





24. 1783 24
Q. D. B. V.
DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA

DE
INDICE CAVTO
IN DETERMINANDIS POENIS
ARBITRARIIS

P 426
QVAM
INDVLGENTE INCLYTO ICTORVM ORDINE
SVB PRAESIDIO

DN. IOAN. MATTH. MARTINI,
SERENISS. DVC. REGN. A CONSILII IUSTITIAE
IVR. DGCTORIS ET PROFESSORIS PVBLICI ORDINARIAE
FACVLTATIS IVRIDICAE SENIORIS ET DECANI

PRO SVMMIS IN IVRE HONORIBVS
RITE CAPESSENDIS

IN ACADEMIA FRIDERICIANA
BVETZOVIENSI

ANNO 1783. DIE XVI. APRILIS
H. L. Q. C.

PLACIDAE ERVDITORVM DISQVISIONI
SVBMITTIT

IO. DAN. HACKER,
MEGAPOLITANVS, IVR. CANDIDATVS.

BVETZOVII, 1783.



6 D R N
DISSERTATIO IN AUCTORIALIS IURIDICA

DE
IURIDICE CAUTO
IN DETERMINANDIS PORNIS
ARBITRARIIS

QVAM
INDVGENTE INCITO ICTORVM ORDINE
SVB PRAESIDIO

DN. IOAN. MATTH. MARTINI

PROFESSORIS PRAESIDIUM
AC AUCTORITATEM
AC AUCTORITATEM
AC AUCTORITATEM

PRO SVMMIS IN IVRE HONORIBVS
RITE CAESSENDIS

IN ACADEMIA FRIDERICIANA
BARTHOVENSI

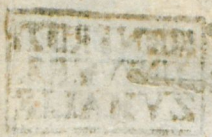
ANNO 1783 DIE XVII APRILIS

M. D. C.

PLACIDAE ERADITORVM DISPOSITIONI
SVBMITTIT

IO. DAN. HACKER

MEDICINAE SVB CANDIDATE



BARTHOVENSI, 1783

Handwritten marks and numbers on the right margin.





§. I.

Si quae alia, certe negotia criminalia summa cum circumspectione maximoque studio a iudice sunt pertractanda. Suadet hoc gravitas rei, inculcant idem leges iuris criminalis tum communis tum provincialis. Ipse enim Imperator Carolus V. in ordinando iure criminali hoc primo loco curae cordique habuit, vt bene ordinata reperiantur iudicia criminalia, et membra adhibeantur idonea, quae doctrina pariter, ac generis splendore nec non morum probitate prae reliquis se commendant 1). Amice conspirant tot patriae constitutiones, inter quas solam transactionem nouissimam nominare hic sufficiat 2). Interest reipublicae, vt quam celerrime fieri potest, absolua- tur processus criminalis, tum ad detegendam innocentiam, tum ad puniendam malitiam improborum. Pertinet hinc ad officium omnium iudicum criminalium 3), in primis vero collegio- rum

rum iuridicorum, ad quae transmissa sunt acta criminalia, vt semper illa praeferant ciuilibus, quem ordinem in expediendo constanter a facultate iuridica Buetzouieni seruari, auctor mihi est Dn. Praeses; et idem in statutis facultatis iuridicae Rostochiensis iam olim expresse praescriptum fuisse testis est b. MANTZELIUS 4).

- 1) In spho 1. C. C. C. Erstlich setzen, ordnen, und wollen wir, daß alle peinlich Gerichte mit Richtern, Urtheilern und Gerichtschreibern, versehen und besetzt werden sollen von frommen, ehrbaren, verständigen und erfahrenen Personen, so tügendlichst und best dieselthigen nach Gelegenheit jedes Orts gehabt und zu bekommen sein, dazu auch Edlen und Gelehrten gebrauchet werden mögen.
- 2) In spho 425. Es sollen aber übrigen die von Ritter- und Landschaft schuldig sein, ihr Gericht mit tüchtigen Männern und einem geschwornen Actuario, oder einem specialiter ad acta vereidigten Notario zu besetzen, und den Partheien gebührlich und unangefaltten Recht widerfahren zu lassen. Consensus adest plurimarum forte omnium provinciarum Germaniae.
- 3) Ita constitutum legitur in ordinatione Cancellariae Güstroviensis P. I. tit. 2. §. 4. Die Criminalia sollen zuerst, und noch vor den ältesten befreieten Sachen, als alimentorum etc. tractiret werden.
- 4) Dist. cui rubrum est, Jus criminale mecklenburgicum sect. 2. §. I.

§. 2.

Quum eadem adhuc hodie, quae olim, sit forma iudiciorum nostrorum criminalium inferiorum, vt omnia fere a directione vnus personae dependeant, et Assessores plerumque sint iurium ignari, sapientissime Imperator Carolus V. toties iudicem ablegat ad responsa et consilia Iureconsultorum 5), immo ratione transmittendorum actorum specialiter plura in art. 219. constituit, ne omnia a voto et iudicio vnus hominis pendeant, atque fama, vita, et bona accuatorum vel inquisitorum in discrimen vocentur. Confirmat haec, immo magis determinat lex fundamentalis Mecklenburgica supra iam nominata 6).

5) V.

5) V. c. in art. 7. 91. 160. 161.

