



Disquisitio historico-juridica inauguralis de fide in causa criminali testibus, qui dicuntur famosis, habenda

<https://hdl.handle.net/1874/324555>

DISQUISITIO HISTORICO-JURIDICA INAUGURALIS
DE
FIDE IN CAUSA CRIMINALI TESTIBUS,
QUI DICUNTUR FAMOSIS, HABENDA.

QUAM
ANNUENTE SUMMO NUMINE,
EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI
BERNARDI FRANCISCI SUERMAN

MED. DOCT. ET PROF. ORD.

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO

Pro Gradu Doctoratus

SUMMISQUE IN

JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA

RITE AC LEGITIME CONSEQUENDIS,

ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

PETRUS JANUS GERLACHUS VERBEEK,

E PAGO LOON-OP-ZAND.

A. D. II. JULII A. MDCCCXLVII, HORA II.

DORDRACI,
APUD BLUSSÉ ET VAN BRAAM.

MDCCCXLVII.

INSTITUTIONS OF THE STATE

OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA

AND THE COLLEGE OF AGRICULTURE

AND THE COLLEGE OF THE PHYSICAL SCIENCES

AND THE COLLEGE OF THE MINE AND MECHANICAL ARTS

AND THE COLLEGE OF THE LAW

AND THE COLLEGE OF THE MEDICAL DEPARTMENT

AND THE COLLEGE OF THE DENTAL DEPARTMENT

AND THE COLLEGE OF THE DEPARTMENT OF THE FINE ARTS

Typis Hucet et Sociorum.

AND THE COLLEGE OF THE DEPARTMENT OF THE FINE ARTS

AND THE COLLEGE OF THE DEPARTMENT OF THE FINE ARTS

M A T R I

OPTIMAE, CARISSIMAE

SACRUM.

INTROITUS.

Inquirere nobis proposuimus, quae fides habenda sit in re criminali testibus, qui dicuntur, famosis. An civitati expediat hos omnes plane a testimonio excludi, num vero potius horum hominum distinctio facienda sit, ita ut admitti possint illi, quorum delictum commissum non tantam perversitatem indicat, ut fides illis plane denegari debeat. Et sane, si singula delicta recenseamus, inter illa reperiemus, quae licet quis commiserit, tamen nondum ita veritatis amore destitutum eum dicemus, ut testimonium eius suspectum sit, quasi crimen perjurii sit commissurus. Ex eo enim, quod quis certa quaedam delicta commiserit, e. g. leges venatorias transgressus fuerit, vel singulari certamine aliquem occiderit, vel calore iracundiae vulneraverit,

nondum necessario sequitur, eum dolo malo veritatem esse violaturum. Neque illud praetermittendum videtur, fieri posse, ut poenam passus emendetur, et vera testandi voluntate opinionem malam, quam de se habeant homines, delere studeat. Quapropter nonnulli Jureconsulti suadent, ut a testimonio excludantur saltem perjuri, (1) et extra ordinem omnes illi, qui propter delicta damnati fuerint, quibus omnem veri amorem excussisse palam ostenderint, veluti calumniatores falsaque denuntiantes; aliorum vero criminum causa poena affecti suspectorum testimonium loco illis Jureconsultis habendi videntur, quorum fides accurate ponderanda sit, ratione habita delicti naturae, temporis lapsus inter crimen commissum et testimonium dicendum, vitae deinde peractae, aliorum. (2) Jam vero nihilo-

- (1) Horum fides ab antiquissimis inde temporibus suspecta habita esse videtur. Ita nempe Cicero pro Rabir. Post. XIII. §. 36. „Ubi semel quis „pejeraverit, ei credi postea, etiamsi per plures „deos juret, non oportet.”
- (2) Ita fere nimirum de hocce argumento ratiocinatur egregie de re criminali meritis vir cl. MITTERMAIER, (in opere *Das deutsche Strafverfahren*, cet., Heidelberg, Mohr, 1833, II, p. 256), cujus ipsa haec verba memorare fortasse haud ineptum fuerit: „Daher wird man „am richtigsten nur bei denjenigen, welche wegen „*Meineids*, und unter besonderen Umständen „den auch bei denjenigen, welche wegen Ver-

minus interdum accidere potest, ut eorum testimonium requiratur, quos vulgo arceri prudentia suadet, nimirum in casibus difficilis probationis, ubi aliter veritas haberi nequeat. Hanc opinionem, quae hodie eo minus periculosa videtur, quo majus praesidium adversus judicum errores habemus in publica veritatis indagandae ratione, amplexi sunt veteres juris criminalis doctores.

„brechen bestraft wurden, durch deren Verübung der Verbrecher *unzweideutig* den Mangel *aller Wahrheitsliebe* z. B. Verläumdung, falscher Denunziation ausgesprochen hat, den Mangel der Glaubwürdigkeit annehmen,“ etc. Eandem sententiam pronuntiare videtur cl. BIRNBAUM hisce: „Ueberdies wird selbst Unfähigkeit zum Zeugniß gewiss bei einzelnen Verbrechen, z. B. *dem Meineide* nicht verwerflich seyn, und sogar bei Verurtheilung wegen politischer Verbrechen ist der Umstand der Beachtung der Gesetzgeber und Psychologen werth, dass, wie die Akten über politische Untersuchungen der neuern Zeit ausweisen sollen, Männer, deren Charakter sonst manche ehrenwerthe Seite zeigte, im Bestreben nach Umsturz der bestehenden Verhältnisse bis zu der Verbrennung sich hinreissen liessen, den Meineid unter Umständen für erlaubt zu erklären.“ Vide cl. Viri scriptum cui titulus: „Inwiefern darf bei Drohung von Ehrenstrafen von demselben Begriffe ausgegangen werden, der die Grundlage in der Lehre von Injurien bildet?“ im Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von den Proff. AEBEGG, MITTERMAIER, BIRNBAUM, WÄCHTER, HEFFTER und ZACHARIÄ 1844. II St. adnot. 61.

Quin etiam jure Romano multum in testibus admittendis judicum prudentiae relictum fuisse mox videbimus. — Hunc enim ordinem in hac qualicumque disquisitione servandum nobis praescripsimus, ut primo loco videamus de jure Romano, deinde veterum juris criminalis doctorum, etiam pragmaticorum, hac de re sententias recenseamus, illisque adjungamus nonnullos recentioris aevi scriptores, qui philosopha magis ratione juris criminalis disciplinam excoluerunt; ultimo denique loco animadversiones quasdam de argumento nostro colligamus, instituta collatione legum quarundam novissimarum. Primum autem jus Romanum attingendum esse videtur; cum plurimum hoc in Germaniae et Belgii nostri variis regionibus vim suam in jus constitutum exseruerit, saepeque male intellectum per multa secula multorum errorum causa fuerit. (1) Quae juris Romani vis optime apparet cum ex aliis monumentis, tum ex legibus Germanicis et patriis inter se collatis, quarum affert exempla vir doctissimus BIRNBAUM, inter quas duae haud diu post constitutionem criminalem Carolinam latae leges argumentum nostrum spectant, et miram quandam similitudinem praeseferunt. Hae autem sunt lex Wur-

(1) Cf. Archiv des Criminalr. I. I. p. 187 in fine, 188 et adnot. 36.

tembergensis A. 1567 et Edictum Principis Arausiaci in Zeelandia latum A. 1583 (1). In ipsa Anglia infamiae Romanae vestigia reperimus. Nonnulla enim delicta apud illos sunt infamantia (infamous), quemadmodum falsum (forgery), perjurium, fraus, stellionatus (gross cheats), talesque aliae dolosae actiones, quae publicae privataeque securitati minantur. Haec infamia (infamy) excludit a testimonii dicendi facultate et iurati munere fungendi. Recentissimo vero tem-

- (1) De hisce autem legibus haec memorat vir sagacissimus in l. l. adnot. 36.: „Die Seeländer Polizeiordnung oder *Ordonnantie op't stuck van Policie*, die mir in einer spätern Middelburger Ausgabe vorliegt, sagt ausdrücklich, „der Ehebrecher solle als *eerloos ende meyn-eedigh* sein *officie ende staat* verlieren und unfähig werden, irgend ein solches wieder zu erhalten, und in schwereren Fällen solle nebst der *Note van eerloos ende meyn-eedigh*, *Privatie van officie of Inhabiliteyt* auch Verbannung und Verlust der Hälfte des Vermögens statt finden, wozu wohl L. 4 D. *de publ. judiciis*. die Veranlassung gab. Die Wirtemberger Landesordnung in der gleichzeitigen Ausgabe Seite CCII. sagt, der Ehebrecher solle *zu Gericht Rath oder andern ehrlichen Aemtern nicht gebraucht, oder so er dergleichen hätte, derselben von Stund an entsetzt und zu ehrlichen Gesellschaften und offenen Zechen nicht zugelassen werden. Auch die Ehebrecherinn solle zu keiner Hochzeit, offenen Tänzten u. dgl. geladen werden.* Haec autem sufficient. Ceterum conferatur p. 168—172. Archiv des Criminalr. l. l.

pore haec ita vocata infamy magnam partem effectu caruit. Sic criminis causa (misdemeanor), quo testimonii judicialis dicendi facultas perit, condemnato, praeterquam perjurii, postquam poenas legitimas luit, rursus testimonium dare licet. (1) Ita quoque in Scotia frequens usus infamiae. Expressis verbis perjurus infamia plectitur, quem nominat lex « infame person, never able to bear office, honour, dignity « nor benefice. » (2)

Videamus igitur de jure Romano.

(1) Cf. HENRY I. STEPHEN, *Handbuch des Englischen Strafrechts und Strafverfahrens*. Aus dem Englisch. übersetzt von ERNST MÜHRY. Göttingen. 1843. S. 23, 484, 512, 555, 556. FRIEDRICH NOELLNER, *Das Verhältniss der Strafgesetzgebung zur Ehre der Staatsbürger*. Frankfurt am Main. 1846. p. 51. adnot. *).

(2) Vid. Archiv d. Criminalr. 1844. l. l. adnot. 31.

§ I. JUS ROMANUM.

Illi, quibus testimonium interdictum erat, antiquitus *intestabiles* vocati esse videntur. Occurrunt jam lege XII tabularum, in qua scriptum erat teste Gellio (1): « Qui se sierit testari libri-
« pensve fuerit ni testimonium fariatur, *improbus*
« *intestabilisque* siet.” Disputatur autem inter viros doctos utrum intestabili ex lege XII tabb. in actibus solemnibus tantum, velut testamentis, an vero etiam judiciale testimonium fuerit negatum. Utroque casu testimonium exclusum fuisse, verosimile videtur; primum enim, ratione habita vocabuli *intestabilis*, hoc ille indicatus fuisse videtur, cui neque in actibus solemnibus neque in judiciis testimonium dicere liceret. Basilica

(1) Noct. Att. XV. C. 13. lib. VI. C. 7.

etiam vertunt vocem *intestabilis* in ἀμάρτυρος vel ἀπίθλητος εἰς μαρτυρίαν sine ulla circumscriptione. Deinde Gajus (1) haec tradit: « Cum lege quis « *intestabilis* jubetur esse, eo pertinet, *ne eius* « *testimonium recipiatur* et eo amplius ut qui- « dam putant, neve ipsi dicatur testimonium. » Hic generaliter loqui Gajum *de testimonii adem- tione*, apparet. Deinde ille locus eo majoris est momenti cum desumptus sit ex eius opere ad Edictum provinciale, ideoque magis ordinem pro- cedendi spectare videatur. Addi potest scholias- tae Porphyronis ad Horatium (2) adnotatio haec: « Antiqui eos, quos in testimonium dimitti nole- « bant, *intestabiles* vocabant. » Postremum, apud auctores classicos (3) homines vita turpi notati et famosi usu loquendi vocabantur improbi et *intestabiles*. Quem usum ortum esse non tam ex adempto exiguo jure testimonii solemnisi dandi in actibus, quam quidem e generali testimonii exclusione, non immerito statuas (4).

(1) L. 26 D. *qui test. fac. poss.*

(2) Horat. Serm. II. III. 81.

(3) Sallust. Jugurth. 67. Gell. N. A. VII. XVIII. Tacit. Annal. VI. 40, 51. XV. 55. Histor. IV. 42. Sallust. orat. Lepid. a. i. Plin. H. N. XXVIII. 7. XXX. 2.

(4) Ceterum cff. quae hac de re disputat doct. ESCHER in *dissert. de testium ratione quae Romae Ciceronis aetate obtinuit*. Turici 1842, p. 29. seqq. adversus cl. MAREZOLL, *Ueber die*

Haec autem praecepta in admittendis testibus observasse videntur Romani, primum ut eas potissimum personas, quarum fides extra omne dubium esset, ad testimonium adhibitas esse voluerint, deinde neminem, tam in civilibus quam in criminalibus causis, nisi ex peculiari lege, excluderint. Nam ita exorditur L. 1. D. *de testibus*.: « Testimoniorum usus frequens ac necessarius est, et ab his *praecipue* exigendus, quorum fides non vacillat. § 1. Adhiberi quoque testes possunt non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus, sicuti res postulat, et hi quibus non interdicitur testimonium, nec ulla lege a dicendo testimonio excusantur. »

De fide autem testium recte aestimanda bene praecipit Callistratus. (1): « Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt imprimis conditio cuiusque, utrum quis decurio, an plebejus sit, et an honestae et inculpatae vitae, an vero *notatus* quis et *reprehensibilis*, an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat, vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel ami-

bürgerliche Ehre, cet. Giessen 1824. p. 85 seqq.

