

7. 7. A.
DISSERTATIONEM JURIDICAM INAUGURALEM

De
ARBITRIO JUDICIS
CIRCA
TORTURAM.

SVB

SACRO REGIMINE ACADEMICO
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI
DN. GVILIELMI HENRICI,

DVCIS SAXONIAE, JULIAE, CLIVIAE AC MONTIVM,
ANGARIAE ET WESTPHALIAE, &c.

EX DECRETO ILLVSTRIS JURISCONSULTORVM ORDINIS

IN ALMA SALANA

ET SVB PRÆSIDIO

D O M I N I

CHRISTIAN. WILDVOGELII

JCTI CONSUMMATISSIMI

DVCI SAXO-ISENACENSI A CONSILII INTIMIS,
CVRIÆ PROVINC. NEC NON FACVLT. JURID. ET SCABIN. AS.

SESSORIS GRAVISSIMI,

PANDECTARVM ET NOVELLARVM, ITEMQVE JURIS PUBL.

ET FEVD. PROFESS. CELEBERRIMI.

Patroni & Promotoris submisſe Devenerandi

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE JURE HONORES ADIPISCENDI

Publico Eruditorum Arbitrio

d. 3. Septembr. AO. CHRISTI MDCCX.

submittit

JOHANN. JACOB. ARNOLD.

ADVOCATVS DRESDENSIS.

JENÆ, Litteris MULLERIANIS.

D I S S E R T A T I O N E M T E C H N I C A M I N V E N T A L E M

A R B I T R I O J U D I C I S
C I R C A
T O R T U R A M

S A C R O R E G I M I N E A C A D E M I C O
S E R V I S S I M I P R I N C I P I S A C D O M I N I
D N I G A U L I E L M I H E N R I C I

D O C T O R I S S T O M A E J U L I A E C L I V I A E A C M O N T I V M
M A G I S T R I A E E T W E S T H A L I A E
R E D E C T O R I S I L L U S T R I S T R A N S I L V A N I A E O R D I N I S
I N A L M A S A L I A N A
E T S U B P R A E S I D I O

D O M I N I
C H R I S T I A N I W I L H E L M O G E L L I

I C T I C O N S U M M A T I S S I M I
D O C T O R I S S T O M A E I S E R A C I N S A C C O N S U L T I S I N T I M I S
C A V E P R O V I N C I A E N E C N O N R A C I V I T I U R I D I E T S C A R I N A S
S E S S O R I S C R A V I S S I M I
P A N D E C T A R U M E T N O V E L L A R U M T E M P O R E J U R I S P U B L I
E T F A C T O R I S P O E S S E C I T E S S I M I

P A T R O N I S E T P R O M O T O R I S J U R I S P R O F E S S O R I S
P R O L I C E N T I A

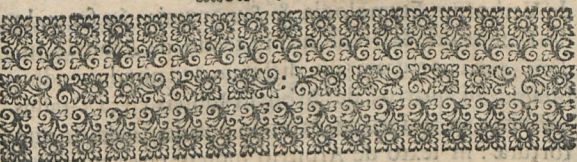
S A M L O S I N T E M P O R E I V R E H O N O R I S A D I N I S C E N T I
P R O F E S S O R I S I N T E M P O R E
D I 1 1 S E P T E M B R I S A N N O C H R I S T I M D C C X

J O H A N N I S J A C O B I A R N O L D I

A D V O C A T U S D R E S D E N S I S

J A M E S M U F F E R I A N I S





Rudens certè monitum est Eleutherii Papæ in *can. Judicantem. II. caus. 30. q. 5.* quod Judex omnibus modis sollicitus esse & omnia rimari debeat, quomodo veritatem delictorum eruat, & iuste pœnam sumat; cui fini in criminalibus etiam

applicatur Tortura, utpote qua ad eruendam veritatem adhiberi solet, per *L. i. pr. ff. de quest.* Cum autem illa res sit fragilis & periculosa, nihilominus tamen magni momenti, caurum omninò & circumspectum in eâ Judex se gerere debet, sc. ut eam non adhibeat, quam Accusator postulat, sed ut moderatæ rationis dictamina desiderant. Qua de causa multum relictum est Judicis Arbitrio, uti Ulpianus in *L. 7. ff. de quest.* scribit. In quibus autem Judicis Arbitrium locum habeat vel non, vel quousque illud circa eam extendi possit, pauca paucis hæc paginis exhibentur.

Ut igitur via ordinis procedamus, ante omnia certa constituimus capita, in quorum primo agemus

de Verborum Etymologia & Synonymia: in secundo de Definitione & Divisione: in tertio de Arbitrio Judicis circa torturam jam dictatam, sed nondum adhibitam: in quarto, de Arbitrio Judicis circa Gradus torturæ: in quinto de Arbitrio ejusdem circa locum torturæ: in sexto de Arbitrio Judicis circa torturam quoad tempus: in septimo de Arbitrio Judicis circa personas quæstioni subjiçendas vel subiectas: in octavo de Arbitrio Judicis circa confessionem Rei in tortura & confessionis annotationem: in nono de Arbitrio Judicis circa appellationem & defensionem à Reo tempore torturæ interpositam & petitam.

CAP. I.

§. I.



Via autem absonum planè & indecorum foret, rem determinare prius velle, quàm terminos intelligere, Francisc. Mant. de Conject. ult. Volunt. libr. 1. tit. 1. & verborum neglectus pariat incertitudinem. Oldend. Class. 4. act. mandat. de verborum significatione prima nobis erit cura.

§. II. Multiplicem autem significationem verbi ARBITRIVM esse, scribit Joh. Baptista Perusinus in Tract. de Arbitris libr. 1. c. 6. Modo enim pro ipso iudicio ordinario, per L. 30. ff. pro socio, modo pro facultate adimplendi conditionem; in L. 1. §. 8. ff. de suis & legit. hered. modo pro boni viri senten-

sententia, in *L. 7. ff. de contr. empt.* accipitur. Hic autem sumitur pro iudicio & intellectu, quo iudex in causa criminali procedit, adhibendo vel duriorem vel leviorē torturam, admonente Const. Carolin. art. 58. Aliās etiam dicitur Religio, in *L. 13. ff. de testib.*

§. III. Vox autem IUDICIS denotat eum iudicem, qui vir bonus, juris dicendi & æquitatis statuendæ peritus, ad id muneris publicā auctoritate vocatus, uti ex sententia Justiniani definitur à Barthol. Carthagena *ad tit. 2. de offic. Jud. Obs. 2.* & qui merum habet imperium, vel, uti loqui solent, jurisdictionem criminalem, die Ober: Halsz: oder Peinliche Gerichte / per tradita Carpz. p. 3. *quest. Crim. 117. n. 19.* siquidem quæstio seu tortura nihil aliud est, quam causarum criminalium accessio, per *L. 8. ff. de quest.* qui autem de principali cognoscit causa, rectè etiam cognoscit de accessione vel necessariò accidente, *L. 138. de R. J.*

§. IV. Vox CIRCA est Præpositio, & idem denotat, quod *circum*, Turfelinus *de Partic. Latin. lingu. c. 34.* atque usurpatur interdum pro voce *DE* v. g. *intellexi, pergratam tibi esse sententiam meam & animum meum CIRCA valetudinis tue curam*, uti scribit Cicer. *libr. 9. Epist. 5.* Et pro re nata refertur ad locum, ut Cicer. *contr. Rull. Cum Rullus Capuam & Urbes circa Capuam occupavit*, it. ad personam: *Multa sibi opus esse, multa canibus suis, quos circa se haberet.* Idem *libr. 3.* interdum ad rem ipsam, ut hic.

§. V. Verbum TORTURA originem habet à torquendo, quod propriè vorticum esse scribit Salmafius in notis ad Tertullium de Pallio pag. 153. fin. Et denotat idem ac cruciare tormentis reum ad eruendam veritatem. Tabor. de Tortur. & Indic. delict. cap. 5. n. 5. Dicitur germanicè, Marter. Conf. Crim. art. 46. & aliàs appellatur germanicè quæstio, die Peinliche Frage. Carpzi. Pr. Crim. q. 17. n. 18. Sic & Tranquil. Ambrosi. de Proc. Informat. lib. 4. c. 1. in rubr. appellat Examen rigorosum.

CAP. II.

§. I.

DEFINIRI autem potest Tortura, quod sit actus, quo reus de crimine admisso interrogatur, & pro qualitate delicti & indiciorum ad confitendam veritatem, certis tormentorum generibus à carnifice cruciatur.

§. II. Quotuplex autem tortura sit, & quot Gradus ejusdem sint, variè variant Doctores. Alii duos, alii tres, alii quatuor, alii quinque statuunt. Vid. Heinric. Bocer. de quæst. cap. 5. n. 24. Jul. Clar. q. 64. §. ult. n. 31. Râyser in Prax. Crim. cap. 9. §. 6. Matth. Steph. ad Consil. Carolin. art. 58. n. 3. ut hinc in hujusmodi conflictu opinionum electio commissa videatur arbitrio judicis, qui æstimare debet, quæ opinio usu ac consuetudine in foro sit recepta, ita, ut etiam probabiliore neglectâ probabilem eligere possit.

possit. Alvarez. de Velasco in *Jud. Perf. rubr. 15.*
Annot. 1. n. 52.

§. III. Quoniam autem hic nobis sermo est
 de iudice, qui in provinciis, imprimis ditionibus ele-
 ctoralibus Saxonis vivit, quive secundum sanctiones
 istarum provinciarum arbitrari debet, facili ne-
 gotio res expedita, si sequimur Saxonicum interpre-
 tem, Dn. Carpz. *Pr. Crim. p. 3. q. 117.* qui duo gene-
 ra, tres autem gradus ejusdem statuit, & dicit, quod
 alterum genus sit territio, alterum ipsa Tortura.
 Porro quod territio sit duplex, verbalis & realis; Il-
 la, si carnifex verbis & gestibus superioribus ad tor-
 quendum consuetis irruat in inquisitum, non aliter,
 ac si ipsumprehendere & torquere velit, absque ta-
 men apprehensione & tactu, eumque interrogat: quæ
 territio hisce verbis indicari solet: *Ihr wohl besugt;
 Inquisiten dem Scharfrichter vorzustellen und durch den-
 selben/ als solte und wolte er ihn angreifen/ iedoch un-
 angegriffen befragen zulassen ic.* Hæc autem, seu realis,
 ubi carnifex præter minas manus quoque injicit, reum
 vestibus denudat, ad scalam ducit, instrumenta, qui-
 bus peragitur tortura, in conspectum ipsius ponit, for-
 cipes digitorum affigit, & iisdem pollices inquisiti
 comprimit, quæ territio hisce formalibus dictari so-
 let: *Man wohl besugt / Inquisiten dem Scharfrichter
 auf diese maasse zu untergeben/ daß er ihn mag aus-
 ziehen/ entblößen/ zur Leiter führen/ die zur Pein-
 lichkeit gehörigen Instrumenta vorzeigen/ die Daumen-
 Stöcke anlegen und darmit zuschrauben/ iedoch daß es
 bey dem/ wie jetzt gedacht/ verbleibe.* Sed quorsum re-
 fertur

fertur, si polletrum cum preparatoris atque praediis tormentorum leviusculis in sententia dicitur & territioni reali adjicitur clausula: und wo dieses nicht fruchtet / mit denen Schnuren den Anfang zu machen? Carpovius reali territioni accensere non dubitavit in *Pr. Crim. p. 3. q. 117. n. 54.* Manzius autem ad *art. 58. Const. Cardin. n. 21. tit. quæst. Palat. 88. n. 17. 8. 12.* speciem torturæ id esse asserit, ex ratione, quod corpus ipsum afficiat, & vel sanguinis profusionem vel suffocationem plerumque annexam habeat. Verum, cum manus non adeo arctè constringantur, sed eas paululum ligare incipiat carnifex, ut inde tam ingentes dolores sentire reus non possit, ac si funiculi arctissime constringuntur, & ita nulla profusio sanguinis oriatur, omnino hic modus ab ipsa tortura proprie sic dicta differt, cum aliud sit, genus aliquod tormentorum in torum adhibere, aliud autem, cum illo tentare tantum & periculum facere, an veritas elici possit, ut ita reus, utpote qui nescit, quousque progrediendum sit, terreatur, nam etiam perductio ad scalam, vestium detractio & ligatura dicitur levis terror, nisi ligatura sit atrox. *Jul. Clar. libr. 1. §. fin. q. 64. n. 32.*

