



## **Clypevs Theologiæ Thomisticæ**

Continens Tractatus de Beatitudine, de Actibus humanis, eorumque Moralitate; de Virtutibus ac Donis, de Vitiis ac Peccatis, & de Legibus, nec-non Dissertationem Theologicam de Probabilitate

**Gonet, Jean-Baptiste**

**Parisiis, 1669**

Disp. VI. De lege pœnali

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-77355](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-77355)

ut dicitur lege ultimâ ff. de iurisdic. omniū A  
iudicium.

79. Ex quo probata manet secunda pars, si enim  
existentes in territorio alieno, quamvis obiter &  
in transitu, statim ac exeunt, hoc ipso liberantur  
à legibus proprii territorii, obligantur pariter le-  
gibus territorii alieni, eo ipso quod in eo sunt,  
quamvis obiter & in transitu. Si enim brevis ab-  
sentia sufficit ad eximendum à subiectione legis  
proprii territorij, debet quoque sufficere brevis  
præsentia ad subiiciendum legibus alieni territo-  
rij. Par enim est ut sentiat onus, qui sentit commo-  
dum, ut dicitur regulâ 55. de regulis juris in 6.

80. Confirmatur ab inconvenienti quod sequitur  
ex adversa sententia, cum enim peregrini & ad-  
venæ, ut ostendimus, leges proprii territorii à  
quo discesserunt servare non teneantur, si non te-  
nerentur legibus loci per quem transeunt, nullis  
legibus particularibus obligarentur; atque ita si  
esset lex aliqua particularis, quæ tam in proprio  
territorio, quam in loco per quem transeunt,  
servaretur, ab illa fierent prorsus immunes, quod  
absurdum est.

81. Dices: Nemo fit alteri subditus, nisi ratione ori-  
ginis, vel domicilij, vel delicti: At peregrini non  
sunt subditi Principi loci per quem transeunt, ra-  
tione originis, ut per se patet; nec ratione del-  
icti, posito quod non deliquerint in ter-  
ritorio alieno; nec etiam ratione domicilij, aut  
quasi domicilij, cum ad domicilium acquirendum  
requiratur habitatio perpetua, vel quæ saltem  
non sit minor majore anni parte: Ergo peregrini  
non tenentur legibus loci per quem transeunt.

Respondeo distinguendo Majorem: Nemo fit  
alteri subditus permanentem, nisi ratione originis  
vel domicilij, vel delicti, concedo Majorem.  
Transeunt, nego Majorem. Ad obligationem  
enim & subiectionem transeuntem, sufficit brevis  
præsentia, quemadmodum ad transeuntem exem-  
ptionem à jurisdictione proprii territorij, sufficit  
brevis & transiens absentia.

#### §. IV.

Corollaria notatu digna.

82. EX dictis colligitur primò, advenas & peregrini  
nos transeuntes per loca in quibus festum ali-  
quod celebratur, si sint ibi toto mane diei festi,  
teneri sacrum audire, non tamen ibi commorari  
ut audiant. Similiter etiam tenentur quandiu ibi  
sunt, abstinere ab opere servili die festo, & à ci-  
bis prohibitis in die jejuniij. Unde cap. *Ille* dist. 12.  
refertur illud Ambrosij ad Augustinum: *Cum*  
*Romam venio, jejuno sabbato, cum Mediolani*  
*sum, non jejuno. Sic etiam tu ad quam foris Ec-*  
*clesiam veneris, ejus morem serva.* Ubi glossa ait: *E*  
*Viatores tenentur sequi consuetudinem loci ad*  
*quem veniunt.*

83. Colligitur secundò, abeuntem mane ex proprio  
domicilio, in quo jejuniium obligat, & nocte per-  
venientem ad locum ubi jejuniium non obligat,  
posse nocte carnare, carnesque comedere, cum  
discedens non teneatur servare leges sui domicilij,  
sed possit sequi leges favorabiles loci per quem  
transit.

84. Colligitur tertio, non posse Mediolanensem  
transeuntem per loca ubi diebus quatuor ante pri-  
mam Dominicam Quadragesimæ jejunatur, non  
jejunare, quia tenetur servare leges & consuetu-  
dines loci per quem transit. Similiter ob eandem

rationem non possunt Hispani transeuntes per  
Galliam, Italiam, vel Germaniam, animalis ex-  
tremities & intestina die sabbati comedere,  
quamvis hoc eis liceat quando sunt in Hispania,  
ex privilegio speciali ipsis concessio per bullam  
cruciatam.

Colligitur quartò, irritum esse matrimonium  
clandestinum contractum in loco ubi Tridenti-  
num servatur ab incolâ loci ubi Tridentinum non  
servatur: contra verò ratum ac validum fore ma-  
trimonium clandestinum, celebratum in loco ubi  
Tridentinum non servatur, ab incolâ loci in quo  
Tridentinum servatur; Tum quia ut diximus ad-  
venæ & peregrini subiiciuntur legibus loci per  
quem transeunt, & possunt uti privilegiis & ex-  
emptionibus, quibus gaudent incolæ illius loci:  
Tum etiam, quia matrimonium, cum sit quidam  
contractus civilis & humanus, sequitur leges &  
consuetudines loci in quo celebratur. Quod adeò  
verum putant aliqui, ut asserat, quod tamen si quis  
eo animo ad locum illum in quo Tridentinum  
non servatur se transferret, ut ibi clandestinè  
contraheret, valerit matrimonium; cum hoc  
non tam sit fraus, quam usus proprii juris, quod  
quis à lege habet validè contrahendi in loco Ca-  
nonico jure ab onere & conditione per Tridenti-  
num statuta exempto. Ita Sanchez lib. 3. de ma-  
trimonio disp. 18. Idem alij censent de jejuni-  
& observatione diei festi, existimant enim quod  
etiam si quis ex industria recederet ab illis locis,  
ubi jejuniium vel dies festus celebratur, ut labo-  
raret in alio loco, vel ibi non jejunaret, sed car-  
nes comederet, non peccaret, quia (inquiunt)  
hoc non esset fraus vel dolus, sed fuga quædam  
obligationis præcepti, quæ contra præceptum  
non est.

