



20/1061

Dissertationem Juridicam Inauguralem

1710, 117

DE

# ARBITRIO JUDICIS CIRCA TORTVRAM

Quam

ex Decreto Illust. Jurisconsultorum ordinis

IN ALMA SALANA

SVB PRAESIDIO

**DN. CHRISTIANI WILDVOGELII**

JCti Consummatissimi

Duci Saxo-Isenacensi a Consilii Intimis, Curie Provinc. nec non Facult. Jurid.

& Scabin. Assessoris gravissimi, Pandectarum & Novellarum, itemque

Juris Publ. & Feud. Prof. Celeberrimi,

**PRO LICENTIA**

Summos in utroque Jure Honores adipiscendi publice eruditorum arbitrio

d. 3. Septemb. Ao. CHRISTI MDCCLX.

submitit

**IOHANN IACOB ARNOLD.**

Advocatus Dresdensis



Jenæ, Litteris Mullerianis.



1061

Disquisitionem Juridicam

DE  
ARBITRIO JUDICIS  
CIRCA TORTRAM

et Decreto Illust. Jurisdictionum ordinis

IN ALMA SALINA

SVB PRAESIDIO

DR. CHRISTIANI WILDVOGELII

PRO LICENTIA

IOHANNI JACOB ARNOLDI

Advocatus Decretalis



Leae, Invenit





**P**rudens certe monitum est Eleu-  
therii Papæ in *can. judicantem.*  
*II. caus. 30. q. 5.* quod Judex  
omnibus modis sollicitus esse  
& omnia rimari debeat, quo-  
modo veritatem delictorum  
eruat, & iuste pœnam sumat;

cui fini in criminalibus etiam applicatur Tortura,  
utpote quæ ad eruendam veritatem adhiberi solet,  
per *L. i. pr. ff. de quest.* cum autem illa res sit fra-  
gilis & periculosa, nihilominus tamen magni mo-  
menti, cautum omnino & circumspectum in ea Ju-  
dex se gerere debet, sc. ut eam non adhibeat, quam  
Accusator postulat, sed ut moderatæ rationis dictami-  
na desiderant. Qua de causa multum relictum est  
Judicis Arbitrio, uti Ulpianus in *L. 7. ff. de quest.* scri-  
bit. In quibus autem iudicis arbitrium locum ha-  
beat vel non, vel quousque illud circa eam extendi  
possit, pauca paucis hisce paginis exhibentur.

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

2001

❁ ( 4 ) ❁

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 subjiendæ vel subiectas : in octavo de Arbitrio Judicis circa confessionem Rei in tortura & confessionis annotationem : in nono de Arbitrio Judicis circa appellationem & defensionem a Reo tempore torturæ interpositam & petitam.

CAP. I.

§. I.



uia autem absolum plane & indecorum foret, rem determinare prius velle quam terminos intelligere, Francisc. Mant. de Conject. ult. l. Volum. libr. i. tit. i. & verborum neglectus pariat incertitudinem Oldend. *Class. 4 act. mandat. de verborum significatione prima nobis erit cura.*

§. II. Multiplicem autem significationem verba ARBITRIVM esse, scribit Joh. Baptista Perusinus in *Tract. de Arbitriis lib. 1. c. 6.* Modo enim pro ipso iudicio ordinario, per *L. 80. ff. pro socio*, modo pro facultate adimplendi conditionem, *L. 1. §. 8. ff. de suis & legit. hered.* modo pro boni viri senten-



sententia, in *L. 7. ff. de contr. empt.* accipiuntur. Hic autem sumitur pro iudicio & intellectu, quod iudex in causa criminali procedit, adhibendo vel duriozem vel leuiorem torturam, admoneate Const. Carolin. art. 38. Alias etiam dicitur Religio, in *L. 13. ff. de testib.*

§. III. Vox autem IVDICIS denotat eum iudicem, qui vir bonus, juris dicendi & æquitatis statuendæ peritus, ad id muneris publica autoritate vocatus, uti ex sententia Justiniani definitur a Barthol. Carthagena *ad tit. X. de offic. Jud. Obl. 2.* & qui merum habet imperium, vel, uti loqui solent, jurisdictionem criminalem, die Ober- Hals- oder Weintliche Gerichte, per tradita Carpz. *p. 3. quæst. Crim. 117. n. 19.* siquidem quæstio seu tortura nihil aliud est, quam causarum criminalium accessio, per *L. 8. ff. de quæst.* qui autem de principali cognoscit causâ, recte etiam cognoscit de accessione vel necessario accidente, *L. 138. de R. J.*

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



2801

❁ (6) ❁

§. V. Verborum TORTURA originem habet a torquendo, quod proprie vorticum esse scribit Salmasius in notis ad Tertullium de Pallio pag. 153. fin. Et denotat idem ac cruciari 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 rubr. appellat Examen rigorosum.

CAP. II.

§. I.

**D**efiniri autem potest Tortura, quod sit actus, quo reus de crimine admissio interrogatus, & pro qualitate delicti & indiciorum ad confitendam 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 quast. 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; quae 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. An-*  
*not. 1. n. 52.*

§. III. Quoniam autem hic nobis sermo est  
de iudice, qui in provinciis, imprimis ditionibus ele-  
ctoralibus Saxonis vivit, quive secundum sanctio-  
nes 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 et realis; il-  
la, si carnifex verbis et gestibus severioribus ad tor-  
quendum consuetis irruat inquisitum non aliter  
ac si ipsum prehendere & torquere velit, absque ta-  
men apprehensione & tactu, eumque interrogat: quæ  
territio hisce verbis indicari solet: *Zhr wohl befugt*  
*Inquisiten dem Scharfrichter vorzustellen und durch*  
*denselben, als solte und wolte er ihn angreifen jedoch un-*  
*angegriffen befragen zulassen &c.* Hæc autem, seu realis  
ubi carnifex præter minas minus quoque injicit, re-  
um vestibus denudat, ad scalam ducit, instrumenta,  
quibus peragitur tortura, in conspectum ipsius ponit,  
forcipes digitorum affigit, & iisdem pollices inquisi-  
ti comprimit, quæ territio hisce formalibus dictari so-  
let: *Man wohl befugt, Inquisiten dem Scharfrichter*  
*auf diese Waasse zu untergeben, daß er ihn mag aus-*  
*ziehen, entblößen, zur Leide führen, die zur Peinlichkeit*  
*gehörigen Instrumenta vorzeigen, die Daumen-Eiße*  
*ste anlegen und darmit zuschrauben, jedoch daß es*  
*bey dem, wie ists gedacht, verbleibe. Sed quorsum re-*  
*fertur*

fertur, si polletrum preparatoriis atque praeludii 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. *Pr. Crim. p. 3. q. 117. n. 54.* Mantius autem *ad art. 58. Const. Cordin. n. 21. it. quest. Palat. 88. n. 7-8. 12.* speciem torturæ id esse asserit, ex ratione, quod corpus ipsum afficiat, & vel sanguinis profusionem vel suffocationem plerumque annexam habet. Verum, cum manus non adeo arcte 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 totum 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 juncturæ manuum arctissime usque ad ossa constringuntur. *Carpz. d. l. q. 117. n. 60.* quem gradum collegia juridica hisce formalibus dicitare solent: *Daß, wann Inquisit sein Bekännniß in Gütze richtig*

