

käuflich erworben
von der ULB Halle



von der ULB Halle

xix. Jhd.



DISSERTATIO JURIDICA 9
DE
MODERAMINE
DECULPATÆ
TUTELÆ
QUAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRAN-
DENBURGICO, CETERA
IN ALMA FRIDERICIANA
SUB MODERAMINE
SIMONIS PETRI GASSERI, J.U.D.
& PROF. PUBL. EXTR.
IN AUDITORIO MAJORI
d. Septembr. M. DCCXI.
placidæ eruditorum disquisitioni submittit
ERNESTUS SCHOENEBERG de BORNESTEDT
Eqves Marchicus.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,
Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typogr.

INSTITUTION
ALBERTUS
D. O. M. I. N. O.
NICOLAUS
BARTHOLOM
LIBRO BARONI
DANKELMANN
BY IN PRAGNA
POTESTAS ARMS BONT ET CONSILARIO
MAGISTRO ET REGIMINO DEATI V. G. O. L.
REGIO EMERITISSIMA DONATA
IN A. P. T. O. R. I. S.
D. O. M. I. N. O.
ERNSTO
AL. G. O. M. I. T. I. D.
METTERNICH
MIDAM
SACR. BORSS. MARSTAT. A. CONSIL. IN. TERIOR. B. I.
ET AD. PRESENTI. ELECT. ROMEN. C. SAR.
LEG. I. O. ZINC. HANNO.
MECEN. A. TRIB. ET. PATRON. I. S.



VIRIS
ILLUSTRISSIMIS ET EXCELLEN-
TISSIMIS
DOMINO
NICOLAO
BARTHOLOM.
LIBERO BARONI
DE
DANCKELMANN,
ET IN PRANGIN.

POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ CONSILIARIO STA-
TUS INTIMO, ET REGIMINI IN DUCATU MAGDE-
BURGICO EMINENTISSIMA DIGNITATE
PRÆSIDENTI.

NEC NON

DOMINO
ERNESTO,
S. R. I. COMITI DE
METTERNICH,

ITIDEM
SACR. BORUSS. MAJESTATI A CONSILIIS INTERIORIBUS
ET AD PRÆSENTEM ELECTIONEM CÆSAR.
LEGATO SANCTISSIMO.

MÆCENATIBUS ET PATRONIS
SUIS MAXIMIS

VIRI
ILLUSTRISSIMI
ET
EXCELLENTISSIMI
MÆCENATES
ET
PATRONI
MAXIMI.

SI has literas dissertationi meæ vellem conciliatrices & commendatitias, crederent plurimi me errare. Ipse ego me falli posse, vix dubitarem, eodem argumento. Non enim hæcenus documenta præsto erunt, quibus probari VOBIS me ipsum appareat. Equidem omnem spem & studiorum &

& delectationis meæ in eo fundatam habeo,
ut VOBIS studeam placere. Hoc facto enim
non esset dubium, facilius vivendi meam ra-
tionem se comprobaturam reliquis omnibus,
nisi quibus displicere, admodum favorabile.
Sed & alia causa obfirmatior VOBIS me com-
mendari postulat. Incredibile est, quanto
VOBIS favore prosequi Parentem meum lon-
ge mihi charissimum adhuc fuerit usui, qui
sane, ut in me sit idemtidem proclivis & con-
tinuus non tantum observantissime exorare,
sed & obsequiosissime præbere ansam, suadet
mea res & ratio. Versa itaque vice, ut hæc
dissertatiuncula mihi ipsi sit conciliatrix, vel
saltem tessera tantæ meæ observantiæ mavult
hæcepistola. Quare permittite *Viri Illu-
strissimi & Excellentissimi*, ut ego non
tam ipsam, quam illa me censuræ VESTRÆ
justiori, & protectioni ac favori benignioribus
offerat. Si vero quædam inveniantur expe-
ctatione VESTRA non satis digna, credite me
dolere, maluisse majora scribere, nolle reniti
præclarioribus disciplinis, & ideo tantam ve-
niam expectare, quæ loco protectionis sit o-
peri, loco solatii operæ, & loco autoritatis in-
tuitu aliorum, quos lacefferet irridendi cupi-
ditas & contemnendi libido. Valete, DEUS

VE-

VESTRAM incolunitatem intemeratam, & eo
magis, REGI, Reipublicæ, & omnibus bonis
Vos fervet, cum VOBIS florentior Reipublicæ
status cordi sit, cumque rite intelligatis, quæ
sit ejus forma & positio, atque adeo, quæ sint
prospera, quæ adversa, succurrat VOBIS pro
Patriæ commodo stabiliendo, ne labascat,
prudentissime deliberantibus. Omnem in
VESTRA salute & favore prosperitatem po-
sitam habeo.

**ILLUSTRISSIMI ET
EXCELLENTISSIMI
VIRI**

VESTER

Dabam Halæ d. 30. Sept.
1711.

Obsequiosissimus & obser-
vantissimus
Ernestus Schoeneberg
de Bornstedt





OECONOMIA DISSERTATIONIS.
DE
MODERAMINE DECUL-
PATÆ TUTELÆ

MUltra adhuc in jure nostro dicenda restant, præprimis quoad Criminalia & processum inquisitorium, plurimi mali autorem, §. 1. & *lit.* A. B. C. D. Leges enim & præprimis Const. Carol. quia insufficientes, necesse est inquirere in historiam & naturam criminum, poenarum, & hominis interni. §. 2. *Et ibi not.* hæc vero historiæ ut plurimum negliguntur, & inde tot poenæ inapplicabiles applicantur §. 3. Exemplum de veneficio, & quomodo illud pro delicto carnis reputandum, sicut & idololatria & hæresis, quæ nihil aliud est *ad Gal. 5. v. 20.* quam injuria realis *lit. E.* de poena capit. antiqua Saxonica, si quis crediderit dari strigas *lit. F.* poena furti manifesti quomodo funderetur legibus Lycurgi, & quam inepte de ea hodie disseratur *lit. G.* habitus muliebris quare olim interdictus, & quod hodie illa res non quadret *lit. H.* Deciani tractatio criminalis, & intentio potius, laudatur, & quare hodie vera methodus negligatur cum transiitione ad thema nostrum, ostenditur §. 4. & *ibi lit. I.* Nicolai Vigeli meditationes pro inquisitorio processu examinantur, rationes tamen tanquam elegantes

§. I.

§. II.

§. III.

§. IV.

);(

tes



OECONOMIA DISSERTATIONIS

- tes in se non taxantur. *lit. K.* Significatio verborum & definitio §. 5. quare moderamen *lit. L.* de voce duculpatus *lit. M.* distinctio formatur inter nostram doctrinam & homicidium culposum, juncta utilitate §. 6. alia inconuenientia & culpa processus inquisitorii *lit. N.* confusio Jctorum intuitu deficientis inculpatæ tutelæ *lit. O.* Fundamentum doctrinæ nostræ consistit in jure naturæ, causa vero confusionis dependet a processu inquisitorio §. 7. culpa levis in concreto quoad Criminalia *lit. P.* origo vera depravat processus inquisitorii dependet ex Jure Canon: pro obtinendo brachio seculari, & fundando officio Notariorum Pontificis, ibi deasylis *lit. Q.* Jure divino tor pœnæ capitales non fuerunt, quam hodie, nec pœna lapidationis & strangulationis semper fuere capitales *lit. R.* ob necessitatem pœnæ homicidii, processum inquisitorium, deficientibus accusatoribus non esse necessarium, probatur §. 8. Examinantur dicta scripturæ quoad putativam necessitatem pœnæ homicidii *lit. S.* Principia Criminalistarum ad nostrum scopum pertinentia, & quidem primo de provocato §. 9. Autores qui statuunt communiter, quod provocatus homicida pœna ordinaria non afficiatur *ibi lit. R.* Fundamenta & rationes illorum *lit. S.* Lenitas Christiana requirit, ne facile pœna capitis statuatur, nec sequitur, pœnam esse durissimam, quia capitalis §. 10 Augustinus valde abhorruit a pœna capitali *lit. T.* Conversio nec illius qui punitur, nec aliorum promovetur per illam pœnam *lit. U.* Venetiis & alibi pœna mortis non est gravissima *lit. W.* Confusio Jctorum quoad nostram doctrinam, ubi præprimis Carpovius ex professo traditurus, distinguit inter excessum defensionis, & excessum inculpatæ defensionis §. 11. Quo facto ipsa doctrina de dolo & culpa miserrime confunditur, *lit. X.* & committitur propria contradictio *lit. Y.* Fundamentum unicum distinctionis illi consistit in eo, quod qui prima vice autor rixæ fuit, sit indefensibilis propter excessum defensionis simplicis, non inculpatæ §. 12. Ubi tamen iterum exem-

OECONOMIA DISSERTATIONIS

Exemplum adductum involvit contradictionem *Lit. Z.* Ne-
 gatur istam distinctionem reperiri in *Const. Crim. art.*
 142. cuius casus explanatur §. 13. cum illo enim artic.
 antecedentes & consequentes conferendi, *Lit. A. B. & C.*
 verba ex ipso artic. adducuntur & explicantur *Lit. D.* Ulte-
 rius excessus a *Dd.* considerantur vel circa causam, vel cir-
 ca modum, vel tempus §. 14. & *Lit. E. F. G. & H.* quorum
 rationes acceperantur, ita ut commonstrata identitate asse-
 mantur in simili *Lit. I.* Quod si fieret, multæ sententiæ ca-
 pitales fuissent intermissæ, junctis exemplis §. 15. & *Lit. K.*
 Quoad duella excipiuntur loci, ubi duellum singulare deli-
 ctum ob impositionem legum, adhibita tamen cautela §. 16.
 an rectius dicatur Edictum vel mandatum circa duella *Lit. L.*
 quid sit duellum ex natura negotii *Lit. M.* quid jure Gen-
 tium *Lit. N.* Quale fuerit apud Longobardos & Francos *Lit.*
O. Quomodo differat ab illo aggressio pro honore seu con-
 fuerudinaria vulgo *Attaque*, ut & certamen minus solenne
 vulgo *Rencontre* *Lit. P.* Quibus suppositis concluditur provo-
 cantem hodie cum provocato quoad pœnam ordinariam pa-
 riam habere iura §. 17. Et quidem partim propter identitatem
 rationum *Lit. Z.* ut & quod omnis provocatio & duella fiant
 regulariter ad vulnerandum *Lit. R.* vel pro reparatione pu-
 tativa honoris, ubi de distinctione honoratorum *Lit. S.* Ne-
 que enim mandans vulnus de cæde secuta tenetur, cuius
 tamen cum mandatario eadem pœna. §. 18. Id quod pro-
 batur ex ratione & autoritate *Lit. T.* Quod vero dolus præ-
 sumatur ex facto illicito, vel ex instrumento, *tödtsichen Ge-
 wehly* est contra omnem analogiam juris §. 19. Textus enim
 Scripturæ Sacræ & Juris civilis hoc nunquam comprobant.
Lit. V. Quomodo potius argumentandum *Lit. W.* Eadem
 decisio applicatur ad aggressionem pro honore *attaque* &
 Certamen minus solenne *rencontre* §. 20. & *Lit. X.* Contraria
 vero sententia fuit iterum ex natura processus inquisitorii §.
 21. & *Lit. Y.* ut & ex receptione legum extranearum ubi de *Le-
 ge Cornel. de sicar.* §. 22. examinatur *l. i. in pr. ff. ad L. Corn.*
); (2 de

§. XIII.

§. XIV.

§. XV.

§. XVI.

§. XVII.

§. XVIII.

§. XIX.

§. XX.

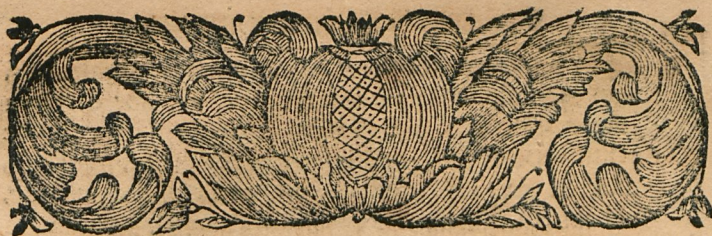
§. XXI.

§. XXII.

OECONOMIA DISSERTATIONIS.

- de sic. Lit. Z. derivatio & natura sicariorum in Italia Lit. A. nec tamen L. Corn. semper eadem poena Lit. B. in statu defensionis nonnullos adhuc in jure licet impune occidere, qui*
- §. XXIII. *tamen quandoque hoc moderamine utuntur §. 23 & quidem de fure nocturno dicitur lit. C. de raptore virginum & c. lit. D. de vim possessioni inferente lit. E. de quibus generaliter*
- §. XXIV. *interficere licet, & de eorum moderamine §. 24. de hoste lit. G. transfuga lit. H. militiæ de fertore & quidem propter juramentum Romanorum lit. I. de famulo latrone lit. K. de nocturno populatore agrogrum, & quod de eo dicatur in Evangelio [sub nomine inimicorum, qui nocturno tempore seminabant Zizania in triticum] lit. L. de bannito lit. M. de Zigaris lit. N. modus probandi deculpatam tutelam fuit ex natura negotii & præsumptione, donec probetur delictum*
- §. XXV. *gravius. §. 25. & lit. O. Quomodo adversus judicem moderamen hoc obtineat. §. 26. & lit. P. an semper parendum judici*
- §. XXVI. *mandanti lit. Q. de retorsione judiciali §. 27. an processus ipse ad malum culpæ vel poenæ pertineat lit. R. an cautio præstita delictum aggravet, & indistincte commissa, si non pareatur §. 28. & lit. S. cautiones & comminationes in se & sua natura plane non obligant, sed pro natura causæ principalis*
- §. XXVIII. *§. 29. & lit. T. in causis Principum hæc doctrina an obtineat. §. 30. excessus quomodo separatim hodie sit delictum §. 31. exemplum de pactis cum diabolo, & quod poena carceris vel alia minor obtineat, juncto præjudicio lit. U. votum contra Pseudo politica principia inquisitorientium & conclusio dissertationis §. 32.*
- §. XXXI.
- §. XXXII.

DIS-



DISSERTATIO JURIDICA
DE
MODERAMINE DECULPA-
TÆ TUTELÆ.

§. I.



Nihil fere dici hodie, quod non dictum sit prius, communis est sententia. Inde qui legerit unum ex commentariis, etiam juridicis, & his potissimum, omnes vidisse, (a) alii existimarunt. (b) At vero nullatenus exinde sequitur, tot & tanta imo omnia fuisse dicta hactenus, ut nihil dicendum restet; Sane si unquam in jure nostro supersit, quod examinetur, vel dicatur, de quo

A

- (a) Prodeat in medium Oraculum illud practicum Cardinalis Tuschus in *Conclusion: pract.* ibi sane, quæ inveniuntur, si quis nec centies, nec decies *iisdem verbis*, alibi viderit, reliquos Jctos evoluisse vix sustinebit.
- (b) Inde Hippohus a Lapide, Monzambanus & alii, ut alter alterum bona fide exscriberet in consuetudinem abiisse, putarunt; Cui saltem addendum, quod consuetudo ibi pro lege sumatur, vel sumi possit, plures enim Dd, opiniones circa eandem thesin plus ipsa lege valent.

4
 quo vel parum, vel nihil, vel minus accomodate si non terribiliter (c) traditum antea, est hoc certe in jure criminali, & potissimum processu illius; Hunc enim processum, ceu omnino hodie inquisitorium, plurimi mali esse autorem, hodiernum vix dubitatur, vel tamen sufficienter demonstratur (d).

s. II.

