



## **Clypeus Theologiæ Thomisticæ**

In Tres Partes Divisus, Et Quinque Voluminibus Comprehensus

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**

**Coloniæ Agrippinæ, 1671**

Disp. VI. De lege pœnali

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-78232](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-78232)



sur impune, ut dicitur lege ultimâ ff. de iurisdictione omnium iudicum.

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 territorij, obligantur pariter legibus territorij alieni, eo ipso quod in eo sunt, quamvis obiter & in transitu. Si enim brevis absentia sufficit ad eximendum à subiectione legis proprii territorij, debet quoque sufficere brevis presentia ad subijciendum legibus alieni territorij. Pat enim est ut sentiat onus, qui sentit commodum, ut dicitur regulâ 55. de regulis iuris in 6.

80. Confirmatur ab inconvenienti quod sequitur ex adversa sententia, cum enim peregrini & advena, ut ostendimus, leges proprii territorij à quo discesserunt servare non teneantur, si non tenerentur 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 originis, vel domicilij, vel delicti: At peregrini non sunt subditi Principi loci per quem transeunt, ratione originis, ut per se patet; nec ratione delicti, posito quod non deliquerint in territorio alieno; ne 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 permanentiter, nisi ratione originis vel domicilij, vel delicti, concedo Majorem. Transeunt, nego Majorem. Ad obligationem enim & subiectionem transeuntem, sufficit brevis presentia, quemadmodum ad transeuntem exemptionem à jurisdictione proprii territorij, sufficit brevis & transiens absentia.

## §. IV.

Corollaria notatu digna.

82. Ex dictis colligitur primò, advenas & peregrinos transeuntes per loca in quibus festum aliquod celebratur, si sunt ibi toto mane die festi, teneri sacrum audire, non tamen ibi commorari ut audiant. Similiter etiam tenentur quantumdiu ibi sunt, abstinere ab opere servili die festo, & à cibis prohibitis in die jejunii. Unde cap. illa dist. 12. refertur illud Ambrosij ad Augustinum; *Cum Romam venio, jejuno sabbato, cum Mediolani sum non jejuno. Sic etiam tu ad quam forte Ecclesiam veneris, ejus morem serva. Ubi glossa ait: Viatores tenentur sequi consuetudinem loci ad quem veniunt.*

83. Colligitur secundò, abeuntem mane ex proprio domicilio, in quo jejunium obligat, & nocte pervenientem ad locum ubi jejunium non obligat, posse nocte cenare, carneque 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 primam Dominicam Quadragesima jejunatur, non jejunare, quia teneatur servare leges & consuetudines loci per quem transit. Similiter ob

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

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

Colligitur quinto, vagos qui nullibi domicilium habent, nec ullibi diu morantur, teneri legibus loci per quem transeunt; quia per transitum aut brevem moram in locis illis, sunt legibus illorum subditi, eò quod, ut supra dicebamus, ad obligationem & subiectionem transeuntem sufficit brevis presentia; quemadmodum ad transeuntem exemptionem à jurisdictione proprii territorij, sufficit brevis & transiens absentia.

## DISPUTATIO VI.

De lege penali.

Huc usque diximus de lege humana in communi. Jam de quibusdam illius speciebus, quæ peculiarem habent difficultatem, differendum est. Ac primò de lege penali, cujus ratio valde ab alijs differens, speciali declaratione & disputatione indiget.

## ARTICULUS I.

An quæquævis dari possit lex penalis?

Dico primò, dari posse legem purè penalem. Probatur, quia nihil impedit quominus legislator ejusmodi legem ferre possit, quid enim impedit quominus prohibeat aliquid fieri à subditis suis, non absolute quidem, sed conditionate



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

2. Dico secundò, multiplicem esse legem poenalem.

Probat: Lex enim poenalis dividitur primò in eam, quæ poenam tantum comminatur, ita ut non incuratur, nisi accedat iudicis sententia vel executio; & in eam, quæ ipso facto poenam infligit, & per se ipsam exequitur, vel obligat reum ad exequendum, non expectatà iudicis sententia aut executione.

