

in illo rescripto jubetur quod per viginti dies possit procedi ad substantiandum, & specialiter additur quod tortura imponi non potest. Poterit retorqueri argumentum ex eo, quod in necessarium antecedens præsupponitur potestas torquendi dum causa instruitur: nam si non adesset, supervacanea erat expressio.

89 Neque prætermitti debent absq; responsione quæ Pareja scripsit *d. resol. 8. n. 17.* approbando consuetudinem Magnæ Curie Vicariæ, & extollendo præminentiam ipsius, tanquam si nostra Aula non frueretur pluribus aliis præminentis, & majoribus prærogativis. Respectu consuetudinis cum ab ipso confiteatur dubitari non potest; De superiori- tate, & præstantia multo minus, quia respectu Curie Vicariæ eam excedit, quantum Rex, Proregi Neapolitano; ob quod dicta Curia Vicariæ nunquam comparari nostræ Aulæ valebit. Nostra enim Aula

90 supremum tribunal in criminalibus, à quo nulla & ad nullum datur appellatio vel supplicatio, nisi ad se ipsam *ex l. 5. eod. tit. & lib. ut dixi controvers. 1. numer. 67.* à sententiis verò Curie Vicariæ jure Ordinario est concessa appellatio ad consilium Sanctæ Claræ. Ut testatur Vincent de *Frang. d. decis. 143.* & ei in omnibus subordinatur, teste Joanne Bapt. de Thoro *in tract. de Magistr. Reg. Neapol. tit. de Mag. Curia Vicar.* Curia Vicariæ, ut plurimum assidet in criminalibus Proregi Neapolitano, Nostra Aula Hispaniarum Regi potentissimo immediatè. Vicaria in rebus arduis relationem facit in collateralali Consilio, Aula nostræ facie ad faciem sententias capitales Principi consultat. Vicaria est tribunal formatum ad instar Aularum criminalium Regiarum Audientiarum, quibus Prætoralia concessa non sunt: nostra Aula supremum causarum criminalium Tribunal, æquale in tota Monarchia non habens. Quare solum admiratione dignum est quod vir Hispanus in Curia versatus hæc ita dixisset, cui solum superaddere debemus quod Imperatores Theod. Arcad. & Honor. dixere *in l. unica, C. si quis Imperator maled. ibi: Quoniam si id ex levitate processerit, contemnendum est; si ex invidia, miseratione dignissimum; si ab injuria, remittendum.*

92 Neque Doctores quos cumulat, & nos addimus, contrarium convincunt: nam aliqui de causis jure ordinario perfectis tractant, de quibus non loquimur;

aliqui in omni crimine à quæstione non esse incipiendum firmant, quod regulariter etiam, & nos firmamus: alii docent neminem inauditum esse damnandum, quod etiam tradimus, superaddita distinctione respectivè ad iudicium de quo agitur conclusionem intelligendo: & si qui sunt (de-pto uno alterove) qui conclusionem expressè firment, in puncto juris seclusa consuetudine, & stylo sententiam firmant. Quibus sufficienter satisfactum videtur 93 ex his qui in hac controversia dicta sūt, & ex deductis à Doctoribus pro nostra sententia laudatis. Et cum omnes ferè distinguendo loquantur inter supremos iudices, sive majores (ut Avendaño, Azevedo, & Pareja dicunt) & inferiores, horum sententia affirmativa sustinenda est, quia, ut cum Giurba *conf. 75. n. 11.* & Ansaldo *conf. 142. n. 107.* & alii dixi *de regim. 2. c. 8. §. 2. n. 53.* Doctores distinguenti credendum est in conflictu opinionum.

Et tandem, neque id odiosum respectu nostræ Curie reputari potest, ut creditur Pareja *d. numer. 54.* quia si tranquillitatem vivendi amamus, semper favorabile reputabimus quidquid à Principibus, & eorum Magistratibus præordinabitur ad rectum reipublicæ regimen: & cum ad Curiam ex universis Monarchiæ Regnis tanquam rivuli ad mare, homines profluunt, quorum plures purgamenta suæ Patriæ esse solent, necessariò providentia speciali curandum est, ut malis hominibus Curia purgata reperiatur: quod obtineri non potest nisi formidine pœnæ, vel punitionis celeritæ horrore. Id consequi non valet absq; legum severitate, qua mediante, licet donec homines sint, delicta patrentur, non 95 lugemus exquisitas immanitates quas fama de aliis Curis ad nostras aures adducit. Quid de frequentia, & atrocitate delinquendi Lutetiæ Parisiorum non audimus? Quid de enormitatibus Neapolis, Panormi, & in aliis opulentis civitatibus tractatus rerum criminalium earum partium non clamant? Quid de sanguinolentis factionibus aliarum provinciarum non admiramur? ea omnia ferè à nostra Curia exterminata sunt, mediante severitate legum, quibus in ea leviora crimina acriter, rationabiliter tamen, puniuntur, ut *in l. 1. tit. 25. lib. 8. recopil.* & in aliis. Rigida enim fustigationis executio in plebeios, ministris curiæ resistentes, juxta *l. fin. tit. 22. eod. lib. 8.* tot millia hominum in obsequio & reveren-

reverentia continet: celeris verberatio in effrautores carceris, etiam si non perfecerint, executioni deducta, omnes ad obedientiam unius adstringit, impositio torturæ ex summaria in tribus, aut quatuor criminibus atrocissimis plurimas atrocitates per decennium vitavit. Hoc enim modo innumeram gentium multitudinem sex aut octo Magistratus moderantur. Absit igitur à Prudentibus, zelus indifferetis pervertendi traditiones majorum: quia quælibet immutatio in his quæ ad regimen pertinent; periculis undique agitur, ut omnes Civiles Doctrinæ Autores tradunt, de quo alibi, Deo dante, dicemus.