\* (9) \*

richtig nicht thun will, ihr wohl befugt, ihn dem  
 Scharfrichter auff diese Weise zu untergeben, daß er  
 ihn mag ausziehen, entblößen, zur Leiter führen, die  
 zur Peinlichkeit gehörigen Instrumenta vorzeigen, die  
 Dammen-Stöße anlegen und damit zuschrauben, auch  
 da dieses nicht fruchtet, mit denen Banden zuschnüren.

§. V. Secundus gradus dicitur, quando rei  
 non tantum polletro seu forcipibus & funicularis, sed  
 præterea etiam instrumentis per intervalla excavatis,  
 Spanischen Stiefeln, tibiis, præsertim parte ejus prio-  
 re, qua vocatur crus, compressis aut strigillatis, cru-  
 ciantor, scilicet imponuntur, & violenta quadam ex-  
 pansione seu extensione omnium membrorum, arti-  
 culi distinguuntur. Laud. Dn. Carpz. *ibid.* n. 62. &  
 Zanger. *in Tract. de Tort. cap. 4. n. 10.* qui gradus a Di-  
 caferiis Saxonis his verbis pronunciat: Man wohl  
 befugt ihn (den Inquisitum mit der Scharffe ziemli-  
 cher weise angreifen und befragen zu lassen. Nota-  
 ter inferuntur verba: ziemlicher maßen, siquidem ex  
 his ipsis secundus gradus dignoscitur; si autem verba  
 hæc sunt in sententia omissa, & simpliciter judicatum,  
 mit der Scharffe den Gefangenen anzugreifen, tunc ter-  
 tius & 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 tormen-  
 torum genera, atque expansionem rei in scala per-  
 actam, severioribus cruciatibus utitur, & vel can-  
 denibus luminibus, vel sulphure & igne cutem in-  
 certis corporis partibus adurit, aut extremas digito-

B

rum

rum partes, immixtis infra ungues pineis cuneo-  
lis, iisque postmodum accensis, adustione laedit,  
& quæ plura a Carpzovio & Zangero *d. l.* enarran-  
tur.

§. VII. *Arbitrium* vero ipsum definitur,  
quod sit animi sensus, juri, rationi & æquitati con-  
sentaneus. Sensus autem hic non summitur metaphori-  
ce & inproprie, uti hoc verbo utitur Thomas Cam-  
panella in *Tr. de sensu rerum*, ubi non solum ani-  
mantibus, sed & plantis & lapidibus, lignis exteris-  
que 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 ra-  
tionem circumstantiarum, tum quoad perso-  
nas, tum quoad gradus torturæ habeat, omnes  
qualitates exacto sensuum & rationis scrutino exa-  
minet, & præprimis in criminalibus ultra sensus ex-  
perientiam non progrediatur. Dn. Stryk. in *tr. de ju-  
re Sens. in proœmio 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 A-  
micit.* hinc non immerito adjecimus, quod Sensus  
debeat juri, rationi & æquitati esse consentaneus,  
Nam si judex aliter sentit, ac jura permittunt, di-  
citur 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

☉ ( n ) ☉

lex quasi anima iudicis sit, iudex vero quasi vox legis, uti de iudice loquitur Muretus *Orat. 18.* Nec fieri dicitur boni viri arbitrio, quod sine ratione sit; 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 distent genere, natura, vi, magnitudine, loco, tempore, persona & aliis rerum circumstantiis, tunc, quia ex separatis & dissimilibus non rite infertur, per *L. ult. C. de Calumniat.* Henricus 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 æquitas relicta est, ut durities legum molliiri vel etiam lenitas mutari possit, uti patet ex *L. 8. C. de Judic.* omaino iudex æquitatem quoque, quæ Theriaca contra venenum dicitur, Menoch. *de Arbitr. Jud. 9. n. 17.* ita spectare debet, ut in re aliena id agat, quod in re propria actum esse velit. Tiraquelli. *de Retract. Consangu. §. 35.* & rigorem & severitatem leniore interpretamento mitiget. Dn. Ziegler. *Tr. de offic. Jud. Concl. 36. §. 34.* Non autem indistincte & generaliter accipimus æquitatem; siquidem quandoque magna exinde possit nasci iniquitas. Hinc æquitatem extrinsecam, quæ adversa fronte cum jure committitur, & non a verbis solum, sed etiam a sententia scriptæ legis aliena est, non intelligimus, cum hæc iudicis inferioris non sit; sed solius Principis potestati reservata. *L. 21. §. 1. ff. qui est a quib. mas*

8801

*num. L. 1. C. de LL.* ita ut ex ipsius potestate legislatoria dependeat, rigorem legis æquitati non convenientem emendare, ut dicitur in *L. 9. C. de leg.* Sed intrinsicam volumus, que 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 *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 nimiram Judicis 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. q. 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. Cravert. *Consil. 190. n. 5.*

CAP.



CAP. III.

§. I.

**H**isce consideratis, progredimur ad Arbitrium Judicis circa Torturam in sententia dictam, sed nondum executioni mandatam, ubi quæstio 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 sententiæ, & maxime gradus torturæ dictatæ cognoscens, eo magis se præparare 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 quæst.* Siquidem experientia hæctenus docuit, quod rei sæpius ex lege quasi societatis ad sustinendam torturam se adstrinxerint, & corpus atque animum ad tormenta induraverint, ut inquit Paulus *in L. 18. §. 1. de Quæst.* Hoc tamen arbitrio judicis detrahendum non est, ut is, suppressis torturæ gradibus in genere torturam dictatam annunciet reo, admonendo illum ut veritatem confideatur, ne tormentis illa exprimi debeat, *Er solle die Wahrheit in güthe bekennen, und zu scharffen Mitteln, solche aus Ihm zu bring*



bringen nicht Anlaß geben, Er sehe den Ernst, re. juxta  
artic. 26. Conf. Carol.