3. Dividitur secundò in purè poenalem, & mixtam. Mixta dicitur illa quæ continet duo præcepta: unum faciendi actum quem præcipit, vel abstinendi ab actu quem prohibet; alterum, exequendi vel subeundi poenam appositam, nisi fiat actus præceptus, vel nisi abstinetur ab actu prohibito. Purè verò poenalis illa est, quæ unum tantummodo præceptum disjunctivum continet, nimirum vel faciendi actum præscriptum, vel subeundi poenam 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 conditionate tantum, vel ut fiat, vel subeat poena adjuncta; nolens præcisè & determinate obligari in conscientia ut fiat, sed contentus illo modo coactionis, & impellens solum timore poenæ ad faciendum; sicut enim liberum illi est præcipere vel non præcipere talem actum, ita & illum absolute vel conditionate præcipere.

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

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

6. Tertia verò existimat, omnem legem poenalem, sive puram, sive mixtam, obligare non solum ad poenam, sed etiam ad culpam, nisi legislator contrarium expresserit. Ita Magister Soto lib. 1. de iustitia quæst. 6. art. 5. Sylvest. verbo *Inobediencia*; Armilla eodem verbo, num. 2. & Bellarminus lib. 3. de membris Ecclesie 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, im-

A pedibilis tamen à legislatore: Ergo posita verà lege, qualis est poenalis, statim sequitur obligatio ad culpam, nisi legislator ferendo talem legem, declaret se non intendere obligare ad culpam.

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

8. B Confirmatur secundò: Diverse leges poenales diversas imponunt poenas: Ergo præsupponunt diversas culpas, si aliunde legislator contrarij non exprimat; non enim existimandum est, legislatorum diversas & graviores poenas infligere, nisi pro diversis & gravioribus culpis.

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

10. C Objicies primò: Omnis lex, maxime poenalis, benignè interpretanda est, quando aliud non constat de mente legislatoris: Ergo quando in lege poenali legislator suaj non exprimit voluntatem obligandi ad culpam, existimandum est, ipsum obligare ad solam poenam. Consequantia videtur manifesta, nam aliàs non benignè, sed valde odiosè, mentem legislatoris interpretaremur.

11. Respondeo quod licet omnis lex, maxime poenalis, 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.

12. D Objicies secundò: Aliquando incurritur irregularitas, quæ poena est lege imposita, absque aliqua culpa, ut irregularitas bigamie, & occisionis iustæ, & similiter poena interdicti, comprehendens innocentes: Ergo lex poenalis obligat ad solam poenam, non verò ad culpam, quando legislator legem condendo, nullam obligationis ad culpam mentionem fecit.

13. E Respondeo quod irregularitates illæ non habent propriè rationem poenæ, sed dicuntur à jure irregularitates significationis, quæ absque culpa incuruntur; unde leges illas statuentes, non sunt leges poenales, 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 poena interdicti, obligat non solum ad poenam, 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 poenitio non habet propriè rationem punitionis seu poenæ respectu illorum qui pariuntur, sed respectu illius qui culpam commisit, qui non solum punitur in se, sed etiam in aliis, qui sunt aliquid illius, utpote compartes ejusdem communitatis.

Aaaa

Ob-



Objicies tertio: Votum penale solum obligat ad poenam, si enim aliquis voveat se non lufurum sub poena recitandi rosarium, vel dandi elemosynam pauperibus, satisfacit frangens votum, si rosarium recitet, vel pauperibus elemosynam largiatur: Ergo idem dicendum est de lege penali. Patet consequentia, a paritate rationis; votum enim est quaedam privata lex, quam vovens sibi imponit, sicut lex Principis aut Legislatoris, est lex communis toti communitati imposita.

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

#### ARTICULUS II.

*An leges penales obligent in foro conscientiae ad poenam subeundam ante iudicis sententiam?*