§. IV. Alterum genus est ipsa tortura, cujus tres sunt gradus, & primus quidem, quando non tantum forcipes manibus rei affiguntur, sed etiam adhibitis funiculis junctura manuum arctissime usque ad ossa constringuntur. *Carpz. d. l. q. 117. n. 60.* quem gradum collegia juridica hisce formalibus dictare solent: Daß / wann Inquisite sein Bekännniß in gütliche richtig

richtig nicht thun will / ihr wohl befügt / ihn dem Scharfrichter auf diese maasse zuuntergeben / daß er ihn mag ausziehen / entblößen / zur Leiter führen / die zur Peinlichkeit gehörigen Instrumenta vorzeigen / die Daumen - Stöcke anlegen und damit zuschrauben / auch da dieses nicht fruchtet / mit denen Banden zuschnüren.

§. V. Secundus gradus dicitur, quando rei non tantum polletro seu forcipibus & funiculis, sed præterea etiam instrumentis per intervalla excavatis, Spanischen Stiefeln / tibiis, præsertim parte ejus prioræ, quæ vocatur crus, compressis aut strigillatis, cruciantur, scalæ imponuntur, & violenta quadam expansione seu extensione omnium membrorum, articuli distinguuntur. Laud. Dn. Carpz. *ibid.* n. 62. & Zanger. *in Tract. de Tort. cap. 4. n. 10.* qui gradus à Dicasteriis Saxonis his verbis pronunciat: Man wohl befügt ihn (den Inquisitum) mit der Schärffe ziemlicher weise angreifen und befragen zu lassen. Notanter inseruntur verba: ziemlicher maßen / siquidem ex his ipsis secundus gradus dignoscitur: si autem verba hæc sunt in sententia omiſſa, & simpliciter judicatum, mit der Schärffe den Gefangenen anzugreifen / tunc tertius & summus gradus adjudicatus est, docente Carpz. *in Pr. Crim. p. 3. q. 117. n. 64.*

§. VI. Tertius igitur & summus gradus est, quando carnifex ultra jam dicta & enarrata tormentorum genera, atque expansionem rei in scala peractam, severioribus cruciatibus utitur, & vel candentibus laminibus, vel sulphure & igne cutem in certis corporis partibus adurit, aut extremas digito-

B rum

rum partes, immisis infra ungues pineis cu-
neolis, iisque postmodum accensis, adustione lædit,
& quæ plura à Carpzovio & Zangero *d. l.* enar-
rantur.

§. VII. *Arbitrium* verò ipsum definitur, quod
sit animi sensus, juri, rationi & æquitati consenta-
neus. Sensus aut hic non sumitur metaphoricè &
impropriè, uti hoc verbo utitur Thomas Campanel-
la *in Tr. de sensu rerum*, ubi non solum animanti-
bus, sed & plantis & lapidibus, lignis cæterisque re-
bus aliis sensibilitatem tribuit: nec ut aliàs in scho-
lis Philosophorum exhibetur; sed uti in jure & apud
Jurisconsultos pro judicio, affectu & sententia usur-
patur, quorsum & referenda est, *L. 7. ff. de Contr. Empt.* ut nimirum judex in adhibendâ torturâ ra-
tionem circumstantiarum, tum quoad perso-
nas, tum quoad gradus torturæ habeat, omnes
qualitates exacto sensuum & rationis scrutinio exa-
minet, & præprimis in criminalibus ultra sensus ex-
perientiam non progrediatur. Dn. Stryk. *in tr. de ju-
re Sens. in Proæmio n. 43.* Verum, cum nihil tam pro-
clive esse soleat ad devium, quam animus qui
ad alterius non modo sensum ac voluntatem, sed
etiam vultum atque nutum convertitur, Tull. *de
Amicit.* hinc non immeritò adjecimus, quod Sensus
debeat juri, rationi & æquitati esse consentaneus.
Nam si judex aliter sentit, ac jura permittunt, di-
citur is more sereno judicare. Menoch. *de Arbitr.
Jud. quest. 7. n. 50. §. 51.* Potius igitur ita judicare
debet, ut lex ipsa, si loqui possit, judicaret, & ita
lex

lex quasi anima judicis sit; judex verò quasi vox legis, uti de iudice loquitur Muretus *Orat. 18.* Nec fieri dicitur boni viri arbitrio, quod sine ratione fit; ut egregiè respondit Soc. jun. *Cons. 91. n. 13. libr. 3.* atque hinc judex sine ratione nihil faciat; Et si forsitan is argumento à simili desumpto progredi velit, simul circumspicere debet, an adsit eadem ratio, nam si comparata distent genere, natura, vi, magnitudine, loco, tempore, persona & aliis rerum circumstantiis, tunc, quia ex separatis & dissimilibus non ritè inferitur, per *L. ult. de Calumniat.* Henricus Rahla, in *Topicis c. 17. p. 156. vers. Jureconsultis* argumentum non habet locum. Stephan. in *Dialect. juris lib. 2. Loc. 94. p. 328. n. 6.* Tandem, quia etiam judicis arbitrio æquitas relicta est, ut durities legum molliri vel etiã lenitas mutari possit, uti patet ex *L. 8. C. de Judic.* omninò judex æquitatem quoque, quæ Theriaca contra venenum dicitur, Menoch. *de Arbitr. Jud. 9. 13. n. 17.* ita spectere debet, ut in re alienã id agat, quod in re propria actum esse velit. Tiracquell. *de Retract. Consangu. §. 35.* & rigorem & severitatem leniore interpretamento mitiget Dn. Ziegler. *Tr. de offic. Jud. Concl. 36. §. 34.* Non autem indistinctè & generaliter accipimus æquitatem; siquidem quandoque magna exinde possit nasci iniquitas. Hinc æquitatem extrinsecam, quæ adversa fronte cum jure committitur, & non à verbis solùm, sed etiam à sententia scriptæ legis aliena est, non intelligimus, cum hæc judicis inferioris non sit; sed solius Principis potestati reservata. *L. 21. §. 1. ff. qui & à quib. ma-*

*num. L. 1. C. de LL. ita ut ex ipsius potestate legis-
 toria dependeat, rigorem legis æquitati non conve-
 niente emendare, ut dicitur in L. 9. C. de Leg. Sed intrin-
 secam volumus, quæ ex mente legis & facti circum-
 stantiis oritur, & ubi constat, legem plus sensisse ac vo-
 luisse, quàm verbis exprimit, rigoremque juris aliis le-
 gibus lenioribus adjuta temperat & inflectit. Ziegler.
 d. l. n. 35. cui temperamenti judex in L. 85. §. 2. ff.
 de Reg. Jur. admonetur, ibi: quoties æquitate desiderii
 naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis de-
 cretis res temperanda.*

§. VIII. Definitionem Arbitrii excipit divi-
 sio, quæ ex antecedentibus se ipsam ostendit,
 quod nimirum Judicis Arbitrium aliud sit regu-
 latum, aliud absolutum & irregulatum, quæ
 divisio fundata est in L. 11. §. 7. ff. de Legat. 3. Irre-
 gulatum sive absolutum & plenum dicunt Doctores,
 quando judex semoto jure, ratione & æquitate proprio
 ductus affectu, à dolo tamen alieno, quicquid pla-
 cet, statuit; Regulatum autem, quod juri, rationi &
 æquitati est consentaneum, teste Menoch. d. A. J. 2.
 q. 6. n. 2. & 3. Hoc cum in bonum virum non ca-
 dat, nec nos de eò hic agimus; Illud autem regula-
 tum intelligimus, quod in bono viro residet, qui
 Canones juris, rationis & æquitatis sequitur. Cravett.
 Consil. 190. n. 5.

CAP. III.

§. I.

Hisce consideratis, progredimur ad Arbitrium Judicis circa Torturam in sententia dictatam, sed nondum executioni mandatam, ubi quaestio sese offert: An sententia, in qua reo tortura dictatur, ipsi ante executionem sit publicanda? Distinguendum hic est, inter processum ordinarium & accusatorium, & inter inquisitorium, ita, ut, quamvis in illo publicatio fieri possit, in hoc tamen negetur à Dn. Carpz. *in Proc. tit. 10. art. 1. §. 1.* Et quidem non immerito, quia inquisitus tenorem sententiae, & maxime gradus torturae dictatae cognoscens, eo magis se preparare potest ad patientiam, sive ad duritiem tormentorum sufferendam, ut ea postea contemnat & veritas nullo modo ab eo elici possit. Ulpian. *in L. 1. §. 23. ff. de quest.* Siquidem experientia hactenus docuit, quod rei saepius ex lege quasi societatis ad sustinendam torturam se adstrinxerint, & corpus atque animus ad tormenta induraverint, ut inquit Paulus *in L. 18. §. 1. de Quest.* Hoc tamen arbitrio judicis detrahendum non est, ut is, suppressis torturae gradibus, in genere torturam dictatam annunciet reo, admonendo illum, ut veritatem confiteatur, ne tormentis illa exprimi debeat, Er solle die Wahrheit in gütche bekennen / und zu scharffen Mitteln / solche aus Ihm zu bringe

bringen / nicht Unlaß geben / Er sehe den Ernst / *rc. juxta artic. 46. Const. Carol.*

§. II. Si igitur reus sponte confiteri nolit, putant nonnulli, quod nec tunc iudex ad torturam convolare, sed potius Sacerdotem, & si fieri possit, confessionarium ordinarium requirere debeat, qui rei conscientiam excitet, & illum ad confitendum commoveat. Sed res hæc procul dubio sine effectu erit: Nam si reus delictum, ratione cujus contra ipsum inquisitio instituta est, sacerdoti ut confessionario confitetur, hic planè confessionem revelare non debet. *c. 12. X. de Penitent.* fungitur enim munere divino, & quicquid hoc modo scit, non scit ut homo, sed ut Deus, juxta *c. 2. d. l.* Si autem reus crimen confitetur, ut sacerdoti & ministro ecclesie, nec hæc confessio ullum in jure operabitur effectum, non tantum propter jam dictam rationem, sed etiam, quia confessio hæc est extrajudicialis, quæ in iudicio nullum facit fidem. *Farinac. in tr. de Judic. & tort. libr. 1. t. 5. q. 51. n. 96.* Nec sufficit, si sacerdos ut testis confessionem sibi factam referre velit, nam sacerdos hoc in casu testis idoneus non est, & nec verbo, nec signo, nec alio modo peccatorem prodere vel manifestare potest. *Mascard. de Prob. Concl. 377. n. 5.* adeò, ut, licet reus coram alio sacerdote quid confiteretur, & hic Sacerdos posterior confessionem istam vicissim manifestaret, ne hoc tamen dictum quicquam probaret, quia hi duo sacerdotes non sunt contestes, sed nulli. *Gomez. Var. Resol. tom. 3. c. 13. de tortur. Reorum n. 9. in fin.* ut hinc opera perditæ, sumptus inanes & processus



cessus inquisitorius habeatur protractus, cum tamen hic omni modo promovendus, illi etiam, quantum possibile, evitandi sint.

