Zenoniana lata est, quæ constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum, utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo actione propria emphyteuticaria ageretur, uti apparetur ex *l. 1. C. h. t.*

V.

Sequitur quod sit *juris gentium*, quia veteribus fuit cognitus; dubitatum enim fuit, utrum emptio an locatio esset, §. 3. *Inst. de locat.* § *Cond.* ait autem *Justin. in §. 1. Inst. de jure nat. gent.* § *civ.* jus gentium esse, quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, & apud omnes populos peræque custoditur, at contractus emphyteuticus ab omnibus gentibus communi ratione ac utilitate approbatus est, ut ostendit *Commanus in commentario de jure civ. l. 7. c. 12.* Quod autem Zeno contractus hujus propriam naturam esse statuerit, exinde non sequitur, non esse *juris gentium*, aut Zenonis creaturam, ac proinde juri civili Romanorum attribuendum: non enim id, quod facere non potuit, nec voluisse credendus est; apparet enim *ex d. §. omnia essentialia* hujus contractus fuisse ante Zenonem, & dubitatum saltem fuisse, an istud negotium esset referendum ad locationem, an potius ad conductionem, quæ dubitatio etiam nulla fuisset, nisi essentialiam suam jam ante Zenonem habuisset: *Bachov. ad §. 3. Inst. de locat.* § *cond.*

VI.

Est etiam *nominatus*, habens speciale nomen ab aliis distinctum, *l. 2. C. h. t. l. ult. d. de reb. alien. non alien.*
sunt

sunt tamen qui putent esse innominatum atque incertum, quia nullum habeat certum ac proprium nomen, nam verbum emphyteuseos non de contractu, sed de jure emphyteutico intelligunt, *Nov. 7. § 120.* sed nominatum esse satis apparet *ex d. l.* tum etiam quia olim erat species locationis, quem constat nominatum esse contractum, & nec innominatus factus dici potest ex eo, quod jam sit specialis ac distinctus contractus, *l. 1. C. b. t.*

V I I.

Bonæ fidei etiam dicitur, nam sive olim ad venditionem sive ad locationem pertinuit, bonæ fidei fuit, §. 28. *Inst. de act.* qualis autem olim fuit, talis & hodie est, cum Zeno non mutaverit naturam ejus, sed eum tantum segregavit, & quem Zeno judicavit esse contractum emphyteuticum, hunc constitit inter veteres aut emptionem venditionem, aut locationem conductionem esse, sed utrumvis horum esset, bonæ fidei fuisse constat.

V I I I.

Porro dicitur *consensu constans*, utpote ex emptione & locatione compositus, qui solo consensu perficiuntur, §. 3. *Inst. de locat. & cond. tit. Inst. de oblig. ex consens. l. 2. d. de oblig. & act.* Hinc sequitur ad substantiam sive perfectionem hujus contractus non desiderari scripturam, nam omiſſa illa non vitiatur, *l. 3. C. b. t.* & quod Imperator scripturæ & instrumenti mentionem in leg. faciat, non ideo est, quod sine illis nolit contractum subsistere, sed ne fides eorum quæ pacta sunt, decursu temporis, in quod emphyteusis extenditur, vacillet, iis mortuis, qui testes ad fuerant; unde tunc non concluditur necessariam esse scripturam. Itaque *Cujac. Giphau.* & alii existimant hunc contractum posse & sine scripto fieri, quia nusquam in jure necessitas scripturæ est expressa de hoc contractu.

IX. Con-

8 DISPUTATIO JURIDICA

I X.

Conceditur autem emphyteufis à *Domino* prædii, qui rei in emphyteufin datæ dominium habet, & quidem olim civitates & municipia primò fundos publicos in emphyteufin dederunt, *l. 1. d. si ager vectig.* quia res communes ut plurimum negligentius geruntur, postea verò & à privatis concessa est, liberam scil. habentibus rerum suarum administrationem, ac alienandi facultatem, *l. 1. 2. 3. C. h. t.* nam cui interdicta est rerum suarum administratio vel alienatio, emphyteufin in iis constituere non potest, quia prohibita alienatione, etiam emphyteufis prohibita censetur, *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Hinc cum pupillus & minor 25. annis facultate administrandi res suas careant, manifestum est, eos absque tutoris vel curatoris auctoritate & Magistratus decreto, prædia sua in emphyteufin alicui dare non posse, *l. 3. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. l. 4. §. 13. C. de prædiis & aliis reb. min. sine decret. non alien.* dicit enim *Ulpian. in d. l. 3.* pupillum proprietatem habentem in fundo, usum fructum, vel usum, alienare, aliique constituere non posse unde sequitur, nec emphyteufin in fundo suo eum constituere posse, quoniam plus juris in emphyteutam, quam usufructuarium transfertur.

