



DISSERTATIO IVRIDICA

*Vtrum tortura penitus
abroganda, an tantum limitanda
videatur.*

Q V A M

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORIT

P R A E S I D E

D. FRID. GOTTLIEB ZOLLERO

GOD. P. P. O. ECCLES. CATHEDR. MARTISB. CAPITVL. CVRIAE
IN PROVINCIA SVPREMAE NEC NON FACVLTV. IVRID.
ASSESS. ET ACADEM. DECEMV.

IN AVDITORIO ICTORVM

A. D. XV. OCTOBRIS A. C. MDCCLXXII.

PVCLICE DEFENDET

HENRICVS AVGVSTVS LIEBICH

GERANVS.

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA



§. I



Summa tuitio de stirpe duarum rerum, armorum scilicet, atque legum veniens, vimque suam exinde muniens, felicem reddit rempublicam, eiusque salutem summopere promouet. Infelix est gens, quae solummodo ad libertatem naturalem prouocat, et dum incerto utitur iure, discordiis priuatis ansam bellis praebet; ex quo euenit, ut illi, qui studio ampliandi fines territorii, remota aequitate gaudent, et vi atque potentia, quae ipsis summum iustitiae principium dicitur, non sunt destituti, propius accedant, et violato humani iuris foedere, libertatem reipublicae penitus tollant. Optime hoc intellexit gens Romana, quae dum animaduvertebat, alterum alterius auxilio semper egere, et tam militares res legibus tuto collocatas, quam ipsas leges armorum praesidio seruatas esse; id effecit, ut omnibus nationibus anteponi, omnibusque gentibus dominari potuerit. Actiones vero hominum, cum partim ex facto licito, partim ex illicito proueniant, necessarium est, ut in utroque casu non deficiat norma, quae ciues vel ad agendum vel, ad omittendam adstringat.



gat. Hanc ob causam duplex est ius, quod ex voluntate et cura vniuscuiusque legislatoris oritur, ciuile, quod interesse priuatum, et criminale, quod interesse publicum tangit.

§. II.

Ius criminale est collectio legum a superiore latarum, secundum quas iudex, cui alta competit iurisdictio, in inuestigandis pariter quam puniendis delictis subditorum procedere debet. Causa principalis inuestigandi crimina, vti ex definitione apparet, est iudex competens, is nempe cui princeps altam concessit iurisditionem. Iure equidem Romano haec potestas sub notione iurisditionis non latitabat, sed merum denotabat imperium, a iurisditione separatum. Quamuis etenim cuiuslibet magistratui in actu creationis datur iurisdictio, huic tamen non cohaerebat potestas gladium gerendi, sed speciali lege teste Festo eandem sibi concessam sentiebat. Hanc ob causam ait *Vlpianus l. 3. π. de Iurisdict.* *Merum est imperium habere gladii potestatem, ad animaduertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur.* Finis iuris criminalis est duplex, et consistit partim in imponendis poenis, partim in modo inuestigandi delicta. Poena enim est malum passionis propter malum actionis, ad id, vt euitemus concursum facinorum. Optime itaque veteres Philosophi dixerunt, quamlibet legem quatuor virtutes cardinales comprehendere, imperare scilicet facienda, vetare contraria, permittere licita, et punire non parentes. Inuestigationem autem delictorum duobus absoluimus modis, vel per accusationem, hinc processus accusatorius, vel per inquisitionem, hinc inquisitorius ortum trahit. Posterior iure diuino pariter, quam Canonico non fuit incognitus. Relegas Deut. c. 13. v. 12. *Si audieris de aliqua ciuitatum tuarum, ubi inquisueris et peruestigaueris ac percunctatus fueris bene, §*

ecce



ecce vera certaque erit res illa si, commissa fuerit abominatio in medio tui, omnino percussio habitatores. In iure Canonico hunc modum praesertim probat *c. 24. X. de Accusat.* *Qualiter rescribit Pontifex et quando debeat Praelatus procedere ad inquirendum et puniendum subditorum excessus, ex auctoritate veteris et noui testamenti colligitur euidenter, ex quibus postea processerunt Canonicae Sanctiones, sicut olim aperte distinximus et nunc sacri adprobatione concilii confirmamus.* Euidentia etenim patrati sceleris cap. IX. non indiget, clamore accusatoris.

§. III.

Sed quid sentiendum est de iure ciuili? Modum procedendi per inquisitionem Romanos non penitus neglexisse testis est *Vlpianus l. 13. π. de offic. Praef.* *Congruit bono et graui Praesidi curare, ut pacata atque quieta prouincia sit, quam regit, quod non difficile obtinebit, si sollicito agat, ut malis hominibus prouincia careat, eosque conquirat.* Negant equidem multi, huic legi inesse probationem et vocabulum *conquirat*, quo vtitur *ICrus*, minime denotare inquisitionem censent. Sed nullum inter verbum *conquirere* et *inquirere*, intercedere discrimen potius vtrumque vnum eundemque habere significatum optime demonstrat *Barnabas Briffonius de Verb. Signif.* *Et si etiam huic iudicio subscribere nollemus, causam defendit l. 1. C. de custod. reor. In quacunque ait Imperator causa reo exhibito, siue accusator existat, siue eum publicae sollicitudinis cura produxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absoluat.* Patet ex hoc effato, imperatorem dedisse iudici potestatem, et voluisse, vt non expectato accusatoris libello sponte de delictis perpetratis cognoscat, et violatores legum coerceat. Romanis itaque non penitus incognitam fuisse inquisitionem criminum, nemo facile in dubium vocare poterit, ast non ita frequentius obuenisse largior. Plerumque etenim cognitiones criminum



