



Wilhelm Carl Weber

## **Commentatio juridica sistens quaedam ex materia de poena conventionali**

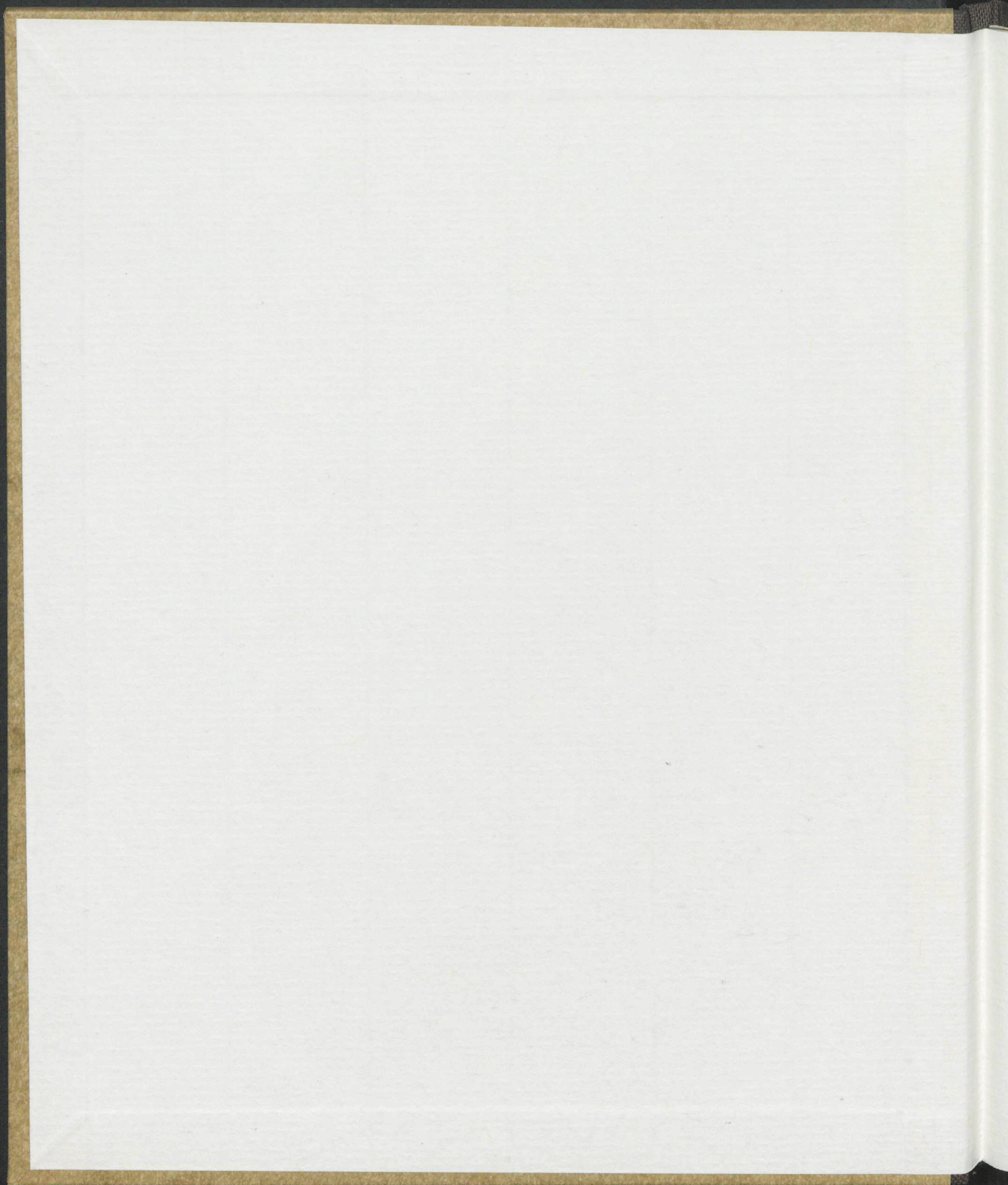
Rostochii: Typis Adlerianis, 1824

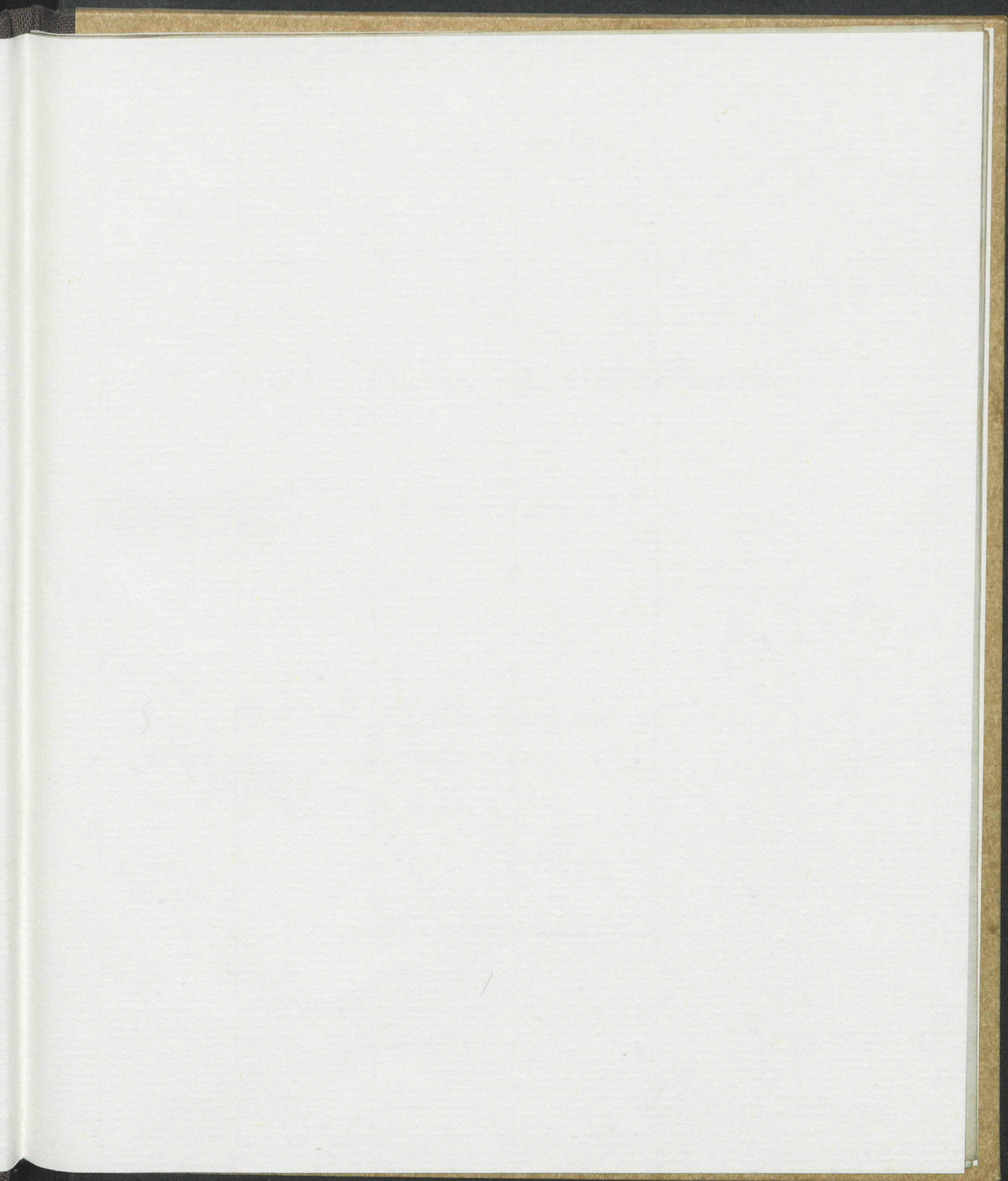
**<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1007472936>**

