

Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte

Band 39

Tormenta juris permissione

Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel –
dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens
(16. – 18. Jahrhundert)

Von

Ana Lucia Sabadell da Silva



Duncker & Humblot · Berlin

ANA LUCIA SABADELL DA SILVA

Tormenta juris permissione

**Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte**

Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Regensburg

Band 39

Tormenta juris permissione

Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel –
dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens
(16. – 18. Jahrhundert)

Von

Ana Lucia Sabadell da Silva



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Sabadell da Silva, Ana Lucia:

Tormenta juris permissione : Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel – dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens (16. – 18. Jahrhundert) / Ana Lucia Sabadell da Silva. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ; Bd. 39)

Zugl.: Saarbrücken, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10284-3

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Druck: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-3365

ISBN 3-428-10284-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meiner Mutter Berenice

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 1999/2000 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität des Saarlandes als Dissertation vorgelegt.

Mein Interesse für die spanische Geschichte ist mit dem Schicksal der Familie meines Vaters verbunden, die in der Franco-Zeit nach Brasilien übersiedelte. Nach der Wiederherstellung der Demokratie in Spanien habe ich die Reise im umgekehrten Sinn unternommen. Im Rahmen meiner Masterstudien an der Universidad Autónoma de Barcelona habe ich angefangen, mich mit der spanischen Rechtsgeschichte zu beschäftigen. Ausschlaggebend für meine rechtsgeschichtliche Orientierung sowie für die Anfertigung der Dissertation waren die vielen Diskussionen, die ich in Spanien und Portugal mit den Herren Professoren Carlos Petit, Antonio Serrano und Antonio Hespanha hatte. Letzterer hat durch unzählige Anregungen die Dissertation wesentlich gefördert.

Prof. Dr. Alessandro Baratta hat die Dissertation betreut. Außerdem hat er mir die Möglichkeit gegeben, mehrere Jahre als Mitarbeiterin seines Lehrstuhls zu arbeiten, was mir einen unverhofften Zugang zum Forschungs- und Lehrbetrieb eröffnete. Für all dies sei ihm an dieser Stelle nochmals gedankt.

Großer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Filippo Ranieri, der das Zweitgutachten der Dissertation zügig vorbereitete und wertvolle Anregungen zur Verbesserung der Arbeit und zur Weiterführung meiner Forschungen auf dem Gebiet der Strafrechtsgeschichte gab, sowie Herrn Prof. Dr. Elmar Wadle, der als Vorsitzender des Disputationsausschusses die Endphase des Dissertationsverfahrens verständnisvoll begleitete und mir die Ehre erwies, meine Arbeit zur Veröffentlichung in der von ihm mitherausgegebenen Reihe „Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte“ vorzuschlagen.

Für unzählige Diskussionen, Anregungen und vielfältige Hilfe bei der Literaturbeschaffung möchte ich mich bei Prof. Dr. Juan Bustos Ramirez, Prof. Dr. Dirceu de Mello, Prof. Dr. Antonio Luiz Chaves Camargo, Dr. Encarna Bodelón, Dr. Hector Silveira, Prof. Dr. Roberto Bergalli, Dr. Francesc Barata, Prof. Dr. Celia Suay, Janette Morales, Natividad Corral, Dr. Jorge Riechmann, Dr. Lucia Anna Petroni, Dr. Stanislao Rinaldi, Dr. Julio Mazuelos und Prof. Dr. René van Swaaningen herzlich bedanken.

Meine Familie in Barcelona hat mich während meines Studienaufenthalts und der vielen späteren Forschungsreisen vielfach unterstützt. Besonderer Dank gilt meiner Großmutter Martha Mairet Feller, meinen Onkeln und Tanten Ricard Sabadell Feller, Montserrat Simò, Margarita Feller und Marta Feller sowie meinem Vet-

ter Ferrán Prats Feller und meiner Cousine Georgina Sabadell Simò, die mir auch bei der Lektüre einiger altkatalanischer Texte behilflich waren.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Dr. Johannes Scholz, Herrn Prof. Dr. Ulrich Falk sowie bei meinem Freund Airton Cerqueira Leite Seelander, die mich im Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt freundlich empfangen und mir vielfach geholfen haben.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinen ehemaligen Arbeitskollegen in Saarbrücken, Frau Nina Koikow, Prof. Dr. Gerlinda Smaus, Herrn Dipl.-Soz. Ralf Steinkamp, Frau M. Iur. Eur. Christina Giannoulis und Herrn Dr. Peter Wettman-Jungblut, von denen ich unbegrenzte Unterstützung erhalten habe.

