



1710, 117^e 22
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-Ilencensi a Consiliis Intimis, Curiae Provinc. nec non Facult. Jurid.
& Scabin. Assessoris gravissimi, Pandectarum & Novellarum, itemque
Juris Publ. & Feud. Prof. Celebrissimi,

Patroni & Promotoris submisso devenerandi

PRO LICENTIA

Summos in utroque Jure Honores adipiscendi publice eruditorum arbitrio
d. 3. Septembr. Ao. CHRISTI MDCCX.

submitte

IOHANN IACOB ARNOLD.

Advocatus Dresdensis



vid. C. A. S. S.

Ienæ, Litteris Mullerianis.

Dilectionem suam in his quibus
DE

ARBITRIO JUDICIS
CIRCA TORVAM

ex Decretis hinc jurisconsultorum ordinis
IN ALMA SALINA

DR. CHRISTIANI WILDOGENII

1781
Unde non libenter a Collegio habetur. Quia per hoc non solum
& deinde in hoc non solum, sed etiam in hoc non solum, sed etiam
in hoc non solum, sed etiam in hoc non solum, sed etiam

PRO FORTUNA
Summo in vobis hoc solum, sed etiam in hoc non solum, sed etiam

IOHANNES JACOBUS WILDOGENII





Prudens certe monitum est Eleutherii Papæ in *can. Judicantem. II. caus. 30. q. 5.* quod Judex omnibus modis sollicitus esse & omnia rimari debeat, quomodo veritatem delictorum eruat, & iuste pœnam sumat; cui fini in criminalibus etiam applicatur Tortura, utpote 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 hisce paginis exhibentur.

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

de Verborum Etymologia & Synonymia: in secundo de Definitione & Divisione: in tertio de Arbitrio Judicis circa torturam jam dictatam, sed nondum adhibitam: in quarto, de Arbitrio Judicis circa Gradus torturæ: in quinto de Arbitrio ejusdem circa locum torturæ: in sexto de Arbitrio Judicis circa torturam quoad tempus: in septimo de Arbitrio Judicis circa personas quæstioni subjiendas vel subjectas: 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.

Quia autem absonum plane & indecorum foret, rem determinare prius vel-
le, quam terminos intelligere, Francisc. Mant. *de Conject. ult. Volum. libr. I. tit. 1.* & 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 Peruffinus 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, in *L. 1. §. 8. ff. de suis & legit. hered.* modo pro boni viri senten-

sententia, in *L. 7. ff. de contr. empr. accipitur*. Hic autem sumitur pro iudicio & intellectu, quo iudex in causa criminali procedit, adhibendo vel duriolem vel leviolem torturam, admonente Const. Carolin. *art. 38*. Alias etiam dicitur Religio, in *L. 13. ff. de testib.*

§. III. Vox autem JUDICIS denotat eum iudicem, qui vir bonus, juris dicendi & æquitatis statuendæ peritus, ad id muneris publica auctoritate 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- Hals- 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. 7.*

§. 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, per gratam 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 & Urbis 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 TORTVRA originem habet a torquendo, quod proprie vorticum esse scribit Salmasius in notis ad Tertullium de Pallio pag. 153. fn. 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 quæstio, 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.

Definiri autem potest Tortura, quod sit actus, quo reus de crimine admissio interrogatus, & 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. Heinric. Bocer. de quæst. 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 commissã videatur arbitrio judicis, qui æstimare debet, quæ opinio usu ac consuetudine in foro sit recepta ita, ut etiam probabilior neglecta probabilem eligere possit.

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

§. III. Quoniam autem hic nobis sermo est de iudice, qui in provinciis, imprimis ditionibus 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 befugt; Inquisiten dem Scharfrichter vorzustellen und durch den selben, als solte und wolte er ihn angreifen, iedoch unangegriffen befragen zu lassen &c.* Hæc autem, seu realis ubi carnifex præter minas minus quoque injicit, reum vestibus denudat, ad scalam ducit, instrumenta, quibus peragitur tortura, in conspectum ipsius ponit, forcipibus digitorum affigit, & iisdem pollices inquisiti comprimit, quæ territio hisce formalibus dictari solet: *Man wohl befugt, 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, iedoch daß es bey dem, wie ietzt gedacht, verbleibe. Sed quorsum refertur*

ferur, si polletrum cum preparatoriis atque prælu-
diis tormentorum leuiusculis in sententia dictatur &
territioni reali adjicitur clausula; und wo dieses nicht
fruchtet, mit denen Schnuren den Anfang zu machen?
Carpzovius reali territioni 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 inge-
ntes dolores sentire reus non possit, ac si funiculi ar-
ctissime constringuntur, & ita nulla profusio sangui-
nis oriatur, omnio 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
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 usq;
ad ossa constringuntur. Carpz. *d.l. q. 117. n. 60.* quem
gradum collegia juridica hisce formalibus dictare so-
lent: Daß, wann Inquisit sein Bekännniß in Gürt-
richtig

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
Dammens-Stöcke anlegen und damit zuschrauben, auch
da dieses nicht fruchtet, mit denen Banden zuschnüren.

