





DISSERTATIO IVRIS CRIMINALIS
DE
POENA CAPITALI
IN FVRTO HAVD MITIGANDA
OB
RESTITVTIONEM REI ABLATAE

QVAM
PRAESIDE
VIRO CONSVLTISSIMO
GEORGIO SAMVELE MADIHN
IVRIS VTRIVSQVE DOCTORE

D. VI. DECEMBR. MDCCCLVII.

H. L. Q. C.

PUBLICAE ERVDITORVM DISQVISIONI SVBMITTIT

AVCTOR
GOTTLIEB ERNESTVS LAV
VERNIGERODANVS.

HALAE MAGDEBVRGICAE

LITTERIS HENDELIANIS.

31

ROENA CARITATI
IN FORTO HAVD WILGANDA
ESTIVATIONEM RE ALIATAE



054768





§. I.



Finem vltimum esse, cur in societates ciuiles coire imperioque communi sese submittere mortales coacti fuere, vt, non solum iuncto studio obtineant, quod singulorum viribus consequi humanam fere sortem excedebat, sed etiam contra laesiones aliorum tutius procedere, illatasque iniurias sine vindictae formidine vlcisci queant, nemo iuris ciuilis vniuersalis cognitione superbiens facile ambiget. Neque tamen optatissimus societatis finis aliis obtineri potest mediis, quam legibus, quae reipublicae firmissima praebent fulcra, quaeque ciues veram necessitatem docent, singulorum actionibus ciuitatis nitorem atque felicitatem quantum fieri potest, obtinere, promotamque conseruare. Sed proh dolor! semel eo res rediit, vt fere

Instituti ratio explicatur.

A

qui



libet proprium apparensque bonum communi felicitati
 praeferre nullus dubitet, quo facto vitia in delicta dege-
 nerare coeperunt, summaque exegit necessitas, vt mala
 illis proponerentur, quibus in ciuitatis viscera faeuire
 curae cordique esse videretur. Inde ortae sunt leges pœ-
 nales, indeque repetenda est iuris criminalis origo.
 Quum apud animum constituissẽm, specimine quodam
 publico prodire, priusquam huic valedicerem academiae,
 ex criminali iure differere eo magis e re mea esse vide-
 batur, quo certius in hac iurisprudentiae parte multa
 adhuc specilegia esse relicta. Non raro singulares obue-
 niunt Dd. opiniones, atque fere vbique desideratur ge-
 nuinum fundamentum, cuius auxilio criminum pœnarum-
 que indolem diiudicare possimus. Quam ob rem prae-
 fens thema eligere, Tuoque B. L. limato iudicio eius tra-
 ctionem submittere, nullus dubitavi. Indoles methodi,
 quae ad certitudinem efficiendam reliquis praestantior
 est, hic requirere videbatur, vt varia praemitterem, quae
 demonstrationi mearum propositionum inseruiunt; non
 quod existimen a primis semper inchoandum esse princi-
 piis in demonstrationibus formandis, sed quia apud Dd.
 iuris criminalis altum est silentium de principiis genera-
 lioribus, ad quae in dissertatione tamen prouocare fas
 erat. Quo enim iure meas theses, quas in medium pro-
 ducturus sum, ex limpida fontibus, neglectis principiis
 praecipuis, deriuare potuissẽm? Si potissima dissertatio-
 nis

nis capita communi Dd. opinioni aduersa deprehendes, B. L. non nouitatis studio, sed veritatem dicendi ardori tribuas, etiam atque etiam rogo.

§. II.

Si superior iis, qui ab eo dependent actionum libe- Legem pe-
narium regulam dicit, vel simul cum actionibus legi op-
positis mala confectaria connectit, vel non. Si prius legi *penalium de-
sanctio pœnalis* inesse dicitur, prouti mala confectaria ipsa *finitio for-
matur.*
a superiore cum actionibus legibus contrariis coniuncta
pœnas nominare solent ICti. Quare leges vel sanctione
pœnali munitae sunt, vel minus. Priori in casu *legum
penalium*, atque posteriori in casu *legum non pœnarium*
nomine veniunt.

Notiones hac ratione euolutae & vsui loquendi inter ICtos sunt con-
formes, & naturam poenarum perspectam reddunt. ICti enim
semper in definitione poenae, quam formarunt, superiorem re-
quirunt, & si dicendum quod res est, hoc etiam vsui loquendi
vulgari responder; ideoque non quaelibet actionum nostrarum
mala confectaria poenas dicunt. Natura quoque illarum hinc inde
eo luculentius conspicitur, quo certius est, a profunda huius co-
gnitione grauissima iuris criminalis capita dependere. Si malum
quidem confectarium quaedam actio habet, sed non tale, quod
ipse legislator statuit, tunc poena actionem non sequitur. Finge
enim hunc casum. Sempronius, qui a Titio se laesum putat, hunc
ad certamen gladio componendum prouocat, Titius prouocationi
desiderioque aduersarii sui satisfactorius certamen cum Sempronio
suscipit, at infelici prorsus successu. Graue enim vulnus illi in-



fligitur a Sempronio, ac dolores vehementissimos per aliquot menses sentit. Certe sunt haec mala actionum confectaria, quae vero nemo ICtorum poenas dicit, quamuis forsan ex usu loquendi corrupto & minus constanti ita nonnulli dicere solent, verum si uterque delinquens a iudice malo afficitur, tum poenas dant, quam Sempronius, quam Titius.

§. III.

Finis poenarum indicatur.

