



GEORGII QVIRINI PÖECKEL,

IN ACAD. LIPS. ICTI,

TRACTATIO IVRIDICA,

DE

CRIMINE

PARTVS

ABACTI,

Von

Abtreibung der Geburth;

Olim Mense Octobr. 1684. Lipsiæ habita.



HALÆ SALICÆ,

APVD IOANN. CHRISTIANVM HENDELIVM

MDCCLXXXIX.

(6)



Benev. Lector.



Solere quàm plurimos in eligendo
 disputatorio themate, vel singu-
 laritatis, vel novitatis studio ma-
 teriam sibi proponere raram, nec
 facile tractatam, experientia satis
 testis est: Ut hinc mirum non sit,
 quàm plurimas inventiri tracta-
 tiones utilitate sua ita destitutas, ut vel nihil, vel parum
 de illa, quam rubrum promittit materia nigrum expo-
 nat. Ab his secessum facientes alii in excessu peccant,
 trita nimium ac vulgaria in cathedra tractantes. Neu-
 trum mihi universaliter unquam arrisit. Hinc animo
 hæsitans, de quam potissimum materia Disputatio-
 nem aliquam conscriberem, obiter in mentem venit,
 multa adhuc, præsertim ex criminibus extraordinariis
 superesse, quæ particularem aliquam enodationem o-
 ptimo jure mereantur. Non equidem me fugit, sæ
 magna Scriptorum rerum criminalium, & quidem fe-
 licium successu prædiisse volumina, in quibus plurimæ,
 ne dicam omnia, quæ de criminibus extant jura, nervo-
 se satis fuere exposita. Interim tamen, negari haud
 poterit, non deesse & adhuc alia, in quibus calamum
 suum



suum exercitare queat Juris Studiosus. Quapropter nec mihi ejus rei ulla defuit occasio. Ex omnibus autem quæ occurrere maxime placuit CRIMEN PARTUS ABACTI, de quo præsentibus hasce theses, utpote nec proletarias nimis, nec nimium steriles, tibi B. L. exhibere constitui. Ut autem vel methodum non adeo exactam, vel quæ alias in earum perfectione censuræ digna deprehendes, pro humanitate ac benevolentia tua excusare velis, compensationis loco peto.

CAPUT I.

De Definitione Nominali & reali.

SUMMARIUM.

Introitus §. I. Crimini vox sumitur vel late vel stricte. §. II. Stricte acceptum iterum est vel publicum, vel extraordinarium: & quid sit utrumque? §. III. Respondetur ad Objectiones. §. IV. An & quousque liceat Judici penam arbitrariam extendere? §. V. Vocabulis partus homonymia. §. VI. Partus semper de partu hominis dicitur. §. VII. Fetus quid proprie sit? §. VIII. Abigere quid sit? §. IX. Definitio Crimini partus abacti. §. X. Genus remotum est Crimen. §. XI. Proximum, extraordinarium. §. XII. Responsio ad Objectiones. §. XIII. seqq.

§. I.

ETiamsi in jure nostro potiore esse habendam rationem rerum, quam verborum, facile largiamur Celso in *L. 17 ff. de LL.* nihilominus tamen nec notum cognitionem vel interpretationem plane rejiciendam esse ait Ulpianus *L. 1 ff. de R. C.* ideo nostrum quoque erit, antequam de propositæ materiæ reali explicatione verba faciamus, quædam de vocabulorum significatione præmittere.

§. II.

inimæ §. II. Crimini vox sumitur vel late, pro quovis delicto; *L. 17 ff. in fin. de V. S.* vel stricte, ut delicto privato opponatur, *L. 2. §. 8. C. de Ver. Jur. enucl. L. 17. §. 18. ff. de adit. Edicto.* & solet in hoc significato iterum definiri: quod sit delictum, quod publicæ vindictæ gratia accusatur apud eum, qui potestatem gladii habet, ad animadvertendum in facinorosos homines; *vid. Anton. Matthæi de Criminibus in prolegom.*

§. III. Crimen stricte dictum cum *Anton. Matthæi de Crimin. c. 4. Proleg. n. 7.* dispescimus in publicum & extraordinarium. Illud quod & publici judicii exercitio dicitur, in *L. 1. pr. ff. de Off. Ej. cui mand. est jurisd. & publica lex, L. 2. §. 1 ff. ad L. Corn. de sicca,* publica quæstio *L. 2. §. 32 ff. de O. I.* est, quod præter nomen certum, certam formam, certamque lege determinatam habet pœnam: ut crimen *L. Julæ Majestatis, Adulterii, Homicidii, &c. Conf. Wissenbach. ad tit. ff. de Extraord. Crim. Th. 1.* Extraordinarium est, quod extra ordinem accusatur, nullamque certam lege determinatam habet pœnam, sed quæ arbitrio judicis irrogatur. *L. ult. ff. de Priv. del. L. ult. ff. de Injur. L. 13 ff. de Pœnis. Wissenbach. & Matthæi dd. II. 50.* Hæc extraordinaria crimina alii iterum subdividunt in mere extraordinaria, & ea quæ pro arbitrio aëtoris pro talibus habentur: quam tamen distinctionem, utpote nullius momenti & in jure minime fundatam, rejiciamus cum *Anton. Matthæi d. l. n. 12.*

§. IV. Quamvis autem superiori assertioni, qua diximus in extraordinariis criminibus pœnam jure determinatam non esse, videantur ob stare *L. 6. §. 1. & 2. ff. de Extraord. Crim. L. 1. pr. ff. de Abig. L. 3. §. 2. de stellion. L. 2. de Term. mot.* in quibus pœna *L. Cornelie,* relegatio, damnatio in opus metallicum, pœna gladii, mortis ab ordine, pœna verberum applican-

lum Embryonis apud nos designari: Et in hac significatio-
ne quam sæpissime in jure nostro occurrit, ac a nobis qua-
que in præfati dissertatione potissimum considerabitur,
quamvis acceptio secunda etiam a nostro instituto non pla-
ne sit aliena.

§. VII. Nec illud omittendum, partus vocem in ju-
re nostro semper pro partu humano usurpari, reliquorum
vero animalium proles factum nomine venire. *L. 58 ff. 4.*
ff. ad SCt. Trebell. L. 12. pr. ff. quod met. causa. L. 48. ff. 5. ff. de
furt. Nec obstat *L. 17. ff. 2. de R. V.* verbis: *Ideo & partum*
venire in restitutionem, & partuum fructus. Est enim vox
partus ibidem indefinite posita videtur quoad assertionis
veritatem sub se comprehendere bestiarum quoque fetus:
tamen non solum secundum tritam Philosophorum regu-
lam, prædicatum hoc juxta naturam subjecti sui explican-
dum erit, sed & ipsum SCtum hominis partum in mente
habuisse ostendunt & antecedentia & subsequencia *d. l. 17.*
verba.

§. VIII. Unde simul & illud notandum, quod Phi-
losophis quidem serus vocabulum genericè usurperet, ut &
animalium irrationalium & hominis progeniem sub se com-
prehendat: ex usu vero Juris Romanorum ad solam
speciem bestiarum restringi. *L. 48. ff. 5. ff. de furt. arg. dist.*
text. Quare & nos, quoties in hac materia fetus mentio-
nem faciemus, toties in antecessum prænotamus, ad com-
munem Philosophorum stylium tum non respicere.

§. IX. *Abigere* proprie denotat rem, quæ ad nos
accessit, vel coram nobis est, expellere. A quo differt arce-
re, utpote per quod prohibemus, ne res aliqua ad nos acce-
dat. In stricto significato vero & ex usu potissimum juris
Romani *Abigere* denotat Crimen. *Abigeatus* committere,
h. e.

h. e. pecora ex pascuis & ex armentis vel stabulis subtrahere
& abducere *l. 1. ff. 1. ff. de Abig.* Nobis vero significatus la-
xior magis erit præ oculis, quem, quantum quidem ad ma-
teriam nostram attinet, ab acceptione stricta elegantius ex
genio germanici idiomatis discernere poteris. Uti enim
dicere solemus *das Vieh wegtreiben*, ita commissionem deli-
cti nostri exprimimus per vocem: *Abtreiben, die Frucht ab-*
treiben.

§. X. His præmissis definitur Crimen partus abacti,
quod sit *Crimen extraordinarium, ab homine doli capace com-*
missum, quo quis farum humanum in utero matris latentem, aut
vi extrinseca, aut aliquo pellente intrinseco dolo malo & culpa
expellit, vel mali elicuius evitandi, vel lucri captandi gratia.

§. XI. Genus in hac definitione est vel remotum,
nostrum Crimen: vel proximum, scilicet extraordinarium.
Quod crimen sit abactio partus forte non erit dubium, mo-
do illud notetur, etsi communiter ad essentiam criminis re-
quiratur dolus, *arg. l. pan. ff. ad L. Ful. de Adult.* Nos ta-
men voce criminis in laxiori significato utimur, quatenus
nimirum abstrahit a vero & quasi crimine, hoc est, quatenus
in eo non solum dolus, qui substantiam dat vero crimini sed
& culpa, quæ alias quasi delicto propria est, coerceri solet.
L. 38. ff. 5. ff. de panis, conf. L. 3. ff. 1. ff. de Offic. præf. vigil.
Quæ acceptio etiam in aliis criminibus non est infrequens,
ut in homicidio, in quo, uti quidem notum est, non saltem
dolus coercetur, sed & culpa. Nam quamvis in *L. 7. ff. ad*
L. Corn. de Siccar. satis aperte Paulus asserat hominis occisio-
nem per culpam commissam non spectare ad *L. Corneliam*
eiusque pœnam, sermo tamen ibi saltem est de pœna ordi-
naria, cum extraordinariæ in materia culpæ dilucida fiat
mentio in *L. 1. ff. 3. cod.*

§. XII. Major controversia est de eo, an crimen abacti partus ad extraordinaria spectet crimina, utrum ad publica? Nos salvo aliorum iudicio non dubitamus asserere, si Juris Civilis Romani (cujus petissimum propria est distinctio criminum in ordinaria & extraordinaria) hypothese consideremus, crimen nostrum esse extraordinarium: non solum quod Tribonianus in *L. 4. ff. b. r.* sedem ei inter extraordinaria crimina assignaverit, sed & quod tam Marcianus in *d. l. 4.* expresse asserat, eam quae data opera abegit, ex scripto Divi Severi & Antonini, a praeside in temporale exilium datam fuisse, quam Tryphoninus hanc Marciani sententiam satis dilucide in *L. 39. ff. de penis* confirmet.