Nihilominus hoc satis constare putandum, quod a processu criminali omne fere momentum dependat, hoc est, ut prævia quoque accusatione valeant judices rite examinare naturam & varietates criminum, ut & naturam & intentionem hominum. (*) Leges enim paucas habemus, ergo ad illarum interpretationem vix respiciendum, præsertim cum ad nonaginta novem leges centesimus casus dabilis & superveniens vix applicandus. Inde in constitutione criminali passim: *Sie sollen Rechts pflegen*; At unde hæc consultatio capienda? Injustas, a peritis collegiis juridicis; sed reducimur in circulum, unde enim hæc haurient fundamenta? Nisi abstrahendo a commentariis vulgaribus, casus & pœnas in concreto tractantibus, & quandoque non infeliciter quidem applicantibus, ad fundamenta

- (c) Quare Juris prudentiam terribilem scripsit non nemo putavit vero criminalem.
- (d) Vid. tres Dissertationes Illustr. Dn. Thomasti 1.) de origine Processus Inquisit. 2.) de occasione Const. Carolin. 3.) de Origine & Interitu Judiciorum Westphal.
- (*) Utraque enim hæc natura fundamentum constituit Jurispr. criminalis, vel potius quoniam ab initio seculorum, pro varietate status, diversæ pœnæ introductæ, ad hodiernum studium eriminale tres requiruntur historiae, videlicet 1) historia criminum, 2) historia pœnarum, 3) & historia hominis interni.

menta potius moralia & naturam hominum, ut et historiam criminum & naturam illorum regrediamur. Sed hoc loco deficere commentarios & vix superesse nemo non inficias ibit.

S. III.

Quantum enim ad historiam criminum, & præsertim quoque pœnarum, seu puniendi modorum antiquorum hodie male perceptorum attinet, ecquis hodie de ea est sollicitus? sic si solum veneficium (e) intueamur, quid non stupere saniores? ad illius immutationes, & versicolores varietates, donec ad incantationem, præstigias, & tantam quantam magiam

A 3

apa-

(e) Græce *Φαρμακία*, quæ vox lingvæ fundamentalis nisi adposita, vix percipi posset, qua ratione hic actus illicitus ad Gal. 5. v. 20. inter delicta carnis relatus, quippe qui istis potissimum temporibus a fœminis pro meliori prole valde usitatus erat, at infans, & idololatriam in isto catalogo delictorum carnis allegatam, sed respondetur, hoc est quod volumus, nam & huius naturam apud Paganos, quoties respicitur, qui cognoverit, non sane dubitabit ad maximas carnis delectationes istam pertinuisse, inde singulares ludi, inde proprius vestitus, epulæ &c. sed quid est, ioc. de hæresi dicendum? respondemus & illam quam maxime ibi ad delicta carnis referri, atque adeo tam totum contextum quam græcam vocem *ἀσέβειας*; uti ex Scapula liquet & eius genuinam derivationem aliud quid non admittere, quam gradum illum contentionis, ubi a verbis ad verbera devenitur. inde isti gradus all. loco adducuntur, *ira, contentiones, disfidia, hæreses, invidia, sedes*; In illo vero sensu, quando dogma orthodoxæ fidei non consonum indigitare debet vox hæresis, ex post facto demum a scriptoribus Ecclesiæ usitatum, adiicitur Scapula *sub voce ἀσέβειας expugnatio.*

a paganizantibus (f) res fuerit redacta. Non jam dicendum de totaliis delictis levioribus, e Statu diverso tam Græcorum quam Romanorum profluentibus, & de applicatione pœnarum statum illum supponente (g) & adeo minus accommodate retenta & in scholas & judicia Germanorum introducta. (h) Illud saltem

- (f) Vid. de paganorum illicita circa has nugas credulitate egrigium locum in capitulari Caroli M. de partibus Saxoniz, ubi exhibente Baluzio *Tom. I. Capitular. Franc. fol. 251. & sequ.* & quidem capit. 6. verba ita se habent: *si quis a diabolo deceptus crediderit SECUNDUM MOREM PAGANORUM. virum aliquem aut feminam strigum esse &c.* Capite puniatur.
- (g) Sic legibus Lycurgi vid. Plutarchus in *vita illius*, subtilitati & artificio adnumerabatur furtum, ita, ut si quis deprehendi in illo se pateretur, pœna demum afficeretur, inde ex post facto per incongruam applicationem legum ab extraneis receptarum, origo dependet furti manifesti, cuius durior pœna nulla ratione ad nostra principia quadrat, & ridicula his suppositis esse deberet differentia inter furtum manifestum & nec manifestum, sed versa potius vice, posterius ad duriora delicta esset referendum.
- (h) Incongruens ita quoque est & hodie pro crimine & delicto prohibere viris habitum & vestitum muliebrem, id quod in scriptura sacra olim fiebat ne paganizarent, habitus enim Dianæ vel alterius DEæ, potissimum in festo illius, ad Ludos scenicos ut plurimum induebatur, hodie vero nec Diana nec alia quæcunque DEarum in mentem vestes transmutantibus venit, sed quandoque contra decorum peccatur, & pro excessu reputandum, quandoque non, cum in ipsis aulis & jussu Principum fiat, idem circa ipsos ludos scenicos observandum, & tempora probe ab invicem distinguenda, & isti enim ludi olim pars erant religionis & cultus divini, alias locus Livii, quod prima vice pestilentiz sedandæ causa Romæ introducti, vix esset intelligibilis, etiamsi antiquitas rem ipsam non loqueretur.

tem pro nostra intentione & differtationis argumento sufficiat, quod inquisitionis libidine magistra, & ex perversa opinione, meliores reddi animos hominum, si nihil maneat impunitum, vel sine investigatione & inquisitione, ut plurimum a scriptoribus negligatur investigatione diversitatum & graduum intentionis humanæ & inde descendentium delictorum, sua natura aliunde non provenientium; Hoc enim si fieret, inquisitiones sæpe cessarent, at hoc non foret ad palatum.

§. IV.

Equidem Decianus Jctus hanc doctrinam quodammodo attingere studuit (i) quando generatim diversitatem peccati, iniquitatis, doli, culpæ, fraudis, delicti, maleficii, criminis, excessus, facinoris, sceleris, flagitii, nequitiae, noxæ, probri &c. ex professo traditurus fuit, at vero istius tempestatis, & viri religionis, & rerum moralium obscuritas nondum permittebat, hæcce pro materiæ dignitate excolere, inde ex post facto tanto magis fieri debuisset, sed conclusiones, & conclusionum conclusiones, & casus in terminis terminantibus, & sufficientia indiciorum ad inquisitionem vel torturam, & processus consuetò modo instituendus, horumque nuda tractatio vel demum ad Constitutiones Carolinas commentatio (k) impedimento fuerunt; Cujus rei ratio efficit, ut frequentes

hujus-

(i) In Tractatu Criminali statim ab initio *Lib. I. & integris prioribus 17. capitibus ut & præprimis lib. II.*

(k) Quæ tamen & ipsa multis perversis circa criminalia & modernum illorum processum doctrinis ansam præbuit, sicuti ex occasione & conceptione illius apparet, *vid. all. egregia differtatio ill. Dn. Thomasi de super ex professo habita, ex qua simul*

hujusmodi nostras meditationes ulterius firmus persecuti, & impræsentiarum pro exemplo aliquali, ipsius defensionis & tutelæ gradus, & circa illam obvientem culpam, alia quodammodo via ponderare animus fuerit: Nobilis est sane materia defensionis tam vitæ quam famæ, quæ pari passu ambulant, potissimum

simul apparet, quanti interfit historice investigare in occasione, & historiam legum, præsertim publicarum. Equidem Nicolaus Vigelius in *Constitutionibus Carolinis in ordinem redactis*, integro capite primo de *Occasione illarum Constitutionum* disserturus fuit, & poterat de tanto viro aliquid expectari, sed præter sequentia verba vix legi meretur, ita vero sit, locoinquit: *Existimabant enim veteres Romani hac potestate, LOQUITUR DE MERO IMPERIO, disciplinam publicam conservari, eaque majestatem Imperii Romani maxime contineri, ideoque eam non nisi viris dignis, quorum prudentia & justitia non dubiis rerum argumentis perspecta esset, committendam esse. Postea vero ecclesiastici ad hanc potestatem labefactandam, & Imperium Romanum subvertendum potentia sue augenda gratia, asseruerunt, eam legibus divinis repugnare, hoc nimirum prætextu, quod Deus non velit mortem peccatoris, sed magis ut vivat, & convertatur. Hinc disputatio illa juris pontificii orta est, an hominem ultimo supplicio adficere liceat? 23. qu. 5. Hinc clerici & monachi capite damnatos executioni subtraxerunt, suisque monasteriis incluserunt; quorum temeritati Constitutione Imp. Arcadii & Honorii obviatum est, l. addictos §. C. de Episcopali audientia. Hinc etiam sceleratis & facinorosis hominibus ecclesiam asylum aperuerunt, & tam personas, quam bona ecclesiastica, a cognitione causarum, criminalium exemerunt, &c. Mala profecto causa erat clericorum, eo quod brachium seculare hoc affectarunt, bene tamen defensa, nam satis eleganter adductæ rationes juris Canonici allegari possent contra processus inquisitorii putativam necessitatem, quem tamen & ipse Vigelius cum jure Canonico sine dubio defendit.*

num stilo hodierno ; atque cum circa ipsam tutelam tales possint occurrere excessus, ad quos alias intentio excedentis, nisi irritata, non pervenisset, nec cogitasset, idcirco videamus, annon detur tutela deculpata, id quod appareat ex sequentibus.

§. V.

Diximus in titulo non tam de tutela deculpata, sed & de moderamine, inde de verborum significatione nunc quodammodo videndum, & qua ratione titulus fundetur, & defendi possit. Atque ab initio quidem statim apparet, occasionem nos sumsisse a moderamine inculpatæ tutelæ, cujus definitio aliunde nota; sicuti igitur in illo plenaria moderatio adest, & requiritur, ita in moderamine deculpatæ tutelæ deprehenditur moderatio aliqualis, ibi tutela est sine omni culpa, id est, inculcata, hic vero non sine culpa, sed cum illa, & quandoque maxime conjuncta, id est deculpata, illa supponit violentam aggressionem alterius, ita ut cædes defendentis imminet, hæc supponit & admittit quoque aggressionem, provocationem & irritationem, & ita nihilominus pertinet ad species defensionis, ibi plane nulla pœna obtinet, hic saltem non ordinaria, sed extraordinem defensionis terminos excedens puniendus, ex quibus fluit sequens, si non definitio, sufficiens tamen descriptio, quod moderamen (1) deculpa-

B

tæ

(1) Seu moderatio, quæ vox, sicuti inculpatæ tutelæ propria non est, nec soli tantum applicabilis, ita eo magis deculpatæ tutelæ eam adjici quoque posse existimavimus, ut juxta se posita verba consuetæ & recepta magis etiam hoc sensu, illucescant, & ab aliis acceptentur, nec obstat, quod, qui excedit, non amplius in moderamine manere videatur, nam habet moderatio suos gradus, in tantum, ut quamvis ad ul-

tæ (m) tutelæ sit moderatio aliqualis, illicite irritati, vel verbis contumeliosis provocati, atque adeo se defendere volentis, ipsos vero defensionis terminos non sine culpa excedentis, ita tamen, ut propter deficientem apertum dolum pœna ordinaria locum habere non possit.

§. VI.

timum gradum reducat moderamen, non tamen accedat ad dolum, puta in criminalibus, secus in civilibus, & faciat adeo cessare pœnam illius.

- (m) Vox deculpatus est admodum latina, & derivatur a culpa, hæc vero tripliciter sumitur, vel *generaliter*, quatenus culpa includit dolum, unde lata culpa dicitur dolum præsumtus, vel includere dolum, & in hoc sensu communiter Classici vocabulo utuntur, sicuti Ovidius: *a culpa facinus scitis abesse meum*, & alibi Tacitus: *Ut novissimi in culpam sic præmi in penitentiam sumus*, vel adhuc clarius Poetæ:

Luminus miserande crimina culpe,

Ut careat stimulis sordida culpa suis.

Vel *specialiter*, seu *juridice* quatenus culpa dolo opponitur, & saltem pro negligentia sumitur, vel *specialissime* & *technice*, quando critici verbum aliquod in recensendis libris minus rite & accommodate positum olim deprehendebant, illud singulari nota compungebatur, quas notas in specie culpas vocabant, vid. Scaliger *in notis ad Varronem de re rustica* & Wovvertus *in polymathia* c. 17. Quamvis igitur ab his culpis vox deculpatus potissimum derivari videatur, inde apud Gellium lib. 19. c. 10. de voce *præter propter* quærebatur, an dehonestæ deculpataque sit, nihilominus utraque vox sub vocabulo culpæ in sensu communi, quoad *derivationem* deprehenditur, a B. Cellario quoque & aliis in sensu communi sumitur *befcholsten* & ad nostrum scopum pertinere esse potest, cum omnimoda significatio indiget aliquid male notati.

S. VI.

Non itaque cum doctrina de homicidio culpofa hæc materia eadem est, fed longe ab invicem differunt, in illo enim nulla agresfio requiritur, fed varie accidere potest, & actus incipit ab occidente, moderamen vero deculpatæ vel culpofæ defenfionis fupponit agresfionem alterius, & ita actus incipit ab occifo, præterea, quando de tutela & defenfione culpofa quæftio est, non femper fupponimus caufam homicidii, fed & in variis caufis aliis, & juris noftri materiis, hujus defenfionis quæftio occurrere potest, ficuti cafus apparebunt in fequentibus, ut adeo termini præter neceffitatem non multiplicentur; Nec fine utilitate putamus fore hujus rei juftam tractationem, sæpe numero enim, fi per rigorem processus inquisitorii (n) moderaminis inculpatæ tutelæ exactiora requifita non deprehendantur, statim ad alterum extremum procedunt sæpius Criminaliftæ, ut fcil. deficiente illa

B 2

tutela

- (n) En iterum fpecimen in convenientiæ processus inquisitorii, & prærogativæ qua accufatorius præ inquisitionibus gaudet, in hoc enim frequentiffimo cafu, ubi quis ultra modum læfus & male tractatus, præcedente tamen iftius agresfione, vel irritatione, non facile accufatores deprehenderentur, at vero nonne exinde delicta manerent impunita, & iftis præftaretur quodammo patrociniæ? Non fanè, nam plane non fequitur, quia processus accufatorius præferendus inquisitorio, E. delicta manent impunita, id quod sæpe laudata difsertatio *de origine processus inquisitorii* pluribus com-
monftravit.

tutela pœnam mortis (o) obtinere non sine sufficiente discretionem statuunt, ab aliis vero plane non discernantur, in congrua sanè & terribili argumentandi ratione.

§. VII.