Vide etiam MOLITOR, *dissert. de minuta existimatione ex jure Romano*. Lovanii. 1824. p. 101, seqq.

(1) Principio L. 3 D. *de testibus*

« cus ei sit, pro quo testimonium dat; nam si ca-
 « reat suspicione testimonium vel propter perso-
 « nam, a qua fertur, quod honesta sit, vel prop-
 « ter causam, quod neque lucri, neque gratiae,
 « neque inimicitiae causa sit, admittendus est.”
 Videamus itaque quosnam homines leges a testi-
 monio arcendos expresse nominaverit. Primo
 autem nobis loco occurrit *Lex Julia de vi* (1),
 in qua legimus: « Cavetur ne hac lege in reum
 « testimonium dicere liceret, qui se ab eo paren-
 « te eius liberaverit, quive impuberes erunt,
 « *quique iudicio publico damnatus erit, qui*
 « *eorum in integrum restitutus non erit, quive*
 « *in vinculis custodiave publica erit, quive ad*
 « *bestias, ut depugnaret se locaverit, quave*
 « *palam quaestum faciet feceritve, quive ob*
 « *testimonium dicendum vel non dicendum pe-*
 « *cuniam accepisse iudicatus vel convictus erit.*
 « Nam quidam propter reverentiam personarum,
 « quidam propter lubricum consilii sui, *alii vero*
 « *propter notam et infamiam vitae suae admit-*
 « *tendi non sunt ad testimonii fidem.”* Deinde
 adulterii, repetundarum et ob crimen famosum
 damnati specialiter vocantur *intestabiles*. (2) Sic

(1) L. 3. §. 5. D. *de testibus*.

(2) Cf. L. 14. D. *de testibus*, ubi PAPINIUS: „ Scio
 „ quidem tractatum esse, an ad testamentum fa-
 „ ciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et

ULPIANUS in lege 5. § 9. D. *de injuriis et famosis libellis*: « Si quis librum ad infamiam
 « alicuius pertinentem scripserit, composuerit, edi-
 « derit, dolove malo fecerit, quo quid eorum
 « fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel
 « sine nomine, uti de ea re agere liceret; et si
 « condemnatus sit, qui id fecit *intestabilis* ex
 « lege esse jubetur.” Lex Julia autem repetun-
 darum etiam propter turpitudinem Senatu mo-
 tum neque restitutum testimonium dicere vetuit,
 teste L. 2. D. *de Senator*. « Cassius Longinus
 « non putat ei permittendum, qui propter tur-
 « pitudinem Senatu motus nec restitutus est, ju-
 « dicare, vel testimonium dicere, quia lex Julia
 « repetundarum hoc fieri vetat.” — Jam vero infa-
 mibus prorsus testimonium negatum fuisse, ne-
 quaquam defendi potest. (1) Obstare enim vi-

„ sane juste testimonii officio ei interdicetur.
 „ Existimo ergo neque jure civili testamentum
 „ valere, ad quod huiusmodi testis processit,
 „ neque jure Praetorio, quod jus civile subse-
 „ quitur, ut neque hereditas adiri, neque bono-
 „ rum possessio dari possit.” L. 15 D. h. t. pr.:
 „ Repetundarum damnatus nec ad testamentum,
 „ nec ad testimonium adhiberi potest.” L. 21.
 D. Eodem, pr.: „ Ob carmen famosum damna-
 „ tus intestabilis fit.”

(1) Cff. AUGUSTINI LEYSERI, *Meditationes ad Pandectas*. Editio tertia. Lipsiae. 1741—80. (XIII Tom.) Tom. 4^o. Spec. 283. Cap. XXXII. 221. seqq. WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*. Stuttgart. 1825. I. p. 176.

detur L. 13. D. *de testibus*, in qua PAPINIUS ita loquitur: « Quaesitum scio, an in publicis
 « judiciis *calumniae damnati* testimonium iudicio
 « publico perhibere possunt? Sed neque lege
 « Remmia prohibentur, et Julia lex de vi, et re-
 « petundarum, et peculatus eos homines testimo-
 « nium dicere non vetuerunt; verum tamen quod
 « legibus omissum est, non omittetur religione ju-
 « dicantium, ad quorum officium pertinet, eius
 « quoque testimonii fidem, quod integrae frontis
 « homo dixerit, perpendere.” Ex hac igitur lege
 confici potest, in publicis judiciis calumniae dam-
 natos, quos infamia tamen notatos novimus (1),

Adnot. 29. Magni imprimis momenti sunt
 quae argumentatur celeb. v. SAVIGNY, *System
 des heut. Röm. Rechts*. Berlin 1841. Tom. II.
 p. 221.: „ Die hier aufgezählten Nebenwirkun-
 „ gen der Infamie (die beschränkte Fähigkeit
 „ zu postuliren und die Beschränkung der Fä-
 „ higkeit zur Ehre) sind die einzigen, die sich
 „ mit Grund auf die Infamie, nach den wahren
 „ juristischen Begriff dieses Worts, zurückführen
 „ lassen. Manche andere sind jedoch von unsren
 „ Juristen irrigerweise dahin gezählt worden.
 „ So sollen die Infamen unfähig seyn als Zeu-
 „ gen aufzutreten, sei es vor Gericht, oder bei
 „ feyerlichen Rechtsgeschäften. (Die Meynung
 „ ist sehr verbreitet. Vgl. u. a. LINDE, *Lehrb.
 „ der Civilproc.* § 258). Das Römische Recht
 „ hat aber niemals eine solche allgemeine Regel
 „ aufgestellt.”

(1) Cf. L. 1. D. *de his qui not. inf.*, ubi: „ Infamia
 „ notatur — qui in iudicio publico calumniae

a testimonio dicendo lege saltem Remmia et Julia de vi et repetundarum et peculatus, quae a testimonio arcendos recensuisse videntur, non fuisse expressis verbis prohibitos. Deinde, si novisset jureconsultus generale juris praeceptum, quod istiusmodi homines repelleret, sine dubio illud memorasset, cum minime favisse eum calumniatoribus appareat, sed quam maxime iudices de officio monuerit, ut nempe talium hominum testimonium caute perpenderent, cum etiam in optimae notae testium dictis ponderandis religiosissimos illos esse oporteret. — Et sane per se patet, haud parum judicantium prudentiae relinquendum esse, cum legislator nequeat omnia ita accurate definire, ut neglecta diversa personarum causarumque qualitate, una eademque in dicendis et aestimandis testimoniis regula perpetuo utendum sit. (1) Quo respexisse etiam vide-

„*praeveraricationisve causa quid fecisse iudicatus erit,*” i. e. *si fuerit damnatus* ut dicit l. 4. §. 4. D. eodem. Vide cl. REIN, *das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*. Leipzig. 1844. p. 802.

(1) Ita etiam ex laudata lege 13. D. *de testibus*. conjicit cl. GEIB (*Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinians*. Leipzig. 1842. Adnot. 355.) infames regulariter haud idoneos testes esse habitos, sed admissos esse prout iudices e commodo esse arbitrarentur — „*dass überhaupt alle Ehrlosen, wenn auch gewiss ebenfalls nur in Folge der Ansichten*

tur Imperator HADRIANUS cum rescriberet Vivio Varo Legato provinciae Ciliciae: « Tu magis scire
 « potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et
 « cuius dignitatis, et cuius existimationis sint, et
 « qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum
 « eundemque meditatam sermonem attulerint, an
 « ad ea, quae interrogaveras, ex tempore veri si-
 « milia responderint.” Eiusdem quoque Principis
 extat Rescriptum ad Valerium Verum de excu-
 tienda fide testium: « Quae argumenta ad quem
 « modum probandae cuique rei sufficiant,” inquit,
 « nullo certo modo satis definiiri potest, sicut
 « non semper, ita saepe sine publicis monumen-
 « tis, cuiusque rei veritas deprehenditur, alias
 « numerus testium, alias dignitas et auctoritas,
 « alias veluti consentiens fama confirmat rei, de
 « qua quaeritur, fidem. *Hoc ergo solum tibi*
 « *rescribere possum summatim, non utique ad*
 « *unam probationis speciem cognitionem statim*
 « *alligari debere, sed ex sententia animi tui te*
 « *aestimare oportere, quid aut credas, aut pa-*
 « *rum probatum tibi opineris.”* (1)

„ des Gerichtsgebrauchs, für unfähige Zeugen ge-
 „ golten haben.” Operae pretium est conferre
 de illa lege auctores laudatos LEYSER, MARE-
 ZOLL, II. CC. quibus adjicias celeberr. BOEH-
 MERI adnotationem ad Art. 66. constit. crim.
 Carolinae (in eius Meditt. in C. C. C. Halae
 Magdeburgicae. 1774) infra memorandam.

(1) L. 3. § 1. et 2. D. de testibus.

Hoc loco fortasse haud alienum fuerit observasse, Romanos non ex poenae genere sed ex delicti natura infamiam oriri voluisse. Nam ita Jureconsultus MARCELLUS: « Ictus fustium infamiam non importat, sed causa, propter quam « id pati meruit, si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat. In ceteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est.” (1) Deinde non unumquodque crimen aliquem infamem reddebat, sed illud tantummodo, quod iudicii publici causam haberet vel in privato iudicio infamia plecteretur. (2) Calumniam autem ex lege Remmia alii crimen extraordinarium, alii publicum fuisse conjiciunt. (3) Saepe sumitur de accusatorum et causarum patronorum calliditate, quo sensu etiam complectitur tergiversationem et praevaricationem. Strictissimo vero sensu *calumniator* sive *calumniosus* indicat illum, qui in-

(1) L. 22. D. *de his qui not. inf.* MOLITOR, de minuta existimatione, p. 96.

(2) L. 7. D. *de publicis iudiciis.*: „ Infamem non ex „ omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod „ *iudicii publici causam* habuit; itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum „ infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea „ actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi „ bonorum raptorum, injuriarum.” Consul. cl. BIRNBAUM in *Archiv des Criminalr.* 1844. II. St. p. 171. Adnot. 39.

(3) Cf. REIN l. l. p. 810.

sontem dolo malo accusat. (συνεφάντης). (1) Plurimum hoc crimen in usu fuisse videtur, imprimis moribus in dies magis corruptis, neque iurandum calumniae, quo accusator affirmabat se non calumniae causa prodire, neque infamia, qua notaret Praetor delatores, satis valuerunt ad crimen illud coercendum, adeo ut severior illa lex lata sit Remmia, *qua qui calumniabatur, damnabatur, si crimen approbare non poterat.* (2) Quando autem haec lex sit promulgata, haud certo constat. Continebat definitionem calumniae, cuius character est dolus (3), et poe-

- (1) Vid. REIN l. l. p. 807. Adnot. *** ubi „Non. „ Marc. IV, 74. erklärt cal. *malitiosa et mendax* „ *infamatio* u. Isidor. X, p. 1071. nennt den cal. „ einen *falsi criminis accusator*, Marcian. l. 1. „ §. 1. D. ad Scons. Turp. (48, 16) *calumniari* „ *est falsa crimina intendere*, Paull. I, 5, 1. *ca-* „ *lumniosus est qui sciens prudensque* (wissentlich „ und absichtlich) *per fraudem negotium alicui* „ *comparat*, Gaj. IV, 178 *qui intelligit, non recte* „ *se agere, sed vexandi adversarii gratia* — *ca-* „ *lumnia enim in affectu est*, cf. Gaj. l. 233 D. v. „ s. (50, 16). Mit Hunden werden die cal. ver- „ glichen Cic. p. Rosc. Am. 19. Verr. III, 11. „ Sen. brev. vit. 11. Colum. I, praef.”
- (2) Schol. Gronov. ad Cic. p. Rosc. A. 18. p. 431. Or. (REIN l. l. p. 809). GEIB. l. l. p. 577—82.
- (3) Ita l. l. §. 3. D. ad Scons. Turp. (48, 16) „ *utique qui non probat quod intendit, protinus* „ *calumniari videtur; nam eius rei inquisitio arbi-* „ *trio cognoscentis committitur, qui reo absoluto de* „ *accusatoris incipit consilio quaerere, qua mente*

nam statuebat adeo severam, ut calumniatori fronti K inureretur. Si igitur illud ab omni aevo unum omnium maxime invisum genus hominum, qui tam crudeli modo puniebantur, ut neminem latere possent, nonnunquam tamen, civium securitate veritatis indagacionem postulante, ad testimonium admissum fuisse verosimile est, idem in ceteris infamibus obtinuisse, non injuria existimaveris. — Multum hac in re judicium prudentiae relictum fuisse (1) e supra laudata lege 13 D. *de testibus*. satis elucet, et confirmatur aliarum legum testimoniis, quae sinebant nonnullis in casibus servos et arenarios similesque homines testes in judiciis adhiberi; regulariter autem hi excludi a testimonio et nonnisi eculeo impositi audiri et indiciorum instar haberi sole-

„ ductus ad accusationem processerit. Et si qui-
 „ dem justum eius errorem repererit, absolvit eum
 „ cett. §. 5. inconsultum calorem calumniae vitio
 „ carere.” (REIN, p. 809. L. L.)