§. V. Secundus gradus dicitur, quando rei
non tantum polletro seu forticipibus & funiculis, sed
præterea etiam instrumentis per intervalla excavatis,
Spanischen Stiefeln, tibiis, præsertim parte ejus prio-
re, quæ vocatur crus, compressis aut strigillatis, cru-
ciantur, scalæ 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-
casteris Saxonis his verbis pronunciatur: Man wohl
befugt ihn (den Inquisitum mit der Schärffe ziemli-
cher weise angreifen und befragen zu lassen. Notan-
ter inferuntur verba: ziemlicher maßen, liquidem ex
his ipsis secundus gradus dignoscitur: si autem verba
hæc sunt in sententia omissa, & simpliciter judicatum,
mit der Schärffe den Gefangenen anzugreifen, tunc
tertius & summus gradus adjudicatus est, docente
Carpz. *in Pr. Crim. p. 3. q. 117. n. 64.*

§. VI. Tertius igitur & summus gradus est,
quando carnifex ultra jam dicta & enarrata tormen-
torum genera, atque expansionem rei in scala per-
actam, severioribus cruciatibus utitur, & vel can-
dentibus laminibus, vel sulphure & igne cutem in
certis corporis partibus adurit, aut extremas digito-
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 aut hic non sumitur metaphori-
ce & improprie , uti hoc verbo utitur Thomas Cam-
panella *in Tr. de sensu rerum* , ubi non solum ani-
mantibus , sed & plantis & lapidibus , lignis cateris-
que rebus aliis sensibilitatem tribuit : nec ut alias in
scholis Philosophorum exhibetur , sed uti in jure &
apud Jurisconsultos pro judicio , affectu & sententia
ultrapatur , quorsum & referenda est *L. 7. de Contr.*
Empt. ut nimirum iudex in adhibenda tortura ra-
tionem circumstantiarum , tum quoad perso-
nas , tum quoad gradus torturæ habeat , omnes
qualitates exacto sensuum & rationis scrutinio exa-
minet , & præmissis 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*
Amicit. hinc non immerito adjecimus , quod Sensus
debeat juri , rationi & æquitati esse consentaneus.
Nam si iudex 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

lex quasi anima judicis sit, judex vero quasi vox legis, uti de judice loquitur Muretus *Orat. 18.* Nec fieri dicitur boni viri arbitrio, quod sine ratione fit; ut egregie respondit Soc. jun. *Consf. 91. n. 13. libr. 3.* atque hinc judex 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. 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 judicis arbitrio æquitas relicta est, ut durities legum molliri vel etiam lenitas mutari possit, uti pater ex *L. 8. C. de Judic.* omnino judex æquitatem quoque, quæ 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. 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 judicis inferioris non sit; sed solius Principis potestati reservata. *L. 21. §. 1. ff. qui & a quib. man-*

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

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

CAP. III.

§. I.

Hisce consideratis, progredimur ad Arbitrium Judicis circa Torturam in sententia dictatam, sed nondum executioni mandatam, ubi quaestio sese offert: An sententia, in qua reo tortura dictatur, ipsi ante executionem sit publicanda? Distinguendum hic est inter processum ordinarium & accusatorium, & inter inquisitorium, ita ut quamvis in illo publicatio fieri possit, in hoc tamen negetur 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 praeparare 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 haecenus docuit, quod rei sapius ex lege quasi societatis ad sustinendam torturam se adstrixerint, & corpus atque animum ad tormenta induraverint, ut inquit Paulus in *L. 18. §. 1. de Quest.* Hoc tamen arbitrio judicis detrahendum non est, ut is, suppressit 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 Anlaß geben, Er sehe den Ernst, et. juxta *artic. 46. Const. Carol.*

§. II. Si igitur reus sponte confiteri nolit, putant nonnulli, quod nec tunc iudex ad torturam convolare, sed potius Sacerdotem, & si fieri possit, confessionarium ordinarium requirere debeat, qui rei conscientiam excitet, & illum ad confitendum commoveat. Sed res hæc procul dubio sine effectu erit: Nam si reus delictum, ratione cujus contra ipsum inquisitio instituta est, sacerdoti ut confessionario confitetur, hic 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. 1.* Sin autem reus crimen confitetur, ut sacerdoti & ministro Ecclesiæ, nec hæc confessio ullum in jure operabitur effectum, non tantum propter jam dictam rationem, sed etiam, quia confessio hæc est extrajudicialis, quæ in judicio nullum facit fidem. *Farinac. in tr. de Judic. Et tort. libr. 1. c. 5. q. 51. n. 96.* Nec sufficit, si sacerdos ut testis confessionem sibi factam referre velit, nam sacerdos hoc in casu testis idoneus non est, & nec verbo, nec signo, nec alio modo peccatorum 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. Recorum n. 9. in fin.* ut hinc opera perditæ, sumptus inanes & procellus

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 fateri nolit, inquisitus subjici debeat: vel urgendo legem divinam & humanam, nec non poenam, quæ peccatores non poenitentes, & in reatu perseverantes manet, vel alio modo metum incutiendo, ut hinc judex, quamvis reus postea in judicio delictum confiteatur, certus non sit, an confessio sit libera, an potius metu tormentorum, diuturnius carceris, aut spe veniæ vel impunitatis proveniat. Nec obstat, quod probationes judici sint arbitrariæ; siquidem hoc axioma procedit, si modo Arbitrium Judicis legum præscriptio, tanquam Ariadneæ filo, dirigatur, Pruckmann. *Vol. 1. Consl. 10. n. 163.* Hoc autem casu, si judex confessioni per sacerdotem a reo elicita fidem habere, eamque pro libera statim ac spontanea æstimare velit, a legum præscriptio 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. Tornet. in Codice Henriciano libr. 7. tit. 6. L. 24. p. 215.* ubi refertur constitutio Francisci I. Galliarum Regis, exigens, ut omnes 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 in pallorem & ruborem, titubatio & inconstantia sermonis, trepidatio & alia hujusmodi signa, quæ sacerdos, utpote exactum 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 informent.