Ganz besonders möchte ich auch Prof. Dr. Dimitri Dimoulis danken, der die Arbeit mehrmals kritisch durchgesehen hat und im Laufe langer Diskussionen Zweifel und Verzweiflung zu beseitigen wußte. Ebenso dankbar bin ich meinem lieben Freund Prof. Dr. Dr. Claudius Meßner, der das Manuskript durchgelesen und mit großer Geduld für meine sprachlichen Unzulänglichkeiten stilistisch verbessert hat.

Für ihre unschätzbare Unterstützung und Hilfsbereitschaft in schwierigen Momenten vor dem Abschluß der Arbeit schulde ich meinen Saarbrücker Freunden Paola Netti und Alexis Donoso einen ganz besonderen Dank.

Ebenfalls möchte ich mich bei meinem Professor an der Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Dr. Roberto Maurício Genofre, bedanken, der mit kritischem Sinn und als leidenschaftlicher Verfechter der Menschenrechte Strafrecht lehrt und mich zur Fortsetzung meines Studiums in Europa ermutigt hat. Das Studium selbst wurde durch ein dreijähriges Stipendium ermöglicht, das mir der brasilianische Conselho Nacional de Pesquisa e Tecnologia gewährt hat, sowie durch einen Forschungszuschuß, den ich vom Istituto Italiano per gli Studi Filosofici bekommen habe.

Die Grundlage einer jeden Arbeit, insbesondere derer geschichtlichen Charakters, sind zweifelsohne die Bibliotheken. Auf der ständigen Suche nach Erweiterung meines Zugangs zu den Quellen konnte ich mit der Hilfe vieler Bibliotheksmitarbeiter rechnen. Stellvertretend für alle Bibliothekare, die mir bei kurzen Forschungsaufenthalten in Madrid (Biblioteca Nacional, Biblioteca Ateneu, Universidad Complutense) und Barcelona (Biblioteca del Colegio de Abogados, Universidad de Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona) geholfen haben, sei hier Herrn Joan von der Bibliothek der Rechtsfakultät der Universidad de Barcelona gedankt.

In Deutschland konnte ich in der Juristischen Seminarbibliothek und in der inzwischen bedauerlicherweise geschlossenen Bibliothek des Instituts für Rechts- und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes arbeiten. Die Arbeit verdankt allerdings auch dem Bestand der Bibliothek des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte viel, deren bewundernswerte Organisation und Dokumen-

tationsreichtum nur mit der Hilfsbereitschaft aller ihrer Mitarbeiter zu vergleichen ist.

Nicht zuletzt möchte ich meinen Eltern Juan und Berenice meinen liebevollen Dank aussprechen; sie haben nicht nur einen Teil meiner Studien finanziert, sondern mit ihrer Hilfsbereitschaft auch einen entscheidenden Beitrag zur Vollendung der Dissertation geleistet.

Saarbrücken, im Februar 2001

Ana Lucia Sabadell

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Gegenstand der Arbeit	19
II. Zur geschichtlichen Bedeutung der Folter	20
III. „Ius commune“ und Recht der iberischen Halbinsel	25
IV. Zeitliche und geographische Grenzen der Untersuchung	27
V. Methode der Untersuchung	30
B. Die strafprozessuale Folter im Königreich Kastilien	34
I. Politische Organisation und Rechtssystem Kastiliens	34
1. Die Gründung des kastilischen Königreichs	34
2. Das Rechtssystem Kastiliens	35
a) Die Entwicklung des lokalen Rechts	35
b) Territoriales Recht	38
c) Rechtsquellenhierarchie und Wirkung des gemeinen Rechts	40
d) Der Prozeß der Rezeption des gemeinen Rechts	43
e) Gesetzgebungsverfahren, die Rolle der Cortes und die Frage des Absolutismus	45
II. Zur Justizorganisation Kastiliens	53
1. Lokale, regionale und königliche Gerichte	53
2. Die Struktur des Strafprozesses in Kastilien	60
a) Der Strafprozeß in den Siete Partidas	61
aa) Anklageverfahren	61
bb) Inquisitionsverfahren	65

