



DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE
REQUISITIS TORTURAE,

SIMVL
ANNEXA RESOLUTIONE QVAESTIONIS,
AN TORTURA SIT ABROGANDA, ET QVA-
LE SVRROGATVM SIT SVBSTI-
TVENDVM?

QVAM
INDVLTV ILLVSTRIS FACVLTATIS IURIDICAE
IN PERANTIQVA ELECTORALI VNIVERSITATE
ERFORDIENSI

PRO GRADV DOCTORIS

DIE XXII. NOVEMB. 1792.

ABSQVE PRAESIDE

PVBlice TVEBITVR

JOH. CHRIST. EMAN. VOGEL

ERFORDIENSIS

IURIS VTRIVSQVE DD. ET ADVOCATVS REGIMINIS ELECTORALIS
AC IVDICII PROVINCIALIS RECEPTVS.

ERFORDIAE, LITTERIS GOERLINGIANIS, ACADEM. TYPOGR.

REVERENDISSIMO
ILLVSTRISSIMO ET CLEMENTISSIMO
DOMINO

D O M I N O

CAROLO THEODORO
ANTONIO MARIAE
DE DALBERG

ARCHIEPISCOPO TARSENSI,
COADIUTORI MOGVNTINO, WORMATIENSI, AC
CONSTANTIENSI ETC. ETC.

DOMINO MEO CLEMENTISSIMO.



REVERENDISSIME
ILLUSTRISSIME ET CLEMEN-
TISSIME DOMINE

Lubentissimo animo eis me adiungo, qui pri-
mas lineas eruditionis, quas in lucem proferre
velint, TIBI vouent. Non resisto, cordi

meo compellenti, etiam laborem meum exiguum in TUAS manus tradere, et expectare an TU, ILLUSTRISIME et CLEMENTISIME DOMINE, in sententiam meam iturus sis. Eere abstinuissem, sed quia gnarus sum, TE non desiderare, opus, omni censura exemptum, hoc denuo me excitauit, votum meum persequi. Non existumo, melius librum dedicari, quam tali personae, de qua certior factus sum, illam etiam pauca, quae assensum mereantur, iusta aestimatione digna habere et cum sciam TE principia humanae naturae,

con-

conformia nutrire, credidi, audaciae meae esse ignoscendum, ut numerum eorum augeam, qui forsitan maiori collaudatione digni sunt. Omnia, quae in Dissertatione mea protuli, bene perpendi, et omnibus, qui humanitati student, et doctrinam de criminibus, sanioribus principiis exornare vellent, ad censendum trade. TE praecipue, ILLUSTRISIME et CLEMENTISIME DOMINE, delicias gentis nostrae esse, omnia mihi probant quae hactenus in nostra republica sunt instituta. Et hac ratione adductus spes mihi nascitur torturam institutum

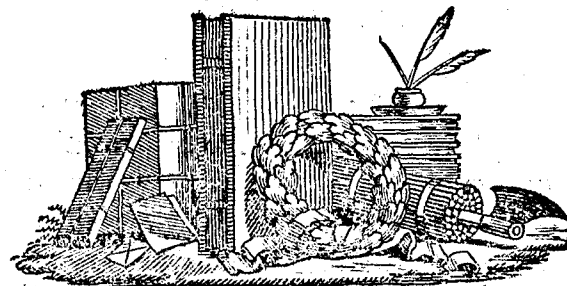
et-

ethnicum, non amplius membra ciuium nostrorum,
maximis doloribus afficere.

REVERENDISSIME
ILLUSTRISSIME ET CLEMEN-
TISSIME DOMINE

Seruorum
T U O R U M
infimus.

§. 1.



§. 1.

Plures ideae in lucem prolatae sunt, quae ad definitio- De ideis
nem torturae quadrant; quaestionis nomen enim val- torturae.
de est aequiuocum.

1. Accipitur pro dubitatione, quae oritur aut ex iure aut
ex facto, l. 16. in fin. π . de statu hominum.
2. Pro iudicio publico, l. 2. §. 23. et 32. ad leg. Corn.
de Fals.
3. Pro interrogatione de crimine, quae fit per tormenta
corporis; totus tit. π . de quaest. vti et Codicis.

Liceat mihi, definitiones quasdam adducere. Inuenimus
talem in l. 1. §. 25. π . ad S. C. Silan., vbi Ictus Ulpianus
dicit: quaestionem autem sic accipimus; non tormenta
tantum; sed omnem inquisitionem et defensionem mortis.

A

§. 2.

§. 2.

Secundam nobis praebet Theoderici in iudicio criminali, c. 9. aphor. 9. torturam esse interrogationem, vel de crimine commisso, vel de causa pecuniaria dubia, per corporis tormenta ad eruendam veritatem legitime a iudice instituta. Sed illam definitionem latiore definito esse, clare mihi prae oculis est. Extra enim limites dubii situm, torturam in causis pecuniariis minime applicari; et auctor ille fatetur in not. d. regulariter hac in causa torturam non esse utendam.

Tertiam invenio in diff. de usu et abusu torturae Halae 1735., cuius auctor est de Boden. Iuxta illam tortura est actus iudicialis, quo de crimine aut alias in ardua causa de falsitate suspectus, quis iudicis auctoritate ad eruendam veritatem corporis dolori subiicitur. Auctor respicit praesertim ad quaestionem Romanorum. Sed differt illa interdum a tortura ipsa, haec conficitur nudis instrumentis et exprimit etiam actum torturae et cruciatum, quaestio autem est interrogatio rei, super re, quam ob causam tormentis subiectus est. Me sentiente suffulta est illa definitio in l. 10. C. de quaestionibus, „vbi sanciunt imperatores Diocletianus et Maximianus, cum „testamentum falsum esse proponas, ad illuminandam veritatem seruos hereditarios etiam per tormenta interrogari „constitutionibus principum est permixtum: fundatur etiam „l. 1.

„l. 1. pr. ꝛ. ad S. C. Silan. vbi ait Vlpianus: cum aliter „nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui „custodiam dominis tam a domesticis quam ab extraneis, „praestare serui cogantur; ideo Sen. Conf. introducta sunt „de publica quaestione a familia necatorum habenda.“

Tertiam nobis praebet Tabor in tr. de tortura et ind. del. c. n. §. 5. esse interrogationem rei, vel alterius qui facto interfuit, per tormenta gradatim a iudice legitimo facto, quando veritas aliter explorari non possit. Sed illa definitio mihi plane iusta non videtur. Extra dubium est, torturam tunc demum locum habere,

- a) si corpus delicti est certum. Exceptio inuenitur in l. 1. §. 24. ꝛ. ad S. C. Silan., vbi verba haec: in delictis tamen facti transeuntis et occultis sufficit de eo constare per vrgentes coniecturas;
- b) si indicia semiplenam ipsius delicti ab inquisito commissi probationem constituentia adsunt;
- c) si illud delictum poenam capitalem meretur.