§. VI. Facillime etiam contingere potest, ut carnifex ignarus sit literarum, atque verba ipsa sententiæ, utpote quæ ipsi originaliter ad perlegendum exhibenda sunt, *Kayser, er die Anweisung zum Achts-Proceß p. 677. §. 19.* non intelligat, multo minus, maxime si territio verbalis cum hæc clausula; quod reus per carnificem ipsam interrogari debeat, dictata sit, interrogatoria legere valeat. Hoc igitur in casu alium substituendum esse, gravitas causa postulare videtur, cum hic non de stillicidio, aut tigno juncto agatur, sed de negotio famam & vitam hominis concernente. *Ziegl. Dicaß. Concl. 30. §. 8.* Hinc etiam carnifex talis adhiberi debet, in quo nullus defectus peritiæ deprehenditur: Magnus autem utique defectus est, si is literas ignorat et 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 ca-

C

teras

teras qualitates omnes, quæ in carnifice requiruntur, enumerat, & sufficiat, si artis suæ peritus & in officio suo guavus, constans & imperterritus, bonus prætera 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, neq; tamen uno eodemque modo cum omnibus reis indifferenter procedendum est, certos tormentorum gradus, non minus ac genera & modos tormentorum Judex ad informationem sui Arbitrii circa Torturam exequendam, nosse & observare debet. *Carpz. Pr. Crim. p. 3. q. 117 n. 42.* Hinc ipsi non licet carnifici concedere, ut certam potionem, quæ ein Heyen-Brandt appellari solet, & cujus ingredientia recenset *Dn. Dietther. in add. ad Besold. sub voc. Heyen. p. 380.* sagis, antequam tormentis subjiciantur, exhauriendam porrigat, quia id superstitionem sapit, sed potius ordinariis mediis

mediis veritas est exploranda. Brunneim. *Proc. Inquis.*
cap. 8. membr. 5. n. 69. in finem ad q. d. in orobol
11922 §. II. Neque immerito ordinariis mediis ve-
ritas exploranda venit. Nam siquamvis multa den-
tunt tormentorum genera, qualis fodec, Damhouder.
in Pr. Crim. c. 37. n. 18. enumerat: nihilominus tamen
iudex ab iis abstinet, quae non sunt usitata, nec a di-
casteriis 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 carnifi-
cibus, quam iudicibus sunt comparandi. Jul. Clar.
libr. 5. §. ult. q. 64. n. 36. Memorabile exemplum de
executore iustitiae, quem vulgariiter carnificem ap-
pellant, refert Laur. Arnold. Frey *in Tract. de Judic.*
Inquisit. v. 2. §. 3. atque veram & sibi optime cogiti-
tam historiam ita describit: In celebri quadam urbe
fuit executor capitalis sententiae, qui ob illud ipsum,
quod exquisitoribus tormentis reos, qui ab aliis, tan-
quam imperitioribus, ad confessionem cogi aut per-
duci non potuerant, coradigeret clarus fuit, & eius
pectus, praesertim autem circa cor, rubris macu-
lis tinctum, non secus ac si humano sanguine
perfusum esset, conspiciebatur. Inquirenti autem
eius loci Archiatro & medico primario causam istius
rei, respondit quodammodo moribundus, se quidem
ex illa tinctura vel suffusione cruoris exteriori nullam
sentire dolorem, nec scire causam istius: putat tamen
esse aliquando iudicatum tum est a viris sapientibus,
quod iste Toror multos innocenter tormenta-
rum

rum vi & continuatione ad confessionem delictorum & scelerum ab ipsis nunquam perpetratorum adegerit, & ita, licet innocios, injusto supplicio affecerit, hancque sui reatus iustissimo 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 torturam 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, quantæunque sit auctoritatis, nec possit nec debeat haberi; id tamen sine ullo textu & sine ratione juris dicitur, Sigism. Finckelchus. *de Jur. patron. cap. 5. n. 28.* nam si opinio unius etiam Doctores firmis rationibus munita, in iudicando prævalet, & juvat interdum decisionem allegare in terminis, Jacob Ale-
mannus *Consult. 8. q. 2. fol. 742.* Johann. a Sande. *in Præf. ad decis. Fris.* quando magis sequenda erit sententia totius collegii iudicis, in quod recipi solent viri juris consultissimi, pro quibus stat præsumptio, quod omnia & universa accurata mentis trutina ponderaverint. Accedit & textus in *Const. Caroli. Art. 28.* ubi iudices peritiores super hac re consulere obstringuntur, quin & causas criminales collegio prudentum ad maturam deliberationem committi debere, quin-

qua-

quagies septies in ordinatione jam laudata inculcatur, uti nota L. B. de Lyncker. *in anal. ad Seruv. Synt. 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 sapius ratione causarum, personarum, locorum & temporum diversitas eveniat, & mutatis personis sapenumero 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 continet, ipsis non tantum pollices more alias consueto, sed & pro ratione circumstantiarum & personarum, insuper maximi quoque pedum digiti illis comprimere posse puto, propter textum 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, fürgenommen werden. Quibus verbis Judicis Arbitrio ac discretioni committitur quanta tormenta ad eruendum veritatem sint adhibenda, vid. Dn. Carpzov. *p. 3. q. 117. n. 25.* Sic etiam judici permissum erit, fiducias ita extendere, ut, quamvis alias juncturae

manuum funiculis tantum constringantur; nihilominus malitia reorum apparente & aliis circumstantiis urgentibus, fideiolas istas in superiore parte unius vel amborum brachiorum per carnificem applicari poterunt, maxime si reus jam antea funiculos perpeffus & obduratio carnis fuerit subsecuta, quoniam admodum Dn. Scabini Lipsienses in inquisitione contra nonnullos fures famofos, 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 Illmern zuerkandten Tortur in Ansehung der starcken wider sie streitenden Indicien und ihrer Hartneckigkeit auch anderer mit einlauffenden Umständen, die Bande über den Ellbogen, jedoch mit solcher Behutsamkeit, daß ihnen daraus an ihrem Leben und Gesundheit kein Schade entstehe, wohl zu gebrauchen, und sie auf solche maasß an denen Armen oben herunter zu schnüren. Prudenter tamen agit iudex, si desuper vel a Principe vel a Jctis petat informationem.