Colligitur quintò, vagos qui nullibi domici-  
lium habent, nec ullibi diu morantur, teneri le-  
gibus loci per quem transeunt; quia per transi-  
tum aut brevem moram in locis illis, sunt legi-  
bus illorum subditi, eò quòd, ut supra dicebam-  
us, ad obligationem & subiectionem transeun-  
tem sufficit brevis præsentia; quemadmodum  
ad transeuntem exemptionem à jurisdictione  
proprii territorij, sufficit brevis & transiens ab-  
sentia.

## DISPUTATIO VI.

### De lege pœnali.

**H**Uc usque diximus de lege humana in  
communi. Jam de quibusdam illius spe-  
ciebus, quæ peculiarem habent difficul-  
tatem, differendum est. Ac primò de lege pœnali,  
cujus ratio valde ab aliis differens, speciali decla-  
ratione & disputatione indiget.

#### ARTICULVS PRIMVS.

*An & quotuplex dari possit lex pœnalis?*

**D**ico primò, dari posse legem purè pœnalem.  
Probat, quia nihil impedit quominus  
legislator ejusmodi legem ferre possit, quid enim  
impediet quominus prohibeat aliquid fieri à sub-  
ditis suis, non absolutè quidem, sed conditio-  
natè

natè, hoc est nisi velint pœnam subire? Sicut aliquis per votum hanc privatam legem pœnalem sibi potest imponere, vovendo scilicet se nunquam lufurum, vel si ludere contingat, se datum elemosynam pauperibus. Talis autem lex, quam sic ferret legislator, esset vera, & merè pœnalis, ut constabit ex dicendis conclusione sequenti: Ergo lex merè pœnalis dari potest.

2. Dico secundo, multiplicem esse legem pœnalem.

Probat: Lex enim pœnalis dividitur primò in eam, quæ pœnam tantum comminatur, ita ut non incurratur, nisi accedat iudicis sententia, vel executio; & in eam, quæ ipso facto pœnam infligit, & per se ipsam exequitur, vel obligat reum ad exequendum, non expectat iudicis sententiâ aut executionem.

3. Dividitur secundo in purè pœnalem, & mixtam. Mixta dicitur illa quæ continet duo præcepta: unum faciendi actum quem præcipit, vel abstinendi ab actu quem prohibet; alterum, exequendi vel subeundi pœnam appositam, nisi fiat actus præceptus, vel nisi abstinetur ab actu prohibito. Purè verò pœnalis illa est, quæ unum tantummodo præceptum disjunctivum continet, nimirum vel faciendi actum præscriptum, vel subeundi pœnam appositam; ita ut ad parendum legi & vitandum peccatum, alterutrum sufficiat; potest enim legislator utroque modo præcipere aliquem actum, nimirum vel absolute obligando ut fiat, vel conditionatè tantum, ut vel fiat, vel subeat pœna adjuncta; nolens præcisè & determinatè obligare in conscientia ut fiat, sed contentus illo modo coactionis, & impellens solum timore pœnæ ad faciendum; sicut enim liberum illi est præcipere vel non præcipere talem actum, ita & illum absolute vel conditionatè præcipere.

4. In his omnes ferè Theologi conveniunt, sed difficultas & controversia est inter illos, an quando legislator condendo legem pœnalem, nihil exprimit de obligatione ad culpam, lex pœnalis ad eam obliget, vel solum ad pœnam: Triplex enim circa hoc versatur Authorum sententia. Prima asserit, nullam legem humanam pœnalem obligare ad aliquam culpam, sed solum ad pœnam, nisi legislator id expresserit sua lege, vel antea per aliquam legem divinam vel humanam non pœnalem, idem præceptum sit. Ita Navarrus in summa cap. 23, & Valentia hic disp. 7. quæst. 5. puncto 6.

5. Secunda distinguit inter legem purè pœnalem, & mixtam, primamque docet non obligare ad aliquam culpam, sed solum ad pœnam, nisi legislator id sua lege expresserit; aliam verò & ad culpam & ad pœnam obligare, quamvis id legislator non exprimat. Hanc tenent Alphonsus à Castro lib. 1. de lege pœnali cap. 8. & 9. cui subscribunt Suarez, Vazquez, Mæratius, & alij.

6. Tertia verò existimat, omnem legem pœnalem, sive puram, sive mixtam, obligare non solum ad pœnam, sed etiam ad culpam, nisi legislator contrarium expresserit. Ita Magister Soto lib. 1. de iustitia quæst. 6. art. 5. Sylvester verbo *Inobedientia*, Armilla eodem verbo, num. 2. & Bellarminus lib. 3. de membris Ecclesiæ cap. 11. & communiter Discipuli D. Thomæ. Quæ sententia probabilior est, & principiis præcedenti disputatione statutis conformior; nam, ut ibi dicebamus, obligatio in actu secundo ad culpam, consequitur legem per modum proprietatis, impedibilis tamen à legislatore: Ergo posita verà lege, qualis est pœnalis, statim sequitur obligatio ad culpam,

Tom. III.

nisi legislator ferendo talem legem, declarat se non intendere obligare ad culpam.

Confirmatur primò: Leges humane, quæ absque pœnæ comminatione ponuntur, ad culpam obligant, ut omnes fatentur: Ergo & illæ quæ statuuntur cum comminatione pœnæ. Probat Consequentia, quia impositio pœnæ non tollit obligationem ad culpam, sed indicat illam, nam ut ait Augustinus lib. 1. Retract. cap. 9. *Omnis pœna, si iusta est, peccati pœna est, & supplicium nominatur.*

Confirmatur secundo: Diversæ leges pœnales diversas imponunt pœnas: Ergo præsupponunt diversas culpas, si aliunde legislator contrarium non exprimat; non enim existimandum est, legislatorum diversas & graviores pœnas infligere, nisi pro diversis & gravioribus culpis.