6) In §pho 425. Auch Acta in Civil- oder Criminal-Sachen zu Urtheilen an privat Doctores, sondern in diesen die Acta an einheimische oder auswärtige Rechtscollegia zu verschicken. Consensum omnium fere germanicarum provinciarum testantur I V D V I C I Einleitung zum peinlichen Proceß Cap. X. §. 4. MEISTER vollständige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Teutschland B. 1. Abschnitt 3. Capitel 1. §. 3. Haud proflus alicum a proposito meo esse videtur, inquirere in genuinum sensum verborum, quae P. II. Tit. 44. Ordinationis Cancellariae Gostroviensis occurrunt. Praescripto a legislatore modo procedendi in criminalibus a judiciis obseruando, pergite ille sequentem in modum: So denn in der Sache zu erkennen, was die Kaiserlichen Rechte und die peinliche Hals-Gerichts-Ordnung statuiren und setzen, doch daß ante absolutionem vel condemnationem rei unsere gnädigste Gemüths-Meinung vorher vernommen werde. Solertissimus rerum mecklenburgicarum quondam inuestigator B. MANTZELIUS diss. cit. sect. 2. §. 2. dubius haeret circa mentem huius passus; ad quae, inquit, verba commentarium practicum expectamus a peritioribus. Desiderant omnino verba ulteriorem explicationem, quam certo certius sit, Cancellariam hodie acta criminalia non transmittere ad Principem ante publicationem sententiae a collegio conceptae. Meo quidem iudicio, quod scio quam sit exiguum, omnia ex §phis 3 et 7. dicti tituli huius ordinationis explicari possunt. Ex §pho 3. enim discimus, haud raro accidere potuisse, vt propter multitudinem causarum tota adornaada iniquitio non integro collegio sed vni vel duobus membris eiusdem commissa fuerit, quo casu eadem transmittendorum actorum ratio aderat, quae respectu iudiciorum inferiorum transmissionis necessitatem imponit. Attamen ex §pho 7. intelligimus, hanc legem Cancellariae scriptam esse, vt ipsa sententiam concipiat, relicta illi solummodo libera facultate, informationem petendi ab extraneo iudice. So wollen wir auch, hic tenor est verborum, daß die Urtheile in criminalibus allemahl von unserm Cancellar Director und Rätthen selbst gesprochen werden sollen, jedoch daß ihnen vorhero die Informator Urtheil einzuholen frei bleibe. Jam fingamus nobis casum, saepius forte tunc temporis obuenientem, quo totus processus criminalis ab vno membro collegii erat directus nec informatio petita ab extero iudice. Quomodo quaeſo in tali casu securitati subditorum et salutii publicae melius prospicere poterat legislator princeps, quam imposta necessitate, integra acta cum voto humillimo Principi exhibendi. Apprime ad rem facere videntur, quae vir, dum viveret, acutissimus STRUBEN in den rechtlichen Bedenken tom. II. Bedenken 46. §. 2. affert; Bleibet der Obrigkeit und der Landes



Landes Regierung unbekannt, warum jemand bestraft worden; so kann man unmöglich verhindern, daß der peinliche Richter sich einer mehrern Gewalt annahm, als ihm zustebet, daher denselben mit Rechte auferlegt wird, die von ihm selbst abgefaßten Urtheile samt den rationibus decidendi vor der publication einzusenden, damit man er-messen könne, ob eine Verschiebung der Akten nöthig sei. Lubenter tamen hanc coniecturam rectiori aliorum iudicio submitto.

§. 3.

Leges tam communes, quam patriae seuerè inculcant iudici criminali strenuam et accuratissimam legum applicatio-nem; immo vel iurisiurandi religione illum obligatum esse voluerunt, nec non poena infamiae notatum, si vlla ratione a praescriptis legum aberrare, et criminum poenas vel minuere vel remittere, vel alias leniores substituere auderet 7). Sanctifime ipsi seruanda est lex dura quidem at satis clara; sciat enim se ministrum modo esse legum, non legislatorem 8). Nulla eum moueat sic dicta aequitas intrinseca; namque ne sub spe-cie quidem vtilitatis vel salutis publicae exceptionem a lege per-spicua dare ipsi permissum est, sed probe considerare debet, leges et in constituendo et in ratiocinando ad id respicere, quod *επι το πλείον*, vt plurimum contingit, nec ideo quod ratio-nes in certis casibus cessent, ius etiam cessare dicendum, qua-tum iura prae incertitudine cuncta resolverentur 9). Multo minus LEYSERO subscribendum erit, qui eo vsque arbitrium iudicis extendere non dubitat, vt vel solius litis euitandae causa locum sibi vindicare posse defendat, et probationem suae opinionis se in L. 55. D. famil. ercisc. inuenire putet; qui ideo merito notatur a STRVBENIO 10).

7) Vult L. 8. §. 2. C. ad leg. Iuliam de vi publ. vel priuata, iudicem nosse oportere, quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen apud se probatum distulerit, seu omiserit, vel impunitate donauerit, aut molliorem, quam praestitimus, poenam protulerit.