§. V. Sicuti igitur iudici 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 iudici 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-
 tiffime 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. g. 117. n. 40.* erit supplendum. Sicuti au-
 tem foreipes ad primum gradum torturæ, tamquam
 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 leviore veri-
 tatem extorquere possit: ita multo minus a secundo
 & tertio gradu excludendi erunt foreipes, utpote qui
 ipsi partem essentialem primi gradus torturæ con-
 stituunt, id quod maxime illustrat rescriptum Sere-
 nissimi Electoris ad Praefectum circuli Misnenis &
 alios *d. 20. Junii 1696.* missum, quod verborenis hic ap-
 nere licebit; Lieber Getreuer. Wir vernemen, wie
 daß die in unsern Nembtern auch anderen unferer 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 gänzlich weggelassen werde. Nachdem aber
 dergleichen sich keines weges gebühret; sondern wann
 auf den andern oder dritten *gradum torturae* 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-

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

§. VI. Sed quale arbitrium adhibendum est, si reus in una vel altera manu pollice careat, vel in ambabus manibus pollices deficiant? vel etiam digitos sibi amputaverit, ne miles esse cogatur? cujus modi homines Murci appellantur. Illustr. Dn. Stryck. *in tract. de Jur. sens. diff. 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 iudicii 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 s.*) huiusmodi modum non improbat Camoud. *pr. Crim. c. 37. n. 30.* eumque in civitate Brügeriensi 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 subteraneus & occultus, vel ad minimum ita est comparatus ut alii homines non possunt accurrere, nec audire, quid cum reo in tortura agatur. Jul. Clar. *libr. 2 §. fin. q. 64. n. 35.* Kayf. *in Pr. Crim. cap. 9. §. 18. p. 677* Hinc in multis locis, maxime in bene constitutis Rebuspubl. certæ camerae vel cellulae, Märker-Cämmer, ad exercendos hos actus constructæ reperiuntur. Dn. Tabor. *in tract. de Confr. Disp. 2. §. 5. in fin.* Refert etiam Joh. Andr. olim Maurus in tractatu, quem confusionem sectæ Mahumetanae vocat *cap. 4. p. 55.* Sycopliantam

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 camere ad hunc actum destinatæ 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, divulgatur. Ex quo illa oritur quæstio: an iudici permissum sit etiam alios homines, quos curiosus animus magis sollicitat, quam officium illorum postulat, admittere, ut actum torturæ videant? Quæ quæstio simpliciter affirmanda non est, quia 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 extra vincula obambulans, a complice in tortura magis gravetur, annon aufugiet, si tale quid contra se confessum esse alterum, experiatur? si id omiserit, inquit Dn. Ziegler in *Dicast. Concl. 33. §. 6. in fine*, stupidus esset suæque salutis parum æquus æstimator. Neque facile credendum est, omnes, qui actui torturæ interfuerunt, ex ordine Silentiariorum esse, aut Pompeji 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, qua 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 advocato & patrono rei, anne hic examini in loco torturæ interesse poterit? Affirmativa videtur fundata (1) in *L. 27. §. 7. ff. ad L. Jul. de Adult.* ibi, *questioni interesse jubentur reus reave & patroni, & qui crimen detulerit*, (2.) in *L. 12. ff. de publi. Jud.* ibi: *Custodias auditurum tam clarissimos viros, quam patronos causarum, si omnes in civitate provinciae, quam regit, agunt, adhiberi debere.* Sed Resp. Leges has ab observantia fori recessisse, & plane non attendi. Alberic. *in Rubr. C. de quest. in fin.* & dicit Aug. *in dict. L. Custodias. ff. de publi. 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 Gryphisvvald., qui etiam ab examine rei ed articulos inquisitionales advocadum 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 innocentiae 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 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 & indignitate constitutus est, & præsumptio pro eo militat, quod extra limen in tortura audita non effugiat, 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 infligenda tortura se informare, & casu eveniente, æquo libramine animoque sedato quaestiones 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 concedita, sed postea perfide subvertæ pecuniæ, Samuel Frisichen, tunc temporis militem concernente, ubi Dn. Jcti Wittebergenses ad Judicem militarem, qui actui torturæ procul dubio nunquam interfuerat, ita *Mens. Aug. 1678.* responderunt: Dennoch aber und dieweil bey der execution des in Act. fol. 157. befindlichen, und von den Schöppen Stuhl zu Leipzig gesprochenen Urtheils nicht allerdings, wie es die Rechte erfordern, verfahren worden, in dem wie ex Actis fol. 162. b. §. segg. 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 Bekännthuß zu wiederholten, für Gerichte geführt, und



und nachdem er dabey und sonderslich bey der letzten Frage sehr variiret wiederum von dem Scharfrichter mit denen Schnüren angegriffen und befraget worden, welche Uhrgeicht er denn noch selbigen Tages zu Mittage um 2. Uhr 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. S. 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 Gerichtsschreiber fürgelesen, und als dann anderwärts darauf befraget werden, ob sein Bekänntuß wahr sey? Und also dasjenige / was mit Inquisito dissals also bald des andern Tages vorgenommen, und dessen Aussage vor neue Judicien zur tortur genommen werden wollen, vor beständig nicht zu achten, auch die fol. 167. wiederhohle tortur nicht, wie in margine angezeichnet worden, vor eine continuation der ersten, sondern vor eine neue zu halten; Hierüber das von Samuel Fritschen 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 sapius limites suos transgrediuntur, & humeris imparibus negotium suscipiunt, ac de tortura ejusdemque gradibus ferunt sententiam, reclamante conscientia & Constitutione Carolina.) So erscheinet dannenhero hieraus allenthalben so viel, daß

daß mit der letztern tortur und sonst nicht gebührend verfahren, sondern darinnen excediret worden. Imo hujusmodi imperitia non tantum cedit in ignominiam judicum, sed etiam rei ipsi eo ipso poenam promeritam effugiunt, quia aequum est, de asperitate poenae ordinariae quid remitti, ac juris rigorem temperari, ob tormenta, quae reus de crimine convictus injuria passus est. Carpz. *pr. Crim. p. 3. n. 125. n. 25.* Quemadmodum in eadem causa, eodemque mense & anno laudati Dn. Jsti Wittebergenses pronunciarunt, hiisce formalibus, daß Inquisit nach beschener restitution des Diebstals und Wieder-Erstattung der verursachten Unkosten, in Ansehung des allbereit langwierigen Gefängnisses und der zur Unge bühr an ihm wiederholten Tortur annoch mit ewiger Landes-Verweisung zu bestrafen; pariter & Dn. Scabini Lipsienses retro *mens. Sept. 1675.* Praefecto Torgaviensi responderunt: So mag Hans Schneider solcher begangenen Deüben halber gestalten 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 a 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 saepius deficiunt, ex lege societatis, vi hostili & arma

