



R. P. Thomæ Tamburini È Societate Jesu Opera Omnia

Tamburini, Tommaso

Lugduni, 1689

5. Ex pœnæ conventionē.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-78172](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-78172)

re, creditorem remittit: Dies autem interpellat quidem pro homine, sed non quoad damnum hoc sequitur, sed quoad debitum, seu sortem principalem. Excepi tamen ibi ex *Sa. v. Mora*, n. 2. & iterum excipio consuetudinem apud mercatores, qui in contractu mutui pecuniarum semper supponuntur pacisci de damno quocunque eventuro, quæ consuetudo, ubi adest, merito servanda est.

§. IV. Lucrum in Mutuo ex lucro cessante.

1. **D**amnum emergens debere modo jam prædicto mutuatario refarciri, docent omnes; non autem omnes idem docent de lucro cessante; Nam Durandus, in 3. d. 37. *quest. 2. ad primum*, Scot. in 4. dist. 15. q. 2. Sor. lib. 6. de *lusi*, g. 1. art. 3. *concl. 4.* apud Mol. mox citandum n. 10. alique negant. Verum, jam communis nunc est, & vera sententia affirmativa, id est, idem dici debere de lucro cessante, quod diximus de damno emergente. Ratio fundamentalis est, quia, est etiam pretio æstimabile, me amittere lucrum, quod probabiliter sperabam: Cum ergo tu huius iacturæ sis causa, refarcire teneris. Frustra autem citatur D. Thomas contra nos. Nam advertunt Cajetanus, 2. 2. *quest. 78. art. 2. ad primum*, & Molina, d. 3. 15. *ad finem*, D. Thomam nullo modo contra nos esse: is enim, vel solum dicit lucrum, quod est in potentia remota, & non est spes illud habendi, non potest vendi, vel, si loquatur de lucro probabili, & in potentia proxima, solum vult, ut non vendatur ad æqualitatem, sed quanti dumtaxat ab experto viro æstimatur spes illa probabilis lucrum.

2. Sunt autem, & hic tres conditiones necessariæ, ad exigendum in mutuo hoc lucrum cessans. Primum, ut pecunia, quam mutuas, sit destinata negotiationi, secus non cessaret ratione mutui tibi lucrum. Quod, si habeas domi aliam pecuniam otiosam, hanc tamen, quam mutuas negotiationi destinaveras, adhuc potes, si hanc destinatam mutues, exigere lucrum cessans, quia verè ratione mutui cessat tibi ejusmodi lucrum ex hac destinata pecunia.

3. Si quis sit dubius, an negotiationi destinanda sit pecunia in occasionibus, quæ se fortè offerent, non potest totum lucrum accipere, sed ad rationem dubii à prudenti viro discernendum.

4. Si quis sub conditione sic destinaverit: Vellem meas pecunias negotiationi exponere, sed quia adest qui eas petit mutuas, illi do, si inquam, sic destinaverit, poteritne licitè exigere, vel pacisci de toto lucro cessante?

Quod possit, dicit Lessius, lib. 2. cap. 20. num. 90. & 95. esse opinionem probabilem. Ratio præcipua est, quia adhuc mutuo re ipsa id, cujus carentia est causa, ut mihi cesset lucrum. In praxi tamen notant aliqui Recentiores ob periculum palliandi vsuram, id non esse facile admitterendum.

5. Secunda conditio est, ut admoneatur de hoc onere mutuatarius eo modo, quo nuper num. 4. diximus de damno emergente. Lege Valentiam, tom. 3. d. 5. *quest. 20. p. 2. concl. 3. v. Tertia conditio*, cui adde Lopez, lib. 1. de *contract. c. 23.*

6. Tertia conditio, ut non exigatur, testibus Less. loc. cit. num. 96. Tolet. lib. 5. cap. 33. nisi quanti æstimatur spes illa lucri, quam certè posse multipliciter impediri, negari non potest, deductis item expensis, & periculis.

7. Laborem, quem mutuas posuisset in acquiritendo lucro; quod nunc cessat ratione mutui, non debere regulariter deduci, notant Lessius, Salas, Reginaldus, alique, quos sequitur Dicastill. lib. 2. de *Inst. tr. 10. d. 2. d. 5. n. 178.* quia homines communiter volunt potius laborare, quam otiantes nihil lucrari. Exciperem, nisi fortè labor fuisset fururus adeo magnus, ut esset probabile, mutuantem aliquo saltem pretio illum laborem fuisse redempturum.

