

COMMENTATIO IVRIDICA
DE
MODERAMINIS
INCVLPTAE TVTELAE
PROBATIONE.

LXIII.

53

17

1765, 2.

QVAM
IN ACADEMIA ROSTOCHIENSI
CONSENTIENTE FACVLTA TE IVRIDICA ILLVSTRI
CONTRA
CONSVLTISSIMORVM ATQVE DOCTISSIMORVM
AMICORVM DV BIA
PVBLICE DEFENDENT

PRAESES
D. IOANNES CHRISTIANVS
QVISTORPIVS,

ET
RESPONDENS
IOANNES IOACHIMVS PRIESS,
IVRIS VTRIVSQUE CVL TOR.

H. L. Q. C. AD DIEM IV. SEPTEMBRIS. A. O. R. MDCCLXV.

ROSTOCHII,
LITTERIS MÜLLERIANIS.



COMMENTARII O. IARICA

MODERAMINI
INQUIRITAE TYTAE
PROBATIONE

QVAE

IN ACADEMIA ROSTOCHENSIS

CONSENTE FACULTATE IURIDICA

CONTRA

CONSULTISSIMORVM ATQVE DOCTISSIMORVM

YNGORVM DVCE

PUBLICO DEFENDIT

PRESSES

D. IOANNES CHRISTIANVS
GVSTORPVS

ET

RESPONDENS

IOANNES IOACHIMVS PRIESS

IN ROSTOCHIA

M. D. C. C. C. AD DIEM IV SEPTIMBRII. A. O. R. MDCCCXXV

ROSTOCHIA

LITTERIS MUELLERIANIS





INGRESSVS.



Praemittebam anno elapso, *Dissertationem de moderamine inculpatae Tutelae*, hoc modo respectu, ut stabilirem principia, in quibus alteram et quidem sectionem principalem: *de probatione defensionis necessariae* fundare, ac pluribus investigare possem. Ardua sane est haec materia, et multis gravissimisque dubiis ea est obnoxia. Plura nec legibus, obscuritate laborantibus, et ad processum accusatorium antiquum quam maxime respicientibus, satis sunt decisa, nec dubia Iureconsultorum interpretationibus plane sublata esse censeo. Non itaque sine singulari fructu esse duxi, rem maxime contro-

controversam ad principia magis firmiora reducere, eo-
que modo aliquid certi determinare. Omnia in hac ma-
teria praecipue notatu digna, me adduxisse arbitror. No-
tavi, *quando reo*, homicidium confitenti, et necessariae de-
fensionis exceptionem alleganti, *quando accusatori* pro-
bandi onus incumbat. Explicavi genuinum *conceptum*
favoris defensionis, *punctum probandi*, et *quomodo* proba-
tio inprimis per *testes non plane inhabiles*, sit instituen-
da. In subsidium, et alia deficiente probatione plena,
scilicet per testes eruenda, defensio necessario suscepta
dicta, *per indicia* probanda erit. Recensui *illa*, quae
ut plurimum *aggressorem* ostendunt. Pro qualitate eor-
um atque circumstantiis concurrentibus prouti enim,
vel *pro*, vel *contra reum* pugnant, mox *plena absolutio*;
mox *juramentum purgatorium*; mox *territio*; mox
poena extraordinaria; mox *tortura* decernenda erit.
Rationes, cur narrato modo sit pronuntiandum, collegi,
sententias Doctorum obstantes adduxi, simulque eorum
in hac re formata dubia removere, operam navavi. Sit
penes lectores benevolos iudicium, num ea modo etiam
pro parte enucleaverim, quae ex scopo meo evidentiora
reddere volui.



PRAESTANTISSIMO
DOMINO RESPONDENTI

AMICO ATQUE COGNATO SVO DILECTISSIMO

S. et O.

PRAESES.

Utilitatem haud exiguam praestant actus disputatorii, qui in Aca-
demis instituantur. Speciali enim tractatione materia quaedam eo ma-
gis elucescit atque illustratur, cujus systemata atque compendia vel
generatim, vel saltem haud sufficienter fecerunt mentionem. Ut
taceam commodum, quod litterarum, et imprimis jurisprudentiae
cultoribus praestant. Hi enim inde nanciscuntur occasionem, pro-
fectus, quos jam in litteris fecerunt, et habilitatem omnibus com-
probandi, atque ad futurum statum, scilicet causas in foro perorare,
se eo magis reddendi aptiores. Optime itaque agis, Respondens No-
bilissime, Amice atque Cognate dilectissime, cum Respondentis munus
haud aegre in Te susceperis. Spero, immo fere convictus sum, finem ad-
ductum ex omni parte Te impetraturum fore. Perage igitur sub meo
quali quali praesidio defensionem feliciter, immo felicissime ostendendo mentis
aciem et oris facundiam in Consultissimorum atque Doctissimorum Op-
positurorum

positurorum dubiis tam accipiendis, quam diluendis. Ito mecum, ego
redibo Tecum gratulaturus honoratissimis tuis parentibus; amplifi-
ca spem, quam ob mores tuos adhuc probatos, atque ob eruditio-
nem tuam, merito de te capiunt. De caetero Summum veneror
Numen, ut et nunc, et in posterum tua secundet conamina. Idem
Tibi larga adjiciat quaevis prosperrima, studiisque tuis ele-
mentissime benedicat. Utere sapienter remediis, ad animum optimis
scientiis imbuendum, et fuge impedimenta, quae a recta via abdu-
cunt. Eminent inter haec, vitia atque voluptates. Tu autem alio-
rum tristissimis exemplis edoctus, semper sis haud immemor pro-
batissimi istus effati: momentaneum esse, quod delecat, aeter-
num autem, quod cruciat. Voluptas abit, turpitude manet.
Maxima Tibi extant motiva, ut in hoc tramite incedas. Respi-
cias enim semper ad exempla tam agnatorum, quam cognatorum
tuorum, et inuenies viros celeberrimos, de ecclesia et Republica meri-
tissimos, qui virtute et litterarum cultura indefessa magnum nomen
ac gloriam in orbe erudito obtinuerunt. Sic aliquando evades pa-
triae et Reipublicae utilissimum membrum, parentum dulcissimum
gaudium atque familiae inclytae exquisitissimum ornamentum. Va-
le, et me, Tibi tuisque rebus bene cupientem, quam commendatissi-
mum habeas, rogo.

VIRO



VIRO IVVENI ORNATISSIMO,
DOCTISSIMO
IOANNI IOACHIMO
PRIESS,

HIVIS DISSERTATIONIS DEFENSORI STRENVO

AMICO HONORATISSIMO

S. D. P.

HENRICVS FRIDERICVS TADDEL,

I. V. L.

A *consultissimo Tuo Praefide*, *cujus* votis, nullo excepto, respondere, fas mihi semper duco, provocatus, ut, quod *Ille* mihi ante aliquot menses dedit, amicitiae specimen, id *Illi* ego jam retribuerem, opponentisque in me susciperem spartam, gaudeo occasione, quae mihi inde nascitur, *recum* rem habendi publicam.

Ita enim, *amice honoratissime Tu Tuam* rem egisti, non solum, uti discipulum *Quistorpii mei* decet, sed etiam, uti decet juvenem ex *Pricisano* profapia natum. Dedit enim *haec florentissima*

apud

apud nos *gens*, brevi tempore *Theologum*, qui *decus* erat et *fulcrum*
ecclesiae et *academiae nostrae*, quae *obitum* ejus *praematurum* adhuc
dolent, quin *dolebunt* semper. Dedit *gymnasio Güstrovium* or-
nanti *Praesidem Philosophum* aequae ac *Philologum* et *Theologum*, *multi-*
cedentem. His *Te* hodie *annumeras*. Dignum *Te* reputat, *Qui-*
storpius, optimus *ingeniorum* *perscrutator*, qui ab hoc *Tuo praec-*
ceptore in *cathedram* *ducaris* *publicam*. Sit *Tibi* *felix*, sit *faustus*
hic *progressus*; *ascendas* *cathedram* tanquam *Vir* ad *omnia* *para-*
tus; *descendas*, non nisi *laureis*, ab *adplaudente* *auditorio* *ac-*
ceptis, *coronatus*. Huic et *ego* me *jungam*, *debitas* *Tibi* *refe-*
rens *laudes*, atque *gratulationes*. *Vltimas* *has* ex *parte* *absolvam*
in *praesenti*, *omnem* *felicitem* et *optima* *quaevis* *Tibi* ex *animo*
adprecaturs.

Amicitiae *Tuae* me in *posterum* ita *commendatum* *habeas*, *ob-*
secro, uti *exemplum* *suavissimi* *inter* *meos* *conjunctissimos*, *Quistor-*
pui, hoc *Te* *docebit*. *Vale*.

Dabam e museo. Die Augusti A. R. S. MDCCLXV.



ILLI VIR IVVENIS PRAECELLENTISSIME!
SPES FAMILIAE SPLENDIDAE EGREGIA,
AVVNCVLI ERVDITIONIS FAMA SATIS
IAM CLARI ET PRAESIDIS GRAVISSIMI AEMVLATOR
DIGNISSIME,
PATRIAE LAVS FVTVRA,
DECVS AC HONOR CERTISSIME
RESPONDENS
DOCTISSIME AMICE
SVAVISSIME.

Themidos filius genuinus quisque literarum dulcedine semel ductus, nunquam subsistit; mature potius se accingit ad altiora, cacumina tendit, seu ut ait Poeta

Er übet seinen Geist bereits in früher Jugend
in ächter Wissenschaft, und stärkt ihn mit der Tugend.

Hic semper Rhodus est, hic saluat! Miserrimum eruditorum cohors! quam praedicat plebs: Der Mann ist sehr gelehrt, er weiß es aber nicht herauszubringen. Transcant! et nunquam se, eruditos praedicent, indignissimi sunt ejusmodi Pseudoeruditi, nomine venerabili vere tali. Non quidem erit negandum, donum huic vel illi ore proponendi quid sciat deesse. Sed quid hoc ad me? semper supererit verecundis medium et occasio excellens demonstrandi quid didicerint quidque acquisiverint. Quem enim

ET PROPRIE

*

enim

enim fugit scientia calamo solidioris eruditionis aptissimo interprete utendi
fruenti? Qui nero et ejus adspēctū obstupescit, flocci habendus erit.

TV RESPONDENS DOCTISSIME,
HONORATISSIME

DOMINE PRIESS.

Viam longe feliciorē intrare percipis, ac cuique te sistis exemplo et
aemulationi, tentabis quid valeant humeri, quid ferre reculent. Vade er-
go pede fausto, nil cursum tuum impediāt, finis tandem coronabit eum,
praesta te in futurum, talem qualem te hactenus inter studiosos vere tales
cognovi et diligentes. Qua spe in te certissime fretus et gratulabundus oc-
clamo:

Sie selbst die Tugend wird dir geben
was ich dir gutes wünschen kann.

DABAM E MVSEO

DIE XXI. AVGVSTI

A. R. S. MDCCLXV.

C. L. I. BEHM,

L. V. D.

ET OPPONENS.



NOBILISSIMO, DOCTISSIMO,
PRAESTANTISSIMOQVE
DOMINO RESPONENTI,
AMICO SVO OPTIMO, AVDITORI SVO
DILIGENTIA NEMINI SECVNDO ATQVE
HONORATISSIMO

s. d. p.
IACOBVS FRIDERICVS
ROENNBURG,
I. V. D. PHIL. MORAL. P. P. O.

Ego vero, Te, Amice Carissime, ob morum Tuorum suavitatem non minus, quam ob ingenii Tui elegantiam, magni facio; immo etiam diligo, quod sciam Te auditorum meorum esse eum, qui me non modo audit, verum etiam amat. Ex his intelligas velim voluptatem meam atque gaudium ex diligentiae, dexteritatisque Tuae hodierno specimine perceptum. — —
Audias quaeso Poetam sic canentem;

Magnanimi fuerat pulcherrima lacrima vultus,

Quam fudit, cernens clara tropaea puer;

Clara

Clara tropaea, olim quae gens gratissima summo

Audenti posuit praemia digna viro.

Nec fat; ad audendum flammatur pectoris ardor,

Aemula praeclari libido tumet.

Vt videt, adplaudit juveni Dea maxima Virtus

Aeternoque ausum hunc inferit illa libro. —

En igitur exemplum Paternae Maternaeque Profapiae. Magni sunt sane nominis viri, de Academia nostra, deque litteraria republica optime meriti! Et sancta memoria Majorum Tuorum in beatorum consortio degentium, et adhuc viventium gloria, sit Tibi Vir Doctissime, incitamento, ad illorum inhaerendum vestigiis; sit Tibi instar calcaris, ut indefesso studio litteris operam naves. Tali modo futura Tua merita Tantis Majoribus, Tantaque familia Te reddere possunt dignissimum.



PRAE.

PRAENOBILISSIMO NEC NON DOCTISSIMO

DOMINO

RESPONDENTI

S. D. P.

HENRICVS IOHANNES WALTHER,

OPPONENTS

I. V. C.

Ea sane est infucate amicitiae natura, ut cultores suos summo cum gaudio afficiat, si amicum quendam ad honoris fastigia evolare vident. Hinc non possum non, Amice suavissime, quin et ego hodie cum votis eorum, qui fausta quaevis ac felicia Tibi apprecantur, mea quoque sincerissima jungam vota. Contigit mihi, jam aliquot abhinc annis hanc Musarum sedem Tecum frequentandi. Scio, Te semper mihi amicum fuisse, et gaudeo. Singularem Tuam in ad-

discenda Jurisprudencia 'industriam' semper magnopere sum
miratus. Nunc publicum eruditionis Tuae specimen exhi-
bes. Gratulor Tibi de hisce studiorum Tuorum primitiis,
et de honore, quem summo cum jure ex hoc certamine
litterario reportabis. Gratulor denique Constatissimo Domi-
no Praefidi Tuo, Fautori ac Praeceptoris meo longe devene-
rando de Respondente dignissimo. Felicem studiorum Tuo-
rum progressum Tibi ex animo apprecor, et, ut omnia Ti-
bi e voto succedant, opto. Amicitiae Tuae, Vir praeno-
bilissime, me in posterum commendo, sicut persuasum Tibi
habeas, me semper fore Tui deditissimum. Vale. Dab,
die XXI. mensis Augusti. Ao. MDCCLXV.