8) Longe

8) Longe enim alia est quaestio, vnicui ad iurisprudentiam legislatariam spectans, num expediat reipublicae, duriores delictis statuere poenas, aut propter auctum numerum perpetratorum criminum huius vel illius generis augere eas. Quaestionem propositam negare nullus dubitarem, nequitiam enim poenarum grauitas minuit delicta. Contententem habeo h. Struben in den rechtlichen Bedenken Tom. 1. Bedenken 125. qui illud egregie exemplo domestico illustrat. Wenn unsere Haus-Diebe, haec sunt verba eius, nach Beschaffenheit der Umstände auf Lebens- oder lange Zeit in die Karre verdammt würden; so reichte es zu, sie von dem Verbrechen abzuschrecken; und man würde solches öfter bestraft sehen, dahingegen die mehrsten Herren es vertuschen, um nicht Anlas zu geben, daß ein Mensch sein Leben so jämmerlich verliere, weil er ihnen etwas wenigens genommen. Der bey uns eingeführten harten Strafen ungeachtet werden Haus- und Pferde-Diebstähle nicht seltener begangen, als in den Ländern, wo man sie nicht so scharf abtödt. Commendandus esset illis, qui grauioribus poenis obuiam iri posse delictis statuunt, passus, qui legitur in immortalis Ruforum imperatricis Instruction für die zur Verfertiigung des Entwurfs zu einem neuen Gesetzbuch verordnete Commission, Art. 222. 223. dignus qui hic inseratur. Die sicherste Abhaltung von Verbrechen geschiehet nicht durch die Schärffe der Strafen, sondern wenn die Leute gewis versichert sind, daß ein Verbreter der Gesetze unfehlbar bestraft werden wird. Die Gewisheit einer gelinden aber unvermeidlichen Strafe macht in die Herzen der Menschen einen viel stärkeren Eindruck, als die Furcht für einer schweren Todes-Strafe, der man zu entgehen Hoffnung hat. Je gelinder und mäßiger eine Strafe seyn wird, desto weniger ist nöthig, durch Linderung der selben Gnade zu erweisen. Denn alsdenn sind die Gesetze selbst mit dem Geist der Barmherzigkeit angefüllt.

9) Sunt verba Huberi in auspiciis domesticis coll. I. pag. 28.

10) In den rechtlichen Bedenken Tom. 1. Bedenken 66.

§. 4.

Obueniunt interdum, rarius licet, id quod negari nequit, huiusmodi casus, quibus anxius haeret iudex, num salua sua conscientia rigorem legis in casu obuiio applicare queat, quem adhibere vel legi diuinae contrarium esse, vel acquirari naturali contrarium esse persuasum sibi haber. Verum enim vero
nec



nec tali casu indulgendum erit, vt ratio inde desumatur recedendi ab illo rigore legali, et propter conscientiam iudicis forte erroneam tollendi legem vel saltem eidem derogandi. Duplex datur a iudice, qui ad conscientiam suam ita prouocat, eligenda via. Aut enim gratiam Principis imploret, recedendo accuratè et plenarie causas, ob quas in casu praesenti iuxta eius sententiam exceptio a lege sit facienda, tumque expectet resolutionem Principis, in qua ipsi acquiescendum esse dubio caret. Sin vero haec displiceant, aliud superest remedium, consulendae conscientiae iudicis vltimumque eius refugium, munus suum deponar, quod secundum praescriptum legum gerere non vult, aut religioni sibi ducit 11).

11) Reinhardt de iis, quae nobis inuitis sunt, cap. 1. §. 3. Et duo haec longe a se inuicem sunt diuersa, poenam lege molliorem infligere, et legem criminalem dubiam, quantum fieri potest, quam lenissime interpretari. Posterius ad officium iudicis omnino pertinet, nullo tempore negligendum.

§. 5.

Quod in specie ad clausulam aggratiandi attinet, quae interdum sententiis addi solet, nec illam promiscue adhibere potest iudex sui officii memor, multo minus sine additis rationibus specialioribus, propter quas gratia praenalere queat, ad clementiam Principis prouocare. Ius enim aggratiandi suis quoque certis limitibus est circumscriptum, quos transgredi nequit Princeps Christianus. Latius eisdem describere a proposito foret alienum, vnicum hoc addam: mihi eadem est, quae olim b. MANTZELIO, haereticis, iudicem non nisi maxima cum circumspectione hac clausula vti debere 12), semperque speciales sese mouentes rationes adnectere, mox ex ipsis delicti perpetrari circumstantiis depromptas, mox ex aliis causis externis 13); ne ad exercendam intempestiuam misericordiam inuitentur summi magistratus, qui ex causis grauidissimis faciles nimis non esse debent in aggratiando, ne maius exinde ad rem-

republicam redundet incommodum, leges elusoriae fiant, et sub spe veniae delicta increbescant.

- 12) Dissert. de limitibus iustitiae, aequitatis, iuris aggratiandi et arbitrii iudicis §. 31. daß diese Worte zu schreiben ihm viel beschwerlicher sey, als jemand, ohne einigen Zusatz das Leben abzuerkennen.
- 13) Hinc non approbo clausulam, quam QVISTORPIVS in den Grundsätzen des peinlichen Rechts suppeditat, ita conceptam. es wäre denn, daß die hohe Landesherrschafft solche aus vordringender Gnade in diese oder iene umändern oder lindern wolle. Addendum illi omnino fuisset, in Ansehung der oder iener eintretenden Umstände, quae circumstantiae specificae inferendae sunt. Rectius calculum meum meretur formula, es wäre denn, daß seine Angehörigen für ihn intercedirten, in welchem Fall er der Familie zu Ehren statt der vorhin genannten Strafe mit der — zu belegen. Quae vero non in specie ad ius aggratiandi pertinet, sed recte, ceteris paribus, a iudice ordinario insertur et dein executioni demandatur. Legatur b. MANTZELIVS diss. mox citata §§phis 36—42.

§. 6.