Ne vero cerebrina videatur fictio fundamentum constituere hujus tractationis, basin totius rei & causam fundamentalem ponimus in ipso jure naturæ (p) & legibus divinis, sicuti vero processus inquisitorius durioris pœnarum modi unica causâ vocari mere-

-
- (o) Duæ hoc loco potissimum sunt classes JCtorum, alii indistincte pœnam mortis statuunt, ubi aliquod saltem requisitum deest in moderamine in culpata, alii vero circa hujus tractationem adjicere solent, quod excessus circa hoc moderamen, seu excessus in defensione extra ordinem puniatur, & quod adeo pœna gladii cesset, quoniam tamen res ex professo tradita non constat, inde si ad praxin & casus ex hac theoria necessario profluentes & determinandos res redigatur, aliter sentiunt, & ad pœnam ordinariam recedunt.
- (p) Non est necesse, ut uberius inquiramus in tractationem Moralistarum & Juris naturæ Interpretum, de gradibus culpæ, & quomodo a dolo differant, hoc enim ex Puffendorffio & aliis constat, dummodo separemus scholasticæ philosophiæ moralitatem; illud saltem hoc loco optandum, ut sicuti *culpa levis in concreto* notissima mentio sit in Jure civili, ita etiam in criminali fieret novus culpæ gradus *ratione abstracti & concreti*, aliter enim hujus quam illius culpa prout temperamenti, seu œconomiae spirituum & sanguinis consideranda, optandum inquam, nam in praxi hoc valde aktioris indaginis videtur.

meretur, (q) ita non est quoque dubium, quin circumstantiæ indagandarum rerum criminalium, & media

B 3

- (q) Id quod cum exproffesso jam traditum in sape laudata, & tamen non satis laudanda dissertatione *de Origin. Proc. Inquis.* hoc loco saltem querere liceat? an non ibi §. 48. contra evidentiam tot textuum imputetur Jurf Can. duritas & origo processus inquisitorii, præsto sunt vero isti textus *Caus. 23. qv. 5. per tot.* ubi non tantum tot elegantes rationes adducuntur, *ne vindicta inferatur amore vindictæ, sed Zelo Justitiæ i. e. non ut odium exerceatur, sed ut pravitas corrigatur*, ita præliminariter *Cau. 54. preced. qv. 4.* & deinceps, *ne in peccatorum atrocitatibus exerceatur ulciscendi libido, sed peccatorum vulneribus curandi adhibeatur voluntas.* *Can. 1. dist. qv. 5.* quod quomodo aliter fieri non possit, quam vivis manentibus peccatoribus, explicatur in sequentibus; Imo vero obsecrabat Papa sapissime, ne facile statueretur poena præsertim capitalis, *vid. ibidem Can. 3.* ibi: *tu quoque pro immanitate facinorum, ac non potius pro consideratione lenitatis censeas coercendum. quod te per Jesum Christum, ne facias obsecramus*; Et sic porro in *tot. quest. 5.* lectissima fere omnia verba legi & observari, in rem vero meliorem converti merentur. At vero circa hos textus & totam *quest. 5.* duo probe sunt consideranda, primo quod omnes illæ in se probatæ rationes in forma flosculorum tantum adducantur, pro stabiliendo jure Asyli, ecclesiis & monasteriis competente, *vide ibi expressa verba. can. 6. Reos sanguinis defendat ecclesia*; ratio, *ne effusione sanguinis particeps fiat.* Hinc illæ lachrimæ! alia enim ratio asylis adfingi non poterat, E. illa maxime exaggeranda: *Inde can. 3. in fine. ut etiam occidi ab eis eligamus, quam eos occidendos vestris judiciis ingeramus*, vel ex editione corporis glossat. *Venet. indicis inferamus*; & ita secundo loco & potissimum hic observandum, quod plane non disputetur contra processum inquisitorium, sed ille potius quam maxime hoc loco

F un-

dia ad finem pœnarum ducentia, minus rite ut plurimum observentur, cum & graviores pœnæ capitales inquisitione magistra introductæ, quam unquam LL. divinis (r) cognitæ,

§. VIII.

fundetur, & stabiliatur, nec obstant verba in *preced. ean. r.* quæ ita se habent, *quamvis enim ab illorum interitu dissimulare possemus, quia non ACCUSANTIBUS nostris, sed illorum notariis, ad quos tuenda publicæ pacis vigilantia pertinebat presentari videantur examini*, nam facile apparet, non tantum ex toto contextu, sermonem non esse de proœctu accusatorio, verum quoque ipsa Glossa *cir. l. sub voce Notariis* saltem de *delationibus*, & officio notariorum in *deferendis* iudicio criminibus, verba esse capienda, ita ut iudici superfit omne examen, clari sine tradit; tu vero observa[rum] appetitum ad brachium seculare, & quod eo usque se quoque extendat, ut cum dissimulatione interitus humani fieri possit.

- (r) Pœnæ inquam, nam causæ pœnarum capitalium erant sine dubio & admittebantur leviores, propter singulares quoad populum Hebr. rationes, non facile communiter notas, facile tamen divinandas, quibus cessantibus ipsæ pœnæ tum quoque temporis immutabantur. Sic dura lapidationis pœna iterum cessabat & abrogabatur, vid. Selden. de Synedr. l. 1. c. 5. p. 52. ubi præterea monendum, quæ in sacra scriptura de lapidatione dicuntur, non facile ad lapidationes illas antiquas, de quibus alii scriptores prophani historice loquuntur, referri posse, sed vix pro pœna capitali accipi, duplex enim modus lapidandi erat olim, vid. Selden. p. 49. alter qui in specie ita dicebatur, & continebat præcipitationem de Saxo, hic vero vix applicabilis ad loca scripturæ, & qui ex dicto Levit. 24. v. 16. illam pœnam mortis probaturi sunt, non possunt non committere fallaciam compositionis & divisionis, nec sequitur, si dicam, einen steinigen/ vel zum Thor hinaus steinigen/ vel zum Thor hinaus führen und steini-

§. VIII.

Supposito itaque quod ad nostrum scopum prærogativa processus accusatorii præ inquisitorio propter necessariam accusatorum diffidentiam in probando & alias imminens periculum accuratamque deliberationem, pro qua specie delicti accusatio fieret, multum faciat, atque adeo inquisitiones potissimum in causa sint, quare durius & non rite habito gradu delictorum poenæ accrescant, sine emendatione vitæ, tam aliorum, quam multo minus puniti; quaestio adhuc illa loco omnium & omnes fere includens tractanda, annon in causis homicidii quam maxime inquisitio necessaria, & LL. divinis præ reliquis omnibus commendata, & respondemus iterum negando; sicuti enim ex integra scriptura sacra locus adæquatus allegari nequit, ex quo iste processus derivari possit, ita etiam ad dicta de homicidio, ut plurimum citata (s) facillime responderi potest.

§. IX.

scilicet. Ergo moritur, vid. Sigon. de Republ. Hebr. lib. 6. cap. 8. n. 50. nam & hic lapidandi modus erat forte species excommunicationis, seu exclusionis a populo, non jam dicendum, quibus fabulis ipso fatente Seldeno hæc res a Rabinis obvelata; de strangulatione idem sentiendum & dubitandum an semper poena mortis, vel an non potius medium ad poenam vel veritatem fuerit, sicuti ridiculum foret, si in jure de modo obtorto collo ad iudicium aliquem rapiendi diceremus, quod fuerit poena mortis, vel si locum de servo illo immisericordi Matth. 18. v. 28. caperemus de attentato homicidio, ut adeo, hac mediante explicatione, variaz absurditates Rabinorum evitari possint, & sic quoque percipi illud Seldeni p. 891. quod strangulatio fuerit modus adigendi aliquem ut os aperiret.

(s) Speciosa videntur argumenta, quæ occasione homicidii e
scri-

scriptura sacra communiter in medium proferuntur pro necessitate processus inquisitorii, sed facile allegantibus obviam iri potest, si status & consideratio istius tempestatis, & hypotheticarum qualitatum, secundum textus, nempe respectu populi Israelitici subintelligendarum, juræ reliquis circumstantiis rite examinentur, & probe connumerentur, ac conferantur, quamvis vero occasione dispensationis principum circa homicidia hic & illic, adductis variis responsis, tam juridicis quam etiam theologicis, diversimode responsum, addamus tamen & nos quid de istis scripturæ dictis sentendum videatur; Et quidem quoad textus Exod. 21. & Num. 35. tota connexio & omnes circumstantiæ clarissime ostendunt de populo tantum Israelitico esse sermonem, LLque de super latas sine omni dubio esse mere forenses, quæ nostra ætate non obligant. Saltem igitur quam maxime respiciendum & respicitur communiter ad dictum Genes. 9, & verba illa: *qui sanguinem humanum effuderit, illius sanguis vicissim per homines effundetur*; at vero eo facilius ad hoc dictum patet responsio, cum ante omnia natura & historia istius status commonstret, sermonem tum temporis non fuisse de inquisitionibus & poenis *per judices*, nam tales nondum aderant, sed erat status theocratix, ergo eatenus rectius respondetur ab aliis, quod intelligatur judicium Dei occultum, ubi tamen & hoc censemus addendum, quod forte sermo sit de natura negotii humani in se, quod qui facile ad homicidia proclivis sit, is demum facillime in alterius potentioris manus incurrat, & adeo iterum post tot cædes istius sanguis ab aliis effundatur. Est itaque monitum paternum, & quamvis verbi vindictæ cit. loco mentio fiat, ita ut non aliter quam per modum vindictæ homicidarum sanguinis effusio intelligatur, nihilominus tamen idem tamen salva res manet, ac præterea facile respondetur & secundo, loco hic observari meretur, quod ibi non tam disponatur de homicidio, sed intentio sit disponere de sanguine ingenere, & quidem omni, tam hominum, quam bestiarum, hocque per modum vindictæ; Si itaque textus eadem connexione constans

§. IX.

Ipsa itaque Principia Criminalistarum ad nostrum scopum pertinentia ut examinemus, videndum erit, de casibus circa hoc thema propositis, ubi per modum rationum decidendi communiter fundamenta &

C

ipfa

flans quadraret ad LL. universales, naturam paternorum monitorum excedentes, etiam illa dispositio de sanguine bestiarum ad nos pertineret. Quis nam vero fuerit respectus & ratio istius dispositionis de sanguine in genere, inter scriptores a tanto tempore vix constat, placet remotis fabulis inter varia argumenta adducere potius meditationes Jcti nostri Tib. Deciani, in tractatu criminali lib. 9. cap. 17. n. 7. ubi ita, & bene dictum est, quod sanguis occiferum clamat ad DEUM pro vindicta, quia anima animalis in sanguine residet; appetere autem vindictam, est proprie anime animalis non spiritualis, & ideo cum mysterio dixit, clamat de terra, significans terrenum hominem appetentem vindictam, quia spiritualis illam non appetit, juxta illud Dev. 32. mea est ultio, & Eccl. 28. &c. Quod vero observatio illa divina de homicidio tantum ad monitum paternum & communem naturam humanorum negotiorum circa homines contentiosos pertinuerit, clarissime constat ex dicto Exod. 21. v. 20. 21. 22. ubi expressis verbis dicitur & testimonium perhibetur, quod non omne homicidium dolum capite sit puniendum, & deinceps quam maxime ex dicto paralelo Apocal. 13. v. 10. ex quibus omnibus abunde constat, quod hac re voluimus, nimirum non ideo processum inquisitorium fundari, ac si jussu divino universali injunctum, ut judices homicidia necessario capitaliter puniant, & ita etiam sine accusatione inquirant, vel quod magis est, processum inquisitorium instituunt, fuit vero opus in antecessum hoc promovere, quoniam in casibus sequentibus multum juvabit, hæc omnia pro veris supponere.

ipsa principia inserta, quæ prohi dolor! separatim non tractantur. Atque ut ab initio in causis homicidiorum adhuc maneamus, communis est Jure Consultorum sententia (r) quod neutiquam poena mortis vel saltem corporis afflictiva puniatur, qui verbis contumeliosis provocatus ad duellum, provocantem occiderit, si vero ad alias conclusiones ex iisdem suppeditatis decidendi rationibus (s) profluentes deveniatur, nihilominus poena mortis infligitur.

§. X.

- (r) Vid. Carpz. *part. 4. Const. 10. def. 1.* Et ibi allegati Gail *lib. 1. de pace publ. cap. 16. n. 9. & 11.* ut et Jul. Clar. *cit. loco.* Felinus & alii quibus addi merentur Prosper Farinac. *part. 3. Quest. 91. n. 8. & qu. 105. n. 98. it. n. 245. & 249.* ibique all. aut; Ludovic. Carerius *de homicidio n. 65.* & Harprecht. *in tract. Crimin.* aliique plures qui unanimi consensu in eo conveniunt, quod provocatus homicida ordinaria poena non afficiendus.
- (s) Fundamenta hujus decisionis, quod adhuc mitiori quam corporis vel pecuniaria vel carceris poena plectendus & rationes communiter allegantur, quod ignoscendum sit illi, qui se voluit ulcisci provocatus, & quod iustum dolorem temperare difficillimum sit, ita Carpz. *cit. loco* & Harprecht. Alii vero quod quicquid faciat provocatus, insultatus, & injuriatus, seu irritatus præsumatur facere ad sui defensionem, uti Farinacius *consil. 35. n. 21. & in addit. lit. b. ubi de materia* Lud. Carerius *cit. loco*, alii demum, quod provocatus non dicatur versari in dolo, sed saltem in culpa, atque ex eo non possit non fluere quod necessario cesset poena homicidii dolosi, vid. Tiraqu. Marfil. & alii allegati a Farinacio *part. 3. rerum criminal. qu. 91. n. 9.* quæ ultima ratio convenit quodammodo cum nostro fundamento quoad dolum a culpa differentem, saltem addendum, quod non requiratur sola culpa, sed quatenus defensionem vel ejus saltem speciebus conjuncta

X.

Hanc rem antequam ulterius ponderemus, putavimus juvare, ut ante omnia de omni temeritate, pravitate & facilitate in defendendis forte causis desperatis quam maxime protestemur, bona enim fide existimamus cum regulis tam justitiæ, quam Prudentiæ, ficuti & Christianissimi (t) ac lenitatis potissimum Christianæ & amoris præprimis proximi apprime & congrue convenire, ut ad pœnam mortis non facile judices sint proclives, ne evitetur conversio puniendi & morum correctio. (u) Nam ad multos quod atti-

C 2

net

juncta, ut adeo adsit tutela quædam, licet deculpata, sic enim reliquæ omnes rationes a Carpz, quoque allegatæ admitti possunt, ignoscendum enim volenti se ulcisci non absolute, sed secundum quid, vel subjective, intuitu illius, qui se læsum putat, & ita in statu quodam defensionis constitutum se existimat.

- (t) Non jam disputamus an pœnæ mortis circa homicidium vel alia delicta legibus divinis vel potius humanis fundentur, & adhuc hodie stabiliantur, sed saltem loquimur de circumspectione & accurata indagatione, supposita quoque necessitate pœnæ capitalis, ne facile ad torturam nostro inquirendi modo rapiantur & isti, pro quibus ipsa præsumtio militat & constat, non adesse dolum sed culpam; facile quoque in nostram sententiam abire poterit, qui Augustini aliorumque liberos desuper legerit, omnia enim quæ in jure Canonico *sepe allegata qu. 5. causa 23.* salutaria adducuntur, fere Augustini verba esse existimamus, eo magis vero abstinendum a tali duritie, si supponatur, legibus humanis poenas capitis hodiernas fundari tantum.
- (u) Potissimum quoad juniores, ubi conversio ardua res est, & sæpe numero plurimi circa patibulum spectatores de hoc vel illo perfracto fure de credulitate jurarent, si hodie a
mortis

net vix pœna mortis adeo terret, quam alia æque dura, neque enim definitio duritatis pœnarum dari potest, dantur enim subjecta quæjali pœnarum modi multo magis terrent, dantur civitates, ubi ultra pœnam mortis statuuntur puniendi sortes longe graviore, (w) vivis quam maxime applicandæ.