- (1) Quemadmodum etiam opinatur KLENZE (*Lehrb. d. Strafverf.* §. 97), qui de probatione per testes agens hoc docet: „ Der Grad des Beweises „ war dem Richter überlassen;” et REIN (*d. röm. Privatr.* S. 477) ea de re ita disserens: „ In „ wiefern der Richter gebunden sei, den Zeugen „ Glauben beizumessen, gab es keine positive „ Bestimmungen, indem alles auf die Prüfung „ der besondern Verhältnisse und Eigenschaften „ sowohl der Parteien als der Zeugen u. s. f. „ ankam;” consentire videtur. Cf. ESCHER, de testium ratione, cett. p. 141. Adnot. 6.

bant (1). Exceptio illa imprimis locum habuisse videtur in criminibus perduellionis et laesae majestatis similibusque. Lex Cornelia *de majestate* enim servos in hac quaestione testes admittebat contra morem solitum, quemadmodum jam olim locum habuerat in criminibus perduellionis et incestus (2). Sic etiam lex Julia *majestatis*, in hisce criminibus admittebat, famosos, milites, servos, mulieres, qui regulariter prohiberi solebant (3). Quin etiam pristino tempore more usuque, posteriore autem ex certa lege impunitas iis, qui detexissent talium criminum socios, offerebatur (4). Sic quoque legimus apud auc-

(1) L. 7 D. *de testibus*: „ Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.” L. 21. §. 2. D. eodem.: „ Si ea rei conditio sit, ubi arenarium testem, vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio eius credendum non est.” Vid. ESCHER, de testium ratione, cet. p. 2 et 3.

(2) Cf. Suet. Cat. 30. (REIN L. L. p. 514).

(3) Cf. L. 7 D. *ad leg. Jul. majest.*: „ Famosi, qui jus accusandi non habent, sine ulla dubitatione admittuntur ad hanc accusationem. § 1. Sed et milites, qui causas alias defendere non possunt; nam qui pro pace excubant, magis ad hanc accusationem admittendi sunt. § 2. Servi quoque deferentes audiuntur, et quidem dominos suos, et liberti patronos.” L. 8. D. eod.: „ In quaestionibus laesae majestatis etiam mulieres audiuntur, conjurationem denique Sergii Catinae Julia mulier detexit, et Marcum Tullium Consulium indicium eius instruxit.”

(4) Nominasse sufficiat Ps.-Asconium in Cic. divi-

tores classicos Senatum antiquitus peculiari decreto illi, qui aperti sceleris auctores indicasset, praemium pollicitum fuisse (1). Nec vero facile existimandum in unoquoque iudicio tale beneficium locum habuisse, si reputemus non uno eodemque in omnibus delictis ordine procedendi usos fuisse Romanos (2). Labente autem aetate haec iudiciorum diversitas magnam partem sublata est (3). Ceterum tenendum est, omnia in iudiciis publice et ore agi solitum fuisse, ita ut etiam illam testium fidei explorandae rationem, nimirum contra se invicem publice audiendi, quae barbare dicitur confrontatio, in usum suum convertere potuerint iudices (4). Causa fortasse

nat. in Caecil. p. 114. (Or.). „Certa sunt, in quibus impunitas indici datur, in causa prodii-
 „tionis, majestatis et si quid huiusmodi est ...
 „Itaque repetundarum causa non per indices agi
 „solet salvis legibus.” (ESCHER L. L. p. 7).

(1) Cff. Liv. XXVI, 27. XXXIX, 14. Sallust. Catil. 30. ESCHER L. L. p. 6.

(2) Cf. REIN L. L. p. 65. „Jede Lex enthielt eine
 „besondere für dieses Verbrechen berechnete
 „Prozessordnung über Präsident, Richterperso-
 „nal, Ankläger, Beweismittel, u. s. w.”

(3) Cff. REIN L. L. p. 68 seqq. MOLITOR de minuta existimatione, cet. p. 98. Adnot. 2.

(4) Praeclare commoda publicae testium interrogationis postquam exposuit eruditissimus Britanus BLACKSTONE, addit: „These are a few of
 „the advantages attending this, the English way
 „of giving testimony, *ore tenus*. Which was also

etiam haec quapropter remissiores esse potuerint Romani in admittendis testibus, quamquam JUSTINIANUS non nisi bonae existimationis et opinionis homines ad testimonium admissos voluit; quod praeceptum perpetuo observari posse, quis dicat? Distincte sententiam suam hac de re profert celeberr. V. SAVIGNY (1), qua verbis ipsis memorata, dicta nostra de jure Romano finiamus, transeuntes ad posteriora secula. Ita nimirum vir doctiss.: « In älteren Gesetzen, war den we-
 « gen gewisser einzelner Verbrechen Verurtheilten
 « die Zeugenfähigkeit besonders abgesprochen und
 « zuletzt hat JUSTINIAN verordnet, zu Zeugen soll-
 « ten überhaupt nur vortreffliche Leute genommen
 « werden, gleich zuverlässig durch guten Ruf
 « und durch ihre äussere Stellung (l. Nov. 90). Dass
 « diese, ohnehin *unausführbare Vorschrift* mit

„ indeed familiar among the ancient Romans, as
 „ may be collected from Quintilian (Institut.
 „ Orat. l. 5. c. 7.); who lays down very good
 „ instructions for examining and cross-examining
 „ witnesses *viva voce*. And this, or somewhat
 „ like it, was continued as law at the time of
 „ HADRIAN. See his epistle to VARUS, the le-
 „ gate or judge of CILICIA.” (L. 3. §. 1. D. *de*
 „ *testibus*, cuius verba supra memoravimus, p. 14.).
 Vide Commentaries on the Laws of England.
 in four Books, by sir WILLIAM BLACKSTONE,
 Knt.-London. 1813. Vol. III, p. 342.

(1) System des heutigen Römischen Rechts. Ber-
 lin, 1841. Tom. II, p. 221.

« dem bestimmten Rechtsbegriff der Infamie
 « Nichts gemein hat, versteht sich von selbst; sie
 « geht sogar über den schon sehr schwankenden
 « Begriff der *Infamia facti* noch hinaus. Demnach
 « müssen wir, was das Resultat des neuesten
 « Rechts betrifft, eine *absolute Unfähigkeit* der
 « Infamen zum Zeugniss (sowohl dem gerichtli-
 « chen, als dem bei feyerlichen Geschäften) *durch-*
 « *aus verneinen*. Was aber die Glaubwürdigkeit
 « derselben im gerichtlichen Zeugniss betrifft, so
 « kann diese ohnehin nur durch freyes Ermessen
 « des Richters in jedem einzelnen Fall beurtheilt
 « werden, und auch dabei sind die genauen juris-
 « tischen Bestimmungen der Infamie gleichgültig.»

§ II. VETERUM DOCTORUM JUDICIA.

FARINACIUS (1) regulam quidem primariam ponens: « fundamentum testimonii esse fidem, infamemque imprimis illa carere, cum eius status sit diminutus et maculatus juris dispositione, atque merito ergo ad testimonium non admitti, » observat nihilominus, fieri posse, ut vehementer talium hominum testimonio in civitatis ac justitiae salutem indigeamus, quod hisce illustrat exem-

(1) PROSPERI FARINACII, *Tractatus de testibus*. Francofurt. 1606. Lib. II. Tit. VI. Quaest. 56. Qui vero plura de hoc et plerisque juris criminalis doctoribus scire velit, adeat copiosissimum librum, quem edidit D. GEORG WILHELM BÖHMNER, sub titulo: *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, mit besondrer Rücksicht auf Criminalpolitik*. Göttingen. 1816.

plis: « Ad probandam enim, » inquit, « famam, « aliquem esse barattarium vel vicisse cum falsis « taxillis, admittuntur similes lutores ac barattarii, « cum tales personae se invicem cognoscant et in « simul conversentur. » Deinde addit: « licet le- « ones, meretrices, concubinarij et infames, non « sint regulariter testes idonei, tamen quando agi- « tur de actu facto in prostibulo, quod sciri non « potest verisimiliter, nisi per eos, ex quo com- « muniter aliae honestae personae in eo non ver- « santur, tunc ad probandum delictum, vel dolum « malum, eo loci commissum, praedictos infames « admitti. » Animadvertit denique: « communem « theoriam sui temporis esse, infames admitti in « delictis nocturnis, in quibus alij testes haberi « non possunt, et generaliter etiam in causis lege « exceptis, videlicet in crimine haeresis, laesae ma- « jestatis et aliis. » Neque tamen istis hominibus plena fides tribuebatur, sed habebantur testes haud omni exceptione majores. Addit enim Farinacius nunquam vel in iis casibus admissos fuisse sine tormentis. Monebat quoque: « istam « qualitatem, aliter veritatem haberi non posse « non praesumi sed esse articulandam et pro- « bandam per eum, qui testes infames produ- « cere velit. » Severum imprimis iudicium de perjuris tulit hisce verbis.: « Regula sit, quod « perjurus testis esse non potest, neque in causa

« civili neque in criminali. Caret enim perjurus
 « eo, quod potissimum in teste requiritur, scil.
 « veritate, quae debet esse pura et simplex. Et
 « eo quod semel violavit juramentum, semper in
 « eo remanet suspicio perjurii. Et hoc maxime
 « procedit in eo, qui committit perjurium in tes-
 « tificando: nam ex quo semel deliquit in offi-
 « cio, semper est suspectus in eodem. Et de
 « ista regula non est dubitandum. Primo, quia
 « est in jure bene fundata. Secundo quia est ratio-
 « nabilis. Tertio quia communiter a Deo recepta.”

JODOCUS DAMHOUDER (1) etiam illud ante omnia
 praecipit, ut regulariter non nisi fama integra
 testes audiantur. In capite enim de reprobatione
 testium ita ille: « *Reprobandi* sunt etiam tan-
 « quam intestabiles, hi, qui in judiciis ullis no-
 « tati et damnati fuerunt alicuius famosi crimi-
 « nis, aut de crimine ullo publica fama fuerunt
 « infames. (*ext. de testib. l. III. § lege Julia,*
 « *et l. ob carmen D. eod. de testib.*) Qui enim
 « olim fuerunt criminosi, adhuc praesumuntur
 « criminosi. (*L. quisquis C. ad Jul. Majest.*) Item
 « reprobantur criminis socii, sive in eodem cri-
 « mine irretiti.” Mox vero ita regulam restrin-

(1) D. JODOCI DAMHOUDERII BRUGENSIS, Jurecon-
 sulti clarissimi. *Practica rerum criminalium. Her-*
bipoli. A. 1641. Cff. pagg. 138, 139, 141—3.
 Cap. L *De reprobatione.* et Cap. LI *De salvatione.*

git.: « Attamen si aliter veritas indagari nequeat,
 « judex depositionum ipsorum rationem et respec-
 « tum habere solet. Item homicidae, malefici,
 « sacrilegi, fures, raptores, adulteri manifesti,
 « venefici, sortilegi, perjuri, lenones, concubi-
 « narii manifesti et incestuosi, atque huiusmodi,
 « produci testes non possunt, nec in testimonium
 « admitti debent. Item conspiratores vel conju-
 « ratores. Similiter, qui pretium receperunt, vel
 « recepturi sunt pro testimonio, vel dicendo, vel
 « tacendo: vel quod huc subornati et instructi
 « fuerint.” In sequenti vero capite, cui titulus
de salvatione testium, lectori viam indicat, qua
 optime adversarium suos testes exceptione repel-
 lentem oppugnare possit.: « Istam enim sal-
 « vationem esse in quavis materia non minus ne-
 « cessariam, quam ante dictam reprobationem.
 « Deinde non minori studio testes, et ipsorum
 « testimonia (quatenus id fieri potest) salvanda
 « esse, quam prius fuerant ab adversario repro-
 « bata: eoque neutiquam calumnianda.” Primum
 igitur, inquit ille, si quis testem tuum infamiae
 causa rejicit, te contra negando eundem salvum
 et testimonium qui ferat dignum affirmes, oportet.
 Excipientis enim esse contrarium probare,
 secundum regulam: ei incumbit probatio, qui
 dicit et non qui negat. Pergit deinde ita: « Proxi-
 « mus salvandi usus esto, si testes tuos salvare

« nequeas (utpote conscius, testes reprobatos
 « tales esse, quales adversarius praedicavit) ut
 « alio, tuos testes salvaturus, confugas: nempe,
 « ad loci aut temporis rationem. De locis autem
 « dispicies, an res contigerit locis secretis, an
 « publicis: honestis, an infamibus. De temporis
 « vero ratione vide, an tempore famulatus: tem-
 « pore amicitiae, an inimicitiae, cet. Hinc enim
 « judici noscendi via aperitur, et partibus liti-
 « gantibus salvationum et reprobationum materia
 « confertur.” Praecepta autem exemplis illus-
 trat Jureconsultus clarissimus, quorum unum al-
 terumve afferre haud inutile forte fuerit. Quod
 igitur ad *tempus*: « Si adversarius,” inquit, tes-
 « tem tuum meretricem affirmet, aut homicidam,
 « infamem, aut concubinarium: negabis eandem
 « personam tunc, cum ista deponeret, fuisse me-
 « retricem, homicidam, infamem aut concubina-
 « rium, eoque non rejiciendam a testimonio, sed
 « admittendam, audiendam, et credendam. — De
 « *loco* autem sic tuos defendes, vel saltem ip-
 « sorum testimonia ita salvabis, si aliter perso-
 « narum tuarum qualitatem reprobata tutari
 « nequeas. Nam si defloratio, stuprum, aut ho-
 « micidium commissum ac perpetratum in lupa-
 « nari fuerit, tuque pro verificatione facti tui in
 « testimonium produxeris meretrices, lenos, le-
 « ones, aliosque nebulones, et infames ibi per te

«reptos, quos ille, juxta praecedens caput,
 «ut meretrices et infames, a testimonio remo-
 «verit: eosdem denno, eorumque testimonia sal-
 «vaveris, si asserueris, alia ratione veritatem
 «constare non posse, nisi per personas ibidem
 «(quales quales sunt) conversantes. Illisque li-
 «cet sint refutabiles, dices eandem necessario
 «habendam esse fidem in locis illis secretis et in-
 «famibus, quam habiturus esset iudex probis
 «testibus, in locis publicis et honestis.” Ean-
 dem testis defendendi rationem ineundam esse do-
 cet, si crimen in Xenodochio seu hospitali pa-
 tratum fuerit: «Postremo,” ille, «cum scelus
 «domi tuae contigerit, negabis tuos domesticos,
 «aut famulos et similes a veritate testanda, ulla
 «ratione movendos: quod de his, quae secreta
 «fiunt in domibus, possunt servi, ancillae et
 «alii domestici esse testes.”