Verba definitionis nimis sunt vaga, sequeretur enim ex hac definitione, vt et iam talis torturae sit subiiciendus, contra quem plane nulla adhuc pugnant indicia. Potest quis appellari reus, et tamen forsitan crimen non patrauit; testes forsitan contra illum deponunt, etsi corpus delicti non adhuc sit certum.

§. 3.

Quarta definitio extat in diff. Tenzeli de tortura testium, Erfordiae 1724. Sic concepta est: tortura est examen iudicis extraordinarium per tormenta institutum, mediante quo inquisitus satis grauatus adigitur ad confessionem faciendam eius criminis, cuius poena ad minimum est corporis afflictiua. Illa definitio iusta est vsque ad finem, vbi auctor perhibet, etiam ob crimen, cuius poena est corporis afflictiua, torturam irrogari posse. Me talem sententiam non subscribere, vltiori parte ostensus sum. Illi definitioni similis est ista Boehmeri in introd. in ius Digest. tit. de quaest. §. 1. Nobis est etiam definitio ill. Köchii in inst. iur. crim. §. 853. dicentis: torturam esse illud medium, quo per ipsos tormentorum cruciatus veritatem eruere studet iudex. Sed vaga et inutilis illa est, quadrat enim tantum ad definiendam torturam in genere. Tanto melius mihi placet definitio Quistorpii in seinen Grundf. des t. p. R. §. 722. *Wenn Inquisiten oder Zeugen in peinlichen Fällen bey vorhandenen gegründeten Anzeigen mittelst verschiedener dem Körper zugefügten Schmerzen, von Gerichtswegen angehalten werden, die Wahrheit zu gestehn, so pflegt man dieses die Tortur zu nennen.*

§. 4.

§. 4.

Cum maximi cruciatus ideam torturae definiant, et fere Quando tor-
dolorés saepe per illam excitentur, qui natura humana tura locum
fortiores sunt, nemo inficiandum ibit, tale delictum re- habeat.
quiri, cuius atrocitas inquisitum e medio concitium tollat
et infra homines illum mittat. Sed, quia atrocitas potest
esse tam in abstracto quam in concreto, et de hac prius
iudicari nequeat, quam certum sit crimen quoddam atrox
patratum esse, requiritur:

1. Vt corpus delicti sit certum. Rifu dignum est, Requiritur
si Iureconsulti quidam opinioni fauent, torturam seruire primo cer-
ad liquidandum delictum. Corporis delicti certitudinem titudo cor-
magni ponderis esse, ex eo apparet, vt nequidem tortura poris deli-
applicari possit, licet reus confiteatur et delicti corpus sti.
non adhuc certum sit. *Quistorps Grundsätze des t. p. R.*
§. 731. Sed e contrario tunc torturae locus datur, etiam
dubio certo respectu corpore delicti, dummodo dolus in-
quisiti certe ex actis constet et ex omnibus circumstantiis
appareat. *Hellfeld* ad Engavii elem. iur. crim. §. 241.
Hoc Carolus quintus in art. 131. C. C. comprobat, dicens:
torturam applicari, si infanticidium quidem non adhuc pro-
batum, sed tamen ab inquisita dolose celetur. Maximam
curam quilibet iudex impendat, vt de corpore delicti cer-
tior fiat. Quid autem proprie sit corpus delicti, satis ex
scriptoribus rerum criminalium nobis notum est. Tamen

permissum sit mihi, definitionem quandam accipere, quae omne comprehendat, quod sub nomine corporis delicti confluit. Diuidendum est in corpus delicti in genere et in specie: illud est id, ex quo de facti praesumptiue delictum constituentis perpetratione et qualitate constat; hoc autem, ex quo de his constat per inspectionem ocularem. Quia iam ad formandam inquisitionem specialem certitudo corporis delicti requiratur, et iudex nulliter ageret, fundamentaliaque processus criminalis negligeret, nisi de eo constet, multo magis illa certitudo necesse est, vbi de maiori praeiudicio, adhuc agitur. Nam tortura quidem est actus inquisitionis specialis, sed semper id, quod famam nostram sugillat, leuius eo est, quo cruciatus in corpore patimur; facilis est thesis: adhuc perfectiori certitudine corporis delicti constare debere, si ad torturam inquisitus est ducendus, quam si tantum de incipienda inquisitione speciali fermo est. Omnia haecce dicta a legislatoribus tam romanis, quam germanicis optime ponderata sunt. Exempla nobis praebet *Ulpianus* a) in l. 1. §. 24. π ad S. C. Silan. verba sunt: „item illud sciendum est, nisi constet, aliquem esse occisum, non haberi de familia quaestionem, liquere igitur debet, scelere interemtum, vt S. C. locus sit; b) in l. 1. §. 1. π de quaestionibus: in criminibus eruendis, quaestio adhiberi solet. Sed quando vel quatenus id faciendum sit, videamus. Et non esse a tormentis incipiendum et *Diuis Augustus* constituit, neque adeo fidem quaestioni

„stioni adhibendam.“ *Carolus quintus* autem in art. 6. C. C. sancit. *Dazu soll auch ein ieder peinlicher Richter in diesen großen Sachen vor der peinlichen Frage, so viel möglich, und nach Gestalt und Gelegenheit einer ieden Sache beschehen kann, sich erkundigen, und fleißig Nachfragens haben, ob die Missethat, darum er angenommen, berüchtigt und verdacht, auch beschehen sey oder nicht.* Exceptiones etiam de deficiente corpore delicti ad litis ingressum impediennes refert *Hertius*. de ordin. causs.

S. 5.

2. Vt delictum sit capitale. Maxima adest de hac regula controuersia, et fere a defensione huius axiomatis abstinuissim. Multorum iureconsultorum auctoritas mihi contradicit. Sed tamen etiam suffultus auctoritate aliorum non sine ratione sententiam amplector, vt ad torturam delictum requiratur capitale. Praecipue me mouet art. 8. C. C. vbi verba: *So die Missethat einer Todesstrafe halber kündlich, oder aber deshalb redliche Anzeigung, wie davon vor berührt ist, erfunden wird: so soll es der peinlichen Frage gehalten werden.* Imperator requirit hic, vt poena sit capitalis et ratio certe in eo lateat, quoniam per torturam cruciatus inhumanissimi euelluntur, pagina quadam superiori iam dixi, vt delictum sit atrox, atrox autem delictum in regula est, quod sequitur poena capitalis. Si opinionem eorum amplecti vellemus, qui putant, etiam ob talia delicta