§. IX.

Difficultates itaque & confusiones, cum intermissione inquisiti quotidie occurrentes, sine dubio oriuntur exinde, quod certitudo & vera thesis juridica de hac re hætenus non fundetur, sed pro qualitate subjecti sententiam concipientis, vel illam passuri, quandoque etiam commendationis causæ, vel compassionis, aliter judicetur, in tantum, ut eadem rationes, quæ pro defendendo alias allatæ, deinceps alio casu ex professo refutentur, vel subtili inventa distinctione, causa plane confundatur, cuius rei apertissimum exemplum patefiat ex *Carpz. part. 4. const. 12. def. 8. & in practica Criminali part. 1. qu. 29. n. 34*, ubi res ipsa accurate in formam artis demum redacta deprehenditur, ita enim autor alias eminentissimus distinguit *inter excessum defensionis, & excessum inculpata defensionis* illum regulariter pœna capitali coercendum existimat, hunc

mortis pœna redimeretur, cras novam furandi occasionem quaesitum, quid igitur ibi de Statu animæ & conversionis sentiendum?

- (w) Ita Venetiis tres ultimi & supremi pœnarum gradus sunt, pœna capitis, durior vero damnatio ad triremes auffs die *Galleyen*, durissima pœna carceris, puta cujusdam, maxime squalidi, & ipsas triremes superantis; alibi vero aliter, ut adeo res nec in thesi nec hypothesi salva sit.

hunc plane non, etiamsi dolo manifestissimo (x) commissus; at vero sicuti fundamento plane hæc distinctio destituitur, ita distinguendo res ipsa (y) confunditur, & in effectu novum homicidii genus committitur, nec

C 3

per

- (x) En fodes, quomodo res de dolo & culpa confundatur, ita ut fictis & cerebrinis distinctionibus cedere debeat, cum tamen tota doctrina a sola doli & culpæ hujusque graduum & diversitatum exquisita indagazione decisionem patiat, non jam dicam de apertissima contradictione in adjecto, quæritur enim an detur dolus manifestissimus in ipso moderamine inculpatæ tutelæ?
- (y) Inde vix sine evidenti contradictione ponderari potest istius decisionis exemplum allegata definitioni adjunctum, ubi interroganti & rescribenti Serenissimo Electori Sax. Christiano I. rectissime quidem respondetur, poenam capitalem non fuisse inferendam, sed vix cohæret ratio; at ne vix quidem major excessus in defensione simplici communiter reperiri potest, quàm iste, qui allegato loco profertur, & nihilominus tamen tanquam magis privilegiatus speciebus defensionis inculpatæ & ejus excessui adnumerantur, verba sic se habent; Zum dritten/ so berichten die ersten zwey Zeugen einstimmig/ daß der erste/ als der Hüter/ in des Hauße die That geschehen/ alsbald wie der Entleibte auff den gefangenen Thäter gestochen/ ihme in die Arme gefallen/ und ihn zurück gestossen/ Daraus zu ersehen/ daß der Gefangene dahmahls in keiner ferneren Gefah/ viel weniger in periculo vitæ gestanden &c. ex quibus faeilime apparet, de moderamine inculpatæ tutelæ ne quidem cogitandum fuisse allato casu, ob cessans non tantum *vite* sed *omnimodum* periculum; atque adeo tanto minus fundari putativam distinctionem, cum vix autor rixæ tantam culpam sepe admittere possit, cujus tamen culpa ad excessum defensionis simplicis refertur a Carpzovio, ubi semper poena ordinaria statuenda putatur, nec minima apparente juris analogia.

per culpam, sed per criticam & distinctionem inutilem, seu minus fundatam.

§. XII.

Insufficiens itaque est thesis, & theoria neutiquam fundata quoad allegatam distinctionem, etiam secundum propriam afferentium contradictionem, & exempla in contrarium allata (z) plane enim non sequitur, qui quodammodo autor est rixæ, iste ex post facto non potest ita per aggressionem alterius supervenientem obrui & confandi, ut defendere se necessum habeat; Alia iterum satis expressa contradictio invenitur in eadem allegata *Def. 8. unum.* §. supponitur enim ab autore, quod in excessu inculpatæ defensionis requiratur *qualis qualis* defensio in excessu defensionis simpliciter vero supponatur nec offensio nec aliqua-

(z) Quamvis enim in illo casu & relatione ad Electorem facta, de qua dictum §. præc. lit. y. epresso supponatur, quod inquisitus pro autore habendus, in verbis: Darum der Entleibte dikkals billiger als der Gefangene pro provocato zu achten/ und wohl entschuldiger zu halten/ daffer auff desselben Veruhrsachen / wegen der ihm zugemessenen Ehrenrührigen Auflagen/ im Zorn und aus bewegten Gemüth ihn wieder gescholten/ auch endlich geschlagen / atque adeo ex ipsis & expressis verbis existimandum, quod hoc loco secundum adductam hypothesin & allegatam rationem, non adsit casus de excessu in moderamine inculpatæ tutelæ, sed de excessu defensionis in genere, de quo in tota definit: dispositum, quod ordinaria poena gladii obtineat, nihilominus tamen extraordinaria inquisito dicitata; quibus omnibus hoc saltem indigitamus, quod quoad ipsam sententiam recte quidem decisum, quoad rationes decidendi vero, cum tot contradictionibus, & ex falsis, propria confessione, principiis,

liqualis defensio, & tamen vocatur excessus in defensione, at vero eo dilabimur, si ad casus & conclusiones tantum respicitur, sine sufficientibus principiis, nec inquirendo in gradus delictorum, & quomodo a rixis ad verbera, a verberibus ad vulnera, a vulneribus ad cædes deveniatur; singuli gradus sane diversum agnoscunt autorem, nec asseri potest, qui prima vice est autor, verbalium contentionum, is etiam manet autor reliquorum graduum vel plane cædis; In eo vero Carpzovii omnis & unica argumentandi & subtiliter distinguendi vis est posita, quod autor rixæ in nullo excessus genere defensibilis, examinandus itaque ulteriori via omnis excessus, tam quoad causam, quam quoad modum & tempus.

§. XIII.

Antequam istos excessuum gradus & varietates examinemus, quæritur præprimis annon ista distinctio sit fundata in *art. 142, Const. Crim.* ubi sine dubio (a) sedes est materiæ, cum citatus Carpz. expresse dictum articulum pro fundamento hujus distinctionis alleget, sed respondetur, nec illo articulo vestigium aliquod inveniri posse distinguendi, inter excessum defensionis & excessum inculpatæ defensionis, sed dispositio *artic. 142* revera consistit in eo, ut primo accusatori injuncta sit probatio replicæ suæ, (b) supposito quod accusatus fateatur homicidium, excipiat vero defensionis necessitatem, propter præcedentem aggressionem, accusator autem non neget quidem aggressionem præcessisse, adducat vero fuisse justam

(a) Junctis tamen & antecedentibus & consequentibus quæ omnia harmoniam demum constituunt.

b) Vid. Ludovici in *notis ad Ordin. Crim. dist. art. 104.*

ftam, forte propter deprehensionem in adulterio cum uxore vel filiabus, aut aliam famæ defensionem & propugnationem, illa sine dubio replica ab allegante probanda, atque adeo disponitur contra accusatorem (c) non vero contra reum, ita ab initio; Secundo vero loco concluditur, nullam dari posse regulam, quoad excessus, sed a juris peritis hanc rem esse determinandam, an causa adfuerit seu aliqualis prætenfio, homicidium præcedens, an non; illo casu pœnam esse arbitrariam, vel corporis afflictivam vel pecuniæ, hoc ultimo vero casu, pœnam capitis; (d) non vero distinguitur

- (c) En iterum difficultatem probationis accusatoribus injunctam, qua deficiente, nisi accesserit processus inquisitorius, sequetur absolutio.
- (d) Ergo verba illa finalia, *Ist noth gar eben zu ermesfen / wie viel oder wenig der Thäter zur That Urfache gehabt / und das fürter die Straffe am Leibe / Leben / oder aber Buß und Besserung erkandt werde / alles nach sonderlicher Rathgebung der Rechts-Verständigen /* non ita sunt capienda, quod si quis parum causæ ad excessum habuerit, ob quodammodo cessans periculum, pœna capitis obtineat, nam ipse Carpz. asserit, si nec minimum periculum superfit, excessum moderaminis nihilominus fundari, nos verba *viel oder wenig* ita intelligimus, quod si nulla appareat causa ad excessum aliqualem impellens, recidat res ad homicidium dolosum, extra quod, poena ordinaria neutiquam instigenda, inde verba *in præced. art. 137. muthwilliger Mörder / it. in fürgesetzten Mord /* verba vero *zur That Urfache gehabt /* indigitant sine omni dubio actum ultimum homicidii, inde vero plane non sequitur, qui ab initio vel ante aliquid tempus autor rixæ fuit, non potest ad ultimum actum homicidii ita esse lacesitus, ut nec probabilem causam habere possit, saltem ad excessum ipsius facinus pertinuisse, sed sit necessario ein fürgesetzter Mord, contrarium enim textus, si non indigitat, tamen admodum admittit.

guitur, & formatur conceptus de excessu inculpatæ defensionis, & eius differentia ab excessu alterius tutelæ, si enim inculpata est, abest omnis excessus, vel etiam minimus, sin minus, adest excessus, seu quod idem est culpa, & deprehenditur ideo tutela deculpata, tertium non datur.

§. XIV.

Communiter igitur a Carpzovio (e) & aliis ratione excessus in moderamine inculpatæ distinguitur, quod committatur vel circa causam (f) vel circa modum (g) vel circa tempus (h) & in omni illo excessu pœnam
D
ordi-

- (e) In pract. crim. part. 1. qu. 29. 30. & 31. ubi singulis quæst. singularis excessus explanatur.
- (f) Ratione causæ excessus communiter examinatur, si sufficiens causa non præcesserit, uno verbo si occidens pro autore rixæ & provocationis sit æstimandus, & tunc regulariter, pœnam ordinariam obtinere sentiunt communiter, de qua sententia deinceps, si vero aliqualis causa præcesserit, dicitur, excessus tolerabilis, ad minimum quoad pœnam ordinariam uti Dd. communiter all. a Carpz. *Cit. qu. 29. n. 70. seq.*
- (g) Hac via excedere occisor dicitur, si forte in periculo quidem constitutus sit, sed omisso tamen homicidio avertere periculum potuisset, præprimis aliquale tantum, & nihilominus alterum interficiat, vel etiam alium pro alio intorimat, & eo casu extraordinariam, si vero tantum leviter quis offensus, & nullum periculum immineat, & sic accedat homicidium, sequi necessario pœnam ordinariam uti Dd. *cit. loc. qu. 30.*
- (h) *In continenti* quoniam defensio inculpata requiritur; Si ex post facto aggressio fiat, culpa est, & quidem tres formantur gradus a Carpz. *qu. 31.* aut enim in flagranti invasione & durante conflictu sit defensio cum interneccione alterius, & plane impunita manet, aut post modicum intervallum, forte dimi-
dii

nariam cessare statuitur, quamvis vero nos distinctionem inter duplicem excessum rejiciamus, amplectimur tamen decisionem cessantis poenæ ordinariæ, tanquam bonam causam male defensionem, & ideo acceptamus rationes decidendi (i) in omnibus illis casibus, hac tamen conditione, ut commonstrata identitate, iterum acceptentur in causis aliis,

§. XV.

dii horæ insultatus, durante tamen iracundia, aggressorem interficit, & poena extraordinaria obtinet, aut post aliquot tempus vel etiam horas sequitur insultati nova aggressio, & cum illa occiso, & manet poena ordinaria, quæ ultima decisio non est sine ratione, atque adeo illam amplectimur, supponimus tamen necessitatem poenæ capitalis hypotheticam respectu legum humanarum, & excipimus duellum, non enim sequitur, quod qui post aliquod intervallum insultantem aggreditur & occidit, ille poena ordinaria plectendus, ergo & is, qui lacesitus post intervallum provocat ad duellum, de qua re in posterum; possemus ratione dictorum excedendi modorum præter Carpz. & ibi allegatos Dd. in medium producere alios, qui hanc rem ex professo tractaturi fuerunt, velutj Hahnium *in proluxa peculiari dissertatione de vindicta privata*, sed nihil ibi fere reperitur novi, plura adhuc duriora, plurima vero consistunt in collectaneis & allegatis e iure privato, veram naturam negotii non tangentibus.

- (i) Rationes communiter sunt sequentes, quas ex Farinacio, Damhoudero & aliis adduxit Carpz. *in pract. Crim. qu. 29. 30. & 31*, nempe quod talis excedens puniatur non ob commissum homicidium, sed propter excessum moderaminis, deinde vulnera non dari ad mensuras, in excedente vero non posse *presumi* animum occidendi, aut mutilandi, vel vindictæ studium, sed defensionem *cit. qu. 29. n. 2.* tum provocatur ad communem Dd. opinionem, qui abundanter allegantur *n. 4.* & assensum const. Carolin. *n. 5.* iterum allegatur, quod difficulti-

§. XV.

Etenim si moderaminis inculpatæ & deculpatæ tutelæ limites & doctrina perpetuo observarentur, & pro principio universali, si non explicite in verbis tamen implicite ipsa re (k) traderentur, non tam variæ decisiones & sententiæ capitales a Jctis & collegiis Scabiorum provenissent, nec sane quandoque connivere tam facile potuissent, sed duriori quibusdam casibus sententia fuisset opus (*) ut plurimum vero propter idem-

D 2

den-

cillimum sit, justum temperare dolorem, quæ ratio vicissim ob excessum ratione modi adjicitur *qu. 30. n. 24.* propter *l. 14. §. 6. ff. de bon. libert.* ita ut justo dolore quoque commotus statuatur, qui provocantem & aggressorem, deinceps fugientem, persequitur & interficit *ibid. n. 45. & 46.* etiam si quis persequatur fugientem, qui plane non habet arma, ob doctrinam seu cautelam Capollinam a Farinacio quoque commendatam n. 49. Omnis enim ira ex justa causa proveniens aliquo modo excusare dicitur, junctis legibus & autoribus *n. 3. qu. 31.*

- (k) Inde enim non potuimus admittere doctrinam Carpzovii & aliorum qui distinguunt inter excessum defensionis & inculpatæ defensionis, hic ultimus enim excessus consistit in chimæra, & omnia præprimis inconvenientia ex illa profluunt, inde enim supponitur, quod qui provocat ad duellum non possit excusari a poena ordinaria, rectius sane ex natura negotii fuit, quod omnis defensio sit sine culpa, vel illam habeat concomitantem, & quod omnes omnino gradus a primis verbis contumeliosis, ad uteriores contentiones, verbera, cædes, rite ab invicem distinguendi, nec sequatur qui dolose in hoc velillo gradu procedit, is etiam in subsequenti.
- (*) Exemplum est apud Carpz, part. 4. const. 10. definit 5. & 7. præterquam quæ notavimus passim, ne adeo nobis imputetur, nimis nos esse faciles, & in delinquentes proclives.

denditatem rationis poena capitis potuisset imo debuisset cessare, Insufficiens enim est, si non absurdum, quod provocans occisor indistincte poena capitali interficiendus, vel quod minæ non sufficiant ad aliqualem excusationem aggressionis, cum tamen verba contumeliosa præcedentia excusent, vel etiam, quoniam duellum seu monomachia est res illicita, ergo provocans habeatur pro sicario, vel homicida doloso, porro, quod nobilis, miles vel alius honoratior nec prærogativam minimam habeat, si non fugiat, nec excusetur, nec post tempus aliquod provocans ulla via a poena ordinaria excusabilis sit, & id genus alia.