processu accusatorio, circa quem ferme omnia solemnia, quae pertinent ad processum ordinarium, per quem causae ciuiles in iudicium deducimus, obtinent, tractari solebant: ob incommoda vero, quae accusatori ex subscriptione libelli, si probatione erat destitutus, contingebant, eueniebat, vt accusatores, quibus poena talionis displicebat, deficerent. Ne itaque delicta impunita permanerent, et colluue inolorum hominum, tranquillitas reipublicae animaduerneret irreparabile damnum, legislatores presso pede vestigia pontificis sequebantur, et potestatem ius dicentium hucusque restrictam, eo extendebant, vt illos, contra quos suspicio legitima delicti perpetrati militabat, ad iudicium vocare, et de veritate facti imputati cognoscere possint. *conf. Thomasi Diss. de Origine processus inquisitorii Halae 1711.*

§. IV.

In inuestigandis delictis, vt reus condigna poena affici queat, potissimum requiritur, vt aut confiteatur crimen, aut de eo plene sit conuictus. Non me fugit, nonnullos, qui iuris criminalis principia exponunt, in ea versari opinione, vt sola conuictio, si deficiat confessio, ad poenam capitalem irrogandam, haud sufficiat. Fefellit forsitan eos articulus XVI. Sanctionis Caroli V. *In solchen und dergleichen öffentlichen, unzweiffentlichen Uebelthaten, und so der Thäter die offen- unzweiffentliche Uebelthat, freuentlichen widersprechen wolte, so soll ihn der Richter mit peinlicher ernstlicher Frage, zur Bekennniß der Wahrheit halten, damit in solchen öffentlichen, unzweiffentlichen Missethaten, die endlich Urtheil und Straff, mit dem wenigsten Kosten, ais es seyn kann, gesoerdert und vollzogen werde.* Sed placet nobis hac in parte interpretatio Kressii ad hunc articulum, sermonem nempe tantum esse de casu, vbi de delicto constat valde apparenter et euidenter, ex praegnantissimis nempe iudiciis, deest tamen adhuc

plena



plena ipsius facti probatio, vel rei confessio, vel factum certe probatum, rei remen allegationes adsunt, quas ipse probare nequit, nec iudex vel accusator reprobare potest; cum condemnare tali modo crudele, absolueret nefarium foret. Haec sententia vtique menti imperatoris est conueniens. Differit enim legislator tantum de iudiciis, quod verba praecedentia: *auch da einer den gethanen Raub oder Diebstahl wissentlich bey ihm haette, und das mit keinem Grunde widersprechen, oder aus rechtlichen Ursachen widerlegen mögen,* satis demonstrant. Quamuis enim res furtiua penes aliquem inueniatur, non tamen de furto plene conuictus dici poterit, sed suppeditat illud tantum iudicium legitimum, perpetraste delictum. Cum vero iudicium non sit sufficiens ad dictandam poenam, confessionem delinquentis vt exigat iudex, Imperator iubet. Certum potius manet illud, quod ab initio huius §. diximus, aut conuictionem nempe aut confessionem efficere sententiam criminalem, praepremis cum leges partim diuinas partim humanas consentientes habeamus. Conuenit nobiscum Codex sacer *Deuteron. c. XVII. v. 6. Auf zweyer oder dreyer Zeugen Mund soll sterben, wer des Todes werth ist,* *conf. c. XIX. v. 16.* quod et confirmat Pontifex *c. 4. X. de Testibus,* vbi ex dicto diuino probat, peccata per duos testes probationem plenam consequi. Nec alienum ab hac sententia est ius ciuile, ait enim Imperator *l. 25. C. de Probat. Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus vel instructa apertissimis documentis vel iudiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.* Clarius adhuc iudicium suppeditat *l. 16. C. de Poenis. Qui sententiam, laturus est, temperamentum hoc teneat, vt non prius capitalem in quempiam promat seueramque sententiam, quam in adulterii, vel homicidii vel maleficii crimine, aut sua confessione, aut certa omnium, qui tormentis vel interroga-*

tioni-



tionibus fuerint dediti in unum conspirante concordanteque rei finem conuictus sit, et sic in obiecto flagitio deprehensus, ut vixitiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat. Ponderus denique rei addit Sanctio generalis imperii Caroli V. In eadem enim articulo XXII. dicitur: *Denn soll iemand endlich zur peinlichen Straffe verurtheilet werden. das muss aus eignen bekennen, oder Beweisung geschehen*, cum quo conspirat art. LXVII. *So eine Missethat zum wenigsten mit zweyen oder dreyen glaubhaftigen guten Zeugen, die von einem wahren Wissen sagen, bewiesen wird, darauf soll nach Gestalt der Verhandlung mit peinlichen Rechten vollfahren und geurtheilet werden.* Nec introspicere possum differentiae rationem inter causas ciuiles et criminales, cur sententia condemnatoria, quae in illis, si intercedat plena probatio, quamuis reus negauerit causam, locum habet, in puniendis delictis cessare debeat.