b) Die inquisitorisch geprägten „gemischten“ Verfahren	67
aa) Komplexes Verfahren	69
bb) Einfaches Verfahren	72
cc) Berufungsmöglichkeiten	73
3. Der Aufbau des legalen Beweissystems und seine Geltung in Kastilien	76
a) Definition des legalen Beweises	76
b) Die Beweisarten und -hierarchie	82
c) Die Frage der arbiträren Strafe	87
d) Das legale Beweissystem in Kastilien	90
III. Die normative Regelung der strafprozessualen Folter	92
1. Das legislative Schaffen Alfonsos X.	93
2. Folter im Lokal- und Territorialrecht vor den Partidas	95
3. Die Regelung der Folter in den Partidas	96
a) Definition der Folter	96
b) Foltervoraussetzungen	98
c) Folterarten und -verfahren	100
d) Reinigungseffekte der Folter	101
e) Folterung von Zeugen und Sklaven	102
f) Geschichtlich-juristische Bedeutung der Folterregelungen in den Partidas	103
4. Andere Bestimmungen des territorialen Rechts zu Folterfragen	104
IV. Das Institut der Folter in der kastilischen Doktrin	109
1. Definition und Zwecke der Folter	112
2. Die angedrohte Strafe als sachliche Voraussetzung der Folter	115
3. Feststellung des corpus delicti	117
4. Indizien und Vermutungen als sachliche Voraussetzung der Folter	118
5. Die Subsidiarität der Tortur	128
a) Die Subsidiaritätsregel	128

b) Ausnahmen	130
aa) Folterung vor Erschöpfung sämtlicher Beweismöglichkeiten	130
bb) Folter trotz des Bestehens eines vollständigen Beweises	135
(1) Folter zum Entzug des Appellationsrechts	136
(2) Folter in caput sociorum	137
(3) Folter „tamquam cadaver“ zur Aufklärung weiterer Delikte	139
6. Privilegien und Ausnahmen	140
7. Folterinterlokut, Verteidigung, Berufung	145
8. Foltermethoden	150
9. Ablauf der peinlichen Befragung	153
10. Ratifikation des Geständnisses	159
11. Reinigungseffekte der Folter	161
12. Folterung der Zeugen und der Sklaven	164
V. Die Behandlung der Folter im Werk der kastilischen Legisten und die Frage der Praxis	166
1. „Theoretiker“ und „Praktiker“ in der kastilischen Strafrechtslehre zwischen dem 16. und dem 18. Jahrhundert: Dekadenz oder Modernisierung?	166
2. Gesetzliche Regelungen und gelehrte Kommentierungen: eine konfliktive Komplementarität	169
3. Die theologische Prägung des Strafverfahrens am Beispiel des Geständnisses	169
4. Daten zur Folterpraxis in Kastilien	176
C. Die strafprozessuale Folter im Fürstentum Katalonien	180
I. Politische Organisation und Rechtssystem des Fürstentums	180
1. Einleitung	180
2. Der Paktismus als Form der Politik	182
3. Das Rechtssystem des Fürstentums	186
a) Gewohnheitsrecht	186
b) Rezeption des gemeinen Rechts	188
c) Gesetzgebung	192
II. Zur Justizorganisation Kataloniens	196

III. Normative Regelungen der strafprozessualen Folter	202
1. Ius commune und Gewohnheitsrecht	202
2. Territoriales Recht	205
a) Verteidigungsrecht	205
b) Privileg der Adligen	206
c) Appellationsrecht für Entscheidungen des Portant veus	207
d) Bestätigungspflicht der Folterentscheidung	211
e) Allgemeines Berufungsrecht	212
f) Regelungen der „Nueva Planta“: Beibehaltung der Folter in einem sich verändernden Strafrecht	214
3. Schlußfolgerungen	219
IV. Strafverfahren und Behandlung der peinlichen Frage in der gelehrten Doktrin ..	219
1. Zur Struktur des Strafverfahrens	222
a) Juris ordine servato	222
b) Das Inquisitionsverfahren und seine Phasen	223
c) Rechte und Garantien für den Angeklagten	228
d) Ordo est ordinem non servare	230
e) Begründung und Veröffentlichung der Urteile	233
2. Die peinliche Frage in der katalanischen gelehrten Doktrin	235
a) Definition und Stellung im Strafverfahren	235
b) Merum imperium und Folter	238
c) Die angedrohte Strafe als sachliche Voraussetzung der Folter	240
d) Feststellung des corpus delicti	240
e) Indizien und Vermutungen als sachliche Voraussetzung der Folter	242
aa) Das Erfordernis eines halben Beweises	242
bb) Indizienlehre und die Frage des richterlichen Ermessens	244
f) Subjektive Voraussetzungen der Folter: Privilegien und Ausnahmen	248
g) Appellation gegen Folterinterlokute	251
h) Anwendung der Folter	258
i) Ratifikation des Geständnisses	260