Poenae sunt mala confectaria cum actionibus legi repugnantibus a superiore connexa (§. praec.) *finis poenarum adeoque est, ut actiones legibus contrariae omittantur.* Verum si actiones legibus repugnantes eduntur, lex violatur, quam ob rem finis poenarum est inuiolabilitas legum hinc inde obtinenda. His positis ad intelligendum haud difficile est. 1) *ex inuiolabilitate legum obtinenda poenarum iustitiam aestimandam esse* 2) *superiorem eo maiores poenarum gradus & determinare posse & debere, quo magis eius interest, leges ab illo conditas haud violari.*

Valde jejuna est quaestio, vtrum poenarum proportio sit arithmetica, an vero geometrica, magisque adhuc jejunae deprehenduntur DD. opiniones, si hanc quaestionem exagitant. Saepissime contentionum ferra inter eos reciprocat, vtrum vna alteraue proportio semper disiunctiue in poenis infligendis, aut interdum copulatiue locum sibi vindicare possit. Superuacaneum fore existimo diuersas atque inutiles has Dd. visiones sub examen vocare. Ex Aristotelis latifundiis promanarunt, & iam illas in fumum abire iussit L. V. DE COCCEJI *in Jure Ciu. Controu. P. 1. L. 1. quaest. 2.*

§. IV.



§. IV.

Leges in statu ciuili vi imperii ciuilis ab imperante *Quod con-*
 conduntur, (per notissima Jur. publ. vniuers. principia), *tinatur.*
 consequenter eandem rationem, qua imperium ciuile ab-
 soluitur, in republica habere, manifestum est. Verum
 imperium ciuile inuoluit ius ciuium actiones securitati
 & saluti reipublicae conformiter dirigendi, (per eadem
 principia); adeoque leges in statu ciuili ab imperante pro-
 mulgatae aprae esse debent ad hunc imperii ciuilis finem
 obtinendum. *Legum igitur pœnaliũ & non pœnaliũ*
in republica ratio vltima est salus & securitas publica pro-
mouenda, quae ideo vtrique legum generi communis
 dici meretur. Finis pœnarum est inuiolabilitas legum
 seruanda (§. praec.), sed legum ciuiliũ vltima ratio niti-
 tur salute & securitate publica necessario obtinenda, quare
 finis pœnarum vltimus in republica non est, nisi salus &
 securitas publica in hac societate obtinenda atque confer-
 uanda.

Legum pœnaliũ & non pœnaliũ vna eademque obligatio respectu
 subiectorum, qui actiones legibus conformare tenentur. Nobis vero
 in hac dissertatione sermo est tantum de legibus in statu ciuili, quae
 sub generali nomine legum ciuiliũ comprehendimus. In hoc signi-
 ficatu sunt leges ciuiles vel *criminales*, vel *ciuiles in specie*, prout
 vel poenales sunt, vel non poenales. Tantum vero abest, vt sin-
 gamus obligationem legum criminaliũ esse fortiorem, cum sola
 necessitas actionum lege determinata absoluat obligationem, quae
 itaque per poenas, neque augeri, neque minui potest. Firmissi-
 mum



num agnoscimus principium, quo hic vsu sumus ad iustitiam legum poenaliū definiendam, eoque neglecto nemo quantitatem mediorum, quae imperans ad sanctitatem legum obtinendam adhibere obligatur, distincte perspiciet, quamuis alioquin Dd. iuris criminalis operosa fungantur probatione, poenas esse debere delictis proportionatas. Conf. MOEGLING in Diss. *de eo quod iustum est circa proportionem in poenis surrogandis* th. 4. Qui autem principio a nobis exposito calculum adiicere nullus dubitat, eo feliciori ausu proportionem poenarum, quam habent ad delicta in republica obuia, diiudicaturus est, quo solidiorem iam praeuentem inueniet Ill. Dom. C. W. M. DE BODE in Diss. *de aequitate privilegii odiosi & potestate Imperantis circa illud olim sub praesidio Viri Conf.* G. B. BECMANNI in Academia Georgia Augusta defensa §. 7-23.

§. V.

*Poenarum
species in-
dicantur.*

Imperans in republica eo maiores poenarum gradus definiturus est, quo magis eius, ciuitatisque interest, leges ab illo conditas non violari (§. III.) hinc varia poenarum genere originem duxerunt, quae inter se gradu differunt, quam ob rem, potiores diuisiones vt explane- mus dissertationis finis exigit. Poena nimirum est malum consecretarium cum actione legi opposita a superiore conexum (§. II.) quod igitur superior vel immediate, vel mediate cum actione moraliter mala connectere potest. Si illud, vel in ipsa lege poenali iam specificè determina- tum est, vel minus. Priori in casu poena ordinaria dicitur, posteriori vero exinde cognoscitur *Privilegium odio- sum,*

Jura, (cuius evolutionem vide apud Ill. Dn. DE BODEN in Diff. §. praec. citata). Si autem Imperans mediate poenam constituit, vel iudici relinquit eam pro modo actionis facinorosae determinare, vel non. Si prius, *poena extraordinaria seu arbitraria* a Dd. vocatur. Jam vero malum confectarium infert priuationem perfectionis adeoque pro huius diuersitate etiam differre potest. Quare vel poena amissionem perfectionis corporis inuoluit, vel non. Priori casu *poenam corporalem* appellamus, posteriori, vero, vel diminutionem patrimonii, vel famae priuationem concernit. Si illud *poenam pecuniariam*, & si hoc *famosam* dicimus. Poena corporalis vel amissionem vitae naturalis operatur, vel minus. Illo in casu *capitalis*, hoc vero *corporalis in specie* nominatur.