§. III. Ex quamvis iudicis intentio eò tantum directa sit, ut sacerdos reum ad confitendum hoc modo disponat, illa tamen quoque sine suo frustrabitur; siquidem hæc dispositio aliter fieri non potest, quam minitandò torturam instantem, cui, si fateri nolit, inquisitus subjici debeat: vel urgendo legem divinam & humanam, nec non poenam, quæ peccatores non poenitentes, & in reatu perseverantes manet, vel alio modo metum ineuitendo, ut hinc iudex, quamvis reus postea in iudicio delictum confiteatur, certus non sit, an confessio sit libera, an potius metu tormentorum, diuturnioris carceris, aut spe veniæ vel impunitatis proveniat. Nec obstat, quod probationes iudici sint arbitrariæ; siquidem hoc axioma procedit, si modo Arbitrium iudicis legum præscripto, tanquam Ariadneo filo, dirigatur, Pruckmann. *Vol. 1. Consil. 10. n. 163.* Hoc autem casu, si iudex confessioni per sacerdotem à reo elicite fidem habere, eamque pro libera statim ac spontanea æstimare velit, à legum præscripto nimium deviare videtur, (1.) quia in constitutione Carolina de hoc procedendi modo nihil disponitur, (2.) quia non omnis confessio dicitur spontanea. *Carpz. Pr. Crim. 9. 15. n. 31.* (3.) quia spontanea non est, ad quam reus per sacerdotem blandis verbis, vel comminatione, torturæ instantis, diuturnioris carceris, aut etiam spe impunitatis proposita inducitur, siquidem sine hujus-

hujusmodi mediis vix ac nec vix quidem reus flecti poterit. Berlich. *P. 4. Concl. 4. n. 68. 69. 72. & 76. (4.)* quia in Constitutione Carolina *artic. 46.* expressè sancitum, ut iudex ipse reum ante executionem torturæ ad spontaneam confessionem hortari eumve iis potissimum verbis, quibus ad confessionem perduciqueat, interrogare debeat. Igitur (5.) is alteri vi-ces suas delegare non potest, quia causæ criminales non sunt delegabiles. *L. 1. pr. ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd. L. 6. ff. de offic. Proconsul. & Leg. Joh. Tornet. in Codice Henriciano Libr. 7. tit. 6. L. 24. p. 215.* ubi refertur constitutio Francisci I. Galliarum Regis, exigens, ut omnis processus criminalis peragatur per iudices, aut eorum Vicarios & Assessores, non per procuratores, aut advocatos regios, nec per Actuarios iudicii, aut eorum scribas vel commissarios, imò nec in interrogatoriis, repetitionibus testium, confrontationibus aut aliis actibus processus criminalis delegatio fiat. Multa etiam (6.) observanda sunt iudici circa personam examinandam, veluti mutatio vultus in pallorem & ruborem, titubatio & inconstantia sermonis, trepidatio & alia hujusmodi signa, quæ sacerdos, utpote exactam juris cognitionem non habens, nec attendit nec scrutatur. Et (7.) hoc indevenit, quod si sacerdos rationibus suis & remonstratiõibus nihil efficiat, atque sic iudex de aliis modis sollicitus esse cogatur, quomodo veritatem eruat, veluti id facere tenetur, *L. 9. C. de quest.* demum ad torturam procedendum sit, reus sic duplici cruciatu tam in conscientia, quam in corpore afficiatur.

§. IV. His tamen dictis neutiquam derogare volumus iis, quæ forte à Principe in suo territorio hac de re sunt statuta, cum non ignoremus, Constitutionem Carolinam specialibus statutis, consuetudinibus ac privilegiis immutari posse.

§. V. Hoc tamen arbitrium judici conceditur, ut, si animadvertat, reum in sacris & inprimis in articulis fidei valde rudem esse, ante executionem torturæ adhibeat sacerdotem, qui istum in pietate & christiana fide probe informet.

§. VI. Facillimè etiam contingere potest, ut carnifex ignarus sit literarum, atque verba ipsa sententiæ, utpote quæ ipsi originaliter ad perlegendum exhibenda sunt, *Käyser / er die Anweisung zum Achts Process p. 677. §. 19.* non intelligat, multò minus, maxime si territio verbalis cum hac clausula, quod reus per carnificem ipsum interrogari debeat, dictata sit, interrogatoria legere valeat. Hoc igitur in casu alium substituendum esse, gravitas causæ postulare videtur, cum hic non de stultitudo, aut rignojuncto agatur, sed de negotio famam & vitam hominis concernente. *Ziegl. Discr. Concl. 30. §. 8.* Hinc etiam carnifex talis adhiberi debet, in quo nullus defectus peritiæ deprehenditur: Magnus autem utique defectus est, si is literas ignorat & ipsemet sententiæ tenorem legere nequit. Verum enim verò, quia nullibi constitutum reperitur, quod carnifex literarum gnarus esse debeat, siquidem *Jodocus Damhouder. in Pr. Crim. cap. 153. n. 9* hujus qualitatis mentionem nullam facit, cum tamen cæ-

C

teras

teras qualitates omnes, quæ in carnifice requiruntur, enumerat, & sufficiat, si artis suæ peritus & in officio suo gnarus, constans & imperterritus, bonus præterea atque probus sit, Judicis omninò Arbitrio relicto erit, an alium substituere, an verò hunc, qui literas nescit, adhibere velit, quia huic defectui facile occurri potest, si tenor sententiæ à Judice vel Actuario ipsi manifestetur & interrogatoria, ad quæ reus respondere debet, successivè prælegantur.

CAP. IV.

§. I.

Quando igitur reus ad spontaneam confessionem verbis & admonitionibus se commoveri non patitur, atque ita causæ necessitas durius medium ad eruendam veritatem desiderat, neque tamen uno eodemque modo cum omnibus reis indifferenter procedendum est, certos tormentorum gradus, non minus ac genera & modos tormentorum Judex ad informationem sui Arbitrii circa Torturam exequendam, nosse & observare debet. Carpzov. *Pr. Crim.* p. 3. q. 117. n. 42. Hinc ipsi non licet carnifici concedere, ut certam potionem, quæ eum *Hexen = Trancf* appellari solet, & cujus ingredientia recenset Dn. Dietther. *in add. ad Besold. sub Voc. Hexen.* p. 389. sagis, antequam tormentis subjiciantur, exhauriendam porrigat, quia id superstitionem sapit, sed potius ordinariis mediis

mediis veritas est exploranda. Brunnem. *Proc. Inquis.*
cap. 8. membr. 5. n. 69. in fin.

§. II. Neque immeritò ordinariis mediis veritas exploranda venit. Nam quamvis multa dentur tormentorum genera, quæ Jodoc. Damhouder. *in Pr. Crim. c. 37. n. 18.* enumerat: nihilominus tamen iudex ab iis abstinet, quæ non sunt usitata, nec à dicasteriis approbata, nec à lege confirmata; Neque igitur novum genus addere, neque loco usitati aliud minus usitatum, nec in foro receptum substituere poterit, sed iudices, qui talia faciunt, potius carnificibus, quàm iudicibus sunt comparandi. Jul. Clar. *libr. 5. §. ult. q. 64. n. 36.* Memorabile exemplum de executore justitiæ, quem vulgariter carnificem appellant, refert Laur. Arnold. Frey. *in Tract. de Judic. Inquisit. c. 2. & 3.* atque veram & sibi optimè cognitam historiam ita describit: In celebri quâdam urbe fuit executor capitalis sententiæ, qui ob illud ipsum, quod exquisitoribus tormentis reos, qui ab aliis, tanquam imperitoribus, ad confessionem cogi aut perducì non potuerunt, ed adigeret, clarus fuit, sejus pectus, præsertim autem circa cor, rubeis maculis tinctum, non secus ac si humano sanguine, perfusum esset, conspiciebatur. Inquirenti autem ejus loci Archiatro & medico primario causam istius rei, respondit quodammodo moribundus, se quidem ex ista tinctura vel suffusione cruoris exterius nullum sentire dolorem, nec scire causam istius: putare tamen esse aliquam. Judicatum tum est à viris sapientibus, quod iste Tortor multos innocenter tormento-

rum vi & continuatione ad confessionem delictorum & scelerum ab ipsis nunquam perpetratorum aegerit, & ita; licet innoxios, injusto supplicio affecerit, hancque sui reatus iustissimo Dei iudicio notam, cum quæ etiam sepultus est, acceperit. Caveant hinc omnibus modis iudices, ne & sibi huiusmodi notam, utendo aliquo tormentorum genere, quod non receptum est, in exequenda torturâ contrahant.

§ III. Ampliatur jam dicta doctrina, ut iudex etiam usitatum genus adhibere non possit, si illud ad torturâ gradum, qui in sententia dictatus est, non pertineat. Nam quamvis Treutlerus *Vol. 2. Diss. 1. § 7.* auctoritatem Doctorum probabilem tantum, nec tamen necessariam esse dicat, & Sigism. Scaccia. *de sent. Gloss. 14. q. 24. n. 10.* velit, quod fides Doctori, quantacunque sit auctoritatis, nec possit nec debeat haberi; id tamen sine ullo textu & sine ratione juris dicitur, Sigism. Finckelthuf. *de Jur. Patron. cap. 5. n. 28.* nam si opinio unius etiam Doctoris firmis rationibus munita, in iudicando prævalet, & juvat interdum decisionem allegare in terminis, Jacob. Alemannus *Consult. 8. q. 2. fol. 742.* Johann. à Sande. *in Pref. ad decis. Fris.* quanto magis sequenda erit sententia totius collegii iuridici, in quod recipi solent viri juris consultissimi, pro quibus stat præsumptio, quod omnia & universa accurata mentis trutinâ ponderaverint. Accedit & textus in *Const. Carol. Art. 28.* ubi iudices peritiores super hac re consulere obstringuntur, quin & causas criminales collegio prudentum ad maturam deliberationem committi debere, quin-

qua-

quagies septies in ordinatione jam laudata inculcatur, uti notat L. B. de Lyncker. *in anal. ad Struv. Synt.* 7C. lib. 49. tit. 19. pag. 515. Quod in foro Saxonico minus dubii habet, propter rescriptum illustrissimi Electoris Anno 1579. Dn. Scabinis Lipsiensibus insinuatum, nec non Ordinat. Politic. de Anno 1612. sub tit. von Justitien Sachsen. n. 5.