##### §. I.

*Quibusdam praemis referuntur sententiae, & vera eligitur.*

16. **N**otandum primo: Leges penales quandoque continere poenas non latas, sed ferendas; aliquando vero poenas latas continere. Tunc censentur continere poenas ferendas, quando in illis non exprimitur haec particula, *ipso facto, ipso iure*, aut alia similis: cum enim leges penales odiosae sint, in benigniorem partem sunt interpretandae, si contrarium aliunde non constet. Tunc vero censentur continere poenas latas, quando in ipsis exprimitur illa particula, *ipso facto &c.* Praesens ergo difficultas non procedit de legibus continentibus poenas ferendas (istas enim manifestum est non obligare ad poenam statim subeundam, sed committere poenam iudici, ut illam infligat) sed de legibus continentibus poenas latas.
17. Notandum secundo, poenas latas esse in duplici differentia: quaedam sunt passivae, quae consistunt in pura privatione, ut excommunicatio, irregularitas, suspensio &c. Aliae sunt activae, quae requirunt aliquam actionem executivam talis poenae, v.g. poena mortis, exilii, aut spoliationis bonorum. His praemissis,
18. Circa propositam difficultatem triplex versatur sententia. Prima docet, nullam legem penalem obligare ad poenam, etiam privativam,

ante iudicis sententiam, una Ecclesiastica lege excepta de excommunicatione ipso facto incurrenda, quae quia hominem privat, non propriis, sed alienis Ecclesiae bonis, quorum per excommunicationem definit homo esse particeps, iuste ab Ecclesia imponi potest ipso facto incurrenda ante ullam iudicis sententiam. Ita Sotus lib. 1. de iustitia quaest. 6. art. 6.

19. Secunda e contra asserit, legem humanam posse obligare in conscientia ante omnem sententiam ad quamcumque poenam, sive privativam, sive positivam, sive gravem, sive levem, illa tantummodo excepta quae malitiam includeret, si ab ipso reo executioni mandaretur, cuiusmodi est occisio seu mutilatio sui ipsius. Ita videtur sentire Alphonsus a Castro lib. 2. de lege penali cap. 5. & 8. & sequentibus, Felinus, & alij Canonistae, capite primo de Constitutione.

20. Tertia vero fatetur quidem legem humanam posse obligare in conscientia ante omnem sententiam, ad quamcumque poenam passivam seu privativam, non tamen ad poenam activam, seu quae ad sui executionem aliquam actionem requirit. Hanc docet Cajetanus 2. 2. quaest. 62. art. 3. & Serra hic quaest. 96. art. 4. dubio 3, cum quibus.

Dico primo legem humanam posse obligare in foro conscientiae, ante sententiam iudicis, ad quamcumque poenam passivam seu privativam, seu quae ipsius rei actionem & executionem non requirit.

21. Probatur primo: Leges quae imponunt poenas excommunicationis, suspensionis, interdicti, & irregularitatis, possunt obligare ad illas, ante sententiam iudicis, ut fatetur Soto: Ergo & imponentes quascunq; alias poenas, quae ad executionem nullam requirunt actionem.

Nec valet discrimen quod ille Author inter excommunicationem & alias poenas adducit, nimirum quod excommunicatio & aliae censurae Ecclesiasticae, privant solum hominem bonis communibus, quorum Ecclesia est dispensatrix; aliae vero poenae privant hominem bonis suis propriis, quae iure particulari possidet. Non valet, inquam, tum quia saepe maioris momenti & estimationis sunt bona communia, quam privata; tum etiam quia excommunicatio non tantum aufert bona communia, sed etiam propria, nempe vocem eligendi, & capacitatem ut quis eligatur. Adde quod non desunt leges penales, quae de facto ante iudicis sententiam, reum privant propriis bonis, ut lex, quae parochiali beneficio privat eum, qui intra annum post acceptum beneficium sacerdotium non suscipit: lex, quae fructibus beneficij privat officium non recitanti: lex, quae Episcopum ad fructuum perceptorum restitutionem obligat, si post tres menses munus consecrationis non susceperit, quaeque eundem, si intra totidem menses postea id non fecerit, Episcopatu ipso spoliat ut constat ex Tridentino sess. 23. de reformatione cap. 1. Demum Ecclesia in poenam 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.

Dixi autem legem humanam posse obligare ante sententiam iudicis ad quamcumque poenam passivam, seu privativam, quia non semper de facto obli-



obligat, sed potest aliter disponi in jure communi aut particulari, ut in nostri Ordinis constitutionibus disponitur, nam in earum prologo sic dicitur: *Pœnis tamen absolutiois ab officio, privationis vocis activæ, vel passivæ, gravioris culpæ, & aliis majoribus (quantumcumque tam in constitutionibus quam extra ipso facto sint incurrendæ) nisi sit pœna excommunicationis lata sententiæ, nullus sit subjectus, nisi superveniat declaratio Prælati in particulari respectu hujus, quantumcumque etiam notorium facti, vel iuris, 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 secundum 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 inflictam patiar. Dixi, ordinariè loquendo, ad innuendum quod interdum leges humanæ ad id obligare possunt, maxime cum ad levem pœnam obligant. Nam in aliquibus Religionibus præcipitur recitatio alicujus orationis, aut levis aliqua castigatio, ijs qui legem aliquam, seu constitutionem violant, absque eo quod sit opus sententiæ vel declarationis prælati.