§. II. Si igitur reus sponte confideri 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 plane 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. Sin 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 judicio nullam facit fidem. Farinac. in tr. de Judic. §. tort. lib. 1. c. 5. g. 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 peccatorum confessionem prodere vel manifestare potest. Mascard, de Prob. Concl. 377. n. 5. adeo 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 testes, 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. Et quamvis judicis 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 fieri nolit, inquisitus subjici debeat: vel urgendo legem divinam & humanam, nec non pœnam, quæ peccatores non pœnitentes, & in reatu perseverantes manet, vel alio modo metum inveniendi, 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 præscriptione, tanquam Ariadne filio, dirigatur, Pruckmann. *Vol. 1. Consil. 10. n. 163.* Hoc autem casu, si iudex confessioni per sacerdotem a reo elicitæ fidem habere, eamque pro libera statim ac spontanea æstimare velit, a legum præscriptione 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 huius-

8001

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 vires 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. Gallia Regis, exigens, ut omnes processus criminales peragantur 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, turratio & inconstans sermone, trepidatio & alia hujusmodi signa, que sacerdos, utpote exactam juris cognitionem non habens, nec attendit nec servatur. 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 cruciatu tam in conscientia, quam in corpore afficiatur.



§. IV. His tamen dictis nequaquam 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, *Kayser, in der Anweisung zum Nichts-Proceß p. 677. §. 19.* non intelligat, multo minus, maxime si teritio verbalis cum hæc clausula; quod reus per carnificem ipsum interrogari debeat, dictata sit, interrogatoria legere valeat. Hoc igitur in casu alium substituendum esse, gravitas causa postulare videtur, cum hic non de stulticidio, 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 literam gnarus esse debeat, siquidem *Jodocus Damhouder. in Pr. Crim. cap. 153. n. 9.* hujus qualitatis mentionem nullam facit, cum tamen cæ-

teras qualitates omnes, quæ in carnifice requiruntur, enumerat, & sufficiat, si artis suæ peritus & in officio suo guavus, 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 iudice vel Actuario ipsi manifestetur & interrogatoria, ad quæ reus respondere debet, successive prælegantur.

## CAP. IV.

## §. I.

**Q**uando 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 Iudex ad informationem sui Arbitrii circa Torturam exequendam, nosse & observare debet *Carpz. Pr. Crim. p. 3. q. 117. 11. 42.* Hinc ipsi non licet carnifici concedere, ut certam potionem, quæ ein Hexen-Tranc appellari solet, & cujus ingredientia recenset Dn. Dietther. *in add. ad Besold. sub voc. Hexen p. 380.* sagis, antequam tormentis subiciantur, 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 quamvis multa dentur tormentorum genera, quæ Jodoc. Damhouder. *in pr. Crim. c. 37. n. 18.* enumerat: nihilominus tamen iudex ab iis abstinere, quæ non sunt usitata, nec a dicasteriis 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. q. 64. n. 36.* Memorabile exemplum de executore justitiæ, quem vulgariter cernificem appellant, refert Laur. Arnold. Frey *in Tract. de 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 inferioribus, ad confessionem cogi aut perducere 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 Toror multos innocenter tormento-

0701

rum vi & continuatione ad confessionem delictorum & scelerum ab ipsis nunquam perpetratorum adegerrit, & ita, licet innoxios, injusto supplicio affecerit, hancque sui reatus justissimo Dei judicio notam, cum qua etiam sepultus est, acceperit. Caveant hinc omnibus modis iudices, ne & sibi hujusmodi 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. Disp. 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 judicando prævalet, & juvat interdum decisionem allegare in terminis, Jacob Alemannus *Consult. 8. q. 2. fol. 742.* Johann. a Sande. *in Pref. ad decis. Fris.* quando magis sequenda erit sententia totius collegii juridici, in quod recipi solent viri juris consultissimi, pro quibus stat præsumptio, quod omnia & universa accurata mentis trutina ponderaverint. Accedit & textus in *Const. Carol. Art. 28.* ubi iudices puritiores 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. 7. C. 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 Justizien: Sachen n. 5.

§. IV. Veruntamen cum sapius ratione causarum, personarum, locorum & temporum diversitas eveniat, & mutatis personis saepenumero sententiae ipsae mutantur Dn. Ziegl. Decis. Concl. 36. §. 24. Doctorum hujusmodi responsa pro talibus, a 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 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 textam in Artic. 58. Const. Carol. ibi: Die Peinl. Frage soll nach Gelegenheit des Argwohn's, viel, oft oder wenig, hart oder linder, nach Ermessung eines guten vernünftigen Richters, vorgenommen werden. Quibus verbis Judicis Arbitrio ac discretioni committitur quanta tormenta ad eruendam veritatem sint adhibenda, vid. Dn. Carpzov. p. 3. q. 117. n. 25. Sic etiam judici permissum erit, fiduculas ita extendere, ut, quamvis alias junctura

C 3

manuum



manuum funiculis tantum confiringantur, nihilominus malicia reorum apparente & aliis circumstantiis urgentibus, fidas istas in superiore parte unius vel amborum brachiorum per carnificem applicari poterunt, maxime si reus jam antea funiculos perpesius & obduratio carnis fuerit subsecuta, quemadmodum Dn. Scabini Lipsienses in inquisitione contra nonnullos fures famulos, ob furtum in ædibus Beichlingianis Dresdæ commissum instituta, prætori Dresdensi *mens. se Aug. 1703.* hisce verbis responderunt: Daraus so viel zu befinden, daß bey Vollstreckung die obgedachten Wittdorffen und Illern zuerkandten Tortur in Ansehung der starcken wider sie streitenden Judicien und ihrer Hartneckigkeit auch anderer mit einlauffenden Umständen, die Bande über den Ellbogen, ideoch mit solcher Behutsamkeit, daß ihnen daraus an ihrem Leben und Gesundheit kein Schade entstehe, wohl zu gebrauchen, und sie auf solche maass an denen Armen oben herunder zu schnüren. Prudenter tamen agit iudex, si desuper vel a Principe vel a 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 a funiculis incipiat, præcipere? Affirmativa videtur probari Zangero *in Tr. de Tort., cap. 5. n. 10.* ubi dicit: Primo solent carnifices subtilioribus & durrer



riter contortis funiculis juncturas manuum reis ar-  
ctissime 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 opponendo forcipem digi-  
torum tentaverit prius, nam hoc medio leviori verli-  
tatem extorquere possit: ita multo minus a secundo  
& tertio gradu excludendi erunt forcipes, utpote qui  
ipsi partem essentialem primi gradus torturæ con-  
stituunt, id quod maxime illustrat rescriptum Sere-  
nissimi Electoris ad Præfectum circuli Misnenfis &  
alios 20. Junii 1698. missum, quod verbotenus hic ap-  
ponere licebit, Lieber Getreuer. Wir vernehmen, wie  
daß die in unsern Nembtern auch anderen unserer Lehn-  
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 weges gebühret; sondern wann  
auf den andern oder dritten gradum tortura erkandt, die  
erstere nicht ausgeschlossen, zu diesen aber die Daumen-  
Stöcke, als ein wesentlich Stück gehören, und solchem  
nach vielerwehnte Daumen-Stöcke allerdings mit zu-  
gebrau-