Farinacii doctrinam amplectitur CARPZOVIVS (1)
 concedens: «inhabiles quoque testes quandoque
 «admitti, si aliter veritas haberi non possit, et
 «praesertim in delictis et factis, quae sunt dif-

(1) BENEDICTUS CARPZOVIVS, *Practica nova Saxo-
 nica rerum Criminalium*, in partes tres divisa.
 Viteberg. 1635. Pars III. Quaestio CXIV,
 26—38. *De probatione delictorum, quales et
 quotnam testes in causis criminalibus requiran-
 tur, quaeque et qualis eorum depositio esse de-
 beat?*

« facilis probationis, qualia sunt furtum, adul-
 « terium, partus suppositus, simulatio, simonia,
 « fraus, dolus, cet. Nec non crimina nocturno
 « tempore commissa, quae itidem difficilis dicun-
 « tur probationis. Ideoque et in iisdem non so-
 « lum *praesumptiva* et *conjecturata* probatio
 « sufficit, verum etiam ad probandum testes *in-*
 « *habiles* admittuntur. Quod similiter verum
 « est, si agatur de delictis commissis in eremo,
 « nemore, monte aliove in loco secreto, in qui-
 « bus testes inhabiles ad testificandum quoque
 « admittuntur, quia nempe per alios veritas ra-
 « tione loci haberi nequit. Sciendum tamen est,
 « quod veritatem aliter haberi non posse, non
 « dicatur ex eo, quod in facto, de cuius proba-
 « tione agitur, alii testes actu non intervenerint,
 « sed quod ex natura delicti, vel ratione loci et
 « temporis, alii testes intervenire non potuerint;
 « secus vero in aliis, in quibus etsi alii testes
 « actu non intervenerint, habitu tamen interve-
 « nire potuerint, prout est homicidium, violen-
 « tia, injuria et his similia." Quod autem at-
 « tinet ad testimonii gravitatem, negat CARPZOVIVS
 « plenam fidem eiusmodi testibus esse tribuendam,
 « sed: « qualem qualem probationem ex eorum de-
 « positione inducendam esse, utque maxime non
 « ad condemnandum sufficientem."

FARINACIO et CARPZOVIO etiam assentitur MAT-

THAEUS (1) statuens infames a testimonio esse prohibendos neque admittendos: « nisi alii, qui
 « admittantur, desint testes idonei, aut nisi ve-
 « ritas aliunde explorari non possit. » Prohiben-
 tur itaque « lenones, (l. 1. l. 4 § 3. D. de his
 « qui not. inf.) perjuri, (Cap. 54. § 1. de tes-
 « tib. jur. canon.), damnati furti, rapinae, la-
 « trocinii, adulterii, (l. 7. D. de publ. Jud. l.
 « 18 D. de testibus.) » Oportebat autem tales
 homines esse *damnatos*, neque sufficiebat ali-
 quem opinione vulgari infamem esse habitum;
 illi enim infamia *juris*, hi infamia *facti* labo-
 rasse videntur. Hanc autem distinctionem ex
 jure Romano desumptam servasse veteres juris cri-
 minalis doctores apparet cum ex iis, quae mo-
 net MATTHAEUS, provocans ad CARPZOVIVM, tum
 ex annotatione BOEMERI ad Art. 66. C. C. C. in-
 fra memoranda. Ita autem ille: « Notandum
 « etiam, quod PSELLUS dicit, *damnatos crimi-*
 « *nis* non admitti. Patratum crimen non suffi-
 « cit. Nec fures statim repelluntur, sed si furti
 « *damnati*. Nondum adhuc damnati *nondum*
 « etiam infames sunt. (l. 1. l. 6. § 1. et 2. D. de
 « his qui not. inf.) Infamia quidem *facti* la-
 « borant interim damnati, sed ad testem re-

(1) ANTONII MATTHAEI, de Probationibus Liber.
 Lugd. Batav. 1678. pagg. 322, 324, 329, 337,
 363, 365.

« pellendum haec infamia non sufficit. (l. 7 D.
 « *de publ. jud.* l. 14. et ll. seqq. D. *de testibus.*
 « CARPZOV. 1. def. for. 16. def. 71.) Qui testi
 « crimen objicit, necesse est, probet jam *dam-*
 « *natum.* Accusatum esse, aut convictum, si
 « probet, non sufficit. Necesse est, ut probet,
 « quod jam lata sententia. Perjuri non repel-
 « luntur, et nec perjurii convicti, sed perjurii
 « *damnati.*” Restat, ut casus enumeremus,
 quibus MATHAEUS infames admittendos cen-
 suerit. De *reis* autem criminum *carcereque*
inclusis ita judicat: « Quod autem ad reos cri-
 « minum, et qui existunt in vinculis, nec pro
 « sociis audiri, nec contra ipsos admitti possunt,
 « (l. *si filium* D. *de lib. caus.* lex *repeti* D. *de*
 « *quaest.* l. 3. § 5.), nisi forsitan id fiat, cum est scelus
 « atrocius, *ad inquirendam veritatem*, non ad
 « justam probationem, ut si crimen sit majesta-
 « tis, si latrocinium, si parricidium, si crimen
 « falsae monetae. (arg. l. 7. pr. l. 8. D. *ad leg.*
 « *jul. maj.* l. 1. pr. C. *de fals. monet.* Farin.
 « qu. 56. n. 180.) Nam ut dixi, admittuntur,
 « et qui vulgo alioquin admitti non possunt,
 « amici etiam, socii, condiscipuli, domestici, si
 « aliunde rei veritas cognosci non possit, aut si
 « de facto domestico sit quaestio in judicio. (Carp-
 « zov. 1. def. for. 16. def. 49 et 54.)” Magni
 momenti sunt, quae deinde addit de iudicium

arbitrio in fide testium aestimanda.: « Quando
 « autem, » inquit, « id possit dici, quod aliter
 « rei veritas explorari non possit, relinquendum
 « id prudentiae et arbitrio judicantium. Certe
 « testibus non usus cum testium haberet copiam,
 « et essent testes idonei, non excusatur aut audi-
 « tur, si adducat postea aut suspectos, aut qui
 « minus sunt idonei, et admitti non possunt. »
 Eleganter autem hoc explicat: « Audiuntur *si*
 « *quid gestum occulte, si quid forte in colle-*
 « *gio, si quid domi remotis arbitris.* Alios non
 « adfuisse, aut non adesse non sufficit. *Pro-*
 « *bandum* nec adfuisse, nec adesse potuisse.
 « Et notandum hoc, quod quotidie id occur-
 « rat. Verum multum hic potest et in tota
 « hac materia magistratus arbitrium. » Quam
 invitus vero et nonnisi summa postulante neces-
 sitate tales suspecta fide homines admiserit MAT-
 THAEUS, hisce judici datis monitis declarasse vi-
 detur, ut ne iudices veritatis indagandae studio
 abducti, nimis forte faciles essent in admittendo
 variis sceleribus contaminato hominum genere.
 Ita nempe ille: « Verum quamvis admittantur,
 « cum desunt alii idonei, et hi, qui alioquin
 « admitti non possint, ut impuberes, item *viles et*
 « *humiles, et quos supra jam dixi,* cognoscet
 « tamen iudex, an publice id expediat, et an
 « non infra dignitatem sit viri gravis et illus-

« tris, et de Republ. bene meriti, si viles et
 « humiles in reum criminis evocentur, arg. nov.
 « 90. Cap. 1. « Maxime enim interest, » ut
 « ait CICERO pro SYLL. « non ex libidine, aut si-
 « multate, aut levitate testium causas honesto-
 « rum hominum ponderari, sed in magnis dis-
 « quisitionibus repentinisque periculis vitam unius-
 « cujusque esse testem. »

Operae pretium est afferre, quae CHRISTIANUS
 THOMASIVS de hoc argumento opinatus fuit. (1)
 Laudatis enim modo juris criminalis doctoribus
 vix et ne vix quidem infames ad testimonium
 admittentibus, hunc talem admissionem magis
 urgere videmus, quin rationis principiis defen-
 dere. Hisce verbis breviter suam sententiam
 complexus est: « Quam (sc. exclusionem infamium a testimonio dicendo in iudiciis) repu-
 « gnare, » inquit, « primis rectae rationis prin-
 « cipiis logicis, cum absurdissimum sit logice,
 « quod infamis aut inimicus veritatem nunquam
 « dicat, immo repugnare quandoque principiis
 « politicis, si videlicet res, de cuius veritate in
 « iudicio litigatur, non alii quam eiusmodi in-
 « famato aut inimico sit cognita. »

(1) Dissertatio CXXVII: „ *An poenae viventium, eos infamantes, sint absurdae et abrogandae?*
 Invenitur in eius dissertat. Acad. Tom. IV. p.
 539. Halae Magdeburgicae A. 1780.

THOMASIO autem adjungamus juris peritissimum virum Io. SAMUEL FRIED. DE BOEHRERUM, qui edito insigni opere, cui titulus *Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam* (1) egregie de re criminali est meritus. Hoc enim opus continet doctrinae fructus per quadraginta annorum spatium indefesso labore conquisitos. Quae verba ad nostrum argumentum spectant in Carolinae Art. 66. (*Von gnugsamen Zeugen*): « *Gnugsame Zeugen seyndt die, die unbe-* » « *leumdet und sonst mit keynen rechtmässi-* » « *gen Ursache zu verwerffen sein,* » ita commentatur vir celeberrimus plurimum usus jure Romano: « De inhabilitate ob infamiam non » « eadem est legum sententia. Jure Romano ne » « quidem *infamia juris* notatos prorsus repelli, » « sed suo modo secundum arbitrium judicis ad- » « mitti, patet ex L. 13. *de testibus.* et L. 3. » « §. 5. (2) in qua plures specialiter arcentur, » « quo opus non fuisset, si omnium infamiam » « eadem sors foret. Aliud juris quoad eos, qui » « *facti infamiam* incurrunt, quos admittit jus » « Romanum salva exceptione L. 3. pr. *de testi-* » « *bus* (3), quod sequitur jus Canonicum in causa

(1) *Accessit vetus ordinatio criminalis Bambergensis, Brandenburgica, Hassiaca.* Halae Magd. 1770.

(2) Conferantur supra dicta in pag. 12. et 13.

(3) Vide supra p. 9.

« civili; ast in criminali eos prorsus arcet C. 54.
 « *de testibus*. (1) Alia est praxis hodierna in
 « processu inquisitorio teste CARPZOVIO, Qu.
 « CXIV. N^o. 38. ubi fides eorum tantum dimi-
 « nitur, adeoque non prorsus inutiles sunt.
 « Quid? Quod nequidem criminosi absolute in-
 « habiles censeantur, quoties olim crimen famo-
 « sum commiserint, nisi illud veluti artificium
 « exercuerint, et hoc ipso fidem suam publice
 « perdiderint, aut perjurium commiserint, quo-
 « cum fides judicialis pugnat, non aeque cum
 « homicidio, adulterio.”