Alias quasdam conditiones requirit *Comenius de contract. lib. 1.* quæ certè, vel non sunt necessariæ, prædictas reducantur.

8. Quoniam verò spes dicti lucri est incerta, modo potest initio mutui fieri de dicto lucro potius quod, deductis omnibus expensis, vitæ capere poterit: & tunc sanè etiam minus, vel plus fuisset lucrum illud, determinatum exigi solum poterit. Ratio est, quanti vendidit illud lucrum mutuas, quæsi probatur valere iudicatum fuit, ergo tanta correspondentes semper danda.

Secundò, ut nihil antea determinetur, sed postea id lucri, quod deprehenditur cessasse: deperit autem poterit, vel ex eo, quod mercatores alii in negotiatione lucrati sunt, vel ex eo, quod ille ipse mutuavit, lucratus est in negotiatione simili per æqualem pecuniam.

9. Sed certè valde difficile est cognoscere, quanti fuisset lucrum, quod mutuatius cessat ex pecunia mutua: quare in foro interno, suam mutuas conscientiam consulat, ut tantum exigat, quanti ei deductis debetis, verè cessat. In foro autem externo difficultus præri clarè potest, vel quod cessaverit lucrum, vel quantum cessaverit; ut docet Menoch. de *arbitr. lib. 1. casu 119.* unde, nullus ex mutuatariis obligatur in foro externo foro solvere lucrum cessans, nisi actus probetur mutuum amisisse illud lucrum, id quod etiam dicitur *Castellanus, decis. 79.*

Conjecturæ autem, quod lucrum tandem aliquando cessaverit, ducentur primò ex eo, quod mutuatius solitus erat negotiationi suas pecunias exponere. Secundò, quod habeat merces paratas, quas de morte mutui ad lucrum, nisi mutuas, Tertio, ex testibus, qui de labore testificantur. Quantum autem cessaverit, de arbitrio relinquatur, notat *Rebuffus, in l. vici, de iur. pro eo, num. 516.*

10. Quæres: Sicuti potest, arbitrio mutui, licet de lucro cessante, licitè potest, etiam ipsum lucrum cessans tunc exigi? Mutuo, v. g. tibi nunc erant aureos pro vno anno, in quo, omnibus expensis, cessabunt de lucro decem, licitène possum nunc accipere à mutuatario hos decem?

Respondeo negativè. Ratio manifesta est, quia non mutuas centum, sed nonaginta, ut scribit *Medina de vsur. quest. 3. §. Sept. conditio. Petr. Navarra, cap. 1. num. 305. Less. loc. cit. n. 99.* alique, & non alia remedia, seu iusta artificia tradidimus lib. 8. in *De contract. lib. 3. cap. 8. §. 3. à n. 16.* quorum auxilio aliquod patè sumi possit.

§. V. Lucrum in Mutuo ex pena conventioni.

1. **N**on loquimur de pena, quæ in mutui contractu apponitur ex pacto posset in compensationem lucri cessantis, & damni emergentis, hæc enim ante consentiam, & omnino, debetur in conscientia, quia compensat interesse mutuantis, de quo jam paulò antè dictum est satis; sed loquimur de pena mortis conventionali, quæ ex solo pacto debeatur mutuatario, in quo, præfixo termino, non reddat mutuum, vel nullum damnum emergerit, vel lucrum cessaverit mutuantis. Hanc aliqui vocant penam punitivam, quia punit violationem fidei mutuatarii, qui non reddidit mutuum, quando reddendum promissit.

2. Duo in hac difficultate sunt discutienda. Alterum; An hæc pena conventionalis iustè, & licitè apponi possit in mutuo, sic: De tibi mutuas centum aureos pro hoc anno, in fine cuius, nisi reddideris, solves mihi penam aureos quinque. Alterum; An solutio dictæ penæ debeatur in conscientia ante condemnationem iudicis, vel ante petitionem partis?

3. Quoad primum, Afferro, iustè, & licitè posse. Ratio est, quia in omni contractu iustè ponitur pena, vel

lenti, vel ipsum contractum non obervanti, & hujus ratio est, quia pena iuste imponitur pro culpa.