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

§. V. Tandem locus iste tolerabilis esse debet, ne inde maiores cruciatus reo accedant, nec dolores, quos ipsa tormenta provocant, augeantur, quod vel tunc maxime fieri posset, si locus ad actum torturae 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 vitae vel corporis discrimen aliquod incarcerato sit metuendum. Aut. Consult. Saxon. *p. 4. q. 37. vers.* Darüber in uusern. Ita multo magis idem praecaveat 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 frigores intolerabilis, idque inter genera tormentorum referat; quia tamen in terris Saxonice frigus tanquam genus tormentorum non est receptum, sed ea tantum, quae supra capite secundo recensuimus, in usu sunt, omnino iudex mentem frigidam calore moderatae rationis temperare debet, si comparari

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

CAP. VI.

§. I.

Quemadmodum igitur Arbitrium Judicis in toto hoc negotio pietate & ratione regi debet, maxime etiam illud circa tempus, quando & quamdiu reus torturam sustinere debeat? ita dirigendum est, ne judex magis crudelitatem exercere, quam iustitiam administrare videatur. Ecquid enim crudelius, atrocius & ab omni jure & ratione magis alienum est, quam sub veritatis eruenda prætextu miseris 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? quærimus cum Emanuali Suarez. in *annot. ad Anton. Gomez. libr. 3. Resolut. 13. Lit. C.*

§. II. Quando autem tortura sit instituenda, de eo non tantum varia reperuntur 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 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 Pr. ad Defen-*
sam, c. 3. n. 20. quod & se observasse dicit Farinac *in*
pr. Crim. libr. 1. tit. 5. q. 38. n. 32. partim ex ea cau-

sa, ne per torturam & exultationem rei aliis homini-
 bus 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 ma-
 joris momenti hoc tempore perfici solent, & pleris-
 que in locis hoc tempus observari, ut nimirum rei
 jejuni torqueantur, laud. Dn. Carpz. *d. l.* notat. Ve-
 rum enim vero res hac plane est Arbitrii, juxta *ar-*
tit. 58. Constit. Carolin. adeoque judex rationem Per-
 sonae, loci & temporis habeat, & perpendat, an &
 quando reus cibum & potum sumpserit, an noctur-
 no an matutino, vel etiam meridiano tempore, ut
 hinc tortura suscipi queat, nam multa circumstantia
 evenire possunt, quae jubent ut reus matutino tem-
 pore non possit torqueri; multa etiam accidere pos-
 sunt, ut id neque matutino, neque nocturno tempore
 fieri queat, e. gr. si reus podagricus, epilepticus, me-
 lancholicus torqueri debet, sic enim omnino judex
 tenetur ramdiu expectare, donec affectus cessaverit;
 si cudi autem is nescit morbi modum, ita etiam igno-
 rat ejusdem exitum, & consequenter certum tempus
 huic actui praefigere nequit, sed secundum rei
 statum illud arbitrabitur.

§. III. Sed anne etiam die feriato & dominico tor-
 tura instituenda; Distinguit Jul. Clar. *in pr. Crim.*
S. fin. q. 64. n. 34. inter atrocita & levia delicta, atque
 1501

E

dicit

dicit, 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. l.
q. 124. n. 4. quæ sententia fundatur L. 7. C. de Feriis.
Prudentiæ tamen iudicis relictum videtur, si Reipub-
licæ intersit, pœnam sceleratorum accelerari, etiam
die feriato prodicionam per latronum tormenta quæ-
rere, cum facillime & in hoc Numinis divini venia
speranda sit, per quod multorum salus & incolumi-
tas procuratur. L. pœn. C. de Feriis.

§. IV. Maxime autem circumspectus esse
debet iudex in adhibenda tortura ratione durationis
temporis, ne & in iustitia hoc sapiat sævitiã, Non-
nulli equidem distinguunt inter indicia, & volunt,
concurrentibus gravioribus & urgentibus indicis,
reum tribus diebus interpolatis torqueri & pro quali-
bet vice ter cum quassationibus elevari posse, ut de I-
taliæ 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 continetur, Delrio *Disq. mag. libr. 5. ap-
pend. 2. q. 34.* Alii unum diem tantum concessum au-
tumant, 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

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 quardam, tertiam medianve 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 quæst. 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 elictorali ad Senatum Dresdensem, in causa supra dictos latrones concernente, transmissum d. 26. Julii 1705. hilse formalibus: In übrigen verlanget, daß einige von denen bishero eingebrachten und hier und dar justificirten Dieben anzuführen gewußt, das die Tortur an keinen Orte leichter auszustehen, als in hiesigen Landen/weil man sich nach der zu dem Ende darbey gesetzten Uhr, und sonst nach gewisser Zeit richtete, und nach derer Ablayß die Inquisiten von der Marter

ter befrehete, darvon auch, vorwenig Jahren in dem
in Druck ausgegangenen Tractat, Denckmahl der gört-
lichen Negirung genandt, darinnen wegen der zu Lüt-
neburg gestohlenen güldnen Tafel justificirten Nürbern
gehandelt wird, fol. 84. und 85. auch sonsten daselbst
Nachricht enthalten. Als habt ihr den Scharfrich-
ter dahin anzuweisen, daß bey dergleichen harten Ver-
brechen und Uebertathen er die Tortur dergestalt ein-
richten möge, darmit weder durch die Kürze der Zeit
noch in andere Weise dieselben die Wahrheit zu hinter-
halten Mühs nehmen.