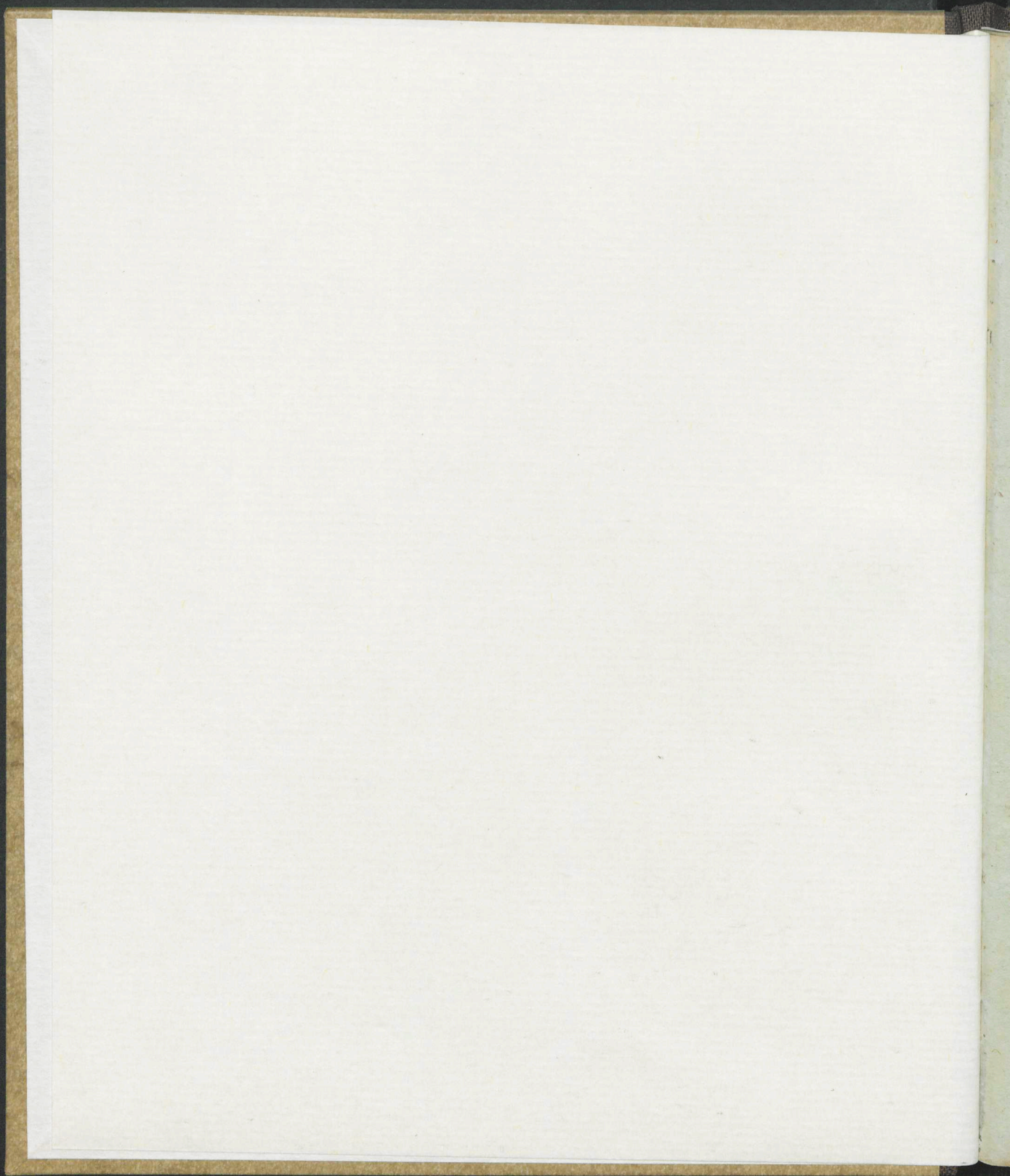
Druck Freier  Zugang  OCR-Volltext

RU jurist. 1824

Weber, Guil. C.







Commentatio juridica

sistens quaedam

ex materia de poena conventionali.

---

Auctore

*Guilielmo Carolo Weber*

Grabovio - Megapol.

---

Rostochii

Typis Adlerianis

1824.

*L. Couf. A. Diemer*

Commentario Juridico

status quodam

ex materia de poena conventionali

Auctor

Guillermo Carlos Weber

Quinto - Madrid

Revisor

Francisco de Asís

1888

V i r o

clarissimo doctissimo atque humanissimo

Joanni Jacobo Andreae Taddel

Jur. utr. Doct., meritissimo Civitat. Rostoch. Consuli etc.

n e c n o n

Viro doctissimo et consultissimo

Joanni Godofr. Abrah. Weber

Jur. utr. Doct. etc.

Patruo summe reverendo



hoc qualequale sit opusculum

grata mente

Joanni Jacobo Andreae Fubdel

D. D. D.

auctor.

Joanni Gebetae Weber

Ultimum locum non occupat inter tot tantaque juris civilis capita, quod de poenalibus inscribitur stipulationibus; quippe quod neque usu forensi admodum frequenti destitutum, nec ratione ipsius disciplinae ipsorumque praeceptorum satis expeditum videtur. Nimirum licet haud ausim hanc comparare jurisprudentiae partem cum stabulo Augiae stercore pleno (quod nuper factum esse memini ratione materiae de servitutibus <sup>1)</sup>): tamen minime negandam, plura istius superesse capita vel plane inculta atque deserta, vel perfunctorie tantum tractata. Quocirca mirum videtur, recentioris aevi Ictos praetermississe hunc locum, a veteribus minime neglectum <sup>2)</sup>; quippe qui, quantum nos quidem scimus, inde a *Lauterbachii* temporibus (cujus commentationem <sup>3)</sup> omnes numeros non habere quis paullo accuratius perlustrans non videt?) singulari libro illustratus non est. Nam quae *Richter* <sup>\*</sup>), *J. A. Bach* <sup>4)</sup> itemque *J. A. Hellfeld* <sup>5)</sup> hac de re monuerunt, perexigui sane sunt momenti singulasque duntaxat attingunt quaestiones hac in parte obvenientes. Quae vero in commentariis compendiisque juris civilis tam anterioris <sup>6)</sup> quam recentioris <sup>7)</sup> temporis istum circa locum inveniuntur proposita, iis hanc juris doctrinam parum excultam esse, nemo nescit. Quam ob rem omnino operae pretium facturus esse videtur, qui denuo in censum vocaverit hanc materiam accuratiusque pertractaverit. At cum nobis quidem, pro ratione instituti nostri, minime liceat, in hunc latissimum campum excurrere, immo tale onus ferre recusent humeri: de una tantum animus est paullo fusius agere quaestione; de ea scilicet: num jure valeat poenale pactum obligationi subjectum vel plane inefficaci, vel quam dicunt restrictae? —

Hoc tamen admonere liceat, nos minime proprio motu, sed necessitate quadam imposta ad hanc scribendi operam studium nostrum curamque convertere. Atque hanc necessitatem scri-

bendi, Benevole Lector, respice, eamque pro excusatione aliqua habeas, si in hac opella quaedam inveneris, quae minus recte proposita videantur.

- 1) *H. C. Stever* de servit. praed. in f.
- 2) Vid. e. gr. *Jul. a Beyma* tract. de poenal. stipulat. (in ejusd. Comment. et Tract. Leovard. 1645. 4.)
- 3) *W. A. Lauterbach* de poena conv. (Dissert. vol. 3. nr. CXIX). — conf. *Lipen.* bibl. s. v. *stipulatio*.
- \*) De contr. rato manente poena conv. quoque soluta. Lips. 1751.
- 4) De mulcta poenitentiali in emt. vend. (in Opusc. ed. Klotz, nr. X.)
- 5) In Diss. de effectu poenae conv. sponsalibus adjectae (in Opusc. et Dissert. nr. XVII. p. 371 seqq.) conf. *Westphal* Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht etc. §. 663 ff.
- 6) Quae *Connanus* et *Donellus* in Comment. jur. civilis, idemque *Donellus* in Comm. ad Tit. D. de Verb. Obl. (Francof. 1599 fol. et in Opp.) porro *Duarenus* (in Opp.) atque *Giphanius* (in Lectt. Altorph.) ad eund. tit. caeterique huj. tit. interpretes, nec non *Frantzke* atque *Vinnius* in Comm. ad Instit. T. de inutil. stipul. ad §. 18 habent, rem minime absolvent, conf. *Voet* ad Pand. L. XLV. tit. 1. §. 12 seqq. *Lauterbach* Coll. th. pract. L. XVIII, tit. 1, §. 73 seqq. Plurimi hanc partem vix attingunt, v. gr. *Schön*, L. 45, t. 1. §. 6. seqq.
- 7) *Hoepfner* §. 987. *Glück* IV. §. 340. *Hofacker* III. §. 1858. *Günther* §. 942. *Thibaut* §. 115. *Schweppe* §. 506.

§. 1.