§. XVI.

Et primo quidem ut de duellis & provocationibus ad illa differamus, excipimus ante omnia leges positivas desuper latas, & loca, ubi in se peculiare delictum est duellum, ad tantam atrociam præter suam naturam ab impositione legum edictorum, scilicet vel mandatorum, (1) circa duella, redactum, contra quæ
sine

- (1) An rectius edictum vel mandatum & qualis terminus rite adhibendus, duell Edict vel Mandat, hoc loco controverti posset, ut ut controversia circa accuratiores terminos tantum ad rem ipsam non faciant; putamus separandas esse illas quaestiones, an *recte*, an *rite* sic vel ita dicatur, quoad enim ius nostrum & leges civiles ad quas communiter provocatur, dubitamus, an unquam mandata Principum in iure nostro eo sensu sumantur, quod sint leges Principum particulares seu singulares, proprio motu quidem provenientes, sed quosdam tantum, non vero cunctos obligantes vel respicientes; nihil enim erant olim ista mandata, quam instructiones Principum, data praesidibus in provincias abeuntibus, in quibus conti-

sine dubio qui peccat, iisdem legibus & poena dictata, etiam si capitali, cöercendus, dummodo iterum natura & historia duellorum, & principia exinde praxi seinsinuantia rite observentur, potissimum, cum istæ leges tanquam poenales strictissimi juris sint, nec facile trahendæ in consequentiam, vel ad paritatem rationis ætus similes æstimandi, ut adeo, si formalitas accuratissima vel minimum requisitum duelli deficiat, cesset poena illa singularis, & reducatur ætus ad examen juris Naturæ vel alias communis, & moderaminis qualis qualis; aliam enim naturam duella habent ex jure naturæ seu natura negotii (m) aliam ex jure gentium

D 3

(n) ali

nebatur totum illorum officium, vid. Brisson *de V. S. sub voc. mandatum* & Cuiac. *ad Nov. 17. lit. A. & B.* & ita alium sensum non habebant, quam alias in jure, sub *tot. tit. ff. mandatis*; alia quæstio est de stylo curiæ hodierno, & quæstione an rite termini adhibeantur, & juxta hanc videretur dicendum esse & vocandum tantummodo edictum circa duella, nihilominus & hodie videmus vocem mandati quoque eatenus in usum vocari præprimis in Saxoniam (duell mandat,) ubi tamen & feminas & quoscunque ista mandata duelli tangunt; hæc obiter

- (m) Sua natura duellum nihil aliud est nisi bellum, sicut enim antiquissimi non bonus sed duonus ita non bellum sed duellum dicebant, propter suavitatem sermonis v. Cic. *orat. ad Brutum c. 45.* & quamvis alii, v. Scaliger. *l. 3. poet. c. 90.* a voce duo duellum derivare studeant, vel tamen denuo confundere videantur, ibi: *licet enim multi milites, due tantum partes sunt, & inter duos tantum primum bellum fuit, nihilominus tamen, & potissimum hodie non sine barbarismo propugna unius cum uno vulgo sumitur v. B. Cellarius in Fabro voce duellum, nec tamen excluduntur vel incognita antiquis temporibus fuere duella, quamvis sub hoc vocabulo*

(n) aliam ex juribus Francorum, & præprimis Longobardorum (o) sæpe etiam res reducitur ad aggressio-

lo non venirent, sed sub voce certaminum, idque quam maxime, postquam non est ignotum, & ipsas provocaciones olim fuisse usitatissimas ita Cic. de Fin. c. 22. *provocatus cum Gallo depugnavit*. it. Liv. 24. c. 8. *provocare ad certamen* & Plin. 37. c. 1. *ex provocatione interfecit eum*; quamvis autem de moralitate bellorum, & præ primis circa iustitiam causæ in bello offensivo, de jure naturæ multa imo varia moneri possent, in tantum ut secundum examen tam juris naturæ quam scripturæ sacræ, vix centesimum bellum pro licito reputandum, attamen duella seu certamina singularia, abstrahendo a legibus positivis considerata, merito jure Naturæ sic illicita non esse putamus, supponunt enim provocacionem, & ita consensum alterius, volenti vero non fit injuria.

- (n) Hoc jus quidem in se separatum non est a jure naturæ, sed ejus species, quod ita capiendum, scilicet intuitu nexus obligandi, nam nullum jus sive lex sine LLatore, diversus vero a Legislatore juris naturæ scilicet DEO, LLator gentibus non adest, nihilominus observantiæ populorum, quæ, an pro lege sumenda. hic non disputamus, hoc vel illud intuitu duellorum introduxerunt, tam quoad modum provocandi, quam quoad paritatem armorum &c. ut quamvis hæc omnia in se non obligent vel quoque illicita quodammodo sint, tamen quoad gravitatem vel levitatem delicti cognoscendam, probe conferri & observari debeant, & hoc est quod supra monuimus, requiri hodie ubique historiam & naturam criminum.
- (o) Hoc loco monendum, quod plane alia ratio duellorum apud Longobardos fuerit, erat enim species probationis, & potissimum deficientis, propter quam probaturus fatalem Chirothecam offerebat, & ita monomachiam indicebat, ita ut in causis criminibus concertaretur usque ad internecionem

fionem pro honore seu consuetudinariam, hodie pro
dolor! communiter receptam, vulgo Attaque, seu et-
iam quandoque ad certamen minus solenne a duelli
formalitate recedens, devenitur, vulgo Rencontre, (p)
ad

nem, in civilibus vero ad deditionem; Leges desuper scri-
ptas vocabant jus Longobardorum, in quo 18. vel 20. capitula,
partim civilia partim criminalia, quæ omnia hic trans-
scribere nimis longum foret v. de hac re Damhouder *in prax.*
ver. Crim. c. 42. per tot: ubi & idem lege Salica receptum,
& apud Francos usitatum refert Jure demum Canonico ibid.
allegato, & alias notissimo hic modus tollebatur, non ob
ipsius inconvenientiam, licet rationes diversæ non illauda-
biliter adjiciantur, sed pro introducendo processu in quistio-
rio & stabiliendo officio Notariorum Pontificis, de quibus
diximus §. 7. lit. Q. Circa quam immutationem valde dubi-
tandum, an feliciter peracta, an non inciderit ius Canonicum
in scyllam, cum videri voluerit viturum Charybdim.

- (p) Quæ duo ita videntur differre quod aggressio illa consue-
tudinaria, *attaque* supponat quidem irritationem alterius,
& quod aggressor sit antea valde vel quodammodo laces-
sus, alter tamen ignoret aggressionem, certamen vero
minus solenne, *rencontre*, potest fieri & fit communiter
cum præcitu alterius, ita ut prima concursus & conversa-
tionis vice seu tempore certamen sit verendum, sine ta-
men provocatione, vel formalitate duelli, vel etiam sine me-
diatoribus, *secundantem* / sed quandoque adhibitis testibus,
ne a rationabilitate discedatur, & quidem simul punctim
& cæsim indistincte proceditur, ibi nempe in aggressionem
qualitas & paritas armorum non respicitur, bene tamen in
hoc certamine, in duello vero alterutra methodo præscri-
pta & determinata proceditur, ita tamen ut per hæc omnia
intentetur & quaratur nihil aliud, quam reparatio quædam
honoris consuetudinaria, non vero homicidium, sed vel vul-
nus

ad quæ omnia plane non quadrat, quicquid a Dd. de aggressione alias, quod dolotum homicidium efficiat, monere solent, cum longe aliam habeant intentionem indolem & naturam, quam nisi quis cognoverit, non potest non quotidie enormiter errare.

§. XVII.

His itaque suppositis si rationes superius allegatas, & ex præclamisimis JCtis adductas ad alios casus, hæctenus quoad identitatem poenæ non agnitos conferamus, nullum erit dubium, posse identitatem rationis commonstrare, quam injuste eadem poena non statuta, sed durior & quandoque capitalis ordinata. Sic quando ab ordinaria poena provocatus absolvebatur, communiter quoad provocantem ad alterum extremum æque communiter abitur, ut indistincte poena capituli intercedente interneccione provocati statuatur, quemadmodum vero rationem decidendi & distinctionem inter excessum defensionis & inculpatæ defensionis jam retulimus, ita e contrario collatio rationum decidendi pro provocato adductarum, & ad provocantem identidem applicabilium (q) efficit, quo minus du-

bite-

nus vel deditio, quæ reparatio, quamvis in iure ipso & LL. præscriptis strictissimis non admissibilis, vel toleretur, est tamen adeo communiter receptum, & licet non excuset in totum, tamen in tantum, ne poena duelli formalis obtinere ordinaria possit.

- (q) Nulla enim provocatio fit sine præcedenti injuria, nec sine illa concipi potest, ignoscendum, igitur & illi, qui quodammodo voluit se ulcisci injuriatus & quod difficile sit temperare justum dolorem, & ita de ceteris, non enim erit necesse omnes rationes repetere, quas evolvimus supra §. 9. l. 5.

E

bitemus, nunquam fere provocantem reputari posse pro homicida doloso, si quis enim dolo malo velit esse homicida ex proæresi, quare provocaret prius? omnis vero citatio fit regulariter ad vulnerandum (r) & pro reparatione honoris (s) quæ principia an fun-

E

&

§. 14. l. 7. sed saltem hoc loco quarimus ex omnibus cordatis, quis magis excusabilis sit, qui unica alapa laesit alterum dolose interficit, vel qui tot & tantis atrocissimis injuriis tam verbalibus quam etiam quandoque realibus omnem honorem exuentibus & intolerabilibus laesit & insultatus, alterum saltem provocat, ubi & propriam defensionem habet salvam; Non dicam de eo, qui post aliquod tempus, elapso periculo intercedens interficit eum, qui prior aggressor fuerat, sed recessit, & quidem sine ulla provocacione, quem tamen utrumque defendit Carpz. supra cit. loc.

(r) Omnes enim omnino mirantur, & dolent communiter, si superveniat cædes, tanquam res inopinata, ergo intentio defuit, ob stare posset, quod quandoque dolosus quoque homicida doleat, sed respond. circa hunc non est quæstio de præsumptione, propter apertam veritatem, hoc loco vero, quid præsumendum? Deinceps communis testatur experientia, ad id fieri ut plurimum duella, ut vulnus aliquod sequatur, daß er ein Zeichen das von besonmme / vel etiam sæpissime tantum leviter, in loco minus periculoso ut vulnereretur, hoc enim loco non exculamus actum, nec laudamus, sed saltem disputamus de gradibus poenarum, ne novum committatur homicidium, vel an necessario sequatur, quia provocatio præcessit, ergo homicidium dolosum, ex parte provocantis.

(s) Hoc loco tria probe sunt ab invicem distinguenda, tres enim separatæ & diversæ quæstiones occurrunt, primo an honor a privato possit adimi, & propria satisfactione reparari, secunda quæstio est, an circa injurias plane nulla distinctio personarum habenda, & tertia quæstio eo recidit, an non poena extraordinaria digni sint, qui læsa fama lædunt iterum

data sint vel non, licet iam non disputemus, constat tamen apertissime, ex nuda culpa non posse formari & fingi dolum, nempe in actu ultimo homicidii.

§. XIIX.

Diximus ut plurimum & pro extremo actu hodie vulnerationem aliquam, si non plane quandoque coactionem ad cedendum, vel aliam prærogativam vulgo advantage intentari per provocaciones & duella, quæritur vero an non obstet, quod qui vulnus mandat, alias etiam de cæde secuta teneatur, & consequen-

iterum, vel pro beneficio melioris & illustrioris conditionis suæ existimant, viles homines insultantes, facilius per modum re-torsionis lædi posse; prima quæstio, absolute & simpliciter considerata, negatur, circa alteram vero, sine dubio quendam existimamus adhibendum esse respectum personarum, honoratiorum scilicet, nobilium vel militum, si enim doctrina de atrocitate injuriarum quoad qualitatem personarum fundatissima in jure est, durior sane erit quoque injuria honoratiori illata, & sicuti intolerabilior, ita quoque hic majorem causam habet revocandi ad animum, quid dicamus de milite, qui sane nisi sufficienter ultus ad cohortem redire, teste experientia vix audeat, & ita plane victu carere teneretur, unde fuit decisio quæstionis tertia, quod ad minimum ad mitigandum, & ad solum excessum facinus illud vindictæ privatæ reducendum hæc omnia juvant, sicuti ipse Carpz alias negans in rationibus decidendi quæst. 29. præst. crim. num 80. his verbis utitur, zu Rettung seiner Ehre; & quamvis de provocato loquatur, nos e contra agimus de identitate rationis, ad provocantem æque applicabilis, indistincte enim & generaliter fit provocatio ad sustinendum honorem, in qua re licet enormiter excedatur, est tamen, abstrahendo a prohibitione speciali positiva, culpa tantum, nec argumentandum a facto illicito ad aliud delictum gravius, odia enim competit restringi,

quenter multo magis ipse vulneraturus, præprimis cum mandans & mandatarius eadem pœna digni, sed respondemus, hoc esse pro nobis, concedimus enim & notissimum est ac cum regulis juris conveniens, quod mandans & mandatarius in criminalibus eadem pœna cœrcendi, at vero illud est in quæstione, an mandans vulnus de cæde secuta teneatur, sicuti a nonnullis asseritur quidem, a plurimis vero & maxime egregiis JCtis (t) negatur & ita nobis vitio non vertetur; si in dubio ad minimum, lævisissimam viam eligamus, quod proprium in pœnalibus JCtorum est officium.

E 2

§. XIX.

- (t) An puniendus sit mandans hoc plane non est in quæstione & sine dubio affirmatur, sed an pœna capitalis obtineat, negamus, obstat enim natura negotii & ipsius mandati, ubi regulariter tenor illius non excedendus, & si hoc fiat, secundum omnia juris principia mandans non tenetur, & quamvis objiciatur, mediante mandato vulneris cædem profuere, hoc tamen negamus, & potius illud ex natura hujus instructionis & mandati fluere statuendum, quod si accurate vulnerare mandatarius non possit, abstrahere debeat a mandato, quippe quod strictissimi juris; luditur enim sanguine humano, si illo casu secuta cæde pœna ordinaria dicitaretur, præter hoc auctoritatem præjudicii imbutis auctoritate repellimus v. Bachov. ad Treutl. *vol. 1. disp. 27. thes. 3. lit. G. ibi*: quoniam hoc non tam dolus, sed culpa &c. Decians *in pract. criminali lib. 9. cap. 36. num. 5. & ibi allegati autores* in tantum, ut Alciatus in dubium vocet, an sit teneatur, qui mandat ut quis alterum extra plateam percutiat, & is percusserit in platea, ita si auctoritatibus disputandum; rationes enim de separanda culpa a dolo sunt evidētissimæ, quas vero reliqui adducunt, & inspecie Carpozjus, iterum ad jurisprudentiam terribilem spectant, ita enim
- parc*

§. XIX.