CAP. VII.

S. I.

JAm etiam Arbitrium Judicis circa Torturam con-
siderandum est quoad personas. Quamvis enim
Mahometes non tantum homines, sed & animalia
& aves torturæ subijcere soleat, siquidem *libr. 3. cap. 9*
in Alcorano scribit: Salomonem aliquando congre-
gasse exercitus suos, constantes ex hominibus, damo-
nibus & avibus: Cum autem in delectu aviam upu-
pa desideraretur, interminatum ipsi esse Salomonem
tormenta, nisi causam absentia diceret, upupam au-
tem respondisse, se fuisse in terra Saba, & ibi Re-
ginam convenisse, & ita se a tortura liberasse. Sed
de hac fabula sacra litera silent, & cum hic maxime
de homine ejusque vita & sanguine agatur, cujus
tanta est jactura, ut major esse nequeat, *L. 10. ff. de*
pen

pœn. ubi autem majus periculum, ibi eo cautius agendum *c. ubi periculum. de Elect. in 6.* hinc prudens iudex omnem cruciatum non tantum pro qualitate & quantitate criminis & delicti, indiciorum idem, præsumptionem & suspicionum, quæ reum gravant, sed etiam pro qualitate corporis, quod tortura subjiciendum est, & pro conditione personarum, quæ tormenta sustinere debent, ad temperare tenetur. Horrenf. Cavalcan. *de Broch. reg. p. 3. n. 130.*

§. II. Consideranda autem sunt personæ vel physice vel moraliter, ita ut iudex arbitrium suum circa torturam vel ex causa physica interponere & vel restrictiores vel laxiores tortori permittere habenas, vel ex causa morali modum determinare queat: quia alias tortura 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 iudex ordinem in personis observare debet, ut si masculus & femina concurrant, tanquam complices femina prius torqueri debeat; quoniam verisimile est, femina citius confessurum esse delictum & veritatem dicturam. Jacob de Belloviso. *libr. 3. Pract. Crim. cap. 6. n. 5. §. 5.* cum femina 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 Saxonicum
 Oschatiensem, in causa Daniel Apperwaißen ejusdem-
 que uxorem concernente, responderunt: und zwar
 dergestalt / daß von dem Weibe, als dem schwächsten
 Theile / der Anfang gemacht werde. Verum cum
 Doctorum unanimis sit sententia, quod tortura in-
 cipienda sit ab eo, a quo facilius veritas speratur.
 Guid. de Suz. Tr. de Jul. & Tort. n. 22. & foemina multæ
 tam robustæ naturæ & fortis animi, quam masculus
 reperiantur, siquidem ex Polyæn. libr. 8. Stratagem. no-
 tum, quod foemina Cleomenem & Demaratham,
 Spartanorum Reges, diversis vicibus ab urbis oppu-
 gnatione fortissime depulerint, & memorabile exem-
 plum extat, cum Anno 1552. Mahometus Hungariæ
 oppidum Agriam, nec natura nec arte usque adeo
 munitam 70000. hominum exercitu cingeret, præsi-
 diariorum 2000. & mulierum in primis, tanta virtus
 fuit, ut Turca amissis 8000. cum pudore (sunt hæc ver-
 ba Historici) obsessionem dissolvere cogeretur. In-
 ter illas una, quæ coram matre & marito depugnabat,
 cum occiso marito, a parente moneretur, ut corpus
 tolleret & sepultura demandaret: non hoc, inquit,
 illa, ô mater, Deus sinat, ut vir inultus terra conda-
 tur, pugnam hoc tempus, non sibi exquias, deposcit,
 acceptoque demortui ense & clypeo in medios ho-
 stes ruit, nec prius a pugna destitit, quam tribus
 Turcis, qui in murum enitebantur, interfectis.
 Thuan. libr. 10. Hist. Non immerito hinc judicis pru-
 dentia relinquitur, tam masculi, quam foemina natu-
 ram,

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

Omnis amor magnus, sed aperte in conjuge major.
 & verisimile sit, maritum videntem uxorem suam in cruciatu pendendam, 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 neq; 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 podagrico

dagrico concedamus, ut ipse, si velit, carnificem ade-
 at, dubitamus tamen, an hoc remedium quis sit ele-
 cturus, & hoc modo valetudini suae consulturus, inter-
 rim Constitutio Carolina *art. 59.* expresse sancit, *So-*
der Beslagte gefährliche Wunden oder andere Schäden
an seinem Leibe hätte, so soll die Veinliche Frage derauf
señ gegen ihn vorgenommen, werden darmit er an sel-
chen Wunden oder Schaden zum wenigsten verleset
werde, ut hinc judici incumbat, ante omnia inqui-
reere in corpus torquendi, ne aliquid accidat, quod
corpori ejus damnum inferat, arg. in Lit. 4. §. 2. de
Edict. Edict. Expropter non errare judicem, puto si
 prudentem adhibeat Medicum, & juxta ejusdem ju-
 dicitium arbitrium suum adtemperet, quemadmodum
 etiam Matth. Stephan. *in not. ad dict. art.* exem-
 plum proponit, de homine, qui rupturam circa genita-
 lia laborat, quem moderate, sic rupturam incremen-
 tum capiat, torqueri posse, docet. *in not. ad dict. art.*
 §. V. Quid judici circa mulierem lactantem
 observandum sit, docet Dr. Carpzov. *p. 3. Pr. Crim.*
q. 118. n. 61. & saepius hujusmodi mulieri infantem la-
 ctanti torturam fuisse dictatam, tradita tamen, ut
 illa moderate adhibeatur, ne per eam infanti quoad
 nutrimentum noceatur. Verum cum facile alia nu-
 trix inveniri & per illam infanti prospici possit, ut
 optime animadvertit Dr. Tabor *in Tract. de Tortur.*
cap. 5. §. 30. in fine, res maxime videtur ab arbitrio
 judicis dependere, qui atrocitatem delicti, qualita-
 tem indiciorum & personam inquisitae statum conside-
 rabit & arbitrabitur, an alia nutrix substitui & inqui-
 sita

fita 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 parcentum, ne fenestra
aperiatur delinquendi, contra, *L. 51. §. 2. ff. ad L.
Aquil.*