Ex haecenus dictis iam, quantum satis est, elucescit, arbitrium iudicis tum demum vim suam exercere posse, quando applaudente lege vel generali vel speciali in dato casu poena ordinaria exulare debet, et alia vel grauior vel leuior substituenda est, non itidem per legem determinata; dein eidem locus datur, quando lex plures vni delicto statuit poenas, ex quorum numero electio a iudice est facienda; denique, si penitus omissa est a legislatore determinatio poenae in obvio casu, et omnia iudicis determinationi relicta inueniuntur 14). Diuerso tamen modo pro diuersitate casuum, quos nominavi, suo arbitrio vtitur. Neutiquam ipsi permissum est, aliam irrogare poenam omnino non a lege nominatam, quoribus quaedam specialiter a legislatore memoratae in lege inueniuntur; sed necessario ex nominatis vna erit eligenda 15).

- 14) Ill. MANTZELIVS diss. §pho praec. citata §. 44. arbitrium nominat iudicium practicum in casibus, quibus theoria impar est, ita iudicandi,

dicandi, ut non iniuste plus, vel iniuste minus fiat, quam quod ius et iustitia exigunt et permittunt.

15) Paululum latius patere dicitur arbitrium collegiorum iuridicorum, siue facultatum, quibus hoc merito factem tribuendum erit, ut integrum ipsis sit, nullam earum poenarum, quas lex exprimit, applicare facto obuenienti, sed aliam arbitrariam substituere. Plures iam hoc argumentum tractant, hinc breuitatis studio me refero ad Ill. MANTZELIUM diss. de decisionibus, quae sunt pro auctoritate, asserit, 14. Scholio. Ceterum subscribo Ill. de BOEHMER ad CARPZOVIVM quaest. 150. obseruat, 4. qui defendit, potestatem collegiorum ad respondendum de iure constitutorum non adeo extendendam esse, ut ultra mentem et rationem legis poenam mitigare queant. Addit vir celeberrimus, *si quae ipsis praerogatiua indulgenda*, ea latius se non extendit, quam ut in causis, siue ob circumstantias facti perplexis, siue ob definitionem legis cessantem ambiguis, excluso iudice ordinario, arbitrari possint, quid oblatae speciei conueniens ipsis visum.

§. 7.

Liberius quidem arbitratur iudex, nulla prorsus in lege determinata poena; attamen nunquam vagum esse debet arbitrium, sed potius analogiae iuris conforme. Respectum habeat causae, conditionis, personae tum laedentis, tum laesae, temporis, loci, quantitatis, qualitatibus, euentus, partis laesae intercedentis, et plurium aliarum circumstantiarum, ne quid ultra mentem et ideam legislatoris statuatur. In casibus huius generis merito quoque respectus personarum habetur, quando de recte applicanda poena quaeritur; nec alia fuit intentio legislatoris, dum plures memorauit poenas aequipollentes, relinquens arbitrio iudicis, quatenam illarum in quouis casu obueniente sit applicanda 16). Singulari hic quoque opus est circumspicione ex parte iudicis, ne incongrua et personae haud conueniens poena eligatur. Longe autem maior adhuc requiritur diligentia et iudicium quod dicimus practicum exercitissimum, quoties omnia mero arbitrio iudicum sunt relicta. Duo etenim hoc casu consideranda veniunt, partim decisio quaestionis, quatenam poenae pro aequipollentibus habendae sint

sint 17), partim ipsa electio. Haud raro difficultas augetur per litteras a iudicio ad collegium iuridicum scriptas, quibus mox haec, mox alia immo interdum plures poenae simul, tanquam inconuenientes vel omnino non executioni demandandae excipiuntur 18).

16) Exemplum a. b. MANTZELIO diss. de respectu personarum in foro criminali, posit. 8. adductum, optime rem illustrat. Rusticum esset, ita verba fluunt. si externa poenarum, quoad in oculos incurrunt, in quouis puniendo semper statueremus aequalia; respiciendum enim est qua incommoda famae, ad incommoda futura, quae poenae secum trahunt, qua incommoda in bonis considerentur opes; et qua incommoda corporis pariter conditionis habeatur ratio. Ponamus sex homines vno eodemque delicto se contaminasse, et A. B. C. esse nobiles locupletioresque; tres vero D. E. F. esse plebeios et mediocrium vel tenuium bonorum. Jam fiat sententia: daß inculpati wegen ihrer Begangenschaften, folgender Maassen zu bestrafen. Daß A. auf 3 Monate von seinem officio zu suspendiren: B. 4 Wochen mit Arrest, jedoch absque carena, zu belegen: C. auf 100 Rthlr. in Geld Strafe zu nehmen; und daß D auf 14 Tage bei Wasser und Brodt ins Gefängnis zu werffen; E auf ein Jahr des Landes zu verweisen, und F an drei Tagen jedesmahl eine Stunde lang in ein gemeines Hals-Eisen zu stellen.