Illam controversiam priusquam suscipimus pertractandam, ab iis, quae dubitationem vix admittunt, ea sejungantur necesse est, quae non ita expedita esse videntur. Ut igitur prioris generis quaestiones primo loco proponamus, hoc nullam habere potest dubitationem, quin

I. omni effectu destituta sit stipulatio poenalis, in qua unum deficiat alterumve eorum, quae generaliter pertinent ad vim atque substantiam cujusvis conventionis. Quocirca explorati juris est, neque minorem XXV annis, neque prodigum civiliter talem quem dicunt furiosumve utiliter poenam promittere, poenalemque stipulationem his et similibus in caussis jam ideo nullam esse, quod paciscentes omnino pacisci nequeant. Quae cum ita se habeant, hujusmodi in caussis perinde esse, utrum efficax subsit principalis obligatio, an restricta vel plane reprobata, facile intelligitur, cum

poenale pactum per se inutile sit, licet vel maxime valeat cui subjuncta sit obligatio, v. gr. tutore auctore rite et legitime contracta. Rectissime quoque *Lauterbach* <sup>1)</sup> monet, „poenalem stipulationem nullam esse, si caussa, propter quam prior promissio nulla sit, etiam pugnet et locum habeat in conventionem poenali; v. gr. si prior obligatio nulla sit vel propter conditionem personae, nimirum quod ipsa non habuerit facultatem sese obligandi etc.

1) In Dissert. laud. §. 56.

### §. 2.

Porro in eo omnes consentiunt, quod poenae stipulatio inutiliter adjiciatur in *fraudem legis*, cum generaliter sit probandum, rata haberi non oportere, quae in fraudem legis excogitata esse probari possint, teste *Paullo* in fr. 29 §. 1 ad SC. *Vellejan.* <sup>1)</sup>. Unde sequitur (quod etiam constat inter omnes) non valere pactum, quo mala fide usurae illicitae in poenam conventionalem deducantur <sup>2)</sup>. Idem dicendum, si quis filiusfamilias major XXV. a. <sup>3)</sup> (aetate sola patriam haud tolli potestatem incerti juris non est <sup>\*</sup>) auxilio munitus Scti Macedoniani, poenae nomine tantam promiserit, quantam mutuo acceperit pecuniam — et quae sunt alia ejus generis. Sed cum ejusmodi fraus haud praesumatur, potius dubia in meliorem partem interpretanda sint <sup>4)</sup>, argumentis idoneis probari debet, fraudem vere commissam esse, suffragante *Paullo* l. c.

1) Conf. fr. 3 §. 3 de SC. Maccd.

2) Fr. 13 §. 26 de act. E. V. fr. 44 de usuris. c. 13 eodem. *Glück* XXI. p. 138 ibiq. cit. *Schweppe* R. Pr. R. §. 198.

\*) *Glück* II. p. 440.

3) Omnes quidem, quantum equidem scio, filiumfamilias *puberem*, proinde ac si paterfamilias esset, de jure hodierno obligari solere contendunt. *Glück* XIV. p. 284 seqq. *Thibaut* §. 368. *Schweppe* §. 658. — Quae sententia de jure Romano quidem recte se habet, auctore *Gajo* in fr. 141 §. 2 de V. O. Hodie vero majorem dumtaxat XXV a. paciscendo obligari, ex notissima legum imperii statuendum dispositione, ex qua circa minores impuberesque ratione tutelae, et, quod consequens est, ratione juris de rebus suis disponendi eadem juris sunt (R. Pol. O. de a. 1577, tit. 32. *Weber* v. d. natürl. Verbindl. §. 72. *Glück* IV.

p. 71 seq.) Nec obstat, quod lex de patribusfamilias solummodo loquatur minoribus, et, ut correctoria, extensivae, quam dicunt, locum haud faciat interpretationi ex ipsa *legis ratione* descendenti; (*Thibaut* Theorie der log. Ausleg. §. 20.). Nimirum ex *mente legislatoris*, quam quibuslibet in causis sequendam esse constat (*fr. 29. 30. de LL. Thibaut* l. c. §. 12.) istud praeceptum, ex quo minores ipsorum conventionibus haud obligantur, ad omnes pertinere minores, siye sui sint, siye alieni juris, plurimaque maxime absurda statuenda fore, si contraria sententia defendatur, facile intelligitur. (Conf. *Thibaut* civil. Abh. p. 117 seqq.) Sed haec ὡς ἐν παροδῶ monuisse sufficiat, cum locus ulteriorem haud admittat definitionem.

4) C. 2. X. de regul. jur.

§. 3.

Denique III. omni caret dubio, quin quae turpia sint et contra bonos mores pacta jure non valeant, ideoque poena minus recte promittatur, si, cui accedat, obligatio ita comparata sit, ut ne adimpleri quidem possit nec debeat ob disertam legis prohibitionem <sup>1)</sup>. Neque vero pecunia dari potest *ut poena*, ubi non praestat promissor, *quod jure praestare non potest* <sup>2)</sup>. Denique si Titius de furto aut damno faciendo, aut de injuria alicui inferenda mandatum tibi detulerit, tuque poenam promiseris hujusce mandati nomine, non tamen ullam habebit adversus te Titius actionem. — Cui similis ipsa est causa remota, ex qua *sponsalibus* poenalem stipulationem jure subjici posse negant Romani, „quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia adstringi.“ <sup>3)</sup>

Idem statuendum, *si stipulantis* tantum, minime vero *promittentis* adsit turpitude, v. gr. si quis calumniae evitandae causa <sup>4)</sup> hominem Stichum dari spondisset et poenam, nisi is intra certum temporis spatium datus fuerit. Denique idem dicendum, si *rei impossibilis* nomine poena in stipulationem deducatur <sup>5)</sup>, v. gr. si stipuler, ut coelum digito attingas, et, nisi attigeris, decem exsolvas, et quae sunt similia. Notandum tamen, multum interesse, utrum natura impossibile aliquid *in conditione* tantum positum sit, an in principali obligatione, ut in specie a nobis proposita. Nam priore casu stipulationem valere, indubitati juris est <sup>6)</sup>.

1) Fr. 61 de V. O. *Donellus* ad fr. 61. 69 l. — *Giphanius* ad fr. 61 laud. *Voet* l. c. — *Bachov* ad §. 13 J. de inut. stipul. *Vinnius* l. c. ad §. 18. — *Lauterbach* in Diss. l. §. 48-51. — *Thibaut* l. c. — *Schweppe* l. c.

- 2) Sunt verba *Vinnii* l. c.  
 3) Fr. 134 pr. de V. O. cf. fr. 71 de condit. et dem. c. 5 de sponsalibus.  
*Hellfeld* l. c.  
 4) *Glück* Comment. V. §. 427 seqq.  
 5) Fr. 6 de V. O. *Donellus* l. c.  
 6) Fr. 7 de V. O. *Cujacius* ad L. 6 de V. O. *Duaren.* ad fr. 7 l. (in  
 Opp. Francof. 1607, f., pag. 731.) *Giphanii* Lect. Altorph. [ad fr. 7 l. —

## §. 4.

Quae cum ita se habeant, de eo tantum disputari potest: utrum praeter eas, quas modo memoravimus (§. 1 — 3) caussas jure valeat an secus poenale pactum, obligationi ejusmodi adjectum, quae, licet adimpleri possit nulla lege prohibente, tamen vel jure mero et communi nulla est, vel jure singulari restricta aut plane reprobata? — Quam quidem quaestionem, licet omnibus <sup>1)</sup> fere <sup>2)</sup> ICTis affirmanda videatur, paucis tantum caussis exceptis, aliquam distinctionem recipere, communemque sententiam minus recte conceptam esse, omnino persuasum nobis est, auctoritate tot atque tantorum dissentientium minime perterritis. Etenim nostrum facimus egregium illud dictum instauratoris sanioris jurisprudentiae inter Germanos <sup>3)</sup>, *Udalr. Zasii*: „communibus uti opinionibus, si vel textus juris vel ratio manifesta repugnet, hoc nos certam veritatis pestem dicimus et contestamur.“ — Nimirum in obligationibus quidem quas dicunt restrictis poenam quodammodo utiliter promitti censemus, minime vero in obligationibus nullis vel plane reprobatis. Quod cum demonstrari posse videatur tum generalibus jurium praeceptis atque analogica legum accommodatione <sup>4)</sup>, tum quibusdam sanctionibus specialibus, de *istis* merito primo loco dicendum.