delicta torturae locum dari, quibus poena corporis afflictiva imposita est, certe talis inquisitus duplicibus cruciatibus afficeretur, poena enim corporis afflictiva proxima est poenae capitali, quamvis plurimi torturam non qua poenam, sed qua medium eruendae veritatis considerent. Si tortura locum haberet etiam in eo crimine, quo poena exilii vel pecuniariae est inponenda, illud absurdi resultaret, quod tunc maior poena esset tortura, quam illa, quae speratur imponi pro delicto. Theoderici crim. c. 9. aph. 9. not. f. ad torturam crimen capitale aut delictum atrox requiri perhibet. Id quoque *Carpzov.* dicit pr. nou. rer. crim. q. 119. §. 2. 3. l. 8. π. de quaest., clara de illa re verba continet: „quaestiones neque semper in omni causa et persona desiderari debere arbitror, et cum maleficia atrociora et capitalia non aliter explorari et inuestigari possint quam per seruorum quaestiones, efficacissimas eas esse ad inquirendam veritatem existimo, et habendas censeo.“ Sententiae meae et in legibus fundatae assentiunt adhuc *Schilter* praxi iur. rom. in for. germ. Ex. 49. th. 107. *Harpprecht* resp. 6. §. 13. *Struben* 1. B. 3ter Th. n. 143. *Bauer* D. de modo torturae secundum leges habenda, Lips. 1772. An vero opinio contradicentium tam legibus quam humanitati sit conueniens, cuiuslibet penetrationi relinquo. Duo sunt axiomata, quae ab illis non obseruata sunt a) in dubio pro reo est iudicandum; b) in criminalibus mitior sententia est amplectenda. Contra hasce regulas peccant omnes

omnes illi, qui opinioni fauent, etiam in delictis poenam corporis afflictivam merentibus; torturae applicationem iustam esse. Enim vero nostris temporibus ius maxime incertum existit, fere quilibet iureconsultus de nouo iure constituendo impraegnatus est; latasque leges per interpretationem doctrinalem in suum commodum vertit. Suas conditas leges seu potius ideas cerebrinas libris inserit et quemlibet cogere velit, ad opinionem suam amplectendam. Satis mihi notum est, saepe tres varias sententias de vna re litigiosa latas esse, vbi quodlibet collegium illam opinionem fouet, quae illi videtur optima, et tunc statim dicitur, sententiam esse in praxi receptam, etsi leges autenticae contrarium sanciant. Iusta est regula: Icti non est examinare leges sed iudicare secundum leges. Per tales perueritates studium iurisprudentiae quam difficillimum redditur et plane fastidium excitat, cum fere in quolibet titulo innumerae controuersiae inuenciantur, vbi legum perspicuitas ante oculos est. Satis iam est iuctu dignum, vt de variis casibus iura sileant; sed pessima est consuetudo, examinare leges iam constitutas, quae consuetudo ab omnibus collegiis scabinatibusque relegari deberet. Sententiam hanc, legibus contrariam tuentes pro defendenda opinione falsa l. 8. §. 1. π. de quaest. allegant, vbi verba: statu liber in adulterio postulari poterit, vt quaestio ex eo habeatur, quod seruus heredis est, sed spem suam retinebit. Varias erant poenae adulterii apud romanos. Tempore liberae

reipublicae poena a marito qua iudice domestico consentientibus agnatis determinata, et tam patri quam marito internecio adulteri et adulterae permessa est. Lex Iulia de adulteriis imposuit huic crimini poenam relegationis, vel deportationis et amissionis cuiusdam partis bonorum. Omnibus illis legibus derogatur per l. 30. §. 1. C. ad leg. Iul. de adult. ibi Constantinus magnus poenam mortis adulterio imponit. Vbi ita haecce poena, sicut in Saxonia, adhuc viget, ibi etiam adhuc in delicto tali tortura est adhibenda, plane vero cessat adhibitio in territoriis, vbi levior poena illi crimini irrogatur. Porro dissentientes se se fulcire conantur in l. 9. pr. x. vbi de quaest. Diuus Pius rescripsit: „posse de seruis haberi quaestionem in causa pecuniaria, si aliter veritas inueniri non possit, quod et aliis rescriptis cauetur. Sed hoc ita est, vt non facile in re pecuniaria quaestio habeatur, sed si aliter veritas inueniri non possit, nisi per tormenta, licet habere quaestionem. Sed certe illi duriores lecti obliti sunt:

- a) Statum seruorum romanorum nequidem ad nostros seruos conductitios et homines proprios quadrare, multo minus ad ciues liberos. Plane tota doctrina de seruis romanis apud nos vsu caret. Et quis crederet, vt iureconsulti conarentur, in durissima quadam causa illas leges ad nostrum aeuum trahere?
- b) Ius romanum solummodo in subsidium esse receptum, haecce vox non aliam admittit interpretationem, quam

quam, si legibus patriis nil mutatum aut ius germanicum taceat. Hoc in casu vero exulant illa fundamenta, nam per art. 8. C. C. illa lex romana est sublata.

§. 6.

Tertio. Ad torturam requiruntur indicia semiplenam ipsius delicti ab inquisito commissi probationem confidentia. Indicia diuiduntur in proxima et remota. Haec sunt, quae saepius fallunt, eorumque gradus probabilitatis non adeo magnus est. Illa dicuntur, quibus summus probabilitatis gradus inest, quaeque ordinarie cum crimine solent esse connexa. Indicia proxima vocat Claproth in *seiner Einleitung in sämtliche summarische Prozesse* §. 17. quorum quodlibet ad torturam sufficit. quoniam maiori probabilitate gaudet et igitur semiplenam probationem facit; remota autem appellat, quorum vnum non ad torturam sufficit. Legibus criminalibus et praecipue C. C. haecce definitio conuenit, quia Carolus tale indicium, quod semiplenam probationem continet et proximum, ad torturam sufficere sancit. Indicia proxima quoque appellantur talia, quae sunt clara et luce meridiana clariora, quae iudicem quasi certum reddunt de delinquente, ita vt nil aliud deesse videatur quam rei confessio l. 1. pr. x. de quaest. Sed haec non ad torturam pertinent, sed ad condemnationem, ad torturam solummodo requiruntur indicia

clara et certe talia, nempe, vt in genere suo sint apta ad plene persuadendum, licet, non ad plene probandum. Farinacius prax. crim. lib. 1. tit. 5. q. 37. n. 5. Certe hic amplissimus vsus arbitrii iudicis obuenit, cum saepius indicia in C. C. non determinantur. Art. 25. quaedam infunt sed pauciora, et prudentiae iudicis fere omnia relinquuntur. Sunt plures Icti qui credunt, plus quam semiplenam probationem ad torturam infligendam necesse esse. Satis constat, indicium quodlibet proximum sufficienter probatum, semiplenam ipsius criminis a reo perpetrati probationem efficere. Ex hoc fluit, vt, vno indicio proximo plene probato, tortura irrogari possit. Hoc apparet art. 23. C. C. vbi clara verba: *Eine jede genugsame Anzeige, darauf man peinlich fragen mag, soll mit zwey guten Zeugen bewiesen werden, wie da in etlichen Artikeln, darnach von genugsamer Beweifung geschrieben steht.* Notatu digna est differentia illa art. 23. in casu, mo die Hauptsache der Missethat mit einem guten Zeugen bewiesen würde, dieselbe als eine halbe Beweifung machet ein genugsame Anzeige, et in illo, vbi ad probationem indicii proximi duo testes requiruntur. Tamen minime credendum est, singulas reum arguentes circumstantias per duos testes probari debere, repugnaret hoc menti legislatoris. Nam si singula plura indicia per duos testes probentur, verendum esset, ne delicta pleraque euaderent impunita. Si igitur plura indicia contra reum respectu singulorum sufficiunt,

ciunt, testes singuli inter se iungendi. *Kress* ad art. 23. art. 2. Carolus supponit casum, vbi reus non nisi vnico graui indicio per se alias ad torturam secundum art. 29. sufficienti vrgetur.