PRAE:

PRAENOBILISSIMO
ATQUE DOCTISSIMO
DOMINO
RESPONDENTI
AMICO SVO CERTISSIMO

S. D. P.

L. H. BVRGMANN,

OPPONENS.

Te cathedram prementem epistola gratulatoria comitari, mearum duco partium. Nam ex quo mihi tua licuit frui consuetudine, mores ad omnem modestiam compositi, juxta ac ingenii accumen, ad quaevis felicissimo cum successu expedienda negotia, aptum, me in tui rapuerunt amorem. Tu enim ardore discendi ita es inflammatus, ut intentissima cura ac industria studiis tuis
quoti-

quotidie pondus adjicere et arduam salutarium legum no-
ticiam ad summum deducere fastigium, nisi allabores
omni indefessoque. Qualesque jam in studiis feceris pro-
gressus, hodierno fausto certamine demonstras sub plau-
sibus omnium. Gratulor hinc tibi susceptam beneque
ornatam spartam. Gratulor splendidissimae tuae familiae
filium optimae frugis speique maximae. Gratulor mihi
amicum dexterrimum sincerimumque. Tibi non mo-
do, quam Praesidi tuo consultissimo, Fautori meo ma-
gnopere colendo, commendatum habes volo. Valeas
meique amorem nunquam exuas. Dab. d. 21. Augusti
1765.





§. I.

Quilibet praesumitur bonus: est regula, quae pertinet tantum ad quaestionem de alicujus facti dubii commissione, non vero ad facti regulariter injusti notorie jam commissi justificationem, quasi circumstantiae ad justum pertinentes, sint praesumendae, sive homo praesumitur bonus; facta autem, quae ut plurimum mala sunt, non bona praesumi possunt. Principium itaque tunc demum veritate niti apparet, quando aliquis neque actum physicum, neque moralem confitetur. Qui vero actum physicum negare non potest, de eo etiam praesumitur, quod moraliter contra leges peccaverit. Praesumptio enim ab eo desumitur, quod ut

A plu



plurimum fieri solet, vid. *LVDOVICI*^{a)}. Si itaque quis homicidium a se commissum esse haud negat, sed exceptionem moderaminis inculpatae tutelae allegat, illam probare tenetur. Neque enim ab occidente allegata defensio praesumitur, sed potius innocentiae praesumptio militat pro occiso. Idcirco, cum defensio illa facti sit, facta autem probari debeant *L. 5. C. de injur.* haud injuria reus, seu accusatus de homicidio, probationis oneri adstringitur *L. 1. C. ad leg. Cornel. de Sicar.* Qui itaque contra insinulatum delictum excipit, et homicidium quidem non negat; attamen ex necessaria defensione, factum suum defendere vult, is tenetur exceptionem cum omni qualitate probare, imo illam in sua specie et forma debet probare, ita ut concludat effectum exceptionis, vid. *MASCARDVS*^{b)} item *CLASEN*^{c)}. Non igitur solum sufficit probare defensionem, nisi etiam necessaria, five coacta probetur defensio. Ad excusandum enim homicidium non quidem satis esse habetur, quod quis ad sui defensionem occiderit, sed etiam requiritur, quod factum fuerit ad necessariam defensionem, vid. *FARINACIVS*^{d)}. Dicitur autem *necessaria defensio*, quando quis ab aliquo inique provocatus necessario et coacte in de-
fen-

a) *diss. de praesumptione bonitatis.*

e) *ad Const. Carol. Crim. art. 141.*

b) *de probat. concl. 68. fol. 311.*

d) *Pr. crim. Q. 125. n. 2.*



fenfionem fui alioquin perituri aut periclitaturi, vel ob defenfionem bonorum aut amicorum arma fumferit, homicidium commiferit, pulfaverit, aut vulneraverit. vid. GAIL *). Probet itaque occifor defenfionem et quidem neceffariam, quod fcilicet omnia obfervaverit requifita, quae legibus habentur neceffaria, ad vitam morte aggrefforis defendendam vid. art. 141. C. C. C. Welcher fich nach Erfindung der That, einer gethanen Nothwehr berühmet oder gebrauchen will, und der Ankläger der nicht gefändig ift, fo legt das Recht dem Thäter auf, folche obberühmte Nothwehr, wie Recht zu erweifen, beweifet er die nicht, fo wird er fchuldig gehalten.

* Probationem defenfionis neceffariae majores noftri velcum feptima manu, vel duello perficiebant, vid. SCHOTTELIUS f). Sic jure Saxonico fancitum, ut defenfio feptem probetur teftibus, vid. Landr. art. 64. wenn man aber den Todten mit fiebener Mann Gezeuchnis überwunden. Sed hodie Juris Saxonici difpofitio non fervatur ufu, fed correcta eft, ita, ut defenfio neceffaria jure hodierno duobus teftibus omni exceptione majoribus plene probata cenfeatur, vid. BERLICH g). Nec tamen ad moderamen inculpatæ tutelæ probandum, Ger-

A 2

mani

e) in Obferv. pract. L. 1. c. 16. f) de Singularibus in Germania juribus. n. 5.

g) in Concluf. Pract. concl. 14. n. 19.





mani probationes alias vulgares scilicet per ferrum candens, aquam frigidam et calidam sub formulis sollempnibus factam, per crucem, eucharistiam, offam judicalem, per sortes aliaque innocentiam probandi genera olim usitata, reprobantur. *vid. Schwäbisch. Landr. art. 209.*

* * *Articuli Const. Carol. Crim. 141. et 142.* de probatione defensionis necessariae agentes, ob mutatam Judiciorum criminalium faciem, usum fere non habent. Cum enim forma judiciorum nostrorum criminalium mutata sit, ac in multis Germaniae provinciis accusationes vel plane non, vel tamen raro adhibeantur, istorum articulorum fere nullus superest usus, sed iudex ex officio de probatione est sollicitus, atque in veritatem eorum, quae vel fama et delatores contra reum deferunt, vel reus in suam excusationem allegat, accurate inquirat *vid. LEYSER ^{b)}*. Iudex tamen in casu obvio bene perpendat, in quantum adhuc ratio Const. Carol. Crim. quoad passum defensionis necessariae vel in totum, vel in tantum cessat.

§. II.

Defensio necessaria ejusque qualitates adnexae a reo allegante sunt probandae. (*vid. §phus praec.*). Pro deducenda autem et probanda innocentia, justum ac sufficientem terminum permittere et praeterlapsum pro re nata toties quoties prorogare et reiterare, etiam post conclusionem in causa, imo aliquando post sententiam latam, iudex

^{b)} *Med. ad ff. Spec. Coo. M. 3.*



dex manet obligatus. vid. BERLICH ^{a)}). FARINACIVS ^{b)}),
FICHARD ^{c)}). Cum publicatis attestationibus et conclu-
sione in causa facta, renunciatum esse videatur ulterio-
ribus probationibus, ita ut nulla amplius probatio, exce-
ptio, vel allegatio locum habere possit, *per arg. cap. 9. X.
de fide Instrumentor.* nec ulterior innocentiae probatio
audienda esse videtur. Sed propter favorem de-
fensionis apices juris haud attenduntur, quin adeo pro
reo in criminalibus probationes sint ampliandae et pro
actore restringendae. Cessant igitur Juris civilis princi-
pia, terminum probatorium esse peremptorium et nullam
ulteriorem probationem, eo elapso, esse admittendam *per
L. 36. ff. de re Jud. L. 1. de Confess.* In criminalibus enim
plene nunquam concluditur, sed solum conditionaliter,
scilicet quoad defensionem non apparentem, vid. GAIL ^{d)})
et favore defensionis reus pluribus et diversis, etiam con-
trariis exceptionibus uti, non prohibetur. *v. L. 5. et 8. ff. de
Except.* Actus conclusionis ipsi impedimento haud est,
quo minus novos testes tam super antiquis, quam novis
articulis producere possit, *vid. L. 43. ff. de R. I. et GRANTZ ^{e)}*).
Si reus capitis condemnatus post sententiam in loco
supplicii, vel alibi confessionem retractat, tunc ad sen-

A 3 tentiae

a) *l. c. concl. 14. n. 37.*

b) *L. 1. q. 39. n. 80. 83.*

c) *Tom. 2. Conf. 116. n. 6.*

d) *de P. P. L. 1. c. 18. n. 3.*

e) *in Defens. Inquis. Cap. 7. Membr.*

5. n. 205.



tentiae executionem, iudex haud procedere potest. Cum enim nemo, quam minime vero inquisitus eo quidem tempore, quo morti vicinus per confessionem conscientiam suam exonerare vult, salutis suae immemor praesumatur *L. 6. C. ad L. Jul. Repet.* Ideo iudex ex officio, de rei innocentia quaerere tenetur, *L. 19. ff. de poenis*, non quod illico fides neganti sit adhibenda, sed ut actorum fiat revisio, ac omnes circumstantiae accuratius perpendantur, an inquisiti innocentia possit demonstrari, quo sine defensione sua adhuc admittendus, vid. BRUNNEMANN^{f)}. Plerique doctorum eam ob causam novam actorum transmissionem commendant, quae sententia etiam est congrua dispositioni *art. 91. C. C. C.* Würde der beklagte auf dem endlichen Rechtstag die Mißthat leugnen, die er doch vormals ordentlicher beständiger Weise bekannt, der Richter auch aus solchem Bekäntnis in Erfahrung allerhand Umstände so viel befunden hätte, das solch leugnen von dem Beklagten allein zur Verhinderung des Rechten wird fürgenommen: so soll der Richter die zween geordneten Schöppen, so mit ihm solche Bekäntnis und verlesene Uhrgicht gehöret haben, auf ihrem Eide fragen, ob sie die verlesene Uhrgicht gehöret haben, und wenn sie Ja dazu sagen, so soll der Richter in alle wege bey den Rechts-

f) in *proc. inquis. C. 10, n. 14.*



Rechtsverständigen, oder sonst an Orten und Enden, als hernachmals angezeigt, Rath's pflegen. Interrogatio scabinorum vix est in usu, sed regulariter acta tantum transmittuntur, ut juris consulti examinent, an nec in causae meritis, nec in modo procedendi aberratum sit, et de ea re sententiam juri factoque conformem ferant, vid. KRESS^{*)}. Si tamen expressè collegia Juridica interrogantur, an si delinquens denuo revocet, nihilo minus capite plectendus sit, illaque affirmative pronunciant, revocatio nullam amplius parit dilationem, vid. CARZOV^{*)} et *Diss. Spec. celeberr. Dn. MANTZELII*^{*)}.

§. III.

Probatio innocentiae adeo est favorabilis, ut ab ea reus, etsi difficillima diuturna et sumtuosissima sit, haud excludi debeat, vid. LEYSER^{*)}. Quodsi tamen ab inquisito vel accusato probatio defensionis ob inopiam suscipi nequeat, judex ex officio pro reo laborare debet, vid. CARZOV^{*)}. Quam ob causam, si forte reus negligit vel omittit exceptiones contra testes vel dicta eorum, vel examen ipsum, adquiescere tamen in eo, judicis officio repugnat, sed ille omni sollicitudine, eas debet ex-

plo-

^{*)} in *Comm. ad Const. Carol. Crim. art. 7* de *necessaria Judicis praesentia in executione* §. 2 et 4.

^{*)} *Pract. rer. Crim. P. I. q. 126. a)* in *Med. ad ff. Spec. 600. Al. 39.*

n. 67.

^{*)} c. 1. q. 33. n. 8.





plorare, et indagare exceptiones, et quo negligentior est reus, eo magis suspectus esse debet iudex, ne forte perire festinet. *L. ult. ff. de quaest. MATHEI*^{c)}. Licet itaque reus homicidium simpliciter confiteatur, neque excipiendo defensionem necessariam alleget, et tamen ea ex praesumptionibus et indiciis quibusdam, aut etiam aliunde ex actis conjecturetur, iudex priusquam poenam decernit, de hac inquirere debet, ne innocens maneat indefensus, et graviori poena haud promerita puniatur *L. 19. ff. de poenis*.^{d)} Postulat hoc causarum criminalium qualitas, in quibus scilicet de vita et sanguine hominis agitur. Quamvis igitur iudex alias exceptiones a reo omittas supplere haud teneatur *L. un. C. quae desunt Advoc.*; longe tamen aliter res se habet eo casu, quo de inquisiti agitur defensione propter periculum sanguinis et innocentiae favorem. Quoad processum accusatorium autem in favorem delinquentis, conclusio causae omnino obtinebit, si v. g. post conclusionem in causa nova probatio ab accusatore in praedivium ipsius inquisiti petatur v. *GRANTZ*^{e)}.

^{f)} Ea, quae in *Sphis II. et III.* ex favore defensionis deducta sunt, ex ipsa processus natura eruere studet *BÖHMER*^{f)}.

Cum enim defensio vicem reprobationis subeat, et exceptionum peremptoriarum deductionem contineat, non opus esse

c) de criminibus Tit. 16. Cap. 4. n. 4.

e) in *Olferu. ad Carpzovii Pract. Rer.*

d) l. c. Cap. 7. Membr. 5. n. 213.

crim. q. 33. n. 16. *olf.* 2170.



putat, jus singulare hoc loco fingere, aut ad favorem defensionis recurrere. Si enim in civilibus, perfecta probatione, reo integrum est, ad eorum probationem, quae in litis contestatione sunt negata, se accingere, ita in criminalibus, accusatorio processu instituto, idem multo magis juris esse debere arbitrat. Cum viri celeberrimi sententia in substantialibus nostrae adductae conveniat, superfluum esse putamus, in veritatem illius pluribus inquirere.