§. XIII. Nec obstat communiter huic thesi objici solita *L. 8. ff. ad L. Corn. de Sicc.* ubi Ulpianus mulierem, quae visceribus suis vitæ intulerit, ut partum abigeret, in exilium a praeside provinciae exigendam esse pronunciat: ex qua Doctores concludunt, Ulpianum partus abacti crimen ad publica referre, atque statuere, exilio perpetuo puniendam fuisse istam mulierem, quae poena perpetui exilii ad *L. Corn. de Sicc.* spectet. *Vid. Ant. Matthæi de Crimine L. 47. tit. 5. c. 1. n. 2.* pro cujus opinionis confirmatione posses & illud adducere, Tribonianum expositioni huic de mente Ulpianea maxime favere, utpote qui dictam *Legem 8. sub tit. de L. Corn. de Sicc.* collocavit.

§. XIV. Ut itaque hanc objectionem Ant. Matthæi tollat, unicuique refugium quaerit in *L. 38. ff. de pen. distinctio* istam alias vulgarem, inter partum inanimatum, & animatum exinde eliciendo, quam distinctionem ad leges nostras ita applicat, quasi Marcianus in *d. l. 4. ff. de Extraord. Crimine* loquatur de partu natiuum animatum. Ulpianus autem in *d. l. 8. ad L. Corn. de Sic.* partum animatum in mente

habue-

habuerit. Sed quemadmodum praefata distinctio in *d. l. 38. ff. de pen.* non fundatur, ut latius infra *c. ult. declarabimus*: Sic praeterea aliorum opinio, inter mulierem acceptam pecunia partum medicamenti abigentem, & ex odio mariti post divortium id dilectum committentem distinguendum a *Marth. d. l.* recte rejicitur: ita facile ad legem objectam responderi posse arbitror, si dicamus Ulpianum, ejusque allata verba a Marciano & Tryphonino nequaquam disfidere, sed amicissime cum iisdem respondere, nullum enim vestigium in *d. l. 8.* est exilii perpetui, sed potius quod Marcianus attulit, praesidem provinciae in temporale exilium, matrem abacti partus ream dare debere; idem & ab Ulpiano asseritur, praesidem provinciae ejusmodi matrem in exilium, i. e. *temporale* debere exigere. Cum enim exilium temporale aeque ac perpetuum sub nomine exilii comprehendatur, nulla nos cogit ratio, exilium ab Ulpiano simpliciter positum de perpetuo intelligere, nisi antinomias praeter necessitatem formare velimus.

§. XV. Neque enim Triboniani autoritas apud nos tanta est, ut ejus dispositio, excerptorum ex Jctorum libris collectorum, (quam saepius ab ipsorum intentione aberrasse haud difficile demonstrari posset, si tempus suppeteret) tanquam regula a nobis, in interpretatione legum civilium caeca sequela sit observanda. Neque pro confirmanda Matthæi sententia *d. l. 3. ff. 5. ad L. Corn. de Sic.* quicquam facit, sed potius exinde magis pro nobis conjectura deduci potest, Ulpianum de exilio perpetuo in *d. l. 8.* non fuisse locutum, docet quippe *d. l. 3.* exilium perpetuum, seu deportationem in insulam, quantum ad poenam L. Corneliae saltem in honestioribus & altioribus observari, in reliquis poenam capitalem. Ergo si Ulpiani mens fuisset, deportationem

mulieri partum abigenti tanquam ex *L. Corn.* dictare, necesse habuisset. Cuius accuratus circumstantiam istam, quod mulier criminis præfati rea altioris & honestioris conditionis fuerit, ne quaquam omittere.

§. XVI. Hæc de genere distinctionis sufficient. Differentia a quatuor causis est desumpta, quas seorsim considerabimus *cap. seqq.*

CAPUT II.

De Quatuor Causis.

SUMMARIA.

Causa efficiens remota legum prohibitio. §. I. *Causa propinqua homo.* §. II. 1) *An excipiantur Infantes?* §. III. 2) *An Infantia proximi?* §. IV. *Respondetur Objectionibus.* §. V. VI. VII. VIII. IX. 3) *An furiosus?* §. X. *Potius præsumitur delinquens fuisse sane mentis, quam furiosus.* §. XI. *Quatenus homo in hoc delicto sit causa principalis, quatenus instrumentalis?* §. XII. *Objectum est fetus humanus.* §. XIII. *Num distinctio inter partum animatum & inanimatum Jure Civili sit fundata?* §. XIV. XV. XVI. XVII. XVIII. *Ubi Ethnicorum de origine animæ sententia recensentur, Opiniones Christianorum de origine animæ humanæ.* §. XIX. XX. XXI. XXII. *Jus Canonicum cui opinioni saveat, & quenam ejus de partu animato & inanimato sit sententia?* §. XXIII. XXIV. XXV. *Quid Jure divino ea de re obtineat?* §. XXVI. XXVII. *Quenam de partu animato & inanimato sententia Jure Carolino & Saxonico obtineat?* §. XXVIII. *Quenam potissimum tempore factus in utero vivere incipiat?* §. XXIX. *Forma delicti nostri.* §. XXX. XXXI. *An liceat procurare abortum, ut salvetur mater?* §. XXXII. *Quos modis fiat delictum nostrum?* §. XXXIII. *Finis in quo consistat?* §. XXXIV.

§. I.

§. I.

CAusa efficiens remota, uti omnium delictorum, ita & hujus est legum prohibitio. Siquidem non tantum ex dicto Apostoli *Job. III. v. 4.* notum est, peccatum esse omne illud, quicquid contra legem est, sed & inter prædicata Legum Civilium, quæ *L. 1. & 2. ff. de LL. L. 52. ff. de Q. & A.* recensentur, non infimo loco ponendum illud, quod sint prohibitio & coercitio delictorum vel sponte, vel ex ignorantia contractorum, unde non ineleganter D. Marcus rescipit, eum heredem, qui prohibet funerari, ab eo quem testator elegit non recte facere, pœnam tamen in eum statutam non esse. *l. 14. ff. de Relig. & sumpr. fan.* quoniam videlicet factum istud specialiter a lege non erat prohibitum.

§. II. Propinquam causam in definitione expressimus, quod sit homo doli capax. Dum hominem dico, excludo bruta. Qui enim delictum in bruta caderet, cum usu rationis omni, sine quo delictum concipi nequit, destituantur, adeoque nec juris, nec injuriæ, tam inferendo quam patiendo eandem sint capacia. Nec est, ut nos detineamus in refutandis iis objectionibus, ex dictis scripturæ sacræ, *Genes. IX. v. 5. Exod. XXI. v. 28. & 29. Levit. XX. v. 15. & 16.* communiter desumi solitis. Uti enim ad eadem commodissime respondetur, secundum dictum Augustini *con. Mulier. c. 15. qu. 1.* ita & alia sunt, quæ non tantum ad hæc dicta, sed & ad mores variarum gentium pecora subinde ob delicta punientium, quos recenset prolixius *Ant. Matthæi de Crimin. in proleg. c. 2. n. 1.* reponi possunt, quæ vide apud *Matthæi d. l.*

§. III. Cum porro dico: *Delicti capax*: tacite subinno, me illos saltem homines intelligere qui usu rationis

B 3

gaudent,

gaudent, ita ut actiones, qua honestæ, qua turpes iis tantum quoad præmium, quam pœnam imputari queant. Unde excluduntur (1) Infantes, h. e. qui septennio sunt minores. *l. 18. C. de Fure delib. l. 14. ff. de Spons. l. 2. ff. de admin. tut.* Hi enim erimen non contrahunt, cum consilii eos tueatur innocentia, *l. 12. ff. ad L. Corn. de Sicar.* hoc est, cum ejus consilii non sint, ut nocivum aliquod ipsis imputari possit, unde & in parvulis nulla culpa deprehendi dicitur in *l. 55. ff. de fideicom. libert. l. 5. ff. ad L. Aquil.*

§. IV. Sed an (2) & infantia proximi excludendi erunt? Vocamus autem infantia proximos communem Doctorum opinionem secuti, qui in prima medietate intra annum septimum, quo terminatur infantia, & 14 quo pubertas incipit constitui sunt, sive qui nondum impleverunt annum decimum cum dimidio. Neque tamen distinguimus hac parte inter masculos & feminas, cum enim materia delictorum impubertas maris & feminae æquali termino impleatur, æquum est, ut idem sentiamus de termino proximitatis infantia.

§. V. Jam non ignoramus equidem, quod Doctores fere unanimiter statuunt, proximos infantia infantibus esse æquiparandos, & non minus illos quam hos doli plane esse incapaces, idque *arg. ff. de inut. stip. h. l. 1. ff. de pos. l. 4. ff. de doli mali & metus excep. l. 13. ff. de R. I.* videntur tamen ad hos textus non deesse responsiones. Ut enim taceamus *ff. de inut. stip.* magis facere pro sententia adversa, cum ibi infantia proximi in materia contractuum, in quibus sane major prudentia requiritur, quam in delictorum, quæ contra jus Naturæ sunt evitatione, expresse cum pubertati proximis in una collocentur classe. Per *l. 1. & d. l. 4.* nihil aliud probatur, quam dari impuberes qui doli

doli capaces sunt, & qui non sunt capaces: poteruntque adeo posteriores æque bene de infantibus explicari, quam secundum vulgarem expositionem de infantia proximis.

§. VI. Nec juvat dissentientes quicquam, quod asserunt, infantes plerumque impuberibus contradistingui: Neque adeo in *dd. h.* sub voce impuberum fuisse comprehensos. Possumus enim forte tot leges adducere, quibus comprehendantur, quam quibus ab impuberibus secernantur. Ergo cum non negari possit, sub termino impuberum genericè accepto infantes latere, & vero in *d. l. 1. & d. l. 4.* nullum inter infantes & impuberes discrimen fiat, infantia ista sua sponte corrumpit.

§. VII. Majus dubium Cæjus movet *d. l. m. de R. I.* pupillum qui pubertati proximus sit, capacein esse & furandi & injuriæ faciendæ pronuncians; unde non improbabili-ter quis concludere posset, de infantia proximis diversum quid, & nimirum capacisatem doli ab illis plane esse alienam statuendum fore. Verum uti alias in argumentis a contrario sensu casse procedendum est, ita & hic non omnino procedit, poterit enim Cæji assertio defendi, etiam si statuamus infantia proximos partim doli capaces esse, partim pro diversitate subjectorum incapaces.