- 1) *H. Donellus* ad fr. 38 §. 17 de V. O. nr. 74: „*Duabus* in caussis inuiti stipulationi principali subjecta poenae stipulatio est inutilis, si aut rei *turpis* stipulationi subjecta sit, aut subjecta stipulationi *impossibili*.“  
*Idem* ad fr. 6 eod. nr. 4: „Poenalis stipulatio prioris stipulationis, cui subjicitur, accessio aut sequela non est; alioquin dicendum esset, ubicunque prior esset inutilis, toties nec poenalem stipulationem consistere; *quod non ita est*.“ — *Lauterbach* in Coll. th. pract. Lib. 18. tit. 1. §. 75.: „sin promissum, cui poena addita, sit nullum, an nihilominus conventio poenalis existat? — quaer. et disting. an caussa, propter quam prior promissio nulla, etiam pugnet et locum habeat in conventionem poenali;

et sic stipulatio poenalis quoque nulla erit; an vero tantum in prima, non vero in secunda sive poenali; et tunc valet secunda.“ Conf. *Lauterbach* Diss. laud. §. 48. 57. *Jul. a Beyma* l. c. *Frantzke* ad Inst. T. de inut. stipul. nr. 30. *Vinnius* eod. ad §. 18. *Voet* l. c. §. 12. *Thibaut*, *Günther*, *Schweppe* ll. citt.

- 2) Diss. *J. Gothofred.* ad t. Dig. de R. J. ad fr. 129. *J. A. Bach* l. c. §. 1. in f.
- 3) *Haubold* Instit. J. R. litt. Tom. 1. p. 81.
- 4) Cujus usum plus justo restringit *Henr. Cock* in Diss. de argumento ab analogia rel. Daventr. 1821. 4. —

## §. 5.

I. Satis decantata est eaque certissima — quod quidem in omnibus caussis vix affirmari potest — formula, quam tradit „maledictus“ *Paullus* (L. 21 ad Edict.) in fr. 178 §. 1 de Reg. Jur.: „Cum principalis causa non consistat, plerumque <sup>1)</sup> ne ea quidem, „quae sequuntur, locum habent.“ Quam sententiam egregie, uti solet, illustravit Vir summus *Jac. Gothofredus* <sup>2)</sup>. Ea quin ad conventiones quoque pertineat, et quae hisce accedunt pacta adjecta, v. gr. usurarum, hypothecae rel. dubitari non potest; immo perinde est, utrum ab initio principalis causa non consistat, an postea perimatur <sup>3)</sup>. Nec obstat, quod vulgo dicitur, utile per inutile non vitiari <sup>4)</sup>; quippe quod praeceptum, uti plurimis aliis in caussis, ita tunc quoque fallit, si accessoria duntaxat utilia sint, principalis vero causa inutilis <sup>5)</sup>.

- 1) Vox *plerumque* omittitur in fr. 129 §. 1. de R. J. (*Paullus* L. 15 ad Plautium) in quo eandem regulam iisdem verbis frustra repeti, minus recte dicitur. *Jac. Gothofredus* ad h. l. conf. fr. 2 de peculio legato.
- 2) In praestantissimo Comm. ad Tit. Dig. de Reg. Jur., ad fr. 129 §. 1. et fr. 178 l. conf. *Pet. Faber* Comm. ad eund. T. l. c.
- 3) *J. Gothofred.* l. c. ad fr. 129 §. 1. — Except. quasdam v. apud eundem ad fr. 178 l.
- 4) Fr. 1 §. 5 de V. O. — *Bonifac. VIII* in cap. 37 de regul. jur. in 6to.
- 5) *Thibaut* Pand. R. §. 135. — *Schweppe* Röm. Priv. R. §. 103. — Conf. *Gluck* I. pag. 102. seqq. ibique cit. *Averani*, qui tamen nimis arctant sensum istius regulae.

## §. 6.

Quae cum ita sint, facile apparet, inutilem esse poenalem stipulationem obligationi subjectam plane inefficaci, cum illa accessio tantum sit <sup>1)</sup> principalis cujusdam obligationis. Quod ita esse, *primo* ex rei ipsius indole atque analogia satis intelligitur; cum in numero accessionum esse constet, quae per se consistere nequeant obligationes, praesertim si ad aliam firmandam tantum comparatae sint. Utrumque vero locum sibi vindicare in poenali pacto, indubitati juris est <sup>2)</sup>. Nam quemadmodum nulla est juris intellectu obligatio pignoratitia vel fidejussoria, quae obligationi accedat nulli vel reprobatae <sup>3)</sup>: ita quoque poenalis obligatio, nulla praecedente principali obligatione, cogitari nequit. Quod in doctrina de publicis judiciis vulgo dicitur, nullam dari poenam sine crimine <sup>4)</sup>, cum aliqua moderatione ad conventionalem quoque poenam pertinet. Nam qui jure suo utitur, neminem laedit; ideoque puniri non debet, qui non praestat, quod de jure eum praestare haud oportet. Ubi enim nulla culpa, ibi nulla poena <sup>5)</sup>.

Alia quaedam, quibus sententia nostra firmari videtur, ad-jicere placet exempla. *Arrham* accessionem tantum esse obligationis cujusdam prioris, nemo facile negabit <sup>6)</sup>. Verum enim vero arrham inutiliter dari atque simpliciter repeti posse constat, si negotium, cujus nomine data fuerit, vel ab initio nullum sit, vel ex postfacto inutile fiat <sup>7)</sup>.

Cum vero inter stipulationem poenalem atque arrham maxima intercedat similitudo atque necessitudo <sup>8)</sup>, omnino dicendum, quae circa arrham sancita sint, ea in poena quoque obtinere conventionali. — Porro ex comparatione pacti poenalis cum pacto *commissorio* intelligitur, illud accessionem duntaxat esse conventionis principalis. Nam pactum commissorium adjectis adnumerandum esse, actionemque ex inde nasci *venditi*, incerti juris non est <sup>9)</sup>. Poenalis vero stipulationis speciem quandam constituit lex illa commissoria, quippe in qua aequae poena promittitur, ac si certa pecuniae numeratae quantitas in poenam deducatur.

1) *Giphani* Lect. Altorph. ad fr. 7 et fr. 69 de V. O. *Jac. Gothofredus* ad fr. 129 de R. I. l. — *Bach* l. c. §. 1 in f. — *Weber* von der natürlichen Verbindl. §. 84. Ita quoque sentire videtur *Cujacius* ad fr. 69 de V. O. „Hominem jam mortuum dare, vel sisti promisisti, et si non dares vel sistentes, poenam. Duplex est stipulatio, pura et conditionalis sive poenalis,



quae illi applicatur.“ Sed mox subjicit, poenam committi rei possibilis, etiamsi ea sit in stipulatum inutiliter deducta. — *Thibautius* quoque (Pand. R. §. 934 nota g.) pactum poenale annumerat adjectis; quae sententia cum alia quadam *Thibautii* (conf. sup. §. 4, nta 1) vix conciliari posse videtur.

- 2) *Glück* IV. p. 529. — *Thibaut* §. 112. *Mackeldey* Institut. §. 527. 29.
- 3) *Weber* l. c. §. 103. 107. 108. *Glück* XIV, §. 864. *Thib.* §. 636.
- 4) *Feuerbach* §. 20. *Martin* Crim. R. §. 13.
- 5) c. 22 C. de poenis. Sane egregia sunt, quae *Lauterbach* (cit. Diss. §. 26 in f.) proponit. „Neque dictis refragatur, quod promissor hoc in casu ex prima promissione non sit obligatus, et per consequens, eandem non implens, nullam culpam admittere, ac propterea nec poena aliqua dignus videatur. Nam metu poenae quodammodo per indirectum est adstrictus, ut promissioni satisfaciat; quod si non praeestat, quodammodo peccat, et poenae exactione coercetur.“! — Quibus parum conveniunt, quae ipse *Lauterbachius* l. c. §. 58 monet.
- 6) *W. A. Lauterbach* Diss. de arrha (Diss. Vol. 1) §. 15 seqq. *Glück* XVI, pag. 97.
- 7) *Lauterbach* l. c. §. 135. 150 seq. ibiq. citt. — c. 5. de sponsal.
- 8) *Lauterbach* l. c. §. 77.
- 9) Fr. 6 §. 1 de contrah. E. V. *Glück* XVI, §. 1010.

