

6784
1710, 1716 19
7. 7. 4.
DISSERTATIONEM JURIDICAM INAUGURALEM
DE

ARBITRIO JUDICIS CIRCA
TORTURAM.

SVB

SACRO REGIMINE ACADEMICO
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI

DN. GVILIELMI HENRICI,

DUCIS SAXONIAE, JULIACI, CLIVIAE, AC MONTIVM, AN-
GARIAE ET VVESTPHALIAE, &c.

EX DECRETO ILLVST. JURISCONSULTORVM ORDINIS
IN ALMA SALANA
ET SVB PRÆSIDIO

DN. CHRISTIANI WILDVOGELII

JCTI CONSUMMATISSIMI

DUCI SAXO-ISENACENSI A CONSILII INTIMIS,
CVRLÆ PROVINC. NEC NON FACVLT. JURID. ET SCABIN.

ASSESSORIS GRAVISSIMI,
PANDECTARVM ET NOVELLARVM, ITEMQVE JURIS PVBL.
ET FEVD. PROFESS. CELEBERRIMI,

PATRONI ET PROMOTORIS SVBMISSE DEVENRANDI

PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROQVE JURE HONORES ADIPISCENDI
PVBLICO ERVDITORVM ARBITRIO

d. 3. Septembr. Ao. CHRISTI M D CC X.

SVBMITTIT

JOHANN. JACOB. ARNOLD.

ADVOCATVS DRESDENSIS.

—
IENÆ, Typis JO. ADOLPH. MVLLERI.

INSTITUTIONE HIERONIMI IN VORLESUNG

ARTICULUS I. DE VITIIS CIRCA

TULIUM

SACRO SACRILE ACADÉMICO

DR. GUILIELMUS HENRICUS

DR. CHRISTIANUS WILHELMUS

CYRUS PROPOSITIO DE VITIIS CIRCA

TULIUM

PROLOGUS

DE VITIIS CIRCA TULIUM

AD VITIUM I. DE VITIIS CIRCA

TULIUM

AD VITIUM II. DE VITIIS CIRCA

TULIUM



Drudens certe monitum est Eleutherii Papæ in *can. Judicantem. 11. 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 quæ ad eruendam veritatem adhiberi solet, per *L. 1. pr. ff. de quest.* Cum autem illa res sit fragilis & periculosa, nihilominus tamen magni momenti, cautum omnino & circumspectum in ea 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

A 2 *de*

de Verborum Etymologia & Synonymia: in secundo
de Definitione & Divisione: in tertio de Arbitrio Ju-
dicis circa torturam jam dictatam, sed nondum adhi-
bitam: 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 subjiciendas vel subjectas: in octa-
vo 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 plane & indecorum
foret, rem determinare prius velle,
quam terminos intelligere, Francisc.
Mant. de Conject. ult. Volunt. libr. 1.
tit. 1. & verborum neglectus pariat in-
certitudinem. Oldend. Class. 4. act. mandat. de ver-
borum significatione prima nobis erit cura.

§. II. Multiplicem autem significationem
verbi ARBITRIVM esse, scribit Joh. Baptista Perusi-
nus in Tract. de Arbitris libr. 1. c. 6. Modo enim
pro ipso iudicio ordinario, per L. 80. ff. pro socio, mo-
do 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 leviorem torturam, admonente Const. Carolin. *art. 38.* Alias 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 publica authoritate vocatus, uti ex sententia Justiniani definitur a Barthol. Carthagenæ *ad tit. X. 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 causam, recte etiam cognoscit de accessione vel necessario 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 proprie vorticum esse scribit Salmasius 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 germanice, Marter. Const. Crim. art. 46. & alias appellatur germanice quastio, Die Peinliche Frage. Carpz. Pr. Crim. q. 117. n. 18. Sic & Tranquil. Ambros. de Proc. Informat. lib. 4. c. 1. in rnbr. appellat Examen rigoresum.

CAP. II.

§. I.

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

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

possit. Alvarez. de Velasco in *Jud. Perf. rubr. 15.*
Annst. 1. 7. 52.

§. III. Quoniam autem hic nobis sermo est de iudice, qui in provinciis, in primis ditionibus electoralibus Saxonis vivit, quive secundum sanctiones istarum provinciarum arbitrari debet, facili negotio res expedita, si sequimur Saxonicum interpretem, Dn. Carpz. *Pr. Crim. p. 3. q. 117.* qui duo genera, tres autem gradus ejusdem statuit, & dicit, quod alterum genus sit territio, alterum ipsa Tortura. Porro quod territio sit duplex, verbalis & realis; Illa, si carnifex verbis & gestibus severioribus ad torquendum consuetis irruat in inquisitum, non aliter, ac si ipsum prehendere & torquere velit, absque tamen apprehensione & tactu, eumque interrogat: quæ territio hisce verbis indicari solet: *Ihr wohl besugt; Inquisiten dem Scharfrichter vorzustellen und durch denselben, als solte und wolte er ihn angreifen, jedoch unangegriffen befragen zu lassen etc.* Hæc autem, seu realis ubi carnifex præter minas manus quoque injicit, reum vestibus denudat, ad scalam ducit, instrumenta, quibus peragitur tortura, in conspectum ipsius ponit, forcipes digitorum affigit, & iisdem pollices inquisiti comprimit, quæ territio hisce formalibus dictari solet: *Man wohl besugt; Inquisiten dem Scharfrichter auf diese Waasse zu untergeben, daß er ihn mag ausziehen, entblößen / zur Leiter führen, die zur Peinlichkeit gehörigen Instrumenta vorzeigen, die Daumen, Stöcke anlegen und darmit zuschrauben, jedoch daß es bey dem, wie jetzt gedacht, verbleibe.* Sed quorsum refertur

fertur, si polletrum cum præparatoriis atque prælu-
diis tormentorum leuiusculis in sententia dictatur &
territioni reali adjicitur clausula j und wo dieses nicht
fruchtet, mit denen Schnuren den Anfang zu machen?
Carpzovius reali territorioni accensere non dubitavit
in *Pr. Crim. p. 3. q. 117. n. 54.* Manzius autem ad *art.*
58. Const. Cardin. n. 21. it. quest. Palat. 88. n. 7. 8. 12.
speciem torturæ id esse asserit, ex ratione, quod cor-
pus ipsum afficiat, & vel sanguinis profusionem vel
suffocationem plerumque annexam habeat. Verum,
cum manus non adeo arcte constringantur, sed eas
paululum ligare incipiat carnifex, ut inde tam ingen-
tes dolores sentire reus non possit, ac si funiculi ar-
tissime constringuntur, & ita nulla profusio sangui-
nis oriatur, omnino hic modus ab ipsa tortura pro-
prie sic dicta differt, cum aliud sit, genus aliquod
tormentorum in totum adhibere, aliud autem, cum
illo tentare tantum & periculum facere, an veritas
elici possit, ut ita reus, utpote qui nescit, quous-
que progrediendum sit, terreatur, nam etiam perdu-
ctio ad scalam, vestium detractio & ligatura dicitur le-
vis 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 juncturæ manuum artissime usque
ad ossa constringuntur. *Carpz. d. l. q. 117. n. 60.* quem
gradum collegia juridica hisce formalibus dictare so-
lent: Daß, wann Inquisit sein Bekänntnis in Güthe
richtig