Confirmatur tertio: Lex quam imposuit Deus primis parentibus, fuit pœnalis, ut patet ex illis verbis Genes. 2. *In quacunque die comederis ex eo, morte morieris*: At certum est de fide, eam obligasse ad culpam: Ergo lex pœnalis obligat ad culpam, nisi contrarium legislator expresserit.

Objicies primò: Omnis lex, maximè pœnalis, benignè interpretanda est, quando aliud non constat de mente legislatoris: Ergo quando in lege pœnali legislator suam non exprimit voluntatem obligandi ad culpam, existimandum est, ipsum obligare ad solam pœnam. Consequentia videtur manifesta, nam aliàs non benignè, sed valde odiosè, mentem legislatoris interpretaremur.

Respondeo quod licet omnis lex, maximè pœnalis, benignè interpretanda sit, hoc tamen debet fieri juxta naturam ipsius legis, non verò extrahendo illam à suo statu connaturali: unde cum pertineat ad statum connaturalem legis, ut obliget ad culpam, nisi contrarium legislator exprimat, ut constat ex dictis, eam ad culpam obligare censendum est, nisi oppositum legislator expresserit.

Objicies secundo: Aliquando incurritur irregularitas, quæ pœna est lege imposita, absque aliqua culpa, ut irregularitas bigamiæ, & occisionis iustæ, & similiter pœna interdicti, comprehendens innocentes: Ergo lex pœnalis obligat ad solam pœnam, non verò ad culpam, quando legislator legem condendo, nullam obligationis ad culpam mentionem fecit.

Respondeo quod irregularitates illæ non habent propriè rationem pœnæ, sed dicuntur à jure irregularitates significationis, quæ absque culpa incurruntur; unde leges illas statuentes, non sunt leges pœnales, de quibus procedit difficultas, & sic argumentum non est ad rem. Ad illud verò quod additur de interdicto, respondeo quod semper imponitur propter culpam alicujus; unde lex præcipiens aliquid sub pœna interdicti, obligat non solum ad pœnam, sed etiam ad aliquam culpam: quod autem aliqui puniantur sine culpa propria, propter culpam aliorum, multoties expedit in ordine ab bonum commune, sed tunc illa punitio non habet propriè rationem punitivam seu pœnæ respectu illorum qui patiuntur, sed respectu illius qui culpam commisit, qui non solum punitur in se, sed etiam in aliis, qui sunt aliquid illius, utpote compartes ejusdem communitatis.

Objicies tertio: Votum pœnale solum obligat ad pœnam, si enim aliquis voveat se non lufurum sub pœna recitandi rosarium, vel dandi elemosynam pauperibus, satisfacit, frangens votum, si rosarium recitet, vel pauperibus elemosynam

A A a

largiatur: Ergo idem dicendum est de lege pœnali. Patet consequentia, à paritate rationis; votum enim est quasi quædam privata lex, quam vovens sibi imponit, sicut lex Principis aut Legislatoris, est lex communis toti communitati imposita.

15. Respondeo hoc argumentum desumptum ex analogia & proportionem, quæ reperitur inter legem & votum, magis nobis favere, quàm nocere, magisque confirmare quàm infirmare nostram sententiam. Sicut enim si vovens quando emisit votum, solum intenderit se ad aliquam pœnam obligare, & nullo modo ad culpam, non obligatur nisi ad pœnam; secus verò si absolute voverit, & votum emittendo non expresserit quod nolle se obligare ad culpam, sed solum aliquam sibi imponere pœnam, posito quod votum non impleverit. Ita similiter nos dicimus, quod si legislator condens legem pœnalem, solum intendat subditos obligare ad pœnam, & intentionem suam exprimat, talis lex non obligat ad culpam, sed tantum ad pœnam: è contra verò si legislator id non exprimat, & legem absolute condat, non solum ad pœnam, sed etiam ad culpam subditos obligat, quia, ut supra dicebamus, obligatio ad culpam consequitur legem per modum proprietatis, impedibilis tamen à legislatore; unde si legislator non impediat ne obligatio ad culpam legem consequatur, volendo quod ad culpam non obliget, idque declarando & exprimendo, reverà obligat ad culpam, & non solum ad pœnam.

## ARTICULVS II.

*An leges pœnales obligent in foro conscientie ad pœnam subeundam ante Iudicis sententiam?*

§.

*Quibusdam præmissis referuntur sententia, & vera eliguntur.*

16. **N**Otandum primò: Leges pœnales quandoque continere pœnas non latas, sed ferendas; aliquando verò pœnas latas continere. Tunc censentur continere pœnas ferendas, quando in illis non exprimitur hæc particula, *ipso facto, ipso jure*, aut alia similis: cum enim leges pœnales odiosæ sint, in benigniorem partem sunt interpretandæ, si contrarium aliunde non constet. Tunc verò censentur continere pœnas latas, quando in ipsis exprimitur illa particula, *ipso facto* &c. Præsens ergo difficultas non procedit de legibus continentibus pœnas ferendas (istas enim manifestum est non obligare ad pœnam statim subeundam, sed committere pœnam Iudici, ut illam infligat) sed de legibus continentibus pœnas latas.
17. Notandum secundò, pœnas latas esse in duplici differentia: quædam sunt passivæ, quæ consistunt in pura privatione, ut excommunicatio, irregularitas, suspensio &c. Aliæ sunt activæ, quæ requirunt aliquam actionem executivam talis pœnæ, v. g. pœna mortis, exilii, aut spoliatio- nis bonorum. His præmissis
18. Circa propositam difficultatem triplex versatur sententia. Prima docet, nullam legem pœnalem obligare ad pœnam, etiam privativam, ante iudicis sententiam, unà Ecclesiastica lege exceptâ de excommunicatione ipso facto incurrenda, quæ quia hominem privat, non propriis, sed alienis

A Ecclesiæ bonis, quorum per excommunicationem definit homo esse particeps, justè ab Ecclesiâ imponi potest ipso facto incurrenda ante ullam iudicis sententiam. Ita Sotus lib. 1. de Justitia quæst. 6. art. 6.