17) Responso ad hanc quaestionem saepissime est difficillima. Recte hic quodammodo applicari posset, quot capita, tot sentus; nec dantur regulae generales, et vix dari possunt. Non ergo miramur, illam proportionem poenarum quarundam arbitriarum, quam QVISTORPIVS suppeditat in den Beiträgen zur Erläuterung verschiedener mehrentheils unentschiedener Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechts-Gelahrtheit; Stück 2, num. 7. §. 8. seqq. ab aliis doctoribus longe diuersa ratione determinari. Vnicum suppeditare liceat exemplum. QVISTORPIVS l. c. §. 13. auctoritatem LEYSERI sequutus acquipollere dicit eine zweiährige Landes-Verweisung und ein achtwöchiges Gefängnis. Contra vir, dum viueret, in rebus criminalibus versatissimus MEISTERVS Tom. II. seiner Erkenntnissen und rechtlichen Gutachten in peinlichen Fällen dec. 69. num. 57. hoc nomine Facultatis iuridicae Goettingensis dedit responsum: und etwa derselbe (nempe antea nominatus coinquisitus) nach dem Ermessen seiner Obrigkeit entweder mit einer zweiährigen Landes-Verweisung, oder statt deren mit einem halbiährigen Gefängnis zu bestrafen sein möge.



18) Tale quid haud raro accidere, Dn. Praefes testatur; quod mirum non videbitur consideranti, in multis locis nulla ergastula inveniri, alibi executionem sententiae, in qua inquisitus ad operas publicas condemnatus est, impossibile esse. Scio quoque, ante aliquot menses in vicinia nostra casum existisse non absimilem. Magistratus urbis acta in puncto furti commissi ad exteram transmitti curaverat Academiam, quae poenam decreverat arbitriam, tale vero poenae genus electum erat, quod item applicari non poterat. Nil aliud magistratui supererat, quam denuo acta ad aliam facultatem iuridicam mittere, et in litteris suis, hunc in finem ad collegium datis, determinationem alius poenae aequipollentis sibi expetere.

§. 8.

Tot, tantis difficultatibus obrutus est iudex criminalis in ferenda sententia, quas non, nisi summa cura diligentiaeque superare potest; at nihilo tamen minus plures alii super sunt scopuli, quos non leuiori labore superare debet in dictanda poena extraordinaria. Sint plures huiusmodi poenae vni delicto a legislatore constitutae, quas aequipollentes esse voluit; tantum tamen abest, vt integrum sit iudici vnam vel alteram illarum promiscue applicare in specie obueniente, vt porius solertissime ipsi inquirendum sit in statum accusari vel inquisiti, in valetudinem, sexum, dignitatem, officium, relationem ad alios, familiam, et quae forte plures aliae sunt circumstantiae, quas singulas ponderare debet ante, quam actu poenam infligat. Horum aliquid quando neglexit, facile ex numero poenarum aequipollentium talem eligere poterit, quae vel plane incongrua, vel sanitari noxia, vel fini primario poenarum aduersa est. Exstantiora quaedam suppeditabo exempla, quae illustrationi dictorum inferuire possunt.

§. 9.

Inter grauissimas poenas arbitrias, a Carolo V. plus vicis simpliciter approbatas et praescriptas merito refertur sustigatio

gatio sollemnis, vulgo *der Staupbesen*, *Staupenschlag*, quam alii poenam morti vicinam esse contendunt. Sed quo grauior ea est, et quo infelicior reddit hominem, qui illam sustinuit; eo maiori cum praecautione eadem est adhibenda. Agnouerunt hoc iam dudum plurimi, atque inde factum est, hanc poenam hodie in quam plurimis territoriis penitus esse abrogatam, in aliis autem raro vel rarissime applicari. Nolo hic repetere, quae contra eandem monuerunt Iureconsulti magni nominis, qui penitus illam proscribere cupiunt, quibus lubentissime calculum meum adiicio 19). Sed supersunt alia momenta, circa fustigationem consideranda, quae ab aliis nondum sufficienter excussa video, et curatori consideratione haud indigna sunt, de quibus pauca in praesentiarum adferre mihi liceat. Olim hanc poenam saepius locum inuenisse conclamatum est; attamen antiquioribus temporibus quodammodo ratione executionis differebat illa a nostro procedendi modo. Mox sola fustigatio sollemnis decreta fuit, mox cum relegatione ista erat coniuncta, quae vero pro varietate circumstantiarum vel temporalis tantum vel perpetua esse solebat; nec non interdum ad omnem prouinciam extensa, interdum ad certum districtum, pagum, comitatum restricta 20). Nostris e contrario temporibus haud facile sola applicari solet fustigatio, sed plerumque saltem comitem habet relegationem eamque perpetuam et ex tota prouincia.

19) Nominare hic modo liceat Carrachium meditationibus de fustigatione et relegatione; Beckerum *diff. an poena fustigationis cum relegatione perenni conjuncta reprobanda sit*; Bochmerum ad *Carpzovium* qu. 129.

20) Mantzel *diff. de iure criminali mecklenburgico* sect. 2. §. 3. *saepe*, inquit, *dictata inuenitur fustigatio cum relegatione aus der Stadt, des Closters, den Adelichen — und so w. Gerichten.*

§. IO.

Durities huius poenae in eo quaerenda est merito, quod ad poenas infamantes debeat referri; quae infamia necessario nexu



cum ipsa fustigatione iam olim coniuncta fuit, et adhuc hodie est, nulla licet adcedat relegatio. Miratus hinc sum, Ill. BOEHMERVM hac de re dubitasse, ac singularem illam fouere sententiam, quam publice caesus macula quidem, at non infamia notetur. Ex quo inferit, solam vulgi opinionem hoc effecisse, ut perpetuo relegatio cum fustuario supplicio fuerit coniuncta 21). Vir doctissimus ipse dein fortissima adducit argumenta, quae omnia dubia facile extorquere potuissent. Concedit scilicet, fustigatum ab opificiis et honoribus omnibus, hinc etiam ab obtentis antea, excludi et remoueri; illum alligari ad palum infamantem, *Schand-Pfahl*, *Pranger*, qui omnino ab alio, qui non infamat, sed solius poenae ergo adhibetur, *dem Straf-Pfahl*, distinguendus est. Addit quidem vir illustris, actum executionis a carnifice fieri, sed rectius dicere debuisset ab excoriatore, *dem Schinder nicht dem Scharfrichter* 22). Quae quidem omnia satis comprobant, ipsam infamiam fustigationis esse consecrarium.