§. VIII. Quod ut clarius evadat, a mente Jurisprudentia Romanæ forte non abhorrebit, si dicamus in infantes dolum plane non cadere, per sæpius dicta: Pubertati proximos doli vere capaces esse. *d. l. m. de R. I. in pr.* De infantia proximis autem, utpote in medio constitutis, mediam quoque sententiam amplectendam esse videri. Ita ut & inter eos æque deprehendere liceat, qui doli capaces sint, quam qui ejusmodi sint incapaces. Neque hæc medietas forte nobis visio duci poterit, cum non pauci inter Doctores Juris

Juris Canonici absque hujus distinctionis medio infantiae proximos pœnis Ecclesiasticis, ut excommunicatione, regularitate regulariter subjiciunt. *Vid. Paul. Laymann. Theol. Moral. L. 1. tract. 4. cap. 10. n. 4. seqq.*

§. IX. Et quid verbis opus est, non desunt sane exempla in ejusmodi ætate infantiam parum excedente constitutorum, doli non contemnenda specimina exhibentium. *Vid. Zach. Quæst. Medico Legales L. 1. tit. 1. qu. 4. n. 28. Pyrrh. Corrad. Prox. Dispens. Apost. Lib. 4. cap. 9. n. 10.* Erit itaque cauti & eruditi judicis officium, in casibus ejusmodi ex moribus & reliqua vita, ex ratiocinatione, ex aliis improbe dictis aut factis coniecturas desumere, utrum puer intra proximitatem infantiae constitutus pro doli capace haberi debeat, nec ne: quæ uti regulariter regulis generalibus commode includi nequeunt, sed magis calliditati & prudentiæ judicis videntur relinquendæ, ita illud tamen haud dubie asserere poterimus, non uno argumento probabili hic esse standum, sed plura indicia requiri, evidentia, concludentia, interque se coherentia, ne videlicet puerorum conditionem præ majoribus deteriorem faciamus. *L. ult. C. de Prob.* Unde non immerito ineptam judicamus explorationem eorum judicium, quicumque fuerint, qui in eliciendo dolo pueri, altera manu pomum, altera nummum aureum obtulere; ut & eorum, quorum *Ælianus Lib. 5. histor. c. 16.* meminit: de quibus vide plura ap. *Matthæi d. l. in proleg. c. 2. n. 2.* Ex his ergo sponte fluit, pubertati proximos ut & illos, qui in minori ætate constituti sunt a dolo non excusari. *d. l. iii. de R. J. L. 9. §. 2. ff. de Minor.*

§. X. (3) Excipiuntur furiosi & mente capti, utpote quos fati infelicitas a dolo excusat, quique furore ipso satis puniuntur. *L. 12. ff. ad L. Corn. de Sic. L. 14. de Offic. præf.*

L. 9

L. 9. ff. ad L. Pomp. de Parric. L. 7. §. pen. ad L. Jul. Maj. &c. Quod si autem furor intervalla habeat, & tempore intervalli delictum committatur, nequaquam a dolo immunis erit furiosus. *d. l. 14. de Offic. Præsid.* Quod si vero dubium sit, delictum utrum in furore an extra eundem commissum fuerit, non dubitamus statuere, semper præsumi ab homine sanæ mentis illud fuisse commissum, nisi furorem pro se allegans eundem probet, cum semper præsumatur quis talis, qualis natura esse debet, h. e. compos mentis.

§. XI. Quamvis enim *Gomell. 3. Var. Resol. 1. n. 71. Menoch. 6. præsumpt. 25.* & hos sequutus Matthæi, illam limitationem adducant, quod si quandoque furiosus aliquis fuerit, aut per intervalla fuerat, in furore potius admissum crimen existimandum esse: vix tamen videntur eorum rationes, quas pro defendenda hac limitatione adducunt, id quod nominati autores desiderant, inferre. Concesso enim furorem ex medicorum sententia & experientia quotidiana esse morbum durabilem, adeoque eum qui ante furiosus fuit, præsumi tempore admissi delicti quoque furiosum fuisse: procedet tamen haud dubie hæc medicorum assertio, de furore intervalla habente nulla, aut de cujus intervallis plane nondum constat, quo quidem casu limitationem istam admitterem. Sed ab ejusmodi furore ad eum, de quibus constat intervalla aliquando adfuisse, non valebit consequentia. Præterea etiam si facile demus, in dubio satius esse nocentem absolvere, quam innocentem condemnare. *L. 5. ff. de pœnis,* nobis tamen non de præsumptione ad condemnationem sufficiente sermo est, sed ad torturam. Adeoque poterit condemnationem evitare is, qui furorem præten- dit, per probationem contrarii, vel certe si probationibus aliis destituatur per quæestionem.

C

§. XII.

§. XII. Poterit autem homo doli capax (sive mater sit, sive pater, sive medicus, sive obstetrix, sive alius quilibet extraneus,) vel esse causa principalis criminis nostri, vel instrumentalis. Principalis, si ipsi sciens & volens ejusmodi actiones committat, vel committere jubeat, per quas homo ex utero matris excludatur. Instrumentalis si sponte ac dolose medicamenta v. g. præparet ac vendat ad abortum procurandum facientia, si poculum abortionis a tertio matri huic rei ignaræ applicandum, vel matri ipsi ad hunc finem id desideranti porrigat &c. Loquor autem utrobique de causa morali, h. e. cui effectus moraliter imputatur ad præmium vel pœnam. De causis Physicis enim ut in dissertationibus juridicis firmus solliciti parum videtur ad scopum facere, unde & studio in exponenda causa efficiente delicti hujus omisimus medicamenta, vulnera, cædes, verbera abortum procurantia, item pocula in quibus potio ad abigendum partum præparata continetur, quorum illa per nos poterunt ad causam instrumentalem, hæc ad partus abacti instrumenta referri. Sufficit enim nobis his rebus inanimatis nihil inhærere; quod moralitatem aliquam sapiat.

§. XIII. Objectum Criminis nostri est fœtus humanus in utero matris latens, de quo, quantum ad nostrum institutum, uti quidem puto, non erit ut aliud quid disquiramus, quam utrum fœtus iste pro homine, h. e. corpore animæ rationali prædito sit habendus? Ardua profecto quaestio, cum hic Jcti in diversas abeant partes, singulique rationibus non contemnendis sint subnixi. Nos hic loci distinctim considerabimus, quænam sit juris Civilis Romani hac de re sententia? tum quid hic statuat Jus Canonicum? denique, quænam opinio moribus hodiernis ac nostris sit conveniens? Deprehendemus autem tres in universum sententia-

tentiarum classes: quarum una partum in utero matris nunquam vivere: Altera eum a Primo conceptionis momento animæ esse præditum: Tertia partim animæ carentem, partim vitalem fœtum in utero matris existentem defendit. Quæ singulæ opiniones a præjudiciali quæstione, de ortu animæ humanæ dependent.

§. XIV. Quantum itaque Jus Civile attinet, cujus nobilissima pars ex scriptis Jctorum Ethnicorum, eorumque maximam partem Stoicorum est collecta, ea de animæ humanæ origine Stoicorum fuit sententia, quod illa ex spiritali aliqua sententia emanaret, corporique humano demum post nativitatem adveniret. Vid. ea de re *Cloriff. nunc autem Beate defuncti Jac. Thomasti Disp. de Origine animæ rationalis, sect. 3. §. 7. & 9. Lips. Physiol. stoic. p. 120. & 136.* Hinc non dubitamus intrepide asserere de Jure Civili distinctionem inter partum animatum & inanimatum haud esse fundatam, præpœnis cum videamus, quamvis paucis, nobis prævisse *Lauterbach. Disput. de Privat. Delict. Tb. 52.*

§. XV. Perspicua est Papiniani assertio *L. 9. §. 1. ad L. Falcid. partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur,* quem in sensum etiam haud dubie Ulpianus præceptorem suum secutus *L. 1. §. 1. de Ventr. Inspec.* partum antequam edatur *mulieris vel viscerum portionem* dicit, eumque liberis editis contradistinguit. *Marcellus L. 2. ff. de mort. infer. partum spem animantis* saltem absque distinctione temporis appellat, quæ Jctorum veterum opinio & in Leges Codicis a Justiniano translata est. *vid. L. 12. C. de fideicomm. liberz.*

§. XVI. Dissentiunt *B. Corpz. pr. Crim. Qu. XI. n. 3. Habn. ad Wesenb. tit. de Extraord. Crim.* adducentes in contrarium, quod distinctio inter partum animatum & inanimatum Jure Civili quoque fundata sit *L. 4. ff. de Extraord. Crim.*

L. 8. ff. ad L. Corn. de Sicar. L. 39. ff. de penis, quibus tamen ex præmissis *these* præced. dilucide responderi poterit. Et enim Marcianus dum in *d. l. 4. de Extraord. Crim.* affirmat mulierem quæ data opera abegit, maritum liberis fraudasse, non id innuit, quod partus jam fuerit vitalis, sed quod spes animantis subfuerit. *arg. d. l. 2. de mort. infer. d. l. 14. C. de fideic. libert.* Nam si v. gr. quis chirographum tibi accipiat, sive in eo consignatum fuerit debitum purum, sive conditionale, de utroque tamen commode dicere poteris, eum debito te fraudasse, quamvis ex conditionali promisso tantum spes sit debitum iri, *ff. 4. ff. de V. O.* porro *L. 8. ad L. Corn. de Sic.* nihil aliud dicit, quam quod mulier partum abigens visceribus suis vim intulerit, qui textus cum Ulpiani sit, eodem modo quoque hic erit intelligendus de phrasi, *Partum esse viscera matris*, uti eam in *L. 1. ff. de venen. inspic.* modo explicavimus. Eadem responsione opus erit, ad *L. 39. ff. de pen.* nam & ibi saltem mentio fit, quod mulier visceribus suis vim intulerit. Quod si vero Carpzov. & Hahn. ad penam capitalem Milesiæ sceminæ dictatam respexerant, responsionem capere poterunt ex iis, quæ *Aut. Mat. ubi* affert *L. 47. tit. 5. n. 2.* & quæ acutissimus Gallor. JCrus *Patris Herodius differit L. 8. Rerum Judic. tit. 5. de Veneficis c. ult.*

§. XVII. Cujus verba integra non pigabit recensere. Præterquam enim, quod sententiam nostram ulterius illustrant, continent etiam non pauca in sequentibus nobis profutura. Ita enim inquit: *Quæ data opera partum sibi abegisset, seu vi, seu poculo abortionis: non proprie videtur teneri homicidii (quanquam Anaxagoras, in apologia pro Christianis aliter senserit.) Nam si infans vix dum homo est: ideoque lugeri hunc verabant leges: qui nondum natus est, imo*

qui

qui etiam vix est: quomodo ita homo appellabitur, ut qui eum excusserit, possit esse homicida? Quem pater potuit habere natus educaretur: homicidium sit prohibere nasci? Itaque rescripto Severi & Antonini, temporale exilium imponebatur, non pena de sicariis; severiusque puniebantur, qui dedissent, quam quæ accepissent medicamentum abortionis. Sed & cum verus definitio esset Ecclesiæ, ut usque ad ultimum vitæ spiritum communionem privarentur, quæ partum sibi abegissent: Concilio Ancyranò pena in decennium retracta est. Cur igitur illa Milesia, de qua Cicero in Cluentiana, rei capitalis damnata est? Quia pecunia accepta ab heredibus secundis, sibi ipsa partum abegerat: non dolare, non impudicitia aliqua (quanquam eo casu geminum est scelus inquit Synodus Moguntina) sed avaritia spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiæ, designatumque Reipubl. civem sustulisset. Possit bis pignoribus pecuniam anteferris? licitari naturalia jura? Liberos ad maritum, non ad uxorem pertinere, itaque necaretur, tollereturve partus, nunquam in matris arbitrio fuisset. At neque hodie in patris est. Fuberi enim in Concilio Toletano III. severe in patres animadverti, qui avidi fornicationis, nescii pietatis, liberos, ne numerosiores habeant, occidunt. Et quod ad abortionem attinet, placuit quoque in VI Synodo Constantinopolitana, vere & hic homicidium esse. Quid enim interesse, quis hominem perfectum occiderit, an ipsis primordiis, dum fingitur, dum animatur, & inter ipsas artificis naturæ manus occiderit? Homo est (inquit Tertullianus) & qui est futurus: & fructus hominis jam in semine est. Imo aliquid plus est, nasciturum, quam natum dissolvit homicidii enim festinatio est, prohibere nasci. Quamobrem si lege Mosica, qui partum non deformatum mulieri excusserit, extremo supplicio punitur: quid mater

C 3

ipsa

ipsa qua, Lamia crudelior, in propria viscera manus intruisset?