### §. 7.

Nec desunt leges speciales, quae haud obscure poenalem stipulationem accessoriam dicant principalis cujusdam obligationis. Ita *Paullus* (L. 6 Responsor.) in fr. 47 de A. E. V.: „*Lucius Titius*,“ inquit „accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit; cum igitur testator in poenam commiserit, neque heres ejus reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam et in usuras conveniri possit? praesertim cum emtor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? — *Paullus* respondit, e contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse.“ Luce clarius est, h. l. pactum poenale adjectum dici emtionis — alioquin ex contractu de quo quaeritur, i. e. ex emtione venditione, poenam peti posse non dixisset *ICTUS*. — Notat quidem *Dion. Gothofredus*, actionem hic intelligi ex stipulatu; sed totus legis ingressus ejusmodi repugnat inter-

pretationi, nec uno verbo stipulationis poenalis fit mentio. Nec obstat fr. 28 eod., quemadmodum visum est *Franc. Card. Manticae* <sup>1)</sup>. Nam poenam pacto simplici in continenti adjecto recte promitti verius est. — Porro Imperator *Antoninus* in C. 1 *de pactis inter emtor. et venditor.* (4, 54) „Si ea lege,“ inquit „praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet rel.“ De pacti quodam poenali hic agi, vocemque: *lex* saepius pro pacto adjecto usurpari manifestum est; eam vero et h. l. ita accipiendam esse, tum ex constitutionis laudatae tenore, tum ex rubrica hujus ipsius tituli satis intelligitur. Denique *Marcianus* (Libr. sing. ad formul. *hypothecar.*) in fr. 15 §. ult. de pignorib. haec tradit: „Propter *usuras* quoque si obligata sit hypotheca, *usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus.*“ Ubi *Dion. Gothofredus* haec notat: „poenae et usurae cognatio. Est enim poena usurae species (?)“ — Usuram accessionem sortis esse constat; h. l. poena conventionalis comparatur cum usura, ex quo consequens est, maximam inter utramque intercedere necessitudinem.

- 1) *Mantica* de tac. et ambig. convent. L. V. tit. 15. nr. 23, ibique citat. *Dynus* atque *Baldus*.
- 2) *Lauterbach* l. Diss. §. 8 seqq.
- 3) *Brissonius* de V. signif. s. v. *lex*.

### §. 8.

Quae omnia cum vix ullam recipere videantur dubitationem, eo magis mirandum, ICTos fere omnes negare atque pernegare, poenalem conventionem in numero esse accessionum alterius cujusdam obligationis, potius ejusmodi stipulationem aequae principalem esse, ideoque priore inutili minime vitiari contendere. Ita *Donellus* <sup>1)</sup>, *Jul. a Beyma* <sup>2)</sup>, *Frantzke* <sup>3)</sup>, *Vinnius* <sup>4)</sup>, *Lauterbach* <sup>5)</sup> aliique. Quorum omnium tamen longe maxima pars ne unum quidem, quo tam singularis firmetur sententia, adstruit argumentum; *Donellus* tamen (quem verbotenus fere exscripsit *Jul. a Beyma*) pro ea, qua scribere solet profunditate atque subtilitate, haec profert: „poenalis stipulatio accessio non est ejus stipulationis, cui subjicitur; cum possimus jam a principio nobis decem stipulari, si Titio fundum non dederis; ut conditione impleta non minus decem debeantur, quam si prius stipulatus essem, fundum Titio dari.“

- 1) In Comm. ad T. Dig. de V. O. ad fr. 38 §. 17, nr. 74 — ad fr. 69. Conf. ejusdem Comm. de jure civ. L. 12, c. 18.
- 2) L. c. p. 602.
- 3) Ad tit. Inst. de inutil. stipul. nr. 30 l. conf. *Mantica* l. c. ibique cit.
- 4) L. c. ad §. 18.
- 5) Dissert. I. §. 56. Mox vero (§. 79 ibid.) scribit: „si pacto contractui in continenti *adjecto* poena est promissa, nulli dubitamus, *quin etiam hujusmodi pactum regulariter insit, et poena actione ex ejusmodi contractu descendente peti possit.*“ Sane parum sibi constat Lauterbachius.

## §. 9.

At haec ad probandum id, quod probari debebat, nihil efficiunt. Nimirum si quis simpliciter decem stipuletur ea conditione, si fundum alter non dederit, longe alia est ratio hujusmodi stipulationis, quam si decem *poenae nomine* in stipulationem deducantur. Nam priori casu una tantum adest stipulatio eaque simplex atque conditionalis, ita ut decem solummodo in obligatione sint, fundus vero in conditione tantum positus; tali modo, ut *dari* quidem, minime vero *peti* possit — cum ejusmodi in caussis electionem competere promittenti constet <sup>1)</sup>. At contra in casu, quem posteriori loco memoravimus; quippe in quo re vera duae adsunt stipulationes, principalis altera, altera accessoria; ita ut stipulans, si fundus datus non fuerit, vel ipsum fundum, vel poenam, immo interdum utrumque petere possit <sup>2)</sup>. Hic vera poenalis stipulatio, minime vero illic; alias et hanc poenalem liceret dicere, si quis a Gajo Sejo C stipuletur eum in eventum, si hominem Stichum Gajus Sejus manumiserit, hoc minime addito, manumitti Stichum non debere. Rectissime itaque *Cujacius* <sup>3)</sup> „si stipuler“ — inquit — „coelum ascendi, et, si non ascenderis, poenam, *nihil agitur*. Ceterum si una tantum sit stipulatio sub conditione impossibili in non faciendo concepta, veluti si coelum non ascenderis, decem dari, stipulatio valet. Fr. 7. 8 de V. O.“

- 1) *Thibaut* §. 84 ibiq. cit.
- 2) *Thibaut* §. 115. *Schweppe* §. 506, ibiq. cit. *Glück* V, §. 340 ibiq. cit.
- 3) Ad fr. 69 de V. O.

## §. 10.

II. Pactum poenale inutiliter subijci obligationi natura vel jure plane inefficaci, praeterea ex quibusdam specialibus, quae in Corp. Jur. Civil. occurrunt, demonstrari potest definitionibus. Quarum quasdam perlustrare lubet, licet ad firmandam nostram sententiam hoc minus necessarium esse videatur. A) *Domit. Ulpianus* (L. VI ad Edict.) in fr. 69 de V. O.: „si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur; quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.“ Loquitur quidem Ictus de stipulatione duntaxat rei impossibilis, cujus nullam esse obligationem constat <sup>1)</sup>; at equidem profecto non video, quo respectu magnum intercedat discrimen inter obligationem rei impossibilis atque eam, quae alia quaedam de causa nulla sit, vel ex postfacto penitus perimatur. Et cum singularia quaedam casus propositi haud intelligantur, magis est ut dicamus, Ictum ideo tantum poenam haud committi contendere, quod inutili obligationi utilis accedere nequeat stipulatio poenalis. <sup>2)</sup> Oleum sane atque operam perdidit *Donellus* <sup>3)</sup>, qui alia ratione hanc quam dicit exceptionem a praecepto generali justificare cupiens multa profert.

1) Fr. 185 de R. Jur. ibique *Jac. Gothofredus*. — Conf. sup. §. 3.

2) Conf. *Thibaut* Theorie der log. Ausleg. §. 16. 33. — Recte summus interpres *Hub. Giphanius* ad h. l. „Ratio h. leg.“ inquit „facilis est, quia principalis est stipulatio accessio ejus, cui adjicitur. Cum igitur principalis inutilis est stipulatio, utpote de homine mortuo sistendo, merito et poenalis sive accessoria erit inutilis, quia, cum principalis causa non consistit, plerumque nec accessiones valent.“

3) Ad fr. 69 laud.

## §. 11.

B) Porro *Juliani* definitio in fr. 61 de V. O. (L. 2 ad Ursejum Ferocem): „Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est“ — eodem niti videtur praecepto, ex quo inutilis obligatio principalis inutilem quoque reddit poenalem subjectam, eo videlicet posito (quod ita esse omnibus quidem placuit) Ictum h. l. de stipulatione agere vere poenali (cf. §. 9). Nam se heredem

fieri qui stipulatur, nihil agit. Quod vero Julianus monet, hanc stipulationem ideo non valere, quia contra bonos mores sit, rationem decidendi proximam totius syllogismi continet, minime vero majorem, quemadmodum *Donello* <sup>1)</sup> atque *Vinnio* <sup>2)</sup> visum est.

1) Ad fr. 61 laud. l. c.

2) Ad §. 18 J. l. l.

§. 12.

C. Porro huc pertinet fr. 44 de verbor. obligat. (*Paulus* libr. 12 ad Sabinum.) „Et ideo, si omnino non arbitretur, (cf. fr. 43 „eod.) nihil valet stipulatio; adeo ut et si poena adjecta sit, ne ipsa „quidem committatur.“ — Qui textus nullo indiget commentario. Denique *Antoninus* Imperator in c. 1 de recept. arbitr. *Nepotianae* haec rescribendo:

„Ex sententia arbitri ex *compromisso jure perfecto* aditi appellari non posse, saepe rescriptum est: quia nec iudicati actio „inde praestari potest, et ob hoc invicem poena promittitur <sup>1)</sup>, „ut metu ejus a placitis non recedatur. Sed si ultra diem „compromisso comprehensum iudicatum est, *sententia nulla* „est, nec ullam poenam committit, qui ei non paruerit.“ — haud obscuris verbis ideo poenam non committi dicit, quia in casu proposito nulla adsit obligatio principalis.

