


Alberto Marques Carvalho de

**De pœna conventionali : Dissertatio inauguralis quam pro summis in utroque jure honoribus rite capessendis**

Lucernæ: Typis fratrum Ræber, 1874

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1678135062>

Druck Freier  Zugang  OCR-Volltext

DE  
PENA CONVENTIONALI.

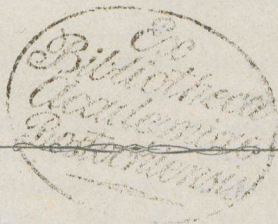
DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

PRO SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS  
RITE CAPESSENDIS

SCRIPSIT

ALBERTUS MARQ<sup>S</sup>. DE CARVALHO.



LUCERNÆ

TYPIS FRATRUM RÆBER.

MDCCCLXXIV.

1874

## Exordium.

Pœnam conventionalem elegimus tractandam. Sed, quo magis hæc materia emineat distincta, quædam de pœnâ in genere spectatâ faciemus:

Pœna, si in sensum quàm latissimum accipiatur, nobis definiri posse videtur malum quo quis ideò afficitur quia aliter egit quàm debebat. Sic intellectâ pœnâ continentur et pœnæ quibus Rector omnium Justitiam Absolutam sancit, et pœnæ quas homines sive moribus, sive legibus in improbos vel in contrahentes promissis haud stantes constituere, et conscientiæ quibus remordetur qui latenter deliquit, et morbi quibus laborant qui intemperanter vixerunt.

Pœnæ quæ ex legibus et ex moribus descendunt, dicendæ sunt juris pœnæ, nam jus coalescit et ex legibus et ex eâ parte morum quæ in consuetudinem seu jus non scriptum abiit. Pœna juris est malum quo, qui injuriam fecit, afficitur. Quid sit injuria nos docet Ulpianus his verbis: «Injuria ex eo dicta est quod non jure fiat: omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur.» Quæ verba tamen aliquatenus restringenda sunt propter ea quæ leguntur in pr. Inst. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, scilicet: «Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret.» Itaque dicendum tunc injuriam adesse, quum aliquid ab homine contra jus factum est. Homo enim sensu seu ratione præditus est, sentit sibi esse Jus observandum, quod sentire nequit quadrupes. Qui dolo, vel culpa etiam levissima contra jus aliquid agit, injuriam facit, quod ex lege Aquiliâ et innumeris aliis textibus liquet.

Suffragari non possumus eis qui asserunt injuriam negationem juris esse, pœnam autem negationem injuriæ.

Nam negare ad mentis operationem verbis expressam refertur; dum e contrario injuriam facere et punire, ad voluntatis operationem factis expressam respicit. Negat quidem qui asseverat falsum esse quod alter asserit affirmando vel negando; injuriam autem facit, qui contra jus sensu non carens, qui prudens et non negans jus, tamen contra jus facit (video bona proboque, ait lepidè poeta, et deteriora sequor); et punit qui non negans sed agnoscens injuriam, ejus injuriæ autorem pœnâ plectit.

Item assentiri non possumus putantibus injuriam esse juris ablationem, id est, aliquid quo jus tollitur, pœnam autem ablationem ejus voluntatis quæ sive committendo sive omittendo, juri contrariam se exhibuit et proinde tollenda est. Nam, qui injuriam facit, jus non tollit; aliquatenus jus lædit, at jus immotum semper manet et, qui injuriam fecit, ipsius juris pœnâ obruitur; pœna jus non sublaturum supponit. Neque pœna dicenda est voluntatis delinquentis ablatio, nam plerùmque pœnis, quod est desiderandum, deteriores homines fiunt. Ergò pœna pravam voluntatem non tollit.

Pœnæ quæ juris sunt distingui solent in pœnas propriè dictas et in pœnas conventionem partium constitutæ seu conventionales. Pœnæ propriè dictæ hucusque in ablatione constituerunt sive vitæ, sive libertatis, sive bonorum, sive existimationis, sive juris honorum et suffragii. Pœnæ conventionales in obligatione subsidiaria consistunt alicujus rei solvendæ pro re principali quæ præstita non fuit. Pœna propria legibus vel moribus directò constituta est, conventionalis autem non voluntate omnium sed tantum eorum qui inter se contraxerunt, constituta est directò, jure tamen pœnæ conventionali vim ac potestatem irrogante. «Illa, inquit Donellus, a lege injungitur invitis pro delicti modo: hanc unusquisque voluntate suâ sibi imposuit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse paciscitur.» (1) Pœna propria ex facto per se injusto oritur, conventionalis autem ex facto

---

(1) Comment. jur. civ. lib. 26. cap. 24.

per se justo quidem sed per voluntatem paciscentium injusto, scilicet quia prior lex conventionalis non fuerit observata. Demùm, uti discrimen inter utramque pœnam notabimus pœnas propriè dictas, in delinquentis hæredes non irrogari, (mors omnia solvit); pœnas autem conventionales et in contrahentium heredes transire; quod sive apud veteres, sive apud recentiores obtinuit, neglectis tamen differentiis quibusdam præsertim ad procedendi in foro normam pertinentibus et de quibus fusè facere abs re nobis videtur.

His circa pœnas generaliter spectatas delibatis, de pœnâ conventionali faciemus tum ex jure Romano, tum ex jure hodierno. Admonendi sumus jus Romanum in hac materiâ fundamentum esse nostri juris hodierni quod vix ab eo in nonnullis distat. — Id aliter fieri non poterat, nam jurisperiti Romani æquum et bonum in contractibus exquirunt non secus atque gentes recentiores. Itaque sequentis disputationis jus Romanum pars præcipua erit. Ab eo exponendo ordiemur, deinde de nostro jure hodierno faciemus; quod duplici capite absolvemus.

---

## CAPUT PRIMUM.

### DE JURE ROMANO CIRCA PŒNAM CONVENTIONALEM SEU POTIUS STIPULATAM.

#### § I. Quid sit pœnalis obligatio et quatenus ab obligationibus similibus differat.

Interpretes, quum obligationes varia in genera ex ordine distribuere satagunt, principales, accessorias et secundarias obligationes distinguunt. Principalis dicitur obligatio quæ, per semetipsam, vi suâ propriâ, specialiter et separatim existit, ita ut nullam alteram obligationem prius

existentem supponat et requirat; veluti obligationes ex Emptione-Venditione, ex societate, ex mutuo, descendentes.

Accessoria contra nuncupatur quæ sola existere et concipi nequit, quæ alteri obligationi, plerumque ad eam firmandam, adhæret. Tales sunt obligationes quæ e fidejussione, pignore hypothecave oriuntur, et quæ non nisi adsit principalis alia obligatio cui accedant et quam corroborent, non possunt extare.

Secundaria, denique ea est quæ aliam quamlibet obligationem concomitatur et supplet, et quæ consistit in præstatione *ejus quod interest*, in casu nempe quo prima ista obligatio vel nullatenus, vel malè, vel tardè impleta fuit.

Pœna conventionalis nihil aliud est quam pœnalis obligatio et ad obligationes accessorias necnon secundarias refertur.

Fatendum est pœnæ conventionalis appellationem a jurisconsultis romanis non usurpatam fuisse. In textibus quum agitur de obligatione pœnali invenitur simpliciter «pœna», vel quandoque «stipulata pœna» et sæpè sæpius stipulatio pœnalis, voce stipulationis quæ obligationis causa est sumptâ pro voce obligationis quæ est stipulationis effectus, secundum quondam usitatiorem dictionis figuram. Ceteroqui quum in Jure Romano obligatio civilis ex sola conventionem seu pacto generaliter gigni nequeat, et obligatio pœnalis stipulatione gignatur, patet pœnæ conventionalis appellationem cum re significandâ in jure Romano non quadrare. Ideo, quamdiu de hoc jure faciemus, tamdiu pro pœna conventionali sive obligationem pœnalem sive stipulationem pœnalem adhibebimus. Attamen, quum stipulatio conventionem complectatur, et quum ex jure hodierno sola conventionem pœna ritè promittatur, pœnæ conventionalis appellationem uti totius hujusce disputationis titulum eligere non dubitavimus. Imo bonæ fidei negotio per pactum in continenti pœna adjici poterat. L. 7. D. De Serv. export.

Stipulationes respectu quodam spectatæ dividuntur in stipulationes pœnales et in eas quibus idipsum condicatur quod in stipulationem est deductum. Enimvero stipulationum quædam, propter aliud quam hoc ipsum quod in eas de-

ducitur, interponuntur, quædam autem propter hoc ipsum quod in eas deductum est. Unde pœnalis obligatio nobis definienda videtur obligatio quâ debitor, si obligationi cui-dam ritè non satisfecerit, puniendus aliquid præstare tenetur, aut aliis verbis est præstatio qua per stipulationem tenetur debitor puniendus quia alia quâdam præstatione non functus est; atque etiam dici potest secundaria præstatio a debitore in vicem pœnæ facienda pro principali præstatione quæ ipsius facto, culpa dolove peracta non est.

Definita obligatio pœnalis seu stipulata pœna, quò luctulentius perspicitur, quales sint differentie inter eam et alias præstationes similiores, indicaturi sumus.