4. Tres autem conditiones requiruntur ad iustitiam hujus pene. Prima, ut præcesserit culpa mutuatarii, quare si non habeat in præfixo termino, unde solvat mutuum, non obligatur in conscientia ad dictam penam, quia tunc nullam culpam ipse commisit.

4. Quæres: Quid, si idem esse impotens ad solvendum, quia prodigè vixit, & inutiliter sua bona consumpsit?

6. Respondeo: Molina *disf. 317. n. 8.* & Lessius *lib. 2. cap. 20. n. 12.* aiunt, in eo casu ideo obligari, quia tunc poterat facile advertere, se ex culpa sua reddi impotentem: at De Lugo *disf. 22. de iust. n. 398.* ait, ideo obligari, quia sufficit culpa antecedens, quia quis prævidet se futurum impotentem ad solvendum.

Nota, Molina dicit (quia facile poterat advertere) De Lugo ait, (quia quis prævidet) quæ duo dicta sunt longe diversa, Molina enim sufficit, quod facile potuerit esse advertentia, De Lugo requirit ipsam advertentiam.

7. Certè, quia culpa non est, nisi præcedat advertentia illa, quam *lib. 1. Decal. cap. 3. §. 10.* explicuimus, sciendum cum De Lugo: nisi forte debitor prædictus negligentia graviter culpabili impediverit advertentiam futuræ impotentiae, nam tunc aderit negligentia graviter culpabilis, & consequenter contrahetur dicta pena, quod fortasse respexit doctissimus Molina.

8. Secunda conditio: Ut non ponatur hæc pena ad palliandam vlturam. Illa autem palliatur, si mutuant ideo hanc penam ponat, quia lucrum habere vult ex iplo mutuo, quod, ut occultet, dictam penam obtendit: quam palliationem clarè apparet adesse, quando sciens mutuant, nam posse mutuatarium solvere in tempore præfixo, adhuc penam apponit.

9. Tertia conditio: Ut non sit immoderata, sed juxta quantitatem culpæ, sed id quod culpam præcedit, in iustè corradetur. Unde differe solutionem per bidduum, vel per hebdomadam, non æstimari culpam, saltem dignam tantæ penæ, notat De Lugo *l. c.* Præterea, si pars, non verò totum solvatur, diminuet certè de culpa, sed non diminuet, quando non totum solvit, æquè mutuant nocet, ut si præsum non emit mutuant, quia totam summam non habuit, id quod rectè notat Bonac. *d. 3. de contr. p. 3. p. 7. n. 2. v. Ex quo.* Nec displicet interim Pasqualigus, *cent. 4. quæst. 362.* asserens, creditorem, acceptantem solutionem partis debiti, censeri liberare debitorem à mora: sibi enim, eam partem acceptando, prædicat; nam dum partem acceptat, videtur, inquit, implicite penam mortæ & quodeunque interesse ratione moræ habitum remittere. Hæc Pasqualigus, quibus necessariò addendum est, nisi creditor explicet, acceptare se partem sine præjudicio sui interesse.

10. Quoad posterius, triplex adest sententia: nam primò penam conventionalem debere in conscientia ante omnem Iudicis condemnationem, etiam parte non petente, docet Felinus, Decius, alique apud Castropalaum, & Sanch. mox citandos. Ratio est, inquit, quia quod ex contractu debetur, debetur in conscientia, etiam, parte non petente, nec Iudice condemnante: at hæc pena, cum sit conventionalis, ex contractu debetur.

11. Secundò non debere, etiam si pars petat, nisi accedat Iudicis sententia, tenet Sanch. *lib. 1. de matr. d. 37.* Castropalaus, *tem. 2. tract. 3. d. 2. p. 3. n. 4.* Vasq. *p. 2. d. 173. c. 1.* alique plures apud Dian. *p. 1. tr. de contr. res. sol. 29.* alique: Ratio est, aiunt, quia eo ipso, quod ponitur, ut pena, quamvis ponatur ex pacto inito contractus, præsumitur, poni juxta naturam aliarum penarum legalium quæ est, ut non debeatur, antequam accedat Iudicis sententia, præsertim, quia sepius est ejusmodi penæ conventionales sunt rigide, expeditque eas moderari per Iudicem, ut rectè, advertit Menochius de *Arbitrat. l. 2. cent. 3. casu 266.*