23. Probatur secundò conclusio: Executio pœnæ per actionem positivam, est actus judicis sive ministri publici: Ergo reus non tenetur ante judicis sententiam exequi in seipso pœnam requirentem aliquam actionem positivam ad hujusmodi executionem. Consequentia est evidens, tum quia reus non tenetur exequi nisi illa quæ sunt rei, non verò illa quæ sunt judicis, maxime in causâ propria, in qua nemo est reus judex. Tum etiam quia reus solum tenetur pati, cum ad id solum obligetur per legem poenalem; imò eundem hominem esse agentem & patientem pœnæ afflictivæ ipsa natura refugit. Antecedens verò probatur: Punitio 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, eger ministro vivo, nempe iudice, qui ideo dicitur justitia animata ab Aristotele 5. Ethic. ut applicet pœnam reo, agendo in ipsum per pœnitentiam: Ergo executio pœnæ est actus judicis, sive ministri publici. Hanc rationem insinuat S. Thomas 2. 2. q. 62. art. 3. ubi sic ait: *Quantum ad culpam adhibetur remedium per pœnam, cuius inflictiō pertinet ad iudicem. Et ideo antequam sit condemnatus per iudicem, 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. *Yrgentis*, de hæreticis: Sed non obligant ad hanc

Tom. III.

A pœnam in foro conscientie, ante judicis sententiam, ut ex iisdem capitibus colligitur: Ergo similiter aliæ leges poenales, alias pœnas positivas imponentes, non obligant ad illas subeundas, ante 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 Chrysostomi sententiam, non dico tibi ut te prodas in publicum, quæ refertur can. *Quis aliquando*, de pœnit. dist. 1.

## S. II.

## Solvuntur objectiones.

O B jicies 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. *Susceptus*, 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.* quaestione 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 impegerit, ut dignus sit totius pœnæ acerbitate.

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

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 causâ à iudice examinari, ac proinde oportet illam non solum ex testium iudicio, sed etiam ex ipsius delinquentis confessione examinare: cum autem fit per legem, relinquatur iudicio & conscientie ipsius delinquentis, qui melius quàm quivis alius potest de suo delicto judicare, an pœnam lege taxatam meruerit.

Ad 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 iudex esse possit. Quare licet contra naturam non est, ut quis sit sui iudex in causa excommunicationis, & in cæteris legibus supra citatis, in quibus ante sententiam judicis reus privatur beneficiis Ecclesiasticis; ita neque erit contra naturam esse sui iudicem in aliis legibus, quæ pœnas privatas ipso facto incurrendas pro aliquibus criminibus statuunt, cum non sit major ratio de illis quàm de istis. Ex quo patet ad confirmationem.

O b jicies secundò contra secundam conclusionem: Legislator habet potestatem obligandi in conscientia ad pœnam justam, ante judicis sententiam, tamen si talis pœna ad sui executionem

Aaaa 2 nem



nem requirat actionem ipsius rei, si ad talem penam obligare voluerit: Sed hanc suam voluntatem explicat per illam particulam legis, *ipso facto*, aut *ipso jure* quia per nulla verba potest commodius aut melius explicari: Ergo leges penales continententes penas latis, obligant ante iudicis sententiam, tamen illa poena, ad sui executionem ipsius rei actionem requirant.

29. Confirmatur primo: Si huiusmodi leges non obligant ante iudicis sententiam, illa particula, quae in illis apponitur, scilicet *ipso facto*, vel *ipso jure*, frustranea essent, quod praecipue urget de particula illa, quae interdum legibus illis superadditur, nempe quod *ipso facto*, & sine alia declaratione, poena incurratur.