Primum ab arra stipulata pœna eo potissimum discrepat, quod illa inter conventionem faciendam *datur* ut negotii contracti contrahendive argumento sit, hæc autem inter stipulationem ineundam tantùm *promittitur*. Etiam stipulata pœna a pœna sub quâ legatur segreganda est; nam ad illam præstandam reus ex contractu tenetur, dùm ad hanc solvendam, ex quo sub pœna rectè legatur, hæres quasi ex contractu, id est, hæreditatis acquisitione obligatur.

Stipulatio pœnalis ab obligatione quæ vulgo alternativa seu disjunctiva dicitur distinguenda est, id est, ab obligatione quâ plures res vel plura facta debeatur ita ut, alterutrius præstatione, liberetur debitor, veluti si quis equum aut bovem promiserit. In stipulatione pœnali initio una res debetur purè, at, si post stipulatio commissa fuerit, tunc duæ debentur nempe et res et pœna alternativè, electione necessariò ad creditorem pertinente; in obligatione autem alternativâ jam ab initio duæ res debentur, nempe aut hæc aut illa, et electio debitori tribui potest. Notandum, in stipulatione pœnali, si convenisset fore ut, post pœnam commissam, electio inter rem promissam et pœnam ad debitorem pertineret, jam pœnalis esse desineret stipulatio.

Obligatio pœnalis etiam ab obligatione conditionali quæ principalis est segreganda videtur. Obligatio conditionalis quæ est principalis a futuro et incerto eventu pendet, unica est, et tunc solummodo nascitur quum contingit eventus:

incipit ab impleta conditione antea tantum spes est debitum iri. In stipulatione pœnali duæ nobis occurrunt obligationes, scilicet altera pure inita et altera conditionalis quæ tunc nascitur quum stipulatio commissa est. Itaque stipulata pœna secernenda est a præstatione quæ conditionem efficit, quæ in conditione est, atque promissa non fuit. Paulus ait L. 44, §§ 5, 6 D. de obl. et act.: «Si ita stipulatus sim: Si fundum non dederis, centum dare spondes? Sola centum (in) stipulatione sunt, in exsolutione fundus.» «Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum: videndum utrum duæ stipulationes sint, pura, et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.» Et Julianus L. 1, § 6 D. de stip. serv.: «Cum servus communis Titii et Mævii stipulatur in hunc modum, *decem Kalendis Titio dare spondes? Si decem Kalendis Titio non dederis, tunc Mævio viginti dare spondes?* duæ stipulationes esse videntur.»

Papinianus in L. 115, § 2 D. de verb. obl. refert Pegasus et Sabinum non fuisse concordēs in interpretandâ stipulatione hæc: «Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes Pegasus respondit, ait princeps jurisconsultorum, non ante committi stipulationem quam desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confertim agendum, et tandiù ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit quominus hominem daret.» Paulò inferiùs Papinianus significat se Pegasi sententiæ assentiri, sed tamen sequendum esse Sabini placitum si stipulatio ita concepta fuerit: Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes? Ex priori stipulationis conceptione una tantum est obligatio conditionalis, præstatione Pamphili conditionem efficiente; in posteriori, duæ sunt, altera pure inita, scilicet Pamphili dandi, et altera, centum vel tantum dandi si præstatio quæ in conditione est, scilicet Pamphili dandi, non contigerit. Iterùm inferiùs de variis horum stipulationum simillarum effectibus faciemus. Hic sufficiet



adjici reperire esse (inter quos de Savigny) <sup>(1)</sup> qui contendunt et præstationem quæ apertè promittitur et præstationem quæ conditionem efficiat obligationes esse pœnales, quarum altera obligationis principalis foret accessio, altera vero et ipsa principalis extaret. Sed huic sententiæ innuere non volumus, nam pœna nobis videtur ex necessitate sequi debere principalem obligationem quæ non impletæ fuit. nam pœnalis obligatio necessariò secundaria existit et supponit primariam quam corroborat et quam non impletam supplet.

## § II. De regulis quæ ex naturâ obligationis pœnalis dimanant.

Uti prima regula poni potest: pœnalem obligationem non valere, si prior et principalis obligatio cui accedit, non valeat. aliis verbis, si vitio aliquo sit infecta, v. g. si legi <sup>(2)</sup> aut moribus adversetur, aut etiam si, extinctâ nempe re debitâ, corruerit principalis obligatio, corruit ipsa stipulatio pœnalis. L. L. 26, 35, § 1, 61 de verb. obl. Cujus juris ratio est quod accessio sine principali consistere nequit. Legitur enim in L. 129, § 1 D. de regul. jur. «Quum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum obtineat.» Cæterum obligatio principalis quæ non valet, quæ nulla est, impleri neque potest neque debet; ergo nullus pœnâ afficiendus quod talem obligationem non impleverit.

Hujus Juris regulæ exemplum nobis exhibet Ulpianus in L. 69 D. de verb. oblig. ubi sic: «Si homo sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, pœnar stipuletur.»

Attamen fallit regula quum quis alteri stipulatus est. Hæc stipulatio simpliciter facta, non valet, quum stipulatoris nihil intersit an impleatur nec ne stipulatio; ac proinde ei nulla competere debeat actio in promissorem; at si pœna

(1) Obligationenrecht II, § 80, pag. 278 ss.

(2) Uti exemplum stipulationis legi adversantis id offerri potest Modestini: Pœnam pro usuris nemo supra modum usurarum licitum potest.

adjecta sit, jam stipulantis interest postquam obligatio principalis non impleta fuit, scilicet pœnam stipulatam petet. «Alteri stipulari nemo potest, ait Justinianus, . . . Planè si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sicut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest, etc.» Inst. tit. de inut. stip. § 18.

Item, licet quis alterius factum recte promittere non possit, tamen pœna stipulationi quâ alterius factum promittitur adjecta valet, nam tunc qui alterius factum promittit, revera suum factum, non autem alterius promittit, scilicet promitti se effecturum ut alter faciat, spondet de se, non de alio.

Secunda regula hæc est quamquam pœnalis obligatio nulla sit, non continuò nulla est principalis obligatio. Cujus regulæ ea ratio est quod, si reverà accessio absque principali cui adhæreat consistere nequeat, tamen res principalis sine accessione existere potest: accessio a principali pendet, at principale ab accessione pendere non intelligitur. «Si stipulatus sum te sisti, legimus in L. 97 D. de verb. obl. nisi steteris, hippocentaurum dari, perinde erit ac si te sisti solummodò stipulatus essem» et, ut ait Paulus in L. 126, § 3 dict. tit. «Detrecta secundâ stipulatione, prior manet utilis.»

Tertia regula est pœnalem contrahi obligationem quò magis caveatur principalem obligationem adimpleri. Mens enim contrahentium non fuit pœnali obligatione principalem tolli vel novari. Itaque, quamvis stipulatio pœnalis commissa sit, creditor tamen principalis obligationis debitum consequi poterit. L. 122, § 2 D. de verb. obl. 45, 1; L. 28 D. de act. empt. 19. 1.

At, si pateret contrahentibus, dùm tantum dandum fore promittitur pro aliâ stipulatione non impletâ, mentem fuisse, secundam in prium locum suffici propter moram debitoris, jam non adesset obligatio pœnalis, sed duæ essent æquæ principales obligationes quorum una alteri superstes, nas-

ceretur aliis verbis, adesset novatio. Hæc est species quæ nobis occurrit in lege 44 § fin. D. de obl. rat.

Quarta regula est pœnam creditori esse indemnitatem non impletæ obligationis principalis. Unde sequitur illi fas haud esse et rem principalem et pœnam simul petere. Si tamen pœnæ quantitas creditorem indemnem non faciat, potest iste in id quod pluris interest agere; nam pœnalis obligatio principali non officit neque aliquid detrahit, indemnitas solummodo est quæ nisi sufficiat, compleri debet. L. L. 28 D. de act. empt.; 41 et 42 D, pro Socio.

Verùm ferè pœna stipulata indemnitas sufficiens est, et non facilè creditori fides adhibebitur contententi se pœnâ haud indemnem evadere, nam plerumque de pœna sufficienti imo majore quam quod interest, convenit.

Observare est, quemadmodum per pœnæ stipulationem stipulationi nihil detrahi, ita per pœnæ stipulationem pacto adjectam exceptioni ex hoc pacto descendenti nullatenus officii. Quod Ulpianus docet in L. 10 D. de pactis, ubi sic: «Si pacto subjecta sit pœnæ stipulatio, quæritur utrùm pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio. Sabinus, putat, quod est veriùs, utrâque viâ uti posse, prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causâ pacti exceptione utatur, æquum erit accepto eum stipulationem ferre.»

Non potest creditor, et rem principalem et pœnam simul petere, et ei sic agenti obstaret exceptio doli mali. «Labeo ait, refert Ulpianus, si de homine petito secundùm actorem fuerit judicatum, et jussu judicis satisfatum sit, *hominem intrâ certum diem tradi, et si traditus non fuisset, pœnamque stipulatus sit*: petito rem qui et hominem vindicat et pœnam petit, exceptione esse repellendum; iniquum enim esse, et hominem possidere et pœnam exigere.» Pœna enim, ut jam diximus; nihil aliud est quam indemnitas non impletæ obligationis et igitur cum eâ cumulari non debet.