Secunda è contra asserit, legem humanam posse obligare in conscientia ante omnem sententiam ad quamcumque pœnam, sive privativam, sive positivam, sive gravem, sive levem, illâ tantummodo exceptâ, quæ malitiam includeret, si ab ipsomet reo executioni mandaretur, cuiusmodi est occisio seu mutilatio sui ipsius. Ita videntur sentire Alphonsus à Castro lib. 2. de lege pœnali cap. 5. & 8. & sequentibus, Felinus, & alij Canonistæ, in capite primo de Constitutione.

B Tertia verò fateatur quidem legem humanam posse obligare in conscientia ante omnem sententiam, ad quamcumque pœnam passivam seu privativam, non tamen ad pœnam activam, seu quæ ad sui executionem aliquam actionem requirit. Hanc docet Cajetanus 2. 2. quæst. 62. art. 3. & Serra hæc quæst. 6. art. 4. dubio 3. cum quibus dico primò, legem humanam posse obligare in foro conscientie, ante sententiam iudicis, ad quamcumque pœnam passivam seu privativam, seu quæ ipsius rei actionem & executionem non requirit.

C Probatur primò: Leges quæ imponunt pœnas excommunicationis, suspensionis, interdicti, & irregularitatis, possunt obligare ad illas, ante sententiam iudicis, ut fateatur Soto: Ergo & imponentes quasunque alias pœnas, quæ ad executionem nullam requirunt actionem.

Nec valet discrimen quod ille Author inter excommunicationem & alias pœnas adducit, nimirum quod excommunicatio & aliæ censuræ Ecclesiasticæ, privant solum hominem bonis communibus, quorum Ecclesiâ est dispensatrix; aliæ verò pœnæ privant hominem bonis suis propriis, quæ iure particulari possidet. Non valet, inquam, tum quia sæpè majoris momenti & æstimationis sunt bona communia, quàm privata; tum etiam quia excommunicatio non tantum aufert bona communia, sed etiam propria, nempe vocem eligendi, & capacitatem ut quis eligatur. Addo quod non desunt leges pœnales, quæ de facto ante iudicis sententiam, reum privant propriis bonis, ut lex, quæ parochiali beneficio privat eum, qui intra annum post acceptum beneficium sacerdotium non suscipit: lex, quæ fructibus beneficii privat officium non recitantem: lex, quæ Episcopum ad fructuum perceptorum restitutionem obligat, si post tres menses munus consecrationis non susceperit, quæque eundem, si intra totidem menses postea id non fecerit, Episcopatu ipso spoliatur, ut constat ex Tridentino sess. 23. de reformatione cap. 1. Demum Ecclesiâ in pœnam criminis reddit aliquos inhabiles ad matrimonium ipso facto, nimirum adulteros, spe futuri matrimonij adulterantes, aut mortis conjugis reos; talium enim matrimonium ante omnem sententiam irritum est.

D Dixi autem legem humanam posse obligare ante sententiam iudicis ad quamcumque pœnam passivam, seu privativam, quia non semper de facto obligat, sed potest aliter disponi in iure communi aut particulari, ut in nostri Ordinis constitutionibus disponitur, nam in earum prologo sic dicitur: *Panis tamen absolutionis ab officio, privationis vocis activæ, vel passivæ, gravius culpe.*

E

& aliis majoribus ( quantumcumque tam in constitutionibus quam extra ipso facto sint incurrendæ ) nisi sit pœna excommunicationis lata sententiæ, nullus sit subiectus, nisi superveniat declaratio Prælati in particulari respectu hujus, quantumcumque etiam notorium facti, vel juris, aut utriusque interveniat.

Dico secundò, regulariter & ordinariè loquendo, legem humanam non obligare in conscientia ante condemnationem & sententiam judicis, ad pœnam activam, seu quæ ad sui executionem aliquam rei actionem requirit.

22. Probatur primò: Ex Isidoro & D. Thoma lex humana debet esse possibilis secundùm naturam & consuetudinem patriæ, id est tolerabilis, & accommodata humanæ conditioni: Atqui lex obligans hominem ad exequendum in se pœnam legis per propriam actionem, ante judicis sententiam, non esset tolerabilis, & accommodata humanæ conditioni, sed intolerabilis & nimis dura, ut constat communi omnium consensu, & attestatur ipsa inclinatio naturalis, quæ hoc abhorret & refugit: Ergo lex humana ordinariè loquendo non obligat hominem ad exequendum in se pœnam legis per propriam actionem, ante judicis sententiam, sed sufficit si pœnam ab alio infligam patiarur. Dixi, ordinariè loquendo, ad innuendum quod interdum leges humanæ ad id obligare possunt, maximè cum ad levem pœnam obligant. Nam in aliquibus Religionibus præcipitur recitatio alicujus orationis, aut levis aliqua castigatio, iis qui legem aliquam seu constitutionem violant, absque eo quod sit opus sententiæ vel declaratione prælati.

23. Probatur secundò conclusio: Executio pœnæ per actionem positivam, est actus judicis sive ministri publici: Ergo reus non tenetur ante judicis sententiam exequi nisi illa quæ sunt rei, non verò illa quæ sunt judicis, maximè in causa propria, in qua nemo est reus judex. Tum etiam quia reus solum tenetur pati, cum ad id solum obligetur per legem pœnalem; imò eundem hominem esse agentem & patientem passione afflictivâ, ipsa natura refugit. Antecedens verò probatur: Punio quæ pertinet ad executionem pœnæ, est actus legis, tenens se ex parte illius, ut disp. 1. ostensum est: Ergo cum lex sit justitia quædam inanimata, eget ministro vivo, nempe judice, qui ideo dicitur justitia animata ab Aristotele 5. Ethic. ut applicet pœnam reo, agendo in ipsum per punitionem: Ergo executio pœnæ est actus judicis, sive ministri publici. Hanc rationem insinuat S. Thomas, 2. 2. quæst. 62. art. 3. ubi sic ait: *Quantum ad culpam adhibetur remedium per pœnam, cujus inflictio pertinet ad judicem. Et ideo antequam sit condemnatus per judicem, non tenetur restituere plusquam accepit; sed postquam condemnatus est, tenetur pœnam solvere.*

24. Probatur tertio: Leges humanæ propter crimen hæresis (& idem est de crimine læsæ Majestatis) decernunt pœnam confiscationis omnium bonorum, ipso jure & facto, ut patet ex cap. *Cum secundum leges*, de hæreticis in sexto, & cap. *Vrgentis*, de hæreticis: Sed non obligant ad hanc pœnam in foro conscientiæ, ante judicis sententiam, ut ex iisdem capitibus colligitur: Ergo similiter aliæ leges pœnales, alias pœnas positivas imponentes, non obligant ad illas subeundas, ante

Tom. III.