1) De usu stipulationum poenaliu in receptis atque comprommissis videsis *Glück* VI, pag. 73 seqq. *Noodt* Comm. ad Pand. L. IV, Tit. 8, p. 106 seqq. (opp. Colon. Agripp. 1784). *Voet* eod. §. 3. conf. *Thibaut* §. 932.

§. 13.

Argumentis modo propositis sententiam nostram satis firmari putamus. Obstare tamen videntur aliquot loci Digestorum atque Institutionum, nimirum fr. 38 §. 17 de V. O. junct. §. 18 J. de inutil. stipul. et §. 20 eod. Ad quos locos tamquam certissima argumenta, aliis praetermissis, ii fere provocant omnes, qui utiliter poenam subjungi contendunt inutili obligationi, nisi rei *turpis* sit <sup>1)</sup> vel *impossibilis*. Et sane primo visu plurimum efficere videntur, ita ut in singulos sigillatim inquiramus necesse sit.

A. In §. 18 J. l. (quae verbotenus fere desumpta est ex *Ulpiani* libr. 49 ad Sabin.; conf. fr. 38 §. 17 l.) haec leguntur: „Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventae enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest. Ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari convenit, ut, nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod intersit ejus, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur: Titio dari? nihil agit. Sed si adjecerit poenam, nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.“ Quid? — nonne hic disertis verbis obligationi inutili additam stipulationem poenalem dicitur committi? — Recte quidem! at profecto tolerandum non est, si — quod plurimi faciunt — ex ejusmodi sanctione singulari effingatur regula quaedam quam maxime repugnans tum ipsius rei indoli generalibusque praeceptis, tum specialibus juris definitionibus. (Vid. supra. §. 4 — 12.) Potius dicendum, exceptionem tantum hic proponi, quae, secundum notissima juris praecepta, interpretationem extensivam ut perperam <sup>1)</sup> appellant, haud admittit <sup>2)</sup>. Nimirum singulare quid h. l. in medium proferri, ex supra dictis (§. 5 seqq.) intelligitur. Quamnam vero de causa ejusmodi proponatur exceptio, in promptu est; cum ea ipsa ratio, quae totam conventionem inutilem reddidisset, nisi poena adjecta fuerit, ipsa poenae adjectione penitus cesset; nimirum quod stipulantis nihil intersit, utrum alteri detur an secus. Quod in caeteris causis minime obtinet, in quibus inutili poena subjungitur obligationi; cum v. gr. utique inutilis maneat intercessio pro marito facta, licet uxor poenam promiserit, si pro marito haud solverit. — Immo fortasse dici potest, in causa proposita principalem quoque obligationem parere actionem, cum utique modo certe indirecto intersit stipulantis, utrum Titio detur, quod comprehensum sit, an secus. Quae interpretandi ratio, verbis minime repugnans, *Thibautio* <sup>3)</sup> placuisse videtur, eamque si recte institutam esse putemus, ne exceptionem quidem l. c. factam esse statuendum esset.

- 1) *Hufeland* Abh. Th. 1, nr. 3. *Seuffert* Erörterungen I. nr. 3. *Schweppe* §. 16.
- 2) *Thibaut* Theorie §. 19.
- 3) Pand. R. §. 160. — Conf. *Donelli* Comm. de jure civil. Lib. 12, cap. 18.

## §. 14.

B. Idem fere dicemus ratione §. 20 J. I. c., ubi haec leguntur: „Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse caussa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit 1).“ Cur ejusmodi ne inter contrahentes quidem valeat stipulatio, hanc caussam tradit *Paullus* 2), „quod *de se* quemque promittere oporteat.“ Et sane de jure Romano — aliud quidem moribus nostris statuunt 3) — regulariter ne hactenus quidem obligatur, qui alium daturum facturumve promisit, ut curare debeat, ut ille alius det aut faciat 4). Quod si poena subjungatur, utique *de se* promittit reus, ideoque hoc ipso priori accedit obligationi, quod eidem deerat. Quae cum ita sint, mirum profecto non videtur, ejusmodi in caussis poenam utiliter promitti, cum principalis obligatio jure valeat, nimirum quatenus curare debeat promissor, ut iste alius det aut faciat 5). Etenim nulla sane subest ratio, cur verba §. 20 J. laud.: „ut non teneatur“ *poenam* tantum respicere dicantur; cum recte promitti constet, reum effecturum, ut *Titius* det faciatve 6). Quae tamen si minus cui arrideant, etiam hoc loco exceptionem duntaxat proponi diceremus, et quidem iisdem de caussis, quas §. praec. memoravimus.

- 1) Conf. §. 3 J. eod. fr. 38 §. 2 de V. O.
- 2) Fr. 83 pr. de V. O.
- 3) *Vinnius* ad §. 3 20 l. c. — *Hoepfner* §. 737. — *Glück* IV, p. 206 fl. *Thibaut* §. 158 ibiq. l. *Hert.*
- 4) *Vinnius* ad §. 31 l.
- 5) Diss. *Glossa* ad d. §. 20. „Sed et tunc ad poenam tantum tenetur“. Sed vid. fr. 38 §. 2 l. et *Cujac.* ibid.
- 6) *Thibaut* et *Glück* l. c.

## §. 15.

Haec de obligationibus, quas plane inefficaces appellant. Restat, ut paucis exponamus eam quaestionem: quis sit effectus pacti poenalis obligationi cuidam subiecti restrictae quam dicunt, minime vero plane reprobatae? —

Quam circa rem in fontibus juris communis diserte aliquid sanciri, equidem haud memini. Itaque generalibus praeceptis atque analogia adhibitis res dijudicanda videtur.

## §. 16.

Sunt qui contendant, regulariter omne jus creditoris perimi, quoties *in solum debitoris favorem* actio denegata sit <sup>1)</sup>, exceptioque data perpetua. Quam sententiam eatenus tantum veram esse, nisi exceptio perpetua competat ex causa obligationem naturalem non tollente, optime monuerunt *Westenberg* <sup>2)</sup>, *Lauterbach* <sup>3)</sup>, atque *Glück* <sup>4)</sup>. Magis itaque est ut dicamus, ejusmodi in causis naturalem remanere obligationem. Porro explorati juris est <sup>5)</sup>, pignus obligationi additum restrictae jure omnino valere, minime quidem eum ad effectum, ut actio nascatur hypothecaria, sed ita, ut ratione pignoris eadem, quae circa obligationem principalem, competant remedia; v. gr. jus retentionis <sup>6)</sup>. Nam quod supra (§. 5) proposuimus praeceptum, ad ejusmodi tantum pertinet obligationes, quae vel a principio nullae sint vel reprobatae, vel ex postfacto penitus perimantur.

1) Fr. 26 §. 2. 7. fr. 40. 43 de cond. indeb. fr. 66 de R. Jur. *Thibaut* §. 202. *Glück* XIII, p. 82, nta 77. conf. *Schweppe* §. 173.

2) Princ. jur., tit. de cond. indeb., §. 9. 10.

3) Colleg. th. pract. eod. tit. §. 14.

