



Quaestiones juridicae

<https://hdl.handle.net/1874/325362>

QUESTIONES JURIDICAE. .IX

... ..
... ..
... ..

SIMONIS KARSCHNER

... ..
... ..
... ..
... ..

Gratu Doctoris
QUESTIONES JURIDICAE.

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

to Gindu Doctoratus
QUESTIONES JURIDICAE

IN ACADEMIA RHENO-TRAIECTINA

IN ACADEMIA RHENO-TRAIECTINA

SUB REGIMINE CONSULENTIUM

PRUDITORUM EXAMINI SUBMITTI

PROBATIONE DE BEHEM

PROBATIONE

IN ACADEMIA RHENO-TRAIECTINA

TRAIECTI AD RHENUM

DR. FRIEDRICH ET FRIEDRICH TYPOG.

TRAIECTI

QUAESTIONES JURIDICAE,

QUAS,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

SIMONIS KARSTEN,

PHIL. THEOR. MAG. ET LIT. HUM. DOCT.

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 - TRAIECTINA

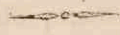
RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

JUSTUS DE BEIJER,

NEOMAGENSIS.

A. D. IV M. JULII A. MDCCCXLVI, HORA III.



TRAIECTI AD RHENUM

APUD KEMINK ET FILIUM, TYPOGR.

MDCCCXLVI.

QUESTIONES JURIDICAE

AVRIL 1870

DE FACULTATE JURIS

SINONIS KASTEN

PROFESSORIS

1870

UNIVERSITATIS ACADÉMICI DIVISIONE

IN VIENNA

COMMISSARIUS FACULTATIS JURIS

PROFESSORIS

DE FACULTATE JURIS

IN VIENNA

UNIVERSITATIS ACADÉMICI DIVISIONE

IN VIENNA

DE FACULTATE JURIS

IN VIENNA

LESTER DE BERNH

1870

DE FACULTATE JURIS

IN VIENNA

DE FACULTATE JURIS

IN VIENNA

1870

QUAESTIO I.

De Concursu actionum poenaliu ad Savigny, System des heutigen Röm. Rechts V. § 234. pag. 241.

Clar. Savigny probare studet, Ulpianum cumulativum concursum (sive ut Savigny dicit: nullum concursum) actionum, quibus ex delicto poena persequitur, admisisse, et hanc doctrinam in Digestis praeferri Pauli sententiae, qui unice concursum in amplius probat.

In L. 60 de O et A (44.7): «nunquam actiones poenales *de eadem pecunia* concurrentes alia aliam consumit” Ulpianus nil contra Pauli sententiam adferre videtur, verba enim «*de eadem pecunia*” originem debiti idemque factum significare possunt; nec est verosimile eandem quantitatem pecuniae indicari; et regula praeterea nimis generalis proposita est, ut rariorem spectaret casum, quod ex diversis delictis aequalis oriatur poena. Eadem ratione ipse Savigny L. 130 de R. J. verba interpretatur, «*de eadem re*” concur-

rentes, indicant originem ac si dixisset « de eodem facto » ipsum actionis objectum illic indicari nequit, cum in obligatione duorum reorum stipulandi, electione jam obtineat consumptio. Quod autem noster locus in Institutionibus inveniatur, (Inst. IV. 9 si quadrupes) nil probat, nam de concursu, ratione habita poenarum, nihil statutum est, et si ex hoc fragmento conclusionem facere licet a dicto ad non dicta, tunc idem valet de actione rei persecutoria quam poenali.

Ipsa autem fragmenta, in quibus Ulpiani sententia occurrit, non apta mihi videntur ut ad certum nos perducant finem.

A. In L. 15 § 46 D. de Injuriis (47.10) minime explicatur quomodo actio Injuriarum cum actione ex L. Aquilia institui debeat, nec est certum Ulpianum hic a Paulo dissentire, Paulus enim in L. 34 pr. de O. et A. utramque admittit actionem sane alteram in *amplius*.

B. L. 25 de Injur. nil continet quo plena vis cumulativi concursus probetur; ancilla stuprum si passa est, injuriarum actione agendum erit, si eam celavit aut aliud quid furandi animo fecit, furti actione etiam tenebitur; hic enim sunt diversa facta subsequentia « illud celare furtumque facere » nequidem eodem temporis momento fit.