A sententiam judicis; v. g. lex lata contra defraudantes tributa, non obligat illos ad tradendum merces suas fisco, ante sententiam judicis; alioquin legis transgressor seipsum prodere cogere, quod esset intolerabile, & contra illam Chrysolomi sententiam, non dico tibi ut te prodas in publicum, quæ refertur can. *Quis aliquando*, de pœnit. dist. 1.

§. II.

Solvuntur objectiones.

B Objicies primò cum Soto contra primam conclusionem: Contra jus naturæ est, ut quis damnetur, antequam audiat; Ergo etiam contra jus naturæ erit ut quis ad pœnam sive positivam sive privativam obligetur, ante judicis sententiam. Consequentia patet, Antecedens verò probatur, tum ex Gregorio cap. *Susceptis*, de casu possess. propriet. ubi ait: *Nos contra inauditam partem nihil possumus definire.* Ubi Sotus expendit verbum *possumus*; non enim dixit, *non volumus*, sed *non possumus*, naturâ id vetante. Tum ex canone *Judex 2.* quæstione 1. ubi dicitur, nemo condemnatur, nisi aut per innocentes testes convincatur &c. Tum ratione, sæpè enim qui legem violavit, allegare potest vel ignorantiam, vel infirmitatem, vel vehementem aliquam tentationem, vel fortasse quod non tam graviter in legem impeggerit, ut dignus sit totius pœnæ acerbitate.

C Confirmatur: Nemo potest in propria causa esse sui judex: Ergo nemo tenetur ante judicis sententiam pœnam subire, tamen si pœna illa non sit positiva, sed duntaxat privativa, & nullam ad sui executionem rei actionem requiratur.

D Ad objectionem respondeo, Antecedens verum esse de damnatione quæ fit per judicis sententiam, non verò de illa quæ fit per legem; quia cum fit per judicis sententiam, debet omni meliori modo delicti causa à judice examinari, ac proinde oportet illam non solum ex testium judicio, sed etiam ex ipsius delinquentis confessione examinare: cum autem fit per legem, relinquatur judicio & conscientiæ ipsius delinquentis, qui melius quàm quisvis alius potest de suo delicto judicare, an pœnam lege taxatam meruerit.

E Addo quod, si hoc argumentum Soti valeret, sequeretur quod excommunicatus ipso facto, non posset ante judicis sententiam, pœnam excommunicationis subire, cum etiam excommunicatus possit excusationis causas assignare, nec in proprio delicto sui judex esse possit. Quare sicut contra naturam non est, ut quis sit sui judex in causa excommunicationis, & in cæteris legibus suprâ citatis, in quibus ante sententiam judicis reus privatur beneficiis Ecclesiasticis; ita neque erit contra naturam esse sui judicem in aliis legibus, quæ pœnas privatas ipso facto incurendas pro aliquibus criminibus statuunt, cum non sit major ratio de illis, quàm de istis. Ex quo patet ad confirmationem.

Objicies secundò contra secundam conclusionem: Legislator habet potestatem obligandi in conscientia ad pœnam justam, ante judicis sententiam, tamen si talis pœna ad sui executionem requiratur actionem ipsius rei, si ad talem pœnam obligare voluerit: Sed hanc suam voluntatem applicat per illam particulam legis, *ipso facto*, aut *ipso jure*, quia per nulla verba potest commo-

A A a a ij

dius aut melius explicari: Ergo leges pœnales A continentes pœnas latas, obligant ante iudicis sententiam, tamen illæ pœnæ, ad sui executionem ipsius rei actionem requirant.

29. Confirmatur primò: Si huiusmodi leges non obligarent ante iudicis sententiam, illæ particulae, quæ in illis apponuntur, scilicet *ipso facto*, vel *ipso iure*, frustraneæ essent, quod præcipue urget de particula illa, quæ interdum legibus illis superadditur, nempe quod ipso facto, & sine alia declaratione, pœna incurratur.

30. Confirmatur secundò: Illæ particulae sufficiunt, ut incurratur pœna excommunicationis, suspensionis, & irregularitatis, ante iudicis condemnationem, ut omnes fatentur: Ergo idem erit de aliis pœnis, tamen positivæ sint, & ad sui executionem, aliquam rei actionem requirant.

31. Ad objectionem respondeo, legislatorem habere quidem potestatem obligandi in foro conscientia ad pœnam justam, ante sententiam iudicis, tamen talis pœna requirat actionem ad sui executionem, si id expediat bono communi; tunc enim illud non est existimandum intolerabile, & ipse reus tenebitur exercere simul utramque rationem rei & ministri ipsius legis; quia tamen regulariter loquendo, hoc non expedit bono communi, & esset nimis rigidum & intolerabile, præsertim si pœna ipso facto subeunda, gravis & acerba sit, & naturæ valde repugnans, legislator, regulariter loquendo, non obligat ad subeundam pœnam, ante sententiam iudicis, quando talis pœna ad sui executionem aliquam rei actionem requirit, sufficit enim bono communi, si patitur illam, post sententiam iudicis, eò vel maxime, quia exequi pœnam requirentem aliquam actionem, per se loquendo, non ad reum, sed ad iudicem, & ejus ministrum, pertinet, ut supra ostensum est.