Poenarum plures quidem laudantur species, quas tamen merito hic negligendas esse censemus, partim quia dissertationis cancelli pleniores poenarum adumbrationem haud admittunt, partim etiam ad criminum animaduersionem minus aptae sunt. Quid enim e. c. poena conuentionis, aut testamentaria ad criminum animaduersionem? Alia quidem Dd. solemniter est diuisio poenarum in civiles & criminales. Illas dicunt, quae corpus puniendi directe non afficiunt, has vero, quae principaliter corpori delinquentis infliguntur, vulgo die an Haut und Haar gehen, vid. BERGERVM in *Elect. Jur. Crim. Cap. 1. §. 7.* & KRESS. *ad C. C. C. art. CXXXVIII.* Sed fundamento destituitur & videntur interpretes verbis abuti. Plures enim poenae non essent criminales, quas tamen ipsa illarum indoles ipsumque Jus Carolinum criminum animaduersioni tribuit e. c. perpetuus carcer, perpetuaque relegatio.

§. VI.

Finis poenarum capitalium notatur.

Finis poenarum nititur inuiolabilitate legum obtinenda (§. III.) quam ob rem poena id efficere debent, ut, aut puniendi in meliorem viam reducantur, aut ab aliis in republica ciuibus hinc inde exemplum sumatur. Poenae quatenus ad priorem finem consequendum aptae sunt, emendatrices, quatenus verò ad alterum exemplares ab ICTIS nominantur. His positis, quid de singulis poenarum generibus statuendum ad intelligendum haud difficile est. Poenae nimirum corporales in specie pecuniariae atque famosae utriusque fini satisfacere possunt, capitalis autem semper exemplaris est.

Vulgo fertur, poenas, quas criminale Jus complectitur, esse aut emendatrices, aut exemplares & recte quidem, si in genere de poenarum qualitatibus sermo est. Sed bene notandum existimo, saepissime poenas utramque indolem sapere, atque poena, quae exemplaris est, simul emendatrix esse potest, & vice versa. Quam ob rem poenae iustitiam gradumque determinaturus ad duplex hoc caput attendere debet. Capitalis autem poenae, quae tantum exemplaris est, necessitas intelligitur ex inuiolabilitate legum in ciuitate seruanda, hincque in exemplo criminum animaduersionis vnice subministrando. Aqua multarum adhuc horarum poscenda foret, si prolixiori commendatione hanc doctrinam explanaturus essem, binis tantum verbis principia, quibus hic carere nequeo, exponens. Minime me ceteroquin fugit fulgata poenarum diuisio, in publicas atque priuatas, vltimique generis poenas praesertim apud Quirites olim maxime frequentes fuisse. Sed in hac dissertatione eius rationem non habeo.

§. VII.

Singulae poenarum species, sola pecuniaria excepta, in ciuitate infligendae interesse tantum publicum concernunt. *Quod continuatur.*

Omnes enim poenae (quod per inductionem patet) ex inuiolabilitate legum in ciuitate obtinenda custodiendaque originem duxerunt. (§. III.). Haec autem ex publica salute securitateque dimetienda est. Verum reipublicae interest, vt finis eiusdem supremus, quantum fieri potest, promoueatur, adeoque hanc poenarum necessitatem interesse publicum suadet.

Superuacaneum certe esset, existimo, si hic prolixius disquirere velimus, quid sit interesse publicum priuatumue. Ex iuris publici vniuersalis scientia satis superque patet. Poena de Jure Romana priuata dicitur, quam priuatus lucratur. Qua autem alia ratione poenam lucrari potest, nisi per ipsius applicationem patrimonium illius augeatur. Hoc demum de pecuniaria propugnare possumus & inciuile esset de poena corporali, capitali atque famosa idem statuere.

§. VIII.

His praelibatis principiis generalioribus, quibus carere non potui in adstruendis sequentibus meis propositionibus, ad ipsius thematis discussionem vltro progrediendum. Quamobrem genuinum furti, eiusque specierum curiosius inuestigaturi sumus, quo de eius poena quam Legislator in hoc delicto pro eius atrocitate sanxit veram sententiam amplecti valeamus. Furtum in

Transitur ad explanationem furti.

B

gen.



gen. nominamus *delictum verum*, quo res aliena auferitur
lucri facienda gratia. Vt loquendi ipsique legum lin-
 guae haud aduersa deprehenditur haec notio, Vid. §. I.
de obl. quae ex delict. nasc. L. 1. §. 3. D. de furt. & C. C. C.
art. CLVII. Secundum hanc definitionem rapina furti
Rapinae. species est. Ablatio enim rei alienae, quam furtum in-
 nuit, vel simul fit per vim possessori immediate illatam,
 vel minus, si prius, *Rapina*, & si posterius, furtum in-
 strictiori significato nominatur. Hac ex ratione DD. vul-
 go dicunt, ablationem rei alienae in furto fieri incio do-
 mino cf. *Kress. ad C. C. C. Engau Elem. Jur. Cr.*

Ex definitione furti suppeditata ad intelligendum haud difficile est,
 quae sint huius criminis requisita, quo pacto illud ab omnibus aliis
 delictorum generibus discernere integrum est. Dicimus *delictum*
verum, adeoque sine dolo & affectu furandi non intelligitur §. 7.
Inst. L. 53. D. furt. Hinc porro *rei propriae*, qua propriae furtum
 non patramus *L. 43. D. §. 1. D. eod. tit.* Animus denique lucrifaciendi
 ex re ablata faciendi in fure requiritur, adeoque qui tantum no-
 cendi vexandique causa abstulit, furti reus non est *L. 5. ff. ult. L. 53.*
pr. D. eod. tit. & L. 41. D. ad L. Aquil. Rapinam quoque ipsius furti
 speciem esse, ipsa eius indoles manifestum reddit, & geminatum
 merito delictum habetur, constat ex ablatione rei alienae, &
 ex vi iniusta possessori immediate illata. Qua ex ratione olim Jure
 Romano aduersus raptorem praeter actionem vi bonorum raptorum
 alia quoque concedebatur actio furti, tam manifesti, quam
 nec manifesti, teste *Imperatore pr. J. de vi bonor. rapt.* PAULO
 in *L. 1. D. eod. tit.* ULPIANVS in *L. 5. ff. ult. & RAPINIANO*
 in

ni L. 30. §. 3. D. de furt. Cum vero rapina violenta ablatione se-
 potissimum a furto in strictiori significato distinguat, rationem red-
 dere possumus, cur hodie in statuenda poena raptorum ad pretium
 rei ablatae prorsus non attendatur. Conf. KRESS. ad C. C. C.
 art. CXXII. §. 2. BERGER. in Elect. Jurispr. Crim. cap. 2. membr. 1.
 §. 23.