§. IV. Veruntamen, cum sapius ratione causarum, personarum, locorum & temporum diversitas eveniat, & mutatis personis saepenumero sententia ipsa mutantur. Dn. Ziegl. *Decis. Concl.* 36. §. 22. Doctorum hujusmodi responsa pro talibus, à quibus discedere nullo modo liceat, instar legis venditari nequeunt. vid. Camill. Borell. *Decis. libr. 2. tit. 30. n. 366.* Hinc etiam judex, si rei torquendi, vel etiam torturà jam suppositi malitiam & pertinaciam animadvertat, moveri potest, ut unum vel alterum genus extendat, v. g. Si sententia lata forcipes contineat, ipsis non tantum pollices more aliàs consueto, sed & pro ratione circumstantiarum & personarum, insuper maximi quoque pedum digiti illis comprimi posse puto, propter textum in *Artic. 58. Const. Carol.* ibi: Die Peinl. Frage soll nach Gelegenheit des Argwohns viel/ oft oder wenig / hart oder linder/ nach Ermessung eines guten vernünftigen Richters/ fürgenommen werden. Quibus verbis Judicis Arbitrio, ac discretioni committitur quanta tormenta ad eruendam veritatem sint adhibenda, vid. Dn. Carpozoy. *p. 3. q. 117. n. 25.* Sic etiam judici permissum erit, fiducias ita extendere, ut, quamvis aliàs junctura

manuum funiculis tantum constringantur, nihilominus malitia reorum apparente & aliis circumstantiis urgentibus, fiducias istas in superiore parte unius vel amborum brachiorum per carnificem applicari poterunt, maximè si reus jam antea funiculos perpressus & obduratio carnis fuerit sublecuta, quemadmodum Dn. Scabini Lipsienses in inquisitione contra nonnullos fures famosos, ob furtum in adibus Reichlingianis Dresdæ commissum instituta, Prætori Dresdensi, *mensis Aug. 1703.* hisce verbis responderunt: Daraus so viel zubefinden / daß bey Vollstreckung die obgedachten Wittdorsffen und Zilmern zuerkandten Tortur in Ansehung der starcken wieder sie streitenden Indicien und ihrer Hartnedigkeit/ auch anderer mit einlauffenden Umständen/ die Bande über den Ellbogen/ iedoch mit solcher Behutsamkeit / daß ihnen daraus an ihrem Leben und Gesundheit kein Schade entstehe/ wohl zugebrauchen/ und sie auf solche maasse an denen Armen oben herunter zu schnuren. Prudenter tamen agit iudex, si desuper vel à Principe vel à Jctis petat informationem.

§. V. Sicuti igitur judici non convenit genus tormentorum adhibere, quod usu non receptum; ita etiam ipsi non concessum est, aliquod illorum omittere, ne ipsius arbitrium fiat irregulatum. Hinc quaeritur; an judici liceat in secundo & tertio gradu forcipes, die Daumen-Stöcke/ omittere, & ut tortor statim à funiculis incipiat, præcipere? Affirmativa videtur probari Zangero, *in Tr. de Tort. cap. 5. n. 10.* ubi dicit: Primò solent carnifices subtilioribus & duciter

riter contortis funiculis juncturas manuum reis ar-
ctissimè constringere, atque sic nullam planè men-
tionem facit polletri seu forcipum. Sed negativa ve-
rior est, nam quamvis Zanger. *d. l.* mentionem hujus
instrumenti non faciat, illud tamen non excludit, &
quod in hoc Doctore deest, ex altero, nimirum Dn.
Carpz. *p. 3. q. 117. n. 40.* erit supplendum. Sicuti au-
tem forcipes ad primum gradum torturæ, tanquam
pars ejus essentialis, pertinent, juxta Dn. Carpz. qui *d. l.*
n. 57. expressè dicit, quod carnifex ante ligare fu-
nibus non incipiat, quam apponendo forcipem digi-
torum tentaverit prius, num hoc medio leviori veri-
tatem extorquere possit: ita multo minus à secundo
& tertio gradu excludendi erunt forcipes, utpote^r qui
ipsi partem essentialem primi gradus torturæ con-
stituunt, id quod maximè illustrat rescriptum Sere-
nissimi Electoris ad Præfectum circuli Misnensis & alios
d. 20. Junii 1696. emissum, quod verbotenus hic ap-
ponere licebit: Lieber Getreuer. Wir vernehmen/wie
daß die in unsern Aemtern auch anderen unserer Lehns-
Leuten und Städten/ Gerichten bey Vollstreckung der
Tortur an denen *Delinquenten* unterschiedlich gehalten/
und an theils Orthen bey dem andern und dritten *gra-*
du die Anleg- und Zuschraubung mit denen Daumen-
Stöcken gänglich weggelassen werde. Nachdem aber
dergleichen sich keines wegès gebühret; sondern wann
auf den andern oder dritten *gradum torturæ* erkandt/die er-
stere nicht ausgeschloßen/ zu diesen aber die Daumen-
Stöcke/ als ein wesentlich Stück gehören/ und solchem
nach vielerwehnte Daumen- Stöcke allerdings mit zu-
gebrau-

gebrauchen und darvon den Anfang zu machen / wir auch dannhero wollen / daß es künfftig hierunter also gehalten werde; So ist hiermit unser Begehren / du wollest nicht alleine bey dem dir anvertrauten Amte dich also darnach achten / sondern auch allen andern darein Einbezirkten / so von uns mit Ober Gerichten belichen / oder selbige Pachtweise inne haben / und zwar denen Schrifftfassen und Städten Krafft dieses / daß sie es bey vorkommenden Fällen also und nicht anders halten lassen sollen / vermittelst eines Patents andeuten.

§. VI. Sed quale arbitrium adhibendum est, si reus in una vel altera manu pollice careat, vel in ambabus manibus pollices deficient? vel etiam digitos sibi amputaverit, ne miles esse cogatur? cujus modi homines Murci appellantur. Illustr. Dn. Stryck. *in tract. de Jur. sens. diss. 7. de tact. cap. 4. in fine.* Ad proximiores digitos vel etiam ad hallos seu maximos pedum digitos forcipes applicari posse, non dubitandum: 1.) propter textum *in art. 58. C. C.* ubi judici modus torturæ & ejusdem executio simpliciter relinquitur. 2.) quia in casu, quo manus amputanda est, reus autem modo unicam habet, alia pœna, nimirum fustigatio, substituitur, Dn. Carpz. *P. 1. q. 40. n. 47. & P. 3. q. 129. n. 37.* ut scilicet finis obrineatur, adeoque hic etiam aliud membrum adæquatum substitui potest, quo sic ad finem iudex pervenire queat: recta enim dicitur actio, quæ in adæquatum sibi finem protenditur. Tabor. *in tr. de Coll. Jur. Rom. & Hungar. Sect. 1. lit. B.* 3.) quia pœna amputationis membri simpliciter dictata, non expresso membro, quod amputari debeat

beat, iudicis arbitrio relictum est, membrum eligere, quod velit, & vel delicti vel personæ qualitas postulat. Dn. Carpz. *P. 3. q. 129. n. 45.* Ergo & hic omnino iudici, deficientibus pollicibus, ad alios digitos manuum aut pedum forcipes affigere permissum, ob identitatem rationis, quæ à fine dirigitur: insuper 4.) Reipublicæ interest, ut delicta manifestentur, quamobrem iudex omni modo eo contendat, quo veritatem eruat, *can. 11. caus. 30. q. 5. & tandem 5.*) huiusmodi modum non improbat Damhoud. *Pr. Crim. c. 37. n. 20.* cumque in civitate Brügensi usitatum esse refert, pedum digitos singulis funes annectere, & his corpus rei longissime extendere.

CAP. IV.

§. I.

Accedimus nunc ad arbitrium iudicis circa locum, in quo tortura exequenda venit. Desiderant civilis juris scriptores huiusmodi locum, qui subterraneus & occultus, vel ad minimum ita est comparatus, ut alii homines non possint accurrere, nec audire, quid cum reo in tortura agatur. Iul. Clar. *libr. 2. §. fin. q. 64. n. 35.* Kayl. *in Pr. Crim. cap. 9. §. 18. p. 677.* Hinc in multis locis, maxime in bene constitutis Rebus publicæ certæ cameræ vel cellulæ, *Marter-Cammern* ad exercendos hos actus constructæ reperiuntur. Dn. Tabor. *in tract. de Confr. Disp. 2. §. 5. in fin.* Refert etiam Ioh. Andr., olim Maurus, in tractatu, quem confusionem sectæ Mahumetanæ vocat, *cap. 4. p. 55.* Sycophantam docuis-

docuisse : duos angelos, Harad & Marad, in urbis Babylonis spelunca quadam superciliis suspensos torqueri usque ad diem iudicii. Sed relinquimus hunc nugatorem solum in sua spelunca. Illud autem certum est, quod, si certæ camera ad hunc actum destinata non adsint, in loco etiam supra terram tortura exerceri queat, modo locus sit separatus, ne per ejulationem torri aliis molestia creetur, nec ut modo diximus, id quod reus in tormentis confessus est, divulgatur. Ex quo illa oritur quæstio : an iudici permissum sit, etiam alios homines, quos curiosus animus magis sollicitat, quam officium illorum postulat, admittere, ut actum torturæ videant? Quæ quæstio simpliciter affirmanda non est, quia facillimè evenire potest, ut, si reus in torturâ delictum fateatur, sive nomen & confocios prodatur, sive non, complices id citius resciscant, & sibi fuga consulant. Quod si enim unus corréorum salvo conductu gaudens, & liber extravincula obambulans, à complice in tortura magis graveretur, annon aufugiet, si tale quid contra se confessum esse alterum, experiatur? si id omiserit, inquit Dn. Ziegl. *in Dicast. Concl. 33. §. 6. in fine*, stupidus esset suæque salutis parum æquus æstimator. Neque facile credendum est, omnes, qui actui torturæ interfuerunt, ex ordine Silentiariorum esse, aut Pompeji à Rege Gentio capti exemplum sequi. Per hanc igitur divulgationem iudicium redderetur elusorium, & nocens se subduceret iudicio; quod omnino præcavendum. Accedit, quod ipse iudex, tum ut iudicio sua constet autoritas, tum ut varia evitentur incommoda

moda, nihil eorum, quæ negotium remorari queant, divulgare possit; per *L. 22. C. ut Cornel. de fals.* ergo multo minus ansam præbeat, ut per alios id fiat.

§. II. Sed quid sentiendum de avvocato & patrono rei, anne hic examini in loco torturæ interesse poterit? Affirmativa videtur fundata (1.) in *L. 27. §. 7. ff. ad L. Jul. de Adult.* ibi, *quæstioni interesse jubentur reus reave & patroni, & qui crimen detulerit,* (2.) in *L. 12. ff. de Publ. Jud.* ibi: *Custodias auditurum tam clarissimos viros, quam patronos causarum, si omnes in civitate provincia, quam regit, agunt, adhiberi debere.* Sed Resp. Leges has ab observantia fori recessisse, & planè non attendi. Alberic. in *Rubr. C. de quæst. in fin.* & dicit Aug. in *dict. L. Custodias. ff. de Publ. Jud.* quod nec advocatus accusatoris neque accusati debeat interesse torturæ, & quod ita hodie generalis consuetudo mundi id observet. Confirmat etiam hoc Tabor *de Confront. disp. 3. §. 15.* præjudicio Dn. Jeterum Gryphisvald., qui etiam ab examine rei ad articulos inquisitionales advocatum remotum habere voluit, nec immerito, quia advocatus reo aliter non adjungitur, quam ad defendendum, jam vero cum reus sub tortura constitutus & ad interrogatoria examinari debet, defensio, utpote quæ deductio innocentia est ex parte rei, in ipso actu torturæ, ut infra capite ultimo dicitur, non interponitur; sed vel ante torturam, scilicet ad avertendam eam, vel post illam, ad impediendam executionem sententiæ condemnatoris & ad declinandam poenam. in tortura vero reus ipse sua persona & suo corpore in-

dicia purgare & innocentiam demonstrare debet. Jul. Clar. *libr. 5. §. fin. q. 32. n. 16. in med.*

