





1799 31  
DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA  
DE  
POENA EXTRAORDINARIA 218  
DEFICIENTE PLENA CRIMINIS PROBATIONE  
NEVTIQVAM DECERNENDA

---

QVAM  
CONSENTIENTE  
MAGNIFICO IVRISCONSVLTORVM ORDINE

AD  
SVMMOS IN IVRE HONORE'S  
RITE CAPESSENDOS

IN ACADEMIA PATRIA  
DIE XXV APRILIS MDCCLXXXIX

PVBLCICE DEFENDET

A-VCTOR

RVDOLPH. CHRISTOPH. CAROL. SIGISMVND.  
HOLZSCHVHER AB HARRLACH.

---

ALTORFII  
EX OFFICINA IOANNIS PAVLLI MEYERI  
ACADEMIAE TYPOGRAPHI.



SACRI ROMANI IMPERII  
INCLYTAE ET LIBERAE  
REIPUBLICAE NORIMBERGENSIS

SENATI

SPLENDIDISSIMO

PERILLVSTRIBVS AC GENEROSISSIMIS

DOMINIS DOMINIS

DVVMVIRIS

TRIVM VIRIS

SEPTEM VIRIS

CONSVLIBVS

SENATORIBVS

PATRIBVS PATRIAE

OPTIMIS

MAECENATIBVS ATQVE PATRONIS

INDVLGENTISSIMIS

SVPREMI NVMINIS  
IN ADMINISTRANDA REPUBLICA  
AVXILIVM FIRMISSIMVM  
VITAE LONGAEVAE TRANQVILLITATEM  
ILLVSTRIVM FAMILIARVM  
FLOREM PERPETVVM  
OMNIAQVE FELICITATIS GENERA  
PIA MENTE ADPRECATVS  
SPECIMEN HOC INAVGVRALE  
TAMQVAM CERTISSIMVM  
DEVOTI ANIMI  
MONVMENTVM  
CONSECRAT  
TANTORVM NOMINVM

CVLTOR OBSEQVENTISSIMVS  
AVCTOR.

§. I.

DEFINITIO POENAE EIVSQUE DIVISIO IN ORDINARIAM  
ET EXTRAORDINARIAM.

Quum de poena extraordinaria differere nobis in animo sit, primo declarandum erit, quid hic sub poenae vocabulo cogitemus. Poenam vocamus malum, quod actionem liberam, fini societatis contrariam, ex legum praescripto sequitur. Poena, quatenus a iudice decernitur, est vel ordinaria, vel extraordinaria. — Ordinaria, quae crimen sequitur, in quo omnia, quae lex poenalis supponit, concurrunt; extraordinaria vero, quae decernitur, si in crimine commisso non omnia, quae lex poenalis supponit, obveniant. Deficientibus enim in crimine commisso vel mutatis circumstantiis quibusdam essentialibus, quae lege supponuntur; nemo facile dubitabit, quin poena, huiusce postis lege determinata, cessare debeat.

§. II.

LEGITIMUM POENAE EXTRAORDINARIAE  
FUNDAMENTUM.

Fundamentum igitur poenae extraordinariae constituunt iustae a poena legali decedendi causae.

Tales causas facile cogitare possumus, si eam iudicis officii partem consideremus, quae in poenis decernendis versatur. Iudicis enim esse, poenam et legi et facti consentaneam constituere, nemo nescit. Si autem iudicandum est de tali facto, quali poena a lege praecepta non omnino convenit, iudicem ab hac poena, quam vulgo legitimam vocant, desistere debere, patet.

## §. III.

QUANDO LOCVM OBTINEAT POENA  
EXTRAORDINARIA.

Sedulo igitur distinguo condiciones, quae in omni poena supponuntur, quibus potestas puniendi generatim spectata ita adstricta est, ut absque iisdem nulla plane poena irrogari possit, ab iis, a quibus solum certae poenae applicatio pendet. Vbi non omnis, sed certae tantum eius, quae a lege determinata est, poenae condiciones deficiunt, non omnis poena cessat, sed quatenus causae ac circumstantiae, quae poenam irrogari efficiunt, mutatae inveniuntur, poena ipsa mutatur, atque vel mitigatur, vel exasperatur; in quo consistit poena extraordinaria.

Quum autem in poena legali semper supponatur delictum consummatum ac dolo commissum; poena extraordinaria tunc est constituenda, quando vel delictum culpa commissum est, vel solus delinquendi conatus adfuit, isque nec a lege consummationi equiparatur, nec in peculiare delictum abit. Praeterea extra ordinem puniri potest tum ob rationes mitigandi poenam legalem, tum ob causas eandem exasperandi. Atque ultra hosce casus potestas extra ordinem puniendi secundum nostram opinionem extendi non debet.

## §. IV.

ADDUCITVR SENTENTIA NOSTRAE CONTRARIA.

Alii autem aliter opinantur, hisce casibus unicum adhuc addentes, suaeque opinionis tuendae gratia generatim ita argumentantur: Quaevis sanctio poenalis plenam criminis probationem ponit, quoties igitur haec deest, toties quoque poenae ordinariae statuendae ratio cessat, simulque iusta a legis praecepto recedendi, imo ordinariam poenam mitigandi, extraordinariamque decernendi causa adest.

## §. V.



## §. V.

QUANDO EX SENTENTIA HAC CONTRARIA POENA  
EXTRAORDINARIA ADHIBEATUR?

Sunt nempe, qui poenam extraordinariam locum habere putent, si vel de existentia corporis delicti, vel de auctore delicti certo non constet, eandemque eo adplicandam credunt, ut torturae defectus suppleatur \*); nempe ubi omnino minus plena tantum probatio adest, atque nihilo, fecius torturae adplicatio cessat, quia haec vel abrogata est, vel inquisiti status, vel ipsa delicti qualitas, quo minus adhibeatur, impedit, vel iam frustra adplicata est, quia reus saepius revocavit, idcircoque iudex ea adplicata tantopere haesitat, quantopere antea haesitavit.