§. XVIII. Video equidem ab *Anton. Matth. d. l. n. 3.* adversus nos produci regulam vulgatam: partum conceptum pro jam nato haberi, quoties de ipsius comodo agatur. Sed ut taceam, quod ipse *Matthæi* fateri cogitur, in præsentī quæstione neque proprie de comodo ejus agi neque de incommodo; quis non videt hanc regulam in civilibus saltem procedere, & ad fictiones Juris esse referendam, quæ in criminalibus, vel certe in nostro casu non obtinet. Durum enim esset in odium delinquentis hominem fingere, ubi homo non sit. Quin imo etsi hanc regulam ad casum nostrum applicare velles, non posses tamen, nisi præsupponas nobiscum, partum revera ex mente Juris Romani hominem non esse, nam si homo esset, quid tum fictione foret opus.

§. XIX. Venio ad opiniones Christianorum de ortu animæ, quorum etsi plures recensent *B. Thomas. d. l. sect. 3. per integr.* Duæ tamen fere sunt, quæ tanquam communiores præ reliquis assensum meruere, & adhuc hodie in Aca-
demis obrinent. Quarum una animam a Deo post conceptionem fœtui humano, infundi, altera eandem in ipsa conceptione cum semine parentum in uterum maternum transferri, defendunt. Prout itaque Jcti, vel quicumque partus abacti mentionem faciunt e Christianis uni ex his sectis fuere addicti, de quæstione etiam nostra diversimode statuerunt. Traduciani, (liceat enim hoc, ut & Infusianorum termino, absque contumelia, brevitas studio uti cum *B. Thomaf. c. 44. Phys. Qu. 7.*) cum assererent animam humanam in ipsa conceptione ex anima parentum propagari, non poterant non simul defendere, partum humanum perpetuo

petuo esse vitalem, eumque qui partum abigeret ut homicidam considerare.

§. XX. Adducamus exempli loco *Tertullianum*, qui in *Apolog. c. 9. Nobis*, inquit, *homicidio semper interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci. Nec refert, natam quis eripiat animam, an noscentem disturber. Homo est, & qui est futurus &c.* fuisse enim *Tertullianum Traducianorum* hæresi addictum, docet *all. Du. Thomaf. de Orig. anima d. sect. 3. §. 37.*

§. XXI. Ex Jctis nostri seculi celebribus unum instar omnium sufficit allegasse *Magnif. Du. Zieglerum*, qui in *Not. ad Lancellorri Institut. Jur. Canon. Lib. 4. tit. 10. §. 7. verb. - Ut homicidam puniendus erit, sequentem in modum differit: Ut maxime penarum gradus statui & decerni queant, ita ut gravius puniatur ille, qui *μαυδορ*, quam qui *εμβρυον*, & gravius, qui *εμβρυον* quam qui *ωνυα* aut *γονυ* abigit, in omnibus tamen his vitam illico post conceptionem adesse, dubitare nos hodie non sinit *Physici & Medici*, qui docent, semen, quoad in utero bene disposito mixtum & suscitatum est, illico post mixtionem, animatum & vitale esse.*

§. XXII. Infusiani contra, qui propugnabant animam hominis a Deo immediate ex nihilo creari, & post conceptionem utero materno infundi, necesse habebant distinctionem inter partum animatum & inanimatum admittere. Nobis uti jam non est otium intricatam hanc & ingentibus dubiis implicatam controversiam, solide exenterere, ita non displicet succinctum judicium hac de re *Georgii Christoph. Waltheri Pastilla Jurid. de Fæsto Trinitat. p. 17. In Theologia sententiam de Traduce tuto retineri & propagari posse: in jure vero ubi quæstio homicidii, de abactu incidit ab-
seram*

veram opinionem de creatione animæ prevalere & facilius obtinere. Cujus effati non equidem ea est sententia, quasi statuerit duas esse contradictorias veritates, vel putaverit assumpta creationis hypothesi utcunque falsa, facilitati discendi methodum in jure, textusque juris aut controversias quasdam commodius decidi posse. conf. *B. Thomaf. d. l. sect. I. f. 21.* sed quod arbitratus fuerit opinionem Infusianorum hodie in universis fere judiciis germanorum legibus publicis & observantia esse receptam.

§. XXIII. Pergamus itaque ad Jus Canonicum, quod quidem maximam partem sententiæ infusianorum favet. Dico: *maximam partem:* etsi enim indistincte a Doctoribus divisionem partus in animatum & inanimatum defendentibus ad Canonicum Jus provocetur, quasi scilicet Jus Canon. semper sententiæ Infusianorum adhæreat, licebit tamen nobis, pace aliorum, utramque opinionem Canonibus & Decretalibus Epistolis fuisse insertam, ostendere.

§. XXIV. Clare satis distinctionis istius mentio fit. *can. 10. c. 32. qu. 2.* tum *can. 7. 8. & 9. ibid.* Quorum ille ex Hieronymi libris, hi ex Augustini scriptis a Gratiano excerpti sunt, quorum uterque Infusianorum sectæ adhæsit. vid. *Beat. Thomaf. d. sect. 3. f. 30. & 34.* Eorumque opinionem expressis verbis secutus est Innocent. III. Pontifex *c. 20. X. de Homicid.* sed valde vereor eandem distinctionem applicari posse ad *can. 20. c. 2. qu. 5.* ubi hæc verba Stephani V. inter alia deprehenduntur: *quia si ille qui conceptum in utero per abortum deleverit, homicida est, quanto magis, qui unius soltem diei puerulum peremerit, homicidam se esse excusare nequibit.* Cum satis perspicue is homicidii reus dicatur, qui statim post conceptionem partum abigit, quem adeo ex mente Stephani etiam statim post conceptionem partum abigit,

abigit, quem adeo ex mente Stephani etiam statim post conceptionem vitalem fuisse, vero consentaneam est. Non dissimilis plane est sententia Concilii Guarmacienfis *c. 5. X. de Homicid.* relata, quæ *eum qui aliquid fecerit, ut non possit nasci soboles, ut homicidam teneri vult,* absque distinctione temporis.

§. XXV. Eoque magis in assertionem meam confirmor, quod in *Synodo VI. in Trullo habita can. 91.* legatur: *eas quæ dant medicamenta partum abigentia, & quæ fetus necantia venena accipiunt, homicidii pœna subiciantur.* In quibus eadem abactio partus, & necatio foetus quasi separata recensentur, non tamen ac si Synodus partus abactionem de foetu inanimato voluisset intelligere, alius enim durum nimis fuisset, eadem pœna homicidam & non homicidam affici, sed ut modo abigendi diverso, quorum unus per medicamentum, alter per venenum exercetur, elegantia gratia diversa phrasibus, eandem tamen rem significans applicatur. Adde omnino, quæ supra §. 16. ex VI. Synodo Constantinopolitana Aerodius recensuit.

§. XXVI. Antequam a Jure Canonico abeamus, illud a nostro instituto non foret alienum, disquirere de Jure Divino, præprimis cum non solum Augustinus *d. c. Moyses 9. c. 32. qu. 2.* proponendo distinctionem inter partum formatum & informatum, ad illud provocet, sed & *Corpor. d. Qu. XI. n. 3. ac Habn. ad Wesenb. de Extraord. Crim.* idem faciant. E contrario *Dn. Lauterbach. Dissert. de Privil. Delict. Th. 52.* illam opinionem foveat: quasi textum non satis eolverint, qui sæpius nominatam distinctionem statuminare velint. Momentum omne consistit in expositione *vers. 22. & 23. Exod. 21.* quos versiones vulgatas, Chaldaes, aliæque Judæorum ipsorum in hunc sensum exposuerunt: *Si rivari fue-*

Vir viri & percussit quis mulierem pregnantem, & abortivum quid fecerit, sed ipsa (mulier) vixerit, subjacebit damno, quantum maritus mulieris expetierit, & arbitri judicaverint. Sin autem mors ejus fuerit subsecuta, reddet animam pro anima. Hi itaque præsupponunt, quasi ibidem Deus non de morte abortus disposuerit, sed saltem de morte matris prægnantis consentit versio Lutheri: Wenn sich Männer ha-
 den, und verletzen ein schwanger Weib, daß ihr die Frucht ab-
 gehet, und ihr kein Schade wiederfähret, so soll man ihn um
 Geld straffen, ic. kömmt ihr aber ein Schade daraus, so soll er
 lassen Seele um Seele. In alia omnia abeunt LXX. Inter-
 pretes, dictam legem in hunc modum exponentes: εὖν δὲ
 μάχωνται δύο ἄνδρες, ἢ πατάξωσι γυναῖκα ἐν γαστρὶ ἔχουσαν,
 ἢ ἐξέλθῃ τὸ παιδίον αὐτῆς μὴ ἐξεικονισμένον, ἐπιζημιον ζη-
 μιωθήσεται εἰς τὴν δὲ ἐξεικονισμένον ἢ, δώσει ψυχὴν ἐντὶ ψυχῆς,
 i. e. si rixati fuerint viri, & percusserint mulierem pregnan-
 tem, exieritque fetus ejus, siquidem informis, multa multa-
 bitur percussor. Sin vero jam formatus, dabit animam pro
 anima. Quibus verbis propositam ab interpretibus juris
 distinctionem aperte confirmant, eamque opinionem secu-
 ti sunt Pagninus & Junius, item Wilb. Zepperus *Expos. Leg.
 Mosaic. Lib. 4. c. 15. Ant. Matthæi de Crim. Lib. 47. tit. 5. c. 1.
 n. 2. p. 183. Selden. de J. N. & G. Lib. 4. c. 1.* cumque illa fere
 convenit, quod ex More Nebochim excerptit Seldenus *d. l.
 p. 477. Parite jus est, si quis animis majorem, aut minorem re-
 cens natum occidat, sive masculum, sive feminam. Cædis
 nempe hujusmodi nomine morte plebendus est.*

§. XXVII. Nobis, uti jam non vacat hanc contro-
 versiam distinctius perpendere, ita diffiteri non possumus,
 sententiam Augustini & LXX. Interpretum donec meliora
 edocentur, magis probabilem nobis videri, idque vel ex hac
 ratione:

ratione: quod illud inconueniens ex priori explicatione
 profluere videatur, quasi is, qui abortum procuraverit, si
 modo matri nullum damnum inde fuerit datum, indistincte
 & nullo respectu habito homicidii fetus illati pœna pecunia-
 ria multatus saltem fuerit, quod non facile præsumendum
 est, nisi statuere velis cum Gentilibus supra §. 14. recensitis,
 fœrum in utero matris nunquam anima rationali esse prædi-
 tum, quod tamen asserere nolim. Illud insuper obiter no-
 to: quæcumque explicationem arripere velis, grave argu-
 mentum exinde adversus Traducianos desumi posse, quod
 ipsis discutiendum relinquo.