Secùs est tamen si expressè sic conventum sit; aut si pœna in casum malæ vel tardæ executionis sit promissa. Sic enim habet Hermogenianus in L. 16 D. de trans.: «Qui fidem licitæ transactionis rupit, non exceptione tantùm

summovebitur, sed et pœnam quam *si contra placitum fecerit, rato manente pacto* stipulanti rectè promiserat, præstare cogetur.»

Ad quintam et ultimam regulam devenimus. Ast quænam erit illa regula? utrùm dicemus stipulatam pœnæ quantitatem si videatur enormis, a Judice minui posse, an verò nequaquam posse minui, quantacumque appareat? Super hoc jure dissentiunt autores gravissimi. Nos quidem posteriorem sententiam fovemus et proinde defendemus pœnam stipulatam, licet enormis sit, a Judice nullatenus minui posse. Adversarii in gratiam sententiæ quam fulcire conantur, allegant *Legem* un. cod. de sent. pro eo quod interest etc., quæ ita concepta: «Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquæ in infinitum productæ sint: melius nobis visum est hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui *certam* habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minimè excedere. In aliis autem casibus, qui *incerti* esse videntur, Judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat: cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodo pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquæ prolixitatis, hujus constitutionis recitatio.»

Contendunt hanc legem non tantùm ad id quod interest referri, cujus definiendi gratiâ Judex aditur, non impletâ à debitore obligatione, sed etiam ad stipulatam pœnæ quantitatem, ad *interesse conventionale* ut ait Molinæus. Id præsertim ex his legis verbis eruere posse confidunt, nempè:

«Cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodò pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferruntur vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur.» Ergò, inquit, hic agitur de quibuscumque pœnis et proindè de pœnâ per conventionem præfinitâ non secùs atque de pœna quæ non a contrahentibus præfinita consistit in eo quod interest, a Judice definiendo, propter non impletam obligationem: nam omnimodò naturæ congruum est pœnas cum competenti moderamine exigi.

Ad istam argumentandi rationem respondemus verba legum secundum subjectam materiam intelligenda esse, non autem abstrahendo mentem ab iis quæ antecedunt vel sequuntur. Atqui, si ad ea quæ antecedunt respiciamus, quid cernimus? Cernimus hanc legem esse Justiniani constitutionem quæ inscripta est: «De Sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur.» Ergo agitur in hâc constitutione de sententiis a Judice proferendis circa quod interest definiendum, obligatione a debitore non impletâ; et non de pœnâ modo qui ab ipsis partibus inter contrahendum jam præfinitus est. Quinimò titulus qui ex hac lege unicâ constat inter plures alios medio est titulos qui omnes de sententiis tantùm Judicum tractant. Atque si attentè perlegerimus legem ab adversariis objectam, omninò nobis persuasum erit, hic Imperatorem ad Judicis judicatum sese dumtaxat referre, quum dixerit: «In aliis autem casibus, Judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod reverà inducitur damnum, hoc reddatur.» Quibus verbis patet de Judicum sententiis quibus quod interest definiatur, in hac lege agi, non autem de stipulationibus quibus pœna præfinita fuit.

At instant adversarii et dicunt debitorem qui pœnam enormem promisit, errore in eam consensisse, quia nempè, ei persuasum erat fore ut nunquam pœna committeretur. Quod argumentum nobis serium non videtur; nam si valeret, quicumque sub conditione aliquid promisit, allegare posset, conditione impleta, se ab obligatione ideò relevandum

esse quia non putabat fore ut adimpleretur conditio: quod sanè perabsurdum esset.

Cæterum, si pœna, quum videtur enormis, a Judice minui posset, per consequentiam admittendum esset pœnam non deberi quum creditoris, haud impletâ obligatione principali, nihil interest. Porrò contrariam ponit regulam Ulpianus in L. 38, § 17 D. de verb. obl. ubi sic: Pœnam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei cujus nihil interest: «pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quod intersit, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis.» Quæ regula ferè eisdem verbis legitur in § 18, Inst. de Inut. stipul. ut retulimus suprâ.

Demùm addemus ex adversariorum sententiâ, pœnam futuram esse incertam, quod adversâ fronte pugnaret cum ipsis textûs verbis: «optimum erit pœnam subjicere ne quantitas . . . sit in incerto.» § 7 Inst. de verb. oblig. ita ut jam evanesceret pœnæ utilitas, quum creditori, debitore enormem pœnam videri obtendente, necesse foret probare quantum suâ interesset. Imo huic debitori meritò objiceretur: contractus initio sunt voluntatis, postea fiunt necessitatis; jura prosunt vigilantibus, et non dormientibus, ut aiunt. Aliunde æquum est suam cuique nocere negligentiam, imprudentiam, levitatem.

Sunt qui § 21 Inst. de actionibus etiam ad pœnam stipulatam referri velint, ut ea quadruplum non debeat excedere. Sed lucè clariùs est nobis, ut et multis, hic agi dumtaxat de pœnis lege constitutis. Omninò liberum est contrahentibus pœnam quantumvis enormem constituere.

### § III. Quibus verbis concipi soleant stipulationes pœnales.

De hâc re ita docet Vanuleius: «Si ut aliquid fiat stipulamur, et usitatiùs et elegantius esse Labeo ait sic subjici pœnam, *si ita factum non erit*; at quum quid ne fiat stipulamur, tunc modò, si adversùs ea factum erit: et quum alia fieri, alia non fieri conjunctè stipulemur sic com-

prehendendum, *si non feceris, si quid adversus ea feceris.*  
L. 137, § 7 D. de verb. obl.

Stipulatio pœnalis quàm interponitur ut duo plurave dentur vel fiant, tribus modis rectè concipietur, videlicet: *Si quid horum datum factum non fuerit, vel si illud et illud non dederis, non feceris, vel etiam si illud aut illud non dederis, non feceris.* In his omnibus speciebus, non alterutrum, sed utrumque dandum faciendumve est ne stipulatio committatur. L. 13, § 2 D. de reb. dub.

Quum verò interponitur ut duo plurave dentur vel fiant, ità concipitur stipulatio: *Si quid horum factum erit.* Dictâ Lege 13, §§ 3, 4.

De causis diximus quibus interponitur stipulatio, ut utrumque fiat, aut ut neutrum fiat. «Si quis autem, ait Julianus, plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet: illud aut illud fieri spondes; si nihil eorum factum erit, tantùm dabis. Dictâ Lege 13, § 5.

#### § IV. Quandò committantur stipulationes pœnales.

Primùm, an ne aliquid fieret, an ut aliquid fieret, interposita fuerit stipulatio, videndum est.

In priori casu, liquet stipulationem pœnalem committi statim atque id factum est quod ne fieret promissum est. Hujus juris exemplum præbet Scævola qui sic: «Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, et caverunt sibi, *nihil se contra eam divisionem facturos: et, si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit,* post mortem alterius: qui supervixit, petit ab heredibus ejus hereditatem, quasi ex causâ fideicommissi sibi a patre relictæ debitam. Et adversus eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: Quæsitum est, an pœna commissa esset? Respondit, pœnam secundum ea, quæ proponuntur, commissam.» L. 122, § 6 D. de verb. obl.

Notandum in ejusmodi causis sufficere ut committatur stipulatio, factum vetitum locum habuisse, at non necesse est hoc factum effectum habuerit; quia ea non fuit mens contrahentium. Itaque in specie quam refert Scævola, ne-

cesse non est ut, qui contra pactum divisionis, hereditatem petivit, obtinuerit, sufficiet ut stipulatio committatur illum petivisse, nàm id inter partes actum erat, ut ne quidem tentaretur aliquid contra illud pactum.

At si in stipulanda pœna potius effectus quàm tentatio facti vetiti a paciscentibus intenderetur, oporteret tunc, factum non solùm tentatum sed effectum fuisse ut commissa esset pœna. Hujus juris speciem refert Papinianus in L. 6 pr. D. de serv. export. ubi Jurisconsultus supponit servam sub pœnâ, ne manumitteretur, venditam fuisse, postea ab emptore manumissam, sed non jure ita ut, nec obstante manumissione, serva maneat, et respondet: «Incredibile est de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficii cogitatum.»

In posteriori casu, scilicet, quo ut aliquid fieret aut aliquid daretur interposita est stipulatio, iterùm distinguendum est. Nam aut dies apposita est intrâ quàm fieret aut daretur, aut non est apposita.

Quum dies intrâ quam fieret aut daretur apposita est, stipulatio pœnalis committitur statim atque dies elapsa est, si promissor non fecit aut non dedit, nisi tamen per ipsum non stetit quominus daret. L. 23 D. de obl. et act. et L. 165, § 2. D. de v. o.: loco superiùs laudato ubi legitur: «Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo poterit dari, confestim agendum, et *tandem ex stipulatione non posse agi, quamdiù per promissorem non stetit quominus hominem daret.*» At nulla requiritur interpellatio debitori a creditore facta, hic verè dicitur: dies interpellat pro homine.

Quinimo, etiam si dies apposita intra quam quid fieret nondum sit elapsa, stipulatio committi potest; quod contingit statim atque certum esse cœpit fore ut intrâ hanc diem non fiat. Et quidem, postquam commissa est, non irrita evaderet ex prorogatione diei postea factâ. Hæc docet Proculus in L. 113 D. de v. o.