§. IX.

Delictum dicitur capitale quando poenam meretur ca-
 pitalem. Jam vero, quamvis secundum Jus Roman.
 furtum non delictum publicum fuerit, adeoque nec ta-
 le, quod poena capitali coercendum erat, tamen utique
 in Germania iuxta Jus Carolinum & LLeges antiquio-
 res ex rationibus satis firmis ipsi sancita est sanctio poe-
 nalis publica. Et si ad Nemesin Carolinam aduertimus,
 quinque furti genera mortis poena animaduertenda esse,
 iussit Imperator. Hinc diuisio maximae certe utilitatis
 oritur inter furtum qualificatum, & simplex. Furtum ni-
 mirum vel eiusmodi circumstantias complectitur, ob
 quas delictum hoc capitale esse solet, vel minus. Pri-
 ori in casu furtum *qualificatur* in gen., posteriori sim-
 plex dicitur. Jam vero vel talis circumstantia, quae ca-
 pitale hoc crimen reddit ex quantitate rei ablatae quin-
 que florenos solidos excedente mergit, vel non. Si prius
Furtum magnum, & si posterius, vel circumstantia istius-
 modi generis in eo latet, quod fur iam antea bis furatus
 sit, vel non. Si illud *Furtum tertia vice repetitum*, &

*Species fur-
 ti secundum
 Nemes.*



si hoc *Furtum qualificatum in specie* seu periculosum, vulgo ein gefährlicher gestiffener Diebstahl appellatur. C. C. C. art. CLIX. Huius periculosi furti ab Imperatore tria in citato art. laudantur genera, quorum *primum* est, si furtum cum effractione receptaculi rei ablatae coniunctum, *secundum* si fur cum ascensione ex alto in aedes penetrat, *tertium*, si idem armis lethiferis furti patranda causa sumtis aedes ingreditur.

Qualificatum furtum vulgo in strictiori significato venit, ita ut furto tertia vice repetito, & magno contra distinguatur; verum, si dicendum, quod res est magis denominationis indoli conuenit, si quando furtum qualificatum omne dicitur, quod capitis poenam sequitur, sic ut simplici contra ponatur. Hac ex euolutione luculenter constare credo, quod furtum primum & secundum, si rei furtiuae verum pretium quantitatem quinque solidorum haud excedit, tantum inter simplicia furta numeranda sint. Differentia quoque, quae inter rapinam & furtum periculosum intercedit, collata utriusque definitione facili negotio conspicua redditur. Vis ablatiua utique quidem communis est, atque in furto periculoso etiam bona laesi respicit, verum in rapina non nisi mediate omnino & possessori principaliter inferitur. Sed ardua inter DD. exagitur quaestio, utrum rapina in aedibus commissa simul periculosum furtum dicendum, qua poena illud animaduertenda sit, an poena gladii aut suspendii? KRESSIVS, *l. c. ad art. 126.* optimus ille Nemeaeos interpres anceps quidem in definienda hac specie, poenam suspendii praefereendam censet gladio, fortasse ex ea ratione quod furtum atrocius sit delictum atrociolemque mereatur poenam. BERGERVS autem in *El. Jur. Crim. cap. 2. memor. 1. §. 23.* con-

iur-

iunctum hic vtrumque delictum statuit & cum CARPZOVIO iudicis relinquit arbitrio, an poenam gladii cum impositione rotae, aut suspendium irrogare malit. Perutilis quidem controuersae huius sententiae esset discussio, qua, tamen hic pro BERGERI sententia ceteroquin proniores angustiis limitibus circumscripti superfedere fas est.

§. X.

Furtum qualificatum cum suis speciebus tales circumstantias complectitur, ob quas hoc delictum capitale est (§. praec.). Verum poena capitalis tantum interesse publicum concernit (§. VII.) adeoque poena in furto qualificato vnice ob laesam salutem securitatemque, in republica necessario tamen obtinendam statuta est. Quae ex re extra omnem prorsus dubitationem est, hanc poenam nihil plane respectus ad interesse laesi inuoluere. Cum autem bonus Princeps non statim ab atrocioribus poenis infligendis initium facturus est, sed a gradu poenarum ad gradum potius ascendit, poenamque ideo capitalem in dilictis, aut leuioribus, aut non ita frequentibus haud irrogat; sane est, vt rationes perpendamus, quibus Legum Criminalium latores eo perducti, vt in fures tam rigorosum sistant iudicium. Et rerum gestarum monumentis tot gentium tot rerumpublicarum facile demonstraria posset, si copiosam dissertationem exhibere mens esset, nimis frequentes in plurimis terris Europaearum gentium semper pessimorum hominum greges praediorum