X.

Dantur in emphyteufin *res immobiles*, ut ager seu fundus, & initio tantum incultus sive sterilis, ut melior redderetur, *l. 2. 3. C. de jure emph.* post verò etiam prædia fertilia & culta in eandem dari cæperunt, & quidem vel rustica, vel etiam quandoque urbana: licet autem insitioni atque implantationi propriè in solis rusticis prædiis sit locus: nihilominus tamen isto vocabulo omne meliorationis genus designatur; adeo ut etiam ædificia in emphyteufin dari possint, *l. 15. §. 26. D. de dam. infect.*

Nov.

Nov. 7. c. 3. §. 2. auth. si quas. C. de S. S. eccles. non tamen res mobiles, nam ipso usu non fiunt meliores ac cultiores, ut immobiles; quin imo aut perire necesse est, aut fieri deteriores.

X I.

Dividitur emphyteusis, quod sit vel secularis sive civilis, quæ in rebus secularibus est constituta; quando Princeps, civitas, vel privatus rem suam in emphyteusin concedit: vel ecclesiastica, quæ in rebus ecclesiasticis, quando res ecclesiæ, aliorumque collegiorum ecclesiasticorum, per suos prælatos, sive rectores, causâ exigente, in emphyteusin dantur. Estque vel temporalis, quæ ad tempus non modicum; vel perpetua, quæ in perpetuum constituitur.

X I I.

Temporalis ultra tempus præfinitum non porrigitur, fitque vel generaliter vel specialiter: generaliter, si tantum dicatur rem hanc vel illam alicui ad tempus dari: specialiter, si certum tempus, vel generatio exprimat. Perpetuæ emphyteuseos concessio fit, si nominatim ita convenerit determinativè, factâ scil. mentione liberorum vel hæredum: sed si sine verbo perpetui concessa simpliciter, nullâ factâ mentione hæredum & liberorum fuerit emphyteusis, verius est, hanc quoque esse perpetuam; hac ratione, quia emphyteuseos hæc sit natura, ut sit perpetua, & tam diu duret, quamdiu pensio solvatur, *l. 1. d. si ager veſtig.* & tunc, sive secularis sive ecclesiastica sit, transit non solum ad suos hæredes & descendentes, sed etiam ad alios hæredes quoslibet, *Nov. 120. c. 6.* quâ tollitur id, quod antea *Nov. 7.* fuerat constitutum de Ecclesiasticâ emphyteusi, ut ea non pertineret ultra nepotes utriusque sexus, sed si illa servatis debitis solemnitatibus alienari potest, cur non etiam ad extraneos hæredes transferri, cum proprie-

10 DISPUTATIO JURIDICA

proprietas hoc casu retineatur. Scripsit enim *Justin. in d. Nov. 120. Licentiam igitur damus præfectis venerabilibus domibus, non tantum ad tempus emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuo hæc iis emphyteutico jure volentibus dari.* Cum igitur in perpetuum tribui possit: consequens est, eam non tantum ad filios nepotesque; sed & ad extraneos hæredes extendi posse.

XIII.