§. VI. Immunem etiam a tortura esse volun-
tum, qui ulcuscula in brachiis, quæ fonticulos 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 fonticulorum usu sint emaciata; Paul Zach
quæst. med. leg. libr. .6. tit. 2. q. 4. n. 13. Sed cum ma-
litia 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, judici dene-
gatum non est, illum torturæ subicere; ratio enim
dicitur, pœnas 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 vitæ periculum est meduendum,
quo casu etiam iste, qui valetudinis gratia fonticulos
F effor-

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. Carpzov. *Pr. Crim. p. 3. q. 118. n. 30.* Sed hac plane summa præcautio & exacta inquisitio iudicis requiritur, ut is maximopere indaget, an epilepsia ficta sit, an vera; Nam quamvis interdum signa epilepsie se prodant, ea tamen non semper pro signis epilepsie veræ assumi debent, quoniam sæpe a malitiosis hominibus talia finguntur, uti Facultas medica Lipsiensis *d. 23. Sept. 1698.* ad D. J. F. K. Gerichts-Verwalters zu Brespen dit his verbis: *Wiewohl die starcken concussions und Erschütterungen des Leibes und dessen Glieder, Einschlagung der Daumen, Knirschen der Zähne, und Gesicht oder spuma vor dem Munde bey denen wahrhafftigen epilepticis, als gewöhnliche symptomata, angemercket werden, dennoch auch solche nicht schlechter dinge und zu allerzeit pro signis epilepsie adæquatis zu halten, sondern dergleichen von böshafftigen Leuten wohl pro lubitu fingiret/ und hierdurch motus convulsiwi erwefet 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, & extraorpinarie puniebatur, se. relegatione, ex sentent. Dn. Scabinorum Lipsiensium*
mensē

mens. Maj. 1685. Bauz. vero non tantum urphedam revertendo violans; sed etiam furta diversa reitersans, denuo capiebatur, ipsique tortura rursus adjudicabatur, sed hic nihilominus simulabat morbum secundam vice, & per hoc torturam avertebat, tertia tandem vice, cum hoc multiplicata delicta manibus victoris traderetur & tortura ipsa dictaretur, absque ullo signo epilepsia primum 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 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 anwandelt, ist so fort darmit inne zu halten.

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

cap. X. de pœn. Act. 4. n. 27. non tamen simpliciter id affumentum 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 a tortura sit immunis, ut Dn. Scabini Jenenses, teste Theodoro *d. l.* olim responderunt. Negandum tamen non est, judicem, si affectus remittat & inquisitus ad sanio rem mentem redeat, ad torturam progredi posse in casu, ubi eum 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.* Farinae *q. crim. 94. n. 40. 41. 42. seqq.* cum judici incumbat malitiis hominum obviare & is 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 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 rectæ rationi hoc arbitriū 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 sine, 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. 29*
Sed iudex hic omnia oculorum acie circumspiciat
ne cæcus sit in cæco torquendo. Hinc arbitrium ce-
jus 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 fatispercipi 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.* Limitator 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. 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, idem inter surdum ex acci-
denti, qui literarum est ignarus, atque scibere 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 saepius 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.g. ex improvise vocando acclamando, sonum excitando auditum probeat: 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. Carpzov. *d. l. q. 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. Dn. Stryck. *diff. 4. de Jure Sensi. cap. 5. de jure Surdor. in fin.*

CAP. VIII.

§. I.

CUM Tortura cum in finem adhibeatur, ut reus indicis gravatus delictum confiteatur, circumspiciat iudex & hic esse debet, ut arbitrium regulatum interponat, interrogando sc. reum, confessionem

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 der in Marter thut, sondern er soll seine Sage thun, so er von der Marter ist; Ex quibus verbis satis patescit, reum in ipso tortura actu non esse interrogandum, nec examinandum, quod etiam approbat & præjudicio firmat Carpz. p. 3. *pr. crim.* q. 124. n. 26. 27. *segg.* additque rationem, quod non verisimile sit, in ipsis tortura cruciatibus constitutum, veritatem posse eloqui, aut perpetrata cum circumstantiis in memoriam revocare, adeoque iis demum, qua remissa tortura sive quaestionibus 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 tortura actu interrogat, & examinat, (1) quia reus, si innocens esset, innocentiam suam alias non posset demonstrare & indicia purgare, quod tamen perseverando in negatione demum fieret. *Bocer. in tract. de quest. § 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 fit 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. 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 registrari non
 debere, & hoc ipso ex natura relatorum se-
 queretur, quod & interrogari non deberet, quia
 alias actus interrogationis esse frustraneus, quem
 jura detestantur; Siquidem verba illa: und soll die
 Sage der Gefragten nicht angenommen noch aufgeschrie-
 ben werden, so er in der Marter thut, sondern er soll
 seine 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 Saxonie in
 Proecessu coram Præfectura Belzigensi contra Andream
 Hagedorn agitato, per rescriptum ad Præfectum
 ibidem *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 Saturninus in *L. 16. ff. de Panis agit*, ut scil. rationem causæ, personæ, loci, temporis, qualitatis, quantitatis, & eventus habeat, & pro ratione circumstantiarum & qualitate delicti interrogatoria ac 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 sæpius 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 quæstioni subijcitur, incidenter saltem de alio etiam crimine perpetrato non esse interrogandum, propter textum expressum in *art. 20. Ordin. Crim.* Sed cum sæpius eveniat, ut reus in responsione se suspectum reddat de alio delicto, & ita indicium oriatur, vel etiam unum delictum ab alio dependeat aut connexitatem habeat cum 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

sto 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 asylum illud socordiae, jura proniora esse ad absolvendum quam ad condemnandum *s. F. 28.* confugiant, quasi haec regula de casibus quomodocunque difficilibus prodita, & non etiam alia regulae praescriptae sint, secundum quas ille omnia quam diligentissime rimari & investigare, arbitriumque suum instituere possit.