32. Ad primam confirmationem, nego sequelam Majoris, licet enim leges humanæ non obligent ad talem pœnam, ante sententiam iudicis, particulae illæ, *ipso facto*, vel *ipso iure*, non ponuntur frustra in illis, quia aliquem alium effectum inducunt, nempe assignationem pœnæ, ipso facto, ita ut non requiratur sententia iudicis ad assignandam illam pro tali delicto, sicut requiritur in aliis legibus continentibus pœnam ferendam, sed solum ad declarandum crimen patratum fuisse à transgressore legis. Illa verò particula, *absque alia declaratione*, superaddita aliis præcedentibus, sumitur ad majorem præcedentium explanationem, unde nec superfluit, nec necesse est, ut habeat vim obligandi, ante iudicis sententiam.

33. Ad secundam, concessio Antecedente, nego consequentiam & paritatem, patet enim ex dictis in secunda conclusione, longè disparem esse rationem de pœnis privativis, ac de positivis, quæ ad sui executionem aliquam rei actionem requirunt.



## ARTICVLVS II.

*Verum transgressor legis pœnalis teneatur in conscientia subire pœnam legis, post iudicis sententiam?*

## §. I.

*Quibusdam præmissis, difficultas proposita triplici conclusione resolvitur.*

Notandum primò, seu potius ex dictis articulo præcedenti recolendum, duplex genus pœnæ lege humanâ statui posse: alterum consistens in pura passione, quæ ad sui executionem nullam requirit actionem, præter ipsum legislatoris imperium, aut iudicis sententiam, vel declarationem; ut sunt pœnæ inhabilitantes personas, irritantes contractus, & censura Ecclesiastica. Alterum est, pœnarum quæ ad sui executionem requirunt aliquam actionem, quæ exerceri potest vel ab ipso reo vel ab alia persona distincta. Quoad primum genus pœnæ, cum nullam requirat actionem, præter legislatoris imperium, vel iudicis sententiam, ad nihil tenetur reus ut illam incurrat, cum etiam illam invitatus pati possit, solumque tenetur postquam illam contraxit, nihil agere contra eam. Solum ergo difficultas est de pœnis secundi generis, an in iniuriam reus teneatur vel possit illas in se exequi, post iudicis sententiam, certum enim est, quod si sint justæ, & à iudice vel ministris ejus infligantur, eas post iudicis sententiam pati & sustinere tenetur, alias daretur bellum justum ex utraque parte, etiam nullâ suppositâ ignorantia, quod implicat.

Notandum secundò, pœnas quæ ad sui executionem aliquam actionem requirunt, esse adhuc duplicis generis, quædam enim sunt quarum actio ad executionem requisita à nemine commodius exercetur, quàm à reo qui pœnam patitur, v. g. actio quæ requiritur ad executionem exilii, vel pœnæ pecuniariæ: alia quarum actio ad executionem requisita, commodius exercetur à iudice vel ministris ejus, v. g. actio quæ requiritur ad abscissionem capitis, vel mutilationis alicujus membri. Præterea actionum quæ commodius exercentur à iudice vel ministris ejus, quædam sunt violentæ, ut abscissio capitis; alia verò non violentæ, & quæ voluntariè exerceri solent, ut flagellatio seu disciplina, quam Religiosi solent sponte suscipere, ad carnis macerationem. His præmissis, pro resolutione difficultatis propositæ,

Dico primò, transgressor legis pœnalis tenetur in conscientia subire, post iudicis sententiam, pœnam illam quæ ad sui executionem requirit actionem quæ commodius exercetur à reo, non verò pœnam illam ad cuius executionem requiritur actio, quæ commodius exercetur à iudice vel ejus ministro.

Prima pars patet, nam quando quis exilio vel pœnâ pecuniariâ mulctatur, tenetur egredi è regno vel civitate, aut pecuniam solvere, hoc enim nihil crudelitatis aut injustitiæ continet. Potest tamen in pecuniæ solutione expectare ut petatur, quia licet possit iudex injungere ut detur, quamvis non petatur, communiter tamen id non facit.

Secunda verò probatur ex eo quod sententia pœnalis, sicut & lex, benignè est interpretanda,

cum sententia sit applicatio illius legis, quam benignè esse interpretandam, est communis animi conceptio, & dispositio juris: Ergo non tenetur reus ad exequendam illam pœnam in seipso, cuius executio commodius fit à iudice vel ministris, sed sufficit esse paratum ad illam sustinendam, quando infligetur ab illis. Pater consequentia, nam alias non benignè sed durissimè interpretaremur sententiam illam.

Dico secundò, non potest obligari reus à iudice per suam sententiam, ut sibi inferat pœnam ad cuius executionem requiritur actio violenta: v. g. non potest obligari ut seipsum occidat, vel mutilet, aut suis manibus sumat venenum, vel pereat inedia, tamen si cibi illi offerantur.

38. Probatur: Nam etsi pœna mortis, vel inedia, vel alia similis, secundum se non sit inhumana, sed multoties iustissima & mitis, attentà criminum gravitate, iste tamen modus executionis, scilicet quod propriis manibus reus sibi inferat mortem, inhumana est & crudelitate plenus; nihil enim magis abhorret natura, cui naturalis est vitæ conservatio, quam manus violentas sibi inferre usque ad internecionem: Ergo iudex suâ sententiâ non potest ad id obligare. Nec est paratio de quibusdam actionibus, quæ remotè tantum ad ipsius rei mortem cooperatur, ut patibulum ascendere, extendere linguam amputandam, collum denudare, illudve carnifici truncandum offerre; nam tales actiones ex se & ex natura sua indifferentes sunt, neque inhumanæ & crudeles redduntur, quin potius commodiores & laudabiliores, si ab ipso reo executioni mandentur.

39. Ex his intelliges, quod sicut ex amore naturali erga parentes, tenemur non inferre illis mortem, quamvis ad eam iustè damnati essent, & executio sententiæ nobis committeretur ac præciperetur à iudice, ita neque erga nos ipsos possumus licitè illam exequi. Ac ne quidem ad vitandam mortem acerbior, licitum est sibi vel illis mortem mitiorem consciscere abscissione venæ, quamvis à iudice oblatâ, vel alio quopiam modo; quia iure & præcepto naturali prohibitum est, propriæ occisioni positivè cooperari.