§. XXVIII. A Jure Canonico transeo ad Jus Imperii,
 in quo distinctionem interpretum animatum & inanimatum
 receptam esse neminem dubitare sinunt verba *art. 133. Const.
 Crim. Carol. V.* ibi: So jemand einem Weibsbilde ein leben-
 dig Kind abtreibet. It. So aber ein Kind, das noch nicht le-
 bendig wäre, von einem Weibsbilde getrieben würde. Idem
 placuit *Serenissimo Legislatore Saxon. Part. 4. Const. 7. verb.
 Weibsb. Früchte, die da im Mutterleibe lebendig gewesen. It.
 Da aber die Frucht nicht geleebet zc.*

§. XXIX. Præsupposito itaque partum esse vel ani-
 matum vel inanimatum, non minori diffidio Inter autores
 agitata fuit controversia, quo tempore fœtus in utero vive-
 re incipiat? Alii enim indistincte fœrum post 30. diem vi-
 tam nancisci statuunt, vide quæ supra ex More Nebochim
 recensuimus §. 26. Alii sexum masculinum a femineo se-
 cernentes masculo modo 30. modo 40. diem, femine jam
 diem 40. jam 80. jam 90. tanquam terminum a quo animam
 accipiat, assignant. Vid. *Carprou. d. Qu. XI. n. 6. Matthæi
 d. tit. 5. n. 2. p. 184.* quem discessum in Saxoniam sapientissimus
 Elector *d. C. 4. P. 4.* sustulit, sanciendo fœrum post dimi-
 dium

dium tempus uterum gerentium pro animato habendum esse, verb. Und solches noch unter der Helffte, nach der Empfängniß geschehen.

§. XXX. Forma delicti hujus consistit in expulsionem partus ex utero materno, quæ expulsio variis modis contingere potest: Vel dolo, si quis data opera partum abigat, *l. 4. ff. d. Extraord. Crim. art. 133. Const. Crim. verb. So solch Ubel süßesüßlicher und böshastiger Weise geschicht, Const. Elect. 4. P. 4. verb. Wann vorfesslich: vel culpa, si e. Si quis dolo non det poculum, l. 38. §. 5. ff. de Pan. it. Si quis non malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem det, ex quo ea, quæ acceperat abortum fecerit, *arg. l. 3. §. 2. ad L. Corn. de Sic.* poteritque hac parte peccari vel lata culpa, si v. g. medicus vel pharmacopola ex imperitia poculum abortionis præscribant vel præparent: vel peccatur levi culpa, si v. g. medicus medicamentum ejusque signa non distinet & perspicue præscribat, aut pharmacopola unum medicamentum pro alio legat, quemadmodum hoc modo nescio quis visus privatus est, cum medicus literas male pingens opiam ægroto ordinasset, cujus loco pharmacopola apium legerat: Vel denique levissima si v. g. mater ægrotans famulam rerum imperitam ut medicamentum sibi apporet, aliquem in locum mittat, in quo venenum medicamento plane simile collocatum sit, eaque loco medicamenti venenum apporet &c. Plura exempla de abortu culpa procurato. *Vid. ap. Caranzam de Partu c. 16. n. 30. seqq. p. 616. seqq.**

§. XXXI. An E. nunquam abortum absque dolo & culpa procurare licebit? Si alios sequi velimus, id asserendum foret, quippe cum non desint ex Dd. Juris Canonici, qui statuunt posse abortionis poculum licite propinari, si probabile sit ex partu periculum, vel etiam si famæ & existimationis

mationis læsio metuatur. *vid. Aug. Barbosa ad c. 5. X. de Homic. n. 2.* Verum cum hæc sententiæ rationibus omnino, quæ refutationem mereantur, sint destitutæ, causa non est, ut in illis hæreamus ulterius. Speciose magis a nonnullis differitur, si certum sit ex partu obitura esse matrem, nisi abortu facto illi succurratur, permissum esse medico pro servanda matre partum abigere. *Vid. Quæ prolixè differit Caranza de Partu Natur. & legit. cap. 16. n. 47. seqq. Anton. Matib. d. l. 47. tit. 5. n. 5. p. 186. seqq. Et Tertullianus de anima c. 25. scribit: In ipso adhuc utero infantem trucidari necessaria crudelitate, cum in exitum obliquatus, denegat partum, matricida, immortiturus.* Eadem ex ratione Hebræorum sapientes decrevisse autor est. *R. Moyses Ben. Maimon. hal. Rotzsch. c. 1.* partus hoc casu cædem necessario fieri, tanquam aggressoris (*arg. l. 3. ff. de F. & F. l. 45. §. 4. ad L. Aquil.*) qui quasi vim inferat necandi causa, & ideo penam mereatur, quorum sententia & ideo placet nonnullis, quod naturalis ratio suadeat periclitante vita duorum, si alter non possit, digniori vel morte alterius subvenire, *arg. l. 1. §. 28. l. 3. §. 5. ff. ad SCr. Silan. junct. l. pen. §. ult. ff. de Excus.* quis vero neget matrem esse digniorem. Sed nec hæc rationes, ad quas in conspectu respondebimus, tanti nobis videntur, ut nos terrent, ne sententiam adversam approbemus cum *Menoch. l. 2. de Arb. Jud. Quæst. Cas. 357. n. 20. seqq.* tum quod optime statuisse opinemur. *Joh. Bapt. Sylvor. in controvers. med. c. 82.* casum non esse dabilem, in quo certum sit, (1) prægnantem periclitantem, partu per violentiam non ejecto, esse moriturum, (2) eandem sospitem per abortum futuram. Tum quod ipse *Caranza d. c. 16.* concedat, abortum ob violentiam divulsionemque præcocis fructus majus damnum & periculum

lum mulieribus afferre, maxime si a sexto mense & quando fœtus jam est grandior, abortus contingat.

§. XXXII. Illud autem sua sponte fluit, abactionem partus, actum aliquem exteriorem inque sensus incurrentem ad sui formam requirere, cum voluntas in mente rezentia nihil operetur. *l. 7. ibique Gorbosy. C. de Cond. ob caus. dat. l. 50. ff. de Cond. Indeb.* Unde & Ulpianus *l. 18. ff. de penis.* Cogitationis pœnam neminem pati asserit, nec id immerito: incongruum enim naturæ humanæ fuisset internis animi actibus juris effectum tribuere, cum homo internos istos motus, qui ad exteriorem actum non pervenerunt, cognoscere nequeat. Cæterum uti in aliis delictis non omnes actus interni delicto formam imponunt, sed ex his quidam per gradus, conatus nomine veniunt: Ita & in præsentī ad conatum referre poteris, si v. g. medicus medicamenta præscribat dolo malo ad abortum facientia: Tum si eadem prægnanti porrigat, ista tamen non bibenti: denique si medicamentum jam a matre exhaustum sit, partum tamen non expellat, & quæ his alia poterunt esse exemplo similia.

§. XXXIII. Cæterum modos illos actuum externorum in definitione supra *c. 1. §. 10.* ad duo genera revocavi. Vel enim procuratur abortus per aliquod expellens intrinsecum, quod fere per medicamenta aut poculum abortivum fieri solet: Vel per vim ab extra accedentem, puta, si quis lapide, aut ligno, vel pugno prægnantem percutiat, si prægnans ipsa saltando, pondera ferendo, uterum comprimendo &c. visceribus vim inferat. *l. 39. ff. de Pen. l. 8. ad L. Cern. d. Sic. l. 27. §. 22. ad L. Aquil. c. 5. X. de Homicid. Const. Crim. art. 133. Const. Saxoa. 4. P. 4.*

§. XXXIV. Denique quod finem delicti nostri attinet, eum in definitione partim in mali alicujus evitacione, partim

partim in captatione lucri, vel consecutione boni consistere diximus. Ad illam classē refero, si quis ob evitandam ignominiam hoc velamento impregnationem hominum subtrahere cognitioni nitatur: Si quis salvandæ matris gratia abortum procuret. Ad hanc, si quis explendæ libidinis causa, vel odii meditatione, puta ne inimico marito filius procreetur, aut si pecuniaril lucelli gratia, vel ad hæreditatem captandam ventri vim inferat. *d. l. 39. ff. de pen. c. 5. X. de Homicid.*

CAPUT III.

De

Effectibus hujus Delicti, ejusque Affinibus.

SUMMARIA.

*An ob partum abactum detur actio Civilis? §. I. Respondetur distincte. §. II. Proponitur questio specialis huc spectans. §. III. Sententia Berlichii de eadem. §. IV. Cui respondetur. §. V. VI. VII. VIII. IX. X. De pœna partus abacti triplex formatur inspectio. §. XI. 1) An in hoc crimine aliter puniatur dolus, aliter culpa? §. XII. XIII. XIV. Reficitur distinctio Petezii de Lara, quoad culpam. §. XV. 2) An differentia partus animati & inanimati inducat differentiam pœna? §. XVI. XVII. XVIII. XIX. XX. XXI. Exponitur *L. 39. ff. de penis. §. 17, 18. Item L. 38. §. 5. ff. eod. §. 19, 20.* 3) An varietur pœna pro varietate personarum delinquentium. In specie an aliter puniatur parentes, aliter extranei? §. XXII. XXIII. XXIV. XXV. An aliter puniatur maritus ac femina? §. XXVI. De pœna juvenis. §. XXVII. Quo tempore hoc delictum præscribatur? §. XXVIII. Affinitas partus abacti. §. XXIX. Utrum partus abactus sit baptizandus? §. XXX. An item proficiat ad jus trium liberorum? §. XXXI.*

§. I.

Delicta quæ immediate privatos lædunt, duplici modo considerari merentur, vel enim quatenus damnum ista privato inferunt, vel quatenus tranquillitatem publicam per consequentiam turbant. Eadem consideratio est in partu abactio observanda. Læditur enim partus præprimis si animatus sit: læditur mater, dum ejus violantur viscera: læditur pater, dum liberis fraudatur, *L. 4. de extraord. Crim.* læditur denique publicæ rei securitas, dum illa cive privatur, malumque exemplum aliis ad peccandum prioribus datur. Sed quemadmodum ex Jure Civili constat, ob pauca saltem delicta actionem ad interesse privatum consequendum concedi, ita merito sollicitis nobis esse opus est, an propter partum abactum matri vel patri, vel aliis cognatis actio ejusmodi sit indulta?