3701

gebrauchen und darvon den Anfang zumachen, wir auch dannhero wollen, daß es künfftig hierunter also gehalten werde; So ist hinit unser Begehren, du wollest nicht alleine bey dem dir anvertrauten Ambte dich also darnach achten, sondern auch allen andern darein Einbezirkten, so von uns mit Obergerichten beliehen, 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, vermittelt 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 amputaverint, ne miles esse cogatur? cujusmodi homines Murci appellantur. Illustr. Dn. Strick. in tract. de Jur. sens. diff. 7. de test. 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 suffragatio substituitur, Dn. Carpz. P. I. 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



\* ( 25 ) \*

beat, iudicis arbitrio relictum est, membrum eligere quod velit, & vel delicti vel personæ qualitas postulat. Dn. Carpz. P. 3. q. 129. n. 45. Ergo & hinc omni iudici, deficientibus pollicibus, ad alios digitos manuum aut pedum forcipes affigere permissum, ob identitatem rationis, quæ a sine 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 Camoud. *pr. Crim. c. 37. n. 20.* eumque in civitate Brügensi usitatum esse refert, pedum digitis singulis funes annectere, & his corpus rei longissime extendere.

## CAP. IV.

## §. I.

**A**ccedimus nunc ad arbitrium iudicis circa locum, in quo tortura exequenda venit. Desiderant civilis juris scriptores huiusmodi locum, qui subteraneus & 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. 33.* Kayl. *in Pr. Crim. cap. 9. §. 18. p. 677.* Hinc in multis locis, maxime in bene constitutis Rebuspubl. certa 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 confusionem sectæ Mahumetanæ vocat *cap. 4. p. 55.* Sycophaniam

D

docuis-

docuisse: duos angelos, Harad & Marat, 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 exerceri queat, modo locus sit separatus, ne per ejulationem 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 postolat, admittere, ut actum torturae videant? Quae quaestio simpliciter affirmanda non est, quia facillime evenire potest, ut, si reus in tortura delictum fateatur, sive nomen & consocios prodatur, sive non, complices id citius resciscant, & sibi fuga consulant. Quod si enim unus correorum salvo conducto gaudens, & liber extra vincula obambulans, a complice in tortura magis gravetur, annon affugiet, si tale quid contra se confessum esse alterum, experiatur? si id omiserit, inquit Dn. Ziegler in *Dicass. 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 Pompeji a 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, ane hic examini in loco torturæ interesse poterit? Affirmativa videtur fundata (1) in L. 27. §. 7. ff. ad L. Jul. de Adult. ibi, *questioni interesse jubentur reus reave & patroni, & qui crimen delulerit*, (2) in L. 12. ff. de publ. Jud. ibi: *Custodias auditorum tam clarissimos viros, quam patronos causarum, si omnes in civitate provincia, quam regit, agunt, adhiberi debere*. Sed Resp. Leges has ab observantia fori recensisse, & plane non attendi. Alberic. in Rubr. C. de quest. 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. Jstorum Gryphiswald. 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 ultima dicitur, non interponitur; sed vel ante torturam, sc. ad avertendam eam, vel post illam, ad impediendam executionem sententiæ condemnatoriæ & ad declinandam poenam, in tortura vero reus ipse sub 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 torturam audita non effutiat, admittere posse: certum enim est, multos esse homines, viros etiam eminentioris conditionis, & vices judicium sustinentes, qui nunquam viderunt actum torturæ, ut hinc reipubl. intersit, 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 judicium simul atque excessus animadvertere, uti factum in causa concredita, sed postea perfide subversa pecuniæ, Samuel Grischén, tunc temporis militem concernente, ubi Dn. Jcti Wittebergenfes ad Judicem militarem, qui actui torturæ procul dubio nunquam intersuerat, ita *Mens. Aug. 1678.* responderunt: Dennoch aber und dieweil bey der execution des in *Act fol. 157.* befindlichen, und von dem 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 Anfsage gethan, bald folgenden Tages aber den 19ten Jan. frühe umb 8. Uhr seit Bekännniß zu wiederhohlen, für gerichte geführt, und

und nachdem er dabey und sonderlich bey der letzten Frage sehr variret wiederum von dem Scharfrichter mit denen Schwüren angegriffen und befraget worden, welche Uhrgeicht er denn noch selbigen Tages zu Mittage um 2. Uhr gerichtlich wiederholen müssen, in welchen allen aber von der klaren Verordnung Carol. V. abgeschrieben, (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 Bekantniß, wieder vor Gerichte geführt und ihm sein Bekantniß durch den Gerichts-Schreiber sorgelesen, und als denn anterwärts darauf befraget werden, ob sein Bekantniß wahr sey?) Und also dasjenige, was mit inquisito dissals also bald des andern Tages vorgenommen, und dessen Aussage vor neue Indicien zur tortur genommen werden wollen, vor beständig nicht zu achten, auch die fol. 107. 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-Versändigen, nach der Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung, Urthel zu fällen gewesen (quod maxime observare debent Iudices 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 gefährlich  
 verfahren, sondern darinnen excediret worden. Imo  
 hujusmodi imperitia non tantum cedit in ignomi-  
 niam judicium, sed etiam rei ipsi eo ipso poenam  
 promeritam effugiant, quia æquum est, de asperita-  
 te poenæ ordinaria quid remitti, ac juris rigorem  
 temperari, ob tormenta, quæ reus de crimine con-  
 victus injuria passus est. Carpz. *pr. Crim. p. 3. n. 125.*  
*n. 25.* Quemadmodum in eadem causa, eodemque  
 mense & anno laudati Dn. Jcti Wittenbergenses pro-  
 nunciarunt, hisce formalibus, das Inquirit nach be-  
 fehener restitution des Diebstahls und Wieder-  
 stattung 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. Sca-  
 bini Liblienses retro *mens. Sept. 1675.* Praefecto Tor-  
 gaviensi responderunt: So mag Hans Schneider sol-  
 cher begangenen Deliben 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-  
 situenda, occultus, & si fieri possit, subterraneus esse  
 debeat: ita etiam, si is supra terram eligatur adeo  
 munitus sit, ne reus, utpote qui tunc a vinculis li-  
 beratur, evadere, nec a sodalibus e manibus judicis  
 eripi possit; siquidem non ignotum est, quod  
 complices, maxime in villis & pagis, ubi loca bene mu-  
 nita sepius deficiunt, ex lege societatis, vi hostili &  
 arma-