## §. VI.

QVAESTIO SOLVENDA PROPONITVR.

Quoniam casus recensiti in eo omnes conveniunt, ut deficiat plena probatio, indiciaque tantum graviora adsint; opera nostra versabitur in dissolvenda quaestione: an plena probatione deficiente poena extraordinaria recte constituatur?

Prius vero, quam id adgredimur, et, quid plena criminis sit probatio, et quid certitudo, definiamus necesse est.

## §. VII.

QVID SIT PROBATIO PLENA, ET QVID CERTITVDO?

Probatio criminis plena est actus iudicialis, quo veritas delicti a reo commissi ita evicta est, ut ei certa fides a iudice haberi possit \*\*).

Certum

\*) cf. *Meißner's praktische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht. Th. I. S. 1. sqq. Quilstorff's Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Th. II. Abs. X. Hauptst. XV. — et alii.*

\*\*) cf. *G. I. F. Meißneri principia iuris criminalis. Ed. III. §. 409. pag. 371.*

Certum est, quod propterea persuasissimum habemus, quia eius contrarium cogitare sanæ rationis humanæ præscriptio vetat. Omnis igitur certitudo nititur rationali quadam necessitate, (*Vernunftnotwendigkeit*) a causis obiectivis et subiectivis, ab omni parte sufficientibus, profecta. —

Quare probatio quoties postulatur, toties indicatur, rei probandæ contrarium a mente humana cogitari posse, istam scilicet rationalem necessitatem abesse, causasque ipsam producentes quaerendas esse atque adferendas. Qui in demonstratione philosophica versatur, is officio suo præclare fungitur, si ostendit, rem ita se habere, ut a sanâ mente humana aliter cogitari non possit. Hoc enim factò istam rationalem necessitatem adesse manifestum est. Certitudo iuridica eadem rationali necessitate nititur, nam inter hanc et illam nulla est differentia, nisi quæ in obiectorum diversitate sese exferit. Quæ quum in probatione iuridica sint facta atque res externæ, naturæ legibus adstrictæ; illa necessitas rationalis iterum pendet a necessitate physica (*Naturnotwendigkeit*). Id enim quod secundum naturæ leges immutabiles haud aliter fieri potest, ratio nostra tamquam verum adsumere cogitur\*). Notatu digna mihi videntur illa verba KLEINSCHRODII, quibus certitudinis *negativ* evolvit: „Wenn der Richter dem Verbrecher, ohne einen Vorwurf von seinem Gewissen befürchten zu dürfen, mit festem Muthe in das Gesicht sagen kann: du bist der Verbrecher: du mußt es seyn.“

His quidem verbis rationalis illa necessitas indicatur, in qua certitudo consistit, sed KLEINSCHRODII hic solummodo sensus cuiusdam ambigui, et rationum subiectivæ qualitatis respectum habuisse mihi videtur. Hæc autem neutiquam sufficiunt, eisque nulla vis tribuenda est, nisi rationes obiectivæ eas comitentur. Rationes obiectivæ e rerum causis atque circumstantiis antecedentibus, concomitantibus et consequen-

\*) Cicero de invent. rhetor. l. I. c. 49. n. 92. dicit: omnis argumentatio aut probabilis, aut necessaria debet esse. — Necessarie demonstrantur ea, quæ aliter, ac dicuntur, nec fieri nec probari possunt. —

sequentibus cum re probanda necessario coniunctis deduci queunt. Quum enim certae conditiones ac regulae, quibuscum omnia, quae in sensus cadunt, convenire debent, quae rei cuiusdam existentiae rationem sufficientem exhibent, quibusque existentibus res probanda simul existere debet, vel quibus deficientibus contrarium necessario evenit, fatis notae sint, vel eorum, quae ad sensus nostros non pervenerunt, cognitionem certam nos tenere licet.

Ex his, quae de certitudine hucusque diximus, abunde adparebit, probationi iuridicae haud plura inesse requisita, quam philosophicae. Proinde errare mihi videntur, qui contrarium putant \*). Etenim qui fieret, ut leges positivae plus, quam ipsa rationis humanae insoles potcerent, atque probatio huic satisfaciens ab illis sperneretur?

### §. VIII.

#### REFUTATUR SENTENTIA CONTRARIA.

Neque illis adfentiri queo, qui ullam certitudinem iuridicam esse negant, indeque certum iam probabilitatis gradum ad poenas constituendas sufficere contendunt \*\*). Quod si enim verum esset; nulla unquam poena iusta existimari posset, quum et summa probabilitas sit fallax, et certitudo sola omnem in puniendo iniustitiam removeat. Sin autem probabilitas ad puniendum sufficeret, iterum sufficiens desset ratio, cur certus tantum eius gradus hoc effectu gauderet, nec minor? — Iniustitia enim utroque casu metuenda est.

### §. IX.

\*) vid. *Kleinschrod's Abh. über die Wirkungen eines unvollkommenen Bervveises in peinlichen Sachen*, §. 2.

\*\*\*) *C. Cenz de probabilitate iuridica s. de praesumptione*, cap. I. §. 16. sqq. *Thomasi* diss. de fide iuridica.

## §. IX.

POENAM DEFICIENTE PLENA CRIMINIS PROBATIONE  
CESSARE, EX IPSA REI NATURA PROBATVR.

Pœna semper supponit crimen, et inter hoc et illam tam mutuus est respectus, ut posito hoc, ponatur et illa, sublato hoc, illa tollatur. Quod ad pœnam decernendam attinet, crimen non satis probatum in foro humano infectum habetur, quippe quum in iure nostro perinde sit, non esse et non adparere \*). Hominis animus ipsum pœna dignum reddit; talis vero animus tamdiu iudicem humanum latet, quamdiu factis nondum extra dubitationis aleam positus est. In pœna autem decernenda plane idem est, reusne crimen non commiserit, an illius non convictus sit.