Animadvertere est ex eo solo committi stipulationem quod intra diem datum factumve non fuerit, etiamsi nulla



persona esset quæ fuisse in mora intelligatur. Paulus enim sic respondet: «Ad diem sub pœnâ pecunia promissa, et antè diem mortuo promissore, committetur pœna, licet non sit hereditas ejus adita.» L. 77, D. de v. o. Quod jus, ut solus diei lapsus stipulationem pœnalem committat, confirmat Justinianus in L. 12, C. de contrah. et committ. stipul.

Nunc ad casum devenimus quo non est apposita dies intrâ quam fieret aut daretur. Hoc casu regula est stipulationem pœnalem non committi antè litem contestatam. L. 122, § 2 D. de v. o., L. 5 C. de contrah. stipul.

Hactenùs vidimus quandò pœnalis stipulatio committatur, quum non fecit promissor.

Notandum est, scilicet: Primò si per stipulatorem stetit quominùs fieret, fore ut pro facto habeatur, nec stipulatio committatur. Dictâ lege 122, § 3, L. 69 D. de v. o.

Secundo, qui non facit quod facere debet, videri facere adversùs ea quæ non facit; at qui facit quod facere non debet, non videri facere id quod facere jussus est. L. 421 D. de reg. jur. id est, pœnalem stipulationem *si adversùs ea factum erit*, interdum committi ex eo quod promissor aliquid omiserit; et vicè versâ, eam quæ sic concipitur: *si ita factum non erit*, committi ex eo quod promissor quid aliud fecerit.

Et tertio, circâ casum quo mutua inter convenientes interposita est pœnalis stipulatio, si uterque adversùs pacta conventa fecerit, neutri utiliter fore ut committatur stipulatio. «Illi debet permitti pœnam petere, ait Paulus, qui in ipsam non incidit.» L. 154 v<sup>o</sup>. illi D. de reg. jur.

### § V. An et quando pro parte tantum pœnales stipulationes committantur.

Duæ de hâc quæstione distinguendæ sunt species.

Prior est quum promissa fuit pœna ut aliquid daretur. In hac specie, sive pro parte datum fuerit, sive pro parte datum non fuerit, semper in solidum committitur pœna, non autem in partem dumtaxat.

Ita Paulus respondet: «Item si ita stipulatio facta sit,

si fundus Titianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, pœna committitur centum. Nec prodest partes fundi tradere, cessante uno; quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere. L. 85, § 6 D. de v. o. et L. 5, §§ 3, 4 D. de v. o.

Posterior species est quàm promissa fuit pœna ut aliquid fieret vel non fieret.

Atqui in ista specie iterùm distinguendum est ex Paulo qui sic habet: «Gato libro XV scribit, *pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit*, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra, quam cautum sit, fecerit: aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria: aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit: veluti, iter fieri: quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quemadmodum factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti *amplius non agi*; tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere. Differentiæ hanc esse rationem: quod in priore casu omnes commississe videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*. Sed videamus, ne non idem hic sit: sed magis idem, quod in illa stipulatione, *Titium heredemque ejus ratum habiturum?* nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum. Idque et Marcello videtur: quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.» L. 4, § 1 D. de v. o. Vide quoque L. 85, § 3 eod. tit.

Variæ interpretum prodivere sententiæ circa explicandam hanc Jurisconsulti distinctionem. Cujacius, post Joannem glossatorem, hanc disparitatis rationem affert quod dari potest in solidum et interest stipulatoris ita dari; verùm hoc factum *amplius non agi*, et similia, non possunt nisi per partes exhiberi; unusquisque enim ex heredibus ejus qui promisit *amplius non agi* seu *non peti*, non nisi pro parte suâ agere aut non agere per rerum naturam potest.

Cui explicandi rationi assentimur. At respuimus uti merè divinatorias, quum ipsi textus non distinguant, sententias et Wissembachii qui distinguit inter conventionales et prætorias stipulationes, et Baronis qui causam segregat hujus legis 4, § 1, ubi mentio heredum facta est, à causâ suprâ laudatæ legis 5, § 4, ubi nulla hæredum facta est mentio, et ubi legitur: «Idemque est (id est, tota pœna committatur) de pœna ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiæ judicis. Sed a coherede ei satisfieri debet: nec enim aliud in his stipulationibus sinè injuriâ stipulatoris constitui potest.» nam, addam, ejus interest per partes non accipere.

Istam tamen doctrinam aliquatenus mitigat Ulpianus qui in viâ progressûs uti princeps semper procedere solet, et qui ait in L. 9, § 1 D. Si quis caution. in Jud. «Si plurium servorum nomine, Judicio sistendi causâ, unâ stipulatione promittatur, pœnam equidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait, quia verum sit omnes status non esse; verùm, si pro rata unius offeratur pœna, exceptione doli usurum eum qui ex hâc stipulatione convenitur.» Jurisconsulto ipsius juris rigor ex æquo et bono frangi debere per exceptionem visus est: unus tantùm servus non status est, unius tantùm pœna dabitur.

At ex dictâ lege 4 § Cato. nascitur quæstio circâ quam dissentiunt autores, scilicet quæritur an ab illo ex hæredibus qui contra quam cautum sit, fecit, quum factum est individuum, integra pœna peti possit, annon, et tantùm pro portione hereditariâ. Qui asserunt ab illo integram pœnam peti posse, allegant primò illum, ut in confesso est apud omnes, obliquè, indirectè ad integram pœnam teneri, nam si cæteri, unusquisque pro portione suâ, a creditore conventi solverint, ab coherede qui contrâ quam cautum sit, fecit, repetere poterint. Legitur enim in laudatâ lege 85, § 3: «Quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor. Sed cæteri familiæ erciscundæ Judicio sarcient damnuni.» Atque ex eo quod ille heres indirectè ad integram pœnam tenetur, conficiunt et directè teneri debere ut

evitetur circuitus actionum. Respondemus consequentiam non valere, nam ex jure Romano in iis solis casibus actiones competunt pro quibus fuerunt constitutæ, ut in confesso est apud omnes; ergo non licet ex his causis in illas causas actiones protrahi.

Quininio Molinæus contendit heredem qui contrà quam cautum sit, fecit, quùm factum est individuum, directè ad integram pœnam teneri, non tanquam heredem, sed tanquàm ipsum et ex proprio facto: «Aliud est, inquit, teneri heredem ut hæredem, aliud teneri ut ipsum.» Tr. de div. et indiv. p. 3 n. 5 et 112. Fatemur doctores quondòque doctiores esse et istam doctrinam nullomodo intellectu nostro capi. Quid enim aut quis esse potest ille heres qui, dùm pœnam ab autore promissam committit, non committit ut hæres sed ut ipse. An obligationibus quas sivè purè, sive sub conditione auctor contraxit, non semper tenetur heres tanquam heres? Sed aliq modo teneri non potest. Ait Molinæus illum heredem teneri, *ut ipsum et ex proprio facto*, sed ista verba adversà fronte pugnant cum his verbis legis; «quia quod in partes dividi non potest, *ab omnibus quodammodo factum videtur.*» Ergo Jurisconsultus habet factum pro facto omnium, non autem pro facto unius, pro facto heredis facientis qui *ut ipse fecisset*. Sic sat confutata nobis videtur adversariorum de hoc Jure sententia.

Extremam Juri Romano tractando manum admoventes, notabimus oppositionem quamdam primà fronte apparere inter regulam quæ circa factum dividuum in dictâ lege 4 § 5° Cato posita est, et regulam quæ posita est in Legibus suprâ laudatis 85 §. 6 et 5 §. 3 V° si sortem. Scilicet, in lege 4 §. Cato legitur: «Si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti *amplius non agi*, eum heredem qui adversus ea facit, pro portione suâ solùm pœnam committere.» In lege autem 85 § 6 sic habetur, ut jam vidimus: «Si fundus Titianus datus non erit, centum dari; *nisi totus detur, pœna committitur centum*; nec prodest partes fundi dare, cessante uno, quemadmodum nec prodest ad liberandum pignus, partes creditori solvere,» et in lege 5 §. 3:

«Si sortem promiseris et si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec portio coheredis solvatur.»

Porrò horum textuum conciliatio nobis non videtur difficilis. Agitur enim tantùm de mente, de voluntate contrahentium, nimirum, in specie legis *Cato*, quum cautum fuit *amplius non agi*, in animo partium fuit ut ab eo solo herede qui adversus ea fecisset, pœnam pro portione suâ committeretur; dum e contrario in speciebus legis 85 §. 6 et legis 5 §. 3, partes intenderunt ut, nisi totum daretur vel solveretur, a singulis tota pœna committeretur, salvo regressu eorum qui partem dederunt vel solverunt, in eum cujus culpâ totum non datum solutumve fuit; aliis verbis, in his diversis speciebus id est quod actum est, ut opinantur Jurisconsulti.

---

## CAPUT SECUNDUM.

### DE JURE HODIERNO CIRCA PŒNAM CONVENTIONALEM.

Antè omnia admonendi sumus juris hodierni de pœnâ conventionali fontem et fundamentum esse Jus Romanum de quo jam fecimus. Jus enim obligationum recentiores gentes a Jurisprudentiâ Romanâ repetunt, et meritò, nam peritorum Romanorum doctrina nihil aliud est quam ipsa æquitas, quàm ipsa æterna ratio quæ de bonis inter homines societate conjunctos regnare debet.