§. V.

Quod si autem reus delictum perneget, nec de eo sit conuictus, quaesita fuerunt media, quibus mediantibus veritatem criminis eruere queamus. Horum duo probat praxis quotidiana, iuramentum nempe, et torturam. Prius dicitur purgatorium, siue purgationem Canonicam. Ex canonibus enim pontificalibus ortum trahit, et in locum purgationis vulgaris, quae penes Germanos valebat, et superstitione sane intolerabili nitebatur, est introducta. Hunc modum moribus nostris adhuc obtinere, nullum est dubium, mallet tamen, vt non tam faciles essemus in dicitando purgatorio, cum tali ratione ansam praebeamus periurium committendi illis, qui vt poenam euitare possint, conscientiae rationem non habent, sed summa cum audacia nomine diuino abutuntur. Alterum remedium veritatem inuestigandi dicitur tortura, et est interrogatio a iudice per corporis cruciatus de crimine commisso ad eruendam veritatem ob iustas causas



fas legitime instituta. Cruciatu corporis, dum ad notionem quaestionis refero, offendo forsitan illos, qui territionem realem, quamuis in cruciatibus quoque consistit, a tortura separare solent. Sed non est cur reprehensionem timeam, cum diuisio territionis in verbalem et realem contradictionem indubitata contineat. Quis enim quaeso vere adferere audebit, cruciatu corporis, quos sentit is, qui veritatem dicere debet, efficere territionem, et quale denique inter illam et torturam datur discrimen, nisi illud a gradibus diuersis, qui tamen torturae notionem non efficiunt, sed cruciatu corporis, in quibus tortura consistit, tantum augent, desumere velit.

§. VI.

Torturam penes Romanos quoque obtinuisse probat titulus in Pandectis de Quaestionibus. Antiquissimis quidem temporibus tantum serui cruciatu sentiebant, ast deinde quoque de liberis hominibus idem iudicium ferendum esse censebant leges. Remanebat tamen adhuc quaedam differentia. Serui nempe non solum in causis criminalibus, sed etiam ciuilibus torqueri poterant, cuius rei testis est *Marcianus l. 9. §. de Quaestion* *Diuus Pius rescripsit, posse de seruis haberi quaestionem in pecuniaria causa, si aliter veritas inueniri non possit.* Tormenta patiebantur pariter ob propria, quam aliena delicta. Poterat enim *l. 18. §. 8.* iudex seruum in caput domini interrogare, dummodo prius de dominio eius inquirebat. Quam ob rem si seruus ad hoc erat manumissus, ne torqueatur, dummodo in caput domini non torqueatur, posse eum torqueri *Diuus Pius, teste Vlpiano l. 1. §. 13. de Quaestion.* rescripsit. Ast in personis liberis tortura nec in alienis delictis, nec in causis pecuniariis, sed tantum in criminibus propriis iisdemque atrocioribus *l. 9. §. fin. §. de Quaestion.* locum obtinebat. Nec obstat *l. 27. §. 5. §. de*



ad leg. Iul. de adulter. vbi liber homo tortus dicitur. Agit enim haec dispositio de eo, qui, dum ipse suam conditionem ignorabat, pro seruo habebatur: hanc ob causam Caecilius ipsi actionem vtilem tribuit aduersus eum, qui per calumniam appetit, ne impunita sit calumnia eius ab hoc, quod liberum hominem quasi seruum deduxit in quaestionem.

§. VII.

Possent huc equidem multa de forma et officio iudicis prudentis circa torturam in medium proferri, ast cum illi, qui processum criminalem conscripserunt, hanc materiam satis copiose tractauerint, mittam, et ne longius, quam par est, a scopo recedam, ad principalem quaestionem, vtrum tortura penitus sit abroganda, vel in tantum limitanda, deueniam, et diuersas hac de re Istorum sententias exponam; Non enim me fugit, varia extare scripta, quae partim abrogationem, partim conseruationem dirae quaestionis, vti vocatur tortura, suadent; ast cum iudicium adhuc sit vacillans, videamus, quae opinio adplausum mereatur

§. IIX.

Quamuis non adfensum praebeamus illis, qui iniquitatem torturae dum arguunt, eandem penitus ex foris Christianorum proscribendam adferunt, quod potissimum Thomafius et Greuius Sacerdos ille Arminianus docuit, excepto casu, si aliud medium eruendi veritatem reipublicae et aequitati conuenientius existat; eandem tamen limitandam esse adfirmamus. Et vt causam rite absoluamus, duo potissimum pertractanda veniunt 1.) vt afferamus argumenta, quae retentionem quaestionis suadent, et 2.) vt modum, qui limitationem determinat, demonstramus.

§. IX.