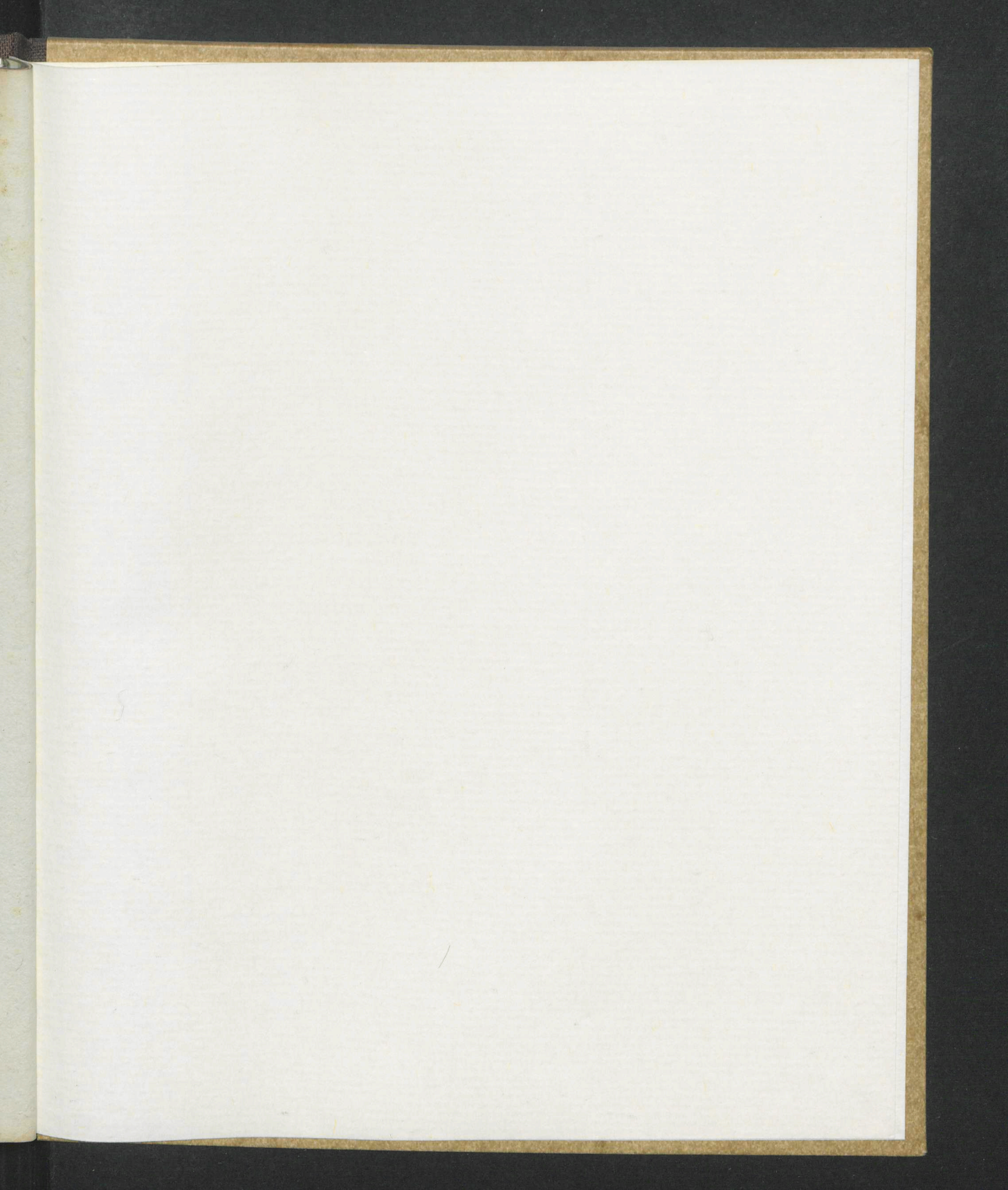
4) l. c. pag. 83 seqq.

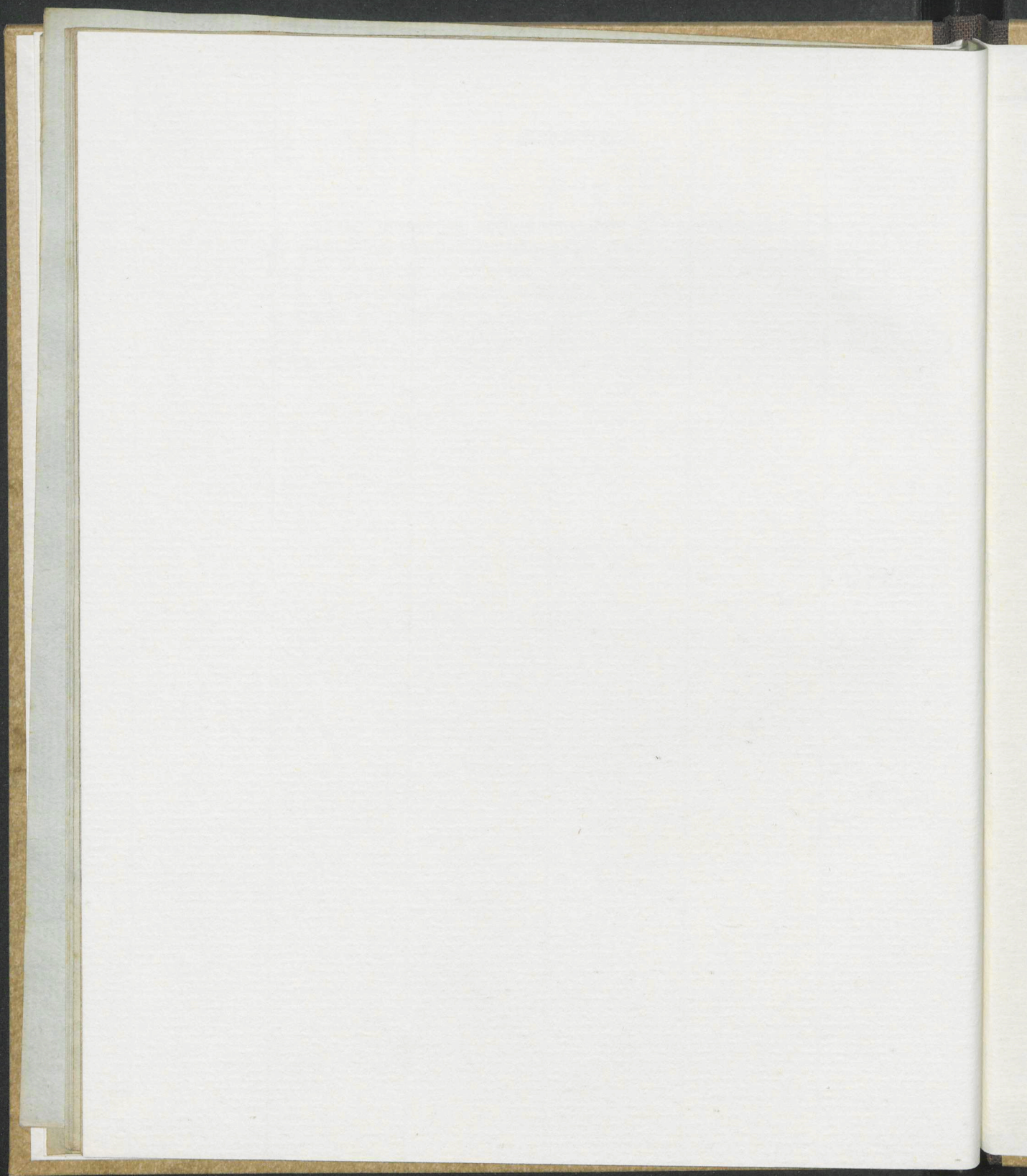
5) *Weber* von der natürlichen Verbindl. §. 103. 107.

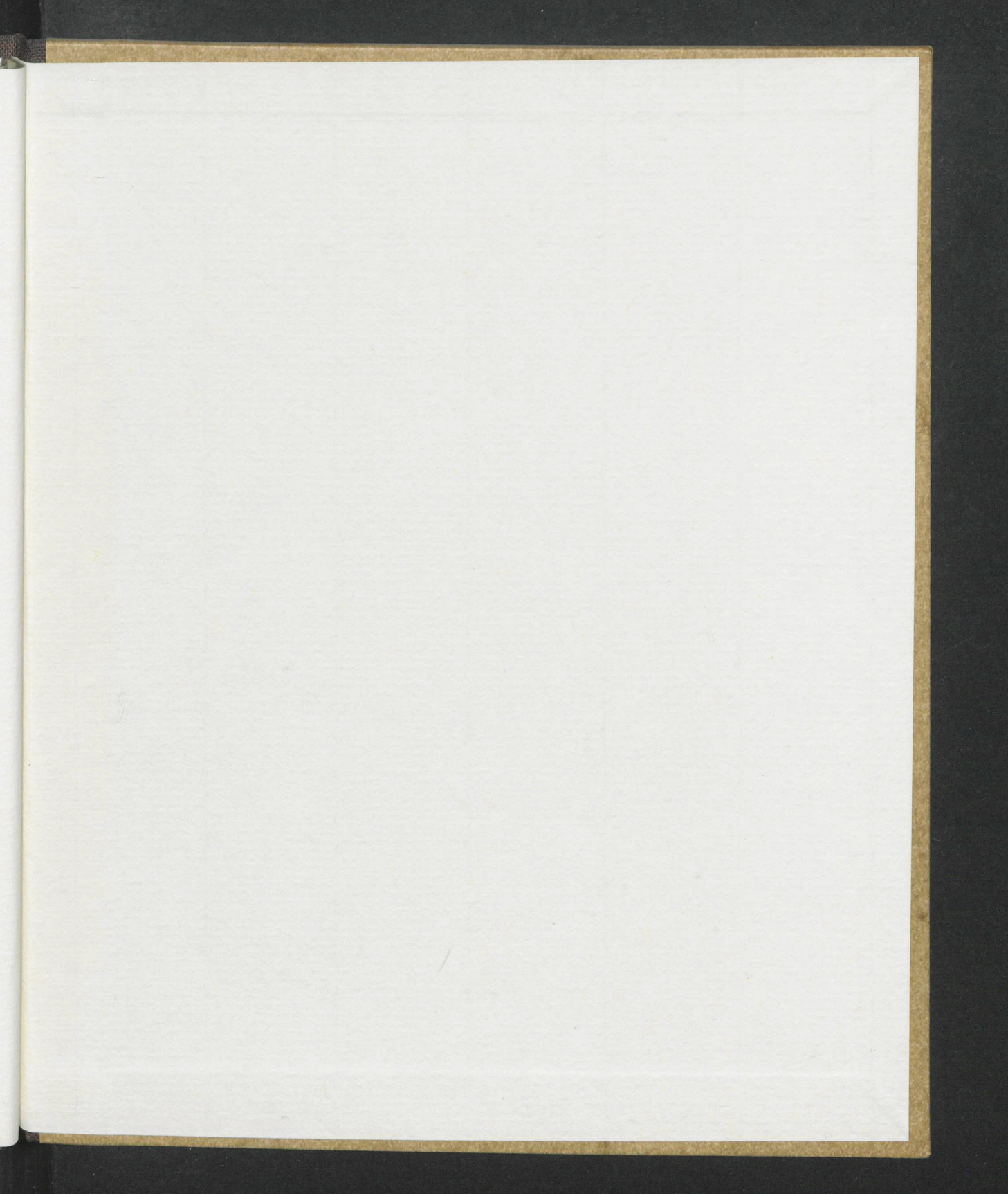
6) *Weber* l. c. *Glück* XIV, §. 864.