§. III. Nec tamen negandum, Judicem unum vel alterum, maximè si clarissimus, spectabilis & in dignitate constitutus est, & præsumptio pro eo militat, quod extra limen in tortura audita non effu- tiat, admittere posse: certum enim est, multos esse homines, viros etiam eminentioris conditionis, & vices judicum sustinentes, qui nunquam viderunt actum torturæ, ut hinc reipubl. interlit, illis aditum concedere, quo de insituenda tortura se informare, & casu eveniente, æquo libramine animoque sedato quæstiones insituere, imò & carnificis affectus, qui sæpius in sævitias erumpunt, moderare queant; ne sapientes postea necessum habeant, in sententia imperitiam judicum simul atque excessus animadvertere, uti factum in causa concreditæ, sed postea perfide subversa pecuniæ, Samuel Frisfschen / tunc temporis militem concernente, ubi Dn. Jcti Wittebergenses ad judicem militarem, qui actui torturæ procul dubio nunquam interfuerat, ita *Mens. Aug. 1678. responderunt*:
Dennoch aber und dieweil bey der execution des in *Act. fol. 157.* befindlichen / und von den Schöppen, Stuhl zu Leipzig gesprochenen Urtheils nicht allerdings / wie es die Rechte erfordern / verfahren worden / in dem / wie ex *Actis fol. 162. b. & seqq.* zusehen / den 18. Jan. dieses Jahres der Inquisite Abends um 3. Uhr zur tortur gebracht / und seine Aufsage gethan / bald folgenden Tages aber den 19ten Jan. frühe umb 8. Uhr sein Bekänntniß zu wiederholten / für Gerichte geführt / und

und nachdem er dabey und sonderlich bey der letzten Frage sehr variiret / wiederum von dem Scharfrichter mit denen Schnüren angegriffen und befraget worden/welche Uhr gicht er denn noch selbigen Tages zu Wittage umb 2. Uhr gerichtlich wiederhohlen müssen / in welchen allen aber von der klaren Verordnung Carol. V. abgeschritten / (so einem Richter nicht frey stehet) in dem darinnen und zwar art. 56. §. ult. erfordert wird / daß der Gefangene nach beschehener Peinl. Frage solle zum wenigsten über den andern oder mehr Tage nach der Marter und seinem Bekänntnuß/ wieder vor Gerichte geführt / und ihm sein Bekänntnuß durch den Gerichts-Schreiber fürgelesen / und als dann anderwärts darauf befraget werden / ob sein Bekänntnuß wahr sey? Und also dasjenige / was mit Inquisito dissals also bald des andern Tages vorgenommen / und dessen Aussage vor neue Judicien zur tortur genommen werden wollen / vor beständig nicht zuachten / auch die fol. 167. wiederholte tortur nicht / wie in margine angezeichnet worden / vor eine continuation der ersten / sondern vor eine neue zu halten; Hierüber das von Samuel Frischsen begangene delictum kein militare ist / darüber von dem Kriegs-Rechte / ohne Zuthun der Rechts-Versändigen / nach der Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung / Urthel zu fällen gewesen / (quod maxime observare debent Judices militares, qui saepius limites suos transgrediuntur, & humeris imparibus negotium suscipiunt, ac de tortura ejusdemque gradibus ferunt sententiam, reclamante conscientia & Constitutione Carolina.) So erscheinet dannenhero hieraus allenthalben so viel daß

daß mit der letztern tortur und sonst nicht gebührend
 verfahren / sondern darinnen excediret worden. Imò
 hujusmodi imperitia non tantum cedit in ignomi-
 niam judicum, sed etiam rei ipsi eo ipso poenam
 promeritam effugiunt, quia æquum est, de asperita-
 te poenæ ordinariæ quid remitti, ac juris rigorem
 temperari, ob tormenta, quæ reus de crimine con-
 victus injuria passus est. Carpz. *Pr. Crim. p. 3. q. 125.*
n. 25. Quemadmodum in eadem causa, eodemque
 mense & anno laudari Dn. Jcti Wittebergenses pro-
 nunciarunt, hiæce formalibus, daß Inquisit nach be-
 schehener restitution des Diebstahls und Wieder-
 Erstattung der verursachten Unkosten / in Ansehung des
 allbereit langwierigen Gefängnißes und der zur Unge-
 bühr an ihm wiederholten Tortur annoch mit ewiger
 Landes-Verweisung zu bestrafen; pariter & Dn. Sea-
 bini Lipsiensis retrò *mens. Sept. 1675.* Præfecto Tor-
 gaviensi responderunt: So mag Hans Schneider sol-
 cher begangenen Deüben halber gestaltten Sachen nach
 und in Ansehung / daß bey der tortur ein ziemlicher ex-
 cess begangen worden / zwar an Leib und Leben nicht
 gestraffet werden.

§. IV. Sicuti autem locus, in quo tortura in-
 stituenda, occultus, & si fieri possit, subterraneus esse
 debeat; ita etiam, si is supra terram eligatur, adeo
 munitus sit, ne reus, utpote qui tunc à vinculis li-
 beratur, evadere; nec à sodalibus è manibus judicis
 eripi possit; Siquidem non ignotum est, quod com-
 plices, maxime in villis & pagis, ubi loca bene muni-
 ta sæpius deficiunt, ex lege societatis, vi hostili &
 arma

armata manu carceres effregerint & reos abduxerint, velut non tantum ex responso a Dn. Carpz. in *Pr. Crim.* q. 35. n. 45. adjuncto, sed & ex scripto, quod de tabula aurea Lüneburgensi furtim ablata typis editum est sub titulo: *Denckmahl der Göttlichen Regierung* plus satis patet. Arbitrio tamen iudicis non denegatur, vel satellites & apparitores plures adsciscere, vel etiam allis vigilibus & hominibus armatis locum custodire atque sic malitiæ obviare. vid. *L. 1. L. 12. ib.* §. 1. *L. 14. ff. de custodia & exhib. reus.*

§. 3. V. Tandem locus iste tolerabilis esse debet, ne inde majores cruciatus reo accedant, nec dolores, quos ipsa tormenta provocant, augeantur, quod vel tunc maximè fieri posset, si locus ad actum torturæ destinatus supra terram, & tortura tempore hyemali exequenda est, atque ita frigore intenso rei corpus denudatum affligitur: sicut enim iudex attendere jubetur, ut carcer ita sit comparatus, ne inde vitæ vel corporis discrimen aliquod incarcerato sit metuendum. Aut. Consult. Saxon. p. 4. q. 37. *vers.* Darüber in unfern. Ita multò magis idem præcaveat, ne dolores reo propter frigus duriores fiant, & ne hoc ipso limites arbitrii sui excedat. Quamvis enim Damhouderus in *Pr. Crim. cap. 37. n. 18.* mentionem faciat frigoris intolerabilis, idque inter genera tormentorum referat; quia tamen in terris Saxonice frigus tanquam genus tormentorum non est receptum, sed ea tantum, quæ supra capite secundo recensuimus, in usu sunt, omnino iudex mentem frigidam, calore moderatæ rationis temperare debet, si comparari



(32)

parari nolit carnificibus ipsis, juxta effatum Jul.
Clar. *libr. 5. §. ult. q. 64. n. 36.*

CAP. VI.

§. I.

Quemadmodum igitur Arbitrium Judicis in toto hoc negotio pietate & ratione regi debet, maxime etiam illud circa tempus, quando & quamdiu reus torruram sustinere debeat? ita dirigendum est, ne judex magis crudelitatem exercere, quam justitiam administrare videatur. Ecquid enim crudelius, atrocius & ab omni jure & ratione magis alienum est, quam sub veritatis eruendæ prætextu miseros homines diutius acriusque vexare, quam jus fasque exposcit? Et quis non potius semel atque uno veluti temporis momento & vitæ finem imponere & feralem horum verius lanionum, quam judicum tyrannidem effugere, quam se sub mille mortibus vivum discerpi eligat? quærimus cum Emanuele Suarez. *in annot. ad Anton. Gomez. lib. 3. Resolut. 13. Lit. C.*

§. II. Quando autem tortura sit instituenda, de eo non tantum variæ reperiuntur opiniones, sed & usus ipse variat. Alii enim volunt nocturnum tempus ad hoc requirunt, partim ideo, quod judex, postquam reus cibum & potum assumpsit, propter periculum vomitus ad minimum quinque vel sex horas à quæstione abstinere debeat, Delrio *Disquis. mag. libr. 5. q. 9. vers. torture. modus*, vel etiam per octo horas, cum

cum eo tempore absoluta sit digestio & stomachus alium requirat pastum. Novell. in *Pract. ad Defensam. c. 3. n. 20.* quod & se observasse dicit Farinac. in *Pr. Crim. libr. 1. tit. 5. q. 38. n. 32.* partim ex ea causa, ne per torturam & ejulationem rei aliis hominibus molestia causetur. Dn. Carpz. *Pr. Crim. p. 3. q. 124. n. 7.* Alii tempus matutinum magis opportunum huic actui existimant; quia etiam alii actus judiciales majoris momenti hoc tempore perfici solent, & plerisque in locis hoc tempus observari, ut nimirum rei jejuni torqueantur, laud. Dn. Carpz. *d. l.* notat. Verum enim verò res hæc planè est Arbitrii, juxta *art. 58. Constit. Carolin.* adeoque judex rationem personæ, loci & temporis habeat, & perpendat, an & quando reus cibum & potum sumpserit, an nocturno an matutino, vel etiam meridiano tempore, ut hinc torturæ subjici queat; nam multæ circumstantiæ evenire possunt, quæ jubent, ut reus matutino tempore non possit torqueri; multa etiam accidere possunt, ut id neque matutino, neque nocturno tempore fieri queat, e. gr. si reus podagricus, epilepticus, melancholicus torqueri debet, sic enim omninò judex tenetur tandiu expectare, donec affectus cessaverit; sicuti autem is nescit morbi motum, ita etiam ignorat ejusdem exitum, & consequenter certum tempus huic actui præfigere nequit, sed secundum rei statum illud arbitrabitur.

§. III. Sed an etiam die feriato & dominico torturæ instituenda? Distinguit Jul. Clar. in *Pr. Crim. §. fin. q. 64. n. 34.* inter atrocita & levia delicta, atque

E

dicit,

dicat, quod in illis omnibus diebus, etiam paschali-
bus, procedi possit ad torturam, non autem in hisce;
sed religiosiorem se exhibet in *q. 97. n. 5. vers. quare
etiam &c.* ubi id planè negat, dicens, licet non sit pec-
catum, esse tamen horrendum & miserabile specta-
culum, à quo propter Dei reverentiam hoc die omni-
no abstineri debeat, quod & placet Dn. Carpz. *d. l.
g. 124. n. 4.* quæ sententia fundatur *L. 7. C. de Feriis.*
Prudentiæ tamen iudicis relicta videtur, si Reipu-
blicæ inter sit, pœnam sceleratorum accelerari, etiam
die feriato prodicionem per latronum tormenta quæ-
rere, cum facillimè & in hoc Numinis divini venia
speranda sit, per quod multorum salus & incolu-
mitas procuratur. *L. pen. C. de Feriis.*