* * In casu, si reus homicidium ab initio simpliciter fateatur, deinde vero post condemnationem vel ante eam, ubi metuit, se condemnaturum fore, adjecit qualitatem, se ad sui defensionem occidisse, tunc ad hanc exceptionem deducendam quidem admittitur, si tamen eam non potest probare, poena ordinaria, etiam si probationibus et testibus convictus haud fuerit, jure plechi statuit BERLICH ¹⁾). Rationes, cur ita procedendum, sunt a) praesumptio juris, quae ex homicidio contra reum oritur, b) poena doli seu mendacii, quoniam homicidium ab initio negavit c), praesumptio persuasionis vel mali consilii, quod reus ab aliis inductus praesumatur, ut postea ex intervallo confessioni qualitates adjecerit. Quae omnia et singula per se esse urgentissima et apertissima indicia et praesumptiones, eamque ob causam sententiam condemnatoriam ferri posse defendit MENOCHIVS ²⁾). Erroneam autem hanc sententiam esse puto, cum legibus prohibitum sit, ob sola indicia

f) in *Concl. Pract.* P. 4. *Concl.* 15. n. 24. g) *de arb. Jud. quaest. Cent. 3. conf.* 279.



et praesumptiones ferre sententiam condemnatoriam, et reum, qui non legitime confessus, vel convictus est, ad ultimum supplicium trahere, analogiae juris sit disconveniens, *vid. art. 22. C. C. C.* Es ist zu merken, das niemand auf einigerley Anzeig, Argwohn, Wahrzeichen oder Verdacht zur endlichen peinlichen Strafe soll verurtheilet werden, denn solches mus aus eigenen bekennen oder beweisen geschehen. Non quidem negandum esse arbitror, poenam extraordinariam gravio- rem, vel majorem torturae gradum ob urgentissima et apertis- sima indicia decerni posse. Cessat autem semper poena mortis, analogiae juris quam maxime disconveniens, nisi confessio vel convictio requisita legalia habens indiciorum veritatem con- firmet. Ille enim tantum condemnatur, quem vel legitima probatio, vel qualificata confessio prodit delicti autorem dolo- sum, de cujus corpore satis ex actis constat, v. ENGAV^b) et *art. 69. 22. C. C. C.*

§. IV.

Manet principium *in Spbo ima* adductum saluum, reum, defensionem necessariam allegantem, illam in utro- que processu criminali, tam inquisitorio, quam accusato- rio, probare debere, si nempe factum sive homicidium confitetur, negat autem se dolose occidisse. Quando autem instituitur processus accusatorius, et accusator libellum suum concepit ita, ut reus dolose violenter ac perfide oc- ciderit,

^b) in *Elem. Jur. Crim. Lib. 2. Tit. 22. §. 277.*





ciderit, tunc reus narrata, prouti narrantur, simpliciter negare potest. Hoc itaque in casu, si reus ita negative litem contestatur, actor non solum homicidium, sed etiam omnes qualitates annexas probare debet. Onus probandi defensionem, eo modo reus declinat, et in ipsum actorem devolvit. Qui enim in libello factum qualificatum proponit, ad utrumque se adtrinxisse censetur, scilicet ad factum et qualitatem facti *v. CARPZOV* ^{a)}). Optime itaque valet axioma generale: actorem libellum suum cum omnibus qualitatibus in eo propositis debere probare, *per Cap. ult. x. de iurejurando et BERLICH* ^{b)}). Si accusator objectionem suam ejusque qualitatem non potest probare, interea reus insultationem cum armis lethalibus ab occisore prius factam esse ostenderit: utique cum sua exceptione erit audiendus, et pro qualitate circumstantiarum ad juramentum purgatorium admittendus. Si autem accusatus libellum sine adjectis qualitatibus confecit, tunc si reus tantum negat qualitatem doli, et homicidium confitetur, praesumptionem juris contra se excitat, ideoque onus probandi ipsi recte injungitur. Quando enim quis factum confitetur, et negat qualitatem, tunc si qualitas inhaeret secundum facti naturam, vel secundum praesumptionem juris, probatio imminet neganti. Extra du-

B 2

bium

^{a)} c. l. n. 5. fol. 156.

^{b)} P. 4. Concl. 14. n. n. 2.



bium enim est, qualitatem hanc inhaerere secundum facti naturam, et esse praesumptionem juris contra accusatum, quod dolose occiderit, v. CARPZOV ^{c)}). Si enim reus, instituta contra se accusatione vel inquisitione, excipit, se quidem occidisse, sed modo defendendi causa, tunc affirmative litem contestatur, adjecta defensionis exceptione: unde idem accusator probare non tenetur, sed ob factam rei confessionem, ab eo onere liberatur. Nisi itaque reus suam probet exceptionem defensionis, illum debere condemnari, putat HAHN ad WESENBECIUM ^{d)}). Ideoque quoad defensionis probationem, ante omnia singula quaeque membra tam libelli, quam litis contestationis bene et exacte sunt ponderanda, ac post modum juxta ea, onus probandi vel accusatori, vel accusato imponendum est. Reus itaque in litis contestatione cautus esse debet, ne factum confiteatur, et tamen se dolose occidisse neget, hoc enim in casu reo probandi onus imponitur, v. BERLICH ^{e)}). Si autem accusator defensionem necessariam a reo allegatam admittit, non opus est probatione per verba *artic. 141.* und der Ankläger der nicht geständig ist, hoc est, quando exceptionem inculpaetae tutelae negat. Etenim, si ille allegatam exceptionem admittit, tunc probatio non desideratur, quippe quod per illam

^{c)} c. l. n. 5.

^{d)} Lib. 48. n. 22.

^{e)} c. l. Concl. 15. n. 10.





illam a parte adversa factam admissionem, confessio illa cum sua qualitate inculpatæ tutelæ habeatur pro vera, et ita a parte excipientis, nulla amplius requiratur probatio. Cum illud saltem desideret probationem, quod adhuc vere est dubium, vel ab adversario negatur; in manifestis siquidem et concessis, nulla amplius probatione opus erit. Si autem iudex praevaricationem subesse animadvertit, tunc ipse in veritatem delicti, præcipue hodie recepto processu inquisitorio inquirere potest, v. KRESS^f).

* Quæ in s^{pho} de processu accusatorio dicta sunt, valent etiam de processu mixto, scilicet quando iudex in processu inquisitorio accusatorem publicum, seu fiscales constituit. Licet ille a cautione solita, ad quam præstendam tenetur accusator, liberetur; tamen in eo cum accusatore convenit, ut qualitates in libello suo propositas probare debeat, in casu scilicet, quando reus factum ejusque qualitatem negat. Caveat igitur iudex, ne in processu mixto omnia fiscali committat, sed potius inspectionem revisionemque ab accusatore publico producendorum sibi reservet.

§. V.

Probanda est defensio necessaria ab allegante p. §. I. Haec probatio autem esse potest vel *vera*, vel *praesumptiva*. Dicitur autem tunc defensio *vere* probari, quan-

B 3

do

f) ad art. 142. C. C. C.



do deducitur tale factum, quo probato adparet, et ita testes deponunt, aliter non potuisse periculum evitari, *Praesumptive* autem, quando hoc, quod scilicet periculum aliter evitari posset, non articulatur, nec testes ita praecise deponunt, sed tale factum deducitur et probatur, ex quo in consequentiam et verosimiliter colligitur, periculum aliter non potuisse evitari.

§. VI.

Ad probandam defensionem necessariam, semper ea via erit eligenda, quae omnia removet atque tollit dubia. Quam ob causam iudex in probando facto, si testes haberi possunt, illorum testimonium desiderabit. Testes debent esse habiles, cum lex generaliter loquatur, ut inhabilibus testibus denegetur testimonium, et generatim in criminalibus requirantur probationes exactissimae et luce meridiano clariores *p. L. 5. ff. de poenis. L. ult. C. de probat.* hinc nec favore defensionis testes plane inhabiles, ad testimonium ferendum, sunt admittendi. Ante omnia autem separandi sunt testes inhabiles, qui in nullo casu ullam fidem faciunt, nisi forte alia iusta, integra et idonea indicia, testimonia et probationes concurrant, ab iis, qui saltem aliquam fidem pariunt in casibus, in quibus per se et ex rei natura, veritas aliter vulgo haberi nequit.



quit. Non quidem, negandum, et ex superioribus (§. III.) adductis jam adparet, defensionis favorem in jure esse magnum, modo non fit ille favor contra analogiam juris. Quam ob causam illorum doctrinas illimitatas rejiciendas esse, arbitramur, qui ad defensionem probandam sufficere putant testes quoscunque inhabiles, et de credulitate deponentes, imo quoscunque dubias, imperfectas, atque fictas probationes. Leges adductas modo de eo casu loqui tradunt, quo agitur contra sanguinem ad condemnationem. Secus ubi agitur pro sanguine ad liberationem, tunc enim pro ejus innocentia probanda sufficere, defendunt, probationes imperfectas, vid. BERLICH ^{a)}, FARINACIUS ^{b)}, CARPZOV ^{c)}, MASCARD ^{d)} aliique. Iuri igitur quam maxime convenienter distinguendum esse arbitramur inter testes, quibus nulla plane fides est tribuenda, qui super falso dicendo sunt suspecti, et quorum fides vacillat. Prioris generis sunt illi, qui rem, de qua sermo est, plane non intelligunt, qui nequeunt tempore, quo rogantur, veritatem dicere: testes enim debent reddere causam scientiae sufficientem, alias non probant, quia tunc ut pecus deponere dicuntur, v. MASCARD ^{e)}. Hinc ob defectum naturalem ad moderamen inculpatæ

tute-

a) *concl. 14. n. 24.*

b) *C. l. Q. 125.*

c) *P. l. q. 33. n. 4^o.*

d) *de probat. Vol. I. Concl. 490. n. 10. seq.*

e) *de prob. Vol. I. concl. 460. n. 5.*





tutelae probandum excluduntur infantes, impuberes, pubertati nondum proximi. Sicuti enim nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet: ita nec plus notitiae de facto; qui enim negotii gerendi circumstantias non ipse percipit, quomodo alios informabit, cujus ergo finis est impossibilis, ejus etiam remedia sunt frustranea. In rebus igitur, quae captum infantum transcendunt, testimonium eorum quoque haud attenditur §. 6. *l. de testam. ordin. l. 3. §. 5. in fin. et l. 19. §. 1. ff. de test.* Nec in numerum testium etiam in favorem defensionis erunt recipiendi coeci in re visus, surdi in re auditus. Excluduntur porro a testimonio indiscreti et fatui *l. 20. §. 3. et 4. ff. qui testam. fac. possunt*, ex eadem ratione, quod nihil intelligant *arg. l. 40. ff. de R. l.*, adeoque absentis et quiescentis loco habentur *l. 2. et 3. ff. de jure Codicillarum l. 124. ff. de R. l.* Quibus accensendi sunt memoria plane orbat, qui nullam omnino, nec multo, nec paulo ante praeteritorum memoriam conservant: cum, remota memoria, et ratio deperdatur; ex memoriae vero et rationis defectu fatuitas oritur. Cujusmodi prodigiosae oblivionis varia exempla eorum, qui omnium rerum et nominum propriorum et suimet ipsorum, morbi diritate obliti, refert STRYCK^{f)}. Nec non huc sunt referendi

f) de jure sens. Diff. 9. C. I. n. 5.



di summe ebrii, quique alias mentis perturbationibus et opinionibus perverfis reguntur, et vitam ex iis degunt, et corruptum animum gerunt. Plane ejusmodi miserabiles homines a testimonio repellendos esse existimamus, nec eorum depositionibus ulla fides est tribuenda, nulla habita ratione an pro, an contra, reum sint latae. Prudens igitur iudex, cum frustraneum esset examen, neque hoc cum iis instituet, quibus plane nulla fides est tribuenda, modo sit certe de impossibilitate ob defectum naturalem testium convictus, quod veritas in praesenti casu per eos haud possit erui. Si autem dubii quid manet, in defectum naturalem per artis peritos sedulo inquirat, ut certior fiat, in quantum testimonio ejusmodi testium adductorum, sit fides tribuenda.

* Coecis annumerandos esse arbitror de visu nocturno deponentes, nisi splendorem lunae, aut accensas lampades et quod ex loco vicino seu propinquo viderint, docere possint. Est enim contra naturam visus in obscuro cernere, quippe qui nisi per medium legitimum vires suas non exserit, et sic facillime decipitur, vid. *STRYCK* ^{a)}, adeo, ut si nox obscura sit et tenebrosa, hi testes de visu nocturno non tantum non probent, sed et falsi sunt suspecti, vid. *MENOCIVS* ^{b)}. Dicant bini enim, quod noverint oportet, *Nov. 123. Cap. 7.*, non autem no-

c) *de jure sens. Diff. 1. C. 4. n. 37.*

b) *de A. I. Q. L. 2. Cas. 297. n. 3. et seq.*





verunt certo, nisi quae sensibus perceperunt, per rationem vulgarem, quod nihil sit in intellectu, nisi quod prius fuerit in sensu, vid. MASCARDVS ¹). Eam ob causam quoque testes sunt rejiciendi, qui respondent ex auditu alieno, non proprio, v. artic. 65. C. C. C., die Zeugen sollen sagen von ihrem selbst eigenen wahren wissen mit Anzeigung ihres wissens gründlicher Ursach: so sie aber von fremden hören sagen werden, das soll nicht genugsam geachtet werden.

§. VII.

Aliud autem dicendum erit de testibus, qui super falso dicendo sunt suspecti, et quorum fides vacillat, v. c. consanguinei, domestici, inimici capitales, criminosi, infamia juris laborantes, falsarii, testes in propria causa, quorum commodum vel incommodum in testimonio versari praesumitur, pecunia corrupti, falsarii, qui testimonium ferendo laedunt reverentiam, et sigillum confessionis frangunt. Testes, qui super falso dicendo sunt suspecti, non ad defensionem necessariam probandam erunt admittendi, nisi veritas aliter non haberi queat, et hoc suadeant circumstantiae. Pro harum igitur varietate testibus suspectis in probanda rei innocentia aliqua fides interdum est habenda, interdum deneganda. Recipiuntur inde testes secundum quid inhabiles pro defensione, non ut plene probent, sed ut

¹) Vol. 1. concl. 5. n. 27. et Vol. 3. concl. 1361. n. 1.





deinde inspecta facti et personarum qualitate, iudicis arbitrio relinquatur, quanta fides sit eis adhibenda, vid. **GVAZZINI** *). Si itaque aliae praesumptiones pro reo concurrunt cum depositionibus testium suspectorum, quoque hae conjunctim plenam interdum defensionis necessariae probationem efficiunt, interdum minus plenam. Prudentiae iudicis manet relictum, sufficientiam probationis ponderandi, in ejusque defectu, vel juramentum purgatorium, vel alia veritatis eruendae remedia decernendi. Sic apud *Leyserum Spec. 283. Med. 30.* invenimus exemplum in causa homicidii, homicidae famulum, qui solus praesens fuerat, dominumque excusabat, cum nullae aliae probationes suppeterent, testem admissum esse, ejusque testimonio jusjurandum purgatorium esse decretum.