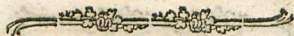
21) In observ. ad Carpzovium qu. 129. observ. 2. Locum concernentem hic inserere iuvat. *Vtrum infamiam inurat* (scil. fustigatio sollemnis) admodum dubium. *Vulgo quidem ita indicatur. Vereor tamen, ne macula et gravata opinio cum infamia confundatur. Saltem iCrus in L. 22. de his, qui notant, iusam, aperte profitezur, non ictum fustigum, sed causam infamare. Cui accedit, quod ob culpam latam delicti gravioris ea iuste applicetur, ut antea dixi, quae tamen ad infligendam infamiam non sufficit, quamdiu de dolo non constat. B. Parens ad ff. tit. de his, qui notant, infam. §. 11. Berger occouom. iur. p. 65. Quid? quod duriore forte, quam par erat, poena aliquando inflicta, quasi transactum cum reo censatur, ut salva existimatione poenam subeat. L. 13. §. 7. eod. observante Wernbero P. V. obs. 1. §. 1.*

22) Quotidiana experientia quemlibet docere potest, nunquam a carnifice actum fustigationis peragi; recte hinc monet BECKER diss. an poena fustigationis cum relegatione perenni conjuncta reprobanda sit sect. I. §. 12. executionem ejus manibus excorioris aut inhonestae personae cujusdam perfici. Legantur quoque, quae idem sect. 2. §. 21. adfert. Et cui, quaeso, ignota esse potest insignis differentia, quae inter carnificem et excoriatorem intercedit. Hic, non ille, ad personas infames referendus est, quare recte dicit perillustis Cancellarius Marpurgensis, Dn. de SELCHOW, diss. sub rubro; selecta capita doctrinae

de infamia sect. II. §. II. *Ac primo quidem omnium probe distinguendi sunt carnifices, quos vocamus Nachrichter vel Scharfrichter, qui decollandis tantum reis adhibentur, in actu torturae et poenae suspendii vero tantum directorium habent, ab illa hominum faece, quos excoriatores, Schinder, Caviller, nuncupamus, qui cum deglubendis pecoribus, tum torquendis, fustigandis, excruciantis, vel ex infelice arbore suspendendis hominibus infamam operam locant. Hi enim legibus imperii recentioribus omnino infamia notati deprehenduntur.* Consentit MEISTERVS, qui in der vollständigen Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Teutschland B. 1. Absch. 1. Hauptstück 6. §. 3. eleganter adnotat: *ich glaube, daß ein maleficant, der ohne Verlust seiner Ehre mit dem Schwerdt hingerichtet werden soll, allerdings zu hören sei, wenn er sich einen Scharfrichter, der zugleich Hencker ist, verbitzet, und an dessen Stelle einen solchen verlangt, der weder Hencker noch Abdecker Arbeiten zugleich verrichtet. Si ullum euidam superestet dubium, hoc tolleret decretum Commissionis Caesareae d. d. Viennae die 23. Aprilis 1772.*

§. II.

Nec argumenta pro firmanda thesi Boehmeriana adlata tanti sunt ponderis ad subscribendum huic sententiae singulari viri, quem alias maxima veneratione prosequor. Inveniuntur quidem in L. 22. D. de his qui notant. infam. haec verba: *ictus fustium infamiam non importat, sed caussa, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat.* Verum enim vero Ictus Marcellus nil aliud indicare voluit, quam innocentis famam non laedi, licet poenam alias infamantem fuerit perpeffus. Hunc genuinum et verum sensum verborum esse, aperte docent verba mox subsequencia: *in ceteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est.* Accedit, quod indoles poenae flagellationis apud Romanos longe diuersa fuerit a fustigatione sollempni hodierna. Immo non omnis ictus fustium apud illos eundem producebat effectum. Quod ad alterum argumentum BOEHMERI ab applicatione huius poenae in delicto culposo desumum attinet, nego et pernego, recte ita puniri posse hominem, cui lata tantum culpa, non iridem dolus imputari potest. *Exempla hic nil probant; sed erronea*
illa



illa praxis, si quae adesset, inde ortum traxisse viderur, quia plures Icti thesin, quod dolus et culpa lata ratione resarciendi damni aequiparari possint et debeant, plus iusto extendere solent. Vltimum denique, ex L. 13. §. 7. de his qui not. infam. depromptum argumentum male ad genus poenae applicatur, quae per se et necessario infamat 23).

- 23) Probe quidem scio, pertinere interdum omnino ad officium iudicis cauti criminalis, iusto majorem decernere poenam atque hac ratione famae delinquentis consulere; at nunquam finis ille aliter obtineri potest, quam si fama expresse in sententia reservatur, et ipsa inflicta poena non per se infamat. Sic vltatissimum est, dictare poenam carceris cum carena, eamque ad longius tempus extendere, quo evitetur infamia, quae alias delictum commissum inseguta fuisset, et fama illa a iudice in sententia non possit pronuntiari.

§. 12.