Potissimum argumentum depromimus ab vtilitate publica. Interest rei publicae, ne impunita maneant delicta vt

a col-



a colluuiie hominum sceleratissima liberetur ciuitas. Ad obtinendum finem necessarium est requisitum, vt de veritate et existencia delicti perpetrati non sit dubitandum. Quemadmodum enim in causa ciuili non fertur sententia, nisi iustitiam petendi probauerit actor, ita pariter in causa criminali non condemnamus deliquentem, quando certitudo delicti commissi adhuc probatione indiget, cum secundum naturam et indolem processus pariter accusatorii quam inquisitorii nemini, nisi aut conuictus aut confessus habeatur, poenam imponere liceat. Probationem absoluimus in regula vel per testes vel per documenta, qui posterior modus in his delictis, quae per scripturam contrahuntur effectum producit. *l. 22. C. ad leg. Comel. de falsis. l. 2. C. quorum appellat. non recipiuntur. l. ult. C. de drobat. Farinac. de reo confesso. qu. 84.* quod si vero vtrumque deficit, modum eruendae et probandae veritatis subsidiarium torturam putamus. confer. *Zanger. de quaestionibus et torturis c. 2. n. 4. Ludouicus Car. in Practica Criminali de Tortura p. 182. n. 28, Farinacius de tortura et quaestionibus qu. 38, n. 4. Carprou. Part. III. Qu. 119. n. 64.* Confirmat hanc sententiam *l. 9. π. de Quaest.* vbi Diuus Pius quaestionem seruorum in causis pecuniariis per rescriptum admittit, si veritas aliter haberi nequeat. Cui rescripto conueniens est dictum Imperatoris Diocletiani et Maximiniani *l. 12. C. de Quaest. Quoties de dominio mancipiorum tractatur, si aliis probationibus veritas illuminari non possit, de se ipsa esse, cum tormentis interroganda, iuris auctores probant.* Verum hac in parte est iudicium *Alberti de Gandino in tractat. de maleficiis.* *Iudex, inquit, qui de aliquo quaestionem habere intendit, ante omnia habere debet iuris et humanitatis considerationem, hanc scilicet, vt non facile nec repentine ad quaestionem prosiliat, si aliqua alia via leuiori vel veriori potest obiecti criminis veritas inueniri.* Cum igitur, torturam si retinere nolimus, certis in



casibus deficeret medium eruendi factum illicitum, adfentimus Ciceroni Icto optimo, qui in Topicis veritatem ipsam dicere ait ea, quae verberibus torti et in igne fatigati dicunt.

§. X.

Aliud argumentum praestat vetustas. Scimus etenim Graecis et praecipue Atheniensibus, quod probant orationes Demosthenis, torturam non fuisse incognitam, testis huius rei est Aristophanes, qui recenset Xanthiam ad purgandum factum, cuius infimulabatur Bachum, quem seruulum suum esse fingebat, Aeneo obtulisse, omnibus tormentorum generibus excrucium conf. *Herald. lib. VI. Animaduers. §. 11. sequ.* Penes Persas hunc morem in usu fuisse testatur *Briffon. de Regno Persico lib. I. p. 87. Curt. lib. IV. Historiar. c. 10. n. 32.* Aegyptiis et Macedonibus aliisque gentibus non displicuisse apparet ex *Aeliano lib. VII. variar. Historiar. c. 8. Polydor. Vergil. de rer. inuent. lib. II. c. 3. Brodaeo lib. II. Miscellan. c. 9. et 10.* De Italia et Hispania testimonium suppeditat, *Clarus, Bossius, Farinaceus et Couarruu. Pract. Quaest. c. 23. n. 5.* Vnde facile quis possit in eam incidere sententiam, torturam iuri gentium esse conuenientem. Quem morem enim pleraeque gentes recte institutae calculo suo comprobarunt, ille non immerito iuri gentium adscribitur, lex enim, qua gentes humanae vtuntur, ius gentium dicitur. *l. 1. §. 4. π. de Iust. et Iur. Cum lege 2. π. de aqua et aquae pluui. arcend. vetustas habeatur pro lege, imo lege 32. π. de legib. De quibus causis legibus scriptis non utimur, id custodiri oporteat, quod moribus et consuetudinibus inductum est.*

§. XI.

Tertium argumentum, quo tortura defendi possit, ab eo deducimus, quod delinquens, qui perpetratum facinus de-



denegat, doli se reddat participem, cuius causa, cum dolo non patrocinentur iura, acriori vtendum est remedio, per quod iniustitiam coercemus et iustitiam, cuius nos sacerdotes profitemur, conseruamus. Expediti etenim est iuris, iudicem non decernere posse torturam, quum in animo suo plene conuictus sit, reum deliquisse, ac certitudinem saltem iuridicam adhuc deficere animaduertat: hac ex causa *l. 1. §. 1. π. de Quaest.* Imperator Hadrianus ad Sennium Sabinum rescribit; Ad tormenta seruorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus, et aliis argumentis ita probationi admouetur, vt sola confessio seruorum deesse videatur. Quod etiam confirmat Imperator Carolus V. art. 28. *Und sodann daraus ermessen mag werden, dass die Ursachen des Argwohns groeßer seynd, denn die Ursachen der Entschuldigung, so mag alsdenn die peinliche Frag gebraucht werden.* Certissimum itaque et ab omni dubitatione exemptum est axioma, torturam absque praecedentibus legitimis et sufficientibus iudiciis minime inferri posse. Testis huius rei est Paulus *l. 20. π. de Quaestion.* *Maritus quidam, ait, heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctum se absente dicebat, et in eam rem unum testem liberti sui filium produxerat, apud procuratorem desiderauerat, et quaestionem habere de ancilla. Suro negabat, se accepisse, et testimonium non oportere vnus hominis admitti; nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla, procurator quaestionem de ancilla habuerat, cum ex appellatione cognouisset Imperator promuncianit, quaestione illicite habita, vnus testimonio non esse credendum, ideoque recte prouocatum.* Quam sententiam et omnes iuris criminalis Doctores respectu habito ad Ord. Crim. sequuntur, confer. *Zanger in tractatu de Quaest. et tort. c. 2. n. 8. Petr. Theod. in Collegio Criminal. disp. IX. th. 9.* Cum itaque ex praemissis appareat, torturam non esse decernendam, nisi