§. VIII.

Ad innocentiae probationem plenam regulariter duo testes fide digni requiruntur per *L. 12. D. de testibus*. Praeterea, licet alias duobus testibus affirmantibus magis credatur, quam mille negantibus, vid. **BEVSTIVS** *); tamen in materia defensionis duobus testibus super negativa deponentibus, plus creditur, quam duobus affirmantibus, vid. **GAIL** *). Semper itaque, si testes in pari

C 2

nu-

a) *Defens. 29. C. 3. §. 96.* b) *de P. P. L. C. 16. n. 32. p. 67. et Carpzov a) ad L. 31. ff. de jurej. n. 468.* c) *l. P. I. 7. 33. n. 43. fol. 196.*



numero sunt, magis creditur testibus pro defensione, quam contra defensionem. Quam ob causam vult MENOCHIVS^{e)}, quod magis credatur testibus deponentibus de delicto non commisso, quam de commisso; ratio, quam allegat, est, quia deponentes de non delicto attestari dicuntur de eo, quod naturae est consentaneum, quae praesumit hominem non delinquere. Innocentia adeo est favorabilis, ut sufficiat dictum unius testis, qui deponit, vulnus non fuisse lethale, aut reum eo tempore, quo delictum dicitur perpetratum, alibi fuisse, vid. ZANGER^{d)}. Imo simpliciter unum testem, scilicet omni exceptione majorem, defensionem probare, defendit MASCARD^{e)}. Hinc dicunt Doctores, quod per unum testem probetur aggressio vel provocatio, et per unum testem quis excusetur a poena, vid. FARINACIVS^{f)}. Imo volunt aliqui, ut sit vera ista opinio, etiamsi accusator plene probaverit delictum, adhuc si unus testis probet defensionem, inquisitus liberetur a poena, et debeat absolvi, et iudex, quando habet unum testem pro defensione, ex suo officio post publicatas attestaciones reneatur, plenam quaerere probationem, vid. GVAZZINI^{g)}. Porro in hac materia creditur vulnerato excusanti vulnerantem

e) de praesumptionibus Cas. 526. n. e) de probat. Concl. 491.

f) Consil. 9. no 42.

d) de tortura C. 2. n. 43. g) l. c. Defens. 29. n. 22.



rantem in mortis periculo, ita ut contra accusatum vel inquisitum non possit ad torturam procedi, vid. BERLICH ^{b)}). Est enim fides haec sine dubio maxima, siquidem ad excusandum reum tendit, *L. 2. ff. de Scto Silanio*. Longe autem minor fides habetur, quando testimonium moribundi contra reum latum est, vid. *Art. 25. C. C.* Zum sechsten, so ein verletzter, oder beschädigter aus etlichen Uhrsachen jemanden der Mißethat selbst zeihet, darauf stirbet, oder bey seinem Eyde betheuret. Ait constitutio, aus etlichen Uhrsachen der Mißethat selbst zeihet. Ex quo satis est perspicuum, solam illam attestationem, nihil quicquam facere, nisi et justas causas allegaverit offensus, aut iudici aliunde de iis constare possit, ut in *art. 27. C. C.* explicatur, inimicitiam puta, minas, praeparationem armorum et similes, quae, juncta attestatione offensi, iudicium demum facere, diserte probat *art. 27. C. C.* Neque itaque moribundi testimonium aliter attenditur, quam si aliis argumentis fulciatur, *L. 3. §. 1. ff. de Scto Silanio et LEYSER* ^{c)}). Etsi quis dicat praesumptionem esse contra homicidam, quod alterum dolo occiderit: tamen respondendum, quod ejusmodi praesumptio per probationem praesumptivam in contrarium elidi et tolli possit. Quin imo in dubio praesumptio est pro insul-

C 3

rato,

^{b)} *l. c. concl. 24. n. 27.* ^{c)} *Spec. 144. M. §. 6. 7.*





tato, quod alterum ad sui defensionem occiderit, et moderamen inculptae tutelae non excefferit, multo minus homicidium dolose commiserit, vid. CLASEN ⁴⁾). Tunc vero effatum interfecti nullius plane ponderis est; quando is hoc edidit dum de morte adhuc non cogitavit, sed vel injuriam sibi per vulnus, quod mortiferum esse nescivit, illatum persequi, vel se ipsum apud judicem, in rixam et pugnam inquirentem, excusare, ac a poena liberare voluit, vid. LEYSER ⁵⁾).

§. IX.

Probanda est defensio et quidem necessaria, (vid. §phus I.), secundum omnia ejus requisita, videlicet *causam, modum et tempus*. Adeoque alleganti inculptam tutelam, duo conjunctim probanda incumbunt: *unum* se primo insultatum seu provocatum fuisse: *alterum* legitimam, hoc est, necessariam atque adeo moderatam se fecisse defensionem, omniaque moderaminis inculptae tutelae observasse, vid. CARPZOV ⁶⁾). Haec requisita, cum *in artic.* 139. 140. 142. 150. sint fundata, erunt per testes conjunctim probanda. Vocabulum enim *Nothwehr*, haec omnia includere videtur; accedit, quod secundum *artic.* 140. difertis verbis requiratur, quod occisus fuerit aggressor injustus,

k) ad *artic.* 141. C. C. C. l) *Spec.* 660. M. 44. a) *Pr. Crim.* P. I. 1. 33. n. 17.





injustus, vis fuerit praesens, lenius remedium non adfuerit contra invasorem, quam internecio, occidens non dederit causam occiso in praesenti ad offensionem. Vera itaque statuit KRESS ^{b)}, pro plenissima occisoris excusatione et exemptione a poena criminali civilique, atque a solutione expensarum, non sufficere invasionem solum demonstrasse, nisi defectus commodi discessus probatio accedat. Neque enim quaelibet invasio ad defensionem necessariam exercendam sufficit, sed insuper requiritur, ut invasus propterea in periculo vitae sit constitutus, item, ut in continenti vim propulset, *vid. Diff. nostra de homicidio permissio* §. 5. In memorato enim articulo 140. definitur inculpata tutela ex omni parte perfecta, eine rechte, et in art. 142. additur, eine gänzlich entschuldigte Noth und Gegenwehr. Nihil omnium deesse oportet, ut tutela inculpata dici queat. Qui in aliquo peccavit, limites inculpatae tutelae excessit, atque poenas luit. Coniungendus est cum art. 140. art. 142. C. C. in fine, atque excessus inculpatae tutelae a moderatione inculpatae tutelae distinguendus.

* Excessus autem inculpatae tutelae, est culposa quaedam aberratio a legibus et requisitis istis, quibus moderamen tutelae circumscriptam est, *vid. CLASEN* ^{c)}. Dicitur culposa, quoniam

^{b)} ad art. 143. n. 3.

^{c)} ad art. 142. §. 4.



quoniam hic non dolus, qui ad vindictam tendit, sed culpa saltem defensoris attenditur, utpote, qui in defensione sua salutis contra insultantem, culpam quandam committit, quatenus is se intra inculpatae tutelae limites non continet, sed latius egreditur, et insultantem, cui parcere poterat, interfecit. Aliud etiam est *moderamen defensionis*, aliud *moderamen inculpatae defensionis*: ita et maxime differunt *excessus defensionis*, et *excessus inculpatae defensionis*. Alter neque offensivam veram, neque aliquam defensionem: alter vero aliquam defensionem praesupponit. Manet axioma, quoties quis excessit defensionem, toties ordinarie, quoties autem quis excessit inculpatae defensionem, toties arbitrarie punitur, vid. BERGER ^{d)}. Excessus moderaminis inculpatae tutelae tantummodo ratione *modi, loci atque temporis* committitur. Prius fit, quando ex insultatione, periculum mortis non imminet, vel etiam defensio offensioni non est proportionata, sed eadem durior vel atrocior. Posterius autem accidit, cum re-percussio et per eam occisio non fit, durante adhuc offensione, et imminente periculo, in ipso congressu, concertatione et pugna flagrante, sed ex intervallo, postquam enim pugna est sedata, et irvasus ad alios descendit actus. Excessus ratione causae dicitur, quando vel nulla vel saltem non legitima et sufficiens offensio praecessit. Priori in casu potius est vindicta, quam species defensionis. Supponit *art. 140. 141. 142. Anfechten, schlagen, benöthigen, überlauffen*. Ubi sitaque

^{d)} in *Electis Jurisprudentiae criminalis p. 101.*



non est offensio, ibi non datur defensio. Quicumque igitur accesserunt conflictum, animo alterum laedendi, illi saltem habuerunt animum occidendi indirectum, qui aequalem eum animo occidendi directo producit effectum *vid. Diss. nostra de homicidio permisso §. II.* Posteriori autem in casu, quando offensio quidem praecessit, sed non violenta, ob quam quis in discrimen vitae fuerit adductus, manet plerumque culpa et pro gradu affectuum statusque personae offensoris et offensi, major vel minor.

§. X.

Ad rarissima exempla pertinet inculpatam tutelam ex omni parte perfectam, prouti recte asserit LEYSER *), qui inter mille caedis reos moderatione inculpatae tutelae se excusantes, vix quatuor, aut quinque plenam absolutionem secundum *art. 139. et 140. C. C. C.* impetrasse recordatur. Multi enim sunt capitis damnati, plerique extra ordinem puniti, virgis nempe caesi, relegati, vinculis coerciti, pecunia mulctati. Atque tamen nullus eorum fuit, qui non aliquam *articuli 140.* partem ad factum suum trahere jure videretur. Inter reliqua defensionis necessariae requisita (*in Spbo praec. adducta*), eminent iniqua offensio. Sunt enim, qui putant, sufficere probasse injustam offensionem, reliqua praesumi vel certe

*) *Spec. Cos. Med. 34.*



certe accusatoris aut iudicis esse, ut v. c. commoditatem discessus probet, non rei, ut hic incommoditatem demonstret *per artic. 142. C. C. die Nothwehr ist auf die rödlische Anfechtung gegründet.* Sed alii respondent, verbum *gegründet*, innuere tantum fundamentum praecipuum, primamque defensionis originem, quod nempe defensio ratione primi sui principii fundetur in invasione injusta; nec sine hoc fundamento concipi possit. Rationes porro sunt, cur offensione probata, reliqua moderaminis inculpatae tutelae requisita sint praesumenda, quia a) necessitas excludit praesumptionem doli, et aliquis subinde praesumitur in periculo vitae constitutus, quod armata manu, gladio evaginato, aut alio quodam telo lethali ab altero injuste insultetur, quippe quod et terror aliquem in vitae discrimen abducat v. L. 3. §. 5. ff. de vi et vi armata., GAIL^{b)} et CARPZOV^{c)} b) provocato iura admodum favent, vid. GRAEVEVS^{d)}, c) cum aggressor det operam rei illicitae, et lacesitus rei licitae favore defensionis praesumitur, quod in continenti et cum moderamine percusserit, et excusetur a poena tam ordinaria, quam extraordinaria, vid. GVAZZINI^{e)}, FARINACIUS^{f)}. Alii d) *ex artic. 142.* sententiam addu-

Etam

^{b)} c. l. L. 2. obs. 110. n. 11. et 13. p. d) L. 2. Concl. 110. n. 53. fol. 310.

504. 505.

^{e)} Defens. 19. n. 21.

^{f)} Pr. Crim. P. 2. q. 29. n. 3. 4. fol. 156. f) c. l. q. 125. n. 58.



Etiam defendunt, et quidem ex verbis: So der Tod-
schläger bewiese, das er von dem Entleibten mit einem
tödlichen Wehr erstlich angefochten worden wäre, so
ist die Nothwehr durch den verklagten Todschläger
ausgeföhret, und soll doch gemeldete Kundschaft bey-
der Theil mit einander zugelassen und bestellet wer-
den. In dubio itaque homicidium ad defensionem,
non ad vindictam factum esse censent, et probato
insultu sive aggressu, satis habent probatam defensionem
necessariam, licet isthaec qualitas de necessitate defensionis
non fuerit probata, quoniam illam huic probationi
inesse putant, vid. DAMHOVDER ^a), WESENBECIUS ^b).
Quam sententiam autem haud fundatam esse arbitramur.
Vult enim Imperator *artic. 142. C.C.C.* ut testes, si ab utraque
parte produci possunt, audiantur et examinentur, et ita
utriusque tam accusatoris, quam accusati testimonia pari-
ter admittantur, idque ideo, ut in facti ipsius veritatem,
diligens instituat inquisitio. Quae eo magis desidera-
tur, ut iudex certior fiat, num etiam reliqua defensionis
necessariae requisita observata fuerint. Certe igitur
solo insultu seu aggressione probata, necessaria defensio,
qualis ea esse debet, secundum omnia requisita ad hoc, ut
occisor ab omni poena immunis sit, non statim probata

D 2

erit

^a) Pr. crim. C. 76. n. 5. fol. 70.

^b) Vol. 6. Conf. 22. n. 88. fol. 94.



erit. Non enim haec requisita moderaminis inculpatae tutelae invicem adeo connexa sunt, ut posito uno statim et alterum poni necesse sit.

* Si invasio injusta non poterit probari, sed potius constat, allegantem defensionem necessariam, fuisse aggressorem, tunc reus cum exceptione moderaminis inculpatae tutelae non erit audiendus, nisi justam summamque iram allegare possit, vel in statu affectuum summo contra voluntatem constitutus, deliquerit *vid. Diff. nostra §. 4.* Deficiente igitur invasione sive offensione, quamvis intersector vitae periculum aliter, quam nece adversarii avertere non potuerit, ultimum supplicium effugere nequit, *vid. Diff. nostra §. II. et LEYSER¹⁾.* Quicumque enim animo occidendi deliberato, vel saltem armis lethiferis, alterum sponte aggreditur, licet in periculo maximo fuerit, et salutis suae aliter consulere non potuerit, ad excessum provocare nequit, *vid. BOEHMER²⁾.* Cum enim principale moderaminis inculpatae tutelae fundamentum sit injusta atque improvvisa aggressio, (*per Sphum praec.*) apparet, quod si illa non adfuerit, licet interficiens in praesenti periculo, quod non alio modo, quam alterius nece propellere potuit, constitutus fuerit, doloso homicidae aequiparetur, *vid. KOCH³⁾.*

§. XI.