*Quae poena
in furto
qualif.*



rum expilandorum gratia confociatos fuisse, poenasque illas quibus antiquiores gentes furta quondam coercebant, minus suffecisse ad proritum alienam tam nefando opere habendi refrænandum. Hisce rationibus compulsi plurimi Legislatores in furta pro variis earum circumstantiis poenam capitalem constituerunt, & suspendium, poenam insuper maximam infamiam adspergentem, ceu obicem posuerunt, quo magis subinde ista poena apra esse videbatur terrorem bonorum alienorum contrectatoribus incutiendo. Quare mirum non est, cur Imperator Carolus V. in sua constitutione criminali in quinque furtorum genera, supra iam laudata poenam suspendii dicere necessarium duxerit. Tantum autem abest, ut hæc poena nimis dura dici possit, ut potius manifestum videamus, in viua atque quotidiana experientia sæpissime furta fieri, ita ut poena hæc, licet fatis atrox, consuetudinem inueteratam rapto viuere, penitus haud extinguere potuerit. Nec eandem poenam in quolibet furto statui, sanxit IMPERATOR sed utique ad grauiores circumstantias, quibus crimen hoc patrat, in definiendo ultimo supplicio respexit. In furto nimirum periculoso secundi & tertii generis simpliciter poenam patibuli dixit art. CLIX., cum primum genus furti qualificati in specie talis non absolute capitali esse videbatur. Ex art. enim cit. per verba oder sonst nach Gelegenheit der Person und Ermessung des Richters, in andere Wege mit Ausstechung der

der Thugen, oder Abhanung einer Hand oder einer andern
 dergleichen schweren Leib-Straffe gestraft werden soll, Im-
 perator aperte iudicis arbitrio locum concedit in defi-
 nienda poena extraordinaria. Acriter igitur inter DD.
 disputatur, quaenam furti periculosi species interdum a
 rigore poena ordinariae eximenda sit? Non dicam de
 quorundam mitigantium temeritate, qui vnam alterumue
 occurrentem circumstantiam plane insufficientem esse cen-
 sent ad poenam laquei infligendam, coniunctasque sem-
 per requirere Imperatorem, si fur vltimo tantus supplicio.
 Etenim ex ipsius Imperatoris oratione in cit. art. refellitur
 cerebrina haec aequitas, dum sacratissimus Legislator per
 formulam disiunctiuam omnem penitus excluderet dubitan-
 di rationem. Sed in furto quod cum effractione recepta-
 culi coniunctum est plurimi distinguunt inter vim vio-
 lentam, & minus violentam. Priorem ad patibuli poe-
 nam statuendam requirunt, posteriori autem in casu ex-
 traordinaria coercendum crimen perhibent. Neque hoc
 menti Caesaris aduersatur, quippe qui vtitur, vocabulis
 in seine Behausung oder Behaltung bricht, quae secun-
 dum proprietatem verborum in vernacula nostra de vio-
 lenta effractione tantum accipienda esse, reor. Furtum
 autem tertia vice repetitum ex sanctione poenali Carolina
 simpliciter capitale esse secundum art. CLXII. constat,
 modo res furto surrepta alicuius tantum pretii sit quanti-
 tatem tamen quinque solidorum non absolvens. Equi-
 dem



dem KRESSIVS in not. 2. ad hunc art. cum centum aliis etiam hic quantitatis furti magni habendam esse rationem, vrget argumentis specie sua non destitutis. Verum ausu frustraneo; spurium enim censendum est principium, quo tamen subnixata est tota haec doctrina, *quantitatem* nimirum *furti inspectionemque, quam noxium fuerit laeso furtum cum iure naturae, tum quoque ex mente IMPERATORIS vnicum & genuinum fundamentum ad poenas furtorum definiendas constituere.* Si enim haec rationes poenarum maxime capitalium fundarent, non diffiterer, crudelem imo immanem capitalem esse poenam, illam poenam, qua homo ob rerum ablationem vita priuatur. Quae scilicet proportio inter rerum pretium & vitam humanam sumenda est? Certe Imperator rationes sanctionis suae poenalis ex fonte magis limpido haurit, in ipso cit. art. per verba *ein mehrer Verleumbder Dieb, und auch einen Bergewaltiger gleich geacht* satis luculenterque expressas. Furti magni vero poenam non semper capitalem esse, iussit Imperator, sed pro modo circumstantiarum, vel hoc supplicio, vel extraordinaria poena coerendum statuit. In toto enim art. CLX. intentiori cura iudici varios bene diiudicandas circumstantias commendat, sequenti oratione. *So aber der erste Diebstahl groß und fünf Gulden, oder darüber werth wäre, und der Umstände, so den Diebstahl, wie oben davon gemeldet ist (nempe in art. CLIX. vbi species periculosi furti exhibit)*

bet) beschweren, keiner darbey erfunden wird, aber den-
 noch angesehen die Größe des Diebstahls, so hat es meh-
 rere Straffe, denn ein Diebstahl der geringer ist. Und
 in solchen Fällen muß man ansehen den Werth des Dieb-
 stahls, auch ob der Dieb darob berüchtiget oder betreten
 sey. Mehr soll ermessen werden den Stand und das We-
 sen der Person, so gestohlen hat, und wie schädlich dem
 Beschädigten der Diebstahl seyn mag und die Straf-
 darnach am Leib oder Leben urtheilen. Und dieweil aber
 solche Ermessung in Rechtsverständiger Leute Vermunft ste-
 het, so wollen wir daß in solchen jetzt gemeldeten Fall, so
 oft sich der also begiebt, die Richter und Urtheiler bey den
 Rechtsverständigen, und an Orten und Enden, wie herr-
 nach gemeldet wird, Raths pflegen mit Entdeckung der be-
 rührten Umstände, und nach solchen erfundenen Rath ihr
 Urtheil geben. Wo aber der Dieb zu solchen Diebstahl ge-
 stiegen, oder gebrochen, oder mit Waffen als vorstehet ge-
 stohlen hätte, so hätte er damit wie oben stehet, das Leben
 verwürcket. Ex intuitu huius articuli facillimo prorsus
 negotio conficere licet, I) furti magni poenam maiorem
 esse, quam in furto simplici seu paruo, tum primo vel
 secundo, II) in hoc furto respiciendum esse ad rei ablatae
 valorem, III) ad statum vitaeque genus furis & IV) quan-
 tum damni laeso per furtum illatum sit. His rite per-
 pensis iudex criminalis demum, aut poenam capitalem,
 aut corporis afflictivam irrogare debet. Si itaque quae-