§. 7.

Differunt Icti denuo inter se, multi credunt, vnum indicium proximum plene probatum ad torturam non sufficere. A via recta aberrant isti, in omnibus enim articulis C. C., vbi de iudiciis agitur, clare continetur regula, vnum indicium proximum plene probatum, ad semiplenam probationem sufficere, ergo etiam ad torturam. Art. 20, 22, 23, 27, 29. Sed itidem ex C. C. apparet vnum indicium remotum non sufficere. Septem indiciorum remotorum species determinantur in art. 25., sed in art. 27. dicit imperator: *Der selbigen argwöhnigen Theile oder Stück ist keines allein zu redlicher Anzeige genugsam, darauf peinliche Frage mag gebraucht werden. Wo aber solcher argwöhnigen Theile oder Stücke etliche bey einander auf jemand erfunden werden, so sollen diejenigen, denen peinlicher Fragen halber zu erkennen gebührt, ermessen, ob dieselbe obbestimmte oder dergleichen erfundene argwöhnige Theile oder Stücke, so viel redliche Anzeige der verdachten Missethat thun mögen, als die nachstehende Artikel, deren ein jeder allein nur redliche Anzeige macht, und zu peinlicher Frage genugsam ist.*

§. 8.

Requiritur
vt alia media
probandi
defint.

Requiritur ad torturam porro, vt defint alia media probandi. In nostro aevo illa sanior opinio est recepta, vt tam conuictio quam confessio ad sententiam simul non requiratur. Carpzov. pr. nou. q. 117. §. 1. Satis est, si per medium probandi probatio existat, aut si minus plena est, confessio extorquatur per questionem, etsi reus criminis alicuius condemnari non debeat, nisi confessus aut conuictus sit, attamen non statim absoluendus est, qui delictum diffitetur, ac legitimis et plenis probationibus conuinci nequit, quia multum reipublicae interest crimina puniri hominesque facinorosos e medio tolli. Placet mihi l. 51. §. 2. ꝛ. ad l. Aquil. vbi: „omnibus modis „laborandum erit quo veritas detegatur, id quod per tormenta commodissime, fieri potest et solet. Etenim, quia „pleraque crimina clam et occulte committantur, vt semper copia testium haberi non possit.“ Varia sunt media probandi, nimirum indicia, documenta, testes, ocularis inspectio et confessio. Iam supra dictum est, vnum indicium proximum plene probatum ad torturam sufficere. Si autem veritas per alia media probandi explorari potest, tortura adhibere nequit. l. 8. pr. ꝛ. de quaest. iam supra all. l. 12. C. eod. tit., vbi Dioclet. et Maximian. enunciant „quoties de dominio mancipiorum tractatur, si aliis „probationibus veritas illuminari non possit, de se ipsa „esse cum tormentis interroganda, iuris auctores probant.“

Theode-

Theoderici c. 9. aph. 9. art. 9. *Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse* §. 600.

§. 9.

Personam, cui tortura irrogari debet, non esse immunem, quoque requirunt leges. Varias liberantur A) ob dignitatem

Vt persona non sit a tortura immunis.

1) Milites. Priuilegium illis datum est in l. 8. pr. C. de quaest. ibi Dioclet. et Maximian: milites neque tormentis neque plebeiorum poenis in causis criminum subiungi concedimus, etiam si non emeritis stipendiis suis videantur esse dimissi, exceptis his, qui scilicet ignominiose soluti, quod et in filiis militum et veteranorum seruabitur. Idem priuilegium illis indulget l. 3. §. 1. ꝛ. de remilitari, vbi Modestinus ait: „poenae militum huiusmodi sunt, „castigatio, pecuniaria multa, munerum indictio, militiae „mutatio, gradus delectio, ignominiosa missio, nam in „metallum aut in opus metalli non dabuntur, nec torquentur.“ An vero hoc priuilegium adhuc valeat, disquisitionis opus est. Si in examinandis legibus romanis curam et operam damus, facile est intellectu et visu, illas sanctiones ad omnes milites esse trahendas. Satis mihi sit, vt leges iam citatas in memoriam reuocem. Sed hac in via Icti mihi obuui veniunt, qui sententias illas fauorabiles ad equites et capitaneos restringere vellent, gregariosque milites ab illo excludi perhibent. Carpzov pr. nou. q.

1) Milites.

118. n. 74. Quistorp. l. c. §. 728. n. 1. Schorch. sent. 179. n. 10. Effet hoc iniquitas enormis, certum enim est, gregarios milites in acie saepius vincere ob virtutem, et praefectos eorum parum contribuisse ad victoriam. Carpzov fundamentum assertionis ponit in Rec. Imp. de an. 1555 §. 35. 36. 39. et exinde argumentatur, hocce priuilegium ratione militum gregariorum hodie sublatum esse. Sed inspectis verbis, ea solum contenta esse arbitror, non vult imperator Ferdinandus I. omnes illos milites, qui stipendium amplius non accipiunt, et in territoriis praedantur, secundum leges imperii esse puniendos. Sed ius romanum militibus gregariis hocce priuilegium quoque addixit, ob periculum in quo semper versantur, si patriam defendere debent. Infana prodit Carpzov. l. c. dicens: milites nil aliud facere, quam quod anseres et gallinas furentur, rusticasque misere concutiant. Certe priuilegium, dignitati inhaerens cum dignitate expirat. L. 6. §. 14. ꝛ. de excusat. Atqui militibus hocce priuilegium ob dignitatem est concessum, ergo dignitate cessante, illud etiam amplius utilitatem non praestat. Ius illud militum vindicat Stryk. v. m. tit. de quaest. §. 3. verum, inquit, cum l. 8. C. de quaest. de omnibus militibus generaliter loquatur, et ratio periculorum atque laborum sit eadem, milites etiam gregarii non minus ac eorum officiales rempublicam defendant, hinc dictum priuilegium nec gregariis militibus denegandum esse existimo, modo alias bonum vitae ante

ante actae testimonium habeant. Brunnemann proc. inquis. c. 8. m. 5. n. 27. amittunt milites hoc priuilegium 1) propter transfugam ad hostes in l. 3. §. 10. ꝛ. de re militari, 2) propter crimen laesae maiestatis l. 3. C. ad leg. Iul. Maiestatis, ibi Constantinus sancit: „Si quis alicui „maiestatis crimen intenderit, cum in huiuscemodi re „conuictus, minime quisquam priuilegio dignitatis alicuius „cuius a strictiore inquisitione defendatur, sciat, se quoque „que tormentis esse subdendum.“ Hoc repetunt Imperatores Valentinianus, Valens et Gratianus in l. 4. C. ad leg. Iul. Maiestatis. Nullus militiae vel generis vel dignitatis defensione vt prohibeatur, excepta tantum maiestatis causa, in qua sola omnibus aequa condito est.