## §. X.

## CONTINVATIO.

Hinc, deficiente plena criminis probatione iustam pœnæ constituendæ causam omnino deesse, satis elucescet. Quid enim iudicem hoc casu pœnam extraordinariam decernentem excusaret? Animadversio forsitan levior? Nequaquam; omnis enim pœna est iniusta. Quo pacto igitur de pœnæ genere recte deliberari potest, si de eo nondum certo constet, quod omnem pœnam antecedere debet?

Pœnam exulare, ubi omnis pœnæ conditio deficiat, extraordinariam autem locum habere, quando certæ tantum pœnæ condiciones nonnullæ desiderentur, supra (§. II.) iam exposuimus. Casu vero a nobis posito omnis pœnæ conditio deficit, et pœna extraordinaria fundamento suo destituitur. Qui enim hoc modo punit, semper peccat. Nam reus est vel sors vel infors. Si prius, quum neque de gradu, neque de qualitate culpæ constet, plerumque iusto lenius punitur, sin posterior, ne pœna quidem, sed sævicia adhibetur. Quo autem modo

hanc

\*) vid. *Aloysii Kapp. de Pichelstein* Disqu. de nullitate pœnæ extraordinariæ in crimine pleac non probato, §. 9.

hanc facultatem is excuset, cuius est, iustitiam ita colere, ut licitum ab illicito usquequaque discernat, aequum cum iniquo numquam confundat? Et potestne iustitia aliter coli in causis criminalibus, aliter in civilibus? — Estne vero sententia condemnatoria in causa civili probandis nondum probatis lata valida, an laborat insanabili nullitatis vicio?

## §. XI.

NULLITAS POENAE EXTRAORDINARIAE PROBATUR  
PRINCIPIIS IURIS NATURAE.

Ius puniendi nititur subiectionis pacto, quod homines societatem cocentes civilem tacite inierunt, intelligentes, poenas necessarias futuras \*). Natura enim, vi rationis hominem impellit, ut hominum cocitus et civitates esse, et a se obiri velit; quoniam homo, extra societatem vivens civilem, nec facultatibus, quibus praeditus est, nec iurius, quibus gaudet, rite uti ac frui potest. Huius igitur societatis finis est, ut singuli cives facultatibus atque iuribus suis secure uti ac frui possint. Hic autem finis nequam obtineretur, si cuilibet quodlibet facere licitum esset. Profecto societatis civilis vinculum dirimeretur, si iurium humanorum custodia a sola talium hominum voluntate penderet, quales saepius ab animi motionibus proripi, quam rationis praeceptis duci solent. Ne itaque cives se invicem temere impuneque laedere possent, sanctionibus poenalibus cautum est. Proinde omnis civis ad poenam dandam obligatus est, simulac eum revera aliquem laesisse, sive delictum commisisse, certo constat. Et hoc unico casu poena quaedam locum habere potest. Nemo autem per istud subiectionis pactum sic se obligavit, ut tum quoque poenam a se sumi passurus sit, ubi in eriminis cuiusdam suspicionem incidere. Tale enim subiectionis pactum, quale ob solas suspensiones vel coniecturas puniendi ius concedit, hanc ob causam cogitari nequit, quod innocentissimum quemque

B 2

for-

\*) vid. *Gros* in *Diss. de notione poenarum forensium*, §. 10.

fortuito circumstantiarum concursui, iudicisque persuasioni subiectivae perpetuo obnoxium, consequenterque intutum redderet. Publica ergo puniendi potestas, ob solas coniecturas punitura, non, ut par esset, singulorum civium iura tueretur, sed potius ipsa violaret, originariumque sanctumque subiectionis pactum irritum faceret.

## §. XII.

## ARGUMENTA CONTRARIA REFVTANTVR.

Ne argumenta maxime praecipua, quae pro opinione nostrae contraria in medium proferri solent, ignorare videamur, ea nunc sub examen vocaturi sumus. Quidam ita argumentantur: Omnis poenae fundamentum in periculo, quod ex quolibet crimine in securitatem publicam redundat, positum est; ergo plena quidem criminis probatione deficiente, iudiciis autem gravioribus, quae indicant periculum, extantibus, poena extraordinaria iure constitui potest. Hoc argumentum duplici ex ratione probandum non probat, primo, quia non quodvis periculum societati civili imminens poena sequitur, ex quo adparet, in periculo causam puniendi non positam esse, deinde, quoniam a periculo numquam aliud ius deduci potest, quam id, quod consistit in facultate constituendi ac parandi ea, quibus imminens malum avertitur\*). Hoc autem

\*) Eodem modo iudicavit *Francus* ille *Rouchon*, quem nuper in Senatu Quingentorum diceret: *Ihr habt sie für gefährlich, nicht für schuldig erklärt, ihr könnt also keine Strafe gegen sie verfügen.* — Aliud exemplum rem magis illustrabit: Athenienses Ostracismo plebent cives, qui republicae metuendi videbantur, Ostracismus quidem proprie non erat poena, quin plura, quae poenae necessario insunt, in illo defecerint, tamen quia aliquo modo in poenarum speciem abiit, e plurimorum sententia iniustus declaratus est. Nonne hic quaerendum est, an temporum progressu hominum mentes collustrentur, quum saeculo nostro iniustitiam illa matorem nonnulli protrahant, quippe qui poenam ipsam adhiberi iubent, ubi vel poena *αυτοματῶς* pristinis temporibus iniustum erat?

autem a iure puniendi admodum discrepare, neque eius exercitium in poenarum speciem necessario abire, quis est, qui non intelligat? Et poenam extraordinariam quoque ius puniendi ponere, quis nescit? —

## §. XIII.

## CONTINUATIO.

Aliis haec argumentatio arridet: Si delicti probatio deficit, neutquam colligendum est, reum esse infontem, e contrario ex indicibus gravioribus concludendum est, reum esse fontem, et causam deficientis probationis plenae quaerendam esse in sola legitimorum probandi remediorum ambiguitate. Quum igitur haec ambiguitas reo gravibus indicibus onerato prodesse non debeat, utique in eum poena animadvertendum est saltem extraordinaria.