stio oritur quando furii magni reus vltimo sit supplicio
afficiendus; sic tenendum existimo: *Si fur est iustae ae-*
tatis l. c. ubi doli malitiaeque capax est, vitae haud pro-
batae, ad minimum quinque solidos vsque furatus, atque
ex hac ablatione laesus ingens sentit damnum, tum eius
gula laqueo frangenda erit. Quoties vna alteratue harum
circumstantiarum deficit, toties alia poena corporis affli-
ctiua locum sibi vindicabit. Non igitur sola quantitas rei
furtivae quinque solidos excedens ad hanc poenam sufficit,
sed requiritur, vt ex hoc rei surreptae magno valore
damnum haud leue, i. e. non modicam patrimonii immi-
nationem persentiscat laesus. Copiosus sane disputandi
materiam furtum magnum subministraret, praesertim, si
tam dissonas interpretum Nemeseos sententias opiniones-
que sub examen vocare, cancelli dissertationis admitter-
rent. Quare nunc ad sequentia transeundum est: argu-
menta vero, quae obmoueri nobis possent infra discu-
tienda obueniunt.

§. XI.

Quando pe-
na mitigari
dicatur.

Si delictum commissum ad Legem poenalem existi-
tur, vel omnes quoque circumstantiae in illo obuiaae, quas
Legislator delineauit, si determinata poena infligenda est,
vel non. Posteriori in casu poena in lege expressa locum
iam in puniendo hoc crimine sibi vindicare nequit, miti-
orque ideo substituenda erit. Hoc igitur quando iudex
committit, tum *poenam* illum *mitigare*, dicimus. Cum
enim

enim delicta leuiora poenam leuiorem, atque gratiora quoque atrocio- rem poenam merito sumant, & poenae infligendae illarum fini satisfacere debeant, prorsus eitra pulueris iactum intelligimus, *poenam ordinariam, ut exemplaris, vel emendatrix sit, mitigationi obnoxiam, quoties unum alterumue requisitorum deficit, quae Legislator in eiusmodi delicto adesse assumit, quod poena ab illo ipso determinata animaduertendum esse, iussit.*

Mitigationis notio alia quidem plerumque ratione a DD. formatur, illaque iterum in mitigationem iustitiae & gratiae distinguitur. Illam iudici, hanc vero imperanti solum accensent. *KRESS. ad CCC. art. BERGER. in supplem. ad Elect. iur. Crim. Part. 1. Obs. 8. & Exc. HEISLER. in Diss. de iustis poenam mitigandi caussis in criminibus ff. X. & XI.* Quamuis enim res ipsa fundamento vix destitatur, rerum indoli tamen conuenientibus esse, existimo, si ipsam aggratiationem a mitigatione penitus secernamus: Superiori enim semper integrum poenam promeritam ex idoneis rationibus condonare, quantumuis secundum legis criminalis rigorem crimen obuium puniendum, ipsaque iam sententia condemnatoria subsecuta fuerit. Verum iudici nihil eiusmodi indulgendum. Eius est leges criminales ad facta facinorosa secundum mentem Legislatoris applicare, nullamque ideo mitiorem poenam statuere, quam criminis circumstantiarum indoles, atque voluntas sui Imperantis patitur. Id lubenter concedo, quod in arbitrariis, siue extraordinariis poenis dicendis regularum iustitiam & proportionis poenarum rationem habere debeat, sed tunc iudex neutiquam mitigaturus est, quippe cui in his speciebus poenae a Legislatore non praescriptae sunt. Caeterum vterius in hac doctrina occupari non est animus,

& digressiones omnes eo libentius omitto, quo copiosius de harum mitigationum indole iam differuit V. C. HEISLER in Diss. cit. §. XII. seqq.

§. XII.

*Restitut. rei
furt. caus.
mitig. non
esse.*

Quam haecenus pro instituti nostri ratione satis poenarum capitalium finem §. §. ant., ipsarumque furti qualificati specierum indolem perpendimus, ad ipsius controverſiae enodationem properandum est. Icti ad vnum fere omnes poenam furti capitale mitigandum ob restitutionem rei furto ablatae, illamque in arbitrariam commutandam esse, docent. Verum rationibus argumentisque, quibus DD. ad propugnandam communem hanc sententiam vtuntur, rite perspectis, in omnia alia nobis eundum est. Quare ipsam nostram, quam defendimus doctrinam prius ex legitimis principiis probaturi, & deinde ad argumenta contra dissentientium responsurum sumus. Restitutio enim rei furtivae si contingit, vel prorsus spontanea fit, & antequam furti auctor iudiciis grauatus in inquisitionem generalem prolabitur, vel minus. Priori in casu poena furti alioquin capitalis remittenda quidem est, sed minime propter solam rei ablatae restitutionem poena infligenda labefactatur, quippe furtum non plene consummatum est, adeoque poena a Legislatore sancita irrogari nequit. In hac nimirum specie saltim aliqua ex parte cessat animus lucri faciendi ex re surrepta, cum contrectator ex tempestiva poenitentia ductus vero possessori reddit res, quas illi antea auferendi animus