§. IV. Caveat tamen iudex, a reo confessionem sub impunitatis promissione elicere, quia exinde magna nullitas processus exsureret, & talis confessio sub spe impunitatis impetrata, tanquam iudicis dolo extorta, ad condemnandum minime sufficeret. *Carpz. Pr. Crim. p. 3. q. 113. n. 50.* Equidem simulatione uti, & fingere aliquid velle, quod tamen quis revera non intendit, ad exemplum Salomonis, prohibitum non esse, post alios idem statuit *Carpzov. d. l. n. 37.* Verum magis est, ut dicamus iudicis arbitrium hac in parte ab omnibus simulationibus sive istae 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, praesertim iudici, quem veritatis amantissimum esse decet, summopere est vitandum, uti loquitur. *Jul. Clar. libr. 5. §. fin. Pr. Crim. quest. 5. n. 8. in fine.*

§. V. Denique videndum est, quomodo circa consignationem confessionis rei, iudex arbitrio uti possit. Ratione hujus non tantum in *art. 143. & 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 relictum est alium Notarium, qui illam linguam callet, adhibere, quod facili negotio expediri potest: Sed cum hoc ipso novus adhibitus Notarius tam vices iudicis quam actuarii sustineat, quin simul reum interrogat & confessionem ejus consignat, officium autem iudicis & actuarii longe diversum & distinctum sit, videtur iudicium sua integritate non constare, nec iudicem id quod sui officii est, facere. Arbitrium igitur optimum erit, si is rem ad Principem deferat, ut vel alteri, qui gnarus est istius linguæ, causa committatur aut ad minimum ejus peritus adjungantur. 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

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

CAP. IX.

§. I.

Sæpius etiam hoc accidit, ut si rei torturæ subijci debeant, vel etiam ad locum torturæ deducti & sub tormentis constituti, demum prætendant, ad deducendam innocentiam, vel avertendam torturam, admitti, & eventualiter appellent, licet 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.* q. 49. n. 14. & propter interpositam appellationem iudici manus sint ligatæ, ut ulterius progredi nequeat, iudex omnimodo eo despiciat, quomodo huic malitiæ occurrat, ne remedium appellationis, tanquam præsidium innocentie, 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 neutiquam admitti, nec appellatio attendi debeat; & si contingeret, ut reus abnuat, aut tempus negligat, tunc judici permissum est, non obstante appellatione interposita, in executione torturæ progressi, 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 defensivis; nulla tamen hic occurrit prohibitio, quæ renunciaciones interdicit, quin & distinguendum erit inter jus in thesi & hypothese, cum hic vel maxime causa publicæ utilitatis & salutis concurrat: expedit enim Reipublicæ, ut malitiis 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 vellet, judicis tanquam boni viri arbitrio convenit, rationem personæ, causæ & momentorum defensionis habere, & arbitrari, an reo iterum concedenda sit defensio.

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

forſitan ex hac ratione, quod humanitatis habenda ſit ratio, & alias iudex ipſemet teneatur ex officio in rei innocentium inquirere, quamvis id non petat reus *l. 19. ff. de pœnis*. 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 lucrum quærere, poteſt tamen propoſitum habere litem procraftinandi, ut interim reum de interrogatoriis & torturæ gradibus, qui ſæpius facile ab incautis iudicibus explorari poſſunt, informet: huic malitiæ autem iudex prudens ex ſuo arbitrio obviavit, 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.

F I N I S.

THE.

THESES REPETITÆ.

I.

Tortura non est contra jus naturale, divinum & civile.

II.

Jus Torturam decernendi pertinet ad mē-
rum imperium.

III.

Causæ criminales non sunt delega-
biles.

IV.

Probationes judici sunt arbitrariæ.

V.

Constitutio Carolina statutis, consuetū-
dinibus & privilegiis non derogat.

VI.

Torturam etiam die feriato exequi potest
judex.

VII.

fit
rei
eus
de-
p-
uci
ar-
am
um
ro-
or-
ous
ju-
ore
ies
est,
um

E-



VII.

Juribus defensivis renunciari potest.

VIII.

Judex in sola confessione rei non acquiescat,
sed & de circumstantiis & aliis argumentis sol-
licitus sit.

IX.

Tortura non infamat, sed causa.

X.

Torturam non semper sequitur abso-
lutio.





ULB Halle
003 330 850

3



Sb.







1710, 117^e 22

Dissertationem Juridicam Inauguralem
DE

ARBITRIO JVDICIS CIRCA TORTVRAM

Quam
ex Decreto Illust. Jurisconsultorum ordinis
IN ALMA SALANA

SVB PRAESIDIO
DN. CHRISTIANI WILDVOGELII

Jcti Consummatissimi
Duci Saxo-Isenacensi a Consiliis Intimis, Curiae Provinc. nec non Facult. Jurid.
& Scabin. Assessoris gravissimi, Pandectarum & Novellarum, itemque
Juris Publ. & Feud. Prof. Celeberrimi,
Patroni & Promotoris submissee devenerandi

PRO LICENTIA
Summos in utroque Jure Honores adipiscendi publice eruditorum arbitrio
d. 3. Septembr. Ao. CHRISTI MDCCX.
submitte

IOHANN IACOB ARNOLD.
Advocatus Dresdensis



vid. C. A. S. 3.

Ienæ, Litteris Mullerianis.