❁ (31) ❁

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 pater. 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. ff. §. 1. L. 14. ff. de custodia & exhib. reor.*

§. 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 vita vel corporis discrimen aliquod incarcerato sit metuendum. Aut. Consult. Saxon. *p. 4. q. 37. vers. Darüber in unsern.* Ita multo magis idem præcaveat ne dolores reo propter frigus duriores fiant, & hæc 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, omnio iudex mentem frigidam calore moderatæ rationis temperare debet, si comparari

10701  
parari nolite carnificibus ipsis, juxta effatum Jul. Clar.  
*libr. 5. §. ult. q. 64. n. 36.*

CAP. V.

§. 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 eruenda pretextu 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 tyrandem effugere, quam se sub mille mortibus vivum discerpi eligat? quarimus cum Emanuele Suarez. *in annot. ad Anton. Gomez. libr. 3. Resolut. 13. Lit. C.*

§. II. Quando autem tortura sit instituenda, de eo non tantum varia reperiuntur opiniones, sed & usus ipse variat. Alii enim volunt nocturnum tempus ad hoc requiri, partim ideo, quod judex, postquam reus cibum & potum assumpsit, propter periculum vomitus ad minimum quinque vel sex horas a quaestione abstinere debeat, Delrio *Disquis. mag. libr. 5. q. 9. vers. tortura 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.* quo & 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 oportunum huic actui existimant; quia etiam alii actus judiciales majoris momenti hoc tempore perfici solent, & plerisque in locis hoc tempus observari, ut nimirum rei ieiuni torqueantur, 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 teneatur tamdiu expectare, donec affectus cessaverit; sicuti autem is nescit morbi modum, ita etiam ignorat ejusdem exitum, & consequenter certum tempus huic actui præfigere nequit, sed secundum rei statum illud arbitrabitur.

§. III. Sed anne etiam die feriato & dominico tortura instituenda; Distinguit *Jul. Clar. in pr. Crim. §. fin. q. 64. n. 34.* inter atrocia & levia delicta, atque

E

dicit

11731

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 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. l. q.  
 124. n. 4. quæ sententia fundatur L. 7. C. de Feriis. Pru-  
 dentia tamen iudicis relictum videtur, si Reipublicæ  
 interfit, pœnam sceleratorum accelerari, etiam die fe-  
 riato prodicionem per latronum tormenta querere,  
 cum facillime & in hoc Nominis divini venia speran-  
 da sit, per quod multorum salus & incolumitas pro-  
 curatur. L. pen. C. de Feriis.

§. IV. Maxime autem circumspectus esse  
 debet iudex in adhibenda tortura ratione durationis  
 temporis, ne & in justitia hoc sapiat savitiam. Non-  
 nulli equidem distinguunt inter indicia, & volunt,  
 concurrentibus gravioribus & urgentibus iudiciis,  
 reum tribus diebus interpolatis torqueri & pro quali-  
 bet vice ter cum quassationibus elevari posse, ut de I-  
 talia consuetudine testatur Clar. Pr. Crim. q. 64. n. 33.  
 Alii opinantur, necessitatem veritatis indaganda &  
 justitia 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-  
 tomant, quia alias ad expediendum actum judicia-  
 lem totus dies deputatur. arg. L. 38. §. 16. L. 137. §. 2. ff. de  
 V. 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 JCti 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 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, iudex 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 maxime illustrat rescriptum ex aula regio electorali ad Senatum Dresdensem, in causa supra dictos latrones concernente, transmissum *d. 26. Julii 1705.* hisce formalibus: In übrigen verlauffet, daß einige von denen bißhero eingebrachten und hier und dar justificirten Dieben anzuführen gewußt, daß die Tortur an keinen Orte leichter anzustehen, 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-

der befreiete, darvon auch, vor wenig Jahren in dem in Druck ausgegangenen Tractat, Denckmahl der göttlichen Regierung genandt, darinnen wegen der zu Lüneburg gestohlenen Tafel justificirten Räubern gehandelt wird, fol. 84. und 85. auch sonst dafelbst Nachricht enthalten. Als habt ihr den Scharfrichter 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 zu nehmen.

CAP. VII.

§. I.

**J**Am etiam Arbitrium Judicis circa Torturam considerandum est quoad personas. Quamvis enim Mahometes non tantum homines, sed & animalia & aves torturæ subdicere soleat, siquidem lib. 3. cap. 9. in Alcorano scribit: Salomonem aliquando congregasse exercitus suos, constantes ex hominibus, dæmonibus & avibus; Cum autem in delectu avium upupa desideraretur, interminatur 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 pan.



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, præsumptionem & suspicionum, quæ reum gravant, sed etiam pro qualitate corporis, quod torturæ subjiciendum est, & pro conditione personarum, quæ tormenta sustinere debent, adtemperate 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 causâ physica interponere & vel restrictiores vel laxiores tortori permittere habenas, vel ex causâ 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 ipsâ juris ratione & expressâ 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 & femina concurrant, tanquam complices femina prius torqueri debeat; quoniam verisimile est, femina citius confessuram esse delictum & veritatem dicturam. Jacob de Belloviso. *libr. 3. Pract. Crim. cap. 6. n. 5. & 6.* cum femina non tantum inconstantioris animi; sed etiam debilitioris 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 ejusdemque uxorem concernente, responderunt: und zwar der gestalt, daß von dem Weibe, als dem schwächsten Theile, der Anfang gemacht werde u. 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 natura & 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 inprimis, 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 exquias, deposcit acceptoque demortui ense & clypeo in medios hostes ruit, nec prius a pugna destitit, quam tribus Turcis, qui in murum enitebantur, interfectis. Thuan. *lib. 10. Hist.* Non immerito hinc judicis prudentiae relinquitur, tam masculi, quam foeminae naturam,



ram, & an illius vel hujus debilior & infirmior sit, con-  
siderare & dijudicare, a quo facilius possit veritatem  
extorquere, per *L. 1. §. 12. & L. 18. ff. de quest.* 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 uxoris  
ceteros omnes, prater amorem parentum in liberos,  
superare credatur, juxta illud Propertianum:

*Omnis amor magnus, sed aperte in conjuge major. &*  
*verisimile sit, maritum videlem uxorem suam in cru-*  
*ciatu pendente, eum excusaturum fore, & de se con-*  
*fessurum. Zang. d. l. c. 4. n. 30. quin & praesumendum,*  
*patrem, qui videt cruciari filium, ultro veritatem*  
*dicturum, ibid. n. 28. experientia tamen saepius contra-*  
*rium docuit, ut neque maritus cruciatu uxoris, neque*  
*pater tormentis filii, ad liberam confessionem commo-*  
*tus fuerit.*

§. IV. Sicuti autem iudex ad debilitatem na-  
turae respicere debet; ita etiam infirmitatem rei ob-  
servare tenetur, per textum expressum *art. 59. C. C.*  
Cum autem facillime contingere possit, reum esse  
podagricum, an & hic torturae erit subiciendus?  
affirmativa placet *Guil. Fabr. Hildano Cent. 1. Obs. 79.*  
qui refert, plurimos per torturam ab arthriticis do-  
loribus & podagra fuisse liberatos, quodsi verum est,  
potius suo commodo, quam incommodo, podagrici  
essent exponendi torturae. Nos tamen cum *Dn. Am-  
mone in Medicina critica Discurs. 19. p. 159.* torturam  
pro remedio medico non aestimamus, & quamvis po-  
dagrico

0801

dagrico concedamus, ut ipse, si velit, carnificem ad-  
 at, dubitamus tamen, an hoc remedium quis sit ele-  
 cturus, & hoc modo valetudini suæ consulurus, inte-  
 rim Constitutio Carolina *art. 59.* expresse sancit, So-  
 der Beklagte gefährliche Wunden oder andere Schäden  
 an seinem Leibe hätte, so soll die Peinliche Frage derma-  
 ssen gegen ihn vorgenommen werden, damit er an sol-  
 chen Wunden oder Schaden zum wenigsten nicht verleset  
 werde, ut hinc iudici incumbat, ante omnia inqui-  
 rere in morbum torquendi, ne aliquid accidat, quod  
 corpori ejus damnum inferat, *arg. L. 14. §. 2. de Edict.  
 Edict.* Ea propter non errare iudicem, puto si pruden-  
 tem adhibeat Medicum, & juxta ejusdem iudicium  
 arbitrium suum adtemperet, quemadmodum etiam  
 Matth. Stephan. *in not. ad dict. art.* exemplum propo-  
 nit, de homine, qui raptura circa genitalia laborat,  
 quem moderate, ne ruptura incrementum capiat,  
 torqueri posse, docet.

§. V. Quid iudici circa mulierem lactantem  
 observandum sit, docet Dn. Carpzov. *p. 3. Pr. Crim.  
 g. 118. n. 61.* & sæpius hujusmodi mulieri infantem la-  
 ctanti torturam fuisse dictatam, tradit, ita tamen, ut  
 illa moderate adhibeatur, ne per eam infanti quoad  
 nutrimentum noceatur. Veram cum facile alia nut-  
 rix inveniri & per illam infanti prospici possit, ut  
 optime animadvertit Dn. Tabor *in Tract. de Tortur.  
 cap. 5. §. 30 in fine*, res maxime videtur delicti abitrio  
 iudicis dependere, qui atrocitatem delicti, qualita-  
 tem indiciorum & personæ inquisita statum conside-  
 rabit & arbitrabitur, an alia nutrix substitui & inqui-  
 sita



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

§. VI. Immunem etiam a tortura esse volunt  
eum, qui ulcuscula in brachiis, quae fenticulos seu  
fontinellas, sive 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 lon-  
go talium fenticulorum usu sint emaciata, Paul. Zach.  
*quest. med. leg. libr. 6. tit. 2. q. 4. n. 13.* Sed cum ma-  
liria hominum, maxime inquisitorum, reperiatur ma-  
gna, 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 tor-  
queri 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 dene-  
gatum non est, illum torturae subicere, ratio enim  
dicitur, poenas ob maleficia esse solvendas, *L. 70.*  
*§. ult. ff. de Fidejuss.* neque nullum ex sua malitia  
sentire debere fructum, contra, *L. 33. ff. de R. V. cap.*  
*9. X. de Act. & Contum.* quod arbitrium maxime pro-  
cedet, si nullum vitae periculum est metuendum,  
quo casu etiam iste, qui valetudinis gratia fenticulos

F  
effor-

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

§. VII. Statuunt porro Doctores, epileptico  
morbo laborantes torqueri non posse: Dn. Carpzov.  
*Pr. Crim. p. 3. q. 118. n. 50.* Sed hæc plane summa præ-  
cautio & exacta inquisitio iudicis requiritur, ut is  
maximopere indaget, an epilepsia ficta sit, an vera;  
Nam quamvis interdum signa epilepsia se prodant  
ea tamen non semper pro signis epilepsia vera assu-  
mi debent, quoniam sæpe a malitiosis hominibus ta-  
lia finguntur, uti Facultas medica Lipsiensis *d. 23. Sept.*  
*1698.* ad D. J. K. Gerichts-Verwalters zu B. respon-  
dit his verbis: Wiewohl die starcken concussiones  
und Erschütterungen des Leibes und dessen Glieder,  
Einschlagung der Daumen, Knirschen der Zähne, und  
Zescht oder spuma vor dem Munde bey denen warhafft-  
igen epilepticis, als gewöhnliche symptomata, ange-  
mercket werden, dennoch auch solche nicht schlechter dings  
und zu allerzeit pro signis epilepsia adæquatis zu halten,  
sondern dergleichen von böshafftigen Leuten wohl pro-  
lubita fingiret, und hierdurch motus convulsivi erwe-  
cket werden mögen: Probatur id quoque exemplo,  
quod in Prætorio Dresdensi inquisitorum cumulo  
tota fere die fatigato, paucis ab hinc annis contigit,  
Johann Gottfried Baug, ob signa externa dicebatur  
morbo laborare epileptico, quamobrem tortura ei-  
dem remittebatur, & extraordinarie puniebatur, sc.  
relegatione, ex sentent. Dn. Scabinorum Lipsiensium