Supereft aliud, quod contra eundem Virum Celebrerrimum BOEHMERVM in hac materia monendum habeo. Consentit ille mecum in eo, quod hodie relegatio plerumque coniungi solet cum fustigatione; sed, quod pace tanti Viri dixerim, rationem subnectit huius combinationis, quam laudare nequeo, saltim non pro adaequata habere 24). Ad feminas grauidas si respexissent iudices vel legislatores, certe merito penitus ab hac poena abstinere debuissent; quum ipse actus fustigationis sollempnis necessario longe maiorem inticet horrorem et terrorem, quam dein solus aspectus huiusmodi hominis vnquam producere yalet. Magis genuina et adaequata ratio latere videtur in abominatione omnium ciuium, et communis securitatis periculo, quod aliter non depellendum esse sibi persuasum habent. Ceterum haecenus dicta satis ostendunt; me omnino non probare hanc poenam fustigationis, siue sola illa infligatur, siue combinetur cum relegatione. Mea quidem ex sententia fustigationi sollempni nullo alio casu locus relinquendus foret, quam si fustigatus simul ad perpetuum carcerem vel

vel ad operas publicas perpetuas condemnaretur. Tunc enim occurritur pessimis effectibus, quos omni alio casu necessario illa producit. Huiusmodi autem poenam proxime ad naturam poenae capitalis accedere quilibet facile concedet. Haec poenam fustigationis cum relegatione siue temporali siue perpetua a facultate iuridica Buerzouienfi nunquam esse decretam, ex relatione Dn. Praefidis scio: id quod maxime illi gloriosum esse puto.

24) L. c. observ. 3. *Sola*, inquit, *utilitas publica* et prudentia, quam mulierum gravidarum conditio suggerit, praxin conjunctionis istius, maxime in villioribus, suadet, ne lugubris aspectus terreat gravidas, iisque partus mutili tristem imponat necessitatem.

§. 13.

Longe frequentior est poena relegationis absque praevia fustigatione, quae iure meritoque mitior illa reputatur, nec adeo grauem secum trahit infamiae notam, sed aliquam omnino contrahit infamiam. Idem fere de hac poenarum specie, quod de priori, mihi ferendum est iudicium; aduersatur haec quoque fini poenarum, emendationi scilicet delinquentium, nec non saluti reipublicae. Quibus tristis haec in exilium eundi imposita est necessitas, patrios lares derelinquere coguntur, clam et invito Principe intrant aliud territorium, victum et amictum sibi honesto et licito modo quaerere non possunt, hinc coacti pristinum vitae genus denuo eligunt vel in pessima plerumque ruunt. Aegre iam dudum, idque iure suo, nouissima respublica Americana tulit, Anglos nequissimorum hominum colluuiem, qui mortis poenam effugerant, in has suae ditioni adhuc rum temporis subiectas Colonias deportasse. Eodem certe iure quilibet Princeps denegare his miseris posse ingressum sui territorii, ne numerus malorum in illo augeatur, plures suorum subditorum per nouum hospitem seducantur, corrumpantur; nisi ille iure reciproco vel si maus, retorsionis vteretur erga vicinos. Egregium certe exemplum muzuae sibi praestitae amicitiae et vicinitatis. Probe equidem

equidem intelligo, ad abrogandam hanc poenam communi opus esse consilio; id vero miratus sum, in comitiis rem non pertractatam esse; ac communi imperii concluso determinatam. Emigrationibus subditorum recte obicem posuerunt Principes imperii; difficile ergo est intellectu, cur summi magistratus multos subditorum suorum ipsi expellant, et numerum eorum minuant. Hoc certissime mihi persuasum habeo, quod abrogata penitus et ubique hac relegationis poena, tot constitutionibus contra vagabundos et huius farinae homines nequissimos opus non esse, quas toties, et quidem sine omni fructu renouari videmus.

§. 14.

Pertinet hoc respectu restrictio huius poenae magis ad iurisprudentiam legislativam, quam ad officium iudicis ordinarii; verum et prudentis iudicis est, huiusmodi poenam, noticiam magis, quam congruam rarissime, quantum fieri potest dictare, et aliam potius aequipollentem sustinere. Sunt praeterea casus speciales, in quibus applicatio poenae relegationis omnino non cum sagacitate, probitate, immo vel ipso iustitiae amore iudicis conciliari potest. Huc imprimis spectat casus in patria haud raro obuius, quoties de poena hominibus propriis irroganda quaeritur. Intuitu horum verustissima adest praxis, eos nec sustigari nec relegari. 25) Certe homines proprii forte relegati ex pago vel provincia beneficio magis afficerentur, quam poena, in libertate enim constituerentur, et a duro servitutis personalis iugo liberarentur. Idem de opilionibus tenendum est, licet non omnis in eos cadat ratio, quae in hominibus propriis invenitur. 26) Porro inhumanum foret, homines aegrotos, debiles, 27) et stupidos relegare. Denique et coniugis innocentis aliqua ratio est habenda, quando de applicanda illa poena quaestio emergit.

25) Testimonia antiquiorum temporum exhibent *Selecta juridica röstchensis* fascie 3, pag. 121. MANTZEL diss. de iure criminali mecklenburgico sect. 3, §. 4. Idem diss. de limitibus iustitiae acquiratitatis iuris

iuris aggratiandi et arbitrii iudicis §. 43. De recentiori aeyo idem refertur Dn. PRAESES diff. de conditione atque statu hominum priorum in Megalopoli tum antiquo tum hodierno cap. 3. §. 12.