Nos vero ita sentimus: Quamdiu probatio plena desideratur, tamdiu dubium est, utrum reus sit fons an infons. Quum autem illae, quae extant, coniecturae, vel praesumptiones hanc incertitudinem removere non valeant; neutquam illis tribuenda est talis vis et efficacia, qualem solummodo certitudo et probatio plena producere possunt. Et quamvis minime negemus, probandi remediorum ambiguitatem fonti prodesse non posse, tamen simul contendere non dubitamus, eandem ambiguitatem infonti obesse non debere. Vt vero ea infonti obfist, fieri potest toties, quoties ob probationem minus plenam extra ordinem punitur. Neque porro intelligimus, quare deficientis probationis causa semper in probandi mediorum defectu vel ambiguitate quaerenda sit, quum cogitare quoque possimus, probationem hanc ob causam defecisse, quia nihil criminis a reo commissum est. Denique non infitiamur quidem, secundum nostram opinionem si iudicetur, nonnumquam fieri posse, ut fons impunitus evadat; sed simul nobis persuasum est, reipublicae minus perniciosum esse, si quis meritam effugere queat poenam, quam si quis non possit, quin immeritam subeat poenam.

Tandem commendandae poenae extraordinariae sequentem infervere ratiocinationem, sunt, qui putent. Numquam fere continget, ut iudex, de reo, criminis tantum suspecto, iudicans, talem ferat sententiam, qualis ab omni iniuriae genere est aliena. Suspectus enim est vel fons vel infons. Prius tantum probabile est. Si igitur suspectum propter deficientem probationem impunitum dimittit, graviter peccat contra rempublicam, dimittendo hominem metuendum. Sin e contrario in illum poena animadvertit extraordinaria, animadversio quidem non est legitima, ob circumstantias autem est necessaria, atque etiam idcirco aliquid excusationis habet, quod satis est, unum vel immerito pati, quam universam rempublicam in discrimen venire. Quid causae sit, quare et haec ratiocinatio nobis non ardeat, ea, quae nunc sequuntur, doceant. Nos quidem negamus, iudicem illum iniuriae se participem facere, qui suspectum impunitum relinquit, nam puniendi potestas sub hac sola concedebatur conditione: Si crimen commissum, legitima igitur puniendi causa adfit. Vbi itaque hanc adesse, iudex nescit, punire nequit. Porro tantum abest, ut suspectum condemnando salutis publicae prospiciat iudex, ut potius eam ipse turbet, condemnans hominem, qui falso suspectus, atque infons esse potest. Securitatis enim publicae cura nobis postulare videtur, ut nunquam infons cum fonte confundatur. Ponamus tandem, quod minime concedimus, iudicem, qui rem iudicis gravioribus oneratum impunitum dimittit, in rem publicam peccare, hoc tamen tale esset peccatum, quale corrigi potest. Simulac enim postea subsecutis novis melioribusque argumentis veritas delicti satis evicta est, iudex potestatem habet, delinquentem antea impunitum dimissum nunc merita afficiendi poena. Si vero iudex falso suspectum infontemque condemnavit, peccatum inexpiabile commisit.

Omnes fere Iurisconsulti in hoc consentiunt, poenam graviolem criminelem irrogari non debere, quamdiu in probatione defectus quidam



dam sese exferat, — nec aliam huius sententiae rationem invenire possum, quam quod in hoc casu iniuria atrocior atque detestabilior committeretur; nos autem putamus, non solum certum iniustitiae gradum, sed potius iniustitiam ipsam esse reprobendam. — Sed de his haecenus; nunc, quid praesidii nostrae opinioni leges adferant positivae, videamus.

## §. XV.

LEGES ROMANAE AD HANC MATERIAM  
SPECTANTES.

Ius Romanum postulare, ut plena probatio poenam semper antecedit \*), neque alius puniatur, nisi confessus vel convictus; L. 16. C. de poen. dilucide monstrat. Quamvis autem hic speciatim de poenis capitalibus sermo esse videatur, tamen mentem legis nullam restrictionem pati, infra demonstrabo (§. XVII.). Sunt quidem, qui putant, hanc legem ideo esse nullius momenti, quod ea non omnium probandi remediorum mentionem facit, consequenterque incompletam decisionem continet \*\*); sed illi errare mihi quidem videntur. Vt legislator caveat, ne iudex prius in quempiam severam sententiam promat, quam vel confessus vel convictus sit, neutiquam necessaria erat omnia probandi remediorum enumeratio. Praeterea L. 5. Dig. de poen. haud dubie non modo vetat, *aliquem de suspicionibus damnari, sed praeclaram etiam hanc vetiti rationem reddit: Satius esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari.* Nemini secundum L. 9. §. 1. C. de testibus poena irrogari debet ob semiplenam probationem per testes. Idem de omni minus plena probatione valeat, necesse est. Legibus igitur contraria est QVISTORIA illa sententia, quae extante semiplena probatione puniri iubet \*\*\*).

Ius

\*) Quibuscum etiam conveniunt decisiones Canonicae. Can. 1. 2. 5. 10. 13. Caus. 2. Qu. 1.

\*\*) Kleinschrod l. c. §. 5.

\*\*\*) *Quistorp's Versuch einer Anweisung für Richter bey dem Verfahren wider solche, welche die Wahrheit nicht gestehen wollen, in Ländern, wo die Tortur abgeschafft worden, p. 96.*

Tus quidem Romanum iudiciis vim plenae probationis non denegat, sed eam vim solummodo tribuit iudiciis indubitatis et luce clarioribus, i. e. certitudinem efficientibus \*). Et huiusmodi iudiciis extantibus legislatores romani non extraordinariam, sed ordinariam poenam constitui volunt \*\*). Ex quo intelligitur, eosdem neutiquam velle, ut deficiente plena criminis probatione puniatur.