§. II. Jus divinum quod attinet, satis perspicue hæc de re quidem cautum est, si partus abactus nondum animatus fuerit, vel secundum aliorum expositionem, si matri per abortum nullum damnum illatum sit, maritum, seu patrem damnum illatum æstimare posse, a Judice tamen moderandum *Exod. XXI. vers. 22.* At in jure Romano nihil quidem mihi deprehendere licuit, quod actioni privatæ faveat, excepta *L. 27. §. 22. ff. ad L. Aquil.* ubi Ulpianus: *Si mulier pugno, vel equa ictu a te percussa ejecerit, Brutus ait, Aquilia teneri, quasi rupta.* Sed nisi equidem fallor Ulpianus hoc casu de muliere ancilla loquitur, cujus cum hodie propter sublatum jus servitutis non sit usus, non prolixiore ea res merebitur disputationem. Nec obstat quod notum sit, etiam ob liberum hominem dari actionem utilem *L. Aquiliæ. L. 13. ff. ad L. Aquil. arg. L. 3. ff. si quadr. paup. fec. dicatur.* At vereor an eadem utilis actio locum habeat in libero homine interfe-

terfecto. Sane enim *d. l. 3.* vulnerationis tantum facit mentionem, & *d. l. 13.* liberum hominem suo nomine saltem utilem Aquiliæ actionem instituere posse asserit. Quæ utraque limitatio ad casum partus abacti applicari nequit, nisi si mater per poculum abortionis damnum passa sit, & suo nomine actione utili *L. Aquiliæ* experiri cupiat: Quanquam tum disquirendum foret, utrum hæc actio utilis adhuc hodie sua utilitate gaudeat? Certe neq. *art. 133. Const. Crim.* nec *Const. 4. P. 4. Const. Saxon.* quicquam de ea meminit.

§. III. Spectat huc casus a *Berlichio* propositus, *P. 4. Concl. 8. n. 56.* Maritus nullis aliis liberis relictis, nisi uxore prægnante decedit, hic si uxor gravida non fuisset, hereditas universa, detracta prius portione statutaria vel simili viduæ superstiti debita ad alios heredes devolveretur, uxore vero posthimum pariente hereditas integra penes posthimum maneret, & eo mortuo ad viduam pertineret. Quæritur igitur, si quis viduam prægnantem verberet, vel aliter causam abortui det, ita ut illa hereditate, vel simili lucro carere cogatur, an is etiam ad hæc interesse & lucrum cessans teneatur?

§. IV. *Berlichio* quidem placuit affirmativa, tum per text. in *§. Illud non ex verbis 10. §. ad L. Aquil. L. Ait. 21. §. ult. L. Proinde, 21. §. 1. L. Inde 23. §. Julianus 1. §. 6. L. Liber homo 37. §. 1. L. 51. §. 2. L. Sicchum 55. post pr. ff. eod.* Tum, quod etiam medicus, qui propter imperitiam vel culpam infirmo præbet causam moriendi, teneatur ejus heredibus ad damna & interesse, secundum opinionem *Julii Clari*, tum denique quia generalis *Dd.* opinio sit quod is qui aliquem in casu necessariæ defensionis, aut homicidii fortuiti interficit, obligetur ejus uxori & heredibus præter multam vel aliam pœnam extraordinariam etiam ad æstimationem damnorum, interesse, & lucri cessantis.

§. V. Sed his non obstantibus tentabimus, an non ad rationes Berlichii responsionem invenire possimus. Quod igitur textus Juris Civilis concernit, eorum quos Berlichius adduxit sensus iste est: in L. Aquilia fieri æstimationem non damni revera dati solum sed & omnis interesse & lucri cessantis, *L. 21. §. ult. L. 23. §. 6. L. 37. §. 1. L. 55. ff. ad L. Aquil.* proinde hic æstimari quoque causas corpori coherentes: ut si quis ex comcedis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solum peremti corporis æstimatio faciendæ sit, sed & ejus ratio haberi debet, quo cætera corpora depretiata sunt. *L. 22. §. 1. eod.* Et porro si quis servum ab altero heredem institutum ante occiderit, hereditatis quoque amissæ ratio est habendæ. *§. 10. §. 2. L. 51. §. 2. ff. eod.* Quibus ultimis textibus videtur potissimum Berlichius fuisse motus, ut in quæstione proposita & matri ratione hereditatis amissæ actionem concesserit.

§. VI. Sed ut taceam, ab interfectione servi, de qua expresse loquuntur *d. l. 51. §. 2. & d. §. 10.* ad liberi hominis necem consequentiam non valere, propter dicta superius *§. 2. hujus cap.* communiter Ddres notant, quoties de interesse ferreo est, & tali quidem, in quo lucri cessantis, ratio habetur simul, lucrum oportere circa rem ipsam consistere, in eaque esse radicatum, non foris adveniens aut fortuitum. *Vid. Huberi post. ad Justit. tit. de Action. pos. 47.* Quam in rem adducitur, *l. 21. §. 3. ff. de Act. Emr.* ubi postquam dixerat Jctus: Omnem utilitatem emtoris in æstimationem venire, cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat. Hanc tamen utilitatem emtoris seu ejus interesse statim limita; ut modo ea circa ipsam rem consistat. Neque enim, ita pergit, si posuit ex vino negotiari, & lucrum facere, id æstimandum est, non

non magis, quam si triticum emerit & ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur, nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. Quibus præsuppositis dicemus, interesse matris in dato casu minime fuisse radicatum, cum ea demum mariti hereditatem acquisisset (1) si posthumus ille vivus fuisset procuratus: & (2) si ante matrem & quidem in pubertate iterum fuisset mortuus: quæ omnia, ut futura contingentia, adeoque nulla certitudine subnixæ consideranda sunt.

§. VII. Quod si maxime urgere velis, ab actione emti ad L. Aquiliam argumentationem non admitti, & in hac lucrum quoque incertum in æstimationem venire, ut pretium hereditatis, per *d. l. 51. §. 2.* & hic non obscure contrarium ostendi poterit. Nam etsi Julianus in *d. l. 51.* simpliciter tantum hereditatis faciat mentionem, adeoque ejus verba, generaliter accepta, etiam admittant illum casum, si quis servum meum a Titio heredem institutum vivo adhuc Titio interficiat. Ubi sane lucrum illud hereditatis meo respectu æque incertum est, ac in quæstione a Berlichio proposita erunt tamen utique ista Juliani verba secundum ductum Triboniani in *§. 10. §. d. 1. verb. quam is jussu tuo hereditatem adierit*, restringenda ad illam circumstantiam, si quis testatore jam mortuo dominoque deliberante ad servum velit jubere ut hereditatem adeat, servum heredem institutum occidat, ubi interesse Domini omnino pro radicato habendum, cum quovis momento potuisset per jussum suum hereditatem istam acquirere. Et hoc pacto non dubitamus asserere, quod actio L. Aquiliæ ad æstimationem hereditatis non tendat, si quis servum vivo testatore interemisset.

§. VIII. Et quid multis ambagibus opus erit, cum

ipse Julianus ab Ulpiano *L. 23. ff. eod.* adductus satis perspicue mentem suam explicet. Nam expresse *Julianus scribit: Si institutus fuero sub conditione: SI STICHUM MANUMISERO.* (Cui conditioni, cum omni tempore a me satisfieri queat, illa merito inter potestativas referenda erit) *Et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter conditionem enim defecit conditio.* (Scil. quia in continenti a me impleri poterat. Nam si conditio fuisset casualis, & tunc aliud dicendum foret) *Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare: quia retrorsum, quanti plurimi fuit inspicitur b. e. ut non male Ara ad d. l. 23. quia mihi non videtur quaestum vel amissum, quod ex alieno pendet arbitrio; posset enim testator mutare voluntatem, adeoque vivo testatore servus hæres institutus pluris vendi non potuisset.*

§. IX. Eadem responsio repetenda est ad conclusiones Doctorum, de Medico imperite necante & illo, qui in casu necessariæ defensionis aut homicidii fortuiti occidit. Intelligendæ enim sunt etiam illæ de interesse radicato. *Conf. Grov. de F. B. & P. L. 2. c. 17. Pufend. de F. N. & G. Lib. 3. c. 1.* Accedit, quod, quamvis ea, quæ Doctores in his casibus disputant æquitati naturali non sint disconvenientia, tamen in praxi non ubivis recepta fuerint. Sic ex ratione Juris Saxonici (secundum quod in eum, in quem capitali pœna animadversum est, actio de damno resarciendo non datur. *Vid. P. 4. C. 12. ibique Corpz. def. 7.*) Doctrina Berlichii, etiam si Jure Civili fuerit apta, eo, quod idem jus in eum qui partum abigit ultimum supplicium dictat, non procederet.

§. X. An ergo inquires hereditatem defuncti retinebit iste nefarius, qui eo animo, ut ad se deferatur hereditas defuncti, partum abegit? Sane id iniquum foret, cum nemo

ex

ex suo dolo debeat commodum sentire & locupletior fieri. Putamus itaque hoc casu, ejusmodi delinquenti hereditatem ut indigno a fisco auferri. *arg. L. 3. ff. de his quibus ut indign. 2. l. ff. ad Scil. Silan.* Si enim is, cujus negligentia periit defunctus, quive ei maledixerit, aut qui necem defuncti non sit ultus, hereditate privatur, cur non & ille, qui in defuncti progeniem lævit.

§. XI. Missa itaque actione Civili, videndum nunc erit, quomodo ob interesse publicum turbatum, abortum facientes puniantur? Ubi quidem ad tria potissimum distincte respiciemus. 1. An ratione modi differentia sit inter dolum & culpam? 2. An alia sit pœna partus animati abacti, alia inanimati? 3. An differentia personarum delictum committentium etiam pœnæ differentiam inducat? In singulis autem membris, ne confuse quæstiones tractemus, distinguemus iterum Jus Romanum a Canonico, Carolino & Saxonico idque eo magis, quo sæpius Dd., qui hac de materia scripserunt, Jura hæc diversa miscuisse, deprehendimus.