Si invasio quidem injusta per testes fuit probata, sed reliqua

¹⁾ *Spec. cit. M. 34.*

²⁾ *in Inst. jur. crim. L. 2. §. 28.*

³⁾ *in Elem. Jurispr. Crim. Sect. 2. C. 16. §. 223. §. 452.*



reliqua moderaminis inculpatae tutelae requisita nequeant probari, sive replicatur, quod reus quidem injuste invasus fuerit, interim vel ratione modi, vel ratione temporis defensionis excefferit fines, quomodo ejusmodi excessus, si probari potest, erit puniendus? Determinata quidem haec esse videntur *in artic. 142. C. C. C.* So einer der ersten Benöthigung halb redliche Uhrfach zur Nothwehr gehabt und doch in der That nicht alle Umstände, die zu einer ganz entschuldigten Nothwehr gehören, gehalten hat, ist Noth gar eben zu ermessen, wie viel oder wenig der Thäter zur That Uhrfache gehabt habe, und das fürter die Straff an Leib oder Leben, oder aber zur Busse und Besserung erkannt werde: Sed dandum in hoc casu aliquid imbecillitati humanae, recte statuit LEYSER ^{a)} et multi alii doctores, vid. KRESS ^{b)} BERLICH ^{c)}. Invasione injusta probata propter caeterorum requisitorum excessum in poena extraordinaria subsistunt, ita ut testante BERGERO ^{d)} ob defensionis excessum dolosum ad poenam gladii deveniri nequeat, eo scilicet casu, quando occidens defensionis modum quidem excessit, sed sine proposito occidendi, vel sicubi iusta fuerit vindicta. Neque ordinaria gladii poena illum plerendum esse tradunt doctores, qui fugam, cum commode

D 3

potu-

^{a)} *Spec. cit. Med. 14.*^{c)} *c. l. Concl. 15. n. 43.*^{b)} *ad artic. 143. §. I.*^{d)} *in Elecl. Jurispr. Crim. P. 2. Obs. 120.*



potuerit, non arripuerit, sed aggressorem occiderit, quia poena legis Corneliae locum non habet, nisi in homicidio dolo. *L. 1. §. 3. L. 7. 14. et penult. ff. ad L. Cornel. de Sicariis.* In delictis excusandis non finis, sed principium attenditur *per L. 23. §. 4. ad L. Jul. de adulter.* atque ob justum dolorem, quo invasus ad occidendum commotus, mitius merito puniendus *L. fin. ff. ad L. Corn. de sicar.* imo tunc simul habita ratione personae honoratae, vel vilis, vid. MAEVIVS ^{e)}, TIRAQUEL ^{f)}, GRANZ ^{g)} et CARPZOV ^{h)} qui n. 67. refert exemplum, quod nobilis, qui equo insidens et ab ignobili insultatus, non arripiens fugam, qua bene sibi consulere potuisset, aggressorem occiderat, ad solutionem wergeldi agnatis occisi, summae mulctae judici, ut et expensarum fuerit condemnatus ob excessum commissum. Multi tamen doctorum in dictanda poena extraordinaria hanc observant normam, scilicet poenam fustigationis vel emitio-rem ob excessum defensionis necessariae ratione temporis commissi decernunt, quando nempe vulneratus ob nimium dolorem exinde contractum brevi ac medio intervallo, ut scilicet horae unius, vel horae dimidiae iracundia adhuc durante, aggressorem occidit, vid.

e) P. 7. Dec. 342.

f) de poen. temp. C. I. n. 6.

g) in Defens. Inquisit. Cap. 6. m. 11. Sect.

II. artic. IX. n. 384.

h) Pr. Crim. q. 30. n. 64.



CARPZOV ^{d)}, BERGER ^{e)}). Alios reos homicidas ob excessum in inculcata tutela commissum, siquidem hic jurata testium depositione removeri nequeat, carcere puniri et ad Wergeldum solvendum, adhuc hodie teneri statuunt, modo sit probata injusta ac improvisa aggressio, vid. BERGER ^{f)}. Sed vera defendit KRESS ^{m)}, quod secundum judicis arbitrium, omnes reliqui excessus coerceri debeant. Animi enim perturbatio, consilii expers ad accuratam proportionatae defensionis perperensionem dimicantes ineptos reddit, vid. BEIER ⁿ⁾. Ideo ex arbitrio prudentum, postquam illi omnes facti circumstantias accurate examinarunt, aestimandum erit, in quantum insultatus moderamen inculpatae tutelae excesserit, aut quatenus ille peccaverit, an excessus sit talis, ut plane ad inculpatam tutelam trahi nequeat, vel ita comparatus, ut propterea culpam quandam contraxerit; quibus omnibus perperensis judicabunt, qua poena tandem reus sit afficiendus. Quandoquidem hujus rei definitio adeo est difficilis, ut, quia magis est facti, quam juris nulla constitutione certa, neque etiam doctorum traditione exacte possit definiri, vid. VOLTZIVS ^{o)}. Pro nor-

ma

d) Pr. Crim. q. 30. n. 45. 47. q. 31. n. 27. m) ad artic. 142. §. 4.

30. q. 147. n. 56.

n) ad artic. 143. C. C. Pof. 8.

e) c. l. obsf. 118.

o) ad L. Cornel. de sicar. C. 7. n. 129.

f) c. l. obsf. 119.

p. 752.



ma iudicij praescribitur *in artic. 142. C. C. C.* gar eben zu
ermessen, wie viel oder wenig der Thäter zur That
Uhrfache gehabt, et hinc pro ratione circumstantiarum
modo gravior, modo levior poena erit dictanda, cum
universalis in istis distinctis casibus concipi haud possit
observantia. Casuum differentias et inde subsequitur
poenas convenientes, vulgus concipere nequit, inde et-
iam ab imperatore raliū explicatio omittitur, et pruden-
tum consilio relinquitur.

* Per verba citata Const. Carol. Crim. zur *Busse und
Besserung*, semper intelligi poenam pecuniariam, quae scilicet
irrogatur, quando levis in moderamine inculpatae tutelae ex-
cessus adest, statuit LUDOVICI ^{p)}). Cum autem in legibus
germanicis antiquis, terminus *emenda die Busse*, satisfactionem
accusatori praestandam denotet *vid. I. P. S. I. 53. III. 32. 53. Suvv.*
p. 83. 320. 484. 486. Constitutio carolina criminalis quoque
ad mores germanicos antiquos quam maxime respiciens, non
respici videtur per verba allegata ad multam iudicij praestan-
dam, sed potius ad restitutionem laesionis privatis debitam.
Licet non negandum, vocabulis multae et emendae hodie pro-
miscue nos uti, *vid ENGAV ^{q)}*.

§. XII.

Invasio autem periculosa et arma lethifera sunt prae-
cipua fundamenta defensionis necessariae. In delictis
enim

p) *ad artic. 142. C. C. C.*

q) *in Elem. Jur. Crim. Lib. I. Tit. 6. §. 92.*



enim excusandis principium, non finis attenditur *per L. 23. §. 4. ff. ad L. Jul. de Adult.* non quidem adeo, ut reliqua requisita moderaminis inculpatae tutelae praesumantur, sive reus statim probato solo insultu armis lethiferis facto, absolvendus sit, (*vid. §. X.*) Rationes doctorum, quae in illa §pho sunt allegatae, probare puto, quod ad invasionem injustam potissimum judici respicere incumbat, non quidem ita, ut alia moderaminis inculpatae tutelae requisita excludantur. Hinc, si invasio periculosa et injusta, armaque letifera testibus probari possunt, circa discessum commodum autem, vel in genere circa quaestionem, utrum aliud expediendae salutis remedium in promptu fuerit, testes deficiunt, sive quod tenebrae obstitierint, sive quod colluctatio longius usque in locum solitarium protracta, ut nemo de momento vulneris illati quidquam certi deponere queat: tunc probationem ultimae circumstantiae supplebit juramentum, reoque ad plenam perficiendam probationem proderit. Talis enim probatio periculosae aggressionis plena, semiplenam veri moderaminis probationem continet, de qua, si constat, juramento decisorio res definienda erit, quod juramentum pro suppletorio, non purgatorio erit habendum secundum ea, quae habet BOEHMER ad CARPZOV *). Si reus
jurare

*) *Pr. crim. q. 33. Olf. **

E

333. que dicitur bo





jurare non vult, poenam ordinariam et corporis afflictivam nihilo minus cessare putat KRESS^{b)}, et poenam manere extraordinariam defendit. Quoad priorem sententiam celeberrimi BOEHMERI in eo dissentio, ut simpliciter juramentum purgatorium in allegato casu, haud admitterem, sed semper ad vitam rei ante actam, et num ideo de perjurio sit suspectus, respiciendum esse putarem. Si ob vitam bene ante actam praesumptio pro reo pugnaret, assentiendum esse BOEHMERO, et purgatorium juramentum locum habere debere arbitror. Si vero eandem ob causam et ob vitam male ante actam praesumptio contra reum caderet, tunc territionem vel realem, vel verbalem, pro aliis concurrentibus circumstantiis, invenire locum existimarem. Quoad posteriorem sententiam KRESSII, quoque ab eo recedo. Ille enim, qui jurare non vult, quod etiam reliqua moderaminis inculpatae tutelae requisita observarit, tacite concedit, quod limites excesserit. Poena igitur quidem ordinaria cessat, cum, testantibus doctoribus *in Spbo praec.* citatis, haec neque ob excessum dolosum, probato insultu injusto, infligi queat. Omnino tamen manet poena extraordinaria, quae corporis afflictiva esse potest secundum qualitatem personae rei, aliarumque circumstantiarum irroganda.

CHERTH

b) *ad artic. 143. C. C. C.*

Instap.





* Injustam invasionem defensionis necessariae principale fundamentum esse, legibus convenienter statuimus, eaque probata, reliqua moderaminis inculpatae tutelae non quidem praesumuntur. Attamen iudex, ad reliqua moderaminis inculpatae tutelae requisita probanda, torturam decernere nequit, sed potius in dictanda territione vel juramento purgatorio subsistere debet (*p. §. praec.*). Illa autem exceptio non relevat eum, si occisus aggressor insultandi et vim inferendi mortemque intentandi causam legibus probatam pro se habuerit, ut si fur deprehensus, quo vitam libertatemve tueatur, deprehendentem obruncat, vel adulter in flagranti delicto carnis patrem vel maritum necat, *vid. artic. 142. C. C. et diff. nostra §. XI.*

§. XIII.

Auctor tamen rixae nunquam allegare potest exceptionem moderaminis inculpatae tutelae. Cardo itaque totius defensionis necessariae, consistit in probatione principii, quis initio rei illicitae operam dederit. Qui igitur primo provocavit ad verba injuriosa, et postea ponitur rixando in discrimine vitae, uti nequit beneficio defensionis, occidendo adversarium, cum non occidisse dicatur ad necessariam sui defensionem, cum ipse causa mali fuerit, *vid. GVAZZINI* ^{a)}. Qui enim a principio et ex proposito operam rei illicitae dedit, non solum punitur de eo, in quo ex proposito deliquit, sed etiam de eo, in quo deliquit

E 2

a) *Defens.* 29. n. 34.



deliquit praeter intentionem, etiamsi delinquat deinde calore iracundiae, quia debuit considerare id, quod accidere poterat. Et sic auctor rixae vel aggressor non potest deinde se tueri, et allegare, fecisse ad suam defensionem, quia si excedit in se defendendo, punitur poena ordinaria, cum in auctore rixae excessus poena maneat ordinaria, vid. FARINACIVS ^{b)}, GVAZZINI ^{c)}, GAIL ^{d)}. Non autem incipere dicitur is, qui provocatus ad iram aliquid fecit, sed potius ille culpa princeps est, a quo malitia incipit, vid. L. 4. C. de Serv. fugit. L. 20. C. de furt. Provocans igitur et insultum primum faciens non fuit in terminis defensionis, dum ipse provocatione sua adversarium irritavit. Internecio itaque ab auctore rixae facta, non defensio, sed potius vindicta censeri debet, quae veniam non meretur. Lex enim haud praesumit, eum in periculo vitae constitutum esse, qui sua sponte et culpa propria, caput suum obicit periculo, L. 11. ff. ad L. Aquil. L. 151. de R. I. Interim tamen iudicis est, qualitatem injuriae illatae sub examen vocare, et inquirere, utrum gravis et tanta fuerit, quae alterum facile ad pugnam provocare potest, sive ob justum dolorem, sive ob verisimilem aggressionem realem; an levior, quae ab homine prudente insuper haberi solet, aut ex qua notabile

^{b)} q. 125. n. 118.

^{c)} c. 1.

^{d)} de P. P. Lib. 1. Cap. 16. n. 17.



bile periculum non metuendum. Illo casu pro pugnae auctore et contra laceffentem pronuntiandum. Hoc autem in casu favor defensionis laceffentem si non in totum, saltem comitabitur in tantum, nihil autem est; quod ei, qui citra sufficientem rationem, alterum armis, aut pugna adoritur, suffragetur, vid. BOEHMER ad CARPZOVIUM *). Examinentur tamen verba factaque, num etiam per se sint injuriosa, et haud negligatur actuum differentia in rixae discrepantia. Si enim inter primum insultum et subsecutum homicidium notabile intervallum intercessit, vel ille sedatus mox verberibus de novo colluctatio oritur, auctor ex ultimo, non primo erit cognoscendus, vid. LEYSER †). Sin colluctatio magis ad unum eumque continuatum ac protractum actum redit, ita ut omnis conatus cum prima offensione se ut effectus et causa habeat, nihil est, quod primum excuset offensorem, vid. CARPZOV ‡).

§. XIV.

Si testes defunt, reus non mox, rejecta defensionis exceptione, condemnandus, cum his non obstantibus, vera esse possit allegatio, quod etiam profitetur Imperator, speciem *art. 144. C. C.* proferens, verbisque, so wäre doch möglich, innuens defensionem. Multi quidem reum, de-

E 3

fen-

*) §. 29. Obs. 3.

†) Spec. 600. med. 20.