CONTROVERSIA XXVI.

De tortura illata neganti, & de ejus effectibus.

SUMMARIUM.

- 1 Tortura materia arbitraria est, & sic nulla certa regula deserviri potest.
- 2 Tortura purgat indicia juxta communem opinionem.
- 3 Doctores tenentes per torturam indicia purgari, nullam legis dispositionem expressam adducunt.
- 4 L. 1. in prin. & §. quæstioni 23. ff. de quæstion. expenditur.
- 5 Tortura fragilitas, non solum quoad confitentes metu, sed quoad negantes duritia, & obstinatione, observatur.
- 6 Confessioni, aut negationi non comprobata, standum non est.
- 7 Negatio rei quomodo comprobetur.
- 8 L. editum 8. ff. de quæstionibus expenditur.
- 9 D. L. 1. §. Cornelio 4. ff. de quæstion. expenditur.
- 10 Argumentorum appellatione omne genus probationis in jure comprehenditur.
- 11 L. qui sententiam 16. C. de pœnis expenditur.
- 12 Interrogationis nomine in titulo de quæstionibus, de tortura est intelligendum.
- 13 L. 1. Cod. de quæstionibus expenditur.
- 14 Tortura nullius momenti, necesse non est ut resellatur.

15 Doctores tenentes tortum posse condemnari, etiam si negativus persisterat.

16 Dummodo adhibeatur protestatio sine præjudicio probatorum, ita ut ad mortem damnari possit.

17 Doctores Hispani hanc sententiam tenentes.

18 Varietas opinionum perpenditur.

19 Juxta jus Hispania communior sententia est, quod reus negativus in tortura, si aliunde plene convictus sit, possit condemnari ad pœnam ordinariam delicti.

20 Reus pro aliquibus delictis tortus, cum protestatione, absque dubio potest condemnari ad pœnam ordinariam delicti, de quo non interrogatur.

21 Vitæ perinutile non vitatur in separatis, & dividuis.

22 Protestatio sine præjudicio probatorum non est contraria factio, respectu delicti de quo reus non interrogatur in tortura.

23 Decisio hujus casus per Consilium confirmata.

24 Reus tortus, & negans, supervenientibus novis probationibus, poterit ad pœnam ordinariam condemnari.

25 Don Ludovici Peguera doctrina expungitur, & improbat.

26 Decisio Aulæ pœnam extraordinariam imponens consulenti latrocinium, & non homicidium, quod postea secutum fuit.

27 Decisio hujus casus, confirmata per Consilium.

28 Reus plene convictus, & condemnatus ad mortis pœnam, ut de complicitibus dicat, etiam si negaverit, capite plebendus est.

29 Aula nostra nunquam vitatur medio tortura post condemnationem, & quare.

30 Supremum Indiarum Consilium admiffam habet. praxim torquendi post condemnationem ad pœnam capitalem.

31 Reus plene convictus, & tortus, negativus an possit condemnari ad pœnam ordinariam.

32 Tortura an possit adhiberi, ut reus confessus appellare non possit.

33 Plures tenuerunt hoc in casu posse reum condemnari ad mortem.

34 Aula nunquam reum plene convictum possit ad quæstionem.

35 Hic casus omnino arbitrio prudentis judicis relinquatur.

- 36 *Reus tortus, non ex plena probatione, sed ex iudicis ordinariis, extra ordinem plectendus est, si negatus persisterat.*
- 37 *Immo regulariter absolvendus, si tortura gradus correlativus sit, habito respectu ad iudicia verificata.*
- 38 *Pena arbitraria imponenda reo torto neganti, in supremis tribunalibus extenditur usque ad irremium.*

QUÆSTIONEM aggredimur meo quidem iudicio pro fus arbitrariam, cum arbitrio boni, ac prudentis iudicis relicta sit tota materia torturæ; à quo dimanat quod tam variè à Doctoribus criminalis doctrinæ passim tradatur, ita ut plures sibi met ipsis contrarij reperiantur, & non semel, sed sæpius qui affirmativam sententiam tuentur, pro negativa adducantur, & è contrarij quod cuiusque quæstionem nostræ controversiæ speculanti clarissimè constabit. In primis enim communiter recepta est doctrina

Gloss. in l. editum 9. verb. efficacissimas, ff. de iust. ex qua Doctores inferunt iudicia sive probationes extingui per negationem in tortura, ita ut nullius momenti remaneant; & reus veniat absolvendus, ut docent Albericus in d. l. editum & in Rub. C. de quæst. Bartol. in l. unius, §. 1. ff. eodem; Jacob. de Bellovis. in pract. crim. tit. de quæstion. n. 102. Cepol. conf. 32. Thomas Gramm. decis. 8. n. 1. & seqq. & conf. 84. n. 10. Trevil. decis. 45. n. 4. lib. 2. Boët. decis. 163. n. 12. & 14. Decius conf. 362. in fin. Polydor. Ripa observat. 232. n. 1. Cabal. resol. crim. cas. 288. n. 21. & 29. Peguera decis. 5. per tot. & decis. 70. n. 2. & in praxi c. 12. n. 5. Macerat. lib. 3. var. resol. 7. n. 15. & resol. 22. n. 9. Latissimè Fatiniacus quæst. 40. per tot. & conf. 10. n. 18. 39. & 43. & conf. 11. n. 46. Intrigliol. decis. 40. n. 30. Bossius tit. de sent. n. 71. Magon. decis. Lucens. 89. num. 12. Mar. Burg. de mod. proced. ex abrupt. q. 47. n. 21. Jul. Clar. in prax. §. fin. q. 04. num. 38. vers. illata reo tortura. Vivius decis. 143. num. 2. Bertazol. conf. crimin. 266. num. 1. Franquif. decis. 577. n. 15. Tiber. Decian. conf. 93. n. 133. vol. 2. & tract. crim. lib. 5. cap. 48. num. 22. Gutazzin. defens. 30. c. 40. n. 1. cum seqq. Cartar. in pract. interr. reor. lib. 4. cap. 1. n. 133. Marinus Giurba conf. 43. num. 9. Casar. arena de inquis. part. 2. tit. 1. n. 108. cum. seqq. & part. 3. tit. 1. n. 80. cum duob. seqq. Matthæus de crimin.

lib. 48. ff. tit. 16. q. 4. n. 16. Ciriacus controvers. 354. num. 23. Ant. de Ballis in tract. crim. lib. 3. de delict. dispens. cap. 15. n. 8. Ciarlin. disceptat. 9. n. 177. & ex nostratibus Simancas de Catal. instit. tit. 63. n. 56. & Villadiego in l. 3. tit. 1. lib. 6. fori iudic. num. 13. qui plures alios laudant.

Sed nemo ex illis Textum adducit suam sententiam decidentem; nam licet aliqui citent Textum in l. absentem, ff. de penis, in eo Textu nihil ab Ulpiano de tortura illata tractatur, nec potest tractari, cum in eo de pœna inferenda, vel non, reo absentem dubitabat consultus; absens enim torqueri non potest, ut dicatur negasse, & dubitari posset an purgaret iudicia: & verba illa, *ibi: sed nec de suspitionibus debere aliquem damnari*: quæ ad hoc perpendi solent, aliqui dicunt ex quo inferatur exclusio probationis plenæ sive per testes, sive per iudicia cum suspicio sit multo minus ac ipsa probatio, vel præsumptio ut latè probat Far. q. 36. n. 251. Quare rectè concluditur nulla lege hanc sententiam comprobati, ut post alios notat Dominus Præfès Didacus Covarr. practica. cap. 23. num. 5. propè fin. *ibi: adhuc tamen est observandum quod glossa in dicta lege editum, nulla lege probatur, ut fatetur Albericus ibidem; & licet ego hanc sententiam secutus fuissim t. 2. de regim. val. cap. 8. §. 9. n. 95. crudelitatem loquendi sine Textu non patior, quia tunc tradebam quid de iure Valentiorum procederet, & in eo Regno habemus legem expressam, nempe for. 175. Curiar. anni 1585. quo expressè cautum est quod tortus negativè persistens absolvatur plenariè. Quem forum omisit Joan. Hier. Iranzo in tract. de potest. conf. 69. n. 1. quod mirum est, dum eandem sententiam tuetur.*

Contraria verò, nempe quod reus negativus in tortura possit nihilominus condemnari, probat mihi Text. in leg. 1. in prin. ff. de quæstion. *ibi: neque adeo fidem quæstioni adhibendam, & clarius in §. quæstioni 23. *ibi: Quæstioni fidem non semper, nec tamen nunquam habendam constitutionibus declaratur; etenim res est fragilis, & quæ veritatem fallat: nam plerique patientia sive duritia tormentorum, ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit. Quo Textus fragilitas torturæ perpenditur ab Ulpiano, non solum quoad contententem falsa metu doloris, ob quod desiderat quod confessio aliunde comprobetur, ut communiter**

niter notatur per Doctores, quos referunt Ciriacus *lib. 1. contr. for. 150. n. 91. & 92. Valenzuela conf. 163. n. 20. Verum etiam quoad negantem quæ verè commisit, ex duritia, sive pertinacia dolores tormentorum contemnendo: nam æquali modo quæstioni non credendum affirmat, quia pariter veritatem fallat metus, aut protervia. Quòd pluribus comprobant Illiger. ad Donell. lib. 18. com. cap. 10. in not. lit. C. Ciriacus lib. 2. contr. 154. n. 21. Baiar. ad Clar. in d. §. fin. q. 64. n. 118. in fin. & elegantè Langleus semestr. lib. 9. c. 2. in prin. *ibi: Ut enim infirmitas, atque doloris impatientia vera fateri quosdam cogit, ita & falsa multa comminisci. Quòd quis in equuleo positus est, scire, aut suspicari facile possit, quid audire quæstor velit, quòd cum dixerit intelligat sibi finem doloris futurum. Neque idè, vel vera fateri, vel mentiri dubitet, ut presentem cruciatu quàm citissimè liberetur, securus supplicii quòd post bac illi subeundum sit. Contra qui robustus, ac patiens fuerit, cruciatum aspernabitur, nec verbum omnino ullum, quò se, vel alium perstringat, emittet. De quo plura exempla ab his Doctoribus & à relatis per eos adduci possunt. Sed quare extera quærimus dum in eadem Aula memorabile exemplum obstinationis habeamus: in eo sacrilego homicida, qui Presbyterum nequiter, & infidiosè selopi ictu necavit. Is enim in equuleo positus, non posset delictum confiteri, proptrius dentibus linguam suam secavit. Sed dices quo pacto comprobabitur negativæ rei quæstioni suppositi: sed facilis est responsio: nam eam præbet Consultus in l. de minore 9. §. plurimum, ff. de quæst. *ibi: plurimum in excutienda veritate etiam vox ipsa, & cognitionis subtilis diligentia adferri; nam & ex sermone, & ex eo qua quis constantia, qua trepidatione quid dicitur, vel cuius existimationis quisque in civitate sua est, quadam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt, ut notat Bart. in hoc Text. & in l. fin. n. 12. ff. eod. & post eum Nicolaus Vigelius in Methodo civil. lib. 1. cap. 16. q. 7. regul. 2.***

Neque hoic interpretationi obstat Text. in d. l. editum 8. ff. de quæstion. quo Paulus de tortura tractans ait, *ibi: efficacissimas eas adquirendam veritatem existimo. Ex quibus verbis Glossa, Covarr. & alii argumentum desumunt, ad probandum, quod ea quæ dicuntur in tortura veritatem puram habere debemus. Nam, omisissis aliis interpretationibus, ex ipso Textu deprimuntur vera, & genuina*

D. D. Laur. Matthæus, de Re Crim. Pars I.

interpretatio, nempe quo Paulus in isto Textu non loquitur de quæstione illata in caput proprium, sed de habita in servos tanquam testes, in caput domini, ut expressè dicitur in eod. Text. *ibi: atrociora maleficia non aliter explorari, & investigari possunt, quàm per servorum quæstiones, in d. l. in prin. & §. quæstioni*, loquitur Ulpianus de tortura illata in caput proprium, ut docent Glossa in d. l. editum, verbo *efficacissimas, in fine, & Bartol. in d. l. §. quæstioni*, & mirum non est, cum interrogatus de seipso propriæ vitæ prospiciens dolorem sustinere toto animo præsumendus est ad negandum; & sic fragilis est periculum in eo factum: at verò qui de alio interrogatur efficacissimè torquetur adquirendam veritatem.

Eandem sententiam probat pariter mihi Text. in d. l. 1. §. idem Cornelio, ff. de quæstion. *ibi: Non ubique in servi unius quæstione fidem rei constituendam, sed argumentis causam examinandam. Licet enim Ulpianus in isto Textu de quæstione unius servi in caput domini loquatur, & sic non de eo qui in se torquetur decisionem ponat, tamen negati non potest iuxta mentem Ulpiani præceptum iudicantibus dari, ad hoc ut fides non in quæstione constituatur, sed quòd causa argumentis examinetur, id est, iuxta probationes ex ipsa causa resultantes: nam nomine argumentorum in iure probationes, cuiusque generis sint, comprehenduntur. Ut in l. tutor 3. §. præter de suspectis tutor. *ibi: Ex aperitissimis rerum argumentis, & in d. l. 1. §. 1. ff. de quæst. *ibi: & aliis argumentis ita probationis admoveatur, ut sola confessio servorum deesse videatur & in l. unius 13. §. in ea causa, ff. eod. *ibi: Nullis reus argumentis urgebatur: & in aliis plurimis, ut notat Dionys. Gotofred. in l. fin. C. de probat. Quod est idem ac si dixisset Consultus: quæstio fragilis modus probandi est, ob quod fides non in quæstione est constituenda, sed causa argumentis, sive probationibus, examinanda, ita ut potius probationibus credatur, quàm quæstioni.****

Expendo pariter Textum in l. qui sententiam 16. C. d. pæn. *ibi: Aut sua confessione, aut certe omnium qui in tormentis vel interrogacionibus fuerint dediti, in unum conspirante concordantè que rei finem, convictus sit, & sic in objecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea qua commiserit, negare sufficiat. Loquitur hic Imperator Constantinus de reo confessio, vel convicto, cui imponenda venit severa sententia. Et licet*

in Text. non dicatur reum in tortura negasse, ut notat Covarruv. d. c. 23. n. 5. tamen jubet hoc temperamento uti; quod aut confessione damnetur, aut convictus ex tortura aliorum, ut notat Baldus in eo Text. ita ut negare, ei non sufficiat, ad evitandam pœnam eorum quæ committit, sive negaverit in quæstione, de quo ibi agebatur, ut ait Text. in tormentis, & interrogationibus, quia verbum interrogare in eod. titulo de quæstionibus intelligitur per tormenta, ut notat Cujac. in l. i. c. de quæst. ad med. sive tortura: ac per consequens jure in pœnam ordinariam convictus etiam si negaverit condemnatur, ut docet Præsul Covarruv. d. c. 23. practicarum, n. 5.

Denique expendo Textum in l. i. c. de quæst. ibi: Tamen si aliis probationibus fides veritatis investigetur, præscriptionis invidia evanescit. Quo Imperatores Severus, & Antoninus dum docent servos torqueri non posse in caput domini, nisi in criminibus exceptis; quid si de facto torqueantur faciendum esse dubitabant? & rescripserunt quod licet servi nulliter interrogati per tormenta sint, si aliis probationibus veritas investigetur dominus jure condemnabitur, quia præscriptionis invidia evanescit, sive effectus nullius interrogationis, ut notat glos. in eod. Text. vera præscriptionis invidia, & Bald. in d. l. i. n. 2. & Jacob. Cujac. in d. l. i. ad med. ibi: Nihilque prodesse Domino quo magis relevetur satis convicto aliis probationibus, ut non sit necesse refellere dictum servi, quod pro non dicto possit habere. Cum autem nulliter tortura adhibeatur plenè convicto; ut inferius dicitur, necesse non erit dictum torturæ refellere, quia pro non dicto est habendum, juxta quam explicationem hunc Textum allegat Ant. Gomez d. lib. 3. var. c. 13. n. 20. Quidquid in contrarium dicat Faquin. d. lib. 9. c. 6. in fin. nam licet species Textus non sit eadem, decidendi ratio eadem est tam in Textu, quam in Glossa.

Ex quibus & aliis hanc sententiam sequenti fuere Bartol. in l. 2. ff. de furt. Bald. in d. l. fin. Cod. de probat. & in l. milites, Cod. de quæstion. Alexand. in addit. ad Bart. in d. l. unius, §. reus, verb. neque confiteatur. Hippol. singular. 108. Joan. And. ad Speculator. tit. de probat. §. 4. Marth. de Afflict. ad conf. Regn. 10. Thomas Grammat. d. decis. 8. in princip. & fin. & decis. 96. per tot. Rimin. Junior. conf. 84. n. 17. Addend. in Magon. decis. Lucen. 79. lit. A. Simon de Præt. conf. 104. n. 34. Fran. Petronal. tract. de indic. & tortur. n. 4. Flam.

Cartar. de execut. sent. capt. Bannit. c. 2. n. 62. & 65. Jul. Clar. in d. §. fin. q. 85. n. 10. & d. q. 64. n. 38. & ibi Baiar. n. 116. Vinc. de Franq. decis. 577. in fin. & ibi Addent. Menoch. de arbit. cassi. 263. à n. 1. Farin. d. q. 40. n. 1. Pet. Cabal. cas. 93. n. 27. cum seg. & d. cas. 288. n. 31. Boff. tit. de sent. n. 70. Gramma. decis. 280. n. 1. & 2. Marra voto 238. n. 10. Polydor. Ripa observ. 237. n. 2. Vivius decis. 143. n. 1. Fachin lib. 9. controrv. 6. Guazzin. d. defens. 30. c. 40. n. 1. vers. contrariam & n. 18. Giurba d. conf. 43. n. 30. cum segg. Riccius in collect. decis. 1567. Joan. Bapt. de Thoro in compend. decis. tom. 1. lit. T. verbo, tortura reiteratis vicibus, & tom. 5. verb. tortus si non fuerit. Ex nostratibus Didacus Cautera in quæst. crim. tit. de tangentibus eum q. 8. n. 2. & q. 12. n. 12. & Don Joan. Vela de delict. 2. part. c. 9. n. 19. qui quidem, cum ab eis relatis, tenent reum negantem in tortura condemnandum esse ad pœnam extraordinariam arbitrio judicis.

Et quod possit condemnari ad pœnam ordinariam si tortura adhibeatur præmissa protestatione, absque præjudicio probatorum, tenuerunt Castrensis in l. si quis hoc genus, c. de Epis. & cleric. Alber. in Rub. c. de qu. n. 9. Bald. in ead. nostram in fin. de probat. Carr. in l. observare, n. 60. c. quor. appell. Hippol. d. singular. 108. Paris de Puteo de sindic. verb. quidam latro. Grammat. conf. crim. 12. n. 24. & voto 1. n. 34. & 37. & d. decis. 96. in fin. Baiard. ad Clar. d. q. 64. n. 116. Cabal. d. cas. 288. n. 10. & 25. Follet. in pract. part. 3. prin. glos. & si confitebuntur, n. 110. Marra d. voi. 238. n. 11. Paponius lib. 24. tit. 9. arrest. in fin. Gaspar Ant. Theaur. quæst. forens. lib. 1. q. 45. n. 10. & 11. Fran. Marcus decis. 156. n. 2. tom. 1. Ant. Faber in C. lib. 9. tit. 21. def. 9. Novar. ad prag. Neapol. tit. de quæst. collect. 1. num. 16. Sigismund. Scaccia de jud. lib. 1. c. 78. n. 13. vers. contraria. Qui omnes tenent quod si aliunde plenè reus convictus fuerit, dummodò tortura adhibeatur præmissa illa protestatione, condemnabitur jure ad pœnam criminis ordinariam.

De jure nostro Hispano hæc sententia videtur securior juxta Text. in l. 26. tit. 1. part. 7. ibi: E si por su nocencia, nin por las pruebas que fueron aduchas contra el non lo fallare en culpa de aquel yerro sobre que fue acusado de velo dar por quito. Quo noster Alphonus ad absolutiorem requirit non solum negationem rei ad torturam adhibiti, verum quod ex probationibus in eum adductis reperiat sine culpa. Et sic tenuerunt condemnandum reum ad pœnam ordinariam

17

dinarium Covarruv. d. c. 23. n. 5. in fin. qui clarissimè pro hac parte concludit Ant. Gomez d. lib. 3. c. 15. n. 20. Dom. Greg. Lopez in d. l. 26. tit. 1. part. 7. glos. 8. & in l. 4. tit. 30. part. 7. glos. 8. Advendaño in diction. verb. atormentado. Zevallos comm. contr. com. q. 375. n. 3. Paz in pract. part. 5. t. 1. c. 3. §. 12. n. 5. cum segg. Villalobos in antinom. jur. lit. F. n. 12. & in suis com. opinion. verbo torqueri, num. 118. Evia Bolaños Curia Philip. 3. p. §. 16. n. 2. & Ayllon ad Gomez. d. c. 13. n. 21. Quare mirum est, quod ex nostratibus plures dum negare non possunt Præsulè Covarruvias, qui Bartolus Hispanus ab exteris nuncupatur, Gregorium Lopez qui quoad jura nostra non inferior Accursio censendus est, & Antonium Gomez, purissimæ doctrinæ criminalis Coryphæum, habent præ manibus; aliena turpiter querendo, Doctores extravagantes in definiendis litibus sequuntur.

18 Quid ergo dicendum? Nam si Doctores qui quæstionem definiunt juxta juris communis observantiam (nam regulam Textualem expressam non habemus, ut dixi) attendendi sunt, problematica conclusio remanet; pro utraque enim parte plures reperuntur non contemnendæ auctoritatis: si juxta Doctores Patrios judicium ferendum est, prout credo, & rationi consentaneum arbitror, plures sunt & amplioris auctoritatis, qui hanc secundam sententiam docent. Quæ durissima plerisque in praxi videretur, quia torturæ acerbitas quam reus negans sustinuit aliquid purgare debet, ac per consequens, de rigore pœnæ ordinariæ subtrahere: non enim coarquantur erit qui talia passus fuit, cum eo qui hos dolores non sustinuit; quod naturali æquitati consentaneum esse non dubito; & praxi communi regulariter comprobatur. Quare ut meum proferam judicium, distinguendos esse aliquos casus reor, quo mediante hæc pugna sententiarum ad concordiam reduci posse apparebit.

19 Primus casus est quando reus de pluribus criminibus accusatus, vel inquisitus per judices ad torturam condemnatur quoad aliquid ex illis criminibus, quod plenè probatum non est: nam si pro eo adhibeatur tortura cum protestatione præmissa, quia in hoc casu, reus de crimine plenè probato non interrogatur, neque pro eo tortura adhibetur; protestatio prodest conservando quoad crimina in quæstione non deducta probationes in

suo vigore, & tunc intrat regula adducta in terminis per Ant. Gomez d. c. 13. n. 20. nempe quod utile per inutile non vitiatur, cum crimina separata; & dividua reperiantur. Neque in hoc casu potest dici protestatio contraria facta: nam quod inquiritur est diversum à crimine pro quo condemnatur, quia tortura adhibetur limitata ad crimen non plenè probatum. In hoc enim casu nemo ex Doctoribus pro prima sententia allegatis sup. n. 1. dicere ausus fuit pœnam ordinariam imponendam non esse, & multo minus quod reus sit absolvendus: & quod debeat condemnari in pœnam ordinariam criminis probati, de quo non interrogatur, docent Grammaticus conf. 1. n. 3. Boffius d. ind. & tot. n. 130. Cyrill. in summa crim. rub. 29. de quæst. §. 11. n. 5. Jul. Clar. d. q. 64. n. 8. vers. veritas est. Farin. d. q. 40. num. 16. Scaccia d. c. 58. n. 13. Franq. d. decis. 577. n. 1. Et si censui in causa Joannis de la Espada cui torturam adhiberi jussi, super diversis latrocinii in hac urbe commissis, quorum pars apud eum reperta fuit, cum protestatione quod non adhibebatur ratione gratificationis principalis patratæ in itinere de Alcalá; & licet negativus in tortura persistisset, cum pœna capitali plectendum judicavi, quæ sententia confirmata fuit per Consilium, ut dixi contr.

20

20 Secundus casus est quando reus tortus fuit pro unico crimine, cum illa protestatione; & postquam negativus evasis supervenit novæ probationes; quia hoc in casu, juxta benigniorem sententiam indicia purgata, non influunt in condemnatione, sed ex noviter probatis reus venit condemnandus ad pœnam criminis ordinariam; non inquam ex probationibus præcedentibus torturam, quæ purgata esse possunt, sed ex subsequenti, quæ purgata non sunt, ut in terminis docet Covarruv. l. 1. variat. cap. 1. n. 8. vers. cujus sententiam, quem sequuntur Caballus d. cas. 188. n. 28. Farin. d. q. 40. n. 25. & Guaz. d. c. 40. n. 2. vers. sed Modern. & n. 5. Quid quid dicat Peguera d. decis. 70. in fin. & in praxi d. c. 12. n. 5. præsertim quando probatio supervenit antequam reus absolutiorem consequatur ex negatione. Neque obstat doctrina Vincentii de Franquis d. dec. 577. in fin. qui licet in principio tradidisset reum de quo tractabat condemnatum fuisse per Magnam Curiam Vicariæ ad pœnam ordinariam, ex eo quod post torturam illatam virtute dicti unius

focii cum adminiculis, supervenerunt dicta duorum sociorum: quia subdit sententiam revocatam fuisse per Consilium sanctæ Claræ reum condemnando ad perpetuas triremes. Nam loquitur in terminis statuti requirentis dictum trium sociorum ad plenam probationem, & eo in casu deficiebat dictum socii purgatum per torturam: imò si supervenisset dictum trium sociorum post torturam, confirmaretur sententia, ut docet Riccius in additione ejusdem decisionis. Quod docuerat idem Franquis decis. 570. n. 2. vers. his tamen non obstantibus. Nos autem loquimur casu quo concludens probatio resulteret juxta nostra jura, & sic decisio Vincentii de Franquis nostram conclusionem firmat.

26 Hic casus decidendus se obtulit in Aula in causa necis & grassationis parricæ in personam Petri Lopez Bibliopolæ, de quibus inquisitus fuit Josephus Hernandez vicinus occisi, eò quod consilium, dedisset grassatoribus, ut dicebatur ad disrobationem faciendam dum proficiscebatur ad oppidum de Alcalá. Is enim fuit torturæ suppositus in qua negativus permansit; sed habita postea questione de duobus reis delictum exequentibus, confessi fuerunt prælibatum Josephum consilium grassandi dedisse, sed in homicidio non interfuisse: Ob quod Aula ipsum condemnavit ad pœnam verberum & trirerium, sententia diei 20. Maii 1661. de qua mentionem feci, *controvers. 2. n. 46.* licet mitigatio pœnæ non fuisset consequutus, sed eo solum quòd indicia purgasset, sed etiam quia consilium quod dederat non extendebatur ad occidendum, sed ad subripiendas pecunias tantum: & licet grassationis crimen in via publica grave sit, apud nos, si non occiderit, vel occidere curaverit, ex unica grassatione non punitur capitaliter, ut docet Dominus Gregor. Lopez in l. 18. tit. 14. part. 7. gloss. 5. q. 1. sed extra ordinem: & licet dans operam rei illicitæ teneatur regulariter de excessu, ut alibi dixi, quando excessus est crimen gravius, non teneri docet Farin. q. 129. n. 97. eadem pœna, sed mitiori: ex quibus hæc decisio non videtur in terminis. Meliorem arbitror decisionem casus Didaci Duran, qui per me condemnatus ad torturam ex indicibus in eum resultantibus in crimine, de quo supra n. 23. postquam negavit, tres ex complicibus confessi fuerunt eum auctorem totius criminis nominando: & li-

cet negatio ei profuerit ad hoc, ut appellatio reciperetur, tandem sententia capitalis à me in eum lata confirmata fuit per Consilium, ut dixi, *d. contr. 3. n. 60.*

Tertius casus est, quando reus plene convictus, & condemnatus in pœnam capitis, condemnatur in eadem sententia ad torturam, ut dicat de complicibus, juxta Textum, in l. qui ultimo 29. ff. de pœn. ibi: *Sæpe idè servari solent post damnationem, ut ex his in alios questio habeatur.* Quod genus torturæ praxi receptum est in Principatu Cataloniæ ut testatur Peguera d. decis. 5. n. 29. Sardinia, ut dixit Don. Joan. Dexart dec. 37. ex n. 5. Valentia, ut scripsi d. 1. 2. de regim. c. 8. §. 9. n. 99. & in Italia, ut tradunt Julius Clarus d. q. 64. n. 8. Baiard. ad eum n. 23. & Farin. d. q. 40. n. 28. sed in nostra Aula non reperitur recepta, forte quia necessaria non creditur, eo quòd solum admittitur in criminibus exceptis de quibus reus interrogari potest de sociis, & complicibus, & in his tortura ex summatia de qua dixi controversia præcedenti, supplet hanc torturam adhibendam post condemnationem. Quod licet aliquando verum sit, non tamen semper ac reus de crimine excepto accusatus condemnatur, reperitur tortus in summatia, & si sit ex his quæ per unum solum non patrantur, sed cum sociis & complicibus, ad eos detegendos necessaria mihi semper visa fuit similis torturæ, quam usu receperam fuisse in Pinciana Cancellaria audiivi non semel, & eam ex decisione nostri Regiæ supremi Indiarum Senatus executioni deductam vidimus anni 1661. in personam Josephi Yriarte, ad mortem condemnati, per illustrem Dominum Don. Joan. Ramirez de Arellano Equestri Ordinis Calatrava, Marchionem de Miranda de Aute, amantissimum Collegam nostrum in eodem Senatu. In hoc enim casu necessaria protestatio non erit, quia tortura, ut de complicibus dicat, est pars condemnationis, & sententia; & ex illius executione non vitatur, aut impeditur impositio pœnæ principalis, ut dixi d. §. 9. n. 99.