§. XII. Itaque quod primum membrum concernit: Quær. Utrum aliter puniatur is, qui dolo malo abortum procuraverit, præ eo, qui culpa? Ita quidem videtur dicendum esse, cum pœnarum finis potissimum sit emendatio, emendatione autem majore videtur opus habere is, qui ex *negotiositate*, quam qui ex negligentia peccat. Sed quicquid hujus sit, nobis tamen quoad Jus Civile videtur amplectenda illa sententia, quod hac parte eadem pœna puniatur culpa qua dolum. Res clara est: Nam *Marcianus L. 4. ff. de extraord. Crim.* temporali exilio notatam fuisse eam, quæ data opera abegerit observat. Idem tamen in *L. 3. §. 2. ad L. Corn. de Sic.* eam, quæ non malo animo, malo tamen exemplo medicamentum ad conceptionem dederit, ex quo ea quæ acceperat, de-

E 3

cesse.

cesserit, non minus ex SCto fuisse relegatam, notat. Quod si hoc posterius exemplum tibi ideo non placeat, quia in eo, non de poculo abortus, nec de exilio, sed de relegatione, quæ mitior est exilio, agitur, audiamus Paulum, qui in *L. 38. §. 5. ff. de Pæn.* eos, qui abortionis poculum dant, etsi absque dolo, tamen si humiliores sint in metallum si honestiores in insulam, amissa parte bonorum relegari, scripsit. Causam equidem hujus identitatis hic inquirere nolo, nisi forte dicere velis, ideo a Jure Civili hoc casu inter dolum & culpam non distingui, quoniam ex ejus hypothese, uti supra fuit ostensum & amplius in sequentibus ostendetur, hoc delictum semper, extra ordinem, & nunquam capitaliter fuerit punitum, adeoque non opus fuerit, aliam pœnam culpæ, aliam dolo imponere.

§. XIII. Quæ hypothesis, cum Jure Canon. non fuerit recepta, sed ut supra demonstratum dedimus, vel quod perpetuo partus in utero vivat, vel quod ad tempus saltem, creditum fuerit: Inde non mirum, si & ratione pœnæ discrepantia inter dolum & culpam fuerit observata. Nam ex eorum quidem sententia, quos Traducianis favisse supra diximus, distinctio hæc satis videtur fundari in *c. 5. X. de Homicid.* Ubi is demum ut homicida puniendus dicitur, qui explendæ libidinis causa, vel odii meditatione poculum, abortivum dat: Quæ singula præsupponunt. Deinde etiam ex eorum opinione, qui in Jure Canonico differentiam inter partum animatum & inanimatum agnoscunt, mitius punitur culpa, quam dolus. *arg. c. 20. X. de Homic.* Ubi qui ex culpa abortum procuraverat, & quidem animatum, saltem ab altaris officio abstinere jubetur: cum alias ut homicida puniendus fuisset, h. e. pœna excommunicationis. *can. Itaque c. 24. qu. 3. Vid. Lancel. L. 4. Instit. tit. X. §. 1. Vallenf. ad Decret. tit. de Homicid. n. ult.*

§. XIV.

§. XIV. De Constitutione Carolina & Jure Saxoni idem dicendum erit. Nam expresse in *d. art. 137.* mentio fit doli mali, verb. Fürsätzlicher und boshaftiger Weise geschicht. It. in *d. Const. 4. P. 4.* verb. vorsätzlich. Unde concludemus in abortu culposo mitiorem pœnam obtinere. Itaque in his casibus pro diversitate circumstantiarum & culpæ, utrum lata, levis & levissima sit, jam pœna relegationis, jam carceris, jam pecuniaria dictatur. Vid. *Carpz. Qu. XI. n. 25.* Nec aliter de conatu judicandum est, propter verba *d. Const. 4.* ubi Oder aber das, was zum Abtreiben genommen, keine Wirkung gehabt. *Carpz. d. l. n. 26.*

§. XV. Illam vero distinctionem, utrum is, qui culpa abortum procuraverit, puta percutiendo prægnantem, sciverit vel ignoraverit eam prægnantem esse, cum applicatione, ut sciens gravius puniri debeat, quam ignorans approbare non possumus; quamvis videamus eam placuisse *Perezio de Lara Compend. Vitæ homin. c. 9. n. 8. seqq.* quoniam scilicet non debuerit divinare mulierem esse prægnantem. Sufficit enim, quod hic non habuerit potestatem verberandi feminam, etiam non prægnantem, quemadmodum sic æque ut homicida punitur, qui Titium interfecerit, vel verberaverit, cum putat verberare aut occidere Cæsum.

§. XVI. In expositione membri secundi & an scilicet in pœna differentia partus animati & inanimati consideretur, multum nos juvabunt ea, quæ supra *c. 2.* de hac distinctione differuimus. Cum enim Jus Civile distinctionem istam non agnoscat, non poterit etiam secundum ductum hujus distinctionis pœnam discernere, sed semper pœna extraordinaria ex Jure Romano locum habebit, nunquam capitalis.

§. XVII. Tantum hac vice textus removebimus, qui secundum communem Doctorum sententiam, pro pœna capitali:

pitali in abortu observanda adducuntur. Primum telum ex *L. 39 ff. de Pæn.* desumitur, ubi ex Ciceronis oratione pro Cluentio affertur, Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed hic pro nobis respondeat Matthæi, legibus non exemplis esse judicandum, neque posse rem, quam Cicero in Asia judicatam refert, partem distinctionis facere, cum jus in eo loco non proponat Cicero, sed exemplum duntaxat seu rem judicatam. Unde corrumpit distinctio plurimorum Doctorum a *Berl. Concl. 8. P. 4. n. 57.* allatorum, cum quibus facit etiam *Petrus Ærodius* in loco *supra c. 2.* a nobis descripto. Qui, ut istam pœnam capitalem mulieris Milesiæ, cum pœna exilii temporalis, quam statim in alio exemplo subjungit *Tryphobinus d. l. 39. ff. de pæn.* concilient, rationem disparitatis in eo quærunt, quod mulier Milesia pecuniam acceperit, altera vero in odium saltem mariti abortum fecerit: Quantulo enim improbius, ut recte iterum *Ant. Matthæi* quæ pecuniam accepit, cujus sacra fames est, illa quæ odio mariti deliquit.

§. XVIII. Ineptior est conciliatio *Contii*, qui ad *d. l. 39.* in casu secundo verbum: *prægnans* captat, ejusque remedio, illum cum casu de muliere Milesia conciliare satagit, quasi nimirum hæc non prægnans saltem fuerit, sed gravis, adeoque gravius quoque punienda: Prænantem enim esse, quæ se concepisse sentiat, gravidam vero, quæ jam gravetur partum seu conceptum. Vellem enim vel unica litera mihi ostendi ex *d. l. 39.* quod mulier illa Milesia gravis dicatur. Deinde etiam si concederemus, talem differentiam horum duorum vocabulorum observari, velut ex autoribus probat *Mart. Martinius* in *Lexic. voce Prægnans.* dubito tamen, an in jure

jure Romano eadem observetur differentia, cum contrarium pateat ex *L. 1. pr. §. 1. §. 10. ff. de Ventr. insp. L. prægnantis 4. ff. de pænis.*

§. XIX. Majus refugium quæritur in *L. 38. §. 5. ff. de Pæn.* Qui abortionis, inquit *JCrus*, aut amatorium poculum datur, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli rei est humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum relegantur, quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur. Hæc lex, uti alias ob controversiam: an mulier sit homo cum hic opponatur homini, nota est, ita plerique Doctorum verba ultima sic circumscribunt: *quod si eo* (scil. poculo abortionis) *mulier aut* (qui in ventre latet) *homo* (qui nomine generico denotatur, quia nescitur, utrum masculus an femina sit) *perierit, summo supplicio afficiuntur.* Sed quemadmodum hæc explicatio aperte pugnat cum hypothesis *JCrus* Romanorum, qui embryonem pro homine non agnoscunt, per superius deducta: ita inconveniens etiam illud oriretur, *JCrus* duplicem quæstionem de poculo abortionis & amatorio proponere, in responsione vero & decisione unius tantum facere mentionem.

§. XX. Quapropter manifestum esse arbitramur, *JCrus* in verbis: *Aut homo* loqui de morte, non ejus qui in utero est, sed personæ cui amatorium poculum datum fuerit, & sensus sit: *Quod si eo* (scil. abortivo) *mulier*, (cui soli datur, non masculo,) *aut* (amatorio) *homo* (i. e. tam mas quam femina) *perierit, summo supplicio afficiuntur.* Quam explanationem confirmant etiam *Basilica*, quæ magnæ autoritatis in interpretatione juris Romani semper fuerunt. Ita enim dicta verba ultima, in *L. 69. Tit. 51. c. 38.* exponunt: *εὶ δὲ ἀπέθανεν ὁ πῶλον, ἐχέτω τὸ τελευτήτων, i. e. Si vero moritur, qui bibit, ultimo supplicio punitur, qui poculum dedit.* Ridet equidem

hanc explicationem *Freberus L. 1. Paverg. cap. 17.* quasi scilicet philtro ingurgitatus non soleat emori, sed ad furorem adigi. Sed ipse potius se ridendum aliis hoc passu propinavit, cum ejus paradoxon redarguat catalogus philtro sublatorum ap. *Zwingerum in Theatro Vitæ humanae Vol. 2. Lib. 7. & experientia quotidiana. Decian. Lib. 9. tract. Crim. C. 2 3. n. 8.*

§. XXI. Jus Canonicum equidem pro diversitate hypothesium, modo partum abactum indistincte pœna capitali notat, *c. 5. X. de Homic. c. 20. c. 2. qu. 5. in fin.* quatenus nimirum ibidem ex sententia antiquorum Concilliorum, de quibus supra tradux animæ præsupponitur: modo Infusianorum doctrinæ favens, pro differentia partus animati & inanimati differentem quoque injungit pœnam, *c. sicut 20. X. de Homic.* quorum posterius etiam approbavit *Carol. V. Const. Crim. d. art. 133.* pœnam capitalem dictans, si partus abactus fuerit animatus, & extraordinariam, si inanimatus. Neque hic discrepat Jus Saxonicum, utpote quod eandem distinctionem satis dilucide proponit, *d. C. 4. P. 4.* & notat *Beatus in Cen. 1. sentent. Crim. tit. 3. c. 5.* pœnam fustigationis fuisse irrogatam illis, qui partum abegerant inanimatum, neque majorem ovo gallinæ.

§. XXII. Intertio membro: Utrum nimirum differentia personarum abortum committentium pœnam aggravet, aut minuat, potissimum disquisitionem meretur, an aliter puniantur parentes abortum procurantes, aliter extranei? Videbatur hæc quæstio indistincte affirmanda esse, cum parentes infanticidium videantur committere, cujus major est pœna, quam homicidii simplicis. Contra indistincte eam negat *Carpz. P. 4. C. 4. D. 1.* Nobis ut in præcedentibus, ita & hic distincte secundum distinctionem jurium est respondendum.

§. XXIII.

§. XXIII. Quoad Jus equidem Civile eadem pœna punientur extraneus & parentes partus abacti rei. *L. 4. ff. de Extraord. Crim. L. 8. ad L. Corn. de Sic. junct. arg. L. 3. ff. 2. eodem. & L. 38. ff. de Pen.* Neque hoc jure ad infanticidium referri poterit partus a matre, v. g. per abortivum poculum ejectus, cum ut sæpius inculcatum jam est, JCSI partum in utero hominem esse non agnoscant. Ex sententia quidem Juris Canonici posset abortus, partus viventis a matre procuratus pro parricidio haberi: sed tamen gravius vix punietur mater præ extraneo, cum canones in ipsum parricidium non soleant gravius animadvertere, quam in homicidium simplex. *arg. t. t. X. de his qui fil. occid.*

§. XXIV. Apertior est discrepantia in constitutione Carolina, ubi Invictissimus Imperator constituit: daß die Frau, so sie es auch an ihr selbst thäte, ertränket, oder sonst zum Tode gestrafft werden solle. Quod ita intelligo, ut mater si partum proprium abegerit pœna suffocationis, quæ in *art. 131.* infanticidæ dictatur: Si alienum, gladio puniri debeat.