26) Ex actis facultatis iuridicae rothochiensis antiquioribus de 1681, hoc probatum dedit MANTZELIUS diff. de limitibus iustitiae, aequitatis, iuris aggratiandi, et arbitrii iudicis §. 43. Tum temporis iam antecessores scripserunt: *Weil man aber iederzeit denen Herrschaffren ratione des Schüfers zu fugen gewöhnet; so haben wir statt der re- legation cet.*

27) Hinc multo minus personae debiles fustigandi sunt, Recentius habet exemplum MÄSTERS in *den rechtlichen Erkenntnissen und Gutachten in peinlichen Fällen Theil I, dec. XV, num. 17.*

§. 15.

Propter decorum sexus rationem in applicandis poenis esse habendam, notorium est; pariter in infligendis poenis ab arbitrio iudicis pendentibus non negligendum est, num femina punienda forte sit grauida, an infantem a se natum suo alat lacte. In utroque casu nunquam adhiberi potest poena carceris cum carena; sed interdum omnis corporis afflictiva differenda est. Dein ad dignitatem statumque hominis delinquentis eatenus respiciendum esse constat, quatenus huic vel illi ordini hominum v. c. militibus, certa et determinati generis tantum dictari solet poena 28). Ultimo loco subnorare volo, mox iudicem a poenis pecuniariis, quantum fieri potest abstinere debere, mox huiusmodi poenas reliquis praeferre. Prius accidit in hominibus propriis, in omnibus illis, qui exceptionem opponere possunt imperatoriam, ut vulgo dici solet; forte etiam studiosis. Posterius contra locum inuenit in stupidis, et illis, qui iudicio imbecilli praediti sunt 29).

Plura quidem adhuc addenda in promptu sunt; at temporis penuria exclusus, reliqua alii occasione referuo.

28) Sic remotio ex officio est poena sacerdotibus propria in casu perpetrati stupri, per c. 6. dist. 81. in foris Protestantium quoque recepta. Vid. Boehmer in iure ecclesiastico Protestantium lib. IV. tit. 37. §. 9. 103 — 105. de cuius viridi observantia testatur praecedens recen-
tissimo.



tissimorum temporum apud Meisterum in den rechtlichen Bedencken und Gutachten in peinlichen Fällen Theil. 1. dec. XVII. Satis congrue hæc ita disposita esse facile largior; at nunquam me contententem haberent, qui applicare denuo vellent, quod legimus iudicatum esse olim a facultate iuridica rostockiensi apud MANTZELIUM in mantissa ad dissertationem de limitibus iustitiae, acquitatis, iuris aggregandi et arbitrii iudicis pag. 36. Anno 1648. Pastori marchico dicitur ob homicidium gladius, sed additur: daß er aber in Ansehung seines Alters, und daß er 31 Jahre im Ministerio gewesen, mit der Todesstrafe zu verschonen, und nur seines Amts zu entsetzen, und zu degradiren, auch darauf mit ewiger Gefängniß zu bestrafen. Subseribo Viro illustri, qui statim addit: circa hunc casum fateor, me timorem inuadere et aureos darem, ut astra integra legere liceat.

- 29) Egregia sunt verba Boehmeri ad Carpzovium quaest. 145. num. 32. observ. 1. *Vtriusque generis* (de stupidis et illis, qui iudicio imbecilli praediti sunt, sermo est) *socii*, quoties ad devia et illicita prolabantur, in factorum suorum causas ac circumstantias inquirere et connexionem actionum rite expendere vel non possunt vel ob hebetudinem intellectus non solent, et sic inadvertentia, seu culpa magis, quam dolo delinquere videntur. Quare non modo in remittendis capitalibus, verum multo magis in extraordinariis poenis iudicem facilem esse oportet, praesertim si de poena corporis afflictiva similique famosa quaestio est, quae, quo infeliciores reddit homines, eo magis singularem dolum ac malitiam praerequirit, Thoennicker advocat. prud. in for. crim. cap. XIII. num. 53. Aliud de carcere, poena pecuniaria dicendum, circa quas non adeo laborandum, quia potius in universum cogitandum, poenam in hisce subjunctis fere unice ad emendationem esse comparatam, ut, qui de consequentiis actionum non convincuntur, malo quodam praesenti sensuali, aut in futurum ipsis innoxio, in ordinem cogantur, ne denuo simile delictum committant.



vd18

ULB Halle 3
005 353 157



SL







24
1783

Q. D. B. V.

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
IVDICE CAVTO
IN DETERMINANDIS POENIS
ARBITRARIIS

P 428

QVAM
INDVLGENTE INCLYTO ICTORVM ORDINE
SVB PRAESIDIO
DN. IOAN. MATTH. MARTINI,
SERENISS. DVC. REGN. A CONSILII IUSTITIAE
IVR. DOCTORIS ET PROFESSORIS PVBLICI ORDINARIJ
FACVLTATIS IVRIDICAE SENIORIS ET DECANI
PRO SVMMIS IN IVRE HONORIBVS
RITE CAPESSENDIS
IN ACADEMIA FRIDERICIANA
BVETZOVIENSI

ANNO 1783. DIE XVI. APRILIS
H. L. Q. C.
PLACIDAE ERVDITORVM DISQVISIONI
SVBMITTIT

IO. DAN. HACKER,

MEGAPOLITANVS, IVR. CANDIDATVS.

BVETZOVII, 1783.