Igitur nihil ad rem facit « vel si virginem immaturam stupraverit etiam L. Aquiliae

actionem competere quidam putant," nec his verbis aliquid pro concursu cumulativo pleniori effici potest, Ulpianus enim suam non refert sententiam, sed tantum alienam, quam probare non videtur, nam de prioribus duobus casibus *positive* potius locutus est » *dabitur;*" et licet sua sit sententia, tamen unice id existimasse videtur, si *immatura virgo* stuprum passa sit, quo casu, ex L. Aquila, actio, facile amplius quid continere potest, quam Injuriarum; verum si ancilla matura est, L. Aquiliae nullam facit mentionem, quia eo casu vel amplius aliquid inveniri vel damnum (corpore corpori) injuria datum, cogitari nequit.

C. Actionem furti cumulative cum actione vi bonorum raptorum institui posse, in L. 2. § 10 D. vi bon. rapt. (47.8) Ulpianus potius negat quam affirmat. « Ceterum neque furti actio neque L. Aquiliae contributae sunt hoc edicto," quod difficile cum clarissimo Savigny interpretari licet « das heisst ihre Strafen gelten noch ausser der durch dieses Edict bestimmten Strafen" nam in ipsa § adjecit Ulpianus « licet interdum communes sint cum hoc edicto;" de eo autem, quod *semper* obtinet dici nequit *interdum*. Id enim negamus, concurrere; verum an plene. Concurrunt sane, ut utrique locus esse possit: enimvero non ita ut utraque actio plene cumulateque exerceatur, sed ut altera quod amplius sit, id con-

sequaris. Ideoque elgantur negat *contribui*, quod verbum maxime confusionem rerum significat, quarum quantitates conjunguntur, ut in L. 27. §. 1. D. *de adq. rer. dom.* Minus verosimile est, concursum cumulativum actionis furti et vi bonorum raptorum admittere, i. e. poenam sextupli vel octupli statuere; potest omnino furtum sine vi esse, nunquam vero rapina sine furto; hic differentiam inter diversa delicta ex eodem facto et delictum qualificatum s. casum in quo idem delictum diverso modo seu caractere designari potest, omittit. Verba Institutionum pr. de vi bon. rapt. (4.2) «ridiculum est enim levioris conditionis esse eum, qui vi rapit quam qui clam amovet» probant hic omnino concursum cumulativum statui non posse, nam si poena furti et vi bonorum raptorum plene cumulatur nihil ridiculum adest, licet poena sit simplex. Gajus certe monere non omississet, dicens «nonnullos existimare conditionem furtivam obtinere praeter actionem vi bonorum raptorum» idem de poena furti manifesti docei.

D. L. 14. §. 1. D. §. de Praeser. Verb. (19.5)
 Si quis joci causa servi vestimenta abstulerit et servus frigore sit mortuus, actio furti, vestimentorum nomine, locum habere nequit, omnino quidem actio in factum ex L. Aquilia; plane diversa igitur sunt facta 1^o vestimentorum furtum. 2^o quod culpa sua servum fri-

gori exposuit, quod cum furto et rapina comparari non potest; vestimenta enim retinendo, culpam in faciendo committit.

E. L. 11. § 2. Dig de Serv. corrupt. (11. 3). Quod hic actio furti et servi corrupti cumulantur, in ipsa L. explicatur «sunt enim diversa maleficia furis;» quod servum persuaserit ad furtum faciendum, et quod furtum secutum sit; nam ut Savigny explicat, si non domino sed extraneo furto aliquid ablatum est, sine dubio utraque actio obtinet, (adest enim concursus materialis, non vero intellectualis). Altera insuper actio in *amplius* institui potest, nam verba *non minuit* acque bene significare possunt *non tollit*¹⁾.

Si vero Ulpiani fragmenta concursum cumulativum pleniorum non satis probant, quod disquisitione nostra demonstrare sumus conati, certe Hermogeniani fragmentum in censum venire nequit, ad totam quaestionem dirimendam. Nam L. 32. D. de O. et A. bene intelligi potest de concursu in *amplius*; saltem exemplum arborum furtim caesarum, non probat hic unice concursum cumulativum intelligi plenum. Conf. Paulus in L. 1. D. Arb. furtim caes. (47. 7). In L. 53 pr.

¹⁾ Uti e. g. in capitis deminutione, ubi minutio vim habet τὸν tollere, praesertim in capitis deminutione maxima.