adsint indicia, proximum gradum veritatis ita concernentia, ut ad poenam ordinariam iniungendam praeter confessionem nihil deficiat, in dolo versatur delinquens, qui, dum indicia elidere et innocentiam probare non potest, perpetratum facinus ad remouendam poenam huic facto conuenientem negat. Hac ex causa non inique agit iudex, qui cruciatibus ad detegendam veritatem vitur, sed potius temeritati delinquentis imputandum est, qui iudicem, ut seuerius remedium adhibeat, cogit.

§. XII.

Obstabit forsitan huic asserto, quod profert *Carpzou. Prax. crim. Qu. CXVII. n. 3. Zanger de quaest. et tort. c. 1. m. 1. Brunnemann in Proc. Crim. c. VIII. m. V. n. 13.* Nihil nempe tam crudele et inhumanum esse, quam hominem ad imaginem Dei conditum tormentis lacerare, et quasi excarnificare. Cui accedit, quod teste Paulo *l. 1. §. 23. π. de Quaestion. tortura res fragilis et periculosa, et quae fidem fallat, dicatur; quod melius illustrat Cicero Ictus optimus in Orat. pro Sylla. Tormenta, inquit, gubernat dolor, moderatur natura cuiusque cum animi, tum corporis, regit quaesitor, flectit libido, corrumpit spes, infirmit metus, ut in tantis rerum angustiis nihil veritati loci relinquatur.* Addit sententiae pondus experientia quotidiana. Multi etenim teste Paulo *l. 1. §. 23. π. de Quaestionibus* patientia siue duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit. Exemplo probat Hispanus ille, qui Pisonem necauerat, cum enim socios edere cogeretur, in mediis tormentis magna exclamat voce, frustra sese interrogari, nec ullam vim talem dolorem proferre, ut veritatem diceret. Quae cum ita sint, torturam carere effectū contendunt. Id vero, quod efficaciam nullam producit, potius veritatem reddit incertam, tanquam medium eruendae veritatis non esse adhi-



hibendum, nemo in dubium vocabit. Sed quicquid aduersae sententiae patroni monere solent, non tamen adserta nostra destruit. Quamuis enim vnus vel alter dolores aequo animo ferat, vel ex impatientia confiteatur, minime tamen exinde inferendum est, omnes adeo feroces esse.

§. XIII.

Praemissis itaque argumentis, quae retentionem torturae suadent, nunc deueniamus ad modum, quem in limitanda hac quaestione aequitas suadet. Triplici vero ratione moderamen siue temperamentum torturae adhibendum esse defendimus 1) circa delicta 2) circa gradus, quos Doctores decernunt, et circa personas.

§. XIV.

Quod ad primum attinet, distinguendum utique censemus inter delicta leuia et grauiora. Quae vero talia dicantur, vehementer inter se discrepant Iuris criminalis Doctores. *Brunnemannus de indicibus et tortura*, incertitudinem summam esse profiteretur, et soli arbitrio iudicis decisionem huius causae relinquendam suadet. *Carpzouius*, qui sequitur *Iulium Clarum lib. V. Sentent. §. 1. n. 9. in Praxi crim. Qu. CXIX. n. 5.* grauiora illa dicit, pro quibus a lege vel statuto, imponitur poena mortis naturalis, vel civilis, leuiores ex aduerso ea putat, quae relegationem, carcerem aut multam pecuniariam promerentur. Haec opinio, quamuis ex moribus nonnullorum populorum pro recepta habeatur, regulam tamen vniuersalem efficere haud videtur. Quod si enim ex poena, quam sibi contrahit delinquens, grauitatem delicti diiudicare licet, proportionem ut rite obseruemus, utique necesse est. Cum itaque poena mortis grauior sit suffigatione, merito delicta, quae mortem irrogant, grauiora, ea vero, quae istam poenam non promerentur, leuiores dicere fas erit. Ex hac differentia, potissimum cum medium eruendae



dae veritatis proportionatum debeat esse delicto pariter quam poenae, dependet necessitas, delinquenti neganti imponendi toruram. Optimo exinde affirmamus iure, torturam tantum praestare usum in delictis capitalibus, hoc est, illis qui vitam naturalem adimunt. Assentit nobis Paulus l. 8. r. de Quaest. *Quaestiones aut neque semper in omni causa et persona desiderari debere arbitror, et cum capitalia et atrociora maleficia non aliter explorari et inuestigari possunt, quam per seruorum quaestiones, efficacissimas eas esse ad requirendam veritatem existimo, et habendas censeo.* Cum igitur ICTus in capitalibus et atrocioribus, per quae sine dubio maleficia, circa quae genus mortis exasperamus, intelliguntur, quaestionem admittat, eo ipso probat, cessante hac poena, ad torturam non deneniendum esse. Nec recedit ab hac dispositione Constitutio criminalis Imperii, quippe secundum quam Carolus V. disertis verbis restrictionem torturae ad delicta capitalia, praescribit. Verba articuli octauae haec sunt: *So die Missethat einer Todesstrafe halben kündlich, oder deshalb redliche Anzeige, wie darnon vor berührt ist, erfunden wird, so soll es der peinlichen Frag und aller Erkundigung halben, so zu Erfindung der Wahrheit dienstlich ist, auch mit Rechtfertigung auf des Thäters bekennen, gehalten werden. etc.*

§. XV.