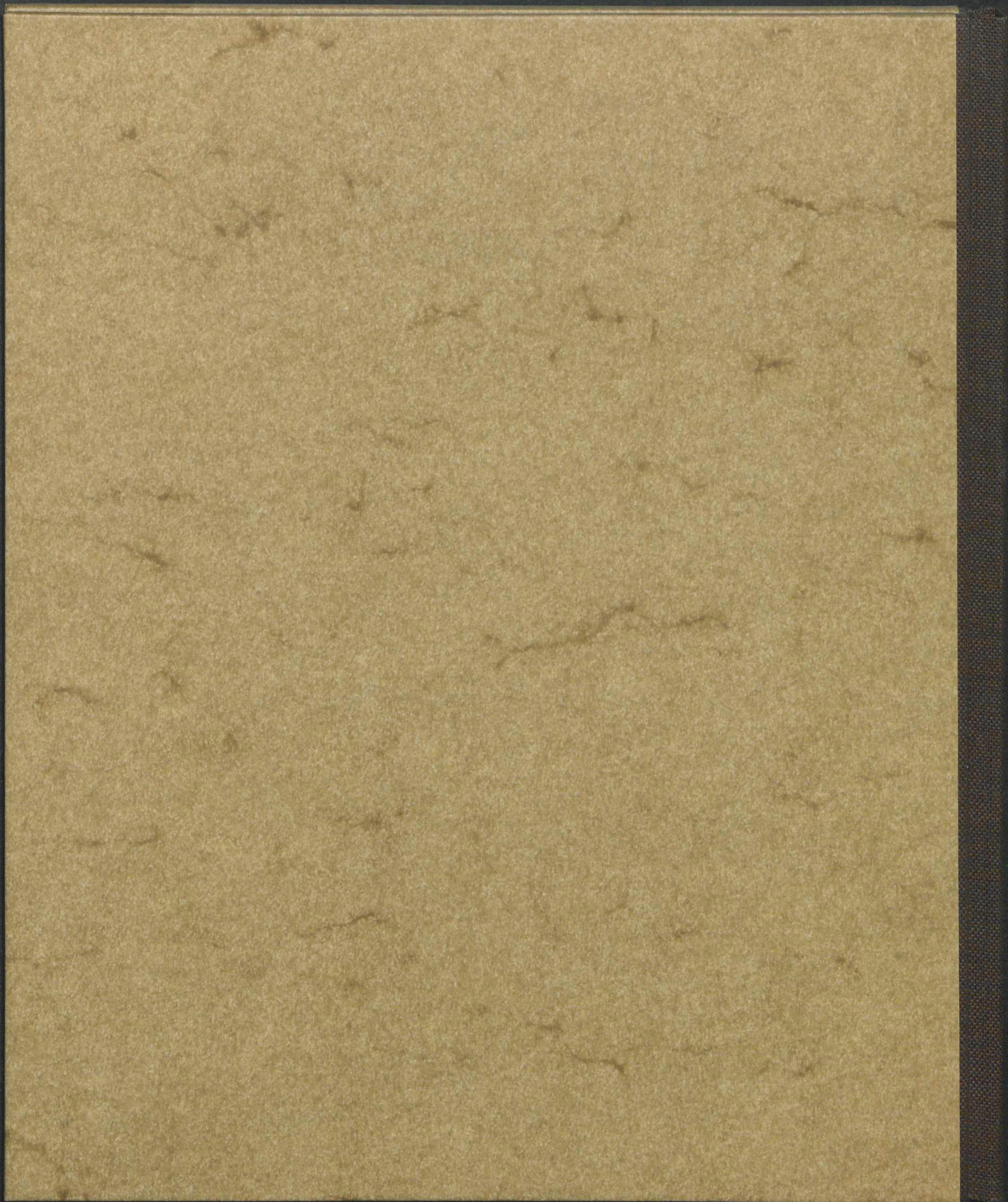


Quae praecepta admodum facile atque commode in doctrina de poenalibus applicantur stipulationibus, quippe inter quas pignorisque dationem maximam intercedere necessitudinem apparet. Illae si restrictae cuidam subjungantur obligationi, nulla quidem ejusmodi ex pacto ad poenam consequendam nascatur actio necesse est; exsolutae vero retentionem locum habere, exceptionemque compensationis, ex modo dictis intelligitur. —









poenale pactum per se inutile sit, licet vel maxime valeat cui subjuncta sit obligatio, v. gr. tutore auctore rite et legitime contracta. Rectissime quoque *Lauterbach* <sup>1)</sup> monet, „poenalem stipulationem nullam esse, si caussa, propter quam prior promissio „nulla sit, etiam pugnet et locum habeat in conventionem poenali; „v. gr. si prior obligatio nulla sit vel propter conditionem personae, „nimirum quod ipsa non habuerit facultatem sese obligandi etc.

1) In Dissert. laud. §. 56.

§. 2.

Porro in eo omnes consentiunt, quod poenae stipulatio inutiliter adjiciatur in *fraudem legis*, cum generaliter sit probandum, rata haberi non oportere, quae in fraudem legis excogitata esse probari possint, teste *Paullo* in fr. 29 §. 1 ad SC. *Vellejan.* <sup>1)</sup>. Unde sequitur (quod etiam constat inter omnes) non valere pactum, quo mala fide usurae illicitae in poenam conventionalem deducantur <sup>2)</sup>. Idem dicendum, si quis filiusfamilias major XXV. a. <sup>3)</sup> (aetate sola patriam haud tolli potestatem incerti juris non est <sup>\*</sup>) auxilio munitus Scti Macedoniani, poenae nomine tantam promiserit, quantam mutuo acceperit pecuniam — et quae sunt alia ejus generis. Sed cum ejusmodi fraus haud praesumatur, potius dubia in meliorem partem interpretanda sint <sup>4)</sup>, argumentis idoneis *probari* debet, fraudem vere commissam esse, suffragante *Paullo* l. c.

1) Conf. fr. 3 §. 3 de SC. Maced.

2) Fr. 13 §. 26 de act. E. V. fr. 44 de usuris. c. 13 eodem. *Glück* XXI. p. 138 ibiq. cit. *Schweppe* R. Pr. R. §. 198.

\*) *Glück* II. p. 440.

3) Omnes quidem, quantum equidem scio, filiumfamilias *puberem*, proinde ac si paterfamilias esset, de jure hodierno obligari solere contendunt. *Glück* XIV. p. 284 seqq. *Thibaut* §. 368. *Schweppe* §. 658. — Quae sententia de jure Romano quidem recte se habet, auctore *Gajo* in fr. 141 §. 2 de V. O. Hodie vero majorem duntaxat XXV a. paciscendo obligari, ex notissima legum imperii statuendum dispositione, ex qua circa minores impuberesque ratione tutelae, et, quod consequens est, ratione juris de rebus suis disponendi eadem juris sunt (R. Pol. O. de a. 1577, tit. 32. *Weber* v. d. natürl. Verbindl. §. 72. *Glück* IV.