40. Intelliges etiam, falsam esse ac erroneam Tamburini & aliorum recentiorum Caluistiarum sententiam, quæ asserit iustè damnatum ut fame pereat, posse oblatum panem respicere. Nam ut rectè dicitur S. Thomas 2. 2. quæst. 61. art. 4. ad 2. *Nullus ita condemnatur quod ipse sibi inferat mortem, sed quod ipse mortem patiatur, & ideo non tenetur facere id unde mors sequatur, tenetur tamen non resistere agenti quin patiatur quod iustum est eum pati. Sicut etiam si aliquis sit condemnatus ut fame moriatur, non peccat, si cibum sibi occultè ministratum sumat, quia non sumere, esset seipsum occidere.* Quæ ultima verba probant, taliter condemnatum, non modò posse, sed & teneri, cibum sibi oblatum sumere, quia nulli fas est seipsum occidere. De quo fusiùs in dissertatione de probabilitate art. 3. §. 2. num. 105.

41. Dico tertio, potest iudex suâ sententiâ obligare reum ut sibi inferat pœnam, ad cuius executionem requiritur actio, quæ commodius exercetur à iudice vel ejus ministris, dummodo talis actio violenta non sit.

Probatur, quia hoc nihil continet crudelitatis, & fit in domibus religiosis, & in officio sanctæ inquisitionis, in quo interdum reis præcipitur, ut suis manibus sumant disciplinam, seu levem aliquam & non ignominiosam flagellationem,

Tom. III.

A quam solent multi spontè suscipere, ad carnis macerationem.

§. II.

Corollaria præcedentis doctrinæ.

42. **E**X dictis colligitur, iudices inferiores teneri in conscientia iis qui legem transgrediuntur, pœnam lege taxatam imponere. Iudex enim ad hoc positus est à republica, ut per legum observantiam & custodiam, illam in pace & concordia conservet: Ergo contra suum officium ageret, si legum transgressores debitâ pœnâ non puniret; esset enim Reipublicæ infidelis, ansamque daret ut passim vitia & delicta cum publico detrimento communitatis grassarentur.

43. **C**onfirmatur, quia alioqui leges nullam vim haberent, nisi teneretur iudex pœnam imponere, saltem quando non tenetur reus ante sententiam iudicis eam subire, quod ut plurimum contingere, ex ante dictis perspicuum relinquitur.

44. **D**ixi iudices inferiores, quia legislator, ex communi sententiâ, potest pœnam remittere transgressori; cum obligatio, si quam habet ad pœnam imponendam, oriatur ex sua lege, quâ tamen non tenetur. Verùm cum ille potestate quam habet condendi leges, & puniendi transgressores earum, uti debeat in bonum Reipublicæ, non erit liber à culpa, si reo sine causa rationabili pœnam lege statutam condonet, cum talis impunitas in perniciem Reipublicæ vergere soleat.

45. **D**ixi etiam, iudices inferiores teneri pœnam lege taxatam imponere, quia non potest iudex inferior pro suo arbitratu pœnam lege taxatam moderari, sed eam juxta legem teneri imponere, ut patet ex cap. *In istis*, dist. 4. ubi Pontifex sic loquitur: *In istis temporalibus legibus, quanquam de his homines iudicent, cum eas instituerunt, tamen cum fuerint instituta & firmata, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas.*

46. **R**atio etiam suffragatur: Iudex enim non habet potestatem in lege dispensandi, nisi sit supremus: Sed moderari pœnam in lege positam, est aliquo modo in lege dispensare, si non in toto, saltem in parte: Ergo non potest iudex inferior pœnam lege taxatam minuire, vel moderari, sed debet pœnam lege statutam imponere; præsertim, si pœna sit pecuniaria, quæ interdum applicatur parti læsæ, vel fisco, vel aliis quibus jus aliquod per legem acquiritur; tunc enim pœnæ diminutio, in præjudicium tertii vergeret.

47. **Q**uæres, an leges quibus tributa imponuntur, sint purè pœnales?

48. **R**espondeo negativè, quia tributa non sunt pœnæ communiter, neque supponunt culpam quæ illis vindicetur, sed sunt subsidia quædam à populo debita Regibus ad onera muneris sui sustinenda. Nec obstat quod illa onerent subditos, cum discrimen sit inter id quod est onerosum, & quod est pœnale. Dixi, *communiter*, quia interdum tributum potest in pœnam statui, potest enim Rex punire civitatem vel regnum à quo injuria accepit, impositione alicujus tributi. Unde Deuteron. 20. dicitur: *Si quando accesseris ad expugnandam civitatem, offeres ei primum pacem. Si receperit, & aperuerit tibi portas, cunctus populus, qui in ea est, salvabitur, & serviet tibi sub tributo.*

Dividitur autem tributum in tres species, nempe in reale, personale, & mixtum. Reale est illud

A A aa iij

quod pro rebus immobilibus & fructibus earum A  
quotannis persolvitur, à quo tributo agri dicun-  
tur vectigales l. 1. & 2. ff. *stager*. Personale verò  
illud est quod tribuitur ratione personæ, vocatur-  
que census, juxta illud Matth. 22. *Licet censum*  
*dare Cesari an non?* & dicitur à Juristis capitatio,  
L. *Sacrosancta* ff. de sacrosanctis Ecclesiis, ex eo  
quod solvitur per capita. Mixtum denique illud  
est, quod tam pro rebus, præsertim mobilibus,  
quàm pro personis imponitur.

49. Querunt etiam hinc aliqui, an lex irritans, quæ  
nimirum statuit aliquid esse irritum, sive invali-  
dum, sit pœnalis?