Huic accedit, quod fustigatio, cum qua plerumque coniunctam scimus relegationem potius iniquitatem, quam aequitatem contineat. Omnis etenim poena eo tendit, ut finem certum reipublicaeque conuenientem obtineamus. Consistit vero ille pariter in euitando concursu, quam in emendanda delinquentium vita. Illius causa adhibemus vltimum supplicium, ut alios a perpetrando improbo facinore deterreamus. Huius vero causa fustigatione, relegatione, vel aliis poenis corpus vel membra hominis affligentibus

vltimur.

vltimur. Sed quomodo quaeso fustigatione vel relegatione id consequi possumus. Vterque nempe modus, non emendat, sed potius homines reddit peiores, et ut maiora delicta perpetrent, viam sternit. Fustigatio etenim, quam exequitur carnifex, infamiam irrogat, et efficit, ut eiusmodi personae, quae ab opificiis aliisque muneribus excluduntur, victum pariter atque amictum sibi comparare nequeant, et ad maiora delicta exercenda cogantur. Relegatio vero non liberat rempublicam a colluue malorum, sed dum maleuolos homines ad vicinos abire iubemus, ab iisdem alios eadem qualitate praeditos recipimus. Prudentissimum sane est consilium eorum, qui fustigationem et relegationem penitus tollunt, et ut delinquentes, qui talem promerentur poenam, ergastulo ad certum tempus includantur, disponunt, cum tali modo non solum praestando operas, reipublicae inferuiant, sed etiam libertate quasi priuati deprauatos corrigant mores, nec deficiat occasio, ut si perpeffa poena redeant in coetum, sibi honesto modo alimenta comparare queant. Quod si itaque his praemissis fustigatio ab aequitatis principis longe sit aliena, procul dubio iustitiam, cuius nos facertodes profitemur, offendimus, quando ad obtinendam poenam, quae tamen non habet finem, tormenta adhibemus, et hominem praeter necessitatem et cessante omni effectu, cruciatibus subiicimus.

§. XVI.

Diuerfi dantur torturae gradus, qui ex dispositione vnus cuiuscunque legislatoris dependent; quorum nonnulli ita comparati sunt, ut quoniam in tyrannidem inclinant non tolerandos sed potius abrogandos censeamus. Placet hac in parte iudicium Augustini de ciuitate Dei lib. XIX. c. 6. Is quamuis abhorrere ab omnibus tormentis videatur, addit tamen, necessitate societatis humanae iudicem excusari, modo



illa temperate et legitime adhibeantur, quo ipso abusu ex iniusto et immoderato exercitio prouenienti facillime subuenire poterit. Nec inconueniens est dispositio Iustiniani Nou. CXXXIV. c. 13. qui supplicia, quae membrorum et articulorum dissolutionem trahunt, irrogari vetat. Obiicies forsitan, a fine poenarum ad finem eruendae veritatis haud valere argumentum, eamque ob causam Nouellam nihil efficere. Sed re paulo penitus considerata videbis sententiam non penitus effectum esse desitutam. Ratio etenim qua in decidendo Iustinianus utitur, quod verba Nouellae initialia demonstrant, haec est, quoniam oportet generis humani infirmitatem protegere. Haec ratio est generalis, et non solum ad poenas, sed etiam alios casus, ubi membris hominum damnum inferitur, potest extendi, et valet, quod dicit *Paulus l. 13. π. de legib. Quoties lege aliquid unum vel alterum introductum, bona occasio est, cetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.* Non enim possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut Senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere, et ita ius dicere debet. Cum itaque tortura etiam membrorum et articulorum dissolutionem trahat, quod praecipue, quando in scala expanduntur et extenduntur fieri solet, ob paritatem rationis, quae dat normam legi, Nouellam citatam ad cruciatum siue quaestionem diram extendi posse non immerito arbitror.

§. XVII.

Ex his apparet, quid sentiendum sit, de secundo et tertio torturae gradu, quem collegia, quibus princeps de iure respondendi potestatem dedit, pro grauitate delictorum pariter, quam indiciorum dicitare solent: cum in illo extensio membrorum in scala, adhibitis simul pedicis ferreis, ad in-

star



star ferrae excavatis et constrictis funibus infra et super articulos brachii contingat, in hoc autem praeter recensitas tormentorum species crures rei, cuniculis crucientur, collare quoddam tormentorum adhibeatur, et igne corpori iniecto cutis aduratur, tandemque corpus inquisiti, in formam circuli contorqueatur. Crudelis sane est ille modus, quem homo constantissimus, si talis existeret, aequo ferre animo nunquam potest. Deficit tali modo penitus finis, ob quem torturam adhibendam esse adfirmamus. Eruendae enim veritatis causa, sine qua poenam delinquentibus imponere nefas est, dira hac quaestione utimur. At quis quaeso adfirmare poterit, vera esse, quae delinquens, quem iudex spreto rectae rationis temperamento tormentis intolerabilibus vexat, et sub veritatis eruendae praetextu horrendis modis dilaniat, confitetur. Incertum hac ex parte remanet facinus, et dum ex suspicionibus reum hoc perpetrasse credimus, eum condemnamus, quem ad confitendum, quod non commisit, adigimus, quo sane nihil crudelius et ab omni iure et ratione magis alienum est. Non consideramus id quod *Traianus l. 5. π. de Poen.* sapienter rescripsit. Neminem scilicet de suspicionibus damnari debere, addita ratione, satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.