richtig nicht thun will, ihr wohl befugt, ihn dem Scharfrichter auf diese Maasse zu untergeben, daß er ihn mag ausziehen, entblößen, zur Leiter führen, die zur Peinlichkeit gehörigen Instrumenta vorzeigen, die Daumen-Stöcke anlegen und darmit 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 a Dialecticis Saxonice his verbis pronuntiatur: Man wohl befugt 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 omilla, & 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 incertis corporis partibus adurit, aut extremas digito-

rum partes, immixtis infra unguis pineis cuneolis, iisque postmodum accensis, adustione laedit, & quae plura a Carpovio & Zangero *d. l.* enarrantur.

§. VII. *Arbitrium* vero ipsum definitur, quod sit animi sensus, juri, rationi & aequitati consentaneus. Sensus aut hic non sumitur metaphorice & improprie, uti hoc verbo utitur Thomas Campanella in *Tx. de sensu rerum*, ubi non solum animantibus, sed & plantis & lapidibus, lignis ceterisque rebus aliis sensibilitatem tribuit: nec ut alias in scholis Philosophorum exhibetur; sed uti in jure & apud Jurisconsultos pro judicio, affectu & sententia usurpatur, quorsum & referenda est *L. 7. de Contr. Empt.* ut nimirum judex in adhibenda tortura rationem circumstantiarum, tum quoad personas, tum quoad gradus torturae habeat, omnes qualitates exacto sensuum & rationis scrutinio examinet, & praerimis in criminalibus ultra sensus experientiam non progrediatur. Dn. Stryk. in *tr. de jure Sens. in proemio n. 43.* Verum, cum nihil tam proclive 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 immerito adjecimus, quod Sensus debeat juri, rationi & aequitati esse consentaneus. Nam si judex aliter sentit, ac jura permittunt, dicitur is more ferino judicare. Menoch. *de Arbitr. Jud. quest. 7. n. 50. & 51.* Potius igitur ita judicare debet, ut lex ipsa, si loqui possit, judicaret, & ita

lex quasi anima iudicis fit, iudex vero quasi vox legis, uti de iudice loquitur Muretus *Orat. 18.* Nec fieri dicitur boni viri arbitrio, quod sine ratione fit; ut egregie respondit Soc. jun. *Conf. 91. n. 13. libr. 3.* atque hinc iudex sine ratione nihil faciat; Et si forsitan is argumento a simili desumpto progredi velit, simul circumspicere debet, an adsit eadem ratio, nam si comparata dissent genere, natura, vi, magnitudine, loco, tempore, persona & aliis rerum circumstantiis, tunc, quia ex separatis & dissimilibus non rite inferretur, per *L. ult. de Calumniat.* Heinricus Rahla. in *Topicis c. 17. p. 150. vers. Jureconsultis.* argumentum non habet locum. Stephan. in *Dialect. juris lib. 2. Loc. 94. p. 328. n. 6.* Tandem, quia etiam iudicis arbitrio aequitas relicta est, ut durities legum molliiri vel etiam lenitas mutari possit, uti patet ex *L. 8. C. de Judic.* omnino iudex aequitatem quoque, quae Theriaca contra venenum dicitur, Menoch. *de Arbitr. Jud. q. 13. n. 17.* ita spectare debet, ut in re aliena id agat, quod in re propria actum esse velit. Tiracquell. *de Retract. Confangu. §. 35.* & rigorem & severitatem leniore interpretamento mitiget. Dn. Ziegler. *Tr. de offic. Jud. Concl. 36. §. 34.* Non autem indistincte & generaliter accipimus aequitatem; siquidem quandoque magna exinde possit nasci iniquitas. Hinc aequitatem extrinsecam, quae adversa fronte cum jure committitur, & non a verbis solum, sed etiam a sententia scriptae legis aliena est, non intelligimus, cum haec iudicis inferioris non sit; sed solius Principis potestati reservata. *L. 21. §. 1. ff. qui & a quib. manum.*

num. L. 1. C. de LL. ita ut ex ipsius potestate legislativa dependeat, rigorem legis æquitati non conveniente emendare, ut dicitur in *L. 9. C. de Leg.* Sed intrinsicam volumus, quæ ex mente legis & facti circumstantiis oritur, & ubi constat, legem plus sensisse ac voluisse, quam verbis exprimit, rigoremque juris aliis legibus lenioribus adjuncta temperat & inflectit. Ziegler. *d. l. n. 35.* cui temperamenti iudex in *L. 85. §. 2. ff. de Reg. Jur.* admonetur, ibi: *quoties æquitate desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, iustis decretis res temperanda.*

§. VIII. Definitionem Arbitrii excipit divisio, quæ ex antecedentibus se ipsam ostendit, quod nimirum Iudicis Arbitrium aliud sit regulatum, aliud absolutum & irregulatum, quæ divisio fundata est in *L. 11. §. 7. ff. de Legat. 3.* Irregulatum sive absolutum & plenum dicunt Doctores, quando iudex semoto jure, ratione & æquitate proprio ductus affectu, a dolo tamen alieno, quicquid placet, statuit; Regulatum autem, quod juri, rationi & æquitati est consentaneum, teste Menoch. *d. A. J. 2. g. 6. n. 2. & 3.* Hoc cum in bonum virum non cadat, nec nos de eo hic agimus; Illud autem regulatum 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 a 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 animam ad tormenta induraverint, ut inquit Paulus *in L. 18. §. 1. de Quest.* Hoc tamen arbitrio judicis deprehendum 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 gütthe bekennen, und zu scharffen Mitteln, solche aus Ihm zu bring.

bringen, nicht Unlaß geben, Er sehe den Ernst, &c. juxta
artic. 46. Const. Carol.