‡) Pr. Crim. Q. 31.



fensionis necessariae; exceptionem allegantem, sed illam
 testibus haud probantem, condemnari debere statuunt;
 alii puram absolutionem simpliciter defendunt; alii reum
 torturae subjiciunt. Illi, qui reum condemnari volunt,
 putant, quod hoc in casu confessio rei pro parte, qua ho-
 micidium confitetur, acceptari, pro ea vero parte, qua
 defensionem allegat, eam vero probare non possit, rejici,
 et ita reus condemnari possit. Statuunt doctores princi-
 pium adductum, quia maxima ex parte ejusmodi con-
 fessio esset pro reo, sed confessio pro se facta, non valeat.
 Excipiens enim debeat probare, dum praesumptio ad-
 versus eum cadat. Quia omne contra naturam factum,
 praesumitur dolose perpetratum et poena ordinaria dig-
 num, nisi probetur contrarium, *vid. DD. apud BER-
 LIH^a*); alii reo quidem non poenam legis Corneliae or-
 dinariam, sed aliam mitiorem pro arbitrio judicis infli-
 gendam esse statuunt, *vid. MENOCH. ^b*). Cum autem
 nemo ex praesumptionibus, suspicionibus, et indicis so-
 lis capitis damnandus sit, sed vel ex propria confessione,
 vel ex sufficienti sive plenissima probatione *per artic. 22.
 C. C. vid. etiam Diss. nostra^c*); igitur iudex, qui ejusmodi non
 obtinuit

a) *Concl. 15. citati.*

b) *de Arb. Jud. Quaest. Cent. 1 Cas. 93.
 n. 37. 38.*

c) *Diss. inaug. hab. sub praesidio illustr.*

*Mantzelii fautoris atque olim Prac-
 ceptoris omni pietate colendi, utrum
 unus testis torturae locum faciat §. IV.*



obtinuit probationem, et praeter indicia sola nihil habet, atrocius quidquam ne statuat, cavebit, vid. MYSING *). Manet igitur principium saluum et iustitiae regulis quam maxime conveniens, quod si utraque probatio deficiat, et allegata defensio nec testibus, nec praesumptionibus probari possit, reus vero nihilominus in defensionis necessariae exceptione perseveret, ne tunc quidem poena ordinaria sit decernenda, vid. CARPZOV *).

* Rationes quorundam doctorum, ob quas torturam admittere nolunt, sed potius sententiam condemnatoriam ferri debere defendunt, sunt adhuc a) quia effectus torturae est ad hoc, ut reus confiteatur, illud de quo quaeritur, sed iste reus confitetur absque tortura, b) quia leges, quae volunt aliquem ex indiciis et praesumptionibus torturae subijci, locum habent tantum in indiciis et praesumptionibus facti, non autem in praesumptionibus juris, c) quia si reus tortus persistit in sua exceptione allegata, omnia indicia, quae contra reum erant, purgantur, ita ut reus absolvatur, hinc in potestate iudicis esset, reum per indirectum liberare, d) quia nemo de eodem delicto duplici poena puniendus, sed si reus torturae subijceretur, sequeretur, ut iste reus pro homicidio duplici affligeretur poena, scilicet torturae et capitis. Nihil autem movet *prima* ratio, quia potius retorqueri potest, cum enim reus non interrogetur, an homicidium ad sui defensionem perpetraverit, sed simpliciter an homicidi-

*) P. 5. obs. 12.

*) Pr. Crim. q. 23. n. 66.



micidium, prouti inventum est dolose, et ita etiam, an dolose hoc commiserit, is vero qualificate respondet, merito, ut simpliciter ad interrogationem respondeat, torturae subjici potest. Ad *secundum* negatur, quod tortura saltem ex indiciis facti, non etiam juris decernatur, vid. BERLICH *f*). Nec *tertia* movet ratio, quia si ea subsistere deberet, sequeretur, ut tortura in nullo casu decerni posset, quoniam semper periculum esset, ut reus in negatione sua persisteret, et ita omnia indicia purgaret et absolveretur. Nec *quarta* valet ratio, si quidem reus hic de uno delicto, non duplici poena punitur, quoniam reus torturae subjicitur propter suam confessionem qualificatam, poena capitis vero punitur propter homicidium commissum.

§. XV.

Eorum sententiam quoque haud fundatam esse arbitrator, qui caedis reum, testibus deficientibus, nulla defensionis necessariae exceptionis ratione habita, simpliciter tormentis subjiciunt. Principium eorum est, quia ubicunque indubitata sunt indicia et a lege approbata, tunc tortura locum habeat. Sed contra reum homicidium confitentem talia adsunt indicia, et contra eum legis praesumptio militat. Deinde, si simplici assertioni rei, accusati standum esset, illa facile poenam homicidii eludi posse,

f) c. l. n. 49.



posse, vid. BERLICH ^{a)}, ZANGER ^{b)}. Sed errant, qui torturam simpliciter defendunt, et praesumptiones pro reo excludunt. Remedia enim violenta veritatis eruendae modo ex praesumptionibus proximis seu rarissime fallentibus locum haberi possunt, quae constituunt probationem semiplena majorem, vid. ENGAV ^{c)}. Ad torturam tantummodo confugere licebit, si admodum fortiora indicia pro occisi innocentia pugnant, (vid. *infra* §. XXI.) Si autem utrinque aequalia erunt, et pro reo aliqua conjecturae adsunt, ex quibus qualitas confessioni adjecta, defensio videlicet, aliquo modo potest colligi, tunc is arbitrarie potius ob homicidium commissum est puniendus, quam post torturam plene absolvendus, quod recte statuit CARPZOV ^{d)}. Non fundatam illam sententiam esse arbitramur, quam profert BOEHMER ^{e)}, quod si indicia pro reo et occiso aequalia essent, tamen aequilibrium per necem confessione firmatum semper supprimi, ita ut solus torturae gradus utrumque casum distinguat, et ibi duriores, hic leviores cruciatus locum habeant. Sed hanc materiam (*infra* §. XX.) pluribus investigabimus.

* Qui

a) P. 4. Concl. 15. n. 28. fol. 122.

d) Pr. Crim. q. 33. n. 73.

b) de tortura Cap. 2. n. 157. p. 817.

e) in observ. ad cit. quaest. Carpz.

c) c. 1. L. 2. §. 242.

n. 73.

F



* Qui reo juramentum purgatorium, deficientibus testibus, imponendum esse tradunt, prouti statuit CLASEN^f), illi indiciorum qualitatem haud attendere, indiciaque proxima cum remotis confundere, reoque obligationem, ad quam implendam non tenetur, imponere videntur, scilicet in casu, si majora indicia pro eo, quam pro occisore militant, (vid. *infra* §. XVIII.). Inde apparere puto, illos magnopere fallere, qui indistincte et illimitate juramentum purgatorium reo imponendum esse statuunt, dum pro qualitate circumstantiarum mox plena absolutio, mox poena extraordinaria, mox tortura, mox territio, mox juramentum purgatorium locum habere possit, (vid. §. XVIII.-XXII.).

§. XVI.

Non quoque statim reus est absolvendus, cum homicidium fateatur, licet qualitatem adjiciat, sive defensionem necessariam alleget. Judici enim injungitur, omnem operam adhibere, ut indicia pro occisore et occiso colligat, et secundum eorum qualitatem sententiam ferat, *per artic. 143. C. C.* Optime igitur fundata est illa sententia, quam profert BOEHMER^a), absolutoriam sententiam ex praeponderantibus defensionis praesumptionibus concipere, contra caedem armis lethiferis palam factam, acque esse fragile ac salutis publicae noxium, cum innocentia nondum ad liquidum reducta, nec admittendum esse, ut

^f) ad artic. 143. C. C. p. 473.

^a) c. l. obs. 5.



ut impune facinus quis ferat, et simpliciter confestim dimittatur. Sermo autem hic nobis est, si post homicidium commissum reus necessariam allegat defensionem, quod ipsi simpliciter haud sit credendum, sed potius iudicis officium esset, in veritatem eorum omni cura inquirendi. Non igitur reus, qui in moderamine inculpatae tutelae se versatum esse, asserit, simpliciter erit condemnandus, (*vid. Spbus XIII.*), nec torturae subijciendus, nec ad iuramentum purgatorium adstringendus, (*vid. Spbus praec.*), nec pure absolvendus. Legislator, cujus esset officium, casus praecipuos determinandi, tamen omnia maxime incerta et dubia relinquit. Interim causae praesumptionem de inculpata tutela inducentes, non possunt declarari. Plura enim sunt facta, et plures factorum circumstantiae legibus comprehendi nequeunt. Deinde etiam lex et sanctio publica non potest omnes casus, qui solent occurrere, cum suis circumstantiis certa regula comprehendere, cum vel minima circumstantia varietem, seu factum ipsum. Et licet Imperator velit ejusmodi circumstantias, unde oriuntur praesumptiones, pro rei innocentia colligere, et accurate singulas pro varietate casuum distinguere; tamen quia non ab omnibus hoc capi poterit, ideo totum istud unice committit prudentiae iudicium, *vid. artic. 143. C. C. C.* Religionem iudicis quidem

F 2

instruit



instruit *Carolus V. cit. artic.* variarum praesumptionum sup-
 peditatione, ut is inquirat, utrum magis credendum ac-
 cusatori, caedem dolosam asserenti, quam reo, in defension-
 ne necessaria semet fundanti. Omne punctum ferunt re-
 gulae de verisimilitudine. Harum quaedam sunt gene-
 rales; veluti, quod ab eo, quod ut plurimum fit, con-
 conjectura sit capienda; quaedam speciales, ex ipsius fa-
 cti praesentis circumstantiis petitae, prouti ad inferen-
 dam vel elidendam defensionem sunt aptiores. De utra-
 que specie quidem cogitasse Imperatorem, docet *artic.*
143. C. C. C., sed tamen res dubia haud eo fuit determina-
 ta, quin potius *Carolus V.*, consideratis variis temporum,
 locorum, rerum et personarum circumstantiis, omnia ar-
 bitrio iudicis relinquat, ut ille utriusque personae tam
 occisi, quam rei conditionem atque vitae statum, locum,
 ubi caedes facta sit, quae et quot vulnera quis acce-
 perit, quo se modo ante, et post homicidium gesserit,
 quis eorum ex vita ante acta majorem fidem et innocen-
 tia opinionem mereatur: quid causae fuerit, quid spei
 reum commoveri poterit. Quas circumstantias omnes
 et singulas in sibi proposita facti specie examinet. Has
 circumstantias solerti indagationi iudicis committit, ut
 ille animadvertat, utrum inculpatae defensionis clypeo se
 munienti credendum sit, nec ne. Namque ut ejusmodi
 tutelae



tutelae praesumptio, cum caedes manifesta sit, neque negatur, locum habeat, causas esse magnas et graves, quae contra occisum faciant, necessum est, quas si liquido probatas reus contra occisum suae causae patrocinandi gratia, adferat, quin absolvatur, non est dubium. Eae causae, quales sunt, lege comprehendi, et ob oculos poni nequeunt. Plura enim sunt facta, quam ut legibus comprehendi possint. Omnino autem reo homicidium fatenti, si modo praesumptiones tales sint, quas attendere, operae pretium sit, onus, probandi defensionem, imponi debet; contra quam probationem, si actor vicissim aliquid opponere, aut contrarium probare velit, apud acta audiendus erit. Quod si in utramque partem, verisimilibus argumentis et actore et reo instructis, res intricata propendeat, ut ea recte dijudicetur a prudentibus omnia, quae incidisse memorantur, explicanda esse monet Imperator *in artic. 143. C. C.*

* Notari meretur, prudentes hoc loco denotare Jureconsultos et quidem quod praxis fere universalis vult, *scabinatus* aliaque Jureconsultorum collegia. Olim quidem Judex consulebat Scabinos cujuscunque judicii, qui inde quoque dicebantur *Urtheilfinder*, et mallatos, qui judicium circumstant, vid. MEINDERS^{b)} et *const. carol. crim. art. 92.* Ex illo autem tempore, quo ad ignorantiae asylum recurrere coeperunt

F 3

runt

^{b)} de *Jud. Cont. t. 4. §. 17. p. 53. 62. 84.*



runt scabini, factum est, ut scabini, in aliis civitatibus vel academiis collegium formantes, consulereentur. Licet quidem actorum transmissio in constitutione carolina criminali non in universum per modum legis praescripta, sed ad casus dubios restricta, sit (*artic. 7. 91. 146. 147. 150. 160. 161. 219. C. C.*), tamen hodie distinguendum est inter *causas leviores*, quibus scilicet poena pecuniaria, vel carceris paucorum dierum vel hebdomadam infligenda agitur, et *graviores*, *Illorum* quippe ad jurisdictionem civilem pertinentium, decisio penes ipsum judicem est; in *his* distinguendum, num *Judex* criminalis *inferior* sit, veluti exercitor jurisdictionis patrimonialis nobili competentis, praefectus magistratus municipalis, an *superior*. Ille enim, nisi de sola rei custodia, vel responsione ad articulos, vel de confrontatione instituenda quaestio sit, in plerisque provinciis acta vel ad judicem superiore, vel collegium Jureconsultorum mittere tenetur; *hic* vero, nisi transmissioem reus petat, sententiam ipse concipit, vid. MEISTER ^{c)}, KRESS ^{d)}, BRUNNE-MANN ^{e)}. Res plerumque mere voluntatis igitur manet transmissio actorum, qua collegia illustria et civitates majores, (*vid. D. D. citati*), cessat enim ratio legis. De crassa judiciorum criminalium ignorantia queritur Imperator *art. 18. 73. 104. 138. 146. 150. C. C.*, idoque non potuit non iudices ad Jureconsultorum collegia ablegare *per art. 219. C. C.* die Gerichte sollen in ihren peinlichen Processen, Gerichtsübungen und Urtheilen, darinnen

^{c)} in *principiis juris crim. Sect. 3. C.* ^{d)} *ad artic. 28. §. 1. n. 1.*

33. §. 10.

^{e)} *c. 8. n. 20. Conf. 108. n. 20.*





nen ihnen Zweifel zuviel, bey ihren Oberhöfen, da sie bisher aus alten verjährten Gebrauch Unterricht begehret, ihren Rath zu suchen schuldig seyn. Constituto autem iudicio, probis, jurium peritis atque doctis, lex transmissionis quoque cessat, *vid. Supra laud. Diff. celeberr. Mantzelii f) et nostrum insertum e)*.