Agemus imprimis de Jure hodierno gallico prout in codice Francogallico nobis occurrit, et simul differentias, si quæ sint, hoc Jus inter et Jus in diversis Germaniæ provinciis obtinens, quantum nobis innotescere potuerint, indicabimus

#### §. I. Quid in jure hodierno sive Gallico sive Germanico per pœnam conventionalem significetur.

Articulo 1226 Codicis Francogallici pœna conventionalis sic definitur: «La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention s'engage

à quelque chose en cas d'inexécution.» Quod est, clausula pœnalis ea est quâ quis, ut firmetur executio placiti, se alicujus rei solvendæ necessitate astringit si executio non secuta fuerit. Ex his patet pœnæ notionem in jure gallico eandem esse quam in Jure Romano, neglecto discrimine quod ad formam ineundæ obligationis attinet, scilicet Romæ pœnam generaliter stipulatione promittendam fuisse, dùm in Galliâ sufficit omnimodò si pacto seu nudâ conventionem promissa fuerit. Vox clausula in contractibus idem sonat quam specialis conventis quæ alteri principali accedit et modum facit, sive verbis, sive scriptis exprimitur; at ferè, nihil solemne in verbis vel scriptis requiritur; dixi ferè nam interdum solemnia requiruntur, verbi gratiâ, in donationibus inter vivos. Art. 934 et seq. ejusdem cod.

Duæ igitur sunt obligationes, quùm clausula pœnalis constituta est, quarum una principalis et purè inita jam exsequenda peti potest, et altera secundaria quæ conditionalis est et quæ proindè, non nisi post impletam conditionem, scilicet postquam principali obligationi non est satisfactum, exigi potest. Si verò dies principali obligationi apposita esset, non nisi veniente die, res principalis peti posset.

Creditor, aut rem principalem, aut pœnam petet; nam pœna pro re principali est, nisi tamen in casum constituta fuerit quo tardè principali obligationi satisfactum esset, nam tunc pœna committitur *rato manente pacto*. Enimverò sic habet art. 1229:

«La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

«Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.»

Quod est clausula pœnalis subrogatur loco ejus quod creditoris interest ex eo quod non impleta fuerit obligatio principalis. Non tamen petere potest et rem principalem et pœnam, nisi hæc constituta sit ob solam moram.

Verum, quum clausula pœnalis non ad tollendam vel enervandam obligationem principalem, sed ad eam corroborandam interposita sit, sequitur non esse in arbitrio debitoris, pœnam offerendo, sese e vinculo principali eximere, et penès creditorem esse aut rem principalem, aut pœnam, pro libitu petere. Sic enim conceptus est art. 1228: «Le créancier au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.» Quod est, creditor, si a debitore qui in mora est pœnam constitutam non petierit, executionem obligationis principalis exigere poterit.

In Germaniâ ferè vox pœnæ conventionalis latior est et complectitur non tantùm clausulam pœnalem prout definita est, sed etiam multam pœnitentialem, ut loquuntur recentiores, id est, facultatem debitori pro re principali dandi pœnam, aliis verbis, pœnam constiutam cum facultate debitori præstandi vel rem principalem, vel pœnam. Hæc pœnæ conventionalis notio ex articulorum ad eam attinentium contextu quos nobis exhibet Codex Juris mercatorii Germanici, evidenter conficitur (1). Ideò respectu Juris Germanici pœna conventionalis definiri posset præstatio de quâ facienda convenit, si alia quædam promissa præstatio aut omninò non aut non rectè facta fuerit. Itaque ex jure germanico pœna conventionalis, quandoque confirmat, quandoque debilitat conventionem principalem: confirmat quum ad instar

---

(1) Id quoque ex art. 312, 313 et præsertim ex art. 314 codicis civilis Borussici descendit, qui art. 314 sic verti latinè posse videtur: »Si partes de facultate recedendi a contractu convenerunt, debitor electionem habet aut adimplendi contractus, aut subeundæ pœnæ.« Allgemeines Landrecht.

Atque etiam articulus 909 codicis civilis Austriaci hoc exhibet quòd sensum: »Si, dum contractus iniretur, stipulata fuit summa quam alterutra pars in hunc casum solvere debet quo a contractu nondum adimpleto recederet, ille contractus factus est cum facultate ab eo recedendi: quo in casu adimplendus contractus aut solvenda est summa causam dans facultati recedendi a contractu.«

clausulæ pœnalis gallicæ concepta est, debilitat quùm ad instar muletæ pœnitentialis constituta est. Contrahentium mens exquirenda erit quò dignoscatur utrùm hoc an illud voluerint. In dubio pœna quæ confirmat, supponitur: quæ verò debilitat, expressâ partium voluntate constituenda est. Cod. Jur. merc. art. 284 (²).

## § II. De differentiis pœnam conventionalem inter et obligationes similiores occurrentibus et de earum consecrariis præcipuis.

Quas in Jure Romano diximus extare differentias obligationem pœnalem inter et arram, et obligationes, sive alternativam, sive conditionalem principalem, eæ dictæ in jure hodierno intelligendæ sunt. Ex eo quòd duæ sint obligationes in contractu cum clausula pœnali inito, scilicet una principalis purè nata, altera secundaria et conditionalis, dùm e contrario una tantùm adest in casu obligationis conditionalis principalis, duo præsertim consecraria descendunt.

Primum consecrarium. Quùm duæ sunt obligationes, una nempè prior et purè inita, altera verò conditionalis, sed pœnalis et secundaria, non eveniente conditione tantùm committitur pœna, sed etiam requiritur ut per debitorem steterit quominus principalis impleta fuerit obligatio, aliis verbis, requiritur ut debitoris dolus vel culpa causa sit cur principalis obligatio non impleta fuerit. Itaque, si vis major, gravissima valetudo impedimento fuerint ne principalis obligatio impleta esset, excusandus est debitor, non committit pœnam. Verùm, si una solummodo inita est obligatio conditionalis, v. g., centum tibi dari promisi si exeunte hoc anno tibi domum perfectam non ædificavero, tunc sola eveniente conditione, nempè si exeunte hoc anno tibi domum perfectam non ædificavero, centum tibi dare tenebor; nec ad rem pertinet utrùm debitor vi majore impeditus fuerit quin obligationem adimpleret, necne. In hujusmodi causis censetur debitor in se vel casum præstandum suscepisse; at in causâ clausulæ pœnalis casum præstandum in se non suscipit debitor, tantum dolum culpamve præstat; punietur si ob culpam pœnâ dignus sit.



Secundum consecrarium. In casu clausulæ pœnalis, si obligationi principali nullus dies appositus sit, ea statim exigi poterit; item, si pœnali obligationi nullus dies sit appositus, ea etiam confestim exigi poterit; si verò alterutri tantum dies esset appositus, ea quæ purè est inita, statim exequenda esset, altera eveniente conditione, prout libuerit creditori cui eligendi semper facultas est pœnam inter et rem principalem petendam. Sed in casu unius obligationis conditionalis, quum obligatio a conditione incipiat, ante evenientem conditionem impleri non potest neque antè evenientem conditionem a creditore in debitorem agi poterit.

### § III. De pœnæ conventionalis utilitate et de causis pœnam conventionalem rescindentibus.

Ut in Jure Romano duplex hodiè esse potest utilitas pœnæ conventionalis, nimirum, ne in incerto sit quod creditoris interest, non impleta principali obligatione, et ut firmetur obligatio quæ sine pœnâ nullius momenti foret. De hoc jure ad prius caput remittendi sumus.

Atque etiam ut in Jure Romano, si nulla fuerit principalis obligatio, corrueat pœnalis quæ accessio ejus est; at, quamvis pœnalis non valida constet, non idèò principalis infirmabitur. Id juris in art. 1227 comprehensum est, qui sic est conceptus: «La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

«La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.» Quod est, si nulla fuerit obligatio principalis, per consequentiam nulla erit et clausula pœnalis. Extra nostrum argumentum videtur de causis quibus principalis obligatio infirmari possit, fusè disserere. Itaque paucis dicemus rem quæ principaliter promittitur danda vel facienda, quum pœnalis obligationis conditio sit, neque esse impossibilem, neque legibus aut bonis moribus adversari debere, nam conditiones impossibiles et quæ legibus aut bonis moribus adversantur in contractibus vitiantur et vitiant; atque etiam principalem obligationem, si non tan-

quam conditio pœnæ, sed in se consideretur, propter defectum vel vitium consensûs, capacitatis partium, objecti sive rei in juris vinculum deductæ, et causæ qua ad contrahendum impellimur, informari posse. At sedulo notandum aliter rem sese habere quum clausula pœnalis ideo interponitur ut firmetur alia obligatio quæ sinè poenâ nullius momenti fuisset, v. g. quam alteri stipulamur; nam tunc ut jam strinximus, reverà non duæ sunt obligationes, sed una tantum conditionalis, nempe ejus qui tantum promisit si alteri non dederit; licet enim factum quodlibet possibile et licitum in conditione poni, et factum dandi alteri et possibile et licitum est.