§. XXV. Jus Saxonicum quod attinet, & hic non obscure Seren. Elector inter matrem & extraneam personam *d. C. 4. L. 4.* distinguit, verb. So soll die Mißethäterin am Leben, und die so darzu mit träncken, oder in anderer Gestalt geholffen, mit dem Schwerdt gestrafft werden. Præsuppono enim, quod per verbum: die Mißethäterin, intelligatur ipsa mater, quod etiam ipse *Carpzovius* concedit *Qu. XI. n. 8.* Jam si eadem pœna plecti deberet mater ac extraneus, ut vult, *Carpz. d. D. 1.* frustranea & plane otiosa forent verba *d. Const. Am Leben.* Non dissimulandum tamen est, quoad observantiam judicialem & matrem non nisi pœna gladii in hoc delicto coerceri solere, prout ostendit non solum præjudicium JCSorum Lipsienfium, a *Carpzov. d. Def. 1.* relatum,

sed & alia sententia Jenensium JCtorum, quam *vide ap. Beatum d. l. c. 9. p. 60.*

§. XXVI. Sed annon sexus quoque ratio in impositione pœnæ propter partum abactum habebitur? Regulariter eundem non attendi, nisi in casibus a jure expressis satis probat *Carpzov. Qu. 12. n. 16.* Cum malitiosus animus æque in fœminis ac masculis sit improbandus & legum pœnis coercendus, ne in publicum prorumpat malum. Idemque de Jure Saxoniæ observari ostendunt iterum JCtorum Lipsiensium sententiæ a *Beato d. l. c. 5. §. 10. p. 56. §. 61.* recensitæ, ex quibus videre licet, æqualem pœnam, qua capitalem, qua extraordinariam masculo & fœminæ fuisse dictatam: De Jure Carolino tamen forte aliud pronuntiandum foret propter verba *d. art. 133.* Soll der Mann mit dem Schwerdt als ein Todschlæger und die Frau exträncket, oder sonst gestrafft werden.

§. XXVII. Jubentem quod concernit, Quær. An & hic eadem pœna sit plectendus ac ille qui abortum immediate procuravit? Affirmamus, cum distinctione tamen an seiverit partum fuisse animatum, an minus, quorsum spectat sententia JCtorum Lipsiensium ap. *Beatum d. c. 10. p. 61.* Hat der junge Gefelle bekannt, daß er die Wittwe (welche er geschwängert) geheissen habe, daß sie das Kind abtreiben soll, und daß er ihr vermeldt, womit sie solches thun soll, wo er denn solches geheissen, und die Wittfrau darauf gewisset hätte, zu der Zeit, da er gewußt, daß die Frucht im Mutterleibe allbereit am Leben, und er würde auf solchen Bekännntniß vor Gericht freywillig verharren, so möchtet ihr ihn mit dem Schwerdte straffen lassen, wo aber die Frucht zu der Zeit, da er es die Wittfrau geheissen, im Mutterleibe noch nicht lebendig gewesen wäre, oder wo man das in Zweifel stünde, so möchtet

möchtet ihr ihn zum Staupen schlagen, und aus euren Gerichten verweisen lassen. *B. N. B.* Non admittimus tamen limitationem Berlichii, quasi mater quæ jusserit filiae minorenni, ut partum animatum abigat, capituliter sit punienda, filia vero minorennis matri obediens extra ordinem: cum nulla hic quidem ab eo afferatur legis dispositio, vel ratio prægnans, sed saltem cumulus autorum per quos equidem in materia juridica nobis imponi non permittimus. Quia imo hæc limitatio expresse pugnat cum *L. 9. §. 2. §. 3. ff. de Minor.*

§. XXVIII. Restat ut de præscriptione hujus criminis etiam quædam videamus. Constat autem crimina regulariter vicenniali præscriptione excludi. *L. 12. C. ad L. Corn. de Fals.* Dico: *regulariter.* Solent enim Doctores ob particulam *vere* exceptiones nonnullas tradere criminum, quæ atrociora vocare solent, nec intra hoc tempus præscribi asserunt, inter quæ numerant etiam, quamvis absque allegatione textus, crimen abortus. *Vid. Farin. L. 1. Qu. 10. n. 29. seqq. Theod. Colleg. Crimin. c. 10. tb. 7. lit. D. Laurerbach. disp. de Criminum Præscript. Tb. 23.* Nobis non quidem ex hypothesi Juris Romani, sed potius ex sententia Juris Carolini & Saxonici distinguere placet, an a parentibus abortus procuretur, an ab extraneis: ita ut posteriori hoc casu sententiam illam Doctorum non approbemus, bene tamen in priori, utpote in quo delictum hoc ad parricidium spectet, si scil. partus animatus fuerit, parricidium autem a Regula *d. l. 12. C. ad L. Corn. de Fals.* videtur eximi in *L. fin. ff. ad L. Pomp. de Parricid.*

§. XXIX. Affinia hujus delicti ex dictis facile poterunt intelligi, spectat enim huc (1) Infanticidium, præprimis ex sententia juris Cæsarei. (2) Poculum amatorium, *arg. L. 38.*

L. 38. §. 5. ff. de Pen. tum (3) Poculum sterilitatis. *arg. c. 5. X. de Homic.* quorum ultimum neque propter multitudinem liberorum neque propter multitudinem Civium neque ob promotionem sanitatis inter licita computamus, iisdem argumentis hic utentes, quibus supra abortivum poculum ad matrem conservandam propinatum rejecimus. *vid. latius Ant. Matthæi L. 47. tit. 5. c. 1. n. ult.*

§. XXX. Corollariorum loco paucis considerabimus quæstiones duas, de abacto partu tractantes. Quarum prima est: An partus abactus baptizari debeat? Quæ quidem Domitiana videri posset, cum partus per poculum abortivum aut alio modo ejectus nunquam vivus edatur, constet autem, non nisi infantes viventes esse baptizandos. Sed aliud tamen ostendit præjudicium Jenensium Jctorum ap. *Beatum d. l. p. 60.* & nimirum, quamvis raro, contingere posse, quod infans abortivus etiam extra uterum matris aliquo temporis spatio, vitali aura fruatur: proponitur enim ibi casus, ubi mater confessæ erat: *Daß sie ihrer lebendigen Frucht, so sie vier Wochen bey ihr gefühlet, mit Geträncke abortiret, und ein unzeitig Kindlein, alleine in einem Garten zur Welt gebracht, welches ungefährlich 2. Stunden gelebet, und darnach gestorben, und sie dasselbige vor den Garten getragen, und in die W. in dem Mühl-Graben geworffen.* Hoc præsupposito affirmatus quæstionem propositam, cum inter nostrates Theologos nullum sit dubium sacramentum baptismatis matri partui etiam ante legitimum tempus procreato injuste denegari. *Dante Cas. Consc. Cap. 14. Qu. 24.* modo perfectus, & totus vivus sit editus, hæc enim requisita ut conjunctim concurrant necesse est; mortuus enim & ex parte editus non est baptizandus. *Schiltneri Instit. Juris Canon. L. 2. tit. 2. §. 10. Negler. ad Lancell. L. 2. tit. 3. §. 8.* ubi

ubi etiam recenset modernorum quorundam pontificiorum Moralistarum perversam doctrinam, de parte vel membro infantis nondum editi baptizando. De monstroso nemo est qui dubitet, illum ad sacramentum baptismatis non admitti.

§. XXXI. Secundo Quær. An partus abactus proficiat matri ad jus trium liberorum consequendum? Distingue inter SCtum Tertullianum & L. Papiam. SCtum Tertullianum, exclusis aviis, matribus ingenuis jus trium, libertinis quatuor liberorum tribuebat, quo jure admittebantur ad successionem liberorum intestato mortuorum, per *§. 2. 7. ad SCt. Terrull.* Respondendum igitur est ad Quæst. propositam, quod partus abactus matri non proficiat ad Jus trium liberorum, cum ad illud requiratur, ut ter vel quater sit enixa mater, tum ut vivi & perfecti liberi sint procreati, uti loquitur *Paulus L. 4. sent. tit. 9. in pr.* At vero qui mortui proveniunt, neque nati esse, neque liberi appellari meruerunt, *L. 129. de V. S.* & quia abortus vel abactus venter partum efficere non videtur. *Paulus d. l. §. 6.* Accedit & illa ratio, quod nec ista mulier, quæ uno partu tres filios edidit, jus trium liberorum consequatur: quia non dicenda est ter peperisse, sed semel partum fudisse. Deinde nec mulieri, quæ monstrosum vel prodigiosum partum enixa est, hoc proficit, quia non censentur liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur. *l. 14. de Stat. Hom.* Ideoque omnino dicendum, nec illam quæ abortum passa est jus hoc consequi. Aliud dicendum de L. Papiæ. Hic enim plurimi Doctores statuunt, prodesse matri partum abactum, ad istius legis pœnam evitandam: In hac etenim Lege parentes liberis orbatî multabantur dimidia parte eorum, quæ ipsis in testamento relinquebantur. *Legis*

48 TRACT. JUR. DE CRIMINE PARTUS ABACTI.

Legis autem hujus Papiæ ratio maxime respiciebat studium suscipiendæ prolis, hinc & partus saltem, non vero liberorum mentionem, uti quidem in SCto Tertulliano, faciebat. At partus est etiam, qui conceptus saltem est, licet vivus & integer non edatur hinc eleganter in *L. 135. ff. de V. S.* ait Ulpianus: *Nec enim est, quod eis imputetur, quæ qualiter potuerunt statutis* (scil. *L. Papiæ,*) *obtemperaverunt.* Neque id quod fataliter accessit matri damnum injungere debet. Differentiæ rationem reddunt illam, quod in SCto Tertulliano parentes versentur de lucro captando, in quibus rebus legum verbis strictissime est inhærendum, ita ut non proficiat matri, ter vel quater peperisse, nisi etiam vivi perfecti & pleni temporis edantur. *Ful. Paul. Senz. d. l.* Verum in *L. Papis,* ubi de damno vitando agitur, sufficit, si parentes e sua parte statuto obtemperaverunt. *Conf. Vinn. ad §. 2. §. ad SCt. Tertull. Wissenb. ad d. l. 135. de V. S. Gædd. ad L. 129. de V. S. & omnium novissime Dn. Thomastus ad Strauch. Dissert. 2. Th. 1.*

T A N T U M.