§. II. Si igitur reus sponte confiteri nolit, pu-
 tant 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 com-
 moveat. Sed res hæc procul dubio sine effectu erit:
 Nam si reus delictum, ratione cujus contra ipsum
 inquisitio instituta est, sacerdoti ut confessionario con-
 fiteatur, hic plane confessionem revelare non debet.
c. 12. X. de Pœnitent. fungitur enim munere divino,
 & quicquid hoc modo scit, non scit ut homo, sed ut
 Deus, juxta *c. 2. d. 1.* Sin autem reus crimen confi-
 tetur, ut sacerdoti & ministro ecclesiæ, nec hæc con-
 fessio ullum in jure operabitur effectum, non tantum,
 propter jam dictam rationem, sed etiam, quia con-
 fessio hæc est extrajudicialis, quæ in judicio nullum
 facit fidem, Farinac. *in tr. de Judic. & tort. libr. 1. t. 5.*
q. 51. n. 96. Nec sufficit, si sacerdos ut testis confes-
 sionem 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.* adeo, ut, li-
 cet 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 testes, sed nulli.
 Gomez. *Var. Resol. tom. 3. c. 13. de tortur. Reorum n. 9.*
in fin. ut hinc opera perditæ, sumptus inanes & pro-
 cessus

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

§. III. Et quamvis iudicis intentio eo 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 minitendo torturam instantem, cui, si fateri nolit, inquisitus subijci debeat: vel urgendo legem divinam & humanam, nec non poenam, quæ peccatores non poenitentes, & in reatu perseverantes manet, vel alio modo metum incutiendo, 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 Ariadneæ filo, dirigatur, Pruckmann. *Vol. 1. Consil. 10. n. 103.* Hoc autem casu, si iudex confessioni per sacerdotem a reo elicita fidem habere, eamque pro libera statim ac spontanea æstimare velit, a 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 ne vix quidem reus flecti poterit. Berlich. *P. 4. Concl. 4. n. 68. 69. 72. & 76.* (4) quia in Constitutione Carolina *artic. 46.* expresse 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 vices 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. Torner. 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, imo 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 impallore & rubore, titubatio & inconstantia sermonis, trepidatio & alia hujusmodi signa, quæ sacerdos, utpote exactam juris cognitionem non habens, nec attendit nec scrutatur. Et (7.) hoc inde evenit, quod si sacerdos rationibus suis & remonstrationibus 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 cruciatus tam in conscientia, quam in corpore afficiatur.

§. IV.

§. IV. His tamen dictis neutiquam derogare volumus iis, quæ forte a 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. Facillime etiam contingere potest, ut carnifex ignarus sit literarum, atque verba ipsa sententiæ, utpote quæ ipsi originaliter ad perlegendum exhibenda sunt, *Käyser, et die Anweisung zum Achts-Proceß p. 677. §. 19.* non intelligat, multo minus, maxime si territio verbalis cum hæc 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 tigno juncto agatur, sed de negotio famam & vitam hominis concernente. *Ziegl. Dicast. 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 vero, 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 gnavus, constans & imperterritus, bonus præterea atque probus sit, Judicis omnino Arbitrio relictum erit, an alium substituere, an vero hunc, qui literas nescit, adhibere velit, quia huic defectui facile occurri potest, si tenor sententiæ a Judice, vel Actuario ipsi manifestetur & interrogatoria, ad quæ reus respondere debet, successive 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 Juxta ad informationem sui Arbitrii circa Torturam exequendam, nosse & observare debet. *Carpzov. Pr. Crim. p. 3. q. 17 n. 42.* Hinc ipsi non licet carnifici concedere, ut certam portionem, quæ cum *Hexen-Tranc* appellari solet, & cujus ingredientia recenset *Dn. Dietther. in add. ad Besold. sub Voc. Hexen. p. 380.* sagis, antequam tormentis subjiciantur, exhaustiendam 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 immerito ordinariis mediis veritas exploranda venit. Nam quantivis 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 a dīcasteriis approbata, nec a 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, quam iudicibus sunt comparandi. Jul. Clar. *libr. 5. §. ult. g. 64. n. 38.* Memorabile exemplum de executore iustitiæ, quem vulgariter carnificem appellant, refert Laur. Arnold. Frey. *in Tract. de Judic. Inquisit. c. 2. §. 3.* atque veram & sibi optime cognitam historiam ita describit: In celebri quadam urbe fuit executor capitalis sententiæ, qui ob illud ipsum, quod exquisitoribus tormentis reos, qui ab aliis, tanquam imperitioribus, ad confessionem cogi aut perducī non potuerunt, eo adigeret, clarus fuit, ejus 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 a viris sapientibus, quod iste Terror multos innocenter tormentorum

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

§. III. Ampliatur jam dicta doctrina, ut iudex etiam usitatum genus adhibere non possit, si illud ad torturæ gradum, qui in sententia dictatus est, non pertineat. Nam quamvis Treutlerus *Vol. 1. 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, quantæcunque 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 pravalet, & juvat interdum decisionem allegare in terminis, Jacob Alemannus *Consult. 8. q. 2. fol. 742.* Johann. a Sande. *in Præf. ad decis. Fris.* quando magis sequenda erit sententia totius collegii iuridici, in quod recipi solent viri juris consultissimi, pro quibus fiat præsumptio, quod omnia & universa accurata mentis trutina ponderaverint. Accedit & textus in *Const. Carol. Art. 28.* ubi iudices peritiores super hac re consulere obstrunguntur, 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. Syn. JC. lib. 49. tit. 19. pag. 515.* Quod in foro Saxonico minus dubii habet, propter rescriptum illustrissimi Electoris Anno 1579. Dn. Scabinis Lipsiensibus insinuatam, nec non Ordinat. Politic. de Anno 1612. sub tit. von Justitien-Sachen. n. 5.

§. IV. Veruntamen, cum sapiens ratione causarum, personarum, locorum & temporum diversitas eveniat, & mutatis personis saepenumero sententia ipsa mutantur, Dn. Ziegl. *Decif. Concl. 36. §. 24.* Doctorum hujusmodi responsa pro talibus, a quibus discedere nullo modo liceat, instar legis venditari nequeunt. vid. Camill. Borell. *Decif. lib. 2. tit. 30. n. 366.* Hinc etiam judex, si rei torquendi, vel etiam tortura 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 alias consueto, sed & pro ratione circumstantiarum & personarum, insuper maximi quoque pedum digiti illis comprimi posse puto, propter textum in *Artic. 58. Const. Caroli* 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. Carpov. *p. 3. q. 117. n. 25.* Sic etiam judici permissum erit, fideiulas ita extendere, ut, quamvis alias juncturae

manuum funiculis tantum constringantur; nihilominus malitia reorum apparente & aliis circumstantiis urgentibus, fiducias istas in superiore parte unius vel amborum brachiorum per carnificem applicari poterunt, maxime si reus jam antea funiculos perpeffus & obduratio carnis fuerit subsecuta, quemadmodum Dn. Scabini Lipsienses in inquisitione contra nonnullos fures famosos, ob furtum in actibus Reichlingianis Dresdæ commissum instituta, Prætori Dresdensi, *mensis Aug. 1703.* hisce verbis responderunt: Daraus so viel zu befinden, daß bey Vollstreckung die obgedachten Wittloeffen und Almern zuerkandten *Tortur* in Ansehung der starcken wieder sie streitenden *Indicien* und ihrer Hartneckigkeit, auch anderer mit einlauffenden Umständen, die Bande über den Elbogen, iedoch mit solcher Behutsamkeit, daß ihnen daraus an ihrem Leben und Gesundheit kein Schade entstehe, wohlzugebrauchen, und sie auf solche maasse an denen Armen oben herunter zu schnüren. Prudenter tamen agit iudex, si desuper vel a Principe vel a JCois petat informationem.