#### § IV. De poenis conventionalibus quæ olim valebant, et quæ jam constitui non possunt.

Advertere est quandòque difficillimum occurri an talis res factumve possible sint necne, an legibus aut bonis moribus adversentur necne. Id ab arbitrio Judicis pendet et pro temporibus et locis variare potest. Sic olim valebat in Germaniâ pactum quod dicitur «obstagii» quo debitor, si quam præstationem non faceret, se certo loco staturum neque illinc recessurum donec præstationem illam fecisset, fide data, promittebat; at nunc forsàn in Holsatia adhuc obtinet sed arctioribus quibusdam finibus circumscriptam. Item olim in Germaniâ ubi privatorum jura non satis autoritate publica sancita erant, debitor et libertatem et exisimationem in obligatione esse recte promittebat (1). Solebant quidem hujusmodi pœna sese devincire erga creditorem, nempe principes principali fide, nobiles fide equestri, mulieres fide muliebri, virgines denique fide virginali. Atque etiam olim rectè conveniebatur ut, si quis quod in conventionem faciendam fide datâ promiserat, non faceret, eum creditori contumeliosis et verbis et litteris et picturis insectari liceret. Hodie

---

(1) In codice civili Borussico, art. 297, hæc est regula: «Nemo in contractibus se devincire potest poenis corporalibus vel quæ libertati aut existimationi officiant.»

tamen in jure mercatorio Germanico valet contractus qui dicitur cambii (Wechselcontract), cui tacita pœnalis inest conventio hæc, ut debitor, si pecuniam promissam non solveret, in custodiâ haberetur; quæ regula a jure gallico abhorret.

**§ V. Si infirma fuerit pœna conventionalis non ideo infirmabitur principalis obligatio.**

Articuli 1227 pars posterior sic concepta est. «La nullité de celle-ci (de la clause pénale) n'entraîne point celle de l'obligation principale.» Quod est, infirmitas hujus (nempè, clausulæ pœnalis) non secum trahit obligationis principalis infirmitatem, aliis verbis, quamvis nulla fuerit obligatio pœnalis, non continuò nulla erit principalis obligatio. Tunc enim clausula pœnalis pro non adjectâ habebitur. Ut diximus in capite priore, principale sine accessione existere potest: partes non intenderunt fore ut principalis obligatio irrita esset si pœna esset infirma; solummodò minus firma illa videri poterit, quum hæc evanescat.

Verùm quo clausulæ pœnalis valeat, utrùm necesse est ut creditoris intersit conventionem principalem impleri, quum pœna ejus locum teneat quod creditoris intersit, an autem non requiratur, non est sine ambiguitate. Sed iis assentimur qui putant doctrinam Ulpiani etiam in jure hodierno vigere, scilicet: «pœnam, quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit.» Non videtur ab hæc regulâ recessisse hodiernus legislator; credimus quoque in hujus sententiæ gratiam dici posse, judicio legislatoris, semper esse quod creditoris intersit: nam si nihil creditoris interesset, ad quid pœnam stipulatus esset, pœnam stipulatus est, ergo suâ interest.

**§ VI. An possit pœna conventionalis a Judice minui si enormis videatur?**

An verò hodiè si pœnæ quantitas videatur enormis, a Judice minui possit? Olim in Galliâ ex quorundam auctorum sanè gravissimorum sententiâ invaluerat jurisprudentia, nem-

pè pœnam enormem a Judice minui posse. Sed, ut vidimus, in Jure Romano, pœnam a Judice minui non poterat; quod saltem fulcire eniti sumus. Ex jure hodierno gallico, minui nullo-modò potest, quum obligatio principalis nullatenus executà fuit. Antiqua Jurisprudèntia (1) quum condebatur codex juris civilis, rejecta fuit propterea quòd, de eo quod interest pro non impletâ conventionè, nemo contrahentibus melior esse judex videatur. Hic merito Baconis aphorismum afferri posset: «Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio Judicis, optimus Judex qui minimum sibi.» Baco., aphor. 8, de Instit. univ.

Aliundè nusquàm in codice Francogallico occurrit potestas Judici concessa clausulæ pœnalis restringendæ. Imo contrarium supponit art. 1231 qui sic est conceptus: «La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.» Quod est, pœnæ potest modum facere judex si obligatio principalis partim executà est. Quæ regulà profectò omnibus, ut æquissima probatur. Enimvero, obligatione principali partim impletâ, executâ, et pœna tantummodò partim præstanda est, quod jubet æqui et boni ratio.

Pœnæ igitur quantitas ab arbitrio partium omninò pendet in Galliâ, excepto tamen casu quo de pœna præstanda convenit, si pecunia seriùs quàm suâ die soluta esset, nam tunc pœna legitimum usurarum modum excedere non debet.

Pœnæ quoque quantitatem nullis finibus circumscribendam præcipit Codex Juris mercatorii Germanici, ita ut duplum ejus quod intersit excedere pœna possit, dummodò legitimum usurarum modum non excedat (art. 284, 292). Tamen omninò liberum est partium arbitrium in illis casi-

---

(1) Refert Voetius eandem Jurisprudèntiam in Batavorum regionibus obtinuisse; sic enim habet: »Denique moribus hodiernis volunt, ingente pœnâ conventioni apposita, non totam pœnam adjudicandam esse, sed magis arbitrio Judicis eam ita oportere mitigari, ut ad id propè reducatur ac restringatur, quanti probabiliter actoris interesse potest.« In tit. de V. O. n.º. 13 in fine.

bus ad quos respicit art. 220, qui agit de pœna conventionali in iis obligationibus adhibendâ quas in societatibus anonymis (1) coeundis suscipiunt nempè promittendo definitas pecuniarum partes.

Sed ex Codice civili Borussico, art. 301, I part. tit. V. de contractibus, si pœna constituta duplum ejus quod creditoris reverâ interest, superaret, a Judice ad duplum ejus quod reverâ interest, ea moderanda est. Quâ regulâ difficulter utuntur; nam exquirendum est quid reverâ intersit et plerumque ad expertos recurrendum erit a quibus quid intersit, æstimetur.

### § VII. De pœnâ conventionali transactionibus adjecta.

In transactionibus, licet per se valeant, tamen quò magis caveatur eas adimpletum iri, clausula pœnalis adjici potest. Art. 2047 sic est conceptus: «On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter.» Quod est, adjici transactioni potest stipulatio pœnalis in eum qui illi (transactioni) adimplendæ defuerit. Ex regulâ in art. 1228 exaratâ, is cui pœna commissa fuerit, aut pœnam, aut transactionis executionem exigere poterit. Attamen, si alia partium mens visa erit, perfectò observanda erit (art. 1156) nam in interpretandis conventionibus imprimis voluntas contrahentium inquirenda est et observanda dummodò nihil illiciti complectatur. Itaque, si contrahentibus in animo fuisse apparuerit, ex eo solo pœnam præstandam esse quòd contra quàm causum sit, factum fuerit, tunc in eum qui contra quàm cautum sit, fecit, pœna committitur rato manente pacto: secùs, ut diximus, pœna aut res ex transacto debita dumtaxat petetur. At creditor, post actionem de pœnâ institutam, quod pluris ejus in-

(1) Germanicè Actiengesellschaften appellantur, societates de quibus hoc loco agitur. Ad eas significandas verbo proprio caret lingua latina — At apta videtur esse vox »societas anonyma« composita ad instar Franco-gallici nominis »société anonyme« quo fere idem exprimitur quòd voce »Actiengesellschaft«.

terest petere non poterit, aliter res se habebat in jure romano, ut vidimus.

### § VIII. An quo pœna committatur debitor in morâ constituendus sit?

Art. 1230 sic habet: «Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure.» Quod est, sive obligatio prior contineat, sive non contineat diem intra quem implenda sit, tùm solummodo pœna commissa erit quum, qui alicujus rei vel tradendæ, vel tollendæ, vel faciendæ, sese necessitate astrinxit, in mora fuerit constitutus. Quæ regula nihil aliud est quàm regula generalis in art. 1146, 1139, 1138 exarata quæ a legislatore clausulæ pœnali applicatur. In jure gallico hodierno non obtinet tritum illud; dies interpellat pro homine. Articulus 1139 quomodo debitor in mora constituendus sit nos docet his verbis: «Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme le débiteur sera en demeure — » Quod est debitor in morâ constituitur sive interpellatione, sive alio actu æquipollente, sive ipsius conventionis vi ac potestate, quum comprehensum est, remotâ omni interpellandi necessitate, debitorem solâ veniente die in mora futurum esse.

Codex Juris mercatorii Germanici nihil nisi de pœnarum in societatibus anonymis cœundis constitutarum specie præcepit, nempè ad eas committendas interpellationem necessariam esse (1). Ceterùm in variis Germaniæ regionibus regulæ Juris Romani quoàd pœnam committendam obtinent.

Item debitor quoque in morâ est constitutus, quum intra suam diem haud impleta fuit principalis obligatio cujus

---

(1) Art. 221.

ea natura erat ut intra hanc diem duntaxat impleri posset (art. 1146).