messe

*mens. Maj. 1685.* Bauz. vero non tantum urphedam reverendo violans; sed etiam furta diversa reitans, denuo capiebatur, ipsique tortura rursus adjudicabatur, sed hic nihilominus simulabat morbum secundam vice, & per hoc torturam avertebat, tertiam tandem vice, cum hoc multiplicato delicto manibus licitoris traderetur & tortura ipsa dictaretur, absque ullo signo epilepsia primam gradum tortura sustinuit pertinaciter. Hinc arbitrio iudicis commissum esse credimus, ut ante omnia Medicos consulat, qui, an morbus verus vel simulatus sit, curate inquirent; Quod si igitur morbus sit verus, iudex 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, iudici nihilominus permissum erit, aut ad torturam progredi & per hanc periculum facere, sed cum summa prudentia & cautela, ut nimirum, si in ipsa executione tortura epilepsia malum ingruat, statim a tortura absteineat & reum sibi ipsi relinquat, veluti admonuerunt laudati Dn. Scabini Lipsienses in supra dicta inquisitione contra famosum istum furem Bauzen; *mens. Jun. 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 iudici potestas hæc concessa in melancholico; nam quamvis hunc Doctores a tortura eximant, Dn. Theodoric. in *Colleg. Crim.*

cap. X. de pœn. Ach. 4. n. 27. non tamen simpliciter id affumendum 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 tortura sit immunis, ut Dn. Scabini Jenenses, teste Theodorico *d. l. olim. responde-runt.* Negandum tamen non est, judicem, si affectus remittat & inquisitus ad sanio-rem mentem redeat, ad torturam progredi posse in casu, ubi cum dilucido intervallo aliquid, 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. V.* Nonnulli id extendere volunt ad casum, ubi quis sua culpa vel suo facto in melancholiam seu ipsum furorem incidit, ut nihilominus judex, melancholia non obstante, procedere possit; sed quia vel maxime etiam tunc defectus adest judicii, & delinquens mentem alienatam habet a facto, vix ac ne vix quidem rectæ 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  
 commissio 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 es-  
 jus fundatum sit in hac distinctione, an nimiram tor-  
 quendus sit reus super facto ipso commissio, an su-  
 per facti circumstantiis; atque sic priori casu propter  
 traditam jam rationem tormentis reum subjicere  
 possit; posteriori autem casu arbitretur an circum-  
 stantia 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 Ca-  
 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, se-  
 mel 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 subjiciendus, cautus esse debet iudex, prout  
 tradit Bocer. de tortur. t. 4. n. 16. & Carpz. Pr. Crim.  
 p. 3. q. 128. n. 21. & multi alii excellentissimi juris-  
 consulti, qui distinguunt inter surdum natura talem  
 & surdum per accidens, idem inter surdum ex acci-  
 denti, qui literarum est ignarus, atque scribere ne-  
 scit, & 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 sæpius eveniat, ut surditas simuletur, 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 improvviso vocando, acclamando sonum excitando auditum probet: porro negotium Medicis committat, ut hi accurate inquirent, 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. Carpozov. *d. l. 9. 146. n. 66.* imo forte etiam remedium Justinianeum interrogandi surdos, quod habetur *in L. 10. C. qui testam. fac. possunt*, sc. ut interrogans supra cerebrum eorum loquatur, recurrendum esse, sentit laudat. D. Stryck. *diff. 4. de Jure Sens. cap. 5. de jure Surdor. in fin.*

CAP. VIII.

§. I.

**C**UM Tortura eum in finem adhibeatur, ut reus iudiciis gravatus delictum confiteatur, circumspectus 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 aufgeschrie- ben werden, so er in der Marter thut, sondern er soll sein Säge thun, so er von der Marter ist; Ex quibus verbis satis patet, 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 iisdem 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 fateatur, 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, *Boccer. in tract. de quest. §. c. 5. n. 2.* (2) verbum Säge, 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, *artic. 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. 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 questio habetur, amplius di-*  
*xerit, rei fuerit indicium non interrogationis culpa,*  
 quæ verba satis innunt, 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 obijcere 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  
 alias actus interrogationis esse frustraneus, quem  
 jura detestatur; 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 Aussage thun, so er von der Marter ist, ita plane  
 accipienda sunt, ut id, quod ad præcedentem inter-  
 rogationem sub tormentis confitetur, annotari non  
 debeat; sed quando declarat, se velle confiteri, vel  
 jamjam confitetur, tunc tortura relaxanda & reus  
 iterum interrogandus sit, & quod postea ad hanc in-  
 terrogationem confitetur, illud omnino a Notario  
 est consignandum, uti tenorem articuli jam dicti po-  
 tentissimus Rex Poloniarum & Elector Saxoniz in  
 Processu coram Præfectura Belzigenfi contra Andre-  
 am Hagedorn agitato, per rescriptum ad Præfectum  
 ibidem *mens. Mart. 1700.* declaravit. §. II.

non in §. 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 Jctus Saturninus in L. 16. ff. de Pœnis 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 alias non permissum sit, ut ipsemet reo circumstantias criminis suggerat, uti sapius 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. Cons. Crim.

non in §. 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 sapius 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 inquisitio instituitur, aut de quo jam torqueri debet, vel etiam jam confessus est, iudex omnino suo arbitrio de alio quoque delicto

G delicto



cto reum in tortura interrogare potest. Quin & non tantum de alio delicto, sed & de complicibus delicti interrogationem formare poterit. Caterum hoc negandum non est, quod multi iudices, si modo cum aliqua difficultate inquisitio est conjuncta, illico manum retrahant & ad asylum illud fœcordiæ, jura proniora esse ad absolvendum quam condemnandum 2. F. 28. confugiant, quasi hæc regula de casibus quomodocumque difficilibus prodita, & non etiam aliæ regulæ præscriptæ sint, secundum quas ille omnia quam diligentissime rimari & investigare, arbitriumque suum instituere posset.

§. IV. Caveat tamen iudex, a reo confessionem sub impunitatis promissione elicere, quia exinde magna nullitas processus exurgeret, & 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 hæc 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 cuilibet bono viro, præsertim iudici, quem veritatis amantissimum esse decet, summopere est vitandum, uti loquitur, *Jul. Clar. libr. 5. §. fin. Pr. Crim. quest. 5. n. 8. in fac.*



\* ( 51 ) \*

§. 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 aut alia, quam neque iudex neque actarius norit? plane iudicis arbitrio relictum est alium Notarium, qui illam linguam calleret, 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 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 a reo ad sui defensionem profertur, exactius simul consignari *Const. Carol. art. 184.* & nullitas processus evitari poterit. Praxis etiam docuit, quod in certa quadam

809 101

G 2

causa,

1001

causa, eum reus natione Gallus ignarus erat linguæ germanicæ, interpretis quidam, præter Notarium linguæ gallicæ peritum, adhiberetur, id quod quidem alienum ab arbitrio iudicis regulato non est, si modo interpretis simul juris sit peritus & linguam germanicam perfecte calleat, simulque iussu Principis ad acta iuramentum præstet.