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

riter contortis funiculis juncturas manuum reis ar-
 cissime constringere, atque sic nullam plane 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. expresse 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 a secundo
 & tertio gradu excludendi erunt forcipes, utpote quæ
 ipsi partem essentialem primi gradus torturæ con-
 stituunt, id quod maxime illustrat rescriptum Sere-
 nissimi Electoris ad Præfectum circuli Misnensis & alios
d. 20. Junii 1696. missum, quod verbotenus hic ap-
 nere licebit: Lieber Getreuer. Wir vernehmen, wie
 daß die in unsern Aemtern auch anderen unserer Leh-
 Leuten und Städten, Gerichten bey Vollstreckung der
Tortur an denen *Delinquenten* unterschiedlich gehalten,
 und an theils Drühen bey dem andern und dritten gra-
 du die Anleg- und Zuschraubung mit denen Daumen-
 Stöcke gänglich weggelassen werde. Nachdem aber
 dergleichen sich keines weges gebühret; sondern wann
 auf den andern oder dritten gradum *tortura* erkandt, die
 erstere nicht ausgeschloffen, 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 künftig 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 beliehen, oder selbige Pachtsweise inne haben, und zwar denen Schriftfassen 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 deficiant? 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 iudici modus torturæ & ejusdem executio simpliciter relinquitur, 2.) quia in casu, quo manus amputanda est, reus autem modo unicam habet, alia poena, nimirum fustigatio, substituitur, Dn. Carpz. *P. 1. q. 40. n. 47. & P. 3. q. 129. n. 37.* ut scilicet finis obtineatur, 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. I. lit. B. 3.)* quia poena 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 a 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 Camhoud. *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 possunt accedere, nec audire, quid cum reo in tortura agatur. Jul. 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 Rebuspublicæ camera vel cellula, 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 confasionem sectæ Mahumetanae vocat, *cap. 4. p. 55.* Sycophantam

D

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 camerae ad hunc actum destinatae non adsint, in loco etiam supra terram tortura exerci queat, modo locus sit separatus, ne per epulationem torti aliis molestia creetur, nec ut modo diximus, id quod reus in tormentis confessus est, divulgetur. Ex quo illa oritur quaestio: an iudici permittitur sit, etiam alios homines, quos curiosus animus magis sollicitat, quam officium illorum postulat, admittere, ut actum torturae videant? Quae quaestio simpliciter affirmanda non est, quia facillime evenire potest, ut, si reus in tortura delictum fateatur, sive nomen & confocios prodatur, sive non, complices id citius resciscant, & sibi fuga consulant. Quod si enim unus correorum salvo conductu gaudens, & liber extravincula obambulans, a complice in tortura magis gravetur, 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 suaeque salutis parum æquus aestimator. Neque facile credendum est, omnes, qui actui torturae interfuerunt, ex ordine Silentiariorum esse, aut Pompeja Rege Genthio capti exemplum sequi. Per hanc igitur divulgationem iudicium redderetur elusorium, & nocens se subduceret iudicio; quod omnino praevendum. 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, an 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, somnes in civitate provincia, quam regit, agunt, adhiberi debere.* Sed Resp. Leges has ab observantia fori recessisse, & plane non attendi. Alberic. in *Rubr. C. de quæst. in fin.* & dicit Aug. in *diæt. 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. Jctorum Gryphisvald., qui etiam ab examine rei ad articulos inquisitionales advocatum remotum habere volunt, 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, sc. ad avertendam eam, vel post illam, ad impediendam executionem sententiæ condemnatoriæ & ad declinandam pœnam, 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, maxime si clarissimus, spectabilis & in dignitate constitutus est, & præsumptio pro eo militat, quod extra limen in tortura audita non effutiat, admittere posse: certum enim est, multos esse homines, viros etiam eminentioris conditionis, & vices judicum sustinentes, qui nunquam viderunt actum torturæ, ut hinc reipubl. interfit, illis aditum concedere, quo de instituenda tortura se informare, & casu eveniente, æquo libramine animoque sedato quæstiones instituere, imo & carnificis affectus, qui sæpius in savitias erumpunt, moderare queant; ne sapientes postea necessum habeant, in sententia imperitiam judicum simul atque excessus animadvertere, uti factum in causa concredita, sed postea perfide subversæ pecuniæ, Samuel Frisichen, tunc temporis militem, concernente, ubi Dn. Jsti Wittebergenfes ad judicem militarem, qui actui torturæ procul dubio nunquam interfuerat, ita *Mens. Aug. 1678.* responderunt: Democh aber und dieweil bey der execution des in *Act. fol. 157.* beständlichen, 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.* zu sehen, den 18. Jan. dieses Jahres der Inquisit Abends um 3. Uhr zur tortur gebracht, und seine Aussage gethan, bald folgenden Tages aber den 19ten Jan. frühe umb 8. Uhr sein Bekännniß zu wiederhohlen, 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 Uhygicht er denn noch selbigen Tages zu Mittage um 2. Uhy gerichtlich wiederhohlen müssen, in welchen allen aber von der klaren Verordnung Carol. V. abgeschritten, (so einem Richter nicht frey stehet) indem 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 Bekänntuß wieder vor Gerichte geführt, und ihm sein Bekänntuß durch den Gerichts-Schreiber fürgelesen, und alsdann anderwärts darauf befraget werden, ob sein Bekänntuß wahr sey? Und also dasjenige, was mit Inquisito dissals alsobald des andern Tages vorgenommen, und dessen Aussage vor neue Judicien zur tortur genommen werden wollen, vor beständig nicht zu achten, 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 Frisichen begangene delictum kein militare ist, darüber von dem Kriegs-Rechte, ohne Zuthun der Rechts-Verständigen, nach der Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung, Urthel zu fällen gewesen, (quod maxime observare debent Judices militares, qui lapsus 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 mit der letztern tortur und sonst nicht gebührend verfahren, sondern darinnen excediret worden. Imo hujusmodi imperitia non tantum cedit in ignominiam judicum, sed etiam rei ipsi eo ipso poenam promeritam effugiunt, quia æquum est, de asperitate poenæ ordinariæ quid remitti, ac juris rigorem temperari, ob tormenta, quæ reus de crimine convictus injuria passus est. Carpz. *Pr. Crim. p. 3. u. 125. n. 25.* Quemadmodum in eadem causâ, eodemque mense & anno laudati Dn. Jcti Wittebergenfes pronunciarunt, hilce formalibus, daß Inquisit nach beschener restitution des Diebstahls und Wieder-Erstattung der verursachten Unkosten, in Ansehung des allbereit langwierigen Gefängnisses und der zur Ungebühr an ihm wiederholten Tortur annoch mit ewiger Landes-Verweisung zu bestrafen; pariter & Dn. Scabini Lipsiensis retro *mens. Sept. 1675.* Praefecto Torgaviensi responderunt: So mag Hans Schneider solcher begangenen Deßben halber gestaltten Sachen nach und in Ansehung, daß bey der tortur ein ziemlicher excess begangen worden, zwar an Leib und Leben nicht gestrafet werden.