Forsan haud iniquum fuerit, servato ordine chro-
 nologico LEYSERI de testibus inhabilibus doctrinam
 etiam apponere. (2) Eo majoris certo pretii huius Icti
 iudicium esse habendum arbitror, quoniam etiam
 de testibus in re civili admittendis sententiam

- (1) Lib. II. Tit. XX. et XXI. Cap. LIV. *de testi-
 bus cogendis vel non. Corp. Juris Canonici.* —
 ad vett. Codd. mss. restitut. et — illustrat. ex
 bibl. cl. LE PELETIER. Juxta exempl. Par. an-
 tchac excusum, sumptt. Fr. Gladitsch. 1695.:
 „ *Testimonium eius, cui ab adversa parte oppo-*
 „ *nitur crimen, merito reprobatur in criminali*
 „ *causa, sive civili, si in ipso crimine perseve-*
 „ *ret. Si vero sit de crimine emendatus, et eum*
 „ *non comitetur infamia, non est in causa civili,*
 „ *vel etiam cum de crimine civiliter agitur, prae-*
 „ *terquam pro reatu perjurii repellendus.”*
- (2) LEYSERI *Meditationes ad Pandectas.* Spec. 283.
 Cap. XXXII. A. 1743. Cf. supra p. 11. Adn. 1.

suam exponit: « De criminosis testibus sat clara
 « lex, » inquit, « exstat in C. 54 corporis juris
 « Canonici de testibus. *Discrimen*, quod ibi
 « inter causas civiles et criminales constituitur,
 « arbitrium judici *non* adimit, qui, ut saepe
 « dixi, liberrime, *quantum* testi credendum sit,
 « vel non, statuere potest. Reipubl. profecto
 « *aeque* interest, verum *in civilibus et crimi-*
 « *nalibus causis* detegi. *Igitur eadem regu-*
 « *lae* in ambarum probatione observari debe-
 « bant. Animadverto itaque, in iudicando hoc
 « *discrimen parum* attendi, sed utrobique sal-
 « tem spectari, an testis *enormibus flagitiis*
 « *pluribusque facinoribus* se contaminaverit,
 « fidemque suam *quasi publice* perdidit. Hunc
 « l. 3. §. 5. *de testibus*. propter notam et infa-
 « miam vitae suae a testimonio plane repellit.
 « At eius, qui *aliquando* delictum publicum et
 « famosum e. g. stuprum, adulterium, furtum
 « commisit, testimonium *labefactatur* quidem
 « et non *omni* exceptione majus est, auditur ta-
 « men, ut saltem *indicium* faciat et probationes
 « alias imperfectas *suppleat*. Vide memorabilem
 « maxime L. 13. *de testibus*. » Perjuros sine
 ulla exceptione uno fere ore a testimonio repel-
 lendos esse clamant, ut vidimus, veteres docto-
 res, quibus se adjungit LEYSERUS ita loquutus:
 « Tunc tamen etiam *unum* delictum ad testem

« *prorsus* repellendum *omnemque* ei fidem abrogandam sufficit, cum crimen, quod commisit, cum *perjurio* conjunctum est. Semel enim perjurus et mendax semper perjurus et mendax praesumitur.” Utitur LEYSERUS auctoritate loci supra allati C. 54. juris Canonici *de testibus* in verbis: « *praeterquam pro reatu perjurii.*”

Qui denique ipsum LEYSERUM plurimum sequitur cl. PÜTTMANN, (1) ut hoc testimonio veterum seriem Doctorum claudamus, testes, qui verum et cognitum habuisse et dicere voluisse praesumuntur, *habiles s. idoneos omnique exceptione majores* vocari docet; in quibus contra haec praesumptio aut omnino aut ex parte saltem deficit, eos aut *plane inhabiles*, aut *suspectos saltem s. non omni exceptione majores* existimari. *Prorsus inhabiles* e. g. esse corruptos, perjuros; *suspectos* contra minores, inimicos, domesticos.

Postquam igitur vidimus, quid edocti usu forensi et Romani et hos praecipue sequuti veteres juris criminalis periti docuerint, consideratione jam complectamur quid recentioris aevi viri docti philosopha magis ratione hac in re effecerint.

(1) Cff. J. L. E. PÜTTMANNI *Elementa juris criminalis*. Lipsiae 1802. §. 854.

§ I. RECENTIORIS Aevi DOCTORUM JUDICIA.

Inter disciplinae criminalis reformatores principem obtinet locum vir illustris CÆsar BONESANA BECCARIA A. 1738. Mediolani natus. In libro quem scripsit *de delictis et poenis*, de testibus agens, docet horum neminem excludendum esse, ratione communique omnium hominum sensu praeditum, inque fide aestimanda rationem habendam esse commodi, quod forte testi ex denuntiatione oriatur. (1) Non adsentitur illis, qui

(1) Vide librum: *Des délits et des peines*, par BECCARIA; traduit de l'Italien, par J.-A.-S. COLLIN DE PLANGY. Paris 1823. pag. 60. ubi legitur: „ Tout homme raisonnable, c'est-à-dire „ tout homme qui mettra de la liaison dans „ ses idées, et qui éprouvera les mêmes sensations que les autres hommes, pourra être „ reçu en témoignage. Mais la confiance qu'on „ lui accorde doit se mesurer sur l'intérêt qu'il „ a de dire, ou de ne pas dire la vérité.”

mulieres ob debilitatem, condemnatos ob mortem civilem, et infamia notatos rejiciendos putent, cum in omnibus hisce casibus testem verum dicere posse contendat, nullo scilicet commodo illum incitante ad mentiendum. (1) Hisce vero ratiocinationibus se opponit in adnotatione ad BECCARIAM, DIDEROT, quomodo sciri possit rogans, nullum subesse odium, quod dextere judici celeretur? Tales autem testes cum admittantur, in periculo versari innocentiam. (2) Et sane, haec

- (1) Idem ita p. 60. L. L.: „ Ainsi, c'est sur des „ motifs frivoles et absurdes, que les lois n'ad- „ mettent en témoignage, ni les femmes, à „ cause de leur faiblesse, ni les condamnés, „ parce qu'ils sont morts civilement, ni les per- „ sonnes notées d'infamie, puisque, dans tous „ ces cas, un témoin peut dire la vérité, lors „ qu'il n'a aucun intérêt à mentir.”
- (2) Objicit autem ita Diderot, p. 61. L. L. Adnot. 2.: „ L'auteur a dit (chap. XVIII): „ *La peine „ d'infamie prive un citoyen de la considéra- „ tion, de la confiance que la société avait pour „ lui.*” Le condamné est au moins dans le „ même cas que l'homme noté d'infamie; l'un et „ l'autre out perdu la confiance publique; leur „ témoignage ne doit donc être reçu que comme „ indice, et non comme preuve. „ *Des témoins „ doivent être crus lorsqu'ils n'ont aucun intérêt „ de mentir.*” „ Mais qui peut jamais s'assurer „ que les méchants et les infames n'ont aucune „ animosité, aucune haine personnelle, aucun „ motif caché d'en imposer aux juges? Si de „ pareils témoins doivent être crus, qui osera „ se reposer sur son innocence? Ils ont perdu

primo aditu haud sunt sine momento. Mox vero videbimus, hisce dubitationibus haud minus graviora, ab aliis clarissimis scriptoribus excogitata, reponi posse, quibus argumentationibus suo loco allatis, iudicium hac de re ferendum forte levius fuerit. Monuisse interim liceat magni ponderis hac in re videri, finem ob oculos habere, quem sibi iudicialis veri indagatio proponat, nempe non minus providere, ne impunita perpetrentur delicta, quam cavere, ne insons immeritas luat poenas; deinde multum iudicis prudentiae relinquendum, cuius est eo severiorem esse, secundum Romanum illud praeceptum, in suspectorum testium fide aestimanda.

In BECCARIAE autem scripta commentarium edidit, splendidum illud Galliae ingenium, VOLTAIRE, quem plurimum in usum suum converterunt, Germaniae praecipue, scriptores, qui post eum BECCARIAE opera ediderunt atque illustrarunt. (1)

„la confiance publique, et ils auraient celle de
 „la loi! et la vie et l'honneur des citoyens
 „dépendraient de leur témoignage!...”

- (1) Teste D. GEORG. GULIELM. BÖHMERO, qui in opere suo, cui titulus: *Handb. der Litter. des Criminalr.* p. 200. ita VOLTARI Commentarium illum laudat: „FR. M. A. VOLTAIRE, „*Commentaire sur le livre des délits et des peines.* 1766. 8. Eine schöne Frucht des von „Beccaria ausgestreuten Saamens, von den deutschen Bearbeitern des B. Werkes wetteifernd „benutzt.”

Mori aevi sui, quo omnia clam in judiciis agebantur, opponit meliorem illam publice testes audiendi rationem, quali jam usi fuerant Romani. (1) Illos enim testes secretae interrogatos oportebat sibi constare in declarationibus. Quod si enim secunda vice auditi, quod dicebatur *récolement*, quae pronuntiassent revocarent vel quoad summam mutarent, puniebantur ut falsi testes. Quapropter parvi ingenii homo, quamvis sibi

(1) Vide *Commentaire de VOLTAIRE* in BECCARIAE opere laudato p. 52. ubi Romanorum testium interrogandorum rationem hoc modo comparat cum illa, quae sui aevo observari solebat, vir ingeniosus: „Chez les Romains,” inquit, „les témoins étaient entendus publiquement, en présence de l'accusé, qui pouvait leur répondre, les interroger lui-même, ou leur mettre en tête un avocat. Cette procédure était noble et franche, elle respirait la magnanimité romaine.

„Chez nous tout se fait secrètement. Un seul juge, avec son greffier, entend chaque témoin l'un après l'autre. Cette pratique, établie par François I^{er}, fut autorisée par les commissaires qui rédigèrent l'ordonnance de Louis XIV, en 1670. Une méprise seule en fut la cause.

„On s'était imaginé, en lisant le code de *testibus*, que ces mots, *testes intrare Judicii secretum*, signifiaient que les témoins étaient interrogés en secret. Mais *secretum* signifie ici le cabinet du juge. *Intrare secretum*, pour dire parler secrètement, ne serait pas latin. Ce fut un solécisme, qui fit cette partie de notre jurisprudence.”

consciis bona fide in nonnullis enarrandis se errasse vel quod *ipse* iudicem, vel *judex* se non bene intellexisset, in falsis sive minus accuratis testimoniis persistere cogebatur metu ne falsi testis poenam incurreret. (1) Quod vero attinet ad testium fidem, opinionem suam in fragmento quodam sic exposuit VOLTAIRE: « Je pencherais, » ait, « (*Prix de la justice et de l'humanité, fragment publié dans la Gazette de Berne*, art. « 22. §. 4), à croire que tout homme, quel- « qu'il soit, peut être reçu à témoigner. L'im- « becillité, la parenté, la domesticité, *l'infamie même*, n'empêchent pas qu'on ait pu bien « voir et bien entendre. C'est au juge à peser « la valeur du témoignage et des reproches qu'on « doit lui opposer. » (2)

FILANGIERI natus Neapoli A. 1752. multum quoque in sui seculi ingeniis formandis valuit. In illo, quae hactenus in causis criminalibus dominabantur instituta et praecepta, acerrimum nacta sunt oppugnatorem; omni crudelitate in poenarum applicatione remota, mortis poenam non, nisi in atrocissimis criminibus frigido animo commissis infligendam esse putavit. Etiam investigandae ve-

(1) Cf. Commentaire, p. 53.

(2) Locus ille invenitur in *Traité Théorique et pratique des Preuves en droit civil et en droit Criminel*, par M. E. BONNIER, Paris 1843. pag. 199.

ritatis rationi in judiciis novam addidit lucem. Duos nempe fines primarios haud sejungendos, secundum quos regulae hac in re servandae sint contendit esse hos: alterum, civitatis esse officium curare, ne innocens falsis accusationibus obruatur, alterum providere, ne delicta impune committantur. (1) Quodsi enim prior solummodo finis, nulla ratione alterius habita, esset spectandus, probationum idonearum ac sufficientium fere semper futura esset penuria, cum ita anxii essemus in probationibus ponderandis, ut nunquam fere sufficiens probationum numerus, aut idoneum probandi genus afforet, quin etiam horrore perfunderemur cogitatione, aliquem duorum testium declarationibus condemnatum iri. (2) Tali vero rerum statu,

- (1) Praestantissimi Viri verba sunt: „Ce principe „est l'intérêt qu'a la société de protéger l'innocence, combiné avec l'intérêt de ne pas laisser „le crime impuni.” Vid. Oeuvres de G. FILANGIERI traduites de l'Italien. Nouvelle Édition accompagnée d'un commentaire par M. BENJAMIN CONSTANT et de l'éloge de FILANGIERIE par M. SALFI. A Paris 1822. (VI. Tom.) Tom. II^o. p. 375.
- (2) Legislatorem talia ad populum loquutum fingit FILANGIERI: „Citoyens, si en déterminant les „preuves juridiques, il ne s'agissoit que de „garantir l'innocence des risques du jugement, „chaque preuve, quelque forte qu'elle fut, „sembleroit toujours foible à mes yeux, et je „douterois de l'évidence même. L'horrible „spectacle d'une innocente victime de la fraude

necessario contendit, impune nefaria sceleratorum consilia perfectum iri, atque nobis, ab una parte tutis, ne insontes condemnaremur, ab altera vero parte maleficorum insidiis obnoxiiis, securitatem, tam vehementer optatam nostram quammaxime debilem fore, quin plane sublatum iri. Charybdim evitantes, ut est in proverbio, ita nos incidere in Scyllam. (1) Legislatorem igitur oportere docet utrumque finem ob oculos habere, quamvis haud facile sit pro humana imbecillitate accurate statuere quousque uterque

„ et de la calomnie, traînée au gibet par la
 „ main même de la justice, effraieroit tellement
 „ mon imagination, que je ne saurois trouver
 „ des preuves suffisantes pour condamner un
 „ accusé. Faire dépendre votre honneur, votre
 „ liberté, votre vie de l'assertion de deux té-
 „ moins qui disent avoir vu commettre le crime,
 „ ce seroit, à mes yeux, attenter à cette su-
 „ reté, à cette tranquillité qui doivent être le
 „ premier objet des lois, et le premier bienfait
 „ de la société. Mais considérez avec moi un
 „ autre ordre de choses. Que deviendroit la
 „ société si les crimes demeuroient impunis?”
 (p. 377.)