Illud communiter objici solet, quod dolus & animus occidendi præsumantur ex facto illicito, vel etiam ex instrumento, ad occidendum apto, (u) sicuti vero

partie 1. crim. qu. 4. num 22. iis, qui distinguunt inter dolum & culpam, regerit, quod ad poenam ordinariam non necessario requiratur animus occidendi, sed saltem sufficere versari in dolo, quomodo vero animus occidendi & dolus animus hoc loco differant, nos sane non assequimur, *deinceps num. 25.* additur quod vulnera sua natura non dantur ad mensuram, sed jam respondimus, quod tunc si mandataris mensuram nesciat, secundum intentionem mandantis debeat abstrahere.

- (u) Lauterbachius *ad tit. ff. de sicariis* statim ab initio eum allegato Carpzovio & ibi allegatis communiter ita sentiunt, sed textus citati parum ad rem faciunt, textus enim scripturæ *Num. 35. v. 18.* a Lauterbachio citatus, plane est contrarius, verba sic se habent: *Schläget er ihn aber mit einem Holz / damit jemand mag todt geschlagen werden / daß er stirbet / so ist er ein Todt, schläger / und soll des Tod des sterben.* Hic sane potius agitur de defensione homicidæ, an possibile adhuc sit defendere vel excusare illum, & quaritur effective, an non homicidium possit præsumi culpsum ex eo, quod saltem lapis vel lignum sit, & respondetur quod non, totus enim contextus commonstrat, non dei, quod ex sola qualitate ligni vel fustis homicidium præsumatur dolosum, sed supponitur aggressio dolosa, & ictus ad occidendum sine ulla causa, quomodo vero hic textus quadrat ad provocationem? vel aliud factum illicitum, ex quo cædes sequitur, præcedentibus tamen tot causis, & antea ad illud factum antecedens invitantibus. Sic textus juris civilis nihil quoque faciunt ad rem; & si LL. adessent, quod culpa sumenda pro dolo, amitterent tamen in eo legum naturam &

vero textus juris tam divini quam humani hoc nunquam evincunt, nec per naturam rei probare possunt, ita maneat potius diversitas quoad gradus delictorum, nec fiat contra analogiam juris extensio ab uno delicto ad aliud, (w) maneat quoque suo modo receptissima practicum regula, quod in criminalibus requira,

E 3

& pertinerent ad philosophiam, ut plurimum vero captantur verba, & hoc quoque accidit quoad communiter allegatam L. 38. §. 5. ff. de poenis, ibi enim verba *etsi dolo non faciant* indignant expresse poenam extraordinariam, ibi adductam, posteriora vero *mulier aut homo* id est infans, *perierit*, non restringenda ad casum & verba præcedentia, etsi dolo non faciant, quia manifesta alias committeretur fallacia compositionis & divisionis, & ita reperitur ibi decisio juris quoque hodierni, quod si partus vitalitatem jam habuerit, sequatur poena mortis, supponitur vero scientia ab altera parte, partum fuisse vitalem, alias exinde & præmissis ex verbis: & si dolo non faciant, posset concludi, omne homicidium culpofum esse capitaliter puniendum, quod tamen reliqui ipsi non statuunt, reliquæ LL. vero loquuntur communiter de dolo vero & aperto, sic L. 6. C. ad L. Iul. de vi publ. agit de præfesi & agressore & sine causa vim faciente, deqve poena graviore sive exemplo statuta Lex 1. C. ad L. Corn. de sicariis ac verba illa, *voluntas nocendi* ex præcedentibus verbis explicanda, pro voluntate occidendi, deinceps vero textus loquitur forte, & intelligi potest de poena extraordinaria, etiam quoad illa verba, crimen enim contrahitur, & tunc sub voce crimen non intelligitur crimen ex L. Cornel. in specie, sed homicidium culpofum.

(vv) Potius ita judicandum, quod si quatuor forte adsint gradus, scilicet rixæ, verbera, provocatio, cædes; is qui dolo sum se exhibet in primo gradu, efficiat culpam in secundo, & ita porro, quæ regula fere thetice hoc loco retineri potest.

quiratur probatio luce meridiana clarior, hæc vero vix fluit ex huiusmodi præsumtionibus in se minus fundatis.

§. XX.

Pari ratione judicandum & applicata idenditate rationis dicendum de agresionibus & certaminibus minus solennibus, de quibus dictum §. 16. & *ibi lic. p.* non enim sequitur argumentum ab invasione dolosa sine ulla causa perpetrata, ad illam subitam, utpote quæ causam præcedentem & quandoque gravissimam supponit, & ita hoc quoque loco excusandus, (x) qui ita se voluit ulcisci laceffitus, vel potius secundum genuina principia de dolo & culpa evidentissime hæctenus in ordinem redacta, ignoscendum ei, qui in culpa magis est, & excessu alicujus defensionis, seu tutela deculpata; juvat vero hæc rite examinasse etiam in illis locis, ubi
duel-

(x) Scilicet quoad pœnam ordinariam, recte enim hoc loco sumus percipiendi, eum non dicamus, quod is, qui non tantum verbaliter injuriatus sed & forte fustibus in publico foro, vel virgis in ipsis ædibus cæsus, ac male tractatus, terribili quandoque offendendi modo, debeat necessario alterum aggredi, vel certamen minus solenne appetere & quærere, sed saltem asserimus, si tantæ quantæ atroces & intolerabiles iniuriæ præcesserint, adesse aliquam speciem tutelæ, quamvis deculpatæ, nec posse dici, etiam si cædes sequatur, homicidium in se esse dolosum ein fürgesetzer Mord / propter illas argumentandi rationes, quod dolus i. e. homicidium dolosum præsumatur ex facto illicito alterius indolis seu generis præcedente, quod idem est, ac si diceret, qui fenestras alterius fregerit, deinceps, si forte incendium in civitate oriatur, præsumi ex facto illicito præcedente, & haberi pro incendiario.

duellum est speciale crimen, ne pœna statuatur ultra intentionem Legislatoris, vel ut examinetur, quodnam sit duellum dolo & proæretice initum, & quando ab hac formalitate recedatur, cum & in via ad ipsum duellum parata, accidere possit certamen minus solenne, *rencontre*, in quibus omnibus regrediendum ad doctrinam de hac re generalem.

§. XXI.

Si igitur quæramus, unde istud principum, quod dolus præsumatur ex facto illicito, orrum, non possumus non recedere ad processum inquisitorium, ex hujus enim natura non potest non illud fluere fundamentum, (y) cum regulariter si actus, deprehendatur sua natura culposus, pro quolibet deberet stare præsumtio, donec probetur contrarium.

§. XXII

Alia quoque causa præsumendi, & ex præsumptionibus seu indiciiis a facto ad factum extendendis judicandi est hac in parte receptio LL. extranearum

-
- (y) Ratio consistit in connexionè & indole huius processus, quippe cuius tota natura agit de indiciiis, & quidem primo de indiciiis pro inquisitione & ipsa quidem speciali, deinceps vero fundata illa, de indiciiis ad torturam seu naturalem seu spiritualem. Si itaque homicidium perpetratum, & quæstio occurrat, an dolose; investigatur hoc per medium inquisitionis, simul igitur atque constat, aliquem in facto illicito versatum, forte per duellum, vel etiam alias saltem rixas, præsumtio formatur contra illum tanquam homicidam dolosum, donec probetur innocentia vel necessitas, ita inquam ex natura indiciorum & processus inquisitorii, cum alias staret præsumtio bonitatis & delicti levioris, usque ad probationem contrarii aut gravioris, vel potius examinanda foret natura actus in se.

nearum, vel potius quod superius monuimus, omisso indagationis naturæ & historiæ criminum. Lex Cornelia de sicariis non poterat non esse admodum dura, deperditum enim & depravatum genus sicariorum in Italia erat, & quoniam illud exterminari vix poterat, inde, quamquam superius §. 29. lit. u. demonstravimus, regulariter ex LL. Romanis, sicuti, nec ex natura negotii probari posse regulam generalem, quod communiter dolus præsumatur ex facto illicito, tamen hoc loco quoad crimen sicariorum inficias ire non possumus, Lege Cornelia fuisse iudicatos, qui hominis occidendi vel furti faciendi causa cum telo ambulaverint, (z) unde fluit, ex ambulatione cum telo præsumtionem fuisse delicti majoris, at vero nec illa doctrina Romanorum de sicariis communibus (a) ad
no

- (z) *Vid L. 1. in pr. ff. ad L. Coru. de sicar.* Unde tamen aliud probari vix posset, quam quod homicidium dolosum fieri potuerit, & iste conatus Itolorum more & ob frequentem consuetudinem adeo duriter punitus, non vero, sicuti jam monuimus, quod homicidium in se præsumatur dolosum, ob aliud factum illicitum, de qua tamen re quærimus.
- (a) Sicarii dicuntur a sica, eîi Dolchy, quæ erat brevior gladius, ut veste tegi, atque adeo clam gestari posset, aptus itaque ad clandestinas & furtivas cædes, vel etiam gladius permodicus, quem solebant malefici in baculis gestare, ut ex insidiis aliquem interficerent, unde dicti sunt sicarii, ita Cicero in *Catilina 2. c. 1. non jam inter latens nostra sica illa versabitur.* quibus suppositis non erat dubium quin isti sicarii, non tam graviter fuerint puniendi, sed & sola gestatio sicæ, & si quis nocturno tempore cum sica deprehenderetur, poena etiam capitali affici potuerit, argumenta vero a sicariis ad hodierna, & quævis alia homicidia, uti plane non valent, ita Leges de super extantes, minus rite applicatæ, multæ confusionis fuerunt auctores,

nostra tempora applicabilis, nec sequitur, quoniam illa depravata sors hominum durius, quam alias habita, & ob invincibilem præsumtionem, vel etiam factum obambulationis cum sica, dicta lege punita, ergo semper dolus præsumitur ex armis, vel alio facto, nec enim hoc sequitur, quod semper Lege Corn. pœna fuerit eadem sine omni diversitate (b.)

§. XXIII.

Infiniti jam casus speciales examinari possent, tam quoad permissas defensiones, etiam cum interneceione alterius licitas, quam etiam quoad excessus, circa hos contentionum actus ab alterutra parte obvenientes; ita licite quidem occidi posse dicuntur: Fur nocturnus (c) raptor virginum, viduarum, & uxorum (d) vim

F non

(b) Contrarium expresse apparet *ex L. 3. §. 5. ff. eod.* ubi expressis verbis graduum poenarum ex Legs Cornelia mentio fit, & quod quandoque deportatio, quandoque bestii subjectio, quandoque alia adjectitia qualitas statuta, deprehenditur, pro ut vel humiliores vel altiores fuerint, & honestiore loco positi, unde simul apparet, honoris & dignitatis quomodo eunq; habendam esse rationem, quod tamen secundum principia Carpzovii & aliorum hodie nobilibus, militibus & aliis denegabatur.

(c) Propter textum in ordinat, criminali *art. 150. & Dd. communiter v. Far. Pr. crim. titulo 14. quest. 125. part. 4. num. 199. seqq.* Ubi tamen ratio communiter addita observanda, quod nempe hæc permissio fundetur in præsumptione, quod vim vitæ sit quoque illaturus, cum alias propter res ipsas defendendas in se hæc thesis non probet.

(d) *Vid. de hac re L. un. C. de rapt. virg. Henric. Bocer. el. 4. disp. 4. ib. 45. lit B. Farinacius part. 1. qu. 125. num. 44. & in specie Grillandus de poena omn. coit. qu. 10. num. 2. re-*
peti-

non tantum personæ sed & rebus & possessioni quoque inferens, eamque attentata vi spoliaturus (e) sed in tractatum non tantum abiret nostra dissertatio, & committeremus illud, quod aliis imputavimus, casus nempe tractari tantum, ex quibus rationes decidendi, sæpe & ut plurimum variantes eruendæ, ut quodammodo de principiis constet, non vero examinari principia ipsa; nostra enim procedendi ratione non tam regula maneret: Ubi vel minima defensionis species, etiam accedente alio facto illicito, ibi adesse tutelam deculpatam, non vero dolum, atque adeo cessare poenam ordinariam, sed nec dubitamus istos quoque, qui dicto

petimus vero circa hos interficiendos tradita quoad defensionem deculpatam *præc. lit. C.* etiamsi illa res ex dicto Seneca *l. 1. de benef. cap. 11.* posset illustrari, quod *virginitas & pudicitia sit de genere eorum, sine quibus possumus quidem vivere sed ut mors prior sit*, hæc enim verba optime conveniunt cum dictis biblicis de hac re, quod carnalem esse non sit nisi mors, non autem ad statum poenæ applicabilia.

- (e) Propter remedium *l. 1. C.* unde vi, communiter traditur, etiam possessionem cum intereptione alterius posse defendi, alii tamen distinguunt inter defensionem rerum mobilium & immobilium, hæc enim non adeo facile possunt spoliari, ut restitutio non sit æque facilis, nihilominus nonnulli impune committi posse tale homicidium statuunt, propter *Ordin. des Land-Friedens zu Wormbs ann. 1621. tit. die Pön aller Friedbrecher/ verf. aber denen Beschädigten ibi seine Gegenwehr und Verfolgung zu thun/ item Cammer-Bezirchs Ord. p. 2. t. 9. §.* so iemand in sine v. Hieron. de Cavallos *spec. aur. opin. comm. contra comm. q. 64.* & Gail. de pace publ. *l. 1. c. 16.* nos tamen hæc tempestate cum fractio pacis publicæ ad privatos non amplius applicabilis, non moderamen inculpatæ, sed deculpatæ tutelæ adesse statuimus, inde quandam poenam obrinere, licet non capitis,

dicto modo licite interfici posse traduntur, si cum internecione alterius se defendant, non ordinaria (f) sed extraordinaria quandoque poena iisdem principiis fere coercendos, pro re tamen nata.

§. XXIV.

Plures adhuc casus possunt occurrere examini de ipsa offensione, & illis casibus, ubi non quidem supponitur defensio occidentis, sed potius læsio voluntaria, legibus tamen permessa, pro defendenda forte causa publica; ita impune & sine ulla data irritatione interficere licere traditur hostem, (g) transfugam,

F 2

(h)

(f) Nec hoc videri debet nimis facile seu leve adversus fures, nemo enim potius odio habendus quam illi, & si unquam poenam capitis LL. humanis introducendum fuisse constaret, maxime contra fures illa fuisset opus, nullum enim delictum jure naturali societatem humanam magis turbat, quam quidem hoc, dummodo hodierna furta non confundamus cum temporibus Lyeurgi, dum quis hodie nec nocturno tempore in ædibus propriis tutus esse potest, nihilominus alia quæstio intercedit, an fur nocturnus impune occidendus, alia vero, si se defendat cum interitu alterius, an sit in specie quoque præter delictum furti homicida dolosus, esto, quod propter furtum qualificatum cum violentia poena in se capitalis, neutiquam tamen sequitur, ergo delicta non sunt rite separanda, sufficit quod non sit homicida dolosus.

(g) Cunctos hos casus sequentes uberius adduxit Hahn: in *diff. de vindict. priv. reb. 13 14. & seq.* ubi de hac re quatenus ex jure naturæ vel gentium derivetur, allegantur Grotius Ayala, Molin. & alii, solet quoque distingui inter jus gentium primævum & secundævum, hodie tamen distinguendum inter conflictum ipsum & occisionem hostis *captivi*, atque cum servitus captivitate nostris temporibus esset, nemo quoque sum interficere propria autoritate potest.