animus erat. Manet quidem delictum arbitraria interdum pro aliarum circumstantiarum discrimine coercendum, furti autem omnia constitutiua non habet, adeoque eius poena haud animaduertendum erit. Huius igitur restitutionis rei ablatae rationem in hac dissertatione non habemus. Si autem furtum plene consummatum dicendum est, & inquisitione debito modo peracta, de poena furi applicanda quaestio oritur, tunc rei ablatae restitutio mihi insufficientis videtur ad poenam ordinariam, reliquis tamen circumstantiis obuiis, quae eam innuunt, mitigandam. Restitutio enim rei ablatae, vel reparatio damni, quod alter inde perpeffus est, satisfactionem laesi vnice absoluit, nec aliud quidpiam in se continere potest. Finis vero poenarum maxime capitalium exigit, vt transgressores propter salutem, securitatemque violatam malis afficiantur (§. III). Qui igitur per satisfactionem priuatam laeso praestitam neutiquam tollitur; consequenter extra dubitandi rationem positum esse, conticio, hanc rei ablatae restitutionem iustam poenam ordinariam mitigandi causam haud constituere. Accedit praeterea in poenis capitalibus, quod mere exemplaris sint (§. VII.) adeoque eadem semper efflagitat ratio, vt exemplum atrox rigorosae horum delictorum animaduersionis praebeatur, licet vel maxime laesus per restitutionem rerum furto ablatarum, aut per aliam damni perpeffi reparationem suum iterum recuperauerint. Quamobrem non satis mirari possum DD. eam sententiam admittere, quae tantum

diuortium a genuinis Legum criminalium rationibus,
 veraque Juris analogia arguit. Sane si leges Romanorum
 inspiciamus, res nullis prorsus dubiis inuoluitur. Ma-
 nifeste ibi in furto conceditur actio poenalis, etiam si lae-
 sus rem surreptam receperit. Ita enim ICIUS CAIUS in
L. 54. §. 3. D. de furt: cum furti actio ad poenae persecu-
tionem pertineat, condictio vero, & vindicatio ad rei recu-
perationem, apparet, recepta re nihilominus saluam esse
furti actionem, vindicationem vero, & conductionem tolli,
sicut ex diuerso post solutam dupli aut quadrupli poenam
salua est vindicatio & condictio. Quamuis igitur apud
 Romanos ipsè actor poenam lucraretur, inconcinnum ta-
 men iis videbatur, vnam actionem altera tolli, adeoque
 tanto magis in Germania, vbi nunquam priuatum deli-
 ctum fuit, poena a legibus statuta infligenda est, etiam si
 restitutio rerum surreptarum fit, aut verum earundem
 pretium refunditur. Ad hanc semper iam ipso iure obli-
 gatus est fur si in bonis adhuc superest, aut res furtiua
 apud eum eiusque familiam concipitur. Ex rationibus
 quoque ipsius sanctionis poenalis, qua IMPERATOR quin-
 que furti genera capitalia esse iussit, luculenter manifestum
 est, quare IDEM delictum hoc morte expiandum esse,
 necessarium duxerit, quae partim in eo latitat, vt Res
 publica a pessimorum hominum colluue purgaretur,
 partim, vt alii ciues horrendum exemplum inde capiant,
 atque crimen istiusmodi generis tanto cum dolo tantaque
 mali-

malitia coniunctum fastidiant ac exsecrentur. Haec omnia per restitutionem rerum furtiuarum non tolluntur, adeoque, quamuis ea subsecuta sit, rigori poenae capitalis utique adhuc locus concedendus est. Certe VLP-
 IANVS in L. 65. D. de furtis eandem fouere videtur sententiam, & omnino si secundum Jura sui temporis delictum hoc publicum atque capitale fuisset, deserere illum quoque propugnasse, censendum est, furtum manere capitale, etiam si bona ablata ad verum dominum rediissent, nulla-
 que ratione illud hinc inde degenerare in crimen mitius puniendum. *Qui ea menta alienum quid contrectauit, inquit ille l. c. vt lucri faceret: tametsi mutato consilio, id domino postea reddidit; FVR EST. Nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desit.* Neque, si dicendum, quod res est, ipse AVGVSTVS contrarium sanxit in sua Nemese, quantumuis DD. ex communi sententia verba imperatoris in art. CLX. wie schädlich dem Beschädigten der Diebstahl seyn mag, vel maxime ita interpretentur, vt exinde probare velint, restitutionem rei ablatæ iustam exhibere caussam, vi cuius poena ordinaria alioquin capitalis nunc remittenda esset. Verum longe alienam esse hanc interpretationem a mente Caesaris, iudico. In cit. enim art., prouti §. X. monstratum est, furti magni qualitatem poenamque definiturus est. Inter alia duo constitutiuæ ad hoc furti genus requirit Imperator I), valorem rei furto ablatæ quinque solidos excedere

D

II),

II), laesum exinde magnum sentire damnum. (§. cit.).
 Quare quidem Legislator ad magnitudinem damni in statuenda hac poena simul respicit, sed illa solum ex ratione, qua iudex disquirere possit, vtrum atrox hoc delictum sit, omniaque furti magni requisita habeat. Quantumvis igitur deinceps res tali furto ablata laeso restituatur, tamen vtrique furtum, quod semel magnum erat, non definit magnum esse. Et enim si crimen commissum, iudicis est, delinquentem ad poenam promeritam sustinendam condemnare & laeso auxilium ferre in reparando damno, quod sentit. Hisce igitur positis, quae natura delictorum poenarumque exemplarium rationes iubent, facili prorsus negotio intelligimus, restitutionem rei furtivae eo minus in reliquis furti capitalis speciebus non sufficere ad mitiorem poenam irrogandam, quo grauioribus ibi manifestantur circumstantiae, poenam capitis exposcentes. Id lubenter concedimus, si ordinationes criminales in Prouinciis passim mitigationem ex hoc capite introducere, tunc omnino rigori huius poenae derogatum esse. Sed iam dum de Jure communi ac Carolino nobis sermo est.