12. Tertiò, debere ante Iudicis condemnationem,

non tamen, antequam pars petat, sentit Suar. *lib. 5. de legib. cap. 6. num. 8.* Bonac. *d. 3. de contr. quæst. 3. p. 7. num. 4.* De Lugo *d. 22. de iust. a. num. 406.* alique. Ratio est (inquit) quia hæc videtur esse intentio contrahentium cui in foro conscientiae standum est, ut ex vna parte non sibi imponere onus recurrendi ad Iudicem cum expensis litibus, incertitudine eventus, &c. & ex alia parte, nec velint se obligare, parte non petente, nisi expresse ad hoc ipsum se obligent in contractu.

13. Hæc duas postremas sententias, quas fuscè agitatae vide apud citatos, esse vtrique probabiles, non ambigo: primam verò nequaquam recipio, quia vsu videtur explicatum, parte non petente (adde tamen, potente petere) remitti, vel saltem differri debitum.

§. VI. Lucrum in Mutuo ratione periculi.

1. Non est hic sermo, an mutuant possit periculum mutui apud se, accepta à mutuatario mercede sumere, de hoc enim tractavimus modò §. 2. *num. 6.* sed, an idem mutuant possit aliquid proportionatum sumere ex eo, quod videt suam pecuniam Petro, v. g. mutuatam periclitari propter dubiam fidelitatem, vel propter paupertatem, vel propter aliud, quod timetur in Petro. Vides, in casu dicti §. 2. adesse duos contractus alterum mutui, alterum assecurationis mutui, in hoc autem casu adesse dumtaxat contractus mutui, pro cuius periculo vult mutuant aliquid sibi solvi.

2. Affero, posse aliquid recipi sed proportionatum, Ita Valentianum, *3. dub. 5. quæst. 20. p. 2. conclus. 4.* Sylvest. *v. Vltura 1. q. 35. S. a.* Molina, Less. Bonacin. Filliuc. Diana eos sequens, & citans *p. 1. tract. de contr. res. sol. 37. c. 4.* De Lugo *de iust. disf. 25. num. 81.* alique quamvis aliqui negent ut Navarr. Sotus, Tol. Salas, Rebelle, alique apud de Lugo *l. c.*

Dico (proportionatum) nam aliquando est majus, aliquando minus periculum propter varias personæ mutuatariæ circumstantias, propter longius, vel brevius tempus, quo mutuum restitui debet, vel propter quid simile. Ratio autem nostræ sententiæ ducitur ex eo, quod negari nequit, esse pretio æstimabile, & quidem extra ipsum mutuum, quod mutuant subeat periculum amittendi suam pecuniam, & quod idem toto anno, v. g. quod durat mutuum, molestiam passurus sit, quam ei affert timor suam pecuniam amittendi: Hujus autem periculi timorem esse extra mutuum, patet, quia ab illo separari potest. Nam, si mutuum dem homine fidelissimo certò, quæ ac tuto pignore apud me deposito, quo pacto certitudinem habeam, quod mutuum non sim amissurus, adhuc constet mutuum, & tamen nullum odoratur periculum amissionis.

Confirmatur, quia si tibi locem, vel commodem equum, vel domum, probabiliter timens, ne apud te hominem socordem, & dubiæ fidei, deteriora illi fiant, vel amittantur, possum aliquid accipere, vel exigere, propter periculum, quod in tui gratiam subeo, ergo & in casu nostro.

3. Hinc vides primò, quando apud te certum pignus habuisti pro assecuratione tui mutui, vel fidelissimum fidejussorem, te non posse, ex hoc capite periculi aliquid sumere, quia tunc, cum periculum nullum subesse supponatur, molestiam non patieris, ergo illius tolerantiam vendere non poteris.

4. Vide secundò, etiam si deinde suo præfixo tempore totum mutuum integrè tibi solvatur, posse nihilominus dictum aliquid proportionatum à te exigere, & retinere. Ratio est, quia hoc exigitur ratione gravaminis, quod jam certò suscepisti, tolerando per annum illud periculum, & timorem amittendi mutuum.

5. Obijcies: Si ratione periculi, & metus liceret ex mutuo, aliquid accipere, is qui est meticulosior posset plus accipere, quia major molestia, quam is patitur, majorem mercedem meretur: at id videtur falsum, ergo & in vnde sequitur.

Respon