EX LEYSERI \*\*\*) quidem opinione ea iam indicia existimanda sunt indubitata, quorum ope magna exsistit verifimilitudo. KLEIN-SCHROD \*\*\*\*) quoque iudiciis magnae probabilitatis, et MEISTER \*\*\*\*\*) iudiciis gravissimi momenti puniendi rationem inesse autumant. Mihi autem haec verborum interpretatio nimis arbitraria videtur †), atque BOEHMERO ††) adfentiri mallet, qui argumenta luce clariora ea esse dicit, quae ita comparata sunt, ut, instar luminis, cuiusvis animum de rei veritate informet, eumque convincant, ideoque nulla obscuritate laborent †††). Illustres quoque viros adfentientes habemus, quorum sententias paucis adducere liceat verbis. Nempe TABOR ††††) adfirmat, secundum ius Romanum ab iudiciis indubitatis convictionem quidem proficisci, condemnari autem tunc demum posse, quando convictio antecesserit. MATTHAEVS †††††) autem sententiam suam hoc dilemmate exposuit: Aut crimen probatum est argumentis, aut probatum non est. Si probatum est, nulla causa est, cur ordina-

ria

\*) L. 25. C. de probat. L. 2. C. quorum appell. non recip.

\*\*\*) Matthaei de criminibus tit. XV. c. 6.

\*\*\*\*) Spec. 257. med. 6. \*\*\*\*\*) l. c. §. 7. \*\*\*\*\*) l. c. pag. 1.

†) Quod confirmat Struben in Rechtl. Bed. Th. II. p. 529.

††) in diss. de probatione in criminalibus spuria. §. 1.

†††) Exempla iudiciorum indubitatorum recensuit Globig und Huster in der Abhandlung von der Criminalgesetzgebung. S. 351. 199. cf. Auct. Rhetor. ad Herenn. l. 2. c. 7. verba: Cum multa concurrunt argumenta et signa, quae inter se consentiunt, rem perspicuam, non suspiciosam videri oportere. et l. 4. c. 41.

††††) Traßat. Vol. II. p. 473.

†††††) l. c. p. 690.

ria poena infligi non debeat. Si probatum non est, nullus puniendi locus relinquitur, sed aut in reum amplius inquirendum, aut sententia iudicis absolvendus est.

## §. XVI.

## PRAESCRIPTA CAROLINAE.

Vt leges Romanae reum vel convictum vel confessum solum puniri iubent, sic C. C. C. idem fieri vult, quum art. 22. haec legantur: *Dann soll jemannt entlich zu peinlicher Straff verurtheilt werden, das muß aus eygen bekennen oder bewveisung beschehen, und nit auff vermutung oder anzeigung.*

## §. XVII.

## ALTERIUS HUIUS LEGIS SENSUS EXPLICATUR.

Ex vero huius legis sensu nullus poenae extraordinariae locus relinquitur crimine plene non probato. Propterea poenae extraordinariae defensores illam varie interpretantur.

Quidam nempe Carolinae articulum 22. ad sola delicta graviora respicere contendunt \*).

Ponamus, rem ita se habere\*\*), attamen et graviora et leviora crimina sunt delicta, ideoque analogis, neque contrariis regulis diiudicanda. Ratio legis, quae in natura poenae sita est, in utriusque generis delicto eadem manet. Lenior poena, qua in infontem animadveritur, ex eadem causa iniusta est, ex qua acerbior poena reprobatur. Ad puniendum levius delictum aeque atque ad gravius eius certitudo necessaria est, ac quaevis lex poenalis supponit delinquentem vel convictum, vel confessum. Qui opinionem nostrae contrariam fovent, in contradictiones incidunt, dum adferunt, modo ad corporales, modo tan-

\*) *Kleinschrod* l.c. §. 6. 7. *Meister* l.c. pag. 1. sqq.

\*\*) Dissentit *Efschenbach* in *diff. de inquisit. summaria*, §. 18. *Comment. iurid.* Fasc. I. pag. 77.

tantum ad leviores civiles poenas constituendas minorem certitudinis gradum sufficere \*). Hunc errorem genuit is error, quo ducti nonnulli (vid. §. VIII.) numquam de crimine certo constare, sed probabiliter tantum de eo constare posse, putarunt, indeque ad decernendas graviores poenas criminales maiorem verisimilitudinem requiri, in iisque decernendis maiorem circumspeditionem adhibendam esse, collegerunt. Supra vero iam monstravimus, certitudinem hic non exulare, eamque cuiuslibet generis poenam antecedere, necesse esse, quia semper iniustitia metuenda sit, si probabilitas sola puniendi causam praebere.

Ex eo quidem sententiae suae rationem sumferunt, quod in delictis gravioribus indicia ad condemnandum non sufficiant, e Carolinae praescripto, merito autem in delictis levioribus et decernendis poenis civilibus secundum leges Romanas, quas tunc nos sequi oportet, quia de poenis civilibus Carolina omnino silet. Nos autem putamus, secundum Carolinam quoque indicis vim probandi recte tribui. Nam Carolina solum vetat, *dass niemand auf einicherley anzeigung, argkuvons vvarzeichen oder verdacht entlich zu peinlicher Straff soll verurtheilt vwerden etc.* \*\*) Vox *Anzeigung* autem, quae vulgo pro indicio sumitur, longe differt ab eo, quod Romani indicium vocant. His scilicet indicium est argumentum seu ratiocinium, ac peculiare probandi genus, sive probatio artificialis, in Carolina autem, ut eius Art. 19. declarat, *Anzeigung* denotat *redlich vvarzeichen, Argkuvon, Verdacht und Vermutung*. Hae autem non a solis argumentis, sed ab aliis quoque causis proficisci possunt, quapropter etiam unius testis dictum *Anzeigung* vocatur in Carolinae art. 29. 30. 31. Si igitur *Anzeigung* plane aliud est, quam indicium, profecto dici nequit, probationem per indicia Carolinam reprobare. — Cautio haec legalis, ne ob suspensionem quis puniatur, convenit principiis iusti, ac sapientissima existimanda est, quum illius temporis barbaries facile suspensionem pro reatu, probabilitatem pro

\*) Varias haec opiniones Ictorum collegit *Walchius* in diff. de verisimilitudine criminis.