- (1) „ Les lois, privés de toute sanction, seroient,
 „ non des décrets respectables de l'autorité pu-
 „ blique, mais de simples avis de moralistes.
 „ Pleins de confiance en présence du juge,
 „ vous trembleriez à l'aspect d'un de vos con-
 „ citoyens; cinq degrés de sûreté de plus dans
 „ les jugements vous couteroient peut-être cent
 „ degrés de sûreté de moins dans la société.”
 (p. 378.)

tendat. (1) Quam viam autem FILANGIERI ingrediendam esse putaverit, efficitur e regulis, quas proponit de testimoniis ponderandis, quarum, ne nimium aberremus, Palmariam tantum afferemus. Nimirum statuit FILANGIERI, eodem fere modo quo BECCARIA, (2) testem integris animi ac mentis viribus praeditum ad testimonium esse ad-

- (1) „ Puisque les institutions humaines ne sont pas
 „ susceptibles d'une perfection absolue; puisque
 „ vous devez acquérir l'avantage de vivre en
 „ société, non seulement par le sacrifice d'une
 „ partie de votre liberté naturelle, mais par le
 „ sacrifice plus terrible d'une petite portion de
 „ votre sûreté personnelle, puisque cette por-
 „ tion que vous sacrifiez dans les jugements
 „ est absolument nécessaire pour vous faire
 „ obtenir la plus grande sûreté dans la société;
 „ puisqu'il y a un terme où la prudence hu-
 „ maine doit s'arrêter, comme il y a un instant
 „ où il faut exiger d'un citoyen le sacrifice
 „ d'une portion de sa sûreté, et où la loi doit
 „ l'abandonner en quelque sorte au jugement
 „ de certaines personnes, et à une décision ar-
 „ bitraire jusqu'à un certain point, tout ce que
 „ vous pouvez exiger de moi, et tout ce que
 „ je suis obligé de faire dans la fixation des
 „ règles de jurisprudence qui doivent détermi-
 „ ner la certitude légale, c'est de trouver le
 „ terme où la loi doit s'arrêter, et de faire en
 „ sorte que ce point soit précisément celui qui
 „ laisse à l'innocent la plus grande conviction
 „ possible de n'être point condamné, et au cou-
 „ pable la moindre espérance possible de voir son
 „ crime impuni.” (p. 378.)
- (2) Vid. supra p. 37.

mittendum, nisi commodum quoddam peculiare illum incitet ad veritatem detegendam vel laedendam. (1)

Prima autem illa, quam attulimus, regula et hoc impedimentum tolli, animadvertit FILANGIERI, quod oriatur e nimia testium circumscriptione, cum facile fieri possit ut crimen e. g. in carcere commissum, non aliter probari queat, nisi per testem, qui ipse in reorum sit numero, vel in locis non honestis, per turpes personas, vel vagabundorum delictum, non nisi per mendicos. Tales igitur homines non excludendos esse a testimonio, si nulla ratio excogitari possit, cur de veritate detrahant, vel eam detegant. (2)

(1) Ita se habet verbotenus Regula illa prima:

„ Tout homme qui n'est ni fou ni imbecille;
 „ tout homme qui a de la liaison dans les
 „ idées, et dont les sensations sont conformes
 „ à celles des autres hommes, peut prêter té-
 „ moignage, *pourvu qu'il n'ait point d'intérêt à*
 „ *trahir ou altérer la vérité.*” (p. 379.)

(2) Verba Viri sagacissimi haec sunt: „ Dans com-
 „ bien de circonstances le système trop minu-
 „ tieux de la capacité des témoins rendroit-il
 „ impossible la preuve d'un délit! Un crime,
 „ par exemple, commis dans les prisons, ne
 „ peut avoir pour témoins que des hommes qui
 „ sont *sub iudice*; un crime commis sur les ga-
 „ lères, ou dans des lieux de débauche, ne peut
 „ avoir pour témoins que des forçats, ou des
 „ femmes de mauvaises mœurs; un crime com-
 „ mis par un mendiant ne peut d'ordinaire
 „ avoir pour témoins que d'autres mendiants.

Laudat autem regulas a FILANGIERI propositas, humanitatis ac justitiae plenas, vir ingeniosus BENJAMIN CONSTANT, in eximio, quem edidit in FILANGIERI opera commentario; simul autem vehementer perstringit nonnullorum magistratuum abusum, qui testes *pro reo* contumeliose tractent, *in reum* contra humane excipiant indulgenterque audiant, (1) moremque illum, quo, testis vera dicendi

„ Des hommes qui sont *sub judice*, des forçats, „ des femmes publiques, des mendians devront- „ ils être exclus du droit de rendre témoignage „ sur un délit commis en leur présence? Si „ l'accusateur peut montrer qu'ils n'ont *aucun* „ *intérêt d'altérer ou de trahir la vérité*, pour- „ quoi ne pas les admettre à fournir une preuve „ légale?" Vid. p. 379. Adnot. 2.

- (1) Consul. Commentaire sur l'ouvrage de FILANGIERI par M. BENJAMIN CONSTANT. A Paris 1822. (Ed. Salfi.) p. 207. Chap. IX *des témoins à décharge*. De perverso illo nonnullorum magistratuum more ita Vir ingenio excellens: „ On dirait qu'aux yeux de plus d'un magistrat la position des témoins à *décharge* est „ peu différente de celle de l'accusé; que les „ uns participent de la défaveur qui entoure „ l'autre, et que rendre témoignage en faveur „ d'un homme qui est soupçonné d'un crime „ est un acte de complicité, ou du moins un „ quasi-délit. „ Tandis qu'on *encourage* les témoins à „ *charge*, qu'on les avertit des contradictions „ dans lesquelles ils tombent, afin qu'ils les „ fassent disparaître ou les concilient, qu'on „ leur suggère des explications, qu'on leur „ donne des éloges, les témoins à *décharge* sont

voluntate vehementer in dubium vocata praesumptioneque itaque orta, illum dolo malo esse mendacem, inquisitio judicialis hac de re demum instituat post pronuntiatam de reo sententiam. Ante institui oportere contendit vir praeclarus. (1)

De eodem argumento operae pretium est perpendere ea, quae philosophatur ingenii acumine excellens BRITANNUS BENTHAM in opere praestantissimo de probationibus. (2) Principium illi est,

„menaçés, interrompus, et même fréquemment
 „accusés d'imposture. Le ministère public ou
 „les présidents prennent au milieu des débats
 „leurs réserves pour faux témoignage et, de
 „la sorte, l'épée de Damoclès est suspendue
 „sur des hommes assermentés à dire la vérité,
 „et auxquels on montre du geste et de la
 „voix le banc des accusés préparé pour eux,
 „s'ils ne mentent pas à leur conscience.

„Je ne connois rien de si scandaleux, de
 „si criminel que cette conduite; et, entre
 „l'accusé et le magistrat qui se conduit ainsi,
 „la culpabilité la plus grave me semble être du
 „coté du dernier.”

(1) Vid. p. 208. haec verba: „Une règle qu'il
 „seroit de toute équité de poser comme fon-
 „damentale et inviolable seroit celle qui obli-
 „geroit l'accusateur ou le magistrat, s'ils
 „avoient inculpé de faux témoignage un té-
 „moin à décharge, à prouver leur assertion
 „pendant les débats, et avant la sentence à
 „rendre contre l'accusé.”

(2) *Traité des preuves judiciaires*. Cf. Oeuvres
 de J. BENTHAM. Tom. II. Seconde partie. Bru-
 xelles, HAUMAN. 1830.

nullam probationem, nullum testimonium esse rejiciendum solo metu, ut decipiaris. (1) In tota autem hac materia illud imprimis attendendum esse docet, num commodum aliquod excogitari possit, quod testis habeat ad veritati contraria proferenda, quam doctrinam et BECCARIAM et FILANGIERUM protulisse supra vidimus. Hominem enim ne improbissimum quidem, legum vinculis circumdatum, dedecori obnoxium et poenis falsi testimonii, non ita inimicum sibi esse, ut absque ullo praesenti vel futuro commodo delictum periculosum committat. Quaerenti vero num perjurii condemnati testimonio fidi possit, adeo, ut neque hic a testimonio excludatur, respondet, quo magis suspectum sit tale testimonium, eo minus esse periculosum. Sufficere enim, judicem delicti ante commissi, fidem delinquentis diminuentem, indolem religiose perpendere. Metum vero non esse, ne nimiam fidem tali testi iudices habituri sint; cum oporteat tale testimonium distincte ac constanter sit dictum arctissimeque cum ceteris factis cohaereat. Ad fidem autem recte dijudicandam praecipue rationem habendam esse, utrum quis perjurium commiserit, se defendendi gratia seu sibi cari capitis,

(1) In opere modo laudato (p. 398.) legimus: „ Dans tout le tissu de cet ouvrage, on voit continuellement reparaitre cette conclusion pratique: „ *N'excluez aucune preuve, aucun témoignage, „ par la seule crainte d'être trompé.*”

non enim credibile esse, eum relapsurum in idem crimen eius gratia, quem nunquam ante viderit, nullo exspectato commodo; tum etiam, num sacrum officium violaverit juvenili aetate, deinde vero per viginti vel triginta annos honestam ac probam degerit vitam. Ita hoc casu secundum vulgares quidem excludendi regulas non audiendum esse, secundum naturae vero judicia non minus bonum esse testem atque alium; quin illius testimonium eo minus metuendum, quo magis sit suspectum, quoque graviolem poenam subiturus esset in prius recidens crimen. (1)

- (1) Clarissimi auctoris haec apposuisse verba forte juverit: „ Mais, dira-t-on, une improbité reconnue, prouvée juridiquement, une improbité signalée par un faux témoignage, ne doit-elle pas être une cause d'exclusion? Un homme flétri pour un faux, pour un parjure, peut-il être admis à l'honneur de témoigner? peut-il mériter aucune créance? La réprobation qui repousse un pareil témoin n'est-elle pas un sentiment universel? „ Je réponds à cela que plus ce témoignage est suspect, moins il est dangereux: il suffit que la circonstance du délit antérieur qui dégrade sa crédibilité soit mise sous les yeux du tribunal. Il n'est pas à craindre qu'avec un tel préjugé contre lui ce témoin obtienne de la part d'un jury, par exemple, trop de confiance. Il ne faudra rien moins que la *déposition la plus claire, la plus soutenue, la plus liée avec tous les autres faits de la cause* pour entraîner une conviction combattue par

Nam tali testimonio neglecto, aliud detrimentum in eius locum successurum esse, scilicet delinquentis impunitatem. Forte fortuito enim adesse posse perjurii damnatum eo temporis puncto, quo duo inter se manus conserant, ambo sibi ignoti adeoque pauperes, ut nullus eum subornandi sit metus. Testimonium per se falsum igitur nequaquam praesumendum esse cum desit commodum. Nullum periculum, quin audiat, sin repellatur impunitatem esse malum. (1)

- „ cette espèce de contre-témoignage résultant
 „ du caractère du témoin.” Cf. p. 394 laudati
 operis. sub. III. *Exclusion à raison d'improbabilité.*
- (1) Cf. *Traité théorique et pratique des Preuves en droit civil et en droit criminel*, par M. E. BONNIER. Paris. 1843. p. 197. ubi haec citantur BENTHAM (*Traité des peines*, édition de Dumont, liv. VII, sect. IV.) verba: „ Je suis,
 „ dit-il, un aussi mauvais sujet qu'on peut le
 „ supposer; il m'arrive de voir un homme en
 „ attaquer un autre; tous deux me sont étran-
 „ gers; le battu m'appelle comme témoin, le
 „ seul témoin, contre son agresseur. J'ai été
 „ convaincu de parjure, et, si vous voulez, de
 „ vingt parjures; mais les parties sont si pau-
 „ vres que ni l'une ni l'autre ne peut m'offrir
 „ la plus petite tentation. Qu'est-ce donc qui
 „ pourrait m'induire à rendre un faux témoi-
 „ gnage? Rien. Quel danger y a-t-il à m'en-
 „ tendre? Aucun. Que s'ensuit-il, si on me re-
 „ jette? Le triomphe de l'oppressé. Or un
 „ cas de cette nature n'a rien de singulier, ni
 „ d'improbable.”

Eodem tendit alius locus (*Traité des preu-*

ves judiciaires. p. 319.) hic: „ Un faux té-
 „ moignage, ” inquit, „ n'entraîne pas néces-
 „ sairement une fausse décision; il est peut
 „ être même assez rare, qu'il ne soit pas re-
 „ connu ou soupçonné. Mais quand le témoi-
 „ gnage manque, la sagacité des juges ne sau-
 „ rait y suppléer, une fausse décision en est
 „ une conséquence nécessaire.”

§ II. LEGUM QUARUNDAM NOVIS- SIMARUM COLLATIO.