Inhaltsverzeichnis	15
j) Rechtsfolgen eines fehlerhaften Geständnisses	262
k) Reinigung vom Tatverdacht nach erfolgloser Folter	263
l) Die Folterung als Strafe	269
m) Folterung von Zeugen und Mittätern	271
V. Die Behandlung der Folter im Werk der katalanischen Legisten und die Frage der Praxis	275
D. Ausblick	279
I. Folter und Symbolik des Strafverfahrens	279
II. Folter und Legalität des Strafverfahrens	280
III. „Abscheulich“ und „rechtmäßig“: die Doppelseitigkeit der peinlichen Befragung	281
Literaturverzeichnis	283
Sachregister	297

Abkürzungsverzeichnis

AHDE	Anuario de historia del derecho español
Animandv.	Animandversio
Anm.	Anmerkung
Art.	Articulus
ASD	Annali di storia del diritto
Bd.	Band
Bde.	Bände
BOE	Boletín oficial del Estado
BRAH	Boletín de la Real Academia de la Historia (Zeitschrift)
Cap.	Caput, capitulo
CapC	Capítulo criminológico (Zeitschrift)
CJC	Criminal Justice Systems (Zeitschrift)
Cl.	Clausula
Col.	Collatio
Contr.	Controversia
D.	Digesta
Dec.	Decisio
D&S	Déviance et société (Zeitschrift)
Dub.	Dubitatio
EdD	Enciclopedia del Diritto
et al.	et alii
f. (ff.)	folgende
Gl.	Glossa
Hg.	Herausgeber, herausgegeben
IC	Ius Commune (Zeitschrift)
JEEC	The Journal of European Economic History
JR	Juridical Review
Kap.	Kapitel
L.	Lex, Ley
Lib.	Liber, Libro
m. w. Hinw.	mit weiteren Hinweisen
Nr.	Nummer
Ord.	Ordenanza
P.	Las Siete Partidas (zitiert mit Erwähnung der Nummer des jeweiligen Teils, Titels und Gesetzes)
PolDir	Politica del diritto (Zeitschrift)

Q.	Quaestio
QF	Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
RBSC	Revista brasileira de ciências criminaís
REP	Revista de estudios políticos (Nueva Epoca)
Res.	Resolutio
RFDUC	Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense
RHD	Revue d'histoire du droit
RHDP	Revista de historia del derecho penal
RIDC	Rivista internazionale di diritto comune
Rub.	Rubrica
s.	sicbe
S.	Seite(n)
T.	Tomus, tomo
Tit.	Titulus, titulo
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
u. W.	unseres Wissens
vgl.	vergleiche
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

A. Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung der Regelung (Gewohnheiten, Gesetzesnormen, Meinungen der Rechtsgelehrten) des Instituts der strafprozessualen („legalen“) Folter im Königreich Kastilien und im Fürstentum Katalonien zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert.

Das Folterinstitut hat eine besondere Bedeutung in der Entwicklungsgeschichte der Strafjustizsysteme. Für mehrere Jahrhunderte galt die peinliche Befragung des Angeklagten und der Zeugen als ein besonders effizientes und glaubwürdiges Mittel zur Ergründung der Wahrheit in Fällen, die besondere Aufklärungsschwierigkeiten aufwiesen. Die Gesetzgeber und die Doktrin des Mittelalters und der Neuzeit versuchen, die peinliche Befragung in Bezug auf ihre Anwendungsfälle, Voraussetzungen und prozessualen Effekte zu regeln und zu beschränken, d. h. sie als Beweismittel zu „verrechtlichen“ im Gegensatz zu anderen traditionell bekannten Beweismethoden, wie den Ordalien, die kaum rechtlich geregelt wurden¹.