Atque etiam in morâ est constitutus debitor, quum pœnâ principali obligationi non faciendi subjunctâ, contra hanc obligationem fecit; tunc ipso facto debitor in morâ est et pœna commissa (art. 1145). Exempli gratiâ, transactum est vel res hæreditariæ divisæ sunt, stipulatâ pœnâ in eum qui contra transactum vel divisionem ageret. Postea altera partium contra transactionem vel divisionem agit, ipso facto pœnam committit, etiamsi agendo vinceret; ea enim partium fuit voluntas, molestia ex motâ actione locum habuit. Enimvero inspiciendum est quem effectum, constituendo pœnam, partem avertere voluerint. Si effectus quem intenderunt editus sit, pœna committetur; secus, non committetur etiamsi factum in clausula pœnali præfinitum evenerit. Sic sub pœnâ vetitum fuit ne fabro quis domum elocaret; postea fabro domus elocata fuit, sed locatio-conductio nulla est et proinde in hâc domo faber artem suam personantem exercere nequibit; eo in casu pœna non commissa erit, nam productus non est effectus quem partes intenderunt, scilicet ex malleo incudeque sonus omnia concutiens. Quod jam in Jure Romano obtinuisse vidimus.

### § IX. De regulis circum pœnam conventionalem quæ ad obligationes sive individuas, sive dividas pertinent.

Nunc ad art. 1232 et 1233 devenimus in quibus agitur de regulis ad obligationes sive dividas, sive individuas, attinentibus. At, quum quidquid ad istiusmodi obligationes refertur, intellectu et exposito difficile sit, haud omnino abs re videbitur, quædam de dividiarum et individuarum obligationum naturâ præmittere, quo clariùs liqueat quid sit his articulis comprehensum.

Obligatio, utpotè Juris vinculum, aliquid incorporalis ac simplicis est, et in se spectata in diversas species distinguere haud facile concipitur. At si obligationis objectum (1) in-

(1) Objectum pro re in obligationem deductâ sumitur, pro re quam obligatus debet.

spiciatur, tunc in varias species ex parte objecti deduci potest. Itaque, si obligationis objectum res mobilis sit, obligatio mobilis vocari poterit; si verò sit immobilis res debita, obligatio immobilis dicetur. Eadem ratione, si res aut factum, quæ in obligatione versantur, dividua sint, dividua pariter erit obligatio; sicut erit individua, si rem factumve individuum complectatur. Omnis igitur istius materiæ difficultas in dispiciendâ rei aut facti dividualitate vel individualitate jacet.

Duplex est rerum dividualitas, una nempe quæ vocatur materialis, altera quæ dicitur intellectualis. Materialem nuncupamus, quæ fit verè et in partes physicè distinctas, ita tamen ut res non pereat. Hanc divisionem, exempli gratiâ, recipiunt pecunia numerata, fundus, quæ nimirum et sine interitu, in tot partes dividi possunt, quot sunt nummi aut telluris glebulæ per lineas distinctæ.

Intellectualem verò appellamus, quæ non nisi mente et intellectu concipi potest, et quæ nempe locum habet, quando res, licet integra physicè maneat, ad plures dominos pertinet.

Multæ sunt res quæ, etsi priorem dividualitatis speciem non recipiant, posteriorem tamen admittunt. Sic equus, bos, non possunt absque interitu, physicè dividi, et tamen possunt ad plures hæredes aut alios consortes pro indiviso pertinere. Ex quibus jam patet paucas esse res quæ alterutram divisionem non recipiant, et reverà omnes res sic concipi possunt nisi servitutes.

Quod autem ad obligationes faciendi aut non faciendi spectat; dicemus generaliter facta, separatim sumpta, individua esse: aut enim facimus, aut non facimus, et quod dimidiatum fit, reverà non fit: factum in seipso consideratum est actus corporis mentisve unicus, qui physicè dividi nequit: ideoque factum simplex et unicum semper individuum est.

Si verò factum simplex non sit, at multiplex seu pluribus factis distinctis constans, quum nunquam totum simul sed tantum per partes perfici possit, evidenter naturâ sua dividualum dici debet.



Itaque illud etiam palam est omnem quidem obligationem si in facto simplici et unico constet, naturâ sua individua esse; obligationem verò quæ in facto multiplici constat, naturâ suâ dividua esse. (Art. 1217 et seq.)

Advertere est obligationem quidem *parte non fieri neque per heredem tuum quominus ire agere* (1) *liceat*, tanquam individua; obligationem autem «*amplius* (2) *non agi*» tanquam dividua haberi: quæ videntur inter se contraria, nam in utroque casu obligatio in non faciendo consistit. Hæc diversitas in effectibus a diversitate in causis pendet nimirum in priori casu contrahentes voluerunt totam pœnam committi si vel ab uno debitorum contra placitum factum esset, dum in posteriori casu voluerunt ab eo tantum ex debitoribus qui contra fecit et pro parte pœnam committi; atque ipsa voluntatis diversitas a diversis aspectibus quibus rem sunt partes intuitæ inter contrahendum, descendit. Enimverò sunt res factaque quæ naturâ semper præ se ferunt simplicitatem et proindè individuitatem; sunt autem facta quæ sub uno respectu individua, sub altero dividua sunt, at satis sit, ne fortè longius extra nostrum argumentum abripiamur inviti. Vide art. 1218.

An omnis obligatio aut dividua, aut individua sit? Putamus sanè omnem obligationem necessariò vel dividuam vel individua esse.

Pauca subjungemus in universum de obligationum dividuarum aut individuarum effectum.

Primo notandum, si unicus sit creditor unicusque debitor et ambo vivant, nihil interesse an dividua an individua sit obligatio; nam quum debitori non liceat, invito creditore, debitum suum per partes solvere, et creditori rem etiam dividua semper fas sit totam exigere, obligatio tunc, quantumvis dividua, pro individua quodammodo habetur, et omnis inter utramque distinctio planè fit supervacua.

---

(1) L. 2 § 1. D. de V. O.

(2) L. 4 § 1. D. de V. O.

At res aliter se habet et utilissima est hæc distinctio, si plures sint creditores aut debitores, vel si licet ab initio unus creditor aut debitor adfuerit, obierit alteruter aut uterque. Tunc quidem obligatio, si sit dividua, inter omnes creditores aut debitores, vel inter omnes unici creditoris debitorisve defuncti heredes, dividitur ita ut eorum singuli portionem virilem petere possint aut solvere debeant. Quod principium in art. 1220 exaratum jam in Lege XII Tab. legebatur. Si autem sit individua, quum in re individuâ nullæ dignoscantur partes, non potest hæc obligatio inter creditores debitoresve aut inter eorum heredes dividi, nec quisque eorum pro parte agere vel teneri. Itaque tota in singulos transit obligatio, et proinde unusquisque creditor vel creditoris heres potest in solidum agere; sicuti, vice versa, singuli debitores debitorisve heredes in solidum conveniri possunt.

Sed tunc, si unus creditor aut unus creditoris heres totam rem consecutus sit, partem hujusce rei vel potiùs partem æstimationis cæteris communicare debet, et si unus ex debitoribus debitorisve heredibus totum solverit, adversùs cæteros regressum habebit. Reverà enim singulis et a singulis eorum nonnisi pars virilis debetur; si totum accipiant aut solvant, id fit ex necessitate quâdam indoli rei debitæ inhærente; æquum est igitur ut rei acceptæ aut solutæ omnes participes fiant.

Eadem ratione, quamquàm singuli creditores debitorisve heredes totam rem exigere possint, non tamen eis licet, invitis cæteris, totam obligationem remittere, novare, aut de re totâ juramentum debitori deferre: si enim ultra partem suam in re debitâ jus verè non habent, jam liquet eos tota obligatione abuti non posse. Vide art. 1222 et seq. et passim.

Satis sit de obligationum dividuarum aut individuarum naturâ deque regulis juris ad eas pertinentibus, quum nostrum non sit de iis speciatim dispicere. Idcirco nihil dicemus de variis dividui vel individui generibus quæ ex Paulo Molinæus tradit aliquatenus forsàn deflectens ab aspectu sub

quo Jurisconsultus Romanus rem intuebatur. Uno verbo potest dici obligationem individuum esse quum promissus est actus quidam unicus quo quid fiat. Qui domum ædificari, fossam fodiri, imo servitutem constitui promittit, illum actum promittit qui post alios ultimus prodit et quo domus ædificata, fossa perfecta, servitus constituta erit. Jus Romanum et hodiernum in hoc non consentire non possunt.

Videamus nunc art. 1232 qui sic conceptus est: «Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.» Quod est, quum in obligatione principali cui adjuncta est clausula pœnalis, versatur res individua, committetur pœna etiamsi unus tantum ex heredibus creditoris contra quam cautum sit, fecerit, et recte petetur sive in solidum ab eo qui contra quam cautum sit, fecit, sive pro rata parte ab unoquoque ex heredibus, imò et in solidum ab eo qui hypothecam teneret, salvo eorum regressu in eum qui contra quam cautum sit, fecit. Hujus articuli regula nihil aliud est quam Jus Legum 4 § 1 et 85 § 3 D. de v. o. circa individuum quod a pluribus debetur, sed fatendum est, prout hoc Jus a Molinæo et Pothier intellectum est, quorum sententiam in Jure Romano confutavimus. Contendunt illi gravissimi auctores prædictas leges ita esse intelligendas ut ab illo ex heredibus qui contra quam cautum sit, fecit, quum factum est individuum, integra pœna peti possit, quod impugnavimus, et a cæteris, quod expediti Juris est, pro portione hæreditariâ, salvo eorum regressu in eum qui contra quam cautum sit fecit. Non asserimus eorum auctorum sententiam non esse bonam si in se spectetur; sed ostendere tantum volumus hanc sententiam cum textu Romano non quadrare quippe qui de omnibus hæredibus dicit eos pro parte hære-

ditariâ teneri. Porrò quùm ex eâ sententiâ regula Juris simplicior sit, a legislatore hodierno erat exaranda.