D. de O. et. A., ubi Modestinus dicit «plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti *probatum est*» ante omnia verba *probatum est* maximi sunt momenti; nam Modestinus id dicit, quasi de sententia *recepta*, minimeque hoc intelligi potest de concursu electivo, saltem si memores sumus Modestinum Ulpiani *studiosum* vocari, quo nomine aut auditor seu discipulus, aut adsector, significatur: huius igitur, et item Pauli, aequalis fuit; Modestinoque respondente discordia jam composita finitaque erat. Quemadmodum igitur Modestini testimonium paulo plenius accipiendum est, sic premendus est Hermogenianus: ut 1^o. *omnibus experire* intelligas experire quidem, at non in solidum; 2^o. *post magnas varietates obtinuit*, non secutas post Modestinum, sed ante quam hic librum suum *Regularum* scriberet, de quibus Paulus refert in L. 34. quae sane fuerunt haud paucae.

Quodsi quaerat aliquis, annon Justiniano Hermogeniani sententia, ut novissimum jus continens, praeplacuisse dicenda sit, ideoque hodie sequenda: si non discedit Hermogenianus a superioribus, ut putamus, id non attinet quaerere; at si discedit, Pauli tamen e vestigio sequentis contrariam disputationem, aliaque contraria loca, quae pleraque sunt enucleatiora, vincere non potest. Quam ob rem concludimus disputationem illam nobis

esse oportere verum jus Justinianum, vere-
que dici posse, quod vulgo dicitur hodie:
major poena absorbet minorem.

91

QUAESTIO II.

Quaedam ad L. 4. § 21. D. de Usuc. et Usurp. (41. 3).

«Si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dedit, quamvis cum eo furti agi potest, quod puto rectius dici.»

Hic locus comparatus cum L. 49. D. eod, haud parvam parit difficultatem; in priori dicitur «si debitor rem pignori datam creditori aufert, vitiosam illam non fieri, reversa quod jam sit in domini potestatem vitioque ideo purgato. In altera vero docetur reverti eam debere ad creditorem, cui furtum factum est.

Omnes conciliationes referre hujus quaestionis non est propositum, sed potius nonnullas earum ad examen revocare velim.

Voetius in nostra Lege collata L. 5. D. pro emt. (41. 4) putat, rem oppignoratam esse a bonae fidei possessore, qui domini loco est, quique re pignori data, civilem nos-

sessionem non amiserat, sed retinuerat, pro
 inde *huius* possessionis furtum facere non
 poterat. Quae perplexa ac male subtilis
 disputatio ideo improbanda videtur, quod
 1^o. furtum tamen possessionis sit; ut ex
 multis testimoniis pervagatum est. 2^o. Hoc
 furtum possessionis sufficit, ut *res* sit furti-
 va, eaque usucapi non possit, per L. 20. §.
 1. D. de furtis, quae dicit: «usucapio quasi
 «rei furtivae non impediatur, quoniam et
 «si alius subripiat, *et in meam potestatem*
 «*reversa res fuerit, usucapiebatur*”: si re-
 versa non fuerit, usucapio non sequitur; ad
 quem autem debeat reverti, quaestio est,
 quam consideramus. Eadem L. 20. dicit de
 domino, qui, usufructuario rem furto abstu-
 lit et tamen ex eadem ratione, quod ad do-
 minum revertitur, quae in nostra L. propo-
 nitur, rem furtivam manere, negat Paulus;
 quanquam usufructuarius ex jure civili jus
 habet in re, creditor tantum quasi jus in re
 ex jure praetorio. Ad quaestionem dirimen-
 dam nil igitur facit an creditor in re oppig-
 norata illud quasi jus in re habeat, nec ne.
 L. 66. D. de furtis, (qua Cujac. utebatur)
 minime probat rem creditori traditam et sur-
 reptam denuo furtivam fieri, si eam debitor
 vendiderit. In illa enim L. 66 quaestio est
 de casu, quo res apud debitorem manserit,
 et verosimile scripsit Paulus «sive eam man-
 cipaverat creditori vel speciali pactione etc.

Post mancipationem solebat res in possessione debitoris manere, qui tunc minime auferendo rem creditori, sed vendendo, furtum fecit. Exempla quod compilatores pro *mancipaverant* posuerint, *tradiderant* Vaticana fragmenta indicare possunt. Conf. L. 3 § 1. D. de Usufr. accrés. (7. 2) cum Vat. Fr. 80: «si duo fundi domini deducto usufructu «proprietas manciperint.»