30. Confirmatur secundo: Illa particula sufficiunt, ut incurratur poena excommunicationis, suspensionis, & irregularitatis, ante iudicis condemnationem, ut omnes fatentur: Ergo idem erit de aliis poenis, tamen si positivae sint, & ad sui executionem, aliquam rei actionem requirant.

31. Ad objectionem respondeo, legislatorem habere quidem potestatem obligandi in foro conscientiae ad poenam iustam, ante sententiam iudicis, tamen si talis poena 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, praesertim si poena ipso facto subeunda, gravis & acerba sit, & natura valde repugnans, legislator, regulariter loquendo, non obligat ad subeundam poenam, ante sententiam iudicis, quando talis poena ad sui executionem aliquam rei actionem requirit, sufficit enim bono communi, si patiatur illam, post sententiam iudicis, eo vel maxime, quia exequi poenam requirentem aliquam actionem, per se loquendo, non ad reum, sed ad iudicem, & eius ministrum, pertinet, ut supra ostensum est.

32. Ad primam confirmationem, nego sequelam Majoris, licet enim leges humanae non obligent ad talem poenam, ante sententiam iudicis, particula illa, *ipso facto*, vel *ipso jure*, non ponuntur frustra in illis, quia aliquem alium effectum inducunt, nempe assignationem poenae, ipso facto, ita ut non requiratur sententia iudicis ad assignandam illam pro tali delicto, sicut requiritur in aliis legibus continentibus poenam ferendam, sed solum ad declarandum crimen patratum fuisse a transgressore legis. Illa vero particula, *absque alia declaratione*, superaddita aliis precedentibus, sumitur ad maiorem praecedentium explicationem, unde nec superflua, nec necesse est, ut habeat vim obligandi, ante iudicis sententiam.

33. Ad secundam, concesso Antecedente, nego consequentiam & paritatem, patet enim ex dictis in secunda conclusione, longe disparem esse rationem de poenis privativis, ac de positivis quae ad sui executionem aliquam rei actionem requirunt.

## ARTICULUS II.

*Verum transgressor legis poenalis teneatur in conscientia subire poenam legis, post iudicis sententiam?*

S. I.

*Quibusdam praemissis, difficultas proposita triplici conclusione resolvitur.*

Notandum primo, seu potius ex dictis articulo praecedenti recolendum, duplex genus poenae lege humanae statui posse: alterum consistens in pura passione, quae ad sui executionem nullam requirit actionem, praeter ipsum legislatoris imperium, aut iudicis sententiam, vel declarationem; ut sunt poenae inhabilitantes personas, irritantes contractus, & censura Ecclesiastica. Alterum est, poenarum quae ad sui executionem requirunt aliquam actionem, quae exerceri potest vel ab ipso reo vel ab alia persona distincta. Quoad primum genus poenae, cum nullam requirat actionem, praeter legislatoris imperium, vel iudicis sententiam, ad nihil tenetur reus ut illam incurrat, cum etiam illam invitus pati possit, solumque tenetur postquam illam contraxit, nihil agere contra eam. Solum ergo difficultas est de poenis secundi generis, an nimirum reus teneatur vel possit illas in se exequi, post iudicis sententiam, certum enim est, quod si sint iustae, & a iudice vel ministris eius infligantur, eas post iudicis sententiam pati & sustinere tenetur, alias daretur bellum iustum ex utraque parte, etiam nullam suppositam ignorantiam quod implicat.

Notandum secundo, poenas quae ad sui executionem aliquam actionem requirunt, esse adhuc duplicis generis, quaedam enim sunt quarum actio ad executionem requisita a nemine commodius exercetur, quam a reo qui poenam patitur, v. g. actio quae requiritur ad executionem exilii, vel poenae pecuniariae; aliae quarum actio ad executionem requisita, commodius exercetur a iudice vel ministris eius, v. g. actio quae requiritur ad abscissionem capitis, vel mutilationis alicuius membri. Praeterea actionum quae commodius exercentur a iudice vel ministris eius, quaedam sunt violentae, ut abscissio capitis; aliae vero non violentae, & quae voluntarie exerceri solent, ut flagellatio seu disciplina, quam Religiosi solent sponte suscipere, ad carnis macerationem. His praemissis, pro resolutione difficultatis propositae.