Nach einer allgemein akzeptierten Definition ist die strafprozessuale Folter eine rechtlich geregelte Beweismethode, die durch Gewaltanwendung und Erzeugung von physischen Schmerzen den Befragten dazu bewegen soll, „die Wahrheit zu sagen“, d. h. ein Geständnis abzulegen oder dem Gericht Informationen über die Begehungsumstände einer Tat zu liefern. Andere Formen der Leidenszufügung (z. B. Verhaftung mit erniedrigender Behandlung, illegale Folter durch Polizeiapparate) gehören nicht zum Begriff der strafprozessualen Folter, auch wenn sie indirekt die Erpressung einer Aussage bezwecken².

Eine Untersuchung des Folterinstituts auf der iberischen Halbinsel kann nicht autonom erfolgen, da die diesbezüglichen Regelungen eng mit der Ausgestaltung der legalen Folter im römischen Recht verbunden sind³. Noch enger ist die Verbindung der iberischen Rechtsnormen mit dem Prozeß der gesetzlichen Wiedereinführung der Folter in den ersten Jahrzehnten des 13. Jahrhunderts in italienischen Regionen und Städten⁴. Die Kommentierung und „Fortbildung“ dieser Regelungen

¹ Zum Institut der legalen Folter s. allgemein die Werke von *Fiorelli*, *Tortura*; *Langbein*; *Peters*.

² Vgl. die Definition bei *Fiorelli*, *Tortura*, Bd. I, S. 4.

³ Zur Tortur im römischen Recht, s. *ebda*, S. 22 ff.

⁴ *Ebda*, S. 85 ff.

durch das *ius commune*, der sich seit dem 12. Jahrhundert formiert, schafft ein detailliertes System der legalen Folterung, das in vielen europäischen Ländern bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts in Kraft bleibt⁵ und die iberische Rechtslehre und -praxis entscheidend beeinflusst.

Was die Geschichte der legalen Folter auf der iberischen Halbinsel betrifft, zeigt die Studie von Martínez Díez, daß es zwei Perioden der Regelung der Folter als Beweismittel gibt. Die erste geht von der Einführung des römischen Rechts bis zum Ende der westgotischen Monarchie; nach 5 Jahrhunderten der Abolition der Folter (oder zumindest des Schweigens der vorhandenen Textquellen) beginnt die zweite Periode mit der Rezeption des gemeinen Rechts im 13. Jahrhundert, die bis zur Abschaffung des Folterinstituts am Anfang des 19. Jahrhunderts reicht⁶. Hier wird uns, wie bereits erwähnt, die zweite Periode beschäftigt.

II. Zur geschichtlichen Bedeutung der Folter

Es wurde zutreffend festgestellt, daß die Folter nicht an sich, d. h. als bloße Gewaltausübung, oder rein psychologisch, als Mittel zur Befriedigung von niedrigen Instinkten zu betrachten ist. Sie ist stets in Verbindung „mit einer bestimmten juristischen ‚Kultur‘“ zu analysieren, die der Folter einen bestimmten Stellenwert sowie eine gewisse Legitimation einräumt⁷. Eine Analyse der legalen Folter des Mittelalters und der Neuzeit erfordert also die Bestimmung und Untersuchung der juristischen Rahmen, in denen sie entstand. Was die juristische Kultur des gemeinen Rechts betrifft, bildete die Folter einen Bestandteil des legalen Beweissystems, in dessen Rahmen sie bestimmte praktische und symbolische Funktionen erfüllte.

In der rechts- und sozialgeschichtlichen Forschung werden verschiedene Auffassungen bezüglich der Bedeutung der Folter vertreten, die oft mit einem pauschalen (negativen) Urteil über die entsprechenden juristischen „Kulturen“ verbunden sind und somit die Folter als Teil dieses Systems ohne genaue Untersuchung ihrer spezifischen Funktionen kritisieren. Die verschiedenen Auffassungen können durch drei Begriffspaare zusammengefaßt werden.