§. XVIII.

Monere forsitan aliquis poterit, quod coactus consensus delinquentis poenam capitalem non irroget, sed spontanea et libera confessio accedere debeat. Ex principiis etenim Iuris criminalis, quod etiam probat lex Imperii Carolina, satis constat, inquisitum confessionem sub tormentis factam post triduum extra locum torturae sine omni comminatione repetere et ratificare debere, quo deficiente poena capitalis nullum inuenit locum. Cum igitur eius arbitrio relinquatur,

C 2

utrum



utrum confessioni antea factae insistere, vel eandem reuocare velit, quomodo quaeso dici poterit, iudicem in decernenda poena solummodo ad confessionem sub tormentis factam respexisse et ex illa iudicium tulisse. Sed haec obiectio nihil efficit; Ratificatio primum vitium, quod in tortura latitat, non purgat, sed tantum occasionem suppeditat, ut sub colore iustitiae causam vulneratam, et iniustam defendat iudex. Non enim intra tam breue temporis spatium immemor est delinquens dolorum, quos pati tenebatur, et cum beneficiat, hos repetendos esse, nisi confessioni insistat, ratificationem non sponte sed metu inductus suscipit, qua propter sententiam capitalem ex confessione coacta utique dependere, nemo facile negabit.

§. XIX.

Nec immemorem oportet esse iudicem personae, quae cruciatus corporis animaduertere debet. Quamuis enim conditio hominis regulariter in delictis et eorum poenis irrogandis non promereatur fauorem, cum circa facta illicita iustitia distributiva, quae respectum personae obseruat, penitus cesset, nihilo minus tamen interdum certae obueniunt circumstantiae, quae, ut tortura vel tollatur, vel minuatur necessario suadent. Generaliter enim tortura adhiberi debet cum moderamine, secundum qualitatem personae, delicti, indiciorum, et temporis, ut verisimiliter tortus remaneat saluus et illaesus, ut non perdat vitam nec aliquod membrum. Adaequatum hanc ob causam est iudicium Menochii lib. II. de arbitr. iud. quaest. cent. 3. casu 271. Cum criminis reus accusatus quaestioni subiicitur habenda est ratio qualitatis personae. Sunt equidem variae hominum conditiones, sunt aliqui robusti, aliqui debiles, atque ita non aequae omnes sunt, ut pares cruciatus ferre possint. Causa vero, quae immunitatem a tortura hoc in casu vel in totum vel pro parte



parte efficit, est vel defectus iudicii et intellectus, vel corporis debilitas, vel denique personae dignitas, cui legis dispositio specialis fauet. Quae cum satis copiose per tractauerit Carpzou. Praxi Crim. P. III. Qu. CXIIX. prolixiorum interpretationem haud desiderant. Duas tamen quaestiones in praesentiarum proponere liceat, quarum altera minores, altera senes tangit.

§. XX.

Quod ad minores attinet, constat hos saepiuscule in iure impuberibus equiparari, hinc et praesertim moribus nostris tutela et cura est confusa, ita ut is, qui tutelam gessit, retineat curam, nec noua constitutione opus sit. Sed cum ab vno ad alterum non valeat conclusio, praesertim si diuersitatis ratio adfit, merito id, quod beneficii quasi loco tribuimus impuberibus, minoribus denegamus, cuius rei causa duplex suppeditamus argumentum. 1.) Ratio cur impuberes a tormentis detineamus est defectus iudicii et intellectus, voluntatem enim et animum, quem in poenis irrogandis probe attendimus, et in decernenda tortura iudex obseruare debet, at de minore quod talis defectus existat, dici nequit; hinc regula, quam iudici circa impuberes praescribimus, circa minorem non meretur adplicationem. 2.) Non licet id quod leges specialiter de hac vel illa persona disponunt, ad alias extendere, specialiter enim dictum specialiter est interpretandum. Relegas legem 10. pr. 7. de Quaest. inuenies Diuum Pium tantum voluisse ne de minore quatuordecim annis, per quem sine dubio intelligimus impuberes, quaestio habeatur, at de illo, quem vere minorem vocamus, nihil disposuisse. Melius adhuc sententiam exponit Ulpianus l. 1. §. 33. ad SCtum Syllaniani Impuberi, ait, autem, utrum in supplicio tantum parcamus, an vero etiam in quaestione? Et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur.