Dico primo, transgressor legis poenalis tenetur in conscientia subire, post iudicis sententiam, poenam illam, quae ad sui executionem requirit actionem quae commodius exercetur a reo, non vero poenam illam ad cuius executionem requiritur actio, quae commodius exercetur a iudice vel eius ministro.

Prima pars patet, nam quando quis exilio vel poena pecuniaria mulsetur, tenetur egredi de regno vel civitate, aut pecuniam solvere, hoc enim nihil crudelitatis aut iniustitiae continet. Potest tamen in pecuniae solutione expectare ut petatur: quia licet possit iudex injungere ut detur, quamvis non petatur, communitur tamen id non facit.

Secunda vero probatur ex eo quod sententia poenalis, sicut & lex, benigne est interpretanda, cum



cum sententia sit applicatio illius legis, quam benigne esse interpretandam, est communis animi conceptio & dispositio juris: Ergo non tenetur reus ad exequendam illam poenam in seipso, cujus executio commodius fit à iudice, vel ministris, sed sufficit esse paratum ad illam sustinendam, quando infligitur ab illis. Patet Consequentia, nam alia non benigne, sed durissime interpretaremur sententiam illam.

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

38. Probatur: Nam et si poena mortis, vel inedia, vel alia similis secundum se non sit inhumana, sed multoties iustissima & mitis, attentat criminum gravitate; iste tamen modus executionis, scilicet quod proprijs manibus reus sibi inferat mortem, inhumanus 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 cooperantur, ut patibulum ascendere, extendere linguam amputandam, collum denudare, illudve carnifici truncandum offerre; nam tales actiones ex se & ex natura sua indifferentes sunt, neque inhumanae & 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 jusse damnati essent, & executio sententiæ nobis committeretur, ac præciperetur à iudice; ita neque erga nos ipsos possumus licite illam exequi. Ac ne quidem ad vitandam mortem acerbiorē, licitum est sibi, vel illis mortem mitiorem consciscere abscissione venæ, quamvis à iudice oblata, vel alio quopiam modo, quia iure & præcepto naturali prohibitum est propriæ occisioni positivè cooperari.

40. Intelliges etiam, falsam esse ad erroneam Tamburini, & aliorum recentiorum Casuistarum sententiam, quæ asserit, iuste damnatum ut fame pereat, posse oblatum panem respuere. Nam ut rectè dicitur S. Thomas 2. 2. qu. 69. ar. 4. ad 2. Nullus ita condemnatur, quod ipse sibi inferat mortem, sed quod ipse mortem patitur. & ideo non tenetur facere id, unde mors sequatur, tenetur tamen non resistere ag. ni. qui patitur 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 condemnationem non modò posse, sed & teneri cibum sibi oblatum sumere, quia nulli fas est seipsum occidere. De quo fusius in dissertatione de probabilitate art. 3. §. 2. num. 105.

41. Dico tercio, potest iudex suâ sententiâ obligare reum, ut sibi inferat poenam, 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,

A ut suis manibus sumant disciplinam, seu levem aliquam & non ignominiosam flagellationem, quam solent multi spontè suscipere ad carnis macerationem.

## §. II.

## Corollaria precedentis doctrine

**F**X dictis colligitur, iudices inferiores teneri in conscientia ipsi, qui legem transgrediuntur, poenam 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 poenâ non puniret; ille enim reipublicæ infidelis, an famæ daret ut passim vitia & delicta cum publico detrimento communitatis grassarentur.

Confirmatur, quia alioqui leges nullam vim haberent, nisi teneretur iudex poenam imponere, saltem quando non teneretur reus ante sententiam iudicis eam subire, quod ut plurimum contingere, ex ante dictis perspicuum relinquitur.

Dixi, iudices inferiores, quia legislator ex communi sententiâ potest poenam remittere transgressori; cum obligatio, si quam habet ad poenam imponendam, oriatur ex sola lege, quæ tamen non teneretur. Verùm cum ille potestate, quam habet condendi leges, & puniendi transgressores earum uti debeat in bonum reipublicæ, non erit liber à culpa, si reo sine causâ rationabili poenam lege statutam condonet, cum talis impunitas in perniciem reipublicæ vergere soleat.