\*\*) vid. Art. 22.

pro certitudine haberet. Hac ex causa in sequentibus huius functionis articulis et singularia indicia enumerantur, et plura concurrentia talia, qualia plenam probationem non efficiunt, ad condemnandum igitur secundum legislatoris voluntatem haud dubie manifestatam, non sufficiunt. Quatenus vero plena probatio ab indiciis proficiatur, et quatenus illa peculiare probationis genus constituent, Carolina non definiuit, quapropter ad ius Romanum recurramus, necesse est. — Falsus rationes pro nostra sententia pugnantes exposuit GROLMANNVS\*), nos autem rem absolvere conamur hoc dilemmate:

Indicia aut vim plene probandi habent, aut non. Si prius, nil interest, utrum delictum sit gravius, an levius, nam in utroque casu aequaliter perficitur probatio, eamque sequitur poena legitima; — si posterius, nulla poena locum habet, sive delictum sit levius, sive gravius.

### §. XVIII.

#### C O N T I N V A T I O.

Porro, articulo 22. inesse aiunt regulam, quae varias admittat exceptiones\*\*).

Nos sic respondemus: numquam huius regulae exceptio dari potest, quia ratio eius numquam mutatur, sed semper eadem manet, quippe quae haec est, ne quis iniuste puniatur; a qua ratione iudex numquam discedere potest. —

### §. XIX.

#### C O N T I N V A T I O.

Quin articulum illum, aiunt, hunc solum casum respicere, in quo tortura adhiberi potest\*\*\*); idque colligunt e verbis: *sondern allein peinlich mag man darauf fragen*. Ad ea autem, quae modo protuli,

C 2

tuli,

\*) *Bibliothek für das peinliche Recht etc. S. 169. sqq.*

\*\*\*) *Meißner l. c. p. 1. sqq.*

\*\*\*\*) *Meißner l. c.*

tuli, provoco; singularis casus hic nullo modo cogitari potest, quia lex illa nullam patitur restrictionem. Est igitur interpretatio admodum arbitraria, cuius ope lex ad casum refringitur, ubi tortura adplicari potest. Verba autem: *sondern allein peinlich etc.* nil aliud denotant, nisi hoc: ad summum tortura, praeterque eam nihil locum invenire potest. Propterea autem, quod torturae usum variae rationes interdunt, minime sequitur, ut poena extraordinaria iure adhibeatur, quippe quae per se iam iniusta est. Sunt quidem, qui mansuetudinis ac humanitatis esse ducunt, levius malum, nempe poenam extraordinariam, torturae, quam Carolina adhiberi iubet, substituere. Sed vix probabitur, levius malum esse id, quod perpetuo fere durat, ac ne ab infonte quidem evitari potest, cuius conditionem tortura meliorem reddit; si enim cruciatus fortiter superarit, sententia absolutoria sequatur, necesse est. Et profecto humanitati parum defervitur, si iniustitia iniustitiae succedat. Tantis autem incommodis premi poenam extraordinariam, quanta adhaerent torturae, alii iam demonstrarunt\*). Extra ordinem puniendi potestas omnino adversatur Carolinae, quae numquam infontem periculo poenae sustinendae exponi vult, ac, ne id fieri possit, torturae adplicationem praecipit, tamquam eruendae veritatis remedium necessarium, quod illis temporibus, quibus iuri Ordalii, sive iudicii divinatorii fides tribuebatur, non aequae fallax atque detestandum visum est, ac nunc videtur. Praeterea modus, quo poena extraordinaria torturae substituitur, plane perversus mihi videtur. Sicuti enim inquisitus olim torturae subiiciebatur, ne iniusta poena afficeretur, ita hodie sine ratione sufficiente statim punitur, ne amplius tortura opus sit.

## §. XX.

## CONTINUATIO.

Vix necessarium mihi videtur, illae adhuc obiectioni obviam ire, qua solum ordinariam, non vero extraordinariam poenam prohibitam esse

\*) *Kapp. de Pichelstein l.c.*

esse articulo 22. nonnulli contendunt, et lectorem ad §. XI. huius dissertat. delego.

§. XXI.

QUAENAM VIS VSVI FORI CONCEDENDA SIT  
COMMENDANTI POENAS EXTRA-  
ORDINARIAS.

Quamquam leges positivae parum favent poenae extraordinariae, tamen usus fori praesidio ei esse videtur. Quenam igitur vis huic usui tribuenda sit, disquirendum est.

Quum *particularis* consuetudinis efficacia ad solam, in qua valet, provinciam restringatur, primum in quaestione: an consuetudine universali ubique poenae extraordinariae decernantur, inquiramus.

In sensu iuridico consuetudo universalis plane cogitari nequit\*). Quamvis enim omnibus iuribus provincialibus, inter se comparatis, monstrari possit, aliquid ubique valere, hoc quidem ad constituendam consuetudinem universalem in sensu geographico sufficeret, minime autem in sensu iuridico. Consuetudinis enim vis et efficacia, in singulis civitatibus non ideo locum habet, quod in reliquis valet, sed propterea, quod in singulo loco observatur, neque interest, utrum idem pluribus in locis observetur, nec ne. Praeterea hac ex causa alicui loco aliquid observandum obrudi non potest, quia idem fere cunctis in civitatibus provinciae observatur. Nam *consuetudinis vis et efficacia non extenditur ultra limites iudicii, in quo recepta est.*

Solummodo itaque usus fori particularis poenam extraordinariam adiuvari possit. Sed ne hic quidem, ut nobis videtur, concedi potest. Nam

- 1.) Primario requisito caret, quum, ut iam probavimus, minime conveniat principiis iusti ac aequitati.

C 3

2.) Tem-

\*) vid. Hufeland Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften, St. I. Abth. 1.

- 2.) Temporis diurnitatem etiam deficere credo, quia nuper modo in torturae vicem a nonnullis iudiciis recepta est poena extraordinaria, qua olim raro atque per modum exceptionis iudices uti solebant \*).
- 3.) Nulla adest actuum uniformitas. Tanta enim Iurisperitorum sententiarum in solvenda quaestione, quando poena extraordinaria sit constituenda, diversitas, tantaque est disparitas decisionum, ut uniformitas cogitari nequeat.