Jam ultimo denique loco, novissimorum quorundam Codicum, circa testium admissionem, constitutiones breviter hic memoremus. Incipiamus igitur a Codice, quo adhuc utimur Gallico 1810, in quo a testimonio exclusum legimus quemcumque poena infamanti affectum. (1) Qui infamiae quoad testimonii exclusionem effectus, multum ac, ut videtur, haud immerito, a plerisque viris doctis reprehensus fuit. Repugnare nempe hoc, inquam, cum delinquentis emendationi, tum judicialis veritatis indagandae rationi. (2) Qua-

(1) Cf. Art. 28.

(2) Ita nimirum doctissimus FRIEDRICH NOELLNER, *(Das Verhältniss der Strafgesetzgebung zur Ehre*

propter e praecipuis legislationibus, etiam illis, quae ceteroquin plura desideranda relinquunt, evanuit illa vituperanda ratio, (System) qua quis a testimonio *per se* excludatur, *hanc solam ob causam*, quod poenam famosam subierit. (1)

der Staatsbürger. Frankfurt am Main, 1846. p. 66): „Wohl aber würde eine Gesetzgebung, welche den *Verlust der Fähigkeit zum gerichtlichen oder anderen öffentlichen Zeugnisse* als Ehrenstrafe in sich aufnehmen wollte, gegen jenes Princip verstossen, zugleich aber auch jeder auf Erforschung materieller Wahrheit gerichteten Beweistheorie, welche dem richterlichen streben verstattete, auf jede mögliche Art Ueberzeugung zu gewinnen und die Natur der Beweismittel nach der Gestaltung des besonderen Falles zu würdigen, entgegen sein.“ (Cf. etiam p. 5.)

(1) Quemadmodum de Borussiae specimine (*Preussischer Entwurf*) haud gratum tulit iudicium doctissimus NOELLNER in libro modo laudato, (p. 53. et p. 67. Adnot. *) reprehendens quidem in eo, quoad infamiae effectus, servatam poenarum quarundam necessariam sequelam, laudans vero, universe non esse susceptam inter poenas infamiae testimonii exclusionem. („*Mit Recht* hat daher der Entwurf des Strafgesetzbuchs für die *Preussischen* Staaten die Unfähigkeit zum Zeugnisse im Allgemeinen unter die Ehrenstrafen, mit welchen er sonst sehr freigebig ist, nicht aufgenommen.“) Neque praetermittenda sunt, quae de jure Anglico loquutus idem animadvertit, nempe in testimonio admittendo iudices remissius agere, neque considerandas esse exclusiones testium ibi tanquam honoris sequelas, verum constitu-

Et sane dissimulare non possumus, haud placere nobis viam, quam hac in re sequuti sint Galli, quippe quae, nostro quidem qualicumque iudicio, multis difficultatibus laborare videatur. Inspecito enim Codice, mox apparet, iis esse interdictum testimonium, quorum fides non adeo vacillare videatur, contra admissos, qui magis suspecti haberi solent testes. Ne vero haec imprudenter dixisse videamur, exempla quaedam attulisse necesse erit, nostra dicta illustrantia. Legimus itaque ex Art. 309. C. P. reclusionem puniri eum, qui aliquem adeo vulneraverit, ut post vicesimum diem solitum suscipere nequiverit laborem. Cum vero reclusio ex Art. 7. inter poenas, quibus per se infamia inhaeret, enumeretur, delinquens in hanc incidens poenam fit infamis. — Multum autem illa Art. 309. constitutio reprehenditur, cum, juvante medici vel dex-

tas in favorem defensionis. („Ausserdem ist „wohl zu merken, dass diese Bestimmungen „nur im Strafverfahren, zu Gunsten der Ver- „theidigung Angeschuldigter, nicht aber als „Ehrenfolgen jener Verbrechen vorkommen.“ Cf. p. 51. Adnot. *). Ad quem locum conferantur quae supra diximus de Jure Anglico p. 5. et 6. Hac certe ratione laudat etiam populum Anglicum cl. BIRNBAUM, Archiv. des Criminalr., 1844. p. 184): „Es kenn vielleicht kein Volk „Europa's weniger, als das Englische, Verminderung der Rechtsfähigkeit als Strafe.“ Cf. infra Germanicae hac de re Constitutiones, in p. 56, seqq.

teritate vel felicitate, ab eventu pendeat infamia. Num igitur in perpetuum testis vel artis peritus, (expert), sive in civilibus sive in criminalibus in tribunal prodire prohibeatur, caecae videtur Fortunae relictum arbitrio. Ita quoque politica multa delicta, criminali poena vindicata, infamiam irrogant, et hinc, testimonii dicendi jus adimunt. Peculiaris autem horum delictorum natura nonnunquam efficiet, ut vulgi opinione honore afficiantur, quos infamia notat lex; contra vero delicta, quae omnium proborum hominum aestimatione turpissima haberi solent, correctoria, i. e. haud infamante poena castigata videmus. Nemo autem contendere velit, credo, legislatorem hac in re sibi constituisse. Quid enim dicemus de lege, quae illum, qui animi affectu, subita ira orta, aliquem infelici eventu ceciderit, in perpetuum omni fide indignum de sinu societatis quasi dejiciat, turpissimum contra genus hominum testes admittat, velut: parentes, vel qui parentium habentur loco, tutores, juvenum corruptelae damnatos, vel adulterii, calumniae, stellionatus, (escroquerie), fidei violatae, furti simplicis (vol non qualifié). (1) Num hi, quia non infamia legali sunt

(1) Cff. artt. 334, 338, 371, 373, 401, 405-409.

C. P. Vide quae de poenis infamantibus observavit vir cl. HAUS in opere inscripto: ADOLPHE.

notati, aestimandi erunt probi homines, testes omni exceptione majores? Nonne delinquentis, nondum plane honoris sensu destituti, quae in eo resident virtutis semina plane suffocantur? Nonne scelestissimus quique Justitiam eludet, impuneque nefandi facinoris fructibus gaudebit? Nonne hic aurca illa *FILANGIERI* regula nobis quasi obloquitur? Convertamus igitur oculos potius ad recentiorum legum constitutiones hac certe in re meo quidem iudicio aequiores dicendas. Inter illos igitur Codices, qui ob poenarum laudantur aequam rationem principem obtinet locum Codicis Hungarici Specimen. De quo ita vir consulti-
 tissimus *NOELLNER* (1): « Die Strafgesetze eines
 « Volkes kann man mit Recht als den Maasstab
 « dessen Bildung und sittlichen Zustandes be-
 « trachten » - so bemerkt ein geistvoller Fürst (2)
 « - « man hat eingesehen, dass die Pflicht des

CHAUVEAU et *FAUSTIN HÉLIE*, Théorie du Code Pénal. Additions de *M. J. G. S. NYPELS*. Supplément a l'édition *HAUMAN* et C^o. Utrecht. Chez *L. E. BOSCH* et fils. 1847. Livraison I. p. 26-28.

(1) Libro laudato p. 52 et 53.

(2) Qui hodie Sueciae et Norvegiae imperat *OSCAR*. Cf. Ueber Strafe und Strafanstalten, von Sr. Königl. Hoheit *OSCAR*. Aus dem Schwedischen übersetzt von *A. VON TRESKOW*. Mit Einleitung und Anmerkungen von *Dr. NIK. HEINR. JULIUS*. Leipzig, *F. A. BROCKHAUS*. 1841. s. Vorwort s. 1, 4.

« Staates nicht allein *darin* besteht, die Ver-
 « brechen zu verdammen und zu bestrafen,
 « sondern auch durch die Strafe, *neben Ent-*
 « fernung ihrer *erniedrigenden Wirkung* und
 « unter Anerkennung einer höheren Weltord-
 « nung, mit erleuchteter *Berücksichtigung des*
 « *Menschenwerthes*, zugleich zu warnen und
 « zu bessern.“ Auf dieser Grundlage ist der
 « neueste Entwurf eines Strafgesetzbuches für
 « Ungarn entstanden. Kein neueres legislatives
 « Werk trägt in so hohem Grade das Gepräge
 « des Strebens an sich, den Fortschritten der
 « Zeit und den Anforderungen der Gerechtigkeit
 « zu entsprechen - - der §. 14 spricht aus-
 « drücklich aus, dass die Strafen an sich *keine*
 « *infamirenden Folgen* haben sollen; *öffentli-*
 « *chkeit* des Strafverfahrens soll die öffentliche
 « Meinung in ihre wahre Stellung einsetzen.“

Quoad autem testimonii exclusionem statuunt
 haec:

Lex Württembergica (Württembergisches Ge-
 setz über die privatrechtlichen Folgen der
 Verbrechen, Art. 4: « Die *unbedingte Unfähig-*
 « *keit* der bisher *Ehrlosen* zur Ablegung ge-
 « *richtlicher Zeugnisse* ist *aufgehoben*. Jedoch
 « ist ein wegen *Meineides* rechtskräftig Verur-
 « theilter zur Ablegung eines gerichtlichen Zeu-
 « geneides *unfähig*. Auch ist in Civil- und Straf-

«sachen, wer zu einer Zuchthaus-, Arbeitshaus-
 «oder Festungsstrafe oder zum Verluste der bür-
 «gerlichen Ehren- und der Dienstrechte verur-
 «theilt worden, als ein *verdächtiger* Zeuge zu
 «behandeln.» (1)

Lex *Hassiacca* (*Hessisches Gesetz die Ein-
 führung des Strafgesetzbuchs im Grossher-
 zogthum betreffend*, Art. 15: «Ausser der
 «rechtskräftigen Verurtheilung wegen *Meineids*
 «soll keine Strafe, sie mag bereits erkannt sein
 «oder künftighin erkannt werden, die Unfähig-
 «keit, ein eidliches gerichtliches Zeugniß ab-
 «zulegen, zur Folge haben.»

«Die Gerichte haben jedoch den *Grad* der
 «*Glaubwürdigkeit* solcher Zeugen nach der
 «*Natur* und den *besonderen Umständen* der
 «denselben zur Last gefallenen Verbrechen oder
 «Vergehen zu würdigen.»

«Befinden sich Zeugen im Anklagestand, so
 «haben die Gerichte deren *Glaubwürdigkeit*

(1) Cf. *Die Strafprozess-Ordnung für das König-
 reich Württemberg mit erläuternden Anmerkun-
 gen von Dr. HERMANN KNAPP*. Stuttgart. 1843.
 De poenis autem illius Codicis infamantibus
 earumque sequelis peculiariter egit con-
 sultiss. vir OTTO SCHWAB, in *Archiv.
 des Criminalrechts*. 1847. Stück. I. p. 136.
 Sub titulo: Die Ehrenstrafen des Württem-
 bergischen Criminalrechts und ihre praktischen
 Folgen.

« nach der Natur und den besonderen Umstän-
« den der denselben zur Last gelegten Verbre-
« chen oder Vergehen zu ermessen.»

Lex Badensis. §. 23.: « (*Eidesunfähigkeit.*)
« *Eidesunfähigkeit* und *Unfähigkeit zum ge-*
« *richtlichen Zeugnis* tritt als *Folge* der Verur-
« theilung zu einer Strafe nur *da* ein, wo sie
« das Gesetz (§. 508.) besonders gedroht hat; sie
« ist jedoch im *Strafurtheil* auszusprechen.»

Citata autem §. 508. a testimonio excludit
perjuros. (1)

Postremo loco etiam memorare lubet regulas,
quas in dijudicanda delicti consortium fide se-
quendas, singulari prudentia conspicuas constituit,
Edictum in Ducatu Mecklenburgensi latum.
(Grossherzoglich Mecklenburgische Verordnung
vom 12. Januar 1841, betreffend den Beweis
im Criminal-Prozesse). (2)

- (1) Cf. Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum
Baden, mit den Motiven, cet. von WILHELM
THILO. (III Hefen). Karlsruhe 1845. Heft. I.
Invenimus etiam laudatas leges in opusculo ano-
nymo, cui titulus: „Ueber *Ehrenstrafen* und
„*Ehrenfolgen* der Verbrechen und strafen. - Eine
„Abhandlung aus dem Gebiete der Strafgesetz-
„gebung.“ Rostock, 1845. p. 173. Adn. ***
- (2) Invenitur Edictum illud in diario, cui titulus:
Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, heraus-
gegeben von Dr. LUDWIG VON JAGEMANN, und
FRIEDRICH NOELLNER. B. II. p. 135-144.
Karlsruhe. 1842.