Dixi etiam, iudices inferiores teneri poenam lege taxatam imponere, quia non potest iudex inferior pro suo arbitratu poenam lege taxatam moderari, sed eam juxta legem teneretur imponere, ut patet ex cap. In istis, dist. 4. ubi Pontifex sic loquitur: In istis temporibus legibus, quantum de his homines iudicent, cum eas instituant; tamen cum fuerint instituta & firmata, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas.

Ratio etiam suffragatur: Iudex enim non habet potestatem in lege dispensandi, nisi sit superior: Sed moderari poenam in lege positam, est aliquo modo in lege dispensare, si non in toto, saltem in parte: Ergo non potest iudex inferior poenam lege taxatam minuere, vel moderari, sed debet poenam lege statutam imponere; præsertim si poena sit pecuniaria, quæ interdum applicatur parti læsæ, vel fisco, vel alijs, quibus jus aliquod per legem acquiritur; tunc enim poenæ diminutio in præjudicium tertij vergeret.

Quæres, an leges, quibus tributa imponuntur, sint purè poenales?

Respondeo negativè, quia tributa non sunt poenæ 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 poenale. Dixi, communiter, quia interdum tributum potest in poenam statui, potest enim Rex punire civitatem vel regnum, à quo injuriam accepit, impositione alicujus tributi. Unde Deuteron. 20. dicitur: Si quando accisus fueris 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



quod pro rebus immobilibus & fructibus earum A  
quotannis persolvitur, à quo tributo agri dicun-  
tur vectigales l. 1. & 2. ff. si ager. Personale verò  
illud est, quod tribuitur ratione personæ, voca-  
turque census; juxta illud Matth. 22. *Eccet censum  
dare cesari, an non?* & dicitur à Juristis capitatio,  
L. *Sacro sancta* ff. de sacrosanctis Ecclesijs, ex eo  
quod solvitur per capita. Mixtum denique il-  
lud est, quod tam pro rebus, præsertim mobili-  
bus, quam pro personis imponitur.

49. Querunt etiam hic aliqui, an lex irritans, quæ  
nimirum statuit aliquid esse irritum, live in ali-  
dum, sit poenalis?

Respondeo talem legem aliquando esse poena-  
lem, & inducendam propter culpam, aut dolum, si-  
ve in odium alicujus transgressionis, aut culpæ; B  
cujusmodi est irritatio matrimonij propter ux-  
oricidium, aut propter adulterium vivente  
conjugè commissum cum promissione futuri ma-  
trimonij; interdum vero non esse poenalem, &  
fieri in bonum private personæ, vel reipublicæ,  
non autem in poenam alicujus peccati; cuius-  
modi est irritatio professionis ante annum deci-  
mum sextum expletum, statuta in bonum pro-  
fitentium & Religionis; vel irritatio matrimo-  
nij inter confanguineos, vel affines in certis gra-  
dibus, ob decentiam & honestatem. Unde lex  
irritans in poenalem & non poenalem, seu lega-  
lem dividitur, ut notat Rebuffus in Concordan-  
ta, titulo de *Collationibus*, §. penultimo.

## DISPUTATIO VII.

### De consuetudine.

Hactenus de lege scripta, quæ fertur à su-  
periore, dictum est, nunc agendum de  
lege non scripta, quæ consuetudo appel-  
latur, & quid illa sit, & quam vim habeat, bre-  
viter declarandum. Unde fit

### ARTICULUS UNICUS.

*Quid sit consuetudo, & quam vim habeat?*

1. Dico primò: Consuetudo est *ius quoddam mo-  
ribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum  
deficit lex.* Ita Ildorus apud Gratianum dist. 1.  
cap. *consuetudo.*

Explicatur breviter hæc definitio. Consue-  
tudo dicitur primò *ius*, tum ad exprimendum  
genus ipsi cum lege scripta commune; tum quia  
debet esse iusta, saltem ratione objecti, seu mate-  
ria circa quam versatur, ut infra dicemus; & per  
hoc à corruptela, seu abusu distinguitur. Igitur  
consuetudo non sumitur hic pro usu frequenti,  
sed pro iure, quod ex tali usu ortum habet. Di-  
citur secundò, *hominum moribus institutum*, ut jam  
incipiat à lege distingui; fertur enim lex à supe-  
riore, consuetudo vero à subditis cum solo Prin-  
cipis consensu tacito introduci potest. Dicitur  
tertiò, *quod pro lege suscipitur*, &c. quia consue-  
tudo, ut infra dicemus, habet vim legis, & loco e-  
jus suscipitur, ubi deficit lex. Cum autem lex  
tripliciter possit deficere; primò cum non est, se-  
cundò, cum est inutilis; tertio, cum dubia, vel  
obscura est, pro illo triplici legis defectu consue-  
tudo suscipitur. Nam primò ubi non est lex, su-  
scipitur consuetudo legis introductiva, seu vim