- *Barbarei vs. Verrechtlichung*. Die Mehrzahl der zeitgenössischen Autoren folgt der aufklärerischen Linie und trifft ein ausschließlich negatives Urteil über die

⁵ *Ebda*, S. 114 ff.; *Langbein*, S. 7. Das fundamentale Werk der italienischen Lehre zur Folter ist der *Tractatus de tormentis*, der um 1270 von einem anonymen Juristen verfaßt wurde und als Basis der weiteren Diskussion fungierte, indem er von vielen Rechtsgelehrten teilweise abgeschrieben und in all seinen Aspekten kommentiert wurde. Zur Darstellung seines Inhalts, zur Datierung und zur Frage der Autorenschaft dieses Werks s. *H. Kantorowicz*, S. 311 ff., 328 ff.

⁶ Ausführlich dazu *Martínez Díez*, *Tortura*, S. 223 – 249.

⁷ *Cacciari*, S. 166.

Folter: Sie sei nichts anderes als „eine ans Bestialische grenzende Grausamkeit“, die durch die gesetzliche Regelung in das Strafrechtsverfahren eindringt⁸. Das moderne Strafrecht wird dagegen als „human“ und „gerechter“ aufgefaßt, weil es die Irrationalität der „pseudoreligiösen“ Bezüge und die Grausamkeit des gemeinrechtlichen, deren Ausdruck auch die Folter ist, überwindet⁹. Andere Autoren betrachten die Folter dagegen als „rationale Beweistechnik“¹⁰, die die Beschränkung der Grausamkeit und der Gewalttätigkeit des Strafverfahrens durch rechtliche Regelungen herbeiführte¹¹. In derselben Argumentationslinie wird behauptet, daß die damalige Strafrechtslehre gewissermaßen ein Vorläufer des modernen rechtsstaatlichen Garantismus war: Die Herausarbeitung vielfältiger Grenzen erlaubte den Juristen, die rechtliche Unterscheidung zwischen „geregelter“ und „praktizierter“ Tortur einzuführen und die zweite nach Legalitätskriterien zu beurteilen¹². Es gibt schließlich Autoren, die die legale Folter als eine Art Fortschritt im Vergleich zu den früheren irrationalen und formalistischen Beweissystemen bewerten, da die peinliche Befragung, genauso wie das moderne System der freien Beweiswürdigung, auf die Feststellung der materiellen Wahrheit abzielte¹³.

- *Torheit vs. Rationalität.* Die Tortur wird oft als eine vollkommen irrationale und zur Feststellung der Wahrheit ungeeignete Beweismethode betrachtet, deren Funktion sich von derjenigen der Ordalien und der göttlichen Beweise kaum unterscheidet. Der Versuch, die Wahrheit durch Gewaltanwendung zu ermitteln, wird als „Torheit“ und „Wahnsinn“ bewertet¹⁴. Im Gegensatz dazu bemerken andere Autoren, daß die Einführung und rechtliche Regelung der Folter die Rationalisierung des Beweissystems beabsichtigt. Die Wahrheit wird nunmehr nicht als Produkt einer „Offenbarung“, sondern als Ergebnis einer methodischen Untersuchung durch die Befragung des Verdächtigen und die Beurteilung seiner Aussage durch den Richter aufgefaßt¹⁵.
- *Fehler vs. Disfunktionalität.* Das dritte Begriffspaar steht in Verbindung mit den Gründen der Abschaffung der Folter und impliziert eine Beurteilung der Bedeutung der Folter in der Periode ihrer Geltung. Ein typisch „aufklärerisches“ Argument ist die Betrachtung der Folter als Fehler oder Verwirrung des mittelalterli-

⁸ Schmidt, S. 95.

⁹ Tomás y Valiente, Derecho, S. 408.

¹⁰ H. Kantorowicz, S. 315; vgl. etwa Rüping, S. 30.

¹¹ Nach Ulmann, S. 125, 135 versuchten die Juristen des Mittelalters, das Ermessen des Richters zu beschränken und die Folter zu „humanisieren“, während die Ausdehnung ihrer Grenzen und die verschiedenen „aberrations“ mit der Dekadenz der Rechtslehre seit dem 16. Jahrhundert in Verbindung gebracht werden (S. 136 f.).

¹² Sbriccoli, „Tormentum“, S. 30 ff.; ders., Governar, S. 706 f.

¹³ Fiorelli, Tortura, Bd. II, S. 156 f.; Rüping, S. 30.

¹⁴ Schmidt, S. 96.

¹⁵ Marchetti, S. 75 f.