Etenim modo plane reprobant poenam extraordinariam\*\*), modo probationem, semiplena maiorem vel nudam semiplenam, ad irrogandam poenam extraordinariam, per se iam sufficere adfirmant\*\*\*), modo praeter crimen non plene probatum requirunt alia facta illicita †), modo postulant, ut tunc demum poena, de qua loquimur, sequatur, quum praecesserint talia facta illicita, qualia non solum rite probata, sed etiam cum crimine principali verisimiliter connexa sunt ††).

Quum ultima sententia principis iusti magis consentanea videatur, quam reliquae, eam parumper sub examen vocemus. Nempe hic poena non irrogatur ob delictum non probatum, sed ob aliam illicitam actionem, quae satis probata habetur, poenaeque ipsa ob huius actionis connexionem verisimilem cum delicto principali quodammodo tantum exasperatur. Sed huic verisimilitudini iustum exasperandi rationem inesse

\*) Teste Meißnero l. c.

\*\*) Klein in den Rechtsprüchen etc. B. 1. S. 111. et B. 2. S. 85. ubi dicit: *dass die außerordentliche Strafe meistens ein sehr gewagtes Mittel ist um aus der Sache zu kommen, und dass im Falle derselben etwas geschieht, was mit den Gesetzen nicht übereinstimmt.*

\*\*\*) Quistorp, l. c. et alibi.

†) Klein, l. c. B. 1. pag. 52. Kleinschrod, l. c. §. 8.

††) Quistorp über muthmaßliche Verbrechen in den Rechtl. Bemerk. T. 2., II ed. D. Wiese.



inesse negamus, nam sola criminis verisimilitudo puniendi potestatem iuste non producit, ergo quoque additamentum poenae, scilicet animadversio exasperata locum obtinere nequit.

§. XXII.

CONCLUSIO EX ANTEA DICTIS.

Ex his, quae haecenus in medium protulimus, dilucide adparere nos quidem arbitramur, inquisitum, ob crimen non plene probatum, neque poena ordinaria neque extraordinaria adfieri posse, contrariamque opinionem repugnare aequitati naturali, iuri naturae, atque positivorum legum praescriptis.

§. XXIII.

DE ALIIS MODIS, QUIBUS IUDEX CONTRA  
SUSPECTVM VTI POSSIT.

Quoniam minime negandum videtur, periculum reipublicae ex eo imminere posse, si suspectus impunitus dimittatur, alia remedia in medium sunt prolata, quibus iudex securitati publicae simul prospiciat, atque officio suo fungatur, ea instituendi ac parandi, quae usui sunt ad defendendam rempublicam. Quum autem hic etiam inveniatur limites, quos ultra nequit consistere iustum; disquirendum erit, num illud ius eiusque exercitium iudex revera habeat, quibusve limitibus illud sit circumscriptum? —

§. XXIV.

ADDUCITVR SENTENTIA VVLGO PROBATA.

Qui illam fovent sententiam, ita plerumque ratiocinantur. Etsi reum neque tanquam fontem condemnare, neque tanquam infontem absolvere valeas; certum tamen est, istum hominem gravi suspitione non vacare, ideoque reipublicae esse *periculosum*. Posito autem societatis  
civilis

civilis periculo, hoc imminens reipublicae detrimentum quovis depellere modo, cur iustum non esset?

## §. XXV.

## ARGVMENTVM HOC REFELLITVR.

Verum negamus, illum hominem iure *periculosum* iudicari, nam hoc ipso nocens habetur, quod nequam fieri potest, ut antea iam demonstravimus. Ab innocente numquam proficiscitur periculum, sed solum ab eo, qui nocens est, vel saltem minas iactavit. Dubium quidem est, anne vere periculum reipublicae is adlaturus sit; suspicionem recte fovemus, et eum malum esse putamus, minime autem pro foro talis iudicandus est, quum subiectiva persuasio hic pro norma valere nequeat. Haec interserviant ad diiudicandum illum procedendi modum, quem a nonnullis iam probatum videmus.

## §. XXVI.

## AN IVS PRAEVENTIONIS HIC LOCVM INVENIAT?

Primum disquiramus, an ius praeventionis, quo e quorundam opinione contra suspectos uti licet, hic locum obtineat. Non ignoramus quidem, GROSIVM\*) pro eius exercitio sic argumentari:

„Quamvis deficiente probatione plena poena decerni nequeat, tamen, ubi minus plene probatum est, ius praeventionis exercere licet. Quatenus enim probatio minus plena probabilitatem saltem delicti commissi efficit, eadem quoque voluntatem securitati reliquorum adversam in reo probabilem reddit, plus autem, quam probabilitas ad exercendum ius praeventionis non requiritur.“

Sed huic fat ingeniosae argumentationi haec ob stare videntur. Ad ius praeventionis exercendum non requiritur probabilitas iam factae laesio-

\*) in Diss. de notione poenarum forcium, p. 34.

laesionis, (ad quam solummodo probatio minus plena referenda est,) quia id, quod iam factum est, nemo praevertere potest, sed requiritur *futurae* laesionis probabilitas, quae tunc demum adest, quando voluntas securitati reliquorum adversa vel verbis, vel factis manifestata est.

Ius praeventiois supponit comminationem, quae antecesserit, atque in eo consistit, ut ille, qui minas iactavit, impediatur, quo minus eas ad effectum perducatur, sin autem delictum, ex quo periculum colligimus, nondum probatum est; de minarum existentia sermo esse nequit. Et recte voluntas salutis publicae adversaria non solum in imaginatione nostra, sed revera existens requiritur.

§. XXVII.

QVATENVS EX IVRE NATVRALIS DEFENSIONIS DERIVARI  
POSSIT IVS QVODDAM AGENDI CONTRA  
SVSPECTOS.