legis habens. Secundò venit in defectum legis  
inutilis consuetudo abrogativa illius. Tertio  
cum lex obscura, vel dubia est, venit in ejus de-  
fectum consuetudo, quæ, ut infra dicemus, vim  
habet legem dubiam & obscuram interpre-  
tandi.

Ex his intelliges primò, consuetudinem & præ-  
scriptionem in aliquibus convenire, & in mul-  
tis differre. In duobus enim conveniunt; primò,  
quia in utraque intervenit aliquid facti, & simi-  
liter aliquid juris, quod per factum introduci-  
tur; secundò, quia & præscriptio requirit ali-  
quam consuetudinem facti, & vicissim consue-  
tudo requirit aliquam præscriptionem tempo-  
ris. Differunt autem primò in ipso jure, nam  
consuetudo introducit jus legale, seu jus legis, B  
quo omnes obligantur; præscriptio vero solum  
confert jus dominij, aut jus utendi, vel fruendi.  
Secundò differunt, quòd consuetudo introduca-  
tur per praxin & usum populij; eum enim vim le-  
gis habeat, & lex ad commune bonum referatur,  
debet introduci per morem & observatio-  
nem communitatis, nempe populij; at vero præ-  
scriptio, cum ad privatam utilitatem referatur,  
introducitur tantum per usum, & factum alicujus  
private personæ, ut cum quis hæreditate a-  
liqua longo tempore pacifice fruitur, tunc enim  
viget præscriptio illius hæreditatis in hoc pri-  
vato homine. Tertio differunt, quòd consue-  
tudo ad suæ introductionis validitatem requirit  
tacitum, vel expressum consensum Principis,  
contra quem, vel contra cujus legem consue-  
tudo introduci-ur, ut infra dicemus: at vero præ-  
scriptio non requirit consensum ipsius, contra  
quem, vel contra cujus utilitatem præscribitur;  
ut enim Titius contra Caium prædio aliquo  
præscribat, non est opus Caium ipsam tacite, aut  
expressè, hanc præscriptionem consentire, sed  
satis est, ut eo ignorante possessio currat, & con-  
tinuetur. Demum consuetudo & præscriptio  
differunt ex parte temporis, quòd lege determi-  
natum est in omni præscriptione, non autem in  
omni consuetudine, ut infra patebit.

Intelliges secundò, quomodo consuetudo  
differat ab usu & more; si enim consuetudo spe-  
ctetur ut est quid facti, idem ferè est quod usus,  
& mos, nempe uniformis frequentatio actuum  
liberorum; si vero spectetur ut est quid juris,  
moraliter relictum ab ipsa uniformi fre-  
quentatione humanorum actuum, vim habens  
obligandi ad sic operandum, differt consuetudo  
ab ipso usu & more, qui solum importat ipsam  
materiam uniformem frequentationem ac-  
uum liberorum.

Intelliges tertio, quomodo consuetudo dif-  
ferat à foro & stylo; forus enim non est quod-  
cunque jus usu & consuetudine firmatum, sed  
de ijs duntaxat rebus, de quibus judicandum  
est in tribunali. Stylus vero proprie est modus,  
qui in scribendo, vel loquendo servatur,  
qui à Jurisperitis transferri solet ad significan-  
dum modum, quo proceditur in causis, & nego-  
tjjs tractandis.

Intelliges quartò, bonam esse divisionem con-  
suetudinis in consuetudinem contra legem, &  
secundam legem. Nam vel consuetudo suppo-  
nit aliquam legem humanam sibi contrariam,  
& sic est consuetudo contra legem. Aut nullam  
supponit legem humanam sibi contrariam, & sic  
est præter legem. Aut demum supponit legem  
humanam consuetudinem sibi conformem, & sic e-  
rit