§. IV. Sicuti autem locus, in quo tortura instituenda, occultus, & si fieri possit, subterraneus esse debeat: ita etiam, si is supra terram eligatur, adeo munitus sit, ne reus, utpote qui tunc à vinculis liberatur, evadere, nec a sodalibus e manibus judicis eripi possit; Siquidem non ignotum est, quod complices, maxime in villis & pagis, ubi loca bene munita sapius 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: *Denkmal der Göttlichen Regierung*, plus satis patet. Arbitrio tamen iudicis non denegetur, vel satellites & apparitores plures adsciscere, vel etiam aliis vigilibus & hominibus armatis locum custodire atque sic malitiæ obviare. vid. *L. 1. L. 12. it. §. 1. L. 14. ff. de custodia & exhib. reus.*

§. V. Tandem locus iste tolerabilis esse debet, ne inde majores cruciatus reo accedant, nec dolores, quos ipsa tormenta provocant, augeantur, quod vel tunc maxime fieri posset, si locus ad actum torturæ destinatus supra terram, & tortura tempore hyemali exequenda est, atque ita frigore intenso rei corpus denudatum affligitur: sicuti 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 multo 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 Saxonis 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.
lib. 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 torturam 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 a quæstione abstinere debeat, Delrio *Disquis. mag. lib. 5. q. 9. vers. tortura modus*, vel etiam per octo horas, cum-

cum eo tempore abioluta 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 oportunitate huic actui existimant; quia etiam alii actus judiciales majoris momenti hoc tempore perfici solent, & plerisque in locis hoc tempus observari, ut nimirum rei jejuni torquantur, laud. Dn. Carpz. *d. l.* notat. Verum enim vero res hæc plane est Arbitrii, juxta *artic. 58. Constit. Carolin.* adeoque iudex 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 omnino iudex tenetur tamdiu 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.

S. III. Sed an etiam die feriato & dominico tortura instituenda? Distinguit Jul. Clar. *in Pr. Crim. S. fin. q. 64. n. 34.* inter atrociam & leviam delicta, atque 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. quaro
etiam §. c.* ubi id plane negat, dicens, licet non sit pec-
catum, esse tamen horrendum & miserabile specta-
culum, a quo propter Dei reverentiam hoc die omni-
no abstineri debeat, quod & placet Dn. Carpz. *d. 1.
q. 124. n. 4.* quæ sententia fundatur *L. 7. C. de Feriis.*
Prudentiæ tamen iudicis relictum videtur, si Reipu-
blicæ intersit, poenam sceleratorum accelerari, etiam
die feriato proditionem per latronum tormenta qua-
rere, cum facillime & in hoc Numinis divini venia
speranda sit, per quod multorum salus & incolumi-
tas procuratur. *L. pen. C. de Feriis.*

§. IV. Maxime 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 indicis, reum
tribus diebus interpolatis torqueri & pro qualibet
vice ter cum quassationibus 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 iudiciale
totus dies deputatur. *arg. L. 38. §. 16. L. 137. §. 2. ff. de
V. O. §. L. 70. ff. de solut.* Alii torturam vetant ex-
tendi

rendi 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 Jcti Eriburgenses, 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 plane 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 præterlapsam, id quod quam maxime 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 auszufehen, als in hiesigen Landen, weil man sich nach der zu dem Ende darbey gesetzten Uhr, und sonst nach gewisser Zeit richtete, und nach derer Ablauf 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 Lüneburg gefohlenen 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 solet, siquidem *libr. 3. cap. 9.* in Alcorano scribit: Salomonem aliquando congregasse exercitus suos, constantes ex hominibus, dæmonibus & avibus: Cum autem in delectu avium upupa desideraretur, interminatum ipsi esse Salomonem tormenta, nisi causam absentia diceret, upupam autem respondisse, se fuisse in terra Saba, & ibi Reginam convenisse, & ita se a tortura liberasse. Sed de hac fabula sacrae literæ silent. & cum hic maxime de homine ejusque vita & sanguine agatur, cujus tanta est jactura, ut major esse nequeat, *L. 10. ff. de parr.*

pen. ubi autem majus periculum, ibi eo cautius agendum. *c. ubi periculum. de Elect. in 6.* hinc prudens judex omnem cruciatum non tantum pro qualitate & quantitate criminis & delicti, indiciorum idem, presumptionem & 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 habeas, vel ex causa morali modum determinare queat: quia alias 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 cautumque fuisse, ne quis eorum excusatione legitime uti prohibeatur. *L. 4. C. ad L. Jul. Maj.*

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

cap. 4. n. 27. Hinc etiam Dn. Scabini Lipsienses *mens. Mart. 1698.* ad Praefectum electoralem Saxonico-Oschatiensem, in causa Daniel Appermannen ejusdemque uxorem concernente, responderunt: und zwar dergestalt, daß von dem Weibe, als dem schwächsten Theile, der Anfang gemachet werde &c. Verum cum Doctorum unanimis sit sententia, quod tortura incipienda sit ab eo, a quo facilius veritas speratur. Guid. de Suz. *Tr. de Jul. & Tort. n. 22.* & foeminae multae tam robustae naturae & fortis animi, quam masculus reperiantur, siquidem ex Polyæn. *libr. 8. Stratagem.* notum, quod foeminae Cleomenem & Demarathum, Spartanorum Reges, diversis vicibus ab urbis oppugnatione fortissime depulerint, & memorabile exemplum extat, cum Anno 1552. Mahometus Hungariae oppidum Agriam, nec natura nec arte usque adeo munitam 70000. hominum exercitu cingeret, praesidiariorum 2000. & mulierum imprimis, tanta virtus fuit, ut Turca amissis 8000. cum pudore (sunt haec verba Historici) obsessionem dissolvere cogeretur. Inter illas una, quae coram matre & marito depugnabat, cum occiso marito, a parente moneretur, ut corpus tolleret & sepulturae demandaret: non hoc, inquit, illa, o mater, Deus sinat, ut vir inultus terra condatur, pugnam hoc tempus, non sibi exequias, deposcit, acceptoque demortui ense & clypeo in medios hostes ruit, nec prius a pugna desistit, quam tribus Turcis, qui in murum enitebantur, interfectis. Thuan. *libr. 10. Hist.* Non immerito hinc iudicis prudentiae relinquitur, tam masculi, quam foeminae naturam,

ram, & an illius vel hujus debilior & infirmior sit, considerare & dijudicare, a quo facilius possit veritatem extorquere, per *L. 1. §. 2. & L. 18. ff. de quasi. Quod 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 *Proper-tianum.*