§. XIII.

*Rationes
dissentientium
allegantur.*

Quae iure Carolino statuta est de furibus, vltimo supplicio afficiendis sanctio poenalis, eam infinitae interpretum limitationes, & restrictiones infirmarunt, & debellarunt, vt ad paucissimos sane applicetur mortis poena, atque

adque ideo haec poena, quam facile effugere credunt, malevolis nullius plane terroris; ita vt iam LEYSERVS spec. 536. med. 13. 18. conquestus sit de iniusta in fures indulgentia, misericordiaeque intempestiua. Quam ob rem non ex Legislatoris voluntate, sed ob ICtorum auctoritatem sententiam repugnantem vsu forensi firmatam videmus. Verum tantum abest, vt haec nimia interpretum auctoritas iudices constringere possit interpretationem amplecti, quae indoli necessitatique poenarum exemplarium contradicit, vt potius eorum officiis consentaneum esse dicendum sit, menti Imperantis, cuius nomine in crimina animaduertunt, conformem legum poenaliu[m] adplicationem suppeditare. Quare nostrum esse iudicamus, priusquam dissertationi colophonem imponimus binis tantum verbis DD. rationes sub incudem vocare. Illas plena manu in medium protulerunt Duumviri celeberrimi FERDINANDVS AVGVSTVS HOMMEL, cuius masculam in Jure scientiam alioquin merito suspicio, in diss. *de mitiganda furti poena ob restitutionem rei ablatae*, & JACOBVS FRIDERICVS LVDOVICI in diss. *de restitutione rei furtivae cap. II.* Palmarium quo vtuntur argumentum est, quod ducant ex sua interpretatione art. CLX. Constitutionis Carolinae, & quidem ex verbis, *mehr soll erlassen werden der Stand, und das Wesen der Person, und wie schädlich dem Beschädigten der Diebstahl seyn möge C. C.* Concludunt inde, *sicut restitutione satisfactum esse*



esse laeso, ipsique furtum amplius non damnosum, ideoque poenam capitalem cessare, & in aliam commutandam esse HOMMEL l. c. §. 6. & LVDOVICII l. c. §. 2. Sed totum prorsus argumentum concidit, si consequentia negatur. Ex rationibus enim indubiis euiſtum esse, confido, §. VI. & VII., poenam capitalem exemplarem esse, publicumque tantum interesse concernere. Ex inuersa igitur ratione argumentari licet; vbiunque in crimine puniendo fini poenarum reique publicae laesae nondum satisfactum est, ibi non cessat poena publica, atque capitalis; atqui per restitutionem rei ablatae fini poenarum & reipublicae violatae nondum satisfactum est, consequenter etiam non potest cessare poena publica, sed secundum legum poenaliu[m] rigorem infligenda est. Vtriusque antecedentis propositionis veritas primis Juris Crimipalis principiis suffecta est, quare etiam in diuersis prouinciis legali sanctione definitum est, poenam ordinariam in quibusdam furti speciebus nihilominus locum inuenire, quantumuis res furto ablata restitutio facta sit, e. c. in furto equorum in terris Brunſuico-Luneburgicis, vbi Illustris G. L. BOEHMER, verum Georgiae Augustae decus exhibet in splendido opere *de abigatu & furto equorum* c. 3. §. 104. Hanc ob causam etiam in Saxonia Electorali *Constitut.* 32. dispositum offendimus, ablatae rei restitutionem ad mitigandam poenam tum demum vtilem esse, si restitutio ex vera furis poenitentia & ante inquisitionem motam contingit. Optandum sane esset, hanc sententiam in omnibus Germaniae foris vsu receptam esse. Jam reliqua, quae obmoueri possent dubia, & itidem ex principiis ante stabilitis discutienda forent, ob abitum improviso accelerandum rescabimus, & scriptum, cuius fines vltro ponere constitutum erat, hic terminabimus.

e
e
n
r.
l.
n.
o.
i
t,
e.
e
f.
.
s
-
a
-
a
-
e
-
o
-
i
-
-
i

05 H768

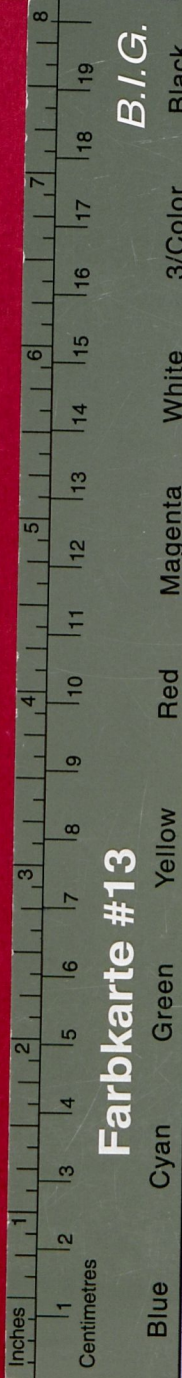
ULB Halle 3
004 227 875



04







Farbkarte #13

B.I.G.

DISSERTATIO IVRIS CRIMINALIS
DE
POENA CAPITALI
IN FVRTO HAVD MITIGANDA
OB
RESTITVTIONEM REI ABLATAE

QVAM
PRAESIDE
VIRO CONSVLTISSIMO
GEORGIO SAMVELE MADIHN
IVRIS VTRIVSQVE DOCTORE
D. VI. DECEMBER. MDCCCLVII.
H. L. Q. C.
PVBLICAE ERVDITORVM DISQVATIONI SVBMITTIT
AVCTOR
GOTTLIEB ERNESTVS LAV
WERNIGERODANVS.

HALAE MAGDEBVRGICAE
LITTERIS HENDELIANIS.