§. 10.

Eximuntur quoque a tortura clarissimi, eminentissimi Senatores et perfectissimi viri l. 10. C. de dignitatibus, l. 11. et magistratus. C. de quaestionibus. Inter viros clarissimos intelliguntur ^{tus.} secundum l. 11. C. de dignitatibus, senatores; inter eminentissimos et perfectissimos magistratus, decuriones aut principali honore muniti l. 17. C. de quaest. Hocce priuilegium extenditur ab Imperatore Diocletiano et Maximiano in l. 2. cit. vsque ad pronepotes. Mutata hodie antiquae reipublicae romanae facie et statu, illi, qui olim proconsoles, praetores, praesides fuerunt, hodie sunt principes, duces, marchiones, comites, barones. Sapit enim surrogatum

gatum naturam eius cui surrogatum est. Carpzov. pr. nov. qu. 118. n. 71. in germania his annumerantur quoque episcopi, qui etiam sunt status imperii. Multi credunt hoc privilegium concessum esse professoribus et medicis. Sese fundant in l. 6. C. de profess. et med. Sed verba non sunt talia, ex quibus privilegium immunitatis a tortura elucere possit. Dixit Constantinus: „Praecipimus medicos, grammaticos et professores alios literarum et doctores legum, nec cum vxoribus et filiis, nullo fungi munere, ad iudicium deduci vel iniuriam pati.“ Ex hoc autem non apparet, illos a tortura immunes esse. Ille enim, qui semiplenam probationem contra se habet, non iniuriam patitur, sed ius illud dicitur, imputatque sibi inquisitionem. Conclusio talis famam imperatorum sugillaret, si homines, maximis criminibus inbutos, a poena liberarent, esset lex perplexa, quae tamen numquam praesumitur. Sequentia verba illud etiam dicunt: „vt si quis eos vexauerit, poena arbitrio iudicis plectatur.“ Sentio itaque, exemptionem istam falso niti fundamento, et itaque vsum plane non praestare, nec vnquam apud nos adhiberi posse.

§. 11.

Nobiles. Indulget etiam hoc privilegium nobilibus arg. l. 4. C. ad leg. lul. Maiestatis, in qua imperatores rescripserunt: „nullum omnino, cui tormenta inferantur, militiae, vel generis vel dignitatis defensione vti prohiberi.“ Notum est

est sub honore generis equites romanos intelligi. Carpzov. q. 118. n. 76. Quistorp. §. 728. Quidam clericis etiam hocce privilegium addicunt Koch instit. iur. crim. §. 858. Quistorp. Grundsätze des t. p. R. §. 728. Böhmert introd. in ius dig. tit. de quaest. §. 3., credunt, in l. 8. C. de episc. et clericis hoc privilegium contineri. Sed verba sunt ea: Presbyteri citra iniuriam quaestionis testimonium dicant. Hic Imperator Theodosius non loquitur de quaestione reorum, sed de Presbytero ad testimonium dicendum citato, constat enim, testem arduis in causis torqueri posse, ab hac poena itaque liberatur Presbyter. Potius apparet clericos ceteros, qui ordinem Presbyterorum sequuntur, non exemptos esse, lex enim citata dicit: ceteri vero clerici, qui deinde ordinem vel gradum sequuntur, si ad testimonium dicendum petiti fuerint, prout leges praecipunt, audiantur, itaque etiam per tormenta possunt ad testimonium dicendum obligari.

§. 12.

Adhuc quaestio nobis obuenire potest, an exemptiones De vfu huiusmodi illae a tortura hodie vfu vigerent. In Nemese Carolina rum exemptionum. nullum exemplum nobis extat, vbi haecce privilegia sublata sint, potius inuenio, privilegia esse confirmata. Quamuis quidem Carolus imperator saepius ad dignitatem personae respiciat, tamen scimus in delictis atrocioribus mitigandi causam dignitatem non esse, et cum legislator

vbius mentionem facit *der kaiserlichen Recht und Rechte der Vorfahren*, satis apparet, sub iis verbis sumi iura romana, quia imperatores nostri successores veterum romanorum esse se adulantur. Cum vero sciamus, iura romana in subsidium tantum apud nos recepta esse, et etiam C. C. a principibus territorii commutari posse, ob clausulam salvatoriam in praefatione annexam, sic quoque extra dubium est principibus imperii potestatem legislativam quoque contra leges imperii in causis privatis et in eorum territorii competere, Putter. inst. iur. crim. publ. lib. 5. c. 1. §. 217, 218. Mascov. princ. iur. publ. l. 1. cap. 2. §. 12. Stryk u. m. l. 1. tit. 3. §. 8. Ludouici ad C. C. p. 6. satis apparet, etiam ratione torturae principes territoriales sanctiones quaslibet edere posse. Statuunt itaque Icti, personas illas, de quibus dixi, esse a tortura exemptas, sed consensu principis torqueri posse. Koch inst. iur. crim. §. 8. 58. *Quistorp. Grundsätze* §. 728. Stryk u. m. tit. de quaest. §. 3. ille enunciat, in sententiis semper clausulam annecti, *jedoch mit Vorbewußt und Einwilligung der hohen Landes Obrigkeit*. Carpzov. pr. nou. q. 118. n. 93. Engaius elem. jur. crim. l. 2. t. 9. m. 2. §. 247. Boehmer introd. in ius dig. t. de quaest. §. 11.

§. 13.

B. ob defectum iudicii. Immunes quidam sunt a tortura ob defectum iudicii. Tortura est medium eruendae veritatis, quod in tales de-

decernitur, qui de crimine quidem non convicti, tamen autem, ob summam probabilitatem suspecti sunt, vel de crimine commisso, vel de societate in illo perpetrato. Quam ob rem tortura irrogari nequit iis, qui clara cognitione veritatis destituti sunt, Boehmer ad Carpzov. q. 118. obs. 3. Sicut enim in poenis irrogandis voluntas hominis et animus probe attendendi sunt, ita et in tormentis decernendis, iudex iudicium et intellectum rei bene perpendere, eumque, in quo defectum iudicii et imbecillitatem intellectus apprehendit, quaestionibus subiicere non debet.

- 1) Quia personae tales neque vere delinquant, nec delicti poena puniantur, quippe in hos animus nocendi non cadit.
- 2) Quia tortura fragilis est, quae saepius veritatem fallit.