Omnis amor magnus, sed aperte in conjuge major & verisimile sit, maritum videntem uxorem suam in cruciatu pendentem, eum 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 facillime contingere possit, reum esse podagricum, anne & 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, quam incommodo, podagrici essent exponendi torturæ. Nos tamen cum *Dn. Ammone in Medicina critica. Discurs. 19. p. 159.* torturam pro remedio medico non æstimamus, & quamvis po-
dagricis

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 Beslagte gefährliche Wunden oder andere Schäden an seinem Leibe hätte, so soll die Peinliche Frage dermaßen gegen ihn vorgenommen werden, darmit er an solchen Wunden oder Schaden zum wenigsten verletzet werde, ut hinc judici incumbat, ante omnia inquirere in morbum torquendi, ne aliquid accadat, 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 etiam 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. q. 118. n. 61.* & sæpius hujusmodi mulieri infantem lactanti torturam fuisse dictatam, tradit, ita tamen, ut illa moderate adhibeatur, ne per eam infanti quoad nutrimentum noceatur. Verum cum facile alia nutrix inveniri & per illam infanti prospici possit, ut optime animadverterit Dn. Tabor *in Tract. de Tortur. cap. 5. §. 30. in fine*, res maxime videtur ab arbitrio judicis dependere, qui atrocitatem delicti, qualitatem indiciorum & personæ inquisitæ statum considerabit & arbitrabitur, an alia nutrix substitui & inquisita

sita durius torqueri, an vero ob infantis nutrimenta, leuius cruciari debeat. Certum enim est, si delictum sit atrox, urgentia adsint indicia, inquisita sit mala fama & vitæ, ipsi non esse parcendum, ne fenestra aperiatur delinquendi, contra *L. 51. §. 2. ff. ad L. Aquil.*

S. VI. Immunem etiam a tortura esse volunt eum, qui ulcuscula in brachiis, quæ fonticulos seu fontinellas, siue cauteria appellant, gestant. Bernard. ad Ambrosium *de Proc. inform. l. 4. c. 2. n. 13. in fine.* Dilacerantur enim sic brachia, maxime si illa ex longo talium fonticulorum usu sint emaciata; Paul. Zach. *quæst. med. leg. libr. 6. tit. 2. q. 4. n. 13.* Sed cum malitia hominum, maxime inquisitorum, reperiatur magna, ut etiam sint, qui eum in finem sibi in brachiis excitant cauteria, quo a tormentis se eximant, ut ipse Zachias *d. l.* annotat, iudex Medicorum consilio requisito suum addat arbitrium, ita, ut, si reus uno licet brachio impeditus, nihilominus in altero torqueri possit, Guazz. *ad Defens. reor. Def. 30. cap. 20.* Deinde si is in ambobus brachiis cauteria habeat, sponte tamen absque necessitate urgente, & tantum ad evitandam torturam comparata, iudici denegatum non est, illum torturæ subicere; ratio enim dicitur, pœnas ob maleficia esse solvendas, *L. 70. §. ult. ff. de Fidejuss.* neque ullum ex sua malitia sentire debere fructum, contra *L. 33. ff. de R. V. cap. 9. X. de Act. & Contum.* quod arbitrium maxime procedet, si nullum vitæ periculum est metuendum, quo casu etiam iste, qui valetudinis gratia fonticulos

efformandos sibi curavit, torqueri potest, propter verba *art. 59. C. C.* arbitrium tamen iudicis juxta Medicorum consilia sit regulatum.

§. VII. Statuunt porro Doctores, epileptico morbo laborantes torqueri non posse: Dn. Carpov. *Pr. Crim. p. 3. q. 118. n. 50.* Sed hæc 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 a malitiosis hominibus talia finguntur, uti *Facultas medica Lipsiensis d. 23. Sept. 1698.* ad D. J. F. K. *Gerichts-Verwaltlern zu B.* respondit his verbis: *Wiewohl die starcken concussions und Erschütterungen des Leibes und dessen Glieder, Einschlagung der Daumen, Knirschen der Zähne, und Schaum oder Spuma vor dem Munde bey denen wahrhaftigen epilepticis, als gewöhnliche symptomata, ange-mercket werden, deßnoch auch solche nicht schlechter dings und zu aller Zeit pro signis epilepsiæ adæquatis zu halten, sondern dergleichen von basshafftigen Leuten wohl pro lubitu fingiret, und hierdurch motus convulsivi erwecket werden mögen: Probatur id quoque exemplo, quod in Pratorio Dresdensi, inquisitorum cumulo tota fere die fatigato, paucis ab hinc annis contigit, ibi enim furti accusatus & in carcere detentus, Johann Gottfried Baug, ob signa externa dicebatur morbo laborare epileptico, quamobrem tortura eidem remittebatur, & extraordinarie puniebatur, sc. relegatione, exsentent. Dn. Scabinorum Lipsiensium*
mensē

mens. Maj. 1685. Bauz. vero non tantum urphedam, revertendo, violans; sed etiam furta diversa reiterans; denuo capiebatur, ipsique tortura rursus adjudicabatur; sed hic nihilominus simulabat morbum secundæ vice, & per hoc torturam avertebat, tertiâ tandem vice, cum hoc multiplicata delicta manibus lictoris traderetur & tortura ipsa dictaretur, absque ullo signo epilepsiæ primum gradum tortura sustinuit pertinaciter. Hinc arbitrio judicis commissum esse credimus, ut ante omnia Medicos consulat, qui, an morbus verus vel simulatus sit, curate inquirant; Quod si igitur morbus sit, verus, judex reum, ut veritatem puram confiteatur; nec ipsimet duriora media ad eruendam veritatem concitet, severe admonere poterit, quemadmodum *mens. Febr. 1685.* Dn. Scabini Lipsienses in antea memorata causa pronunciarunt; quin &, si reus in negatione perseveret, judici nihilominus permissum erit, aut ad torturam progredi; & per hanc periculum facere, sed cum summa prudentia & cautela, ut nimirum, si in ipsa executione torturæ epilepsiæ malum ingruat, statim a tortura abstineat & reum sibi ipsi relinquat, veluti admonuerunt laudati Dn. Scabini Lipsienses in supra dicta inquisitione contra famosum istum furem Bauzen; *mens. Jan. 1703.* hisce formalibus: Im Fall aber bey der execution dieses Urtheils inquisito die schwere Noth anwandelte, ist so fort darmit inne zu halten.