Hac conciliatione repudiata, alteram apud Mühlenbruchium, *Doctr. Pand.*, Vol. II. § 261. not. 14 laudatam, tractare debemus. In L. 49. D. h. t. sermo est de pignore creditori mancipato, res furto reversa non est in potestatem domini, reverti igitur debet ad ipsum creditorem. Huic interpretationi obstat, quod tunc Pauli *imo forsitan et contra* non bene sese habeat; his verbis enim indicare velle videtur «non debet semper res ad dominum reverti, et subjicit casum, ubi tamen revera ad dominum debeat redire. Hæc conciliatio autem defendi posse mihi videtur; quamvis stricto jure creditor ex mancipatione pignoris sit dominus, ex usu loquendi nihilominus debitorem, pignoris dominum dicere solebant.

Paulus itaque brevissime dicit, non semper debet ad eum redire qui ex communi opinione dominus haberi solet, sed ad eum quem dominum non existimant, ad creditorem nempe, cui mancipatione pignus traditum est.

Nulla autem est difficultas quare in L. 4. § 21. h. t., ubi ipse dominus rem vendidit usucapione opus foret, in jure classico etenim saepe usucapio obtinet, licet res a vero domino sit acquisita, nempe si res mancipi est tradita, sed non mancipata; deinde illic non dicitur illum, qui rem a debitore emerit usucapere posse, sed generaliter, «res usucapi potest.” Si emtor igitur rem amisisset, bonae fidei possessor usucapere posset, nec obstat quondam hujus rei furtum factum fuisse, vitio purgato.

Haec explicatio nimis levis fortasse si videatur, alteram proponere studebo. Paulus hic minime suam exponit sententiam, sed potius dicit: «ex opinione Labeonis illa regula ita proponi nequit,” verosimile enim Proculus sectator Labeonis, sententiae Cassii in nostra lege relatae, de qua Paulus dicit «quod puto *rectius* dici” addictus non fuit, et forsitan ille dissensus jam Labeonis tempore aderat. Paulus igitur in L. 49 dicit «ex Proculianorum et Labeonis sententia (qui non existimant, quando debitor pignus creditori surripuit, vitium eo purgatum esse, quod dominus rem habeat, sed exigunt eam in potestatem *creditoris* reverti debere) tam generaliter dici nequit: «si quid surreptum est, id usucapi non potest, antequam in *domini* potestatem pervenerit.”

Unterholzner explicat in L. 49 h. t. res a non domino erat pignori data, eo igitur, quod

a debitore furto ablata est dici nequit, rem in potestatem domini reversam et ita vitio purgata esse. Sed nulla inveniri potest ratio, cur ad creditorem et non ad ipsum dominum reverti debeat, nam si bonae fidei possessori furtum factum est, res non debet ad eum, sed ad dominum redire, uti dicitur L. 20. § 1. D. de furtis, nec totum pignoris vinculum hic unice debitorem et creditorem, non autem tertios spectare, dici potest.

L. 6. Cod. de Usuc. pro emt. ideo non obstat, quia intelligi potest de eo, quod res manserit apud debitorem, qui eam alienando furtum facit. Hic igitur in domini potestatem reversa non est, ita ut purgata haberi possit, nam furtiva demum fit ex potestate excedens, et usucapi nequit, antequam ad debitorem sit redita, uti explicavimus L. 66. D. de furtis. Quis quaerere possit, quare non eadem ratione res fiat furtiva, si pignus, creditori ablatum, vendiderit, quam si nunquam creditori traderit. Responsio verum in promptu est, si pignus in possessione debitoris manet, creditor ejus fidem secutus est, et tueri debet contra fraudem debitoris, qui alienando, pignus inane reddere potest; statuebant igitur in alienatione furtum inesse; res autem si creditori est tradita, hac tuitione opus non est; et cogitare non poterant, quomodo necesse foret statuere, alienationem a debitore factam, furtum continere.

... in

III. QUAEATIO III.

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

QUAESTIO III.

Apud Cons. Diephuis in Commentario suo ad Cod. Civ. nostrum vol. II. pag. 34. proponitur quaestio, si conjux legitimam divortii causam in judicio confessus est, an tunc talis causa satis sit probata, ita ut divortium pronuntiari possit, confessionemque pro plena probatione valere negat auctor. Hac scilicet ratione argumentatur: Divortium mutuo consensu numquam locum habere potest (art. 263 C. C.), si vero causae probationem admittimus nuda confessione, perfacile eludetur legis prohibitio, et ansa praebetur conjugum collusioni, ut ita mutuo consensu ad divortium perveniant. Itaque auctor ille non agnoscit argumentum a contrario ex Art. 810 Cod. de Meth. Proc. Civ. se ¹⁾: « mariti confessio ad bonorum separationem impetