

de vulnero, adeoque non est puniendus pena legis Cornelia, seu ordinariâ. Probatur. 1. ex lege 30. §. *in ff. ad L. Aquil.* [Si vulneratus fuerit servus non mortificet, negligentia autem perierit, de vulnero Actio erit, non de occiso.] Ergo si hoc obtinet in actione civili ex lege Aquilia, multo magis (inquit citatus Author) obtinebit in actione criminali, & quoad poenam homicidii infligendam, ubi majus versatur praedictum vulnerantis, & ad quam non nisi manifesto ac claro delicto perveniri potest. Scio, quod multi DD. ut Covarruvias, non admittant consequentiam à poena legis Aquiliae ad poenam legis Corneliae, quando agitur de poena exaspandâ, adeoque quando quis tenetur ex lege Aquilia de Occiso, non liceat inferre idem quoad poenam legis Corneliae (quamvis plures etiam hanc consequentiam admittant, inter quos est P. Molina) omnes tamen fatentur valere consequentiam quando agitur de poena minuenda, & de recedendo à poena ordinariâ. Hinc

300. Probatur II. Per argumentum à contrario sensu ex lege 25. pr. ff. eodem. ibi. [Si ex plagis servus mortuus esset, neque id Medici in scientiâ, aut domini negligentia accidisset, recte de injuria occiso eo agitur.] Idem argumentum fieri potest ex pluribus articulis Carolinae Ordinationis supra relatis, quibus requiritur ad poenam ordinariâ, ut constet, occisum ex vulnere lethali mortuum esse, secus verò arbitrio iudicis, consultis peritis, puniendum esse. Ratio etiam hoc vincit. Nam qui non occidit, non est puniendus ut homicida. Sed qui non infligit vulnus lethale, non occidit, esto posuerit vulnus, quod quia non fuit modo debito curatum, vel quia aliud aliunde accessit, denique mortis causa, sed non ad æquata & unica, evasit. Sicut, qui alium inebriat, si deinde is per scalam delapsus collum fregit, non dicitur inebriando illum occidisse, nec ut homicida puniri potest. Nec chirurgus, qui alicui venam aperuit, dicitur occidisse eum, qui postea noctu per inquietudinem ligamine abstracto, & sanguine denuo fluente mortuus est.

301. Aliud fortasse dicendum esset, si quis alicquem ita vulneraret in loco solitario, ubi prævideret non posse vulnus curari ob absentiam omnium hominum, & ideo ob continuam sanguinationem mors sequeretur: tunc enim taliter vulneranti tota causa mortis imputari posset: sed ratio continget, ut vulneranti hæc circumstantia sit sufficiens prævisa & voluntaria, & ideo non posset præsumi prævisa: possetque vulnerans admitti ad iuramentum purgatorium, quod hoc non prævident, nec ipsi voluntarium fuerit. Itaque, ut in articulo 147. innuitur, Iudex diligenter inquirat apud Chirugos & Medicos, ac

domesticos vel vicinos, qualenam vulnus fuerit, qualiter se vulneratus ex præscripto Medici gesserit, num potu cibove interdito usus sit, num ex intemperantia novo aliquo symptomate correptus sit, an si sibi deesse nolisset, convalescere potuisset, & deinde his perennis sit deprehendat aliquid ex his fuisse ultimam causam mortis, poenam arbitrium pro ratione vulneris decerneret.

302. Dubitatur autem hoc loco, quâ ratione se gerere debeat Iudex in dijudicando vulnere & causa mortis, ut possit omne dubium deponere, quandoquidem in causa capitali stante dubio, ad poenam ordinariâ procedi non potest, & ex alia parte vix videtur aliqua certitudo in multis casibus haberi posse, an vulnus fuerit lethale nec ne. Ad hoc dubium singulari acerratione respondet sæpè laudatus Carpovius à n. 26. Aut Medici testantur, & deponunt rotundè & indubitanter, vulnus insitum lethale fuisse, & ex eo occisum obijisse, nec evadere potuisse, & tunc horum iudicio, utpote in arte sua credendum est, & poena homicidij Reo dictanda, non habitâ ratione brevitatis aut diuturnitatis temporis, quo vulneratus decessit, ut nec malæ curæ, intemperantiæ, quomodo se gesserit vulneratus &c. Aut verò Medici inspecto cadavere occisi, contrariâ diserte deponunt, nempe vulnus non fuisse lethiferum, nec vulneratum ex eo decessisse: vel ipsimet de hoc dubitant, vel coniecturis ac præsumptionibus solummodo inhaerentes, rationem probabilem assertionis suæ reddere non possunt (rationem probabilem non credo quod Carpovius accipiat in sensu philosophico, hoc est quæ stat cum equali vel etiam majori probabilitate contrarij, sic enim ejus resolutio esset manca, quia nihil statuit pro casu quo Medici haberent rationem hujusmodi probabilem, sed videretur, imò debet, accipere in sensu Juridico, pro ratione convincente, & prudens dubium non admittente, ut patet ex seqq. verbis, & tunc nequaquam ad poenam homicidij ordinariâ deveniri potest, sed Iudex hoc casu mitiorem potius partem amplecti, & poenam extraordinariâ eligere debet, quam Medicorum scrupulositates sectando, & per incertum eundo, justitiæ & æquitatis fines transgredi, arg. legis 5. pr. ff. de poenis ibi. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari: satis enim esse impenitentium relinquij faciunt, quam innocentem damnari.

303. Porò in faciendi inspectione corporis occisi ex Ordin. Crim. a. 149. quatuor observanda sunt. Primò, Iudex cum duobus Scabinis (id est Assessoribus, Germanicè *Schöppen*) & Actuariis, inspectioni adesse debet, tum quia inspectio est pars inquisitionis, adeoque actus judicialis, tum quia hoc facit ad evitandas fraudes & sub-

& subornationes. Secundò, adhibendi sunt Medici seu Chirugi bene periti ad cognoscendum an vulnus sit lethale. His creditur, si ad minimum sint duo, & conveniant: quod si in loco non nisi unus haberi potest, etiam illi creditur, si assenserit indubitanter, vulnus esse lethale. Tertiò, requiritur, ut isti Medici & Chirugi priùs jurent: quod tamen non est intelligendum de Medicis vel Chirurgis specialiter deputatis ad cognoscenda vulnera, in quibus sufficit iuramentum generale, à principio suscepti muneris præstitum. Quartò, requiritur accuratâ & diligens inspectio cadaveris. Nempe, ut Chirugi locum vulneris dissecent, & ejus qualitatem, quantitatem examinent, & conformiter ac certò de illius lethalitate pronuntient. Ex hujus certitudinis defectu, in facti contingentiâ Scabini Lipsiensis contra Iudicium Assessorum V Vitenbergensium à poena ordinariâ absolverunt quemdam, qui alium vulnere punctum insitum occidisse dicebatur, eò quod post duodecim horas decesserit. Sed inspecto vulnere dubitaverunt chirugi, an esset lethale vulnus: & ob hanc dubitationem solum ad flagitationem, & perpetuam relegationem condemnarunt: quia in puncto homicidij Reus, etiam si confessus sit, se vulnus infligisse, non est ad poenam mortis condemnandus, antequam de corpore delicti constet, quòd scilicet vulnus insitum fuerit lethale, nec vulneratus curari, ac pristinæ sanitati, adhibita operâ Medicorum sive Chirurgorum restitui poterit. Ità illi; sed meo Iudicio nec hoc erat necesse, ut pristinæ sanitati potuisset restitui, sufficisset enim, si in vita potuisset conservari, ut poena mortis non decerneretur.

304. Ex hæcenus dictis inferitur, malè à multis Jureconsultis constitui regulam lethali-tatis præsumendæ in brevitate temporis, quo vulneratus supervixit, ex qua brevitate volunt esse præsumendum vulnus lethale fuisse, in cuius brevitatis assignatione tanta est varietas, ut vel ex hoc ipso regula fiat inutilis, quia non facit certitudinem, quæ tamen requiritur. Aliqui enim assignant triduum, alii dies quinque, alii octo, alii octo menses, alii dies sexaginta, alii annum, alii triennium, ut refert Farinacius q. 127. n. 31. & seqq. item Menochius casu 275. & Mascardus. Verum, ratio temporis potest quidem fundare prudentem præsumptionem, sed non certitatem, cum sæpè fallat, eò quod ex accidenti potuerit mors accelerari, ut hæcenus declaratum est.

305. Queritur XI. An conatus occidendi puniatur lege Cornelia & ordinariâ in eo qui habitavit animo occidendi, sed effectus non est secutus. Negandum hoc esse, manifestè sequitur ex hæcenus dictis. Sed difficultatem faciunt Jura expressa, quæ jubent hæc poenâ puniri etiam conatum remotum. l. 7. C. h. h. i. [Is qui cum telo ambulaverit, hominis necandi causâ, sicut is qui hominem occiderit, vel cuius dolo malo factum erit commissum, legis Corneliae de sicariis poenâ coæctetur.] quod etiam habetur §. 5. *Infl. de publicis Judiciis.* Item lex Cornelia de sicariis: quæ homicidas ultro ferro persequitur, vel NB. eos qui hominis occidendi causâ cum telo ambulant. Ad has leges responderet, eas consuetudine contrariâ abrogatas esse: quam consuetudinem confirmare videtur Ordin. Carol. art. 178. ubi dicitur: si quis delictum aliquibus actibus manifestis & apertis ad perpetrandum delictum conatus fuerit perpetrare, sed à perpetratione per alia media contra voluntatem suam impeditur: talis dolosus animus, ex quo aliqui actus sunt secuti, est puniendus, sed gravius in uno quam in alio, consideratis circumstantiis, & consultis desuper peritis. Quibus verbis poena videtur Iudicis arbitrio committi. De hac consuetudine videri potest Farinacius, tit. 14. q. 124. à n. 78. ubi per integram columnam auctoritatibus confirmat.

306. Queritur XII. Quâ ratione puniendi sint Medici, qui vel malitiosè, vel per imperitiam curando, necant. R. De his existat art. 134. Ord. Carol. Si Medicus ex negligentia vel imperitia, non tamen ex malitiâ & proposito alicquem suis medicamentis occidit, & iudicio peritorum temerè medicamentis abusus est, vel non convenientibus medicamentis abusus est, & sic morti causam dedit, talis pro qualitate & conditione rei, & ex consilio peritorum puniatur. Attendatur etiam ad leves homines (quales sunt aliqua Faminae, quæ prope artem medicam profitentur) & quidam alii simplices homines, qui solent Empirici vocari, qui medicationem attentant, cum non didicerint. Quod si Medicus ex proposito occidisset, tanquam latro puniendus est.

307. Queritur XIII. Quâ poenâ puniendus sit, qui in defensione sui contra injustum aggressorem excessit moderamen inculpatae tutelæ. De hoc etiam aliquid dixi loco cit. tract. 2. n. 633. Sed hic plenius agendum.

Distinguunt DD. inter Moderamen Defensionis, & Moderamen Inculpatae Tutelæ. Moderamen defensionis observabile dicitur, qui non ex alia causa alicui resistit, & armis aggreditur, quam quia ad hoc impellitur & cogitur injullâ alicuius aggressionem. (Sive physica, sive moralis, quæ reddit licitam preventionem, ut explicito loco citato.) Hoc moderamine observato si alterum aggressorem occidat, excusatur eatenus, ut non teneatur poenâ legis Corneliae. Moderamen inculpatae tutelæ (quod tandem ab omni poenâ excusat) observabile dicitur,

tur, qui ita se defendendo & occidendo gessit, ut si minus fecisset, fuisset in periculo moraliter certo, subeundi iacturam seu damnum, quod non tenetur homo subire ex charitate erga proximum ad conservandam ejus vitam, quam regulam semel iterumque explicuit in tomo. 1. de Jure privatorum.

Aggressio itaque injusta est Causa justæ defensionis, adeoque probatâ aggressionem & insultu, præsumitur insultatus occidisse aggressorem ad sui necessariam defensionem, nec opus est ulteriori probatione necessitatis defensionis, ut expressè traditur *art. 140. Ord. Crimin.*

308. Ulterius tamen ad Moderamen inculpatæ tutelæ requiritur, ut Modus, quo se defendit, fuerit necessarius, nec potuisset se defendere modo minus offensivo. Ad hunc modum requirunt DD. paritatem armorum, ita ut si alter manibus solum invadit, vel baculo, defensio etiam non fiat nisi manibus, vel baculo. Sed hoc, meo judicio, nimis crudè dicitur, quasi verò semper quis debeat habere præsentia paria arma, vel etiam si habeat, possit semper eadem dexteritate tractare. Sanè pugna inter Davidem & Philistæum Goliath non processit paribus armis. Et quis neget, posse aliquem uti sclopeto contra eum à quo gladio invaditur, si vel gladium non habet, vel non ita securam habet peritiam tractandi, vel ex alia justa causa gladio diffidit? Itaque sufficienter servatur paritas armorum, si quis illis armis utatur, ut si hic & nunc minus offensivis uteretur, ab altero moraliter certò, vel valde probabiliter vinceretur; adeoque non arithmetica, sed Geometrica proportio solum requiritur, ut declarat etiam Carpvovius *q. 28. n. 27.*

Denique, & tertio ad Moderamen inculpatæ tutelæ requiritur, ut fiat debito tempore, nempe illo, quo imminet periculum per defensionem repellendum, & impediendum malum: alioquin si elapso hoc periculo fiat, non habet amplius rationem defensionis, sed potius vindictæ, ut loco citato declaravi, disputando quæstionem, an percipientem liceat repercutere. His positis

309. Ad Quæsitum principale respondeatur, occisorem, si moderamen inculpatæ tutelæ supergressus est, puniendum esse penâ extraordinariâ, arbitrio Judicis, modò graviore, modò leviore, prout excessus habet rationem culpæ, lætæ, levitatis, aut levissimæ. Ratio est, quia in tali defensore non potest puniri dolus, supponitur enim abesse, sed culpa in moderanda defensione. Cum ergo, ut supra dictum, penâ legis Cornelie tunc solum locum habeat, quando dolo fit homicidium: sequitur in casu quæstionis penam legis Cornelie non habere lo-

cum, bene tamen penam arbitriariam, ob culpam commissam. Hac omnia sunt consentanea arti 142. Ord. Carol. ubi dicitur. Si quis ratione primæ aggressionis iustas defensionis causas habuit, ipso tamen facto non omnes circumstantias requisitas ad plenam excusationem observavit, necessario ponderandum est, quantum causam habuerit defensor ad ipsam factum, ut penâ, sive in corpore, sive in vita, sive ad penitentiam, & emendationem faciens decernatur secundum Jurisperitorum consilium. In quibus verbis dum insinuat etiam penâ mortis, nisi fallor, est intelligendum de casu quo ita exceditur, ut habeat admixtum dolum, adeoque jam non amplius habeat rationem defensionis: cuiusmodi defensio esset, si aggressor ab aggrediendo desistisset, adeoque periculum cessasset, & is quem aggressus est, ulterius pergeret pugnare, & occideret, reverâ talis non solum non servaret moderam inculpatæ tutelæ, sed nec moderamen defensionis, quia esset potius vindicta, quam defensio.

310. Pro distinguendo gradu culpæ, statuunt DD. hæc Regulam. *Lata culpa* committitur, quando moderamen inculpatæ tutelæ exceditur tribus modis, nempe in genere armorum, tempore & modo percutiendi. v.g. si quis preterit gladio, cum possit se defendere baculo, & postquam jam in fugam convertit hostem, ex motu iræ plus quam necesse esset, persecueretur, & gravius quam oporteret, vulnèra erit. *Levis culpa* committitur, quando defensionis modus exceditur in duobus ex prædictis. *Levissima*, si in uno exceditur. Ego tamen existimo posse culpam modò graviorem modò leviorē committi etiam in uno solo: sed hoc Judicis arbitrio relinquendum. Circa hæc tamen magis in specie

311. Quæsitum est, an si defendens tei aggressionem passus dolo modo excedat moderamen inculpatæ tutelæ, dummodo tamen reverâ fuerit moderamen defensionis, hoc est, dummodo adhuc gerat personam defensoris, & non meri vindicatoris, an inquam penâ ordinariâ sit puniendus tanquam homicida. Affirmant aliqui: sed communissima sententia negat: quia adhuc minus notabiliter delinquit, utpote graviter irritatus ab aggressore. Ita Damhauderus, Clarus, Tiraqueillus, Farinaeus, Fachineus, Berlichius, Menochius, Gail, quos refert & sequitur Carpvovius *n. 29.*

312. Quæsitum est II. An possit excusari à penâ ordinaria, quasi observasset moderamen inculpatæ tutelæ, qui fuit auctor rixæ, v.g. alterum provocavit, sed in ipso confictu, & congressu in eam ab adversario conjectus est necessitatem, ut non aliter poterit evadere, nisi adversarium occidendo. *æ. Negative.* Ita Andreas Gail.

Gail. *lib. 1. de pace pub. c. 16. n. 17. Farin. q. 125. n. 118. Berlichius. concl. 13. n. 5. Carpvov. n. 43. & alii.* Rationem reddunt, quia sicut cujuscumque causæ principium attendi solet, ita etiam in excusandis delictis principium potissimum, non finis, & exitus spectatur. Brevius. Quia talis habet rationem aggressoris, & ipse sponte & culpâ suâ se conjicit in talem necessitatem, quam ab altero patitur, & alter eam iuste infert: ergo non minuitur ejus delictum, quod ipsi jam à principio aliquo modo voluntarium fuit.

313. Quæsitum est III. An quemadmodum provocans alium ad duellum illicitum, (de quo loco citato plene actum est) si occidat provocatum, teneatur penâ ordinariâ legis Cornelie, ita etiam, si provocatus illicitè comparens (quod quando fiat, eodem loco declaratum est) occidat provocantem, teneatur penâ ordinariâ. Respondet probabiliter Carpvovius, *n. 88.* esse illegitimum, quia difficile est homini honorato, ob imminentem apud alios aliquam gravem contempnunt non comparere. putat ergo talem sufficienter puniunt iri perpetuâ relegatione, & fustigatione. Ceterum, si alicubi, ut in Gallia, lex exilat, puniens utrumque penâ ultimi supplicii, ob nimis frequentes hujusmodi provocaciones, & compariciones, & ad absterrendos Nobiles à tanta temeritate, talis lex culpanda non est, sed potius laudanda.

314. Simili penâ vult idem auctor esse puniendum illum, qui alapa aut pugno affectus & ad iram provocatus, percussorem occidit, ita ut hæc occisio habeat verè rationem vindictæ, ex eodem principio, quòd ignoscendum sit quoad penam ordinariam illi, qui provocatus alium occidit, ad quod adducit legem *14. §. 6. ff. de bonis libertor.* Verum, hic locus, quem in præsentia materia toties adducit, nihil ad rem facit, eum loquatur de ultione licita, quæ fit per retorsionem, & sic habet. [Si libertus Majestatis patroni filium acceperat, & patroni filius calumniæ eum capitis puniri desideravit, non debet repellit hoc edicto: idem puto, & si ab eo peritus retorsit in eum crimina: ignoscendum est enim ei, qui vult se ulticè provocatus.] Censio itaque, esse considerandam conditionem personæ, an talis sit, cui alapa vel percussio secundum se non gravitacione status sit, nisi sit graviter ignominiosa, ita ut mirum non sit, fuisse ad gravissimam iram concitatum, indeque secutam defensionem vel vindictam cum excessu tanto, ut inde homicidium fit secutum: quo casu fortè procedit reata Carpvovii opinio, sed non in quavis plebeja persona.

315. Quæsitum IV. An ab ordinariâ penâ absolvi possit, qui aggressorem ita repulit,

ut in fugam coniecero, sed cum insequendo occidit. *æ.* Affirmativè cum recepta sententia, ut videre est apud Farinaetum *q. 125. n. 393. & Carpv. n. 45. & colligitur ex art. 122.* ubi dicitur, quòd talis occisor non possit se plene & omnimodè per necessitatem defensionis excusare: ergo agnoscitur, quòd saltem aliqua ex parte excusari possit. Rectè tamen advertunt DD. quòd corporali etiam penâ afficiendus esset ille, qui occidit fugientem taliter, ut certum sit eum non reverturum ad nocendum, v.g. si fugiat, & non habeat arma: nam si esset periculum, quòd esset reverturus, mitius, v.g. pecuniaria penâ, vel carcere forem puniendus esset: imò, si periculum esset mortale. v.g. si fugerit, fortè ut alicubi sclopetum arripere possit, putarem, quandoque posse ab omni penâ excusari, si possit hujusmodi periculum sufficienter probari. Econtra si nullum planè esset periculum reverturi aggressoris, non facile ordinariam penam effugeret occisor. Unde Scabini adiudicaverunt mortuum, qui arma aggressori eripuerat, & illis deinde fugientem occidit, ut refert ipse Carpv. *n. 51.* cum tamen paulò ante *n. 49.* ex Capolla resolvisset, talem non esse puniendum penâ mortis.

316. Quæsitum est V. An tanquam homicida puniendus sit, qui passus aggressorem, cum facili negotio se possit subducere, v.g. recedendo in domum & ostio clauso, manit aggressorem experiri, & aggressori resistere, eumque occidit. *æ.* Per se loquendo talem non excusari ab omni penâ, ut colligitur ex *art. 130. Ord. Crim.* ubi ille solum excusatur, qui sine periculo fugam arripere non potest. Excusari tamen ab ordinariâ penâ, sive talis sit nobilis sive ignobilis, tradit Carpvovius *n. 64.* Quod quidem in persona nobili fortassis procedit, sed in persona, cui nullum dedecus inde refultat, imò ab omnibus improbatum ob temeritatem, non credo, quòd talis excusaretur ab ordinariâ penâ, sicut nec excusatur, qui in rixa provocatus occidit, quando comparicio non reputatur necessaria ad defendendum honorem. Unde communiter DD. quos sequitur Prosper Farin. *q. 125. n. 42. Harpp. n. 92. & alii,* solas personas honoratas gravissimis injuriis verbalibus læsitas excusant à penâ ordinariâ mortis, condemnantes ad amputationem manus, aut fustigationem, si in continentem injuriantem ex ira impetu occidant, non item personas plebejas & vulgares: & non ita pridem scimus venatores ex simili causa capite plexum esse, quantumvis pro excusatione pretenderet, se fuisse verbis injuriis læsitos.

317. Quæsitum est VI. An excusetur à penâ ordinariâ ille, qui aggressorem ita repulit,

neni, & durante aggressione, sed ex intervallo non magno, saltem media hora, dum adhuc censetur durare animi dolor & commotio, & priusquam ad alios extraneos actus diverterit, aggressorem occidat. Prosper Facinacius q. 12 §. tit. 4. n. 430. approbat quorundam sententiam, quod talis non sit puniendus pena ordinariâ, sed mitius. Idem censet Carpovius, & in factâ contingentiâ Scabini talem, qui aggressorem finitâ jam aggressione expectaverat cum cultro ad januâ, & occidit, condemnârunt ad fustigationem & relegationem perpetuam. Hac sententiâ, speculativè loquendo, difficilis est, nisi limitetur hoc modo, quod hoc factum sit aliquo modo prætextu præventionis, quatenus, licet minus rationabiliter, timeretur novam aggressione ab altero, & priore periculosiore; & hanc limitationem insinuat ipse Carpovius in probatione huius suæ opinionis, dicens, quod insultatus iustum metum habeat, ne rursus ab eodem insultetur. Ego non dicerem: *iustum metum*. Nam metus iustus ab omni pena excusaret, iure præventionis. & hoc probat casus quem refert Damhouderus c. 76. n. 11. si nobilis aliquis præpotens, & multo satellitio comitatus, pauperi alicui mortem minitatus esset, & iste se subtraxisset, sed ex intervallo offenderet eundem nobilem solum, & quia alter non posset se securum reddere nisi occidendo, dum potest, non esset talis puniendus, & hoc iure præventionis, de quo plura dixit. 1. lo. cit. de iure privati.

318. Quaritur nunc principaliter XIV. An sicut quis potest impunè, salvo moderamine inculpatæ tutelæ defendere se ipsum, ita etiam possit defendere proximum, & quidem non solum sibi specialiter conjunctum, ut sunt liberi, parentes, propinqui, sed etiam quemvis alium extraneum, ab alio insultatum, aut proxime insultandum, si ille ipse se sufficienter fortè tueri non potest, & nisi defendatur ab alio, est in periculo tali, ob quod Jus habet se defendendi etiam cum nece aggressoris. 32. Affirmativè: id quod iure naturæ licitum esse supponunt Theologi, ut suo loco probavimus. & ratio est, quia quod quis per se ipsum licitè facit, per alium tanquam negotiorum suorum gestorem etiam fieri potest. Ulterior ratio à Iuristis assignatur, quæ in idem recidit. Cuius enim ex communitate licet communitatis bonique publici curam gerere in defectum aliorum, qui melius gereret: atqui invasores peccant in communitatem, & evertere conantur bonum publicum, nempe civium securitatem. Ergo his resistere cuius licet. Id ipsum aperte supponitur in a. 130. Carol. Ordin. ubi nulla sit distinctio inter conjunctos & extraneos.

319. Quin imò, quivis ex charitate tene-

tur proximum in discrimine constitutum liberare, si id sine suo gravi incommodo potest, & si unum statum non dedecet, ut tradunt Theologi, quæ tamen obligatio non est ex Justitiâ (ut male videntur supponere aliqui Legistæ) quia si omittat, ad nullam damnorum reparationem teneatur, sed est obligatio ex charitate: & ideo non est verum, quod dicit Carpovius. q. 32. n. 13. quod omittens proximi defensionem æque peccet ac ille qui offendit. Nam qui offendit, peccat & contra charitatem & contra Justitiâ, qui verò defensionem omittit, & non teneatur ex aliquo contractu, vel officio, solum peccat contra charitatem.

320. Quaritur XV. An salvo moderamine inculpatæ tutelæ liceat invasorem occidere pro defensione bonorum temporalium, quorum jactura faciendâ esset, nisi occideret. Theologi, ut jam supra insinuaui, id concedunt, quando jactura non est tam modica, ut ex charitate teneatur quis eam pati pro salvanda vita alterius, etiam sui inimici, & attentio periculo æternæ damnationis. Et ita est intelligenda lex 1. C. unde vi. [Rectè possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propullare licet.] Porro, Justitiâ taxant quantitatem rerum, ut tantâ sit, ut ob illam ablatam in foro contentioso homo occidi possit.

321. Obijciunt I. Inter bona temporalia & vitam nulla est proportio. Ergo quantumque esset jactura bonorum temporalium, ea potius est subeunda, quam ut proximus vitâ privetur. 32. Distingueno antecedens, non est proportio talis, ut possit per contractum reddi æquale pro vita ex bonis temporalibus, utpote cum sint ordinis diversi, concedo, non est proportio talis, vi cuius pro bono publico expedit licite ea defendere, nego. Et declato per instantiam. Nam bona famæ & bona fortunæ etiam sunt diversi ordinis, & tamen ad defendenda bona fortunæ licet furem apud Judicem infamare. Est ergo hæc licentia necessariâ, ut hæc ratione absterreantur homines à spoliatione aliorum: sicut ex hac causa licet suspendere fures.

322. Aliam responsonem insinuat Carpovius n. 27. quia nempe huiusmodi bonorum defensione, quæ alter occidit salvo moderamine inculpatæ tutelæ, vix aliter fieri potest, quin unâ cum bonis defendatur propria vita, quod ostendit hoc discursus. Aut enim invasor defensori resistit armis, nolens res alienas ablatas restituere & relinquere, aut non resistit, sed res ablatas relinquit, & aufugit. Priori casu licitum esse invasorem occidere, fatentur omnes, eo quod imminere possit periculum vitæ. Posteriore

verò

verò casu internecio utique non permittitur, quia non esset defensio necessariâ, ut ponitur. Accipit hæc doctrinam ex Covarruvia in *Clement. unic. §. 1. p. 6. de homicid.* [Cum quis, inquit, à rapore defendit res proprias, aut raptor abstinet à rapina, & tunc nullus adest occisionis causa. Aut ipse contendit adhuc invito defensori res rapere. Nec potest ea contentio expediri, absque injuria & damno personali defensoris: idcirco homicidium inde secutum pertinet ad defensionem personæ simul & rerum. Et paulò post. Hinc deducitur, licitam esse occisionem raptoris, quoties ea sit ad defensionem rerum & personæ, eadem res defendentis, quem ipse raptor offendere conatur, ne rerum occupationem impediatur. Nec satis, inquit, percipere valeo, quo pacto mihi licitum sit res meas defendere, ne à rapore capiantur, & sit illicitum pro rerum defensione raptorem occidere. Nam si ipse defendam res meas, & raptor hæc defensionem per vim impediatur, non potest id aliter contingere, quam me ipsum defendendo, quo casu jam defensio rerum ad defensionem personæ pertinet.] Itâ Covarr. Sed meo iudicio hæc discursus solum procedit in casu, quo invasor res meas necdum apprehendit & occupavit, sed per vim occupare nititur: Sed non procedit, quando jam apprehendit, & fortè cum illis aufugit, & insequenti domino ac manibus apprehendenti non aliter resistit, nisi res fortiter tenendo: quæ tentio non aggreditur personam. Et tamen hoc casu, si non est alius modus rem recuperandi, ne quidem per viam juris, adhuc licet minari mortem, ac consequenter interire, sicut res publica & Magistratus minatur & respiciunt inferturibus mortem: ac proinde tam lex naturæ, quam lex positiva ponit etiam privato tribuere hæc potestatem pro casu necessariâ defensionis rerum suarum.

323. Obijciunt II. Furem diurnum non licet occidere, nisi se telo defendat, ut habetur in lege 4. ff. ad L. Aquil. quæ approbatur in cap. 3. de homicid. ibi. [Hoc etiam in antiquis legibus facultatibus invenitur, impunè scilicet occidi nocturnum furem, quoquo modo: Diurnum autem, si se telo defenderit: jam enim plus est quam fur.] Huius discriminis non est alia ratio, quam quod facillè discerni possit, quod fur diurnus sine telo, non ad occidendum, sed ad futandum venerit: secus est in fure nocturno, cum ratione obsecuti temporis discerni non possit, an ad futandum venerit, & præsumi possit contra ipsum animus futandi simul & occidendi. 32. Assignatum discrimen à lege esse, quia res regulariter ita se habet, ut si fur diurnus sit sine telo, possit aliis remediis res ablata recuperari, vel furtum impediri, v. g. in clamando viciniam, & si

fur noscatur, agendo apud Judicem. Quodsi autem nullus alius modus superest, lex non loquitur de hoc casu.

324. Quaritur XVI. An onus probandi necessitatem defensionis incumbat occisori, sicut & observatum esse moderamen inculpatæ tutelæ. 32. Affirmativè. arg. l. v. c. ad leg. Corn. de sicariis. ibi. *Qui, si probaverit, non occidendi animo hominem occidisse.* Est autem eadem ratio, cur obligetur, ad probandum, non habuisse animum occidendi, & observasse moderamen iustæ defensionis. Nempe, quia præsumptio stat pro occiso, qui quoad non probatur fuisse aggressus, & intulisse necessitatem defensionis, præsumitur innocens. Unde & Ord. Carol. ar. 141. statuit, quod qui prætendit necessitatem defensionis, illi incumbat onus probandi: quodsi non probaverit, habeatur pro reo. Et hoc verum est, si procedatur per viam accusationis, si per viam inquisitionis.

325. Illud tamen in hoc puncto est imprimis singulare, quod si forte reus nesciat modum probandi, iudex ex officio eum dirigere, & pro eius defensione laborare debeat. l. 19. ff. de pœnis. ibi. *Et qui cognoscit, debet de innocentia eorum quaerere.*

Item & illud est in hac materia singulare, ut, si reus à principio factum ipsum negavit, & deinde de facto homicidio convictus est, adhuc admittatur ad probationem iustæ defensionis. Imò post conclusionem in causa, ipsiusque adeo processus & attestacionem publicationem, pro Rei defensione, propter innocentiam favorem novi testes examinari possunt ac debent, si à reo producantur. l. 18. §. 9. ff. de Questionib. ibi. [Quamvis defensionem, quocunque tempore postulante reo, negari non oportet, adeo ut propterea & differantur, & profertantur custodia.] Quod extendit Berlichius cum multis aliis etiam post latam sententiam & pœnam dictatam, ob reatorum verborum universalitatem, & ob periculum condemnandi innocentem ad mortem.

326. Dubium tamen grave est, an, si quis sufficienter probavit, se fuisse ab altero insultatum, hoc ipso sufficienter probaverit, saltem ut pro ipso stet præsumptio, quod fuerit necessitatus ad defensionem, & quod servaverit moderamen inculpatæ tutelæ. Affirmant aliqui, quos sequitur Bocerus lib. 2. de duello c. 16. n. 70. qui proinde putant, talem absolvi posse ab omni pœna, etiam arbitraria & extraordinaria. Quæ sententiâ videtur mihi probabilis, quia sicut non probato insultu præsumitur occisus non insultatè, quia quisque præsumitur innocens, quoad non probatur nocens, ita e contrario, quando probatur a-

R 2

ful-

fulsus, adeoque alter fuisse nocens, videtur etiam praesumi debere defensio fuisse facta sine culpa, quia non debet praesumi culpa, nisi probetur.

327. Contraria tamen sententia est communior DD. qui in terminis requirunt, ut probetur etiam necessitas defensionis. Ita post alios, Damhouderus *e. 76. n. 3.* nempe, ut doceat articulatum, se in ea invasione adeo fuisse in angustia confectum, ut sine summo vitae suo periculo, imò nec ullo alio modo posuisset ex ea afflictione effugere, nisi semet defendendo ac adversarium cadendo.

Verum, quia hi AA. non satis declarant, an hanc tam plenam probationem requirant ad effugiendam omnem omnino penam, ideo Benedictus Carpzovius mediam viam ingreditur, & docet, hanc plenam probationem requiri ad evadendam omnem penam. Quod si verò solum probetur invasio ab altero facta, hoc sufficere quidem ad evadendam penam ordinariam, quia fundat praesumptionem aliquam, quòd fuerit necessitas se defendendi tali modo; verum, non sufficere ad evadendam omnem penam. Sed huius ego non invenio ullum solidum fundamentum, nec video, quo iure praesumi debeat defensor excessisse in aliquo moderamen inculpatae tutelae: praesertim cum valde difficile sit, probare hanc oblationem. Solum facit pro hac sententia, quòd Ordinatio Carolina. 141. requirit huiusmodi probationem, ad evadendam omnem penam. ergo videtur inferendum, deficiente v.g. tam plenà probatione, loci esse alicui penae, carceris: quae tamen consequentia non videtur satis firma. videtur ergo requiri, ut saltem aliqua suspicio sit de excessu, ut in sequentibus confirmabitur.

328. Difficultas est, si Reus fateatur homicidium, sed praesentem iustam defensionem probare non potest per testes, quia nulli interverunt, qualiter possit juvari praesumptionibus, saltem ut liberetur à pena ordinaria. Respondet Carpzovius. n. 49. hoc vix posse definiti, propter varietatem ac multipliciter factorem, & circumstantiarum: ideoque rem totam arbitrio iudicis committendam esse, juxta ord. Crim. art. 143. pro cuius iudicis instructione ait, ponderandas esse circumstantias temporum, locorum, rerum, personarum, utriusque nimirum tam occisi quam occidentis statum, & conditionem, quo quisque armorum genere usus sit, quae & quot quisque vulnera acceperit: quo se modo ante, & post factum homicidium gesserit, quis eorum ex vita ante acta majorem fidem, & innocentiae opinionem mereatur. &c. Sic enim qui fortior, animosior, & audacior est, praesumitur aggressor, aut qui sua naturà litigiosus aut rixosus est, vel qui

occidentis inimicus erat, & minatus. Circa praesumptionem tamen in inimicitia, & minis fundandam, attendenda est complexio & constitutio minantis & irati. Non enim; qui longe ante eadem perpetrata contra aliquem ex subito motu, animique praecipitatione minas jactavit, inimicus statim censendus est, ita ut pro aggressore haberi debeat. Nam ita naturà comparatarum est, ut qui facile perturbantur, & ad iram commoventur, eadem facilitate ab ira remittant. & contra, qui tardiores ad iram, hi vicissim implacabiliores, & duriores sunt ad remittendum. Ità quidem pronuntiat cum Bern. Grau. Carpzovius, & ego, loquendo de Germanis, facile conscientiam, non item de alijs Nationibus.

329. Maxima verò praesumptio sumitur pro reo, si semper fuit vita probata & honesta, pacis amans, & alijs haud molestus nec ingratus. Itè si qui occisus est, jam vulneratus ante mortem ipsemet exculpatur vulnerantem, praesumitur fuisse aggressor. Item si superstes statim cade facta se iudici sistit, prout legitur de honesta matrona Hispana, quae turpem & violentum amatum, cum aliter non posset, proprio ipsius pugione transfodit, & ad iudicem rem detulit, & laudem immortalis inde retulit.

Ex huiusmodi praesumptionum fundamentis Iudex arbitrabitur, an intuper necesse sit iuramentum purgatorium deferre.

330. Sed quidli probatio defensionis prorsus deficit, & moderamen inculpatae tutelae ne quidem conjecturis aut praesumptionibus firmari potest, & ignoratur quis aggressor fuerit: tunc de homicidio confictus aut sponte confessus, antequàm illi pena ordinaria decernatur, tortura subijci potest. Et si quidem in tortura per se veretur, nec aliquid fateatur, quod sibi obesse possit, poenitus absolvendus est, ut constabit ex dicendis de Tortura, tractatu sequente.



Incen-

Incendium.

S V M M A R I V M.

DE quibus incendiariis hoc loco fit sermo. 331.
Quae poena statuatur Jure Canonico. eod.
Quanam Jure Civili. 332.

Quid statuat Ordinatio Carolina. 333.
An in Imperio fiat discrimen inter Nobilem & Plebeium, Marem aut feminam, factum vuri aut in civitate. 334.

An eadem poena teneat mandantem. eod.
An mitiganda poena ob praecedentem offensam. 335.

An exasperanda ob repetitionem delicti. 336.
An requiratur, delictum fuisse consummatum, vel sufficiat attentatum. 337.

Quis incendiarius ante ortum incendii poenitus amoveat causas incendi. 338.

Quis jam orto incendio poenitus conatur impedire quantum potest. 339.

Quomodo procedendum cum minori aetate. 340.
Quomodo procedendum cum eo, qui per injuriam incendii causa fuit. 341.

Quomodo teneatur paterfamilias vicino ad reparandum damnum datum incendio suorum domesticorum, & cui incumbat onus probandi. 242. & seq.

331. Sermo in praesenti est de illis Incendiariis, qui Idiome Germanico *Mordbrenner* vocantur, hoc est, qui dolo malo, sive ex odio, sive amore lucri, alterius aedificia, vel bona, ut legetes, fenam, acervos fructuum &c. incendunt, aut se incensuros minantur, quod delictum annumeratur atrocissimum, in quibus arentatum aequè ut consummatum punitur.

In Jure Canonico diversae poenae statuuntur pro diversitate damni illati, & imprimis in cap. 5. de injuriis & damno dato dicitur. [Si egressus ignis comprehenderit acervos frugum, sive stantes segetes in agris, reddet damnum qui ignem succenderit.] Hac tamen non est nisi declaratio juris naturae, quo jure tenetur talis ad damni restitutionem ex secunda radice, hoc est, in iusta lesione. In cap. sequenti additur poena, ut tres annos poeniteat, qui domum vel aream alienius incendit. In cap. 19. de sent. excommunic. dicitur, quòd incendiarii, ex quo sunt per Ecclesiae sententiam publicati, pro absolutionis beneficio ad Apostolicam sedem sint mittendi. Incendiarii verò Ecclesiarum sunt ipso jure excommunicati secundum glossam, (quod tamen in textu c.

cum devotissimum, non legitur) & in c. 14. ca. 17. q. 4. sic statuit. [Si quis Ecclesiam igne combusserit, quindecim annis poeniteat, & eam solidò restituat, & pretium suum pauperibus distribuat.] Et in can. 32. ca. 23. q. 8. ad alios extenditur. [Si quis ergo post huius nostrae prohibitionis promulgationem malo studio, sive pro odio sive pro vindicta ignem apposuerit, vel apponi fecerit, aut appositoribus consilium, vel auxilium scienter tribuerit, excommunicetur. Et si mortuus fuerit incendiarius, Christianorum careat sepulturam, nec absolvat nisi prius damno, cui intulit, secundum facultates suas esarcito, juret se ulterius ignem non appositurum. Poenitentia autem ci detur ut Hieroloymis aut in Hispania in servitio Dei per annum integrum permaneat.] Et haec habentur in Jure Canonico.

332. Jus Civile variat etiam in constituenda poena Incendiariorum pro diversitate personarum, vel rerum incensarum, ut constat ex Juribus allegandis. l. 9. ff. de incendio &c. [Qui aedes, acervum frumenti juxta domum positum, combusserit, vinculis verberatus, igni necari jubetur, si modò sciens prudensque id commiserit: si vero casu, id est negligentia, aut noxiam facere jubetur, aut si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem aedium omnes species aedificij continentur.] l. 12. §. 1. eod. [Qui darà operà in civitate incendium fecerit, si humiliori loco sint, bestijs obijci solent, si in aliquo gradu id fecerint, capite puniuntur, aut certe in insulam deportantur.] l. 28. §. 12. de poenis. [Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causà incenderint intra oppidum, & plerumque vivi exurantur. Qui verò calam aut villam, lenius] quòd spectat etiam lex. 10. ff. ad l. Corn. de sicar. [Si quis dolo insulam, meam exusserit, capitis poenà plectetur, quasi incendiarius.] Ergo mitius punitur qui extra oppidum incendit, quam qui intra oppidum, nam hoc est magis periculosum, magisque paci publice adversum. Unde inferunt DD. quòd si incendium à vili etiam persona sit factum extra oppidum, & ruri, sufficiat deportatio, si incendium sit parvum, decapitatio, si magnum, quod si sit persona egregia, ob huiusmodi incendium magnum ruri factum deportatur, ob parvum relegatur, ut cum alijs tradit Bellichius à n. 8.

333. Denique Ordinatio Crimin. Carolina art. 125. sic statuit. Malitiosus, & convicti Incendiarii vivi exurantur. Ut proinde hic quoque verum sit, per quae quis peccat, per ea esse puniendum: testaturque Damhouderus, in Flandria quoque & Brabantia, hanc poenam consuetudine receptam esse.

Dubitatam est, an hac Carolina Constitutione
R 3