§. IV. Maximè autem circumspectus esse de-
bet iudex in adhibenda tortura ratione durationis
temporis, ne & in hoc iustitia sapiat sævitiam. Non-
nulli equidem distinguunt inter indicia, & volunt, con-
currentibus gravioribus & urgentibus indiciis, reum
tribus diebus interpolatis torqueri & pro qualibet
vice ter cum quæstionibus elevari posse, ut de Ita-
liæ consuetudine testatur Clar. *Pr. Crim. q. 64. n. 33.*
Alii opinantur, necessitatem veritatis indagandæ &
iustitiæ administrationem exigere, ut, quod in uno
die absolvi non potest, illud sequenti die peragatur
& examen continuetur. Delrio *Disq. mag. libr. 5. ap-
pend. 2. q. 34.* Alii unum diem tantum concessum au-
tumant, quia alias ad expediendum actum judicialem
totus dies deputatur. *arg. L. 38. §. 16. L. 137. §. 2. ff. de
F. O. & L. 70. ff. de solut.* Alii torturam vetant ex-
tendi

tendi ultra horam, uti patet ex Pontificis Pauli III. Bulla LVIII. quæ habetur in Bullario magno. p. 1. Alii dicunt, quod reus suspendi possit per quartam, tertiam, mediamve partem, vel duas tertias unius horæ, aut per integram horam. Dn. Theodoric. in Colleg. Crim. cap. 9. Art. 1. n. 3. Alii tandem, imprimis Jēi Friburgenses, quos Delrio dict. l. refert, probant, quia de omnibus reus examinari debet, quod is torquendus sit, donec examen de omnibus, quibus suspectus & gravatus est, perfectum & absolutum fuerit; Sed tempus hoc planè ab Arbitrio Judicis prudentis dependere, verius est per L. 1. §. 23. L. 18. §. 1. ff. de quest. art. 58. C. C. Cum enim aliæ personæ sint robustæ, aliæ debiles, aliæ timidæ, aliæ pertinaces, & ita non omnes pares cruciatus perferre queant, judex ad has qualitates respiciat & tempus ita arbitretur, ne reus infirmus & timidus pereat, neque etiam pertinax, & qui animum in tormenta induravit, cognoscat, unam vel alteram partem horæ vel etiam totam horam, aut aliquid ultra esse præterlapsum, id quod quam maximè illustrat rescriptum ex aula regio-electoralis ad Senatum Dresdensem, in causa supra dictos latrones concernente, transmissum d. 26. Julii 1705. hisce formalibus: In übrigen verlautet/ daß einige von denen bisshero eingebrachten und hier und dar justificirten Dieben anzuführen gewußt/ daß die Tortur an keinem Orte leichter aus-zusehen/ als in hiesigen Landen / weil man sich nach der zu dem Ende darbey gesetzten Uhr / und sonst nach gewisser Zeit richtet / und nach derer Ablauff die Inquisiten von der Mar-

ter befreiete / darvon auch / vor wenig Jahren in dem in Druck ausgegangenen Tractat, Denckmahl der göttlichen Regierung genandt / darinnen wegen der zu Litzneburg gestohlenen güldnen Tafel Justificirten Räubern gehandelt wird / fol. 84. und 85. auch sonst dafelbst Nachricht enthalten. Als habt ihr den Scharffrichter dahin anzuweisen / daß bey dergleichen harten Verbrechen und Ubelthaten er die Tortur dergestalt einrichten möge / darmit weder durch die Kürze der Zeit noch in andere Weise dieselben die Wahrheit zu hinterhalten Anlaß nehmen.

CAP. VII.

§. I.

JAm etiam Arbitrium Judicis circa Torturam considerandum est quoad personas. Quamvis enim Mahometes non tantum homines, sed & animalia & aves torturæ subicere soleat, siquidem *libr. 3. cap. 9.* in Alcorano scribit: Salomonem aliquando congregasse exercitus suos, constantes ex hominibus, demonibus & avibus: Cum autem in delectu avium upupa desideraretur, interminatam ipsi esse Salomonem tormenta, nisi causam absentia diceret, upupam autem respondisse, se fuisse in terra Saba, & ibi Reginam convenisse, & ita se à tortura liberasse. Sed de hâc fabula sacra litera silent, & cum hic maximè de homine ejusque vita & sanguine agatur, cujus tanta est jactura, ut major esse nequeat, *L. 10. ff. de pan.*

pan. ubi autem majus periculum, ibi eò cautius agendum. *c. ubi periculum. de Elect. in 6.* hinc prudens judex omnem cruciatum non tantum pro qualitate & quantitate criminis & delicti, indiciorum item, præsumptionum & suspicionum, quæ reum gravant, sed etiam pro qualitate corporis, quod torturæ subjiciendum est, & pro conditione personarum, quæ tormenta sustinere debent, adtemperare tenetur. Hortens. Cavalcan. *de Broch. reg. p. 3. n. 130.*

§. II. Considerandæ autem sunt personæ vel physice vel moraliter, ita ut judex arbitrium suum circa torturam vel ex causa physica interponere, & vel restrictiores vel laxiores tortori permittere habenas, vel ex causa morali modum determinare queat: quia aliàs torturæ remedium est extraordinarium atque exorbitans, & ab initio contra servos tantum & homines viles decretum atque susceptum fuit, uti Dn. Tabor *in Tract. de Tort. cap. 2. §. 3.* tradit, & constat etiam honestiores ipsa juris ratione & expressa sanctione ab illa exemptos tantumque fuisse, ne quis eorum excusatione legitimè uti prohibeatur. *L. 4. C. ad L. Jul. Maj.*

§. III. Primo autem judex ordinem in personis observare debet, ut si masculus & fœmina concurrant, tanquam complices, fœmina prius torqueri debeat; quoniam verisimile est, fœminam citius confessuram esse delictum & veritatem dicturam. Jacob de Belloviso. *libr. 3. Pract. Crim. cap. 6. n. 5. §. 5.* cum fœminæ non tantum inconstantioris animi; sed etiam debilioris naturæ esse credantur: Zang. *de Tort. cap.*

cap. 4. n. 27. Hinc etiam Dn. Scabini Lipsienses mens.
 Mart. 1698. ad Praefectum electoralem Saxonicum.
 Oschatiensem, in causa Daniel Appermannen ejusdem-
 que uxorem concerente, responderunt: und zwar
 dergestalt/ daß von dem Weibe/ als dem schwächsten
 Theile/ der Anfang gemacht werde ic. Verum cum
 Doctorum unanimis sit sententia, quod tortura in-
 cipienda sit ab eo, à quo facilius veritas speratur.
 Guid. de Suz. Tr. de Jul. & Tort. n. 22. & foeminae multae tam
 robustae naturae & fortis animi, quam masculus repe-
 riantur, siquidem ex Polyæn. libr. 8. Stratagem. notum,
 quod foeminae Cleomenem & Demarathum, Spartanorum
 Reges, diversis vicibus ab urbis oppugnatione
 fortissimè depulerint, & memorabile exemplum ex-
 tat, cum Anno 1552. Mahometus Hungariae oppidum
 Agriam, nec natura nec arte usque adeo munitam
 70000. hominum exercitu cingeret, praesidiariorum
 2000. & mulierum inprimis, tanta virtus fuit, ut
 Turca amisisset 8000. cum pudore (sunt haec verba Hi-
 storici) obsessionem dissolvere cogeretur. Inter il-
 las una, quae coram matre & marito depugnabat,
 cum occiso marito, à parente moneretur, ut corpus
 tolleret & sepulturae demandaret: non hoc, inquit,
 illa, o mater, Deus sinat, ut vir inultus terram conda-
 tur, pugnam hoc tempus, non sibi exequias, deposcit,
 acceptoque demortui ense & clypeo in medios ho-
 stes ruit, nec prius à pugna destitit, quam tribus
 Turcis, qui in muram enitebantur, interfectis.
 Thuan. libr. 10. Hist. Non immeritò hinc iudicis pru-
 dentiae relinquitur, tam masculi, quam foeminae natu-
 ram,



ram, & an illius, vel hujus debilior & infirmior sit, considerare & dijudicare, à quò facilius possit veritatem extorquere, per *L. 1. §. 2. & L. 18. ff. de quæst.* Quòd arbitrium, iudex etiam adhibere potest, si maritus & uxor, pater & filius concurrant. Dn. Carpz. *Pr. Crim. p. 3. q. 24. n. 17. & 18.* Nam quamvis amor uxorius ceteros omnes, præter amorem parentum in liberos, superare credatur, juxta illud Propertianum.

Omnis amor magnus, sed aperte in conjugè major. & verisimile sit, maritum videntem uxorem suam in cruciatu pendentem, eam excusaturum fore, & de se confessurum. Zang. *d. l. c. 4. n. 30.* quin & præsumendum, patrem, qui videt cruciari filium, ultro veritatem dicturum, *ibid. n. 28.* experientia tamen sæpius contrarium docuit, ut neque maritus cruciatu uxoris, neque pater tormentis filii, ad liberam confessionem commotus fuerit.

§. IV. Sicuti autem iudex ad debilitatem naturæ respicere debet; ita etiam infirmitatem rei observare tenetur, per textum expressum *art. 59. C. C.* Cum autem facillimè contingere possit, reum esse podagricum, ane & hic torturæ erit subjiciendus? affirmativa placet Guil. Fabr. Hildano *Cent. 1. Obs. 79.* qui refert, plurimos per torturam ab arthriticis doloribus & podagra fuisse liberatos, quod si verum est, potius suo commodo, quàm incommodo, podagrici essent exponendi torturæ. Nos tamen cum Dn. Ammone *in Medicina critica. Discurs. 19. p. 159.* torturam pro remedio medico non æstimamus, & quamvis podagricis

dagrico concedamus, ut ipse, si velit, carnificem adeat, dubitamus tamen, an hoc remedium quis sit electurus, & hoc modo valetudini suæ consulturus, interim Constitutio Carolina *art. 59.* expresse sancit, So der Beklagte gefährliche Wunden oder andere Schäden an seinem Leibe hätte / so soll die Peinliche Frage vermassen gegen ihm vorgenommen werden / darmit er an solchen Wunden oder Schäden zum wenigsten verletzet werde / ut hinc judici incumbat, ante omnia inquirere in morbum torquendi, ne aliquid accidat, quod corpori ejus damnum inferat, *arg. L. 14. §. 2. de Edilit. Edict.* Eapropter non errare judicem, puto, si prudentem adhibeat Medicum, & juxta ejusdem judicium arbitrium suum adtemperet, quemadmodum eriam Matth. Stephan. *in not. ad dict. art.* exemplum proponit, de homine, qui ruptura circa genitalia laborat, quem moderate, ne ruptura incrementum capiat, torqueri posse, docet.

§. V. Quid judici circa mulierem lactantem observandum sit, docet Dn. Carpzov. *p. 3. Pr. Crim. g. 118. n. 61.* & sæpius hujusmodi mulieri infantem lactanti torturam fuisse dictatam, tradit, ita tamen, ut illa moderatè adhibeatur, ne per eam infanti quoad nutrimentum noceatur. Verùm cum facillè alia nutritrix inveniri & per illam infanti prospici possit, ut optimè animadvertit Dn. Tabor *in Tract. de Tortur. cap. 5. §. 30. in fine*, res maximè videtur ab arbitrio judicis dependere, qui atrocitatem delicti, qualitatem indiciorum & personæ inquisitæ statum considerabit & arbitrabitur, an alia nutritrix substitui & inquisita

efformandos sibi curavit, torqueri potest, propter verba *art. 50. C. C.* arbitrium tamen iudicis juxta Medicorum consilia sit regulatum.