Neque iis assentimur, qui ex iure naturalis defensionis et securitatis prospiciendae tam severa remedia, veluti incarcerationem per quoddam tempus, vel similia deducere gestiunt. Tam supra (§. XXV.) demonstravimus, nos non exploratum habere, num ille, qui nobis suspectus videtur, vere sit homo anceps atque periculosus, ac nos hoc solum putare, praesumptione quadam inductos. Nemo autem in statu naturali ius habet, eum violenter invadendi, quem sibi pertimescendum futurum suspicatur. Nam inter metus causas subiectivas et obiectivas hoc maxime interest, quod posteriores tantum violentiae impetum iustificare possunt. Deficiente autem plena criminis probatione deficiunt quoque illae metus causae obiectivae.

§. XXVIII.

C O N C L U S I O.

Itaque quodvis, quo suspecti securitatis gratia adficiantur, malum iniustum reputamus, et ne carceris quidem usum contra eos adprobamus.

D

mus.

mus. Cuiusvis enim civis iura sunt sancta, nullus iuribus suis privari potest, nisi iisdem abufum esse, certo constat \*). Praeterea libertas, ad primaria iura humana pertinet, ideoque nemini temere eripi potest, nisi quod PARIS DE PVTEO dixit, confirmare velimus: maiora fere atrocitina in iudiciis, quam a latronibus in sylvis committi.

## §. XXIX.

## SENTENTIA NOBIS CONTRARIA REFELLITVR.

Mala, quibus suspecti rei securitatis gratia adfiantur, eo quidem excusari solent, quod minime imputanda sint potestati publicae, sed suspectis ipsis, qui sua culpa illam ad severa huiusmodi remedia adhibenda cogant. Quo autem modo id dici possit, iterum non perspicio, solummodo enim ista remedia usurparentur delicto vel probato, vel non probato. Si prius cogitamus, merita decernatur poena; si posterius, in foro humano nil poena dignum adest, ideoque etiam condemnatio sequi nequit.

Praeterea detentio in carcere numquam consilii esset; nam diuturna maximam redolet iniustitiam, brevis ab instituto aliena est.

## §. XXX.

AN IVDICIBVS FACVLTA COMPETAT EIVSMODI  
SECVRITATIS STABILIENTIAE MEDIA  
ADHIBENDI.

Obliviscendum denique non erit, iudicis criminalis non esse, arbitraria securitatis media adhibere \*\*), quum eius solummodo sit, ius dicere,

\*) Quod confirmat Grolmannus l. c. p. 175. dicens: *Wenn der Staat jemand Uebel zufügt, der ihm keine Gefahr droht, so wird er selbst Verbrecher, so raubt er seinen Bürgern die Sicherheit, die sie durch ihn erhalten wollen.*

\*\*) Dissertur Klein in *f. Archiv etc. St. 2. S. 34. sqq.*

dicere, leges ad facta adplicare, idque, quod hae iubent, exsequi \*), quae vero sola providentia publica postulat, ad eos, penes quos politica cura est, pertineant.

§. XXXI.

QVID IVDIX DEFICIENTE PLENA CRIMINIS PROBATIONE  
DECERNERE DEBEAT.

Ex his elucebit, deficiente plena criminis probatione neque poenam decerni posse, neque alia securitatis media licita esse, nisi, quae iuribus humanis nullam vim inferunt. Tandem quaerenti, quid iudex deficiente plena probatione, extantibus tamen indiciis gravioris momenti decernere debeat, respondemus: Decernendam esse abolitionem ab instantia, quippe quae et inquitum humaniter tractat, et securitati publicae optime consulit, quia inquisitionem non tollit, sed ita suspendit, ut ea, indiciis auctis, novisque melioribusque subsecutis argumentis iterum quotidie instaurari possit.

F I N I S.

\*) Quod optime expositum invenimus in *der Allgem. Litteratur-Zeitung* 1798.  
Nro. 388.









ULB Halle

3

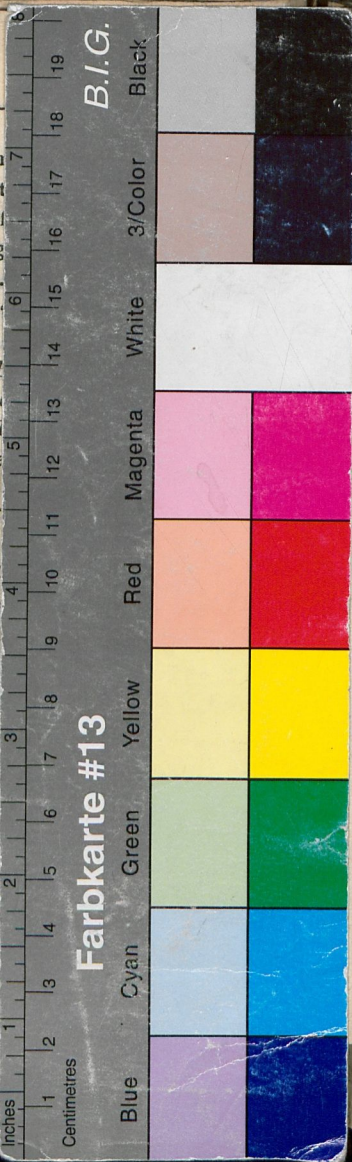
003 331 415



TA-06







1799 3A 218

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA  
DE  
POENA EXTRAORDINARIA  
DEFICIENTE PLENA CRIMINIS PROBATIONE  
NEVTIQVAM DECERNENDA

QVAM  
CONSENTIENTE  
MAGNIFICO IVRISCONSVLTORVM ORDINE  
AD  
SVMMOS IN IVRE HONORE'S  
RITE CAPESSENDOS  
IN ACADEMIA PATRIA  
DIE XXV APRILIS MDCCLXXXIX  
PVBLICE DEFENDET  
AVCTOR  
RVDOLPH. CHRISTOPH. CAROL. SIGISMVND.  
HOLZSCHVHER AN HARRLACH.

ALTORFII  
EX OFFICINA IOANNIS PAVLLI MEYERI  
ACADEMIAE TYPOGRAPHI.