Libri sunt itaque furiosi et melancholici, l. 3. §. 11. 7. ad S. C. Silan. vbi verba: „furiosos excipi nequaquam debium est.“ Stryk de dement et melanch. c. 1. §. 15. Koch inst. iur. crim. §. 858. Modo tamen de furore aut summae melancholiae gradu certo constat, quare et priusquam aduersus eiusmodi homines quicquam decernatur, indagatio iudicii a perito requiritur, ne malefici homines furorem et melancholiam fingentes, torturam et poenam effugiant. Carpzov. qu. 118. n. 18. Tales ne quidem tempore dilucidi interualli torturae subiici queunt. Qui-

storp. §. 726. n. 6. Minime tamen nuda simplicitas, quae cum dementia non coniuncta est, a tortura liberat, d. Kramer tom. 3. obs. 894.

§. 14.

b. furdi et muti simul. Immunes quoque sunt surdi et muti simul, natura tales. Cum furiosis aequali iure censentur, quia confessionem sufficientem et claram deponere nequeunt, *Quistorp.* §. 726. *Clapproth Einl. in sämtl. summar. Pros.* §. 594. *Carpzov.* qu. 115. n. 71.

c. impuberes. Porro a tortura sunt liberi impuberes l. 10. pr. π. de quaest. vbi verba: „de minore quatuordecim annis „quaestio habenda non est.“ Tamen restringendum est hoc dictum ad talem impuberem, qui cognitione veritatis caret, casu contrario torturam locum habere decernit l. 1. C. si aduers. del. vbi verba inueniuntur: „in criminibus quidem, aetatis suffragio minores non iuuantur, etenim malorum mores infirmitas animi non excusat.“ *Quistorp.* §. 726. *Clapproth* l. c. §. 594. Prouidentiam hoc in casu nobis praecipit l. 15. §. 1. π. de quaest. verba sunt illa: „Vbi vero de minore quoque quatuordecim annis in caput „alterius quaestionem habendam non esse, Diuus Pius „rescripsit maxime cum nullis extrinsecis argumentis „accusatio impleatur, nec tamen consequens esse, vt „etiam sine tormentis illis credatur, nam aetas, quae „aduersus asperitatem quaestionis eos interim tueri vi- „detur,

„detur, suspectiores quoque eosdem facit, ad mentiendi „facultatem.“

§. 15.

Quibusdam ob imbecillitatem corporis tormenta applicari nequeunt. Inter hos complectimur C. ob imbecillitatem corporis,

1) praegnantem vxores, sunt expressa verba l. 3. π. a) praeg-
de poen. „praegnantis mulieris consumendae damnatae nantes uxores.
„poena differtur quoad pariat.“ Ego quidem, et ne res.
quaestio de ea habeatur, scio obseruari quamdiu praegnans
est. Ratio est duplex

a) vt foetus seruetur saluus et illaesus. l. cit. 3. π. de poen. Vlpianum auctorem habet, et illam rationem ipse Vlpianus confiteri videtur in l. 18. π. de statu hom. vbi dicit: „Imperator Hadrianus Publicio Mar- „cello rescripsit, liberam, quae praegnans vltimo „supplicio damnata est, liberam parere, et solitum „esse, seruari eam dum partum ederet.“

b) ne ipsamet foemina praegnans, quae plerumque debili est corpore, ex doloribus tormentorum damnum vitae sentiat, facile namque aliquid extrinsecus accidere potest, quod corpus eius in valetudinem immitat. Arg. l. 14. §. 2. π. de ed. aedil. vbi Vlpianus: „Puerperam quoque sanam esse, si modo nil „extrinsecus accidit, quod corpus eius in valetudi- „nem

„nem immitteret,“ idemque enunciat in L. 2. §. 4. π. si qui caution: „si, non propter valetudinem mulier „non steterit, sed quod grauida erat, exceptionem ei „dandam Labeo ait: si tamen post partum decubue- „rit, probandum erit, quasi valetudine inpeditam.“ Nullum plane discrimen adest, ratione partuum, ad- huc in ventre latentium, an sint vel illegitimi vel legitimi, et harum specierum ratio quoque non ha- betur. Non enim debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est, L. 5. §. 2. π. de stat. hom. nil quo- que refert, an mulier praegnans proxima sit partui, an vero ante paucos dies conceperit. Grantz def. in- quis. p. I. c. 8. m. 2. §. 3. art. 4. n. 325. art. 7. n. 689. Leyser specim. 14. med. 1. Harpprecht decif. 124. n. 64. Quo casu licet foetus nondum animatus sit, attamen propter spem futurae animae mulier tormentis subiicienda non est. Carpzov. qu. 118. n. 55. aequae enim peccat, qui nascentem disturbat animam, ac is, qui natam eripit: et mulier praegnans ex metu quoque et vi tormentorum eiicere potest embryonem. Certitudine autem nititur, mulierem post partum intra 40 dies torqueri posse. Alberti diss. de tort. subiect. aptis et inept. secund. moral. et physic. caus. cum vberr. iur. consultor. et medic. suf- fragiis in iuris prud. med. tom. 3. append. pag. 190. Exceptio hic adest illa, nisi singulares circumstantiae dete-

detectionem complicum necessariam faciant, ubi qui- dem intra 40 dies fieri potest, sed ita, ut ultra illam gradum *Daumenstücke* non transgrediatur iudex. Harpprecht conf. 80. n. 6. Notandum vero, quod in casu, ubi de torquenda foemina praegnante agitur, non cre- datur mulieri dicenti, se grauidam esse, ad effugien- dam torturam, sed iudex dubitans consulat obstetrices et medicos iuratos, secundum eorundem dispositio- nem super mulieris praegnantia sententiam suam for- met. Nisi de atrocissimis delictis agatur, etiam foe- mina partum lactans a tortura immunis est, vel mo- derate adhibetur. Beyer ad Art. 59. C. C. pos. 16. ait: si mater quae infantem adhuc lactat, tormentis subiicienda est, iudex consideret, an delictum, quod nec atrox sit, nec poenam capitalem mereatur, con- currat, tunc enim vel iuramentum purgatorium in locum torturae surrogare, vel remissa fustigatione, relegationis perpetuae poena imponi poterit. Quod si autem poena capitalis matri dictanda, iudicis offi- cium excedere videtur, potestas minuendi gradum torturae et supplicium remittendi, vtrumque enim principis gratiae potius committendum, aut executio **quaestiois vel poenae differenda.**

§. 16.

b) senes. Ob imbecillitatem a tortura liberi sunt senes, qui aetate defecti sunt, L. 3. §. 7. ꝛ. ad S. C. Silan. ubi ait Ulpianus: „ignoscitur etiam iis, qui aetate defecti sunt,“ non solum parcuntur ob imbecillitatem corporis, quae tormenta haud patitur absque singulari sanitatis et vitae damno, sed et ob imbecillitatem intellectus et iudicii, quia senes ut plurimum sunt delirantes, ac memoriae vitiis laborant; notandum adhuc est, tantummodo eos senes a tortura liberos esse, qui aetate sunt defecti, ac bonam partem virium et mentis ob senectutem amiserunt. Minime autem robusti ac perspicaces, quales haud raro adhuc esse homines sexaginta vel septuaginta annis experientia quotidiana docet. Iudex itaque non tam de numero annorum, quam de infirmitate virium diligenter inquiret, eosque in casu torturae senes definiat, qui propter aetatem decrepitam et corporis debilitatem tormenta pati haud possunt.