§. VII. Statuunt porro Doctores, epileptico morbo laborantes torqueri non posse: Dn. Carpzov. *Pr. Crim. p. 3. q. 118. n. 50.* Sed hic plane summa præcautio & exacta inquisitio iudicis requiritur, ut is maximopere indaget, an epilepsia ficta sit, an vera; Nam quamvis interdum signa epilepsiæ se prodant, ea tamen non semper pro signis epilepsiæ veræ assumi debent, quoniam sæpe à malitiosis hominibus talia finguntur, uti *Facultas medica Lipsiensis d. 23. Sept. 1698.* ad D. J. F. R. Gerichts-Verwaltchern zu B. respondit, his verbis: Wie wohl die starcken concussiones und Erschütterungen des Leibes und dessen Glieder/ Einschlagung der Daumen/ Knirschen der Zähne/ und Zerschüt oder Spuma vor dem Munde bey denen warhafftigen epilepticis, als gewöhnliche symptomata, angemerket werden/dennoch auch solche nicht schlechter dinges/ und zu aller Zeit pro signis epilepsiæ adæquatis zu halten/ sondern dergleichen von böshafftigen Leuten wohl pro lubitu fingiret/ und hierdurch motus convulsivi erwecket werden mögen: Probatur id quoque exemplo, quod in Prætorio Dresdensi, inquisitorum cumulo rota fere die fatigato, paucis ab hinc annis contigit, ibi enim furti accusatus & in carcere detentus, Johann Gottfried Baus/ ob signa externa dicebatur morbo laborare epileptico, quamobrem tortura eidem remittebatur, & extraordinariè puniebatur, sc. relegatione, ex sentent. Dn. Scabinorum Lipsiensium

menſe Maj. 1685. Bauz. vero non tantum urphedam revertendo violans; ſed etiam furta diverſa reit-rans, denuo capiebatur, ipſique tortura rurfus ad-judicabatur, ſed hic nihilominus ſimulabat morbum ſe-cundã vice, & per hoc torturam avertebat, tertia tandem vice, cum ob multiplicata delicta manibus liſtoris traderetur & tortura ipſi dictaretur, abſque ullo ſigno epilepſiæ primum gradum torturæ ſuſtinuit pertinaciter. Hinc arbitrio judicis commiſſum eſſe credimus, ut ante omnia Medicos conſulat, qui, an morbus verus vel ſimulatus ſit, curatè inquirent; Quodſi igitur morbus ſit verus, judex reum, ut ve-ritatem puram confeſſeatur, nec ipſimet duriora me-dia ad eruendam veritatem concitet, ſevere admo-nerè poterit, quemadmodum *menſe Febr. 1685.* Dn. Scabini Lipſienſes in antea memorata cauſa pronun-ciarunt; quin & ſi reus in negatione perſequeret, judici nihilominus permiſſum erit, aut ad torturam progre-di, & per hanc periculum facere, ſed cum ſumma prudentia & cautela, ut nimirum, ſi in ipſa execu-tione torturæ epilepſiæ malum ingruat, ſtatim à torturâ abſtineat & reum ſibi ipſi relinquat, veluti admonue-runt laudati Dn. Scabini Lipſienſes in ſupra dicta in-quiſitione contra famoſum iſtum furem Bauzen; *men-ſe Jan. 1703.* hiſce formalibus: Im Fall aber bey der execution dieſes Urtheils inquiſito die Schwere Noth angewandelte / iſt ſo fort damit inne zu halten.

§. VIII. Pari modo judici poteſtas hæc con-ceſſa in melancholico; nam quamvis hanc Doctores à tortura eximant, Dn. Theodoric. in *Colleg. Crim.*

cap. X. de poen. Act. 4. n. 27. non tamen simpliciter id assumendum esse, patet ex diversis responsis, quæ suppeditat Dn. Zittmann. in *Medicina Forensi. Cent. 3. Cas. 56. Cent. 4. Cas. 63. it. Cent. 5. Cas. 3.* & quia insultus melancholicorum sua habet intervalla, & melancholia ipsa suos gradus, Dn. Amman. in *Medic. Critic. disc. 45. §. 15.* eapropter ad consilia & informationes Medicorum confugiendum. Quod si igitur inquisitus pro vero melancholico habeatur, non dubitandum, quin à tortura sit immunis, ut Dn. Scabini Jenenses, teste Theodorico *d. l. olim responderunt.* Negandum tamen non est, judicem, si affectus remittat & inquisitus ad saniolem mentem redeat, ad torturam progredi posse in casu, ubi cum dilucido intervallo deliquit, vel melancholia supervenit. Menoch. *de A. J. 2. libr. 2. Cas. 325. n. 11.* Extenditur hoc Arbitrium porro, quando inquisitus se finxit melancholicum: *L. 6. ff. de Curat. furios. Farinac. q. crim. 94. n. 40. 41. 42. seqq.* cum judici incumbat malitiis hominum obviare & iis non indulgere. *L. 38. §. 1. de R. F.* Nonnulli id extendere volunt ad casum, ubi quis suâ culpa vel suo facto in melancholiam seu ipsum furorem incidit, ut nihilominus iudex, melancholia non obstante, procedere possit; sed quia vel maximè etiam tunc defectus adest iudicii, & delinquens mentem alienatam habet à facto, vix ac ne vix quidem recta rationi hoc arbitrium convenire potest.

§. IX. Adducitur etiam cæcus in hanc scenam. Et quidem extra controversiam esse, quod cæcus torqueri possit, dicit Zanger. *tr. de tort. cap. 1. n. 48.*

in fine, ex ratione, quia neque auditus neque loquela impedimento est, quo minus de crimine à se commisso confiteri posset. Dn. Carpz. *p. 3. q. 118. n. 25.* Sed iudex hic omnia oculorum acie circumspiciat, ne cæcus sit in cæco torquendo. Hinc arbitrium ejus fundatum sit in hac distinctione, an nimirum torquendus sit reus super facto ipso commisso, an super facti circumstantiis; atque sic priori casu propter traditam jam rationem tormentis reum subjicere possit; posteriori autem casu arbitretur, an circumstantiæ auribus aliove sensu satis percipi possint à cæco, vel non, supra his enim non interrogandus est reus, cum sensu necessario, quo has circumstantias perciperet, destituatur, uti accurate distinguit Dn. Stryck. *in tr. de Jure Sensuum, Dissert. 2. de Jure Cæcor. cap. 5. n. 14.* Limitatur tamen, si reus ante cæcitatem delictum commiserit, tunc enim iudex ipsum de hujusmodi circumstantiis interrogare potest, cum rem ipsam sensu accommodato, visu scilicet, semel perceperit, & in responsione ad interrogatoria visu amplius non sit opus, per ea, quæ tradit Mascard. *Vol. 1. Concl. 278. n. 9.*

§. X. Quam maximè etiam, quando surdus torturæ subjiciendus, cautus esse debet iudex, prout tradit Bocér. *de tortur. c. 4. n. 16.* & Carpz. *Pr. Crim. p. 3. q. 118. n. 21.* & multi alii excellentissimi Jurisconsulti, qui distinguunt inter surdum natura talem, & surdum per accidens, item inter surdum ex accidenti, qui literarum est ignarus, atque scribere nescit, & inter surdum ex accidenti, qui novit lite-

ras & scribere valet; illos enim non facile ad torturam rapiendos esse, monent, hunc vero torqueri posse, volunt. Verum, cum sapius eveniat, ut surditas simulatur, iudicis arbitrium concurrere debet, ita, ut is primò testes, & quidem ex familiaribus & vicinis, convocet, & ex his inquirat, qualem se in conversatione quotidiana gesserit: deinde variis modis, e. gr. ex improvise vocando acclamando, sonum excitando auditum probet: porro negotium Medicis, committat, ut hi accuratè inquirent, an verus vel simulatus sit morbus; & tandem, si neque testes adfuerint, neque aliàs explorandus est morbus, nihilominus signa simulati morbi concurrant, permittum erit iudici, mediante tortura veritatem eruere, ad exemplum ebrietatis, de qua Dn. Carpov. *d. l. q. 146. n. 66.* imò forte etiam remedium Justinianicum interrogandi surdos, quod habetur in *L. 10. C. qui testam. fac. possunt*, sc. ut interrogans supra cerebrum eorum loquatur, recurrendum esse, sentit laudat. Dn. Stryck. *diff. 4. de Jure Sens. cap. 5. de jure Surdor. in fin.*

CAP. VIII.

§. I.

Cum Tortura eum in finem adhibeatur, ut reus iudiciis gravatus delictum confiteatur, circumspetus iudex & hic esse debet, ut arbitrium regulatum inreronat, interrogando sc. reum, confessionem

ab

ab eo eliciendo illamque annotando: Qua de re in articulo 58. *Ordinat. Crim.* ita disponitur: Und soll die Frage der gefragten nicht angenommen oder aufgeschrieben werden / so er in der Marter thut / sondern er soll seine Sage thun / so er von der Marter ist; Ex quibus verbis satis patet, reum in ipso torture actu non esse ininterrogandum, nec examinandum, quod etiam approbat & præjudicio firmat *Carpz. p. 3. pr. crim. 9. 124. n. 26. 27. seqq.* additque rationem, quod non verisimile sit, in ipsis torture cruciatibus constitutum, veritatem posse eloqui, aut perpetrata cum circumstantiis in memoriam revocare, adeoque iis demum, quæ remissa torture sive quaestionibus exemptus indicabit aut confitebitur, fides habenda sit: quare nec id, quod in torture confessus est reus, sed quod remissa torture fatetur, à Notario consignari debet. Verum iudex hic non male arbitrabitur, si reum in ipso torture actu interrogat & examinat, (1.) quia reus, si innocens esset, innocentiam suam aliàs non posset demonstrare & indicia purgare, quod tamen perseverando in negatione demum fieret. *Bocer. in tract. de quest. & tort. c. 5. n. 2.* (2.) verbum; Sage/ idem est ac confessio, uti videre licet apud Taborem in *tract. de confrat. disp. 4. cap. 2. & in tract. de ind. & tort. c. 4. §. 13.* quomodo igitur reus confiteri vel ad confitendum se declarare posset, si non sit interrogatus, (3.) interrogatio in allegato articulo non est interdicta, sed potius (4.) interrogatio sub tormentis, *art. 56. in verbis.* Sondern dem Verdachten nicht anders vor oder NB. in der Frage für gehalten werden

quorsum & suam intentionem dirigit. Carpz. ipse
d. l. q. 124. n. 31. cum dicit, quod certis articulis in-
 cludi debeat factum, super quo reus per tormenta
 est interrogandus, confirmatur id (6.) *in L. 1. §. 22.*
ff. de questionib. ibi, si dum quæstio habetur, amplius di-
xerit, rei fuerit iudicium, non interrogationis culpa,
 quæ verba satis innuunt, quod reus in ipso actu tor-
 turæ interrogatus fuerit, & ille responderit, ut hinc
 iudicis arbitrium in hoc passu juri & rationi consen-
 taneum sit. Et quamvis aliquis objicere vellet, licet
 non interdicta sit interrogatio, tamen interdictam
 esse expressis verbis annotationem, atque ita rei con-
 fessionem sub & in tormentis factam registrari non
 debere, & hoc ipso ex natura relatorum se-
 queretur, quod & interrogari non deberet, quia
 aliàs actus interrogationis esset frustraneus, quem
 jura detestantur; Siquidem verba illa: Und soll die
 Sage der gefragten nicht angenommen noch aufgeschrie-
 ben werden / so er in der Marter thut / sondern er soll
 seine Außsage thun / so er von der Marter ist / ita planè
 accipienda sunt, ut id, quod ad præcedentem inter-
 rogationem sub tormentis confitetur, annotari non de-
 beat; sed quando declarat, se velle confiteri, vel jam
 jam confitetur, tunc tortura relaxanda & reus iterum in-
 terrogandus sit, & quod postea ad hanc interrogatio-
 nem confitetur, illud omninò à Notario est con-
 signandum, uti tenorem articuli jam dicti potentis-
 simus Rex Poloniarum & Elector Saxonix in Pro-
 cessu coram Præfectura Belzigenfi contra Andream
 Hagedorn agitato, per rescriptum ad Præfectum ibi-
 dem *mens. Mart. 1700.* declaravit. §. II.