CAP. IX.

§. I.

**S**æpius etiam hoc accidit, ut si rei torturæ subijci debeant, vel etiam ad locum torturæ deducti & sub tormentis constituti, demum prætendant, ad deducendam innocentiam, vel averrendam torturam admitti, & eventualiter appellent, licet optime confici 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. *prax. crim. q. 49. n. 14.* & propter interpositam appellationem iudici manus sint ligatæ, ut ulterius progredi nequeat, iudex omnimodo eo despiciat, quomodo huic malitæ occurrat, ne remedium appellationis, tanquam præsidium innocentæ, ad defensionem iniquitatis adhibeatur. Optime autem iudex arbitrabitur, si ita procedat, ut ante omnia ex reo, cui tortura est dictata, quærat, an contra illam se defendere velit, vel non? sub hac comminatione, quod si jam nolit, vel tempus



tempus destinatum negligat, in posterum ad defendendum nequiquam admitti, nec appellatio attendi debeat, & si contingeret, ut reus abnuat, aut tempus negligat tunc iudici 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 jur. am. 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 & hypothesi, cum hic vel maxime causa publicæ utilitatis & salutis concurrat: expedit enim Reipublicæ, ut malitiis hominum occurratur & delicta puniantur *L. 9. §. quod illicite. de publ. & vestigal. & insuper in criminalibus appellatio locum non habet. Carpz. p. 3. pr. crim. q. 139. n. 18. & 20.* Si autem 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, ane hic admittendus? admittendum esse, etiam reo renuente, dicunt Doctores, *Justus Zinzerling. de appell. n. 21.*

forſitan ex hac ratione quod humanitatis habenda ſit ratio, alias iudex ipſemet teneatur ex officio in rei innocentiam inquirere, quamvis id non petat reus *l. 19. ff. de penis.* Verum cum plerumque de ea deſenſione, quæ contra definitivam, & ita contra ſupplicium atque pœnam petitur, Dd. loquantur, uti ex ipſa allegata lege patet, non immerito iudex arbitrabitur, an huiusmodi deſenſor contra torturam admittendus ſit? nam etiamſi is non intendat luerum querere, poteſt tamen pro poſitum habere litem procrastinandi, ut interim ream de interrogatoriis & torturæ gradibus, qui ſæpius facile ab incautis iudicibus explorari poſſunt, informet: huic malitiæ autem iudex prudens ex ſuo arbitrio obviabit, ſi a deſenſore 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 ſæpius proceſſui & tergiverſationi acquiritur.

FINIS

THE-



THESES (o) REPETITÆ  
I.

Tortura non est contra ius naturale, divinum & civile.

III

II.

Jus Torturam decernendi pertinet ad merum imperium.

III.

Causæ criminales non sunt delegabiles.

IV.

Probationes iudici sunt arbitrariæ.

V.

Constitutio Carolina statutis, consuetudinibus & privilegiis non derogat.

VI.

Torturam etiam die feriato exequi potest iudex.

VII.

1048

• (o) •

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

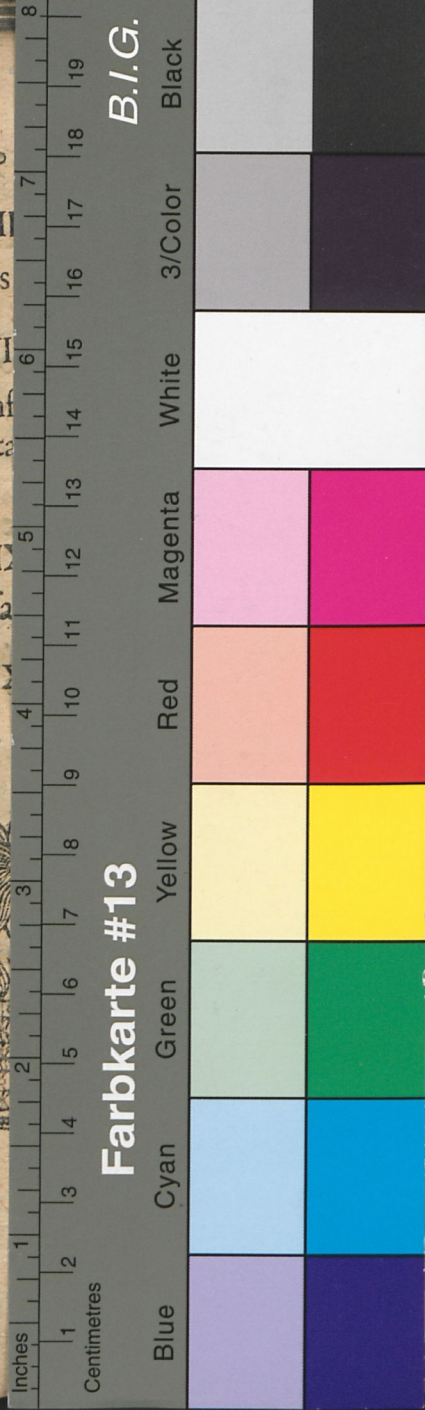
3



*St.*







Farbkarte #13

B.I.G.

20/1061

1710, 1715

Dissertationem Juridicam Inauguralem  
DE

# ARBITRIO JUDICIS CIRCA TORTVRAM

*Quam*  
ex Decreto Illust. Jurisconsultorum ordinis  
IN ALMA SALANA

SVB PRAESIDIO  
DN. CHRISTIANI WILDVOGELII  
Jcti Consummatissimi

Duci Saxo-Isenacensi a Consilii Intimis, Curie Provinc. nec non Facult. Jurid.  
& Scabin. Affectoris gravissimi, Pandectarum & Novellarum, itemque  
Juris Publ. & Feud. Prof. Celeberrimi,

PRO LICENTIA

Summos in utroque Jure Honores adipiscendi publice eruditorum arbitrio  
d. 3. Septemb. Ao. CHRISTI M DCC X.  
submittit

IOHANN IACOB ARNOLD.  
Advocatus Dresdensis



Jenæ, Litteris Mullerianis.