27 Quartus casus est quando crimen unicum plene probatum fuit, & nihilominus reus questionibus subjicitur, ut non solum convictus, verum etiam confessus reperitur, & appellans non audiat juxta l. 2. c. quorum appellat. de quo dixi contr. 2. ex n. 9. Quod licet regulariter licitum non sit ex traditis per Jul. Clarum d. q. 64. n. 8. Cabal. d. cas. 288. n. 34. Scacc. d. c. 78. n. 13. Farin.

Farin. d. q. 40. n. 9. Guaz. d. defens. 30. c. 40. n. 1. vers. sed Modern. Greg. Lop. in d. l. 26. tit. 1. gloss. 8. & l. 4. tit. 30. gloss. 8. part. 7. & Ant. Gomez d. c. 13. in fin. vers. item ex supra dictis, ubi Ayllon & Bobadilla lib. 5. polit. c. 3. n. 80. Tamen aliquando in enormissimis, quando disciplina publica exigit celeritatem in exequendo licite, & debite fieri potest, ut docet Covarruvias d. c. 23. n. 5. post med. vel ad detegendos socios, aut alia justa de causa, si tortura adhibeatur cum dicta protestatione, condemnari posse ad pœnam ordinariam docuerunt

35 ferè omnes laudati supra n. 16. cum duobus seqq. Hic casus rarissime evenire potest in supremis Curis, licet Faber, Paponius Gaspar Antonius Thesaurus & alii de obsoletantia illorum gravissimorum Senatum testantur: præsertim in nostra Aula in qua cuncta accuratissime pensantur, & nunquam in ea vidi reum plene convictum ad torturam condemnari, nec ab antiquioribus similem observantiam audivi, quæ si esset usu recepta per decursum decenni, absque dubio audivissem. Et licet negari non possit, quod ex auctoritate Doctorum hanc sententiam firmantium pœna capitalis in aliquo gravissimo, & cruento delicto imponi posset: tamen benignior sententia verior, & securior est, nempè quod reus mitius puniatur juxta doctrinam Didaci Cantera & Don Joannis Vela atque aliorum de quibus supra n. 15. quod regulariter in omnibus Hispaniæ Senatibus observatur: pœnam trirerium, vel aliam mitiorem imponendo, juxta judicantium arbitrium, & causarum circumstantias.

36 Quintus casus est quando reus non plene convictus, sed ex indicibus regulariter ad torturam requisitus, ad eam condemnatur. Qui si negativus persistit, aut leviter extra ordinem plecendus est, juxta doctrinam Cabal. d. cas. 93. n. 27. & cas. 288. n. 31. Clar. d. q. 64. n. 38. Farin. d. q. 40. n. 11. Gamm. d. decis. 180. n. 2. Cantera d. q. 8. n. 2. Vela d. c. 9. n. 19. Faquin. d. l. 9. c. 6. & aliorum supra n. 15. laudatorum, habita ratione urgentiæ indiciorum, gravitatis torturæ, & qualitatis personæ: quæ condemnatio in supremis Judicibus usque ad pœnam trirerium extendi potest, ut accuratè distinguit Thoro. d. tom. 5. compend. decis. verb. tortus si non fuerit, ad medium, vers. & propterea. Juxta prudentis judicis arbitrium; & suo in casu, nempè quando plene tortus est, & indicia purgata, remanet reum diffinitivè vel ab

observatioe judicii absolvendo; quam praxim Aula nostra quotidie observat, ita ut infinitæ decisiones tradi possint.

CONTROVERSIA XXVII.

De effectu transactionis seu pacis factæ inter accusatorem, & reum; & de tortura injustè, vel nulliter adhibita; & an ex eo reus sit omninò absolvendus?

SUMMARIUM.

- 1 Facti species præbens ansam differendi narratur.
- 2 L. 22. tit. 1. part. 7. explicandi desumitur.
- 3 An iste Textus desumptus sit ex l. transigere 18. C. de transact.
- 4 Ex accusatoris transactione, vel pacto an impediatur alius, vel iudex ex officio, crimen persequi.
- 5 Causa per accusationem non inchoata, sed ex officio judicis, etiam si accusatio superveniat prosequi valet.
- 6 Sed nihilominus pœna mitigari debet ita ut corporalis non imponatur. Ex communi stylo, & Curiarum consuetudine.
- 7 Transactio seu pactum initum cum accusatore extraneo, neque accusationem, neque crimen perimet.
- 8 Transactio ut prosit reo, debet fieri cum eo qui legitime suam, vel suorum injuriam prosequitur.
- 9 Accusans in Aula suprema criminum ante omnia tenetur justificare ad se legitime pertinuisse jus accusandi, alius non admittitur, ut accusator, sed ut denunciator, vel delator.
- 10 Delatoris, seu denunciatoris transactio neque nocet fisco, neque prodest reo.
- 11 Transactio facta super crimen blasphemie an prosit reo.
- 12 Delator, sive denunciator transigens de crimine publico ad se non astinente, puniri potest, & quâ pœnâ.
- 13 Denunciator ratione officii pacificando cum reo incidit in pœnam.
- 14 Denunciatores in Aula suprema criminum sunt ex necessitate muneris omnes Alguacelli Regie domus & Curia, quibus ex hoc debetur quarta pars pœnæ pecuniariæ, & quomodo.
- 15 Transactio de crimine tangente reum, non minuit pœnam.
- 16 Transactio de crimine furti valet, quoad interesse civile.