Ratione illorum vero, qui senectute laborant, diuersum est iudicium Doctorum. Negatiuam sententiam defendit *Carpz. Pr. Crim. P. III. Qu. 118. n. 35.* addita tamen ratione parum idonea, quia senes vt plurimum sunt delirantes, ac memoriae vitiis multum laborant. Quod si enim haec ratio veritatem efficeret, exinde sequeretur, senem non posse testari, quod tamen nullus adfirmare indistincte audebit. Cum qua sententia conuenit quoque *Farinacius* in tractatu *de iudiciis et tortura lib. I. Tit. V. qu. 41. n. 29.* *Hodie inquit hominum aetas adeo deminuta est, vt septuagenarium nec leuiter torquendum esse et aequius et sanctius esse crederem; qui enim ad talem aetatem peruenit, adeo corpore languens est, vt illum tormentis subiicere, nihil aliud esse existimem quam mortis periculum in eo experiri.* Contrarium statuit *Franciscus Personal.* in tractatu de iudiciis et tortura, qui putat septuagenarium senem posse eleuari aliquantulum terra, et per vnum miserere (haec sunt eius verba) in tortura retineri. Quae sententia nunc mereatur calculum, videamus. Solam senectutem a tormentis liberare penitus nego, sed vt iudex ad conditionem, in qua senex constitutus est, respiciat, censeo. Quod si enim imbecillitate virium laboret, vt ex tormentis valetudini aut vitae imineat periculum, abstineat iudex ab hoc modo eruendi veritatem, hoc enim aequitas iubet. Ast si vires ita sint comparatae, vt nihil metuat iudex, senectus ad quam prouocat delinquens, malitiae nullum praestare poterit patrocinium, praesertim cum temperamentum, quod in praecedentibus circa gradus monuimus, nec crudelem nec intolerabilem efficiat torturam. Placet hac in parte *die Bayerische Malesis-Ordnung. Part. III. a 9.* *Desgleichen fast alte Leute von 60 und 70 Jahren soll man peinlich nicht fragen, sonderlich wann sie sehr schwach und abkommen seyn, doch da sie noch in ziemlicher Staercke kann man sie ringtorquieren und mit solcher Bescheidenheit,*



heit, dass es ihnen an ihrer Gesundheit und Leben nicht schade.

§. XXI.

Peractis illis, quae peragenda animo constituimus, non iniucundum erit, breuissimum iudicium ferre de modo, quo nonnullis in locis, in quibus tortura penitus exulat, eruendae veritatis gratia vtuntur. Optimum sane est consilium, nempe in eiusmodi delictis, quae poenam mortis grauiorem desiderant, delinquentem, contra quem semiplena militat probatio, tamdiu ergastulo esse includendum et ad operas praestandas adigendum, donec innocentiam per liquidas probationes deduxerit, et praesumptiones grauiores penitus remouerit. Non enim poenam haec detentio inuoluit, potius faciliorem modum, quo delinquens ad spontaneam confessionem adigi potest suppeditat. Adstitit hac in parte ipsis *l. 216 π. de verb. signif.* in qua *Ulpianus* inquit: *Verum est eum, qui in carcere clausus est, non videri aequè vindictam, atque in vinculis esse, nisi corpori eius vincula sint adhibita.* Obiiciet quis forsitan 1.) quod diurnitas carceris aequiparetur morti, quam ob rem in causa homicidii delinquentem, qui sine culpa diutius, quam fas erat, detentus in carcere, liberamus a poena capitali, et ipsi tantum extraordinariam imponimus. Quod si itaque poena a medio eruendi veritatem est diuersa, quo iure quaeso diurno carcere, qui cum morti accedat, poenam inuoluit, ad eruendam veritatem vti possumus. Sed perpendas hoc eatenus verum esse si delinquent sine sua culpa diutius in carcere detinetur, quod vero ab eo, contra quem semiplena militat probatio dici nequit. 2.) Quid offendat regulas iustitiae et hominem, qui vere est innocens, sed liquidis probationibus se destitutum sentit, plus iusto oneret. Ponunt casum *Titiam* in puncto infanticidii in inquisitione esse comprehensam, addunt pro-



bationes, quae torturae, si adhuc esset in usu, locum darent. Remota ea, ergastulo includitur, donec innocentiam probet. Titia, quae vere scit, se manus impias non iuruisse partui, sed eum mortuum prodiisse, praeter iuramentum ad quod eam ob gravitatem delicti non admittimus, liquida argumenta probandi innocentiam, nemo enim praesens erat, dum edebat partum, non habet. Sed nullam animaduerto iniquitatem. Aequius potius est delinquentem tantopere gravatum retinere in custodia usque dum confiteatur, quam perpeffis tormentis occasionem praebendi dolo. 3) quod careat omni effectu, et utilitatem, quam exinde speramus minime producat. Quod si enim is cui delictum imputatur, diuturnitate carceris ex taedio confiteatur facinus, hanc confessionem spontaneam dicere haud possumus. Ast cum abusus non tollat usum rei, nec desistere debeant media, quibus delinquens ad confitendum adigitur, haec obiectio nihil efficit. 4) quod augeat praeter necessitatem sumtus, et onerat fiscum, qui, si delinquens nihil habeat in bonis, ad impensas praestandas tenetur. Exinde evenit, ut illi, quibus altae iurisdictionis exercitium a Principe concessum non tanta cum solertia delicta inquirent, sed in quantum fieri possit, ne onus impensarum sentiant, delinquentibus conniueno indulgeant. Nec hoc attentionem promeretur, cum in omni inquisitione si delinquens destitutus sit facultatibus, fisco incumbat onus in subsidium praestandi sumtus, et vasalli, qui ad evitandum hocce onus conniueno delinquenti faueant, poenam improbi facinoris patiantur.