Ita autem se habet §. 7. (Zeugenbeweis.): « Abge-
 « sehen von der bezüglichen Bestimmung des §. 3.
 « soll das Zeugniß eines Mitschuldigen wider
 « den von ihm bezeichneten Theilnehmer an dem
 « Verbrechen (Miturheber, Gehülfen oder Be-
 « günstiger) zwar, zumal wegen Unstatthaftig-
 « keit seiner Beedigung *niemals* der beschwo-
 « renen Aussage eines *vollgültigen* Zeugen gleich
 « geachtet werden, doch ist sein Zeugniß dem
 « des letztern in dem Verhältnisse mehr oder
 « weniger nahe zu stellen, in welchem dabei die
 « folgenden Voraussetzungen mehr oder weni-
 « ger zutreffen:

« *a.* wenn er *abgesehen* von dem zur Frage
 « stehenden Verbrechen, für einen vollgültigen
 « Zeugen zu halten sein würde;

« *b.* wenn keine *actenkundigen* Umstände
 « seine *feindliche* oder auch nur übelwollende
 « Gesinnung gegen den leugnenden Mitbeschul-
 « digten annehmen lassen;

« *c.* wenn die Umstände nicht vermuthen las-
 « sen, dass er sich einen *Vortheil* von seiner
 « Aussage verspreche;

« *d.* wenn actenmässige Umstände die *Wahr-*
 « *scheinlichkeit* der Vollführung des Verbrechens
 « durch *mehre* Theilnehmer begründen;

« *e.* wenn er in den Fällen, in welchen eine
 « voraufgegangene Beredung zur Vollführung der

« That statt gehabt haben muss, mit dem leugnenden Mitschuldigen vor dem begangenen Verbrechen irgend einen *Verkehr* unterhalten hat;

« *f.* wenn er *selbst* sich einer solchen Theilnahme an der That schuldig bekennt, die eine Criminalstrafe für ihn zur Folge haben muss;

« *g.* wenn seine Aussage sich als ein vollständiges und bestimmtes, mit den übrigen actenmässigen Vorlagen nicht im Widerspruch stehen des Zeugniss darlegt und er bei angestellter Confrontation dabei verbleibt, und

« *h.* wenn der leugnende Mitbeschuldigte vermöge besonderer hinreichend erwiesener Umstände als eine Person zu betrachten ist, zu der man sich der That wohl versehen kann. Jedoch soll die Aussage eines oder mehrerer übereinstimmender Mitschuldigen niemals das entgegenstehende Zeugniss eines vollgültigen Zeugen aufheben oder unkräftig machen dürfen.”

Quae hic citatur §. 3. ita se habet quoad delicti socios: « Ein gerichtliches, aus andern Rücksichten der Form nach mangelhaftes, aber mit den übrigen Erfordernissen der Vollgültigkeit (§. 1.) versehenes Geständniss soll einem vollgültigen gerichtlichen gleich geachtet werden, wenn - die Aussage des *Mitschuldigen* unter den in dieser Verordnung vorgeschriebenen

« Voraussetzungen und Bedingungen (§. 7.) damit
 « übereinstimmt. »

« Illa §. 1. autem (Geständniss) praecipit: « Im
 « Untersuchungsverfahren ist nach wie vor das
 « Hauptaugenmerk und angestrengte Bemühen zu
 « richten auf die Erlangung eines Vollgültigen –
 « in gehöriger Form abgelegten, seinem Inhalte
 « nach umständlichen, in sich selbst wahrschein-
 « lichen und mit anderweitig ausgemittelten Um-
 « ständen im Wesentlichen übereinstimmenden –
 « *Geständnisses*. »

« Dies ist auch dann nicht zu unterlassen, wenn
 « bereits andere Beweismittel in einer zu Ver-
 « urtheilung anscheinend genügen den Stärke zu
 « den Acten erhoben sind. »

« Hisce autem memoratis Codicibus, paucis etiam,
 quo tendat nostra qualiscunque disquisitio, decla-
 rare liceat. Duo nobis quidem videbantur, quoad
 eius fieri posset concilianda, nimirum, cum ab
 una parte civium securitatis quam maxime inter-
 sit, ne delinquens Justitiae manus evadat, eadem
 illa securitas ab altera parte requirit, ne importuna
 grasseris manu in tecum in eadem societate aequali
 jure viventem eiusque tuitionem adversus vitae ac
 honoris criminosam laesionem invocantem sodalem.
 Utrumque illud in constituenda quacunque judi-
 cialis veri indagationis optima ratione ob oculos
 habendum, egregie a FILANGIERI supra expositum

vidimus, nempe Justitiae esse finem, ne impunem relinquat delinquentem, ac ne veritatis indagandae nimio abrepta studio, honestos ac tranquillos cives Jura perversorum machinationibus temere exponat. Arctissime itaque nostrum argumentum cohaeret cum judiciali illo veri investigandi instituto; quoque praestantius hoc sit, i. e. quo magis causa publice agatur, eo remissiores quoque esse posse judices in testibus admittendis, nec vero in testimoniis ponderandis, exemplo Romanorum et Anglorum maxime ostendisse nobis videmur. (1) Huius vero scriptiunculae fines et temporis angustia vetant, majori qua decet cura, illam investigare materiam. Opus igitur, quod consuli haud poenituerit, indicasse mihi sufficiat, optimae frugis plenum, editum a sagacissimo MITTERMAIER, quod inscribitur: *Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen.* - Stuttgart und Tübingen. 1845.

Si vero jam quis vim cognoscere cupiat, quae in publica illa in Judiciis agendi ratione posita sit, e pulvere evolvat famosas illas causas FIESCHI et QUÉNISSET, (2) quorum dicta tantum ad

(1) Cf. imprimis supra p. 19. Adnot. 4. allatum testimonium celeberrimi BLACKSTONE.

(2) Cf. Gazette des Tribunaux. 1836 et 1841.

convincendos atrocissimi criminis socios contulisse scimus, sibi que, ni fallor, persuadebit, publicum illum testium et reorum interrogandi ac contra se invicem audiendi, modum, si prudenter illum iudex dirigat, ut in Francia a Tribunalis praeside (Président de la cour d'assises) mira quadam dexteritate agi solere, omnes, qui adfuerunt, uno quasi ore testantur, quam maxime illam, inquam, publicam interrogationem, efficere posse ad pertinax verum detegendi vel diminuendi propositum fallendum, contra ad splendide in lucem protrahendam veritatem. Luculenta illarum causarum exstant documenta, quae ostendunt quam vere pronuntiaverit cl. MITTERMAIER: (1) « Wir haben im Umgange
 « mit Personen aus niedrigen Volksklassen, in
 « Gesprächen mit Menschen, deren Standesge-
 « nossen vor einigen Tagen wegen Verbrechen
 « vor Gericht standen, die Ausbrüche ihrer Wuth
 « gegen das mündliche Verfahren, gegen die
 « geistige Folter der Angeschuldigten, wie sie
 « es nannten, und die Ueberzeugung aussprechen
 « hören, dass diese Art der Verhandlung weit
 « mehr als jede andere die Ueberweisung des
 « Schuldigen bewirke. »

Egregie autem, ut hisce finem imponamus

(1) Die Mündlichkeit, cett. p. 341.

nostrum argumentum complectitur vir celeberrimus cuius verba nostra facimus Rossi, (1) « *Certes,* » inquit, « *nous ne prétendons pas ôter à la loi civile, chargée de régler les capacités, le pouvoir d'établir que certaines condamnations seront un fait suffisant pour constater une incapacité absolue ou temporaire pour telle ou telle fonction de la vie civile. Que celui qui a été condamné pour délit de vol, de péculat, de corruption, de mineur, soit regardé comme incapable de gérer une tutèle, rien de plus naturel. A peine serait-il nécessaire que la loi exprimat cette incapacité s'il ne s'agissait que de tutèles électives; car il n'est pas à présumer que les familles ou les magistrats choisissent pour tuteurs des hommes de cette espèce.* »

« *Mais que le législateur vienne, par la loi pénale, et sans trop s'embarrasser de savoir si la déchéance qu'il impose, c'est effectivement au condamné qu'elle est nuisible, si elle est en harmonie avec son délit; que le législateur, dis-je, vienne interdire* »

(1) *Traité de droit pénal*, par Mr. P. Rossi. Paris. 1829. (III Tom.) Tom. IIIe Chap. XIe. *Des peines qui interdisent ou suspendent l'exercice des droits politiques et civils.* pag. 207.

« des fonctions, des services civils, c'est par
 « trop oublier la nature de la peine, les effets,
 « qu'on doit en attendre, et le droit des tiers.

« Les fonctions publiques se distinguent des
 « services civils, entre autres, dans ce que
 « les seconds ne peuvent souvent être rendus
 « que par tel ou tel individu. Qu'un homme
 « soit incapable d'être sous-préfet, la France
 « ne s'apercevra pas d'avoir dans son sein
 « une capacité administrative de moins. Mais
 « il n'y a souvent qu'un seul individu désigné
 « de ma commune, de mon quartier, qui,
 « puisse intervenir utilement dans mon affaire
 « en qualité d'expert ou de témoin, et on l'en
 « déclare incapable, parce qu'il aura été con-
 « damné comme bigame, ou parce qu'il se sera
 « égaré au point de commettre un enlèvement,
 « ou parce qu'il aura tenu une maison de jeu
 « de hasard, ou une loterie clandestine. Cer-
 « tes, ce sont là des actions plus ou moins
 « répréhensibles même criminelles. Mais, de
 « bonne foi, est-on nécessairement un mauvais
 « expert, un faux témoin, un administra-
 « teur infidèle des biens d'un neveu ou d'un
 « cousin, parce qu'on a enlevé une jeune
 « personne, parce qu'on a désiré, à l'instar
 « des gouvernements, se donner les profits
 « d'une loterie ?

« Que dans les pays à procédure secrète ,
 « que là , où les preuves sont tarifées dans la
 « loi , on tombe en de pareilles erreurs à
 « l'égard des experts et des témoins , on peut
 « se l'expliquer. Mais dans les États , qui
 « jouissent de l'inappréciable bienfait de la
 « publicité , dans les pays qui ont retrouvé
 « les véritables principes , en matière de con-
 « viction , ces mesures n'ont pas même de pré-
 « texte plausible. Qui empêche de discuter et
 « d'apprécier la valeur morale du témoignage
 « et de l'expertise , d'après tous les antécédens
 « de l'expert et du témoin ?

« Ainsi , en tant que peine frappant des
 « innocens , cette interdiction est injuste ; en
 « tant que peine frappant les coupables , elle
 « n'en est pas une ; enfin , en tant que peine
 « indirectement infamante , elle a tous les vi-
 « ces de ce mode de punition.

TANTUM.

THESES.

I.

Ut conciliet L. 81 D. *de furt.* XLVII, 2.
« Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti,
« non erimine peculatus tenetur. ») cum L. 4. in
f. D. *ad L. Jul. pecul.* XLVIII, 13. (« Sed et
« si de re civitatis aliquid surripiatur, Constitutio-
« nibus Principum Divorum TRAJANI et HADRIANI
« cavetur, peculatus crimen committi; et hoc
« jure utimur. ») BINKERSHOEK in illa lege pro
non: non tantum legendum jubet; quod arbi-
trarium mihi videtur.

II.

Non potuisse usucapi jure classico res pupil-
lares ex L. 10. D. *quemadmod. serv. amitt.*
probari non potest.

III.

Creditor liberatur onere probandi contra infiantem mendacem heredem. L. 25. D. *de probat.* XXII, 3.

IV.

Recte in Codice nostro Civili Constitutiones illae generales (algemeene bepalingen) singularem occupant locum.

V.

Omnino poenalem sanctionem legi, quae onus tutelae imponat, adjectam esse oportere, quemadmodum fecit noster Legislator Art. 387. §. 3. contendimus.

VI.

Mandatarium ex Art. 389. C. C. B. nonnisi unam posse repraesentare personam minoris interest.

VII.

Jusjurandum se, religionis causa, praestare non posse affirmantem, nisi more solito jurare velit, incidere in Art. 117. Cod. Meth. Proced. in R. C. poenalem sanctionem contendimus.

VIII.

Quamvis judicis nostri Cantonalis jurisdictio voluntaria, quae dicitur, ab illa judicis pacis in multis recedat, magnam contra remansisse similitudinem cum instituto Gallico statuimus in illis, quae pertinent ad jurisdictionem litigiosam.

IX.

Testes in civilibus causis publice audiendi non sunt. - Qua in re dissentimus a Cl. M. E. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*. Paris 1843. p. 171-175.

X.

Jure Mercatorio nostro, judicis officio probationem per testes admittere, relictum esse contendendo.

XI.

Verba Art. 20. C. M. *in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn* interpretationem restrictivam postulant.

XII.

Socius commanditarius (en commandite) conveniri non potest ex aere alieno contracto a societate.

XIII.

Art. 72. C. M. parum congruit cum Art. 404. C. P.

XIV.

Fines poenis propositi sunt plures.

XV.

In Art. 420. § 2. Cod. nostri Quaest. Crim. poena desideratur, qua iudex captivum diutius quam licet ab aditu praecclusum tenens, puniatur.

XVI.

Probationum ratio negativa, qua nos utimur, praeferenda est imperativae.

XVII.

Recte VOORDA (Verhandeling op de Ordonnantie van 9 Julij 1570, aangaande den stijl, dien men voortaan zal onderhouden in de procedure van criminele zaken en materien.) ad Art. 15 animadvertit: « Het talmen en marren met ver-
« hooren en het afmatten van de gevangen met
« hen buiten acces te houden, is een zeer on-
« deugende praktijk, een staaltje van injustitie,
« dat zich onder het masker van justitie met vele
« andere zaken verschuilt.»

XVIII.

Improbamus peregrinos impediri, quominus industriam apud nos exercent.

XIX.

Proxenetes legitimo modo creari oportere contendimus.

XX.

Jus, quod in regione Groningana viget, vulgo regt van beklemming, agriculturae prodesse arbitror.



11

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

112

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

113

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

114

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

115

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

116

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

117

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

118

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

119

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

120

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page.