Porro considerandum, quibus modis constituitur emphyteusis; acquiritur autem vel pactionibus, vel testamento, vel præscriptione. Pactionibus hoc jus constituitur, cum de re in emphyteusim dandâ inter dominum & eum qui suscepit, convenit. Atque pactiones istæ firmæ illibatæque perpetuâ stabilitate omnibus modis custodiendæ sunt, tam quæ fiunt circa ipsam emphyteusim, quam quæ circa personam, ejusque rejectionem, *l. 12. C. de jure Emph.* Testamento relinquitur, si dominus fundum alicui legat, aut hæredem in illo instituat, ut quis in eo emphyteusim habeat; & hoc jus testamento delatum convenientibus actionibus legatarius aut hæres persequitur, *arg. l. pen. C. de usufr.* Præscriptione acquiritur, 30. vel 40. annorum, si tam diu quis rem immobilem, patiente & admittente domino, ut emphyteuta canonem solverit, *l. ult. in fin. C. de long. temp. præscrip.* & nec vi, nec clam, nec precariò possederit, *arg. l. 10. d. de servit. vind.* & si etiam à non domino emphyteusis alicui fit constituta, præscriptio currit contra verum dominum, *arg. l. 15. §. 27. d. de damno infect. l. 20. §. 2. de publican.*

XIV.

Insuper contractu rite confecto, finis & effectus emphyteuseos constitutæ est, quod tam dominus quam emphyteuta jus aliquod acquirant, competit enim domino
in

in re, quam in emphyteusin dedit dominium directum, in cujus recognitionem emphyteuta pensionem annuam præstat, quæ si municipibus vel civitatibus deberetur, *vectigal*, *l. 1. d. si ager. vectig.* si privatis, *canon* dicebatur. *l. 3. C. b. t.* Emphyteutæ vero competit jus dominio proximum, quod dominium utile vocatur; unde sequitur, quod non solum possidendi & fruendi jus habeat, sed & in alium transferendi, dummodo tamen, si velit vendere, maturè hoc domino denunciaret, qui dum intra duos menses à factâ denunciatione tantundem offerat, præfertur extraneo emptori *l. 3. C. b. t.* Novus vero emphyteuta si in possessionem velit admitti, tenetur domino solvere *laudemium*, hoc est, quinquagesimam partem pretii vel æstimationis rei, *juxta d. l. 3. in fin.* Ex eo autem, quod pensio non sit proportionata fructibus, sequitur, quod ob sterilitatem vel incurSIONem hostium non remittatur, *l. 1. C. b. t.* in quo sanè differt à colono, cui propter sterilitatem aliudve damnum mercedis in totum vel parte fit remissio. *l. 15. §. 2. l. 25. §. 6. de locat. §. 1. 8. C. de locat.*

X V.

Oritur ex hoc contractu actio, non præscriptis verbis, quæ tantum fit ex contractibus innominatis, *l. 3. d. de præscript. verb.* neque condictio ex lege, quia conditiones ex lege non dantur, nisi iis casibus, quibus antea nulla fuit eo nomine actio. *l. 1. d. de condict. ex lege.* Atqui ante constitutionem Zenonis jam fuit actio ex hoc contractu. Datur igitur peculiaris sive propria actio, nempe Emphyteuticaria. *l. 1. d. si ager. vectig.* ex propriis enim & nominatis contractibus, propriæ & nominatæ nascuntur actiones.

X V I.

Denique obiter videndum, quibus modis finitur Emphyteusis: extinguitur vero variis modis, puta, lapso tempore

pore ad quod concessum est, *l. 3. d. si ager vetig.* vel præscriptione, siue dominus rem debito modo & tempore possidens contra emphyteutam, siue emphyteuta dominium contra dominum non solutione canonis, per tempus legibus determinatum, præscribat. Perit quoque morâ in solvendo canone commissâ, si scil. emphyteuta canonem non solvat intra biennium in ecclesiasticâ, in seculari intra triennium, *l. 2. C. b. t.* neque post triennium oblatione moram purgare potest. *d. l. 2. Fachin. 1. contr. 98.* Cadit quoque jure suo Emphyteuta, si dolo culpâque latâ rem insigniter reddat deteriore, *auth. qui rem. C. de SS. Eccl.* Rei quoque interitu totali, non partiali, extinguitur emphyteusis. Similiter aliis quoque modis dissolvitur, quod fusius prosequi nunc non licet.

COROLLARIA.

I.

Dominus propria autoritate Emphyteutam fundo expellere non potest.

II.

Si fur legitime damnatus & strangulatus, rupto laqueo, de patibulo vivus in terram cadat, jure tamen adhuc strangulari potest.

III.

Adulterium cum alterius sponsa committi probabile mihi videtur.

IV.

Ebrietas ab ordinariâ injuriarum penâ excusat.

F I N I S.