Sit in exemplum regulæ quam art. 1232 exhibet, species hæc: Vicinus promisit per se non fieri quominus mihi per suum fundum ire tamdiù liceat quamdiù ædes meas contiguas possidebo, atque si contra factum sit, ter mille se daturum. Vicino vitâ functo, unus ex tribus ejus hæredibus ne mihi ire per fundum liceat, facit. Statim pœna commissæ est; ab eo qui contra quàm cautum fuit, fecit, tota pœna, id est, ter mille rectè petentur, vel ab unoquoque ex cæteris hæredibus mille tantum, salvo eorum regressu in eum qui contrâ quam cautum fuerat, fecit. Factum enim, unius quùm sit individuum pro omnium facto habetur; conditio quâ pœna constituta deberetur, impleta fuit, debitor vel qui in ejus locum sunt suffecti, scilicet heredes pœnam debent; at, quùm pœna summa sit et proindè res dividua, inter hæredes dividitur; atque, quum qui de toto obliquè tenetur, etiam directè teneri satius sit, Jure hodierno cavetur qui contra fecit, etiam in solidum conveniri posse ita ut omnis actionum circuitus evitetur. Quod si vicinus qui promisit, in securitatem pœnæ solvendæ hypothecam constituisset, tunc in hæredem qui hypothecam teneret, agi quoque posset in solidum, salvo ejus regressu in eum qui contrâ placitum, fecit.

Art. 1233 qui ultimus nobis est dispiciendus, sic est conceptus: «Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée.

«Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours.» Quod est,

quum prior obligatio sub pœna contracta dividua est, tunc ab eo tantum ex debitoris heredibus pœna committitur qui contra placitum fecit et pro ea parte dumtaxat principalis obligationis quâ tenebatur, nullâ actione in eos concessâ qui placito satisfecerunt. Hæc regula exceptionem patitur quum, clausulâ pœnali ne solutio per partes fieret adjectâ, unus ex coheredibus in totum obligationis executionem impedit. In hoc casu pœna in solidum ab eo exigi potest, et pro rata tantum a cæteris heredibus, salvo eorum regressu.

Sit in exemplum regulæ in hoc art. exarata species hæc: a Paulo triginta frumenti mensuras dari stipulatus sum et, nisi daret, in vicem pœnæ, nongentas libras gallicas mihi numerari. Vitâ decedit Paulus atque ei sunt tres heredes. Debitum dividitur, eorum unusquisque decem frumenti mensuras mihi debet. Si unus ex his partem competentem non reddiderit, trecentas libras, ex clausulâ pœnali, mihi debebit, quas ab eo solo petere potero. Hujus juris ratio est quod obligatio dividua extitit, quod iste heres pro parte tantum quâ tenebatur contra placitum facere potuit et proinde pro parte tantum pœnam potuit committere. Cæteri coheredes qui placito pro sua parte satisfecerunt, nedum contra facerent, pœna teneri nullatenus possunt: creditor qui ex his partem principalis obligationis consecutus est, non potest insuper et partem pœnæ consequi, ex principio superius exposito, nempè rem principalem et pœnam cumulari haud fas esse.

Si tamen a Paulo triginta frumenti mensuras simul omnes dandas fore stipulatus essem, et, ni simul omnes darentur, cautum mihi esset in vicem pœnæ sexaginta libras datum iri, tunc si unus heredum decem frumenti mensuras, non attulerit ita ut simul omnes triginta dari nequeant, pœna tota sexaginta librarum committitur, nam solutio omnium simul mensurarum quâ Paulus et proinde ejus heredes tenebantur, non effecta est; sed quum pœna sit quid dividui, inter heredes dividetur; creditor ab unoquoque pœnæ tertiam partem, seu viginti libras petet, salvo ut jubet æquitas, eorum qui diligentes fuerunt regressu in cessantem

cujus culpâ integra debiti solutio non est effecta; atque, ut jam observavimus, quum satius sit, qui obliquè obligatus est, et directè teneri, in heredem cessantem creditorî actio in solidum jure indulgetur. Sic nobis enucleandus visus est art. 1233 qui Codice Francogallico circa pœnam conventionalem exhibetur ultimus.

Extremam huic disputationi manum admoventes, observabimus codicem juris mercatorii Germanici in omnibus Germaniæ regionibus obtinere ac proinde ejusdem codicis articulum 284 circa pœnam conventionalem in negotiis mercatoriis ubique pariter vigere. Verùm notare est in Ducatu Meclenburgensi articulum 284 etiam ad negotia non mercatoria porrectum esse. Nam a Frederico Francisco, uno ex duobus amplissimis ducibus Meclenburgensibus die XXVIII Decembris anno MDCCCLXIII, constitutum est ut codex juris mercatorii Germanici, sublatis omni lege consuetudineve contrariis, salvo tamen jure statuendi urbi maritimæ Rostochio competenti quod semper intra suæ jurisdictionis fines servabitur, totum per Ducatum vigeret, atque ut, quod peculiare est, dictus articulus 284 et ad negotia quælibet etiam non mercatoria, pertineret.

---

## CORRIGENDA ET ADDENDA

---

Paginâ	4. lineâ	21. <i>Pro</i> quondam	<i>lege</i> quamdam
Paginâ	5. lineâ	23. <i>Pro</i> debeat	<i>lege</i> debentur
	lineâ	30. <i>Post</i> notandum	<i>adde</i> quòd
Paginâ	7. lineâ	5. <i>Pro</i> volem	<i>lege</i> valem
	lineâ	7. <i>Pro</i> implet	<i>lege</i> impleta
	lineâ	20. <i>Pro</i> obtineat	<i>lege</i> obtinent
	in notâ	<i>Pro</i> offerri	<i>lege</i> afferri
Paginâ	8. lineâ	34. <i>Pro</i> in prium	<i>lege</i> in prioris
Paginâ	10. lin. 16 et	17. <i>Pro</i> requirere	<i>lege</i> requirere
Paginâ	20. lineâ	10. <i>Pro</i> conventis	<i>lege</i> conventio
Paginâ	21. lineâ	11. <i>Pro</i> potertit	<i>lege</i> poterit
Paginâ	24. lineâ	4. <i>Pro</i> informari	<i>lege</i> infirmari
	lineâ	23. <i>Pro</i> circumscrip-	<i>lege</i> circum-
		tam	scriptum
	lineâ	30. <i>Pro</i> facienda	<i>lege</i> faciendum
Paginâ	31. lineâ	5. <i>Pro</i> « parte »	<i>lege</i> « per te »

---

pè pœnam enor  
 Jure Romano, p  
 fulcire eniti su  
 modò potest, q  
 fuit. Antiqua  
 juris civilis, re  
 pro non imple  
 esse judex vide  
 posset: «Optima  
 cis, optimus Ju  
 de Instit. univ.

Aliundè m  
 testas Judici co  
 contrarium sup  
 peine peut être  
 cipale a été ex  
 modum facere j  
 est. Quæ regul  
 Enimvero, oblig  
 et pœna tantum  
 et boni ratio.

Pœnæ igit  
 pendet in Galli  
 standa convenit  
 nam tunc pœn  
 non debet.

Pœnæ quog  
 dam præcipit C  
 plum ejus quod  
 legitimum usur  
 Tamen omninò

(1) Refert Voet  
 bus obtinuisse; sic  
 ingente pœnâ conv  
 esse, sed magis ar  
 propè reducatu ar  
 potest. In tit. de

minui posse. Sed, ut vidimus, in  
 minui non poterat; quod saltem  
 hodierno gallico, minui nullo  
 principalis nullatenus executa  
 a (1) quum condebatur codex  
 terea quòd, de eo quod interest  
 e, nemo contrahentibus melior  
 ito Baconis aphorismum afferri  
 nimum relinquit arbitrio Judi  
 imum sibi.» Baco., aphor. 8,

dice Francogallico occurrit po  
 læ pœnalis restringendæ. Imo  
 B1 qui sic est conceptus: «La  
 le juge lorsque l'obligation prin  
 rtie.» Quod est, pœnæ potest  
 atio principalis partim executa  
 nibus, ut æquissima probatur.  
 pali partim impletâ, executâ,  
 præstanda est, quod jubet æqui

ab arbitrio partium omninò  
 men casu quo de pœna præ  
 erius quàm suâ die soluta esset,  
 usurarum modum excedere

m nullis finibus circumscriben  
 eratorii Germanici, ita ut du  
 edere pœna possit, dummodò  
 non excedat (art. 284, 292).  
 artium arbitrium in illis casi

isprudenciam in Batavorum regioni  
 Denique moribus hodiernis volunt,  
 non totam pœnam adjudicandam  
 am ita oportere mitigari, ut ad id  
 quanti probabiliter actoris interesse  
 fine.