§. XVII.

Ex superioribus patet, defensionis necessariae precipuum fundamentum esse, injustam invasionem, (*vid. Sphus XI.*). Si haec testibus probari nequit, iudex operam det, ut iudiciis probabiliter praesumi possit, quisnam inter duo rixantes, autor rixae fuerit. Secundum enim haec praesumptiones, prouti pro occisore, vel occiso fortiori modo militant, sententia est ferenda. Labet indicia, ad quae omnia potissimum in hac materia redeunt, aliquo modo notare. Multam igitur facit paginam l) vita ante acta. Iudicis enim est potissimum respicere, quomodo antea quis vixerit, num fuerit pacis studiosus, an vero rixae et studio litigandi deditus. Aequum enim est, ut boni nominis sinceritas, bono sit patrocinio, et ut nigri nominis macula, famoso sit detrimento, *vid. DAMHOYDER a)*. Ex praeterito itaque argumentum deduci-

tur

f) de necessaria praesentia Iudicis in Anzeigen vom Verschicken der Akten
executione §. 4. in peinlichen Fällen 3. und 4tes Stück.
e) in den Rostockischen gemeinnützigen a) C. 76. n. 29.



tur in praesens, ut quibus moribus antea quis fuerit, iisdem adhuc praeditus esse praesumatur, et qui antea fuerit pacificus, etiam nullas rixas nunc concitasse praesumitur. Qui jam antea fuit pugnax, audax, crudelis, vel vitam vagabundam sceleribus sustentatam gefit, vel parentibus, vel ipsi personae occisae debitum honorem denegavit, contra eum militant de invasione indicia, vid. MASCARD ^{b)}). Eminent hoc indicium inter reliqua, ita, ut testante LEYSERO ^{c)}, quoties de modamine inculpaetae tutelae discepratur, confestim ad vitam et mores utriusque pugnatoris sit respiciendum II). Aggressor praesumitur is, qui magis erat armatus, aptioraque ad occidendum deferebat arma, vel ea aliaque necessaria praeparavit ante rixam, vid. MENOCH. ^{d)}, MASCARD ^{e)}. Sic ille praesumitur aggressor, qui arma portare non erat solitus, vid. FARINACIUS ^{f)} III). Qui magis robustior et magis ferox erat, praesumitur aggressor, quia verisimile est, quod robustior voluerit debiliorem potius invadere, quam debilior fortiorem, seu viribus robustiorem. Similiter non est praesumptio, quod senex velit juvenem, vel virum aetate nondum profectum invadere,

b) de probat. P. I. Concl. 72. n. 6. fol. 189.

c) de probat. Lib. I. concl. 72. n. 4.

d) spec. 600. med. 47.

e) q. 125. n. 51.



dere, aut in eum facere impetum, vid. CLASEN ^{b)}). Status quidem naturalis vel physici non meminit Imperator, nec tamen ideo eum a praesenti cognitione exclusit. Patet hoc ex artic. 144. C. C., quo imbecillitatis ratio prodesse dicitur feminae pro elidenda aggressionis praesumptione, quoties cum masculo pugnavit, nisi ferocissimi ingenii fuerit, armorumque gestatorum insultum probabilem reddiderit. IV) Praesumitur insultatus is, qui in rixa exclamat, conqueritur et auxilium invocat, vid. FARINACIVS ^{h)}). V) Aggressor autem, si occisor post caedem aufugerit, saluum conductum acceptare noluerit, in fuga nova facinora commiserit, vid. KRESS ⁱ⁾). Ideo praesumitur aggressor, qui citatus non comparet, vel aufugit, et contra qui non aufugit, et sponte comparet, non praesumitur, vid. MASCARD ^{k)}). Magna enim innocentiae praesumptio est spontanea comparitio seu praesentatio, cum nemo ita fatuus sit et infanus, qui nocens est, et verus delicti inculpati reus, velit se privare libertate, et se in carcerem constituere, putans celare veritatem, quae finaliter mori nequit, vid. MASCARD ^{l)}). VI) Aggressor ille praesumitur, cujus causa ortae sunt inimicitiae, quod indicium augent minae

ad

g) ad artic. 143. C. C. C.

i) ad artic. 143. n. 7.

b) q. 125. n. 461.

k) c. l. concl. 1330.

D) c. l. concl. 1128. n. 26. L. 3.

G





ad illud speciatim homicidium directae, quod intra breve tempus secutum est, *per arg. art. 23. C. C. VII*) Praesumitur aggressor, si in occisore leves percussiones, aut levia vulnera apparent, in occiso autem gravissimae laesiones magnaue vulnera conspiciuntur, vel quoque si occisus interfectus sit, ictu bombardae, nec tamen ipse habuerit bombardam, aut sclopeti genus, ut proinde non defensionem in casu oblato, sed primam offensionem arguat ipsum occisionis genus, vid. *KRESS* ^m). Licet enim alter aequae armis lethiferis cinctus sit, insignis tamen eorum disparitas praesumptionem aggressionis elevare potest. VIII) Aggressor ille praesumitur, qui antea offensus fuerat, a suo adversario, vel alias quomocumque se vindicandi causam habebat, vid. *MASCARD* ⁿ), *MENOCH.* ^o). Circa tamen praesumptionem minarum et inimicitiarum in primis attendenda est complexio et constitutio minantis et irati. Non enim, qui longe ante caedem perpetrata contra aliquem ex subito motu animique praecipitatione, minas jactavit, inimicus statim censendus est, ut pro aggressore habere queat, quippe natura ita comparatum est, ut qui facile obnoxii sunt quibuslibet perturbationibus, et ad iram capeffendam pro-

clivio-

m) *ad artic. 143. n. 5.*

o) *de Arb. Jud. Quaest. Lib. 2. Cas. 203.*

n) *c. l. Lib. 1. concl. 72. n. 8, et Lib. 3.*

n. 3.

concl. 1128. n. 9.



cliviores, iidem ejusmodi commotiones etiam citius relinquunt et remittant, ac ad iram deponendam se exhibeant faciliores, et contra qui tardiores ad iram, hi vicissim implacabiliores et duriores sint ad remittendum. Unde nec statim sequitur, superstes et occisor fuit inimicus occisi, ergo ante caedem aggressus est occisum eumque necavit, cum hoc factum esse possit ab alio, vid. CARPZOV^o).

§. XVIII.

Referunt porro ad indicia contra aggressorem militancia, utilitatem, quam reus ex alterius morte sibi obtenturam sperat, vid. CLASEN^o). Si enim alter ex alterius interitu commodum aliquod sperare poterit, tunc contra eum militare praesumptionem de animo occidendi, et pro superstite esse praesumptionem defensionis necessariae, *vult CLASEN cit, loc.* Attamen licet spes hereditatis opulentiae, vel dignitatis consequendae, aut matrimonium cum alterius uxore ineundi, calcar nonnunquam addere soleat, ad laedendum et laceffendum vel clanculum insidiandum: Non tamen a studio laedendi vel mala inferendi, si aliae causae caedis desunt, mox arguendum, reum palam et via periculosa votum esse expleturum. Nemo enim praesumendus videtur, ut commodi causa occiderit

G 2

derit

o) Pr. Crim., q. 33. n. 523

n) ad artic. 143. C. C. C.





derit adversarium, nisi vilis ipfius animus avarus jam aliunde cognitus fit, vel de extrema occidentis egeftate confter. IX) Locus homicidii commiffi interdum indicia praebet. Refpiciendum enim, an aggreffor in loco delituerit fufpecto, et infultatum ibidem exfpectaverit, eumque in filva, aut alio quodam loco, quem homines frequentare non folent, fuerit aggreffus: an vero quis in platea, aut fimili quodam loco publico, in alterum impetum fecerit. Priori modo eft praefumptio contra inauforem, quod voluerit infultato nocere, isque fe iuftam defendendi caufam habuerit. Posteriori modo vel ceffat, vel tam fortis non eft praefumptio, quod infultans voluerit occidere infultatum, *vid. CLASEN ad artic. 143.* Locus enim caedis, qui planus et ad difceffum commodus, fugae neglectae exprobatorem firmat, ficuti contra quis in aedibus propriis femper praefumitur aggreffor. Sin circum circa claufus, vel fi reus in navem vel angulum propulfus excedere non potuit, probato infultu, de moderamine inculpatae tutelae vix dubitandum erit, *vid. BOEHMER ^{b)}*. X) Transactionem rei cum accufatore et confessionem extrajudicalem de invafione primum facta, indicium pro aggreffore facere, nemo dubitabit *per arg. artic. 22. C. C. C.* XI) Aggreffor praefumitur ille, qui vilus fuit deambulare et exfpectare

^{b)} c. 1. Olf. 5.



pectare in loco rixae, vid. MENOCH. ^{c)}, MASCARD ^{d)}. XII) Praesumitur aggressor, qui alteri viam impedire, vel praecire intendit. Ille enim dicitur provocator et aggressor, vid. FARINACIVS ^{e)}. XIII) Inculpatio moribundi pleno intellectu praediti, ex certis scientiae causis facta, et vel juramento vel morte confirmata, indicium facit contra reum, vid. artic. 23. C. C. KLEIN ^{f)}. Exculpationem tamen moribundi vulnerata praesumptione aggressionis liberat superstitem. Quod et eo procedit, si moribundus exculpans prius eundem exculpatum inculpasset, vid. CARPZOV ^{g)}. XIV) Judicis est inquirere, quomodo concertantes se ante et post commissum homicidium gesserint? an sibi invicem fuerint inimici, item an post perpetratum homicidium superstes doleat de admissio illo facinore, an nulla istius poenitentia ducatur? Quoniam in propinquitate sanguinis, aut etiam singulari amicitia animus interficiendi erga occisum non facile praesumitur, vid. CLASEN ^{h)}. XV) Bonae quoque conscientiae argumentum est, si reus ante colluctationem adversarium quavis occasione vitavit. Denique XVI) motiva omnium esse indicia fortissima, ad insultum dignoscendum, putat BOEHMER ⁱ⁾. Cum enim

G 3

nemo

c) c. l. Lib. 2. Cap. 363.

g) c. l. P. 1. q. 33. n. 56. 58.

d) c. l. Lib. 3. Concl. 1126. n. 28. et 1128. n. 12. h) ad artic. 143. C. C. C.

e) q. 125. n. 476.

i) in observ. ad Carpzov. Pr. Crim.

f) de in et exculpatione moribundi.

e. q. Obj. 5.





nemo sanus alterum gratis et sine causa sufficiente impetatur, operae pretium erit, casu occurrente indagare, uter causam habuerit, cum altero congregandi, aut eum e medio tollendi, et quaenam fuerint motiva, utrum tanti sint, ut ad colluctationem excitare potuerint. Quae in re graves injuriae, inimicitiae capitales auctorem caedis valde exonerant, non aequae lacescentem liberant ab eo, quod auctor rixae et feralis caedis causa sit.

* Recensuimus hactenus ea indicia, quorum plura, si reum gravant, nec defensione rei elidi queunt, interdum violenta veritatis remedia faciunt fundata. Datur enim inter indicia relata et invasorem quidam nexus, hinc sunt indicia proxima, quorum plura confluunt probationem semiplena majorem, et hinc pro concurrentibus circumstantiis ad torturam sufficiunt, vid. ENGAV ^k). Non autem eadem locum habere patet, intuitu indiciorum remotorum, scilicet si nexus inter ea, et invasionem tantummodo est maxime incertus. Haec enim saepius fallunt, et gradus probabilitatis eorum minoris tantum momenti est. Sola itaque mala educatio, vel mali parentum mores, sola nominis abnegatio, patriae vel familiae, vel Physiognomia nec attenditur, nec violentum indicium praebet, vid. ENGAV ^l).

§. XIX.

Conjecturas admodum graves, si pro se allegat atque probat

^k) in Elem. Jur. Crim. Lib. 2. Tit. 19. §. 236. n. 3. ^l) c. 1. §. 137.





probat occisor, plene ipsi credendum erit, vid. KRESS ^{a)}). Monet enim Imperator *art. 143. C. C.*, quod occisori non statim quocunque praetextu utenti, sed conjecturas valde verosimiles pro se, et contra occisum alleganti probantique, circa defensionem necessariam sit credendum, verbis: und wo die Vermuthung der Nothwehr wieder die bekantliche That statt haben soll, so mus dieselbe Vermuthung gar gut starck und beständige Uhrsache haben. Contra rei defensionis necessariae probationem, salva accusatori manet reprobatio *per eundem artic.* doch un-abgeschnitten dem Kläger die Weisung, die er da wieder fürbringen wolte. Nullum itaque superest dubium, quin si pro reo adsunt praesumptiones, quod non fuerit aggressor, ex dictis praesumptionibus atque conjecturis omnino absolvi debeat, vid. FARINACIUS ^{b)}). Non itaque sententiam, quam profert CARPZOV ^{c)}, fundatam habeo, statuens, defensionem necessariam conjecturis haud probari. Ejusmodi enim probationem esse tantummodo praesumptivam et semiplenam, nec ad plenam absolutionem sufficere, sed tantum prodesse, ut poena rei mitigetur. Verba enim legis citata huic interpretationi repugnant. Praesumptiones autem, quas Imperator requirit, et quae plenam absolutionem efficiunt, debent ita esse

^{a)} ad *art. 143. §. 2. n. 2.*

^{b)} *q. 124. n. 31.*

^{c)} *Pr. Crim. P. 1. q. 33. n. 60.*





esse comparatae, ut praesumptiones pro reo illas maxime superent, quae contra eum militant, sive, ut contra occisum pugnet praesumptio de aggressionem, et pro occifore de defensione. Quem casum tunc adeste puto, si vita ante acta, locus delicti, status physicus et moralis, genus armorum, qualitas vulnerum, atque spontanea comparitio, reum homicidii ab omni doli atque invasionis suspitione liberant, et potius adductae circumstantiae contra occisum de primo insultu indicia praebent.

§. XX.