§. II. Si igitur reus torturâ remissâ delictum confitetur, iudex eo quoque arbitrium suum extendere potest, ut hujusmodi confessioni non statim fidem habeat, sed simul etiam diligenter dispiciat, an confessio vera sit vel non, ea propter inquireat in circumstantias, de quibus Ictus Saturninus in *L. 16. ff. de Penis agit*, ut scil. rationem causæ, personæ, loci, temporis, qualitatis, quantitatis, & eventus habeat, & pro ratione circumstantiarum & qualitate delicti interrogatoria ad veritatem indagandam convenientia formet, impossibile enim est, ut omnes articuli & interrogatoria legibus & constitutionibus comprehendi possint. *L. 12. ff. de Legib.* quamvis iudici aliàs non permissum sit, ut ipsemet reo circumstantias criminis suggerat, uti sæpius fieri solet, quando iudices hæc in re incautius agunt, & ex suo ingenio imprudenter vel malitiosè ad seducendum miserum reum ipsi circumstantias in interrogationibus suppeditant, contra textum in *art. 56. Const. Crim.*

§. III. Illud notum est, reum, qui ob certum aliquod delictum quæstioni subicitur, incidenter saltem de alio etiam crimine perpetrato non esse interrogandum, propter textum expressum in *art. 20. Ordin. Crim.* Sed cum sæpius eveniat, ut reus in responsione se suspectum reddat de alio delicto, & ita indicium oriatur, vel etiam unum delictum ab alio dependeat aut connexitatem habeat cum eò, de quo contra reum jam jam inquisitio instituitur, aut de quo jam torqueri debet, vel etiam jam confessus est, iudex omninò suo arbitrio de alio quoque deli-

cto reum in tōrtura interrogare potest. Quin & non tantum de alio delicto, sed & de complicitibus delicti interrogationem formare poterit. Caterum hoc negandum non est, quod multi iudices, s; modo cum aliqua difficultate inquisitio est conjuncta, illicō manum retrahant & ad asyllum illud socordia, jura proniora esse ad absolvendum, quam ad condemnandum. *z. F. 28.* confugiant, quasi hęc regula de casibus quomodocunque difficilibus prodita, & non etiam alia regula pręscripta sint, secundum quas ille omnia quam diligentissimē rimari & investigare, arbitriumque suum instituere possit.

§. IV. Caveat tamen iudex, a reo confessionem sub impunitatis pmissione elicere, quia exinde magna nullitas processus exsureret, & talis confessio sub spe impunitatis impetrata, tanquam iudicis dolo extorta, ad condemnandum minime sufficeret. *Carpz. Pr. Crim. p. 3. q. 113. n. 50.* Equidem simulatione uti, & fingere aliquid velle, quod tamen quis revera non intendit, ad exemplum Salomonis, prohibitum non esse, post alios idem statuit *Carpzov. d. l. n. 37.* Verum magis est, ut dicamus iudicis arbitrium hac in parte ab omnibus simulationibus sive ista ad deceptionem, sive ad bonum finem tendant, debere esse remotum, cum hoc agere nihil aliud sit, quam illaqueare reum fraude & mendacio, quod cuiuslibet bono viro, pręsertim iudici, quem veritatis amantissimum esse decet, summoperē est vitandum, uti loquitur. *Jul. Clar. libr. 5. §. fin. Pr. Crim. quest. 5. n. 8. in fine.*

§. V.

§. V. Denique videndum est, quomodo circa consignationem confessionis rei, iudex arbitrio uti possit. Ratione hujus non tantum in *art. 148. & alibi Ord. Carol.* sed etiam in *Rescripto Electorali Saxo-nico de anno 1379.* expresse dispositum est, quod actuarius summa cum diligentia rei confessionem annotare, & quantum fieri potest ipsissima verba rei consignare debeat, ne forsitan transmutatione verborum sensus invertatur. Sed quid si reus lingua utatur peregrina, e. g. italica, gallica aut alia, quam neque iudex neque actuarius norit? plane iudicis arbitrio relictum est alium Notarium, qui illam linguam callet, adhibere, quod facili negotio expediri potest: Sed cum hoc ipso novus adhibitus Notarius tam vices iudicis quam actuarii sustineat, quin simul reum interrogat & confessionem ejus consignat, officium autem iudicis & actuarii longe diversum & distinctum sit, videtur iudicium sua integritate non constare, nec iudicem id quod sui officii est, facere. Arbitrium igitur optimum erit, si is rem ad Principem deferat, ut vel alteri, qui gnarus est istius linguae, causa committatur aut ad minimum ejus peritus adjungatur. Et hoc quidem tunc imprimis faciendum est, quando reus ad articulos inquisitionales respondere tenetur, siquidem ita non tantum verba ipsa rei accurate annotari, sed etiam si qualitas responsioni annectitur, aliudve à reo ad sui defensionem profertur, exactius simul consignari *Const. Carol. art. 184.* & nullitas processus evitari poterit. Praxis etiam docuit, quod in certa quadam

causa, cum reus natione Gallus ignarus erat linguæ germanicæ, interpres quidam, præter Notarium linguæ gallicæ peritum, adhiberetur, id quod quidem alienum ab arbitrio judicis regulato non est, si modo interpres simul juris sit peritus & linguam germanicam perfectè calleat, simulque jussu Principis ad acta juramentum præster.

CAP. IX.

§. I.

Sæpius etiam hoc accidit, ut si rei torturæ subijci debeant, vel etiam ad locum torturæ deducti & sub tormentis constituti, demum prætendant, ad deducendam innocentiam, vel avertendam torturam, admitti, & eventualiter appellent, licet optimè conficii sint, se parum vel nihil deducturos esse, modo ut judici inquirenti molestias creent, & inquisitionem longius protrahant: hoc igitur in casu, quoniam defensio nemini deneganda, Jul. Clar. *pract. crim.* 9. 49. n. 14. & propter interpositam appellationem judici manus sint ligatæ, ut ulterius progredi nequeat, judex omnimodo eò dispiciat, quomodo huic malitiæ occurrat, ne remedium appellationis, tanquam præsidium innocentiam, ad defensionem iniquitatis adhibeatur. Optimè autem judex arbitrabitur, si ita procedat, ut ante omnia ex reo, cui tortura est dictata, quærat, an contra illam se defendere velit, vel non? sub hâc comminatione, quod si jam nolit, vel
tempus

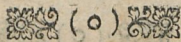
tempus destinatum negligat, n postero ad defendendum neququam admitti, nec appellatio attendi debeat; & si contingeret, ut reus abnuat, aut tempus negligat, tunc iudici permissum est, non obstante appellatione interposita, in executione torturae progredi, cum reus sibi impurare debeat, quod beneficium defensionis & tempus neglexerit, atque sic remedio defensionis & appellationis tacite renunciaverit, cum quilibet beneficio pro se introducto renunciare possit. *L. 41. ff. de minor. cap. 16. X. de regul.* Et quavis Gutierrez. *p. 1. de juram. confirm. cap. 16. n. 59.* & Boër. *decis. 2. n. 5.* dicat, renunciari non posse legi prohibitive & iuribus defensivis; nulla tamen hic occurrit prohibitio, quæ renunciationes interdicit, quin & distinguendum erit inter jus in thesi & hypothese, si, cum hic vel maximè causa publicæ utilitatis & salutis concurrat: expedit enim Reipublicæ, ut malitiis hominum occurratur & delicta puniantur *L. 9. §. quod illicitè. de publ. & vectigal.* & insuper in criminalibus appellatio locum non habet. *Carpz. p. 3. pr. crim. q. 139. n. 19. & 20.* Si aurem reus semel se defenderit, & torturam avertere non potuerit, nihilominus adhuc se defendere vellet, iudicis tanquam boni viri arbitrio convenit, rationem personæ, causæ & momentorum defensionis habere, & arbitrari, an reo iterum concedenda sit defensio.

§. II. Sed quid si reus renuat, & se defendere nolit, alius tamen defensor se offerat, ante hic admittendus? admittendum esse, etiam reo renuente, dicunt Doctores, *Justus zinzerling. de appell. n. 21.*

forſitan ex hac ratione, quod humanitatis habenda ſit ratio, & aliàs judex ipſemet teneatur ex officio in rei innocentium inquirere, quamvis id non petat reus *l. 19. ff. de pœnis*. Verum cum plerumque de eâ deſenſione, quæ contra definitivam, & ita contra ſupplicium atque pœnam petitur, Dd. loquantur, uti ex ipſa allegata lege patet, non immeritò judex arbitrabitur, an hujusmodi deſenſor contra torturam admittendus ſit? nam etiã ſi is non intendat lucrum quarere, poteſt tamen propoſitum habere litem procraftinandi, ut interim reum de interrogatoriis & torturæ gradibus, qui ſæpius facile ab incautis iudicibus explorari poſſunt, informet: huic malitiæ autem judex prudens ex ſuo arbitrio obviabit, ſi à deſenſore juramentum malitiæ expoſeat, ſiquidem illud toties judex ex officio deferre poteſt, quoties ſuſpicio eſt, aliquem differendæ litis cauſa malitioſè quicquam agere. Berlich. *p. 1. Concl. 17.* atque hoc ipſo ſæpius proceſſui & tergiverſationi acquiritur

FINIS.

THE-



THESES REPETITÆ.

I.

Tortura non est contra jus naturale, divinum & civile.

II.

Jus Torturam decernendi pertinet ad merum imperium.

III.

Causæ criminales non sunt delegabiles.

IV.

Probationes judici sunt arbitrariæ.

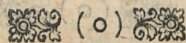
V.

Constitutio Carolina statutis, consuetudinibus & privilegiis non derogat.

VI.

Torturam etiam die feriato exequi potest
judex.

VII.



VII.

Juribus defensivis renunciari potest.

VIII.

Judex in sola confessione rei non acquiescat, sed & de circumstantiis & aliis argumentis sollicitus sit,

IX.

Tortura non infamat, sed causa.

X.

Torturam non semper sequitur absolutio.



ULB Halle

003 330 850

3



St.







7. 7. A.
DISSERTATIONEM JURIDICAM INAUGURALEM

De
ARBITRIO JUDICIS
CIRCA
TORTIVRAM.

SVB

SACRO REGIMINE ACADEMICO
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI
DN. GVILIELMI HENRICI,
DVCI SAXONIAE, JULIAE, CLIVIAE AC MONTIVM,
ANGARIAE ET WESTPHALIAE, &c.
EX DECRETO ILLVSTRIS JURISCONSULTORVM ORDINIS

IN ALMA SALANA

ET SVB PRÆSIDIO

D O M I N I

CHRISTIAN. WILDVOGELII
JCTI CONSUMMATISSIMI

DVCI SAXO-ISENACENSI A CONSILII INTIMIS,
CVRIÆ PROVINC. NEC NON FACVLT. JURID. ET SCABIN. AS-
SESSORIS GRAVISSIMI,
PANDECTARVM ET NOVELLARVM, ITEMQVE JURIS PUBL.
ET FEVD. PROFESS. CELEBERRIMI.

Patroni & Promotoris submisſe Devenerandi
PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE JVRE HONORES ADIPISCENDI

Publico Eruditorum Arbitrio

d. 3. Septembr. AO. CHRISTI MDCCX.
submitte

JOHANN. JACOB. ARNOLD.
ADVOCATVS DRESDENSIS.

JENÆ, Litteris MULLERIANIS.