(h) militiædesertorem, (i) famosum & publicum latronem, (k) nocturnum populatorum agrorum, (l) ban-
nitum

- (h) Hoc loco jura militaria aliquanto majorem potestatem & impunitatem privatis committere videntur, vid. cit. loc. jus militare Holland. & ibi Petrus Pappus.
- (i) Hæc decisio ad nostram tempestatem non quadrat, sed ad ævum Romanum, & illius mores bellicos, potissimum quoque *formulam juramenti* inter illos & græcos quoque usitati, quod fortissimum & arctissimum adeo sacramentum erat, ut ex ipsius tenore & natura quilibet fere teneretur desertorem interficere, ob sacramentum inquam, vel potius *publicam devorionem desertam* uti in LL. dicitur, *v. iir. C. quando liceat unicuique sine jud. se vind. vel ob PUBLICAM DEVOT.* publice enim devoti inspecie milites salutabantur, imo etiam devotissimi *v. l. 17. ff. de exhib. milit. ann.* de qua re cum *all. loc.* citati Perez, Bocerus, Christinæus & alii ad rem non faciant, evolvendi sunt Lipsius, Ayalla & hujus generis plures, *de militia Romanorum*, hodiernis vero temporibus solent quidem edicta generalia emanari, de capiendis de fertoribus, Die deserteurs anzuhalten und zu arrestiren, at occidendi vis non temere conceditur, neque adeo hic desertor, si se cum interneccione defendat, moderamine deculpatæ uti facile potest, quia potissimum per judiciales personas, vel illorum jussu captura fieri solet, ut adeo vix vestigium culpæ, sed doli potius duplicati immineat. fecus pro re nata de personis extrajud. dicendum.
- (k) Circa hos, *distinctionem Habnii* cit. l. assumere possemus, si tamen latro se defendat cum occisione alterius, aut probaretur deinceps latro famosus, aut non, priori casu pœnam mortis ex proprio illo capite latrocinii subiret, posteriori vero, quo minus moderamine deculpatæ tutelæ se defendere possit, neutiquam dubitamus.
- (l) De hoc dicitur *in l. i. C. quando liceat un. se sine jud. vind.* & quidem olim præprimis in terris orientalibus in speciale delictum maxime consuetum abierat, tempore nocturno a-
gros

nitum imperri, (m) Zigaros, (n) sed circa hos hodiernum observandum quod non omnis casus hujus homicidii, olim liciti hodie quoque permittatur, ita quandoque his casibus nostra tempestate adesset homicidium plane dolosum, quandoque vero etiam intuitu utriusque partis probabilis causa adesse possit, ut adeo semper

F 3

eo

gros vastare, segetes corrumpere, vel accendere, vitibus quoque & arboribus damnum inferre, vid. Hah. cit. loc. sine cuius delicti historia vix intelligi potest dictum illud evangelii, quod dormientibus hominibus, inimici illorum venerint, & feminaverint Zizania in triticum, quem textum istorum populatorum nocturnorum ignari, plane quandoque ad diabolum, communiter in rebus incognitis in subsidium vocari solitum applicare non dubitant, id vero genus delicti cum incognitum nobis sit, & inconsumtum, inutiliter de eo disserunt Farinacius, Hilliger in Donello & alii ab Hahnio citati, atque adeo textus adductæ *L. 1. C.* ubi defensio istius interficiendo denegatur, eo quod iuste & impune occidendus fuerit, hodie locum non obtinet, cum præterea ex consuetudine ultra amputationem manus arbores dilacerantibus poena vix dicitur, raro applicetur.

- (m) Textus de bannito in *Ordin. Camer. part. 2. tit. 9. §. so jes mand* non satis clare disponit de permissione in vitam banniti, nihilominus a nonnullis hæc thesis indistincte assumitur, eum ab aliis potius distincte procedendum videatur, uti communiter hæc res demonstratur a Gailio & aliis.
- (n) Vid. *recess. Imp. de ann. 1500. §. von Zigeunern & Reform. polit. de 1530. item 1548. vel 1577.* at vero cum post illa temporiterum quodammodo tolerati, postea vero, & cum primis hodiernis temporibus, sub poena mortis a terris Germaniæ interdicti, non tam a privatis, sed judicialiter executionem fieri debere & ideo constat, ne jura territorii & jurisdictionis violantur, nisi distincte procedatur, hoc enim sisteret, spoliatus, salvo interesse, ante omnia foret restituendus.

eo recurrendum, an defensio saltem fit; quamvis deculpata, an vero dolus immineat.

§. XXV.

Egregia nunc moveri meretur quaestio, quomodo circa probationem seires habeat, & quidem communis est opinio quod defensionem necessariam alleganti incumbat probatio, quam quidem in totum non rejicimus, sed nihilominus tamen hoc loco non rite satis distinguere Dd. communiter existimamus, non enim sequitur, quoniam hoc vel illud momentum defensionis deest, ergo praesumitur & recurrit dolus per se, potissimum vero male receditur a communi regula, qua mediante actus semper praesumi debet levior, donec probetur durior ac gravior, & ita culposus, donec probetur dolus, quam maxime quoque & quodidie vero peccatur in illis causis, ubi in se & apertissima sua natura non adest homicidium, nisi culposum, (o) & tamen ad dolum investigandum adhibetur tortura; at vero uti saepe monuimus, haec omnia non possunt non provenire a processu inquisitorio

(o) V. g. si fiat mediante duello, certamine minus solenni, vel agresione pro honore seu consuetudinaria, quippe quae omnia supponunt aliquam offensam, & consuetudinem potius perversam, quam homicidium dolosum, nec locus est recedendi a natura negotii & regulae naturalis, ex ordin. crim. art. 141 & pr. c. 140. nam & supposito illo textu plures Jcti statuunt, si constat quoque agresio, vel alia causa, actum nihilominus eo usque praesumi culposum, donec dolus aliunde, mediante probatione patefeat, non ergo mediante inquisitione, seu tortura v. Theodor. coll. crim. dif. ult. thes. 6. lit. C. Bernhard. Grav. & alii, v. quoque qua tradit Jason, in l. ut vim 3. de J. & J. num. 9.

torio, alias enim maneret illis casibus regula recepta, quod actus in se culposus talis maneat, donec accusator probet contrarium.

§.XXVI.

Diximus superius non tantum in causis homicidii hanc doctrinam de moderamine deculpatæ tutelæ occurrere, sed etiam in aliis juris nostri materiis, inde pro hujus rei probatione tractari poterit casus, quando contra judicem quoque in civilibus hæc defensio excuset, quamvis igitur firma sit, & manere debeat regula, quod judici regulariter in genere parendum & obedientia præstanda, cum salus præprimis Reipubl. hanc regulam stabilit, nihilominus iudices quoque excedere itidem possunt, & adeo si ipsis legitimos trames excedentibus resistatur (p) vel etiam sine clausula, extra casus receptos, in habentibus & mandantibus paritio

(p) Et quidem non tantum si arrestum personale non sufficienter cognita causa decernat, quo casu etiam actionem injuriarum adversus illum competere communis est sententia, sed etiam si ab executione incipiat, vel in executione excedat, quo casu tot miserima exempla pro tuenda possessione extant, eum interneccione sæpe personarum judicialium, quibus executio commissa, & ita in illis casibus manerent sine dubio termini qualis qualis defensionis quamvis deculpatæ, nec obstat *tot. tit. ff. si quis jus dic. non obr.* quippe ubi omnibus consentientibus intelligitur casus, si quis resistat executioni, tanquam extremo jurisdictionis, & ita executio ibi supponitur non ab initio processus, sed in fine, rite examinata causa, & in rem iudicatam rranslata, & ita de executione iusta, hoc loco vero agimus de executione ab initio, & excessu illius, aliud quoq; est puniri ex dispositione illius tituli, aliud, an non excusetur, a pœna ordinaria qui in defensione se existimat constitutum.

neutiquam præstetur q) quandoque nulla desuper poena statui potest, si vero in hac quoque re a partibus excedatur non tamen tanta poena obtineret, quia res rediret ad statum moderaminis deculpatae tutelæ seu defensionis cum culpa.

§. XXVII.

De retorsione quoque constat, quod judicialiter fieri prohibeatur, est enim modus tollendi quidem injuriam legibus permissus, sed extrajudicialiter, unde actuum in se illicitorum limitatio quædam; & permissio non extendenda, sed potius restringenda, & sane respectum judicialem quam maxime violat, ipsius in judicio certare conviciis, nihilominus tamen si irritatus retorqueat judicialiter, tutelam quandam deculpatam ipsum a majori poena liberare posse, existimamus, licet secundum observantiam communem rarissime injuriæ & calumniæ, earumque retorsiones judiciales pro dolor puniantur, forte quia judices propter plurimum rabulaturientium frequentes consuetudines tandem ad usum fori & mala seculi hæc pertinere videntur,

- (q) Quæstio est an regulariter mandato inferiorum iudicum & inhibitionibus parendum annon, distincte hoc loco procedendum; mandatis cum clausula sine dubio parendum, at sine clausula regulariter sunt illicita, extra illos casus, qui Legibus Imperii excipiuntur, & ad unicum principium possunt reduci, si in hibitus versetur in facto sua natura, & non solum propter iura partium *indefensibili*, si enim ad instantiam partis tantum dentur mandata sine clausula, est in eo officium iudicis mercenarium, i. e. iuribus partium adstrictum, itaque exceptio illa Legum Imperii, quod quibusdam tantum mandatis obediendum, firmat in casibus non exceptis regulam illam, quod regulariter mandata illa contemni & sperni impune possint, *sunt verba Gail. l. 1. obs. 13. num. 1. 2. & seq.*

ant, ad quæ ipsa tantum quantum processum qui, re-
tulerit (r) non errabit.

§. XXVIII.

Fluit demum ex his omnibus, poenas esse debere,
si non proportionatas delicto, vel legi singulari, tamen
ex natura doli vel culpæ inquirendas, & naturam su-
am capere, quare nunc ultima vice illam adhuc cele-
brem & versatissimam quæstionem aggrediamur, an
hoc aliquid ad rem faciat, si quis cautionem præstite-
rit, forte de non offendendo, iudicio fisti, vel aliam
quamcunque, uno verbo, an cautio indistincte pro
commissa habenda, etiamsi major sit, & excedat sum-
mam, qua quis alias ex natura delicti possit puniri vel et-
iam inhibitiones & mandata poenalia duriora sunt, quam
ipsa poena in eodem delicto confessi & convicti; Et
quidem duas hoc loco distinctas quæstiones ab invi-
cem separandas putamus, alia quæstio est, annon per
contumaciam & negligentiam vel desertionem cautio-
nis seu etiam mandati poenalis delictum vel factum
prohibitum quandoque possit exasperari, alia vero,
an indistincte cautio commissa & exsolvenda? Prius
G cæte-

- (r) An ad malum culpæ vel poenæ processus pertineant, sub ju-
dice lis est. v. de hac re Dn. Præs. diss. *de Absinentia juris
natur. a regulis processus summar.* quæ tota fere common-
strat, ad quas clades & miseras rerum publicarum & ipse
processus civilis, de inquisitorio non amplius dubitamus,
propter diurnitatem referendus, cui tamen remedium, fru-
strata omni cordatorum Jctorum opera, inveniri non pot-
est, nisi illud solum *cirata dissent.* adductum, ut nempe nihil
in iudicio admittatur nisi adhibita statim probatione, nemo
quoque audiatur in iudicio, nisi probatione instructus, salvis
deinceps exceptionibus, ad quarum probationem sua natura
reus tunc quoque festinaret.

cæteris paribus sicuti non facile negandum, ita potestius asserere durum foret, si non absurdum, (S)

§. XXIX.

- (S) Vid. de hac re Menoch. *de arbitr. Judic. quest. L. II. C. 2. cas. 141.* ubi quoque de tempore, si ad incertum tempus vel in genere cautio iudicio sisti præstita, Vigel. in *method. jur. controu. L. 1. c. 7. reg. 44.* ubi variæ exceptiones vid. *reg. preced. & ibi all. Dd. Decianus Lib. IX. c. 36. Carpz. P. III. quest. 112. n. 92. 93. 94. 95. & seqq.* Quos tamen omnes & plures in infinitum qui se voluerit, distinctum conceptum quoad analogiam Juris de hac re vix hauserit, Carpz. plane illam cautionem non comparari cum poena conventionali tantum voluit, sed pro iisdem reputari, *cit. loc.* existimavit, id quod plane inconueniens est iudicandum, nam hoc solummodo hac vice opponimus, quod etiam caventi admittatur electio se pro confessio & convicto habendi, & poenam illam luendi, quæ si sine dubio delictum quæstionis per petraasset, sufficeret, sæpe numero enim accideret, ut vix dimidium vel quarta pars poenæ ipsius delicti esset, quam summæ per cautionem determinata, quare circa has varietates & DDrum incertitudines ita sentiendum putamus, ut ante omnia duo casus probe separentur, primo an cautio intuitu Judicis & pro poena contumaciæ consideranda, secundo vero an pro juribus partium interposita, Hæc ultima ad nos iam non pertinet, sed sine dubio officium iudicis quiesceret, dummodo parti satisfactum; Prior vero quæstio iterum in binas alias resolvitur, videlicet quomodo procedendum adversus illum, qui pro alio cautionem præstat, si omni vel nulla diligentia adhibita principalem non sistat, alia vero, quomodo Puniendus ipse delinquens, si ad cautionem ex propriis admittus fuerit, non tamen compariturus? Utroque casu neutiquam indistincte commissa cautio dicenda, ipse enim delinquens vel est pro confessio & convicto habendus, vel aliud contumaciæ genus pro natura Processus & eius poenæ eligendum, iste vero, in distincte poena arbitraria coercendus; & quamvis regeratur, ni-

§. XXIX.

Si itaque ex dissentientibus quæramus, annon absurdissimum sit, solam contumaciam puniri gravius, quam quævis atrocissima crimina, supposito quod ad pecuniariam poenam res redigatur, sine dubio nobiscum afferent, aut vero sæpe numero cautiones summæ præstantur, vel gravissimæ poenæ mandatis inferuntur, quas demum moderationi judiciali esse submitendas statuunt, scilicet, pro qualitate delicti in se, sed hoc ipso uti jam dictum conceditur quod volumus, nempe quod ex natura negotii cautio & comminationes poenales sua natura plane non obligent, sed se habeant tanquam accessorium & minus principale ac dependens & referens, ad naturam sui principalis & relati, id quod unice respiciendum, & ex eo poena determinanda (t) quæ tamen res separatam indaginem meretur.

G 2

§. XXX.

nimiam cautionis summam moderationi Judicis subiiciendam, hoc tamen nihil aliud est, quam condescendere in nostram opinionem,

(t) Si quis cautionibus in Jud. sist. causa factis non obtemperaverit, Jure Romano competeat regulariter actio in factum, adversus reum vel fideiussorem *ad id quod interest*, alia enim & justior natura negotii in se ne quidem fingi potest, si vero certa poena promissa ob rigorem & formulam stipulationum, illa ipsa poena erat exsolvenda, quia non tam amplius cautio manebat, quam degenerabat potius, & fiebat revera poena conventionalis, hodie vero stipulationem & ejus effectum non habemus, & inter cautionem, & naturam poenæ conventionalis hodiernæ egregia est differentia, si vero hæc confundantur, non est mirum, quin tantæ difficultates orientur, ita enim nonnulli sentiunt, cautionem quidem in infinitum posse extendi, si vero certa quantitas petatur, & cau-

§. XXX.