Si autem ex levioribus tantum conjecturis defensio docetur, occifor interim fuerit vir bonus et haectenus se probe gesserit, juramentum purgatorium locum habere statuit HAHN ad WESENBECEIUM *). In probatione enim defensionis necessariae, maxime ad vitam et mores utriusque respici oportet. Si alter ex iis rixosus et pugnax fuit, contra hunc, quod auctor rixae et pugnae fuerit, praesumitur. Quae praesumptio plus quam semipleenam probationem, et jurejurando locum facit. Si igitur per vitam bene ante actam, rei argumentis allegatis inest pondus, ad juramentum purgatorium recurrere fatuus erit, ut eo removeatur, quicquid gravaminosum, reo haectenus erat oppositum, vid. BOEHMER ^{b)}). Talis enim

occi-

a) ff. ad L. Cornel. de Sicar. n. 22. fol. b) ad Carpzov. Pr. Crim. q. 33. Observ. 5.



occisor fidem suam non decoxit. Si igitur contra bonum civem, qui remotis testibus occidit, indicia de initio pugnae haud extant, merito juramentum purgatorium locum habet, ne sola testium absentia, fatum et casus fortuitus ipsi noceat, modo non aliunde v. c. fuga, contumacia etc. se reddiderit suspectum, sed manserit, et eadem statim ingenue confessus fuerit, vid. MASCARD ¹⁾, CARPZOV ²⁾. Nec obstat, quod requirantur respectu occisoris, gar gute starke Uhrsachen. Videntur enim haec verba de absolute omni moda loqui sine ulla purgatione, vid. KRESS ³⁾. Si itaque leviora indicia adversus occisorem adsunt, juramento purgatorio locus est, Quid vero, si reus pertinax sit et jurare nolit: an idem ille ad effectum poenae capitalis infligendae pro confessio haberi poterit? Neutiquam, sed illa pertinacia legitimum ad torturam indicium praebet, prouti lureconsulti Ienenses judicarunt, vid. BROKES ⁴⁾.

§. XXI.

Ubi causa ita instructa est, ut aequilibrium praesumptionum adit, v. c. occisus fuit rixator, occisor etiam talis sit, occisio contigit in loco, qui nihil ad certam

¹⁾ de probat. Concl. 1330, n. 25. ²⁾ in observat. Select. forens. imperrinas editis Observ. 607.

³⁾ q. 33, n. 59.

⁴⁾ ad art. 143, C. C. §. 2, n. 2.

H



ram praesumptionem formandam conferre possit, arma utrinque fuerint aequalia, gravia vulpera a parte utraque illata, fides utriusque partis et occisae et viventis non adeo magna, utraque ante et post facinus edidit animi ferocis et truculenti signa, tunc plenam absolutionem quidam statuunt, vid. FARINACIVS ⁴⁾, quia nempe si plures adsunt praesumptiones, quod quis fuerit aggressor vel non, una tollit aliam et plures vincunt minores. Praecipuum autem fundamentum sententiae absolutoriae in casu, si res veluti in aequilibrio pendet, collocat FARINACIVS *c. l.* in eo, quia si praesumptiones, quis fuerit aggressor aut insultatus, hinc inde pares sint, tunc illae praeferendae sunt, quae militant ad favorem rei inquisiti, et is propterea absolvendus est. Alii torturam vel iuramentum purgatorium in allegato casu decerni volunt, vid. KRESS *c. l.* Durius autem est ob difficultatem probationis, ad quam priori casu reus provocat, tormenta praeparare; periculosum vero est simplici assertioni hominis nequam, nisi bonas et praegnantes conjecturas alleget atque, demonstret credere, et lubrico iuramento rem committere. Duo remedia sunt fragilia, et quam saepissime fallunt. Hinc potius media via, ipso *Carolo V. duce in artic. 142.* inter condemnationem et absolutionem eligenda

⁴⁾ §. 125. n. 30.



eligenda, atque nisi aut gravissima contra reum indicia, aut pro innocentia ejusdem argumenta contrarium suadeant, confestim poena extraordinaria sine tormentis et jurjurando decernenda est, *vid. KRESS c. l. et LEYSER*^{b)}. Poena extraordinaria illa, quasi ob excessum sufficienter demonstratum mox erit imponenda. Hanc autem poenam extraordinariam, vel pecuniariam, vel carceris, vel relegationis esse putamus.

* In foro reum saepe ab instantia absolvere fatius esse, multi credunt, cum ita ex neutra parte peccetur, et res in suspenso maneat, nec novum sit, causam in praesenti ambiguan melius postea instrui, et providentia divina suo tempore probabiliorem fieri, ut iudicio ex integro suscepto, postea duriora remedia contra reum capere liceat, *vid. BOEHMER*^{c)}.

** Ob metum perjurii justum in casu, si indicia contra occisorem et occisum in aequilibrio pendent, poenam extraordinariam decerni debere statuimus. Hoc iis repugnare videtur, quae Const. Carol. Crim. in art. 22. disponit, ubi Imperator neminem ex solis indicibus condemnari debere statuit. Sed art. cit. loquitur modo de ultimo supplicio, et poena corporis afflictiva, verbis: endlich zur peinlichen Straf soll verurtheilt werden, hinc non quamlibet poenam, sed potius poenam mortis et corporis afflictivam ob sola indicia et praesumptiones decerni posse, a legislatore prohibitam esse censemus.

H 2

§. XXII.

^{b)} *Spec. Boo. med. 40.*^{c)} *c. l. in observat. 5. in fine.*

Persona vilis, contra quam graves suspiciones ad-
sunt et de qua regula valet: semel malus, semper in eo-
dem delicti genere praesumitur malus, quae homicidium
confitetur, attamen in moderaminis inculpaetae tutelae
exceptione suam fundat defensionem, tunc si probatio
pro defensione necessaria, vel tota deficit, vel saltem est le-
vis, tunc reus homicidii, quod confitetur, mediante tor-
tura, se ab indiciis, quae eum gravant, quod dolose oc-
ciderit, purgare tenetur, vid. KRESS *). Indicia autem,
quae secundum eorum qualitatem majorem, vel minorem
torturae gradum efficiunt, sint indubitata et a lege ap-
probata. Praesumptiones illae, quae sunt contra occiso-
rem, illas in majori gradu superent, quae sunt contra
occisum. Si enim casus diversus et praesumptiones admo-
dum graves pro occisore sunt, tunc sententia absolutoria
obtinet, (vid. §bus XVII.). Si vero praesumptiones pro
occisore et occiso sunt aequales, tunc poenam extraordi-
nariam, jure decerni, statuunt Doctores, (vid. §bus praec.).
Tortura itaque, ut in allegato casu locum habeat necesse
est, ut illa indicia, quae militant contra occisorem, non
solum illa superent, quae sunt contra occisum, sed et-
iam constituent probationem semiplena majorem. Ad tor-
tutam

*) ad artic. 143. C. C. C. §. 2.



turam enim aegre est properandum, et unum indicium proximum raro sufficit, nisi alia concurrant adminicula, vid. КОСН ^{b)}). Proxima indicia enim, quia magis concludunt, plus praecjudicii reo inferunt, adeoque eorum unumquodque per se ad torturam inferendam sufficit, (vid. art. 27. 29. C. C.) Interim quia summam probalitem inducunt, ad illam vero plura adminicula necessaria sunt; facile patet, quodlibet ex illis, non una circumstantia, sed pluribus, constare, vid. BEIER ^{c)}). Recte itaque monent FROELICHSBURG ^{d)}, et BLVMLACHER ^{e)}, quod cum grano salis accipienda sint, quae articulo 29. de indicio unico habeantur. Scilicet per indicium unicum non unam et simplicem circumstantiam, sed plurium veluti circumstantiarum complexum, intelligendum esse putant. Vita occisoris ante acta a iudice probe erit consideranda, quae enim suspicionem contra reum quam maxime auget.

§. XXIII.

Quando reus in tortura in defensione allegata perseveravit, tunc iudex eum amplius punire nequit, sed potius reus simpliciter absolvendus est, vid. CARPZOV ^{a)}). Ille enim, qui legitima tormenta, aut legitimam territionem perpeffus est, crimen et indicia, quorum intuitu tortus vel territus est, purgasse dicitur. Tantum enim

H 3

abest,

^{b)} in Inst. Jur. Crim. p. 499.

^{c)} ad artic. 29. Pos. 2.

^{d)} in Comment. ad C. C. art. 29.

^{e)} ad eund. art.

^{a)} Pr. crim. q. 33. n. 72.





abest, ut ulla poena esset afficiendus, ut potius definitive absolvi debeat, vid. ENGAV^{b)}). Non igitur fundata est sententia, quam profert BERLICH^{c)}, quod scilicet persona vilis et male famata, licet vel maxime fuerit torta, et in tortura in exceptione defensionis perseveraverit, tamen arbitrarie, fustigatione, vel relegatione, vel abscissione manus, vel auriculae puniri possit. Ille quoque reus, qui prius negavit homicidium, et absque sufficientibus indiciis ad torturam raptus fuit, tunc si etiam quaedam confessus fuerit, tamen illa confessio habetur pro nulla, et reus ex illa in torturam facta nunquam condemnari potest, quin potius justae revocationi locus sit, vid. ENGAV^{d)} et BERLICH^{e)}).

§. XXIV.

In casu, quando defensionis necessariae probatio prorsus deficit, et moderamen inculpatae tutelae a reo allegatum, ne conjecturis quidem et praesumptionibus demonstrari potest, eo, quod vel nocte, vel clam testibus, aut in via caedes facta sit, aut alioquin ignoretur, uter aggressor fuerit, occisor, an occisus, tunc inculpatum, antequam ei poena ordinaria infligatur, ad veritatem erudendam torturae subijciendum, ut pura inde exquiratur confessio,

b) *Lib. 2. Membr. 4. §. 253.*

c) *P. 4. Concl. 15. n. 4.*

d) *Lib. 2. Tit. 19. §. 256.*

e) *c. 1. n. 19.*





confessio, vel in tortura perseverans absolvatur, putat CARPZOV ^{a)}, CLASEN ^{b)}. In thesi controversiam ita optime decidi videtur. Supponimus autem, quod iudex diligentissime inquisiverit, an defensio necessaria allegata vel testibus, vel praesumptionibus et conjecturis probari possit, et quod omnis opera eum in finem adhibita, frustra sit instituta. Reus enim vel testimonia vitae bene ante actae profert, vel non, nec iudex ea consequi potest. Priori in casu propter favorem rei, in casu dubio, defensionem necessariam allegantem, ad iuramentum purgatorium esse admittendum, non simpliciter absolvendum, arbitramur. Ut enim sententia absolutoria obtineat, Imperator requirit gar gute starecke Uhrfachen, (*art. 143. C. C.*) Si enim simpliciter assertioni inquisiti credendum esset, certe quis occisor, homicidii poenam, facillime effugere posset. In posteriori casu reus, qui homicidium faceret, sed defensionem necessariam allegat, de cuius vita ante acta plane non constat, vel moderamen inculpatae tutelae cum omnibus eius requisitis se exercuisse asserit, vel non, sed excessum concedit. Illo in casu territionem decernerem, et quidem secundum personae qualitatem, vel realem, vel verbalem. Hoc vero in casu poenam extraordinariam et quidem quodammodo duriozem, quam locum

^{a)} Pr. Crim. P. I. q. 23. n. 66.

^{b)} ad artic. 143. C. C. C.



locum haberet, si confessioni rei simpliciter standum esset, iuste decerni putarem. Statuimus poenam quodammodo duriores, quia in regula facta illicita negantur, et hinc non simpliciter iis fides erit habenda, quae reus confessus fuit. Hoc in casu probe considerentur circumstantiae, quae omnes definiri nequeunt, et qualitas loci, ubi homicidium commissum. Si enim ex qualitate loci, quo homicidium commissum, appareret, occisorem fuga, vitae suo consulere potuisse, tunc si ille hoc indicium elidere, vel sufficienter remove nequit, saltem primum torturae gradum locum habere putamus. Attendat iudex, quomodo reus ante, et post homicidium commissum se habuerit, an veritatem quovis celaverit modo, an minus; an post commissum homicidium doleat de admissio illo facinore; an nulla istius poenitentia ducatur. Secundum enim hanc normam violenta veritatis remedia a iudice adornari debere existimamus.

Et haec sunt, quae de utilissima hac materia conscribere placuit, Deo interim maximo pro auxilio clementissime praestito, sit Honor, Laus et Gloria.

F I N I S.

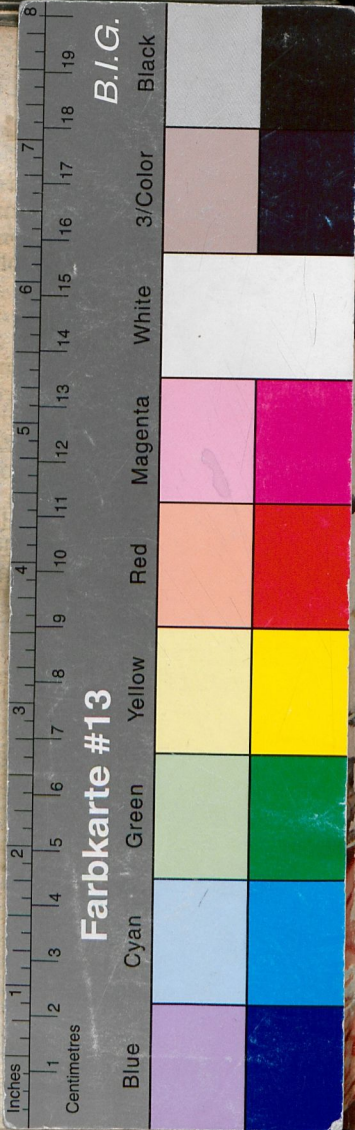


R. Fock, Diss., 1759-76

X 228 42 89







COMMENTATIO IVRIDICA
DE
**MODERAMINIS
INCVLPATAE TVTELAE
PROBATIONE.**

LXIII.
59
17

1765, 2.

QVAM
IN ACADEMIA ROSTOCHIENSI
CONSENTIENTE FACVLTA TE IVRIDICA ILLVSTRI
CONTRA
CONSULTISSIMORVM ATQVE DOCTISSIMORVM
AMICORVM DV BIA
PVBLICE DEFENDENT

PRAESES
**D. IOANNES CHRISTIANVS
QVISTORPIVS,**

ET
RESPONDENS
IOANNES IOACHIMVS PRIESS,
IVRIS VTRIVSQVE CVLTOR.

H. L. Q. C. AD DIEM IV. SEPTEMBRIS. A. O. R. MDCLXV.

ROSTOCHII,
LITTERIS MÜLLERIANIS.