§. VIII. Pari modo judici potestas hæc concessa in melancholico; nam quamvis hanc Doctores a tortura extant, Dn. Theodoric. in *Colleg. Crim.*

cap. X. de poen. Ach. 4. n. 27. non tamen simpliciter id assumendum esse, patet ex diversis responsis, quae 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 a tortura sit immunis, ut Dn. Scabini Jenenses, teste Theodorico *d. l.* olim responderunt. Negandum tamen non est, judicem, si affectus remittat & inquisitus ad saniores mentem redeat, ad torturam progredi posse in casu, ubi cum dilucido intervallo deliquit, vel melancholia supervenit. Menoch. de *A. J. Q. 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 malitiam hominum obviare & is non indulgere. *L. 38. §. 1. de R. P.* Nonnulli id extendere volunt ad casum, ubi quis sua culpa vel suo facto in melancholiam seu ipsum furorem incidit, ut nihilominus iudex, melancholia non obstante, procedere possit; sed quia vel maxime etiam tunc defectus adest iudicii, & delinquens mentem alienatam habet a 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 loque-
la impedimento est, quo minus de crimine a 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 tor-
quendus sit reus super facto ipso commisso, an su-
per facti circumstantiis; atque sic priori casu propter
traditam jam rationem tormentis reum subicere
possit; posteriori autem casu arbitretur, an circum-
stantiæ auribus aliove sensu satis percipi possint a cæ-
co, 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 Cæ-
cor. cap. 5. n. 14.* Limitatur tamen, si reus ante cæci-
tatem 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 maxime etiam, quando surdus
torturæ subiciendus, cautus esse debet iudex, prout
tradit Bocer. *de tortur. c. 4. n. 16.* & Carpz. *Pr. Crim.*
p. 3. q. 118. n. 21. & multi alii excellentissimi Juris-
consulti, qui distinguunt inter surdum natura talem,
& surdum per accidens, item inter surdum ex acci-
denti, qui literarum est ignarus, atque scribere ne-
scit, & inter surdum ex accidenti, qui novit lre-

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 primo 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 accurate inquirant, an verus vel simulatus sit morbus, & tandem, si neque testes adsint, neque alias explorandus est morbus, nihilominus signa simulati morbi concurrant, permissum erit iudici, mediante tortura veritatem eruere, ad exemplum ebrietatis, de qua Dn. Carpov. *d. l. q. 146. n. 66.* imo forte etiam remedium Justinianum interrogandi surdos, quod habetur in *L. 10. C. qui testam. fac. possunt*, sc. ut interrogans supra cerebrum eorum loquatur, recurrentum 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 iudicis gravatus delictum confiteatur, circumspetus iudex & hic esse debet, ut arbitrium regulatum interponat, 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 patescit, reum in ipso torturæ actu non esse interrogandum, nec examinandum, quod etiam approbat & præjudicio firmat Carpz. p. 3. *pr. crim.* g. 124. n. 26. 27. *seqq.* additque rationem, quod non verisimile sit, in ipsis torturæ cruciatibus constitutum, veritatem posse eloqui, aut perpetrata cum circumstantiis in memoriam revocare, adeoque iis demum, quæ remissa tortura sive quæstionibus exemptus indicabit aut confitebitur, fides habenda sit: quare nec id, quod in tortura confessus est reus, sed quod remissa tortura fatetur, a Notario consignari debet. Verum iudex hic non male arbitrabitur, si reum in ipso torturæ actu interrogat, & examinat, (1) quia reus, si innocens esset, innocentiam suam alias non posset demonstrare & indicia purgare, quod tamen perseverando in negatione demum fieret. Boccr. 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 fürgehalten werden, quor-

quorsum & suam intentionem dirigit Carpz. ipse
d. l. 9. 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 questio 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 regiltrari non
 debere, & hoc ipso ex natura relatorum se-
 queretur, quod & interrogari non deberet, quia
 alias actus interrogationis esset frustraneus, quem
 jura detestantur; Siquidem verba illa: Und soll die
 Sage der Befragten nicht angenommen noch aufgeschrie-
 ben werden, so er in der Marter thut, sondern er soll
 seine Aussage thun, so er von der Marter ist, ita plane
 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 omnino a Notario est con-
 signandum, uti tenorem articuli jam dicti potentis-
 simus Rex Poloniarum & Elector Saxonix in Pro-
 cessu coram Præfectura Belzigensi contra Andream
 Hagedorn agitato, per rescriptum ad Præfectum ibi-
 dem *mens. Mart. 1700.* declaravit. §. II.

§. II. Si igitur reus tortura remissa delictum confitetur, iudex eo quoque arbitrium suum extendere potest, ut huiusmodi confessioni non statim fidem habeat, sed simul etiam diligenter dispiciat, an confessio vera sit vel non, ea propter inquirat in circumstantias, de quibus Ictus Saruminus in *L. 16. ff. de Penis agit*, ut scilicet rationem causae, personae, 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 alias non permissum sit, ut ipsemet reo circumstantias criminis suggerat, uti saepius fieri solet, quando iudices hac in re incautius agunt, ut ex suo ingenio imprudenter vel malitiose 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 quaestioni subicitur, incidenter saltem de alio etiam crimine perpetrato non esse interrogandum, propter textum expressum in *art. 20. Ordin. Crim.* Sed cum saepius 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 eo, de quo contra reum jam jam inquisitio instituitur, aut de quo jam torqueri debet, vel etiam jam confessus est, iudex omnino suo arbitrio de alio quoque deli-

fito reum in tortura interrogare potest. Quin & non tantum de alio delicto, sed & de complicitibus delicti interrogationem formare poterit. Caterum hoc negandum non est, quod multi iudices, si modo cum aliqua difficultate inquisitio est conjuncta, illico manum retrahant & ad asyllum illud socordiae, jura proniora esse ad absolvendum, quam ad condemnandum. *z. F. 28.* confugiant, quasi hæc regula de casibus quomodocunque difficilibus prodita, & non etiam aliæ regulae præscriptæ sint, secundum quas ille omnia quam diligentissime rimari & investigare, arbitriumque suum instituere possit.

§. IV. Caveat tamen judex, a reo confessionem sub impunitatis promissione elicere, quia exinde magna nullitas processus exsureret, & talis confessio sub spe impunitatis impetrata, tanquam judicis dolo extorta, ad condemnandum minime sufficeret. *Carpz. Pr. Crim. p. 3. q. 113. n. 50.* Equidem simulationeuti, & 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 judicis arbitrium hac in parte ab omnibus simulationibus sive istæ ad deceptionem, sive ad bonum finem tendant, debere esse remotum, cum hoc agere nihil aliud sit, quam illaqueare reum fraude & mendacio, quod cui-libet bono viro, præsertim judici, quem veritatis amantissimum esse decet, summopere 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. gr. italica, gallica aut alia, quam neque iudex neque actuarius norit? plane iudicis arbitrio relicta est alium Notarium, qui illam linguam caller, 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 linguæ, causa committatur aut ad minimum ejus peritus adjungantur. Et hoc quidem tunc imprimis faciendum est, quando reus ad articulos inquisitionales respondere teneretur, siquidem ita non tantum verba ipsa rei accurate annotari, sed etiam, si qualitas responsioni annectitur, aliudve a 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 linguae germanicae, interpres quidam, praeter Notarium linguae gallicae peritum, adhiberetur, id quod quidem alienum ab arbitrio iudicis regulato non est, si modo interpres simul juris sit peritus & linguam germanicam perfecte calleat, simulque iussu Principis ad acta iuramentum praestet.