§. 17.

c) valetudinarii. Eximuntur porro valetudinarii a tortura ob defectum virium et corporis imbecillitatem, etsi enim morborum ipsi auctores fuerint, tamen non torquentur. Valetudinarii sunt illi, qui omniis ulterioris gradus sunt impatientes, ita ut si tormenta adhibeantur, mors certo videatur imminere, l. 3. pr. ꝛ. ad S. C. Silan. ait Ulpianus: „Si „quis in graui valetudine est affectus, opem domino ferre „non

„non poterit, subueniendum est illi.“ Si morbus est talis ut de vitae periculo non sit verendum moderata tamen adhibetur, ne maius damnum ille miser inde sentiat, Quistorp. §. 727. Varii morbi nominantur in Claprothii *Einleit. in samml. summar. Proz.* §. 594. Illi qui febre quartana laborant, cessante paroxysmo torturae subiici queunt, Engav. elem. iur. crim. l. 2. tit. 19. m. 2. §. 235. Praecipue contra epilepticos ultra primum gradum non proceditur. Cress ad art. 59. C. C. quamvis Claproth l. cit. dicit tales homines plane non torqueri, cui assentio, nam quilibet actus, qui neruos satis fortiter tangit, illum paroxysmum excitat, illud autem horribile quoddam esse, quisquis scire potest: esset hoc loco tortura medium excitandi paroxysmi et nemo criminum doctorum illud approbaturus est. Imperator Carolus quintus ipse in art. 59. regulam nobis praescribit. *So der Beklagte gefährliche Wunden oder andere Schäden an seinem Leibe hätte, so soll die peinliche Frage dermaßen an ihm vorgenommen werden, damit er an solchen Wunden oder Schaden am mindesten verletzt werde.* Beyer ad art. cit. Quodsi enim torquendus hernia vel epilepsia laborat, aut membris mutilatis vel debilitatis sit affectus, item si foemina partum vberius alat, tortura moderatius instituenda, et superueniente malo epileptico finienda.

§. 18.

an tortura
fit abro-
ganda. Ea quae differui tendunt ad applicationem torturae
ipfius, et naturae humanae conueniunt. Nunc autem quae-
ftio oritur, an tortura ipfa fit abroganda. Cum numerum
Ictorum Clar. viderem, qui torturae defenfionem in fe
repererunt, fatis temerarium opus videtur, contra illos
pugnare. Tamen ex acie nondum recedo, quia maximi
momenti Icti penes partes meas adftant. Sunt fequen-
tes:

- 1) *Augustinus* de ciuitate Dei, l. 19. c. 6. apud Gribner
in opusc. iur. priu. f. 5. de repet. tort.
- 2) *Zepper* de legibus mosaïcis, l. 5. c. 10. p. 644.
- 3) *Broidaeus* ad Pollet. histor. for. rom.
- 4) *Panzirollus* l. 1. var. lect. c. 41.
- 5) *Wesembecius* ad tit. pand. de quaest. n. 105.
- 6) *Bachouius* ad paratit. Wesemb. t. de quaest. n. 1.
- 7) *Graeuus* in tribunali reformato Hamb. 1624.
- 8) Vterque *Ant. Matthaei*. Pater edidit collegium fun-
dam. iur. disp. 7. th. 16. filius autem scripsit de cri-
minibus ad lib. 48. t. 16. c. 5. p. 801.
- 9) *Schotanus* apud Huberum ad titul. pand. de quaest.
n. 1.
- 10) *Wissenbach* ad tit. pand. de quaest. §. 13.
- 11) *Regnerus* ad pand. disp. 61. ad L. 1. pand. de quaest.
p. 107.
- 12) *Gribner* in opusc. iur. priuat. t. 5. sect. 5. th. 2. 3. 4.

13)

- 13) *Scheller* dissert. de tortura in republica Christian. non
exercenda, Lips. 1742.
- 14) *Nicolas*, si la torture est un moyen seur à vérifier les
crimes secrets à Amsterd. 1682. in ling. latin. vers. Ar-
gent. 1697.
- 15) *Thomafius* D. de tortura ex foris Christianorum pro-
scribenda, Halae 1705.
- 16) *Beyer* ad Art. 20. C. C. pos. 1.
- 17) *Leyser* spec. 680.
- 18) *Von Sonnenfels von der Abschaffung der Tortur*,
Zürch 1775.
- 19) *Beccaria* dei delitti e delle pene, aus dem Ital. Ulm
1767.
- 20) *Entwurf eines Gesetzbuchs in Criminalsachen, 1ter Th.*
7ter Abschn. §. 15. 12ten Abschn. §. 1.

Nunc dissentientes quoque allegare opus est

- 1) *Oldekopp* in obs. crim. p. 452.
- 2) *Hahn* ad *Wesembec.* t. de quaest. n. 11.
- 3) *Tabor* de tort. et indol. del. cap. 2.
- 4) *Huber* ad tit. de quaest. §. 1.
- 5) *Zoll.* d. de quaest. f. tortura, Rinthelii 1693.
- 6) *Eckoldt* ad tit. II. de quaest. §. 1.
- 7) *Born* programm an fas sit, in republica iudic. christ.
torturam tolerare.
- 8) *Carpzov* qu. 117. n. 3.

D 3

9) Vo-

- 9) Voetius ad tit. de quaest. §. 1.
- 10) Struv. Diff. crim. th. 16.
- 11) Boehmer introduct. in ius Dig. t. d. qu. §. 2.
- 12) Bodin. de usu et abusu torturae, th. 5.
- 13) de Boehmer ad Carpzov qu. 117. obf. 1.
- 14) Struben rechtl. Bed. 2ter Th. n. 139.
- 15) Zoller Diff. vtrum tortura penitus sit abroganda, an tantum limitanda videatur, Lips. 1773.
- 16) Quistorp. §. 723.
- 17) Banniza. disq. de tortura nec ex integro reprobata nec ex integro approbata.
- 18) Götz Diff. de tort. eiusque minis cautè adhibenda, Altorf. 1776.
- 19) Koch in der Vorrede zur H. G. O. §. 4.
- 20) Quistorp. §. 723.

§. 19.