Ultimo loco quærendum, an etiam de causis publicis & illustrium hæc doctrina de tutela deculpata prædicari possit, si forte novum bellum oriatum non obstante pacificatione, nimis graves & intolerabiles conditiones continente, ob compellentem necessitatem insertas, sicuti vero hæc doctrina, junctis regulis de exceptionibus quod metus causa, judicia privatorum communiter tantum respicit, nihilominus tamen si a fœtu juris privati ad examen juris publici, naturæ & gentium res redigatur, non dubitamus omnia hæc quæ de metu, culpa in defensione &c. tradita, licet non formaliter, tamen materialiter in legibus publicis inveniri, quæ tamen hac vice huc non pertinent.

XXXI.

Tandem concludimus doctrinam de moderamine deculpatæ tutelæ ex his omnibus fundatam & separatam indaginem requisivisse, nec sub excessu defensionis omnia tractari potuisse, quibus concludendo adhuc addimus, quod excessus in se etiam hodie separatum aliquod delictum sit, & adeo omnis confusio eo magis vitanda, excessus enim de praxi communi indigitat actum illicitum, ratione intentionis, & peccaturi

cautio generalis sit, duplum illius quanti excedere non debere, alii aliter; Uno verbo quod auctores tot contradictiones, quæ omnes possunt evitari, si supponatur regula vulgarissima, quod cautio sit obligatio accessoria & licet promissa, vel non, licet infinita millia contineat, res tamen principalis sit salva, cesset sua natura cautio, & habeatur aliqualis ratio contumaciæ, de qua alias brocardicum traditur satis vulgare: Quod ab illa quælibet causa excuset, etiam facta & bestialis,

turi tantum, cum ipse actus ille alias de se plane illicitus non sit, sic superius demonstravimus immutationem vestitus, olim ob idololatriam prohibitam fuisse, in se vero nihil illiciti continere, nihilominus ob intentiones diversas, tanquam excessum, potissimum legibus Academicis interdici, constat; Deinceps quoq; pacta cum Diabolo si quis ex simplicitate initurus sit, quamvis Christiani ex sacra scriptura melius informati sint, spiritum esse illum, & ita spirituales seductiones illius vitandas, nihilominus levi aliqua poena talis excessus coerceri solet, vel carceris, vel pecuniaria, juncta correctione ministrorum Ecclesiæ, sicuti præjudicia (u) commonstrant.

G 3

§.XXXI

- (u) Ita nuper in iudicio Illustris Domini a D. Toparchæ in Zscheplin carceris poena dictitata, cuius verba sententiæ hoc loco adducere juvabit ad alterius demonstrandam simplicitatem & levitatem hominum, ipsum diabolum decipere volentium vel alia ridicula, verbi gratia, quod in visibiles se reddere possint credentium, quod æque insipidum, quam ipsius pacti & illius subscribendi natura, verba sententiæ hæc sunt; Die weil inquit als er hierüber so wohl summarisch als articuls weise vernommen worden/ in Güte gestanden und beklandt/ daß er die Schrift fol. 2. worinnen er mit dem bösen Geiste einen Bund mit gewissen Bedingungen machen und sein mit Leib und Seel immer und ewig seyn und bleiben wolte/ eigenhändig unter seinen Nahmen aufgesetzt und unterschrieben; So wird derselbe vor allen Dingen den Predigern Göttliches Worts/ um ihn daraus zu unterrichten/ und wegen seines bösen und ärgerlicher unternehmens zu bestraffen/ und davon abzumahnem billig untergeben/ auch so dann seines Verbrechens und übrigen Gesün.

günstigungen halber / über daß allbereit ausgestandene an
 noch 4. Wochen lang mit Gefängniß bestraffet / ist auch
 die auffgewandte Unkosten 20. Ordinarius Senior und an
 dern Doctores der Juristen Facultät zu Leipzig. Pactum
 vero illud miserrimum & simplicissimum est tale: O du
 Fürste dieser Welt! ich ruffe dich an du solt zu mir kom
 men in der 12. Stunde als wird seyn der 20. April. Da
 will ich gern was mit dir reden in der Nacht / zum ersten
 ich will mich dir ergeben / und wann du mir dienen wilt / in
 60. Jahren will ich deine seyn / aber du must mir geben
 Geld / und 12000. Thlr. haar Geld flugs izund / und un
 ter den 60. Jahren auch wiederpart gut seyn / und wann
 ich mich mit Leuten schlage / daß ich allzeit Herr werde /
 und wenn ich dich um einen Raht frage / must du kommen /
 und mir sagen was ich dich frage / und unter des must du
 thun und geben was ich will gethan haben / und wann ich
 deinen Nahmen in ein Schächtelgen thue nnd lasse mir
 was dafür geben unter den 60 Jahren / so bin von dir loß /
 und wenn die 60. Jahr um und dich nicht weggegeben ha
 be / so will ich dein seyn und bleiben / immer und ewiglich /
 und du must mir auch verhalten was du versprichst und
 auch verhalten was du mir thun wilt / und geben wilt /
 sonst gilts auch nicht / und ist umgestoßen / und du must
 mich auch in die Kirche gehen lassen / nnd auch zum H.
 Abendmahl gehen lassen / und must mich nicht schimpffen.
 Und eins bitte ich noch / gib du mir doch was daß ich mich
 kan unsichtbahr machen / und mich die Leute nicht sehen /
 daß ich kan machen was ich will / und daß ich kan in alle
 Gewölbe gehen / und auch den Leuten nehmen was ich will
 daß mich niemand siehet / wann ich dasselbe im Hauße
 habe daß unsichtbar machet / oder wann ichs weg lege von
 mir / daß mich alle Leute sehen / und an den Ort wo ichs hinle
 ge daß ichs auch wieder finde. Dat. Kospe. S. S.

XXXII.

Votum itaque nostrum in fine hoc est, ut de-
 mum in genere doctrina criminalis rite & alia sane
 via tractari consuescat, & processus inquisitorius per
 multæ paupertatis [magister temperetur, ac incipiant
 saniores Politici, magis magisque advertere in pseudo-
 politica illa principia inquisituriensium, ut ubicunque
 terrarum civibus bene sit, & videant Jcti, quid hoc o-
 lim sibi voluerit, opus fuisse crimen; nihilominus ta-
 men puniatur dolus, & rejectis facinorosis, maneat
 substantia bonorum civium, quo sane factio docebit cer-
 tissime experientia, & divitiis & opulentia cumulatam
 iri quemvis populum, & ubivis dominaturam veram
 & saniozem politiam, ejusque uberrimos effectus se-
 cuturos, faxit DEUS feliciter.

COROLLARIA.

I.

Dominii definitio, ex qua tamen permulta flu-
 unt, rarissime accurate traditur, est vero dominium
 in jure nostro nihil aliud, quam possessio legitima, rei
 ab ipso domino solenniter, i. e. mediante mancipatione
 seu traditione, acquisitæ, vel a non domino, & usu-
 captæ.

II.

Quod itaque traditio si *modus* acquirendi domi-
 nii, vix hodie percipi potest; Resignatio tamen ju-
 dicialis in Saxonica est species quædam modorum do-
 minii acquirendi.

III.

COROLLARIA:

III.

Jura in Re sunt entia juris Romani, jure naturæ,
& ex natura negotii incognita.

IV.

Verbalis acceptatio donationum nec in mortis
causa donatione, nec simplici, Jure Romano requi-
rebatur, ad hodierna jura vero plane non quadrat.

V.

Quæstio domitiana in L. domitius 27. ff. de Te-
stam, non est ridicula & inanis, sed intricata satis &
subtilissima, & plane incongrue ad illam responsum,
potissimum tum temporis.

VI.

Omnes fere tituli juris, & integri libri de lega-
tis sunt in utiles, & pertinent ad grammaticam, nuda
enim & sola quæstio fere occurrit, si testator ita vel ita
dixerit, quid sub illa voce vera lateat, potissimum
cum idiomate latino non utamur.

VII.

Sic anxie quæritur, quid sub matula comprehen-
datur in l. 25. §. mundus ff. d. aur. arg. &c. & sine dubio
erat terminus non speciei sed generis, hodie vero di-
cimus, Toilette.



Freund / Wehrter Herzens Freund / so
kan ich DICH wohl nennen/
Weil Treu und Redlichkeit bey DIR als Jackeln
brennen/
Da DEIN beredter Mund auff der Catheder
weist/

Das man mit Recht bey DIR als was besonders preist/
Daß Klugheit und Verstand so DEINEN Mund regieren/
Von diesen edlen Trieb den wahren Ursprung führen/
Daß DU zum Zeitvertreib ein schönes Buch erkliest/
Wenn mancher oft davor ein Gläßgen Wein vergießt
So soll aus meinem Kiel ein solcher Lobspruch fließen/
Der DEINEN edlen Ruhm in Reime könte schlößen/
Alleine / Theurer Freund / ich sage sonder List/
Daß Pegasus vor mich stets faul und stetig ist.
Drumb/ da die Nesseln nur den Blumen Strauß verstellen
Wenn sich dieselbigen den Rosen zugesellen/
Und da DEIN eigner Mund DIR solchen Ruhm bereitt/
Daß man von selbigem auf allen Gassen schreit.
Ja da von DEINER Ehr so viele Flöten singen/
Daß sie sich endlich wird biß in die Wolcken schwingen/
So halt ich billig heut mit meinen Lallen ein:
Es soll mein bester Thon ein kluges Schweigen seyn.
Ich will indeß der Welt durch mein Exempel lehren/
Wie man soll DEINEN Fleiß/ Verstand und Tugend
ehren
Und schreibe dieses noch zum festen Schluß hin/
Daß ich ohn alles falsch DEIN Freund und Diener
bin.

Hiermit bezeigete seine Ergebenheit dem
Herrn Respondenten seinem Wehrten
Freunde

Caspar Otto von Nostitz.
Equ. Sil.

Die Musen zehlte Mars wohl gern zu seinen
Söhnen/
Die Venus küßte Sie: Doch Pallas kriegt
den Preiß/
Sie krönt mit Ehr und Ruhm aniso Deinen
Fleiß/
Dein Fleiß wird einst das Land Hochwehrter wieder
krönen.

Dieses wenige setzte seinen Hochwehrten
Freundewohlmeinend auff

Johann Gabriel de Schulz
Szuleckj,

Ingeni est signum generosi, Stemmata gentis
Non tantum præbere suæ, quæ gloria famæ
Virtutisque poli iam dudum evexit ad astra,
Verum etiam priscos studio tentare penates
Illustrasse suo, ne stirpis posteritati
Vilior eiusdem præclaræ gloria desit.
Cumque tuo exemplo MAGNI spes magna PARENTIS
Hocce probas, sub tanto & Præside pulpita scandis,
Gratulor ex animo devincto, Jupiter adsit
Omnipotensque Tibi, quocunque in climate vivas.

Hiscie applaudit
Jacobus Wolffsteinner.



94 A 7343

ULB Halle

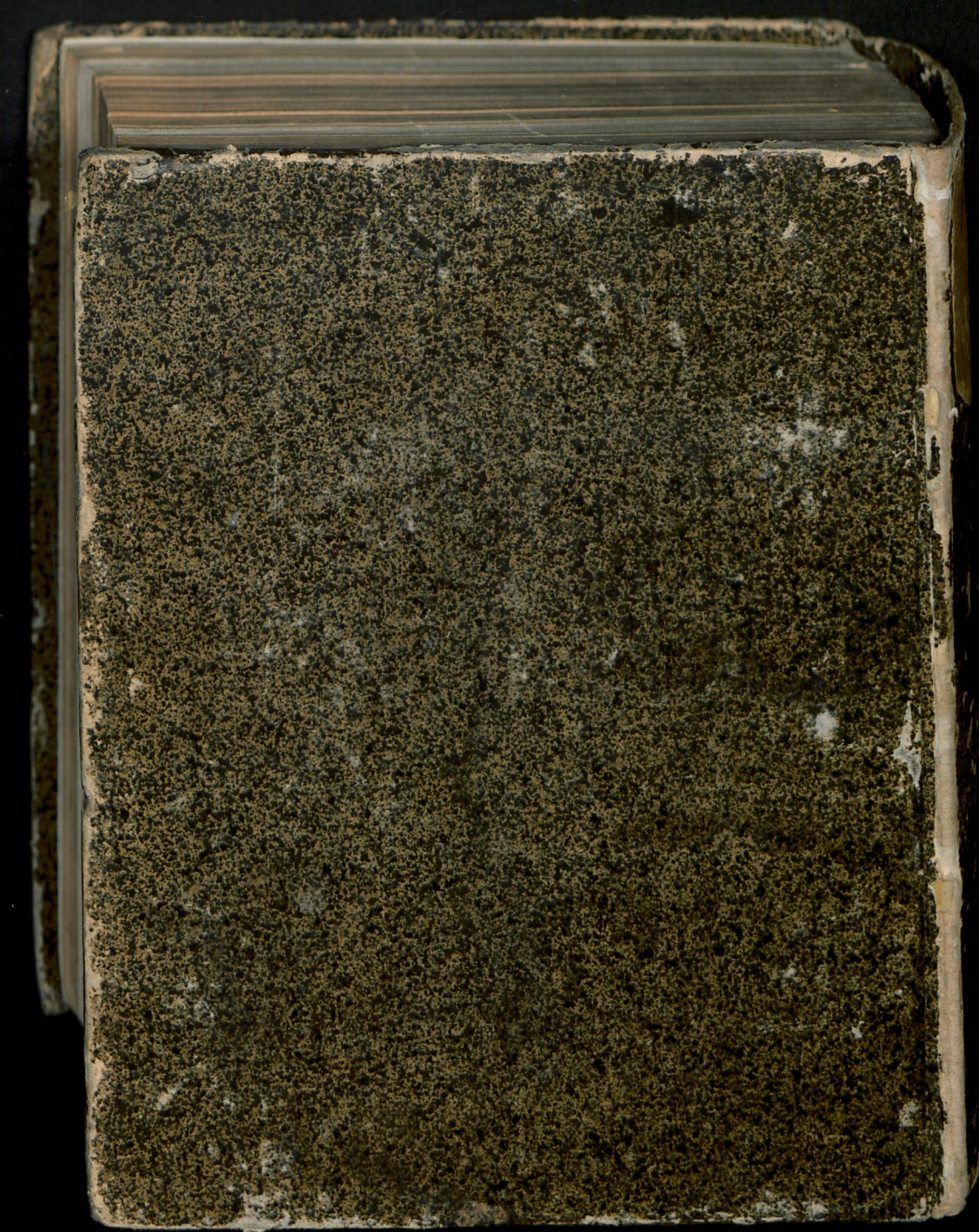
3

000 543 829



KD 17







B.I.G.

Farbkarte #13

9

DERTATIO JURIDICA
 DE
MODERAMINE
CULPATÆ
TUTELÆ
 QUAM
 RE MAGNIFICENTISSIMO
 VISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
LIPPO WILHELMO,
 BORUSSIÆ, MARCHIONE BRAN-
 DENBURGICO, CETERA
 ALMA FRIDERICIANA
 SUB MODERAMINE
PETRI GASSERI, J.U.D.
 & PROF. PUBL. EXTR.
 UDITORIO MAJORI
 Septembr. M. DCCXI
 de eruditorum disquisitioni submittit
SCHOENEBERG de BORNESTEDT
 Eqves Marchicus.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,
 JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typogr.