CAP. IX.

§. I.

Sapius etiam hoc accidit, ut si rei torturae subiecti debeant, vel etiam ad locum torturae deducti & sub tormentis constitui, demum praetendant, ad deducendam innocentiam, vel avertendam torturam, admitti, & eventualiter appellent, licet optime conficii sint, se parum vel nihil deducturos esse, modo ut iudici inquirenti molestias creent, & inquisitionem longius protrahant: hoc igitur in casu, quoniam defensio nemini deneganda, Jul. Clar. *pract. crim. g. 49. n. 14.* & propter interpositam appellationem iudici manus sint ligatae, ut ulterius progredi nequeat, iudex omnimodo eo dispiciat, quomodo huic malitiae occurrat, ne remedium appellationis, tanquam praesidium innocentiae, ad defensionem iniquitatis adhibeatur. Optime autem iudex arbitrabitur, si ita procedat, ut ante omnia ex reo, cui tortura est dictata, quarat, an contra illam se defendere velit, vel non? sub hac comminatione, quod si jam nolit, vel
tempus

tempus destinatum negligat, in posterum ad defendendum nequaquam admitti, nec appellatio attendi debeat; & si contingeret, ut reus abnuat, aut tempus negligat, tunc judici permissum est, non obstante appellatione interposita, in executione torturæ progredi, cum reus sibi imputare 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 quamvis Gutierrez. *p. 1. de juram. confirm. cap. 16. n. 59.* & Boër. *decif. 2. n. 5.* dicat, renunciari non posse legi prohibitivæ & juribus defensionis; nulla tamen hic occurrit prohibitio, quæ renunciationes interdicit, quin & distinguendum erit inter jus in thesi & hypothese, cum hic vel maxime causa publicæ utilitatis & salutis concurrat: expedit enim Reipublicæ, ut malitiam hominum occurratur & delicta puniantur *L. 9. §. quod illicite. de publ. & vectigal.* & insuper in criminalibus appellatio locum non habet. *Carpz. p. 3. pr. crim. q. 139. n. 19. §. 20.* Si autem reus semel se defenderit, & torturam avertere non potuerit, nihilominus adhuc se defendere veller, 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 tatione, quod humanitatis habenda ſit ratio, & alias iudex ipſemet teneatur ex officio in rei innocen- tium inquirere, quamvis id non petat reus *l. 19. ff. de pœnis*. Verum cum plerumque de ea de- fenſione, quæ contra definitivam, & ita contra ſup- plicium atque pœnam petitur, Dd. loquantur, uti ex ipſa allegata lege patet, non immerito iudex ar- bitrabitur, an huiusmodi defenſor contra torturam admittendus ſit? nam etiã ſi is non intendat lucrum quarere, poteſt tamen propoſitum habere litem pro- craſtinandi, ut interim reum de interrogatoriis & tor- turæ gradibus, qui ſapius facile ab incautis iudicibus explorari poſſunt, informer: huic malitiæ autem iu- dex prudens ex ſuo arbitrio obviavit, ſi a defenſore juramentum malitiæ expoſcat, ſiquidem illud toties iudex ex officio deferre poteſt, quoties ſuſpicio eſt, aliquem differendæ litis cauſa malitioſe quicquam agere. Berlich. p. 1. Concl. 17. atque hoc ipſo ſapius proceſſui & tergiverſationi acquiritur

F I N I S.

THE-



THESES REPETITÆ.

I.

Tortura non est contra jus naturale, divinum & civile.

II.

Jus Torturam decernendi pertinet ad 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
iudex.

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

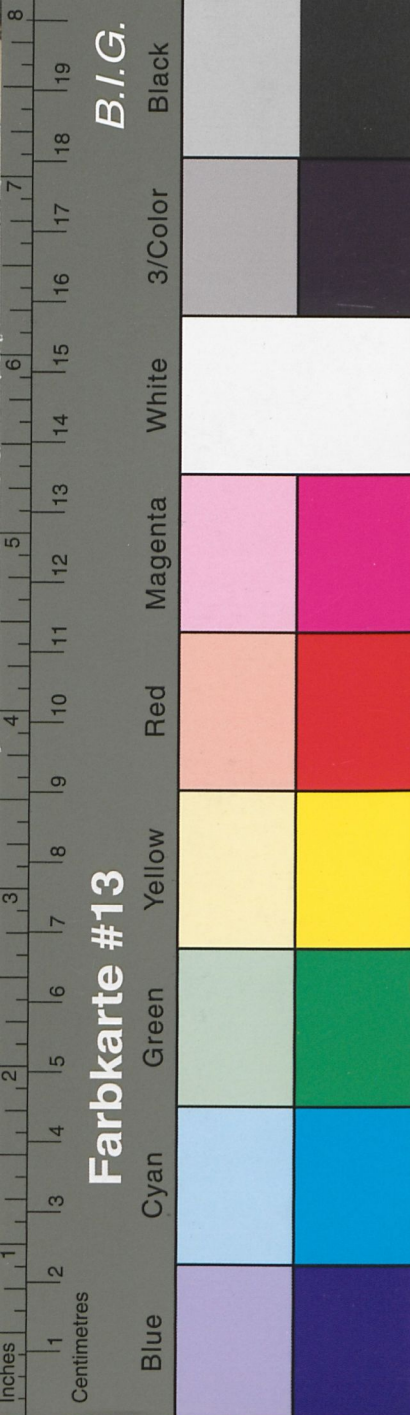
3



St.







1710, 1716 19

7. 7. 4.

DISSERTATIONEM JURIDICAM INAUGURALEM
DE

**ARBITRIO JUDICIS CIRCA
TORTURAM.**

SVB

SACRO REGIMINE ACADEMICO
SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI

DN. GVILIELMI HENRICI,
DVCI SAXONIAE, JULIACI, CLIVIAE, AC MONTIVM, AN-
GARIAE ET VVESTPHALIAE, &c.

EX DECRETO ILLVST. JURISCONSULTORVM ORDINIS
IN ALMA SALANA
ET SVB PRAESIDIO

DN. CHRISTIANI WILDVOGELII
JCTI CONSUMMATISSIMI
DVCI SAXO-ISENACENSI A CONSILIIS INTIMIS,
CVRIAE PROVINC. NEC NON FACVLT. JURID. ET SCABIN.
ASSESSORIS GRAVISSIMI,
PANDECTARVM ET NOVELLARVM, ITEMQVE JURIS PVBL.
ET FEVD. PROFESS. CELEBERRIMI,
PATRONI ET PROMOTORIS SVBMISSE DEVENRANDI

PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE JVRE HONORES ADIPISCENDI
PVBLICO ERVDITORVM ARBITRIO

d. 3. Septembr. Ao. CHRISTI M D CC X.

SVBMITTIT

JOHANN. JACOB. ARNOLD.
ADVOCATVS DRESDENSIS.

IENAE, Typis JO. ADOLPH. MVLLERI.