Respondeo talem legem aliquando esse pœnalē,  
& inductam propter culpam aut dolum, sive in  
odium alicujus transgressionis aut culpæ; cuius-  
modi est irritatio matrimonii propter uxoricid-  
ium, aut propter adulterium vivente conjuge  
commissum, cum promissione futuri matrimonij;  
interdum verò non esse pœnalem, & fieri in bo-  
num privatæ personæ, vel reipublicæ, non autem  
in pœnam alicujus peccati; cuiusmodi est ir-  
ritatio professionis ante annum decimum sextum  
expletum, statuta in bonum profitentium & Re-  
ligionis; vel irritatio matrimonii inter consan-  
guineos, vel affines in certis gradibus, ob decen-  
tiam & honestatem. Unde lex irritans in pœna-  
lem & non pœnalem seu legalem dividitur, ut no-  
tat Rebuffus in Concordata, titulo de *Collationi-*  
*bus*, paragrapho penultimo.

## DISPVATIO VII.

### De Consuetudine.

**H**Aecenus de lege scripta, quæ fertur à su-  
periore dictum est, nunc agendum de  
lege non scripta, quæ consuetudo ap-  
pellatur, & quid illa sit, & quam vim habeat,  
breviter declarandum. Unde sit

#### ARTICVLVS VNICVS.

*Quid sit consuetudo, & quam vim habeat?*

1. **D**ico primò: Consuetudo est *ius quoddam*  
*moribus institutum, quod pro lege suscipitur,*  
*cùm deficit lex.* Ita Isidorus apud Gratianum  
dist. 1. cap. *consuetudo*.

Explicatur breviter hæc definitio: Consuetudo  
dicitur primò *ius*, tum ad exprimendum genus  
ipsi cum lege scripta commune; tum quia debet  
esse iusta, saltem ratione objecti seu materiæ cir-  
ca quam versatur, ut infra dicemus; & per hoc à  
corruptela seu abusu distinguitur. Igitur consue-  
tudo non sumitur hinc pro usu frequenti, sed pro  
jure quod ex tali usu ortum habet. Dicitur secun-  
dò, *hominum moribus institutum*, ut jam incipiat  
à lege distingui; fertur enim lex à superiore, con-  
suetudo verò à subditis, cum solo Principis con-  
sensu tacito introduci potest. Dicitur tertio, *quod*  
*pro lege suscipitur*, &c. quia consuetudo, ut infra  
dicemus, habet vim legis, & loco ejus suscipitur,  
ubi deficit lex. Cùm autem lex tripliciter possit  
deficere; primò, cùm non est; secundò, cùm est

inutilis; tertio, cùm dubia vel obscura est, pro  
illo triplici legis defectu consuetudo suscipitur.  
Nam primò ubi non est lex, suscipitur consuetudo  
legis introductiva, seu vim legis habens. Secundò  
venit in defectum legis inutilis, consuetudo abro-  
gativa illius. Tertio cùm lex obscura vel dubia  
est, venit in ejus defectum consuetudo, quæ ut  
infra dicemus, vim habet legem dubiam & ob-  
scuram interpretandi.

Ex his intelliges primò, consuetudinem & præ-  
scriptionem in aliquibus convenire, & in multis  
differre. In duobus enim conveniunt; primò,  
quia in utraque intervenit aliquid facti, & simi-  
liter aliquid juris, quod per factum introducitur;  
secundò, quia & præscriptio requirit aliquam  
consuetudinem facti, & vicissim consuetudo re-  
quirit aliquam præscriptionem temporis. Diffe-  
runt autem primò in ipso jure, nam consuetudo  
introducitur jus legale, seu jus legis, quo omnes  
obligantur; præscriptio verò solum confert jus  
dominij, aut jus utendi vel fruendi. Secundò dif-  
ferunt, quòd consuetudo introducatur per pra-  
xim & usum populi; cùm enim vim legis habeat,  
& lex ad commune bonum referatur, debet in-  
troduci per morem & observationem communi-  
tatis, nempe populi; at verò præscriptio, cùm ad  
privatam utilitatem referatur, introduciur tan-  
tùm per usum & factum alicujus privatæ perso-  
næ, ut cùm quis hæreditate aliqua longo tempore  
pacificè fruitur, tunc enim viget præscriptio illius  
hæreditatis in hoc privato homine. Tertio diffe-  
runt, quòd consuetudo ad suæ introductionis va-  
liditatem requirat tacitum vel expressum consen-  
sum Principis, contra quem, vel contra cujus le-  
gem consuetudo introducitur, ut infra dicemus;  
at verò præscriptio non requirit consensum ipsius  
contra quem, vel contra cujus utilitatem præscri-  
bitur; ut enim Titius contra Caium prædio ali-  
quo præscribat, non est opus Caium ipsum tacite  
aut expressè in hanc præscriptionem consentire,  
sed satis est, ut eo ignorante possessio currat &  
continuetur. Demum consuetudo & præscriptio  
differunt ex parte temporis, quod lege determi-  
natum est in omni præscriptione, non autem in  
omni consuetudine, ut infra patebit.

Intelliges secundò, quomodo consuetudo differat  
à usu & more: si enim consuetudo spectetur  
ut est quid facti, idem ferè est quod usus &  
mos, nempe uniformis frequentatio actuum li-  
berorum; si verò spectetur ut est quid juris, mo-  
raliter relictum ab ipsa uniformi frequentatione  
humanorum actuum, vim habens obligandi ad sic  
operandum, differt consuetudo ab ipso usu &  
more, qui solum importat ipsam materialem uni-  
formem frequentationem actuum liberorum.

Intelliges tertio, quomodo consuetudo differat  
à foro & stylo; forus enim non est quodcumque  
jus usu & consuetudine firmatum, sed de iis duntaxat  
rebus, de quibus judicandum est in tribunali.  
Stylus verò propriè est modus, qui in scribendo  
vel loquendo servatur, qui à Jurisperitis trans-  
ferri solet ad significandum modum quo procedi-  
tur in causis & negotiis tractandis.

Intelliges quartò, bonam esse divisionem con-  
suetudinis, in consuetudinem contra legem, &  
secundùm legem. Nam vel consuetudo supponit  
aliquam legem humanam sibi contrariam, & sic  
est consuetudo contra legem. Aut nullam sup-  
ponit legem humanam sibi contrariam, & sic est  
præter legem. Aut demum supponit legem huma-  
nam constitutam, sibi conformem, & sic erit se-