Tres casus sunt, quos suppono ad probandam ferrentiam meam, torturam abrogari posse:

1) inquisitus per probationem plenam de crimine commisso est conuictus. Hac de re loquitur ipse Carolus quintus in Art. 69. *So der Beklagte nach genugsamer Beweisung noch nicht bekennen wollte, soll ihm angezeigt werden, daß er der Missethat bewiesen sey, ob man dadurch sein Bekenntniß desto eher auch erlangen könnte; ob er aber dennoch darüber nochmals nicht bekennen wollte, des er doch*
als

als obstehet, genugsam bewiesen wäre, so soll er nichts desto weniger der bewußten Missethat noch ohne einige peinliche Frage verurtheilet werden. Omnes plane Icti consentiunt cum hoc articulo. Cress. ad Art. 69. Barth de conuicto non confesso c. 2. §. 2. p. 19. Dressel d. de delinquente conuicto licet non confesso poena ordinaria adficienda, Ien. 1726. Leyser spec. 641. Böhmer d. de poena sine crimine c. 1. §. 6. Reinhardt. de tortura in caus. ciuilib. §. 1. Koch. inst. iur. crim. §. 810. Quistorp. Grundsätze des t. p. R. §. 677. de Boehmer ad Art. 69. C. C.

2) Si inquisitus quidem est suspectus sed non semiplene conuictus, omnis tortura cessat.

§. 20.

3) Si semiplena probatio adest. In applicando axioma, inquisitum qui semiplenam probationem contra se habet, tormentis esse subiiciendum, saepius innocentissimi homines ad mortem damnarentur. Romani iam de tortura optime non cogitauerant, de hoc testatur l. 1. §. 2. 3. 7. de quaestionibus: ibi Ulpianus ait „quaestioni fidem non semper, nec tamen vnquam habendam constitutionibus declaratur, etenim res est fragilis periculosa et saepe veritatem fallit, nam plerique patientia suè duritia tormentorum, ita tormenta contemnunt, vt exprimi eis veritas nullo modo possit; alii tanta sunt impatientia

„vt

„vt quouis mentiri, quam pati tormenta velint, ita fit, „vt etiam vario modo fateantur, vt non tantum se, verum „etiam alios comminentur.“ Perspicue et naturae humanae conueniens differit auctor libri. *Entwurf eines Gesetzbuchs in Criminalsachen* 10. Abschn. S. 8. *Die Klippe, welche bey Beweisen sorgfältig zu vermeiden ist, bestehet darinnen, daß man aus vielen unvollständigen Vermuthungen und Wahrscheinlichkeiten eine Art von künstlicher Beweis führen will, tausend Wahrscheinlichkeiten wiegen kaum einen einzigen vollständigen Beweis auf, und es ist besser, daß in solchem Zweifel einige Schuldige ohngestrafft bleiben, als daß ein Unschuldiger ungerechterweise mißhandelt wird.* Sanissimum hoc est principium, et certe si multi tales auctores extarent, iurisprudentia criminalis amoenissimum et vtilissimum studium esset. Nihil enim gauisū dignius, quam vnum hominem absoluere et exposit innocentiam suam claram reddere. Auct. lib. cit. 12te Abschn. S. 1. inquit: *Die Tortur soll daher gänzlich abgeschafft werden, indem der schwache an Nerven empfindliche Unschuldige dadurch zum Bekenntnisse genöthiget wird, da mittlerweile der starkgebaute unempfindliche Verbrecher frey durchkommt.* Omnes illi qui torturam defendunt talibus rationibus non sunt suffulti. Difficilius tamen erit surrogatum quoddam torturae inuenire. Inter omnia mihi videntur aptissima:

1) iu-

1) Iuramentum purgatorium, secundum principia iuris criminalis illud decernitur:

- a) in delictis leuioribus;
- b) in delictis grauioribus ob indiciorum leuitatem metu periurii cessante;
- c) si reus ob personae dignitatem a tortura liberatus est;
- d) si corpus delicti quodammodo est ambiguum.

Sed si bene proderamus, homines Deum colentes, et antea de periurio admoniti, lubentius poenam etfi capitalem ferre, qua peierare volent, quorum multa exempla nobis constant. Credo, etiam in delictis grauissimis religionem tantam vim habituram, vt, si quis de salute sua aeterna periclitaretur, crimen suum etiam atrocissimum confiteretur. Cum e contrario maximi dolores corporis per tormentorum applicationem excitati, illum effectum non producerent, quia nemo religione se obstrictum hoc casu credit ad crimina reuelenda. Nihilominus etiam hocce surrogatum quodammodo est incertum. Iuramentum enim purgatorium est quasi contradictio inter leges et naturam hominum, nam leges desiderant eo in casu, vt reus de veritate deponat, vbi commodum eius priuatum, silentium illi imponat, quid est magis commodum priuatum quam vita hominis? Quilibet

E

homo

homo opinatur Deum illi periurium condonaturum esse, et nunquam confitebitur. Religio tacet ubi usus proprius in collisione cum illa versatur. Optima sunt verba Strykii in Melet. de iuram. p. m. 138. reo quidem meo iudicio ut parcatur animae eius, remittendum esse iuramentum arbitror. Sed tamen, quia suspicionibus et indiciis gravatus est, extraordinarie puniri debet. Hoc enim malis moribus suis et quia deprauata vita causam suspicionis dedit, satis meruit, utile etiam est, ut si leuior forte confesso delicto poena statuenda, sententia ita concipiatur, quo iurans videat, non tanti esse propterea periurium committere, et hac ratione abstrahatur.

§. 21.

2) Poena extraordinaria. Poena est malum passionis quod quis ob violationem legis poenalis subire tenetur, ergo poena hic delictum supponit, nam quaelibet violatio legis poenalis vocatur delictum, ubi ita delictum non adest, ibi etiam poena locum non habere deberet. Quia vero culpa inquisiti saepe factum est, ut in indiciis et suspicionibus gravatus sit, etiam poenam luat, minime autem ordinariam, quae confessionem aut conuictionem praepunit, sed extraordinariam. Credo poenam extraordinariam hoc in casu obtinere posse, et nimirum talem quae libertatem constringat, salus publica enim suadet ut inquisitus indiciis gravatus non penitus absolvatur, sed tamdiu in custo-

custodia teneatur usque nouae rationes vel innocentiae vel doli adsint. Saepe enim fit, ut post quosdam annos, innocentia cuiusdam inquisiti detegatur, vel etiam noua inueniantur quae certitudinem delicti in apicum ponunt. Propono itaque opinionem meam quae illuc tendit, ut inquisitus quoad tempus indeterminatum et tamdiu in custodia pro ratione criminis et personae suspectae conseruetur, usque ille ob fastidium custodiae vel crimen confiteatur, vel iudex arbitretur, ut intra carcerem et suspicionem proportio adsit, tunc enim aequalis illis est censendus, qui torturam perpessi sunt, et itaque absolendus est, donec de nouo rationes suspicionis sese exferant, ubi inquisitio de nouo est instituenda. vide *Leyser spec. 641. m. 5. Schaumburg d. de delinquente neque confesso, neque conuicto Struben v. B. p. 2. n. 139.*

E r r a t a.

- Pag. 3. lin. 6. p. *tertiam* nobis praebet Tabor, lege *quartam*.
 — 8. — 20. *Struben 1. B.* lege *Struben v. B.*
 — 14. — 6. *extorquatur*, lege *extorqueatur*.
 — 16. — 16. *rusticas*, lege *rusticos*.
 — 17. — 13. *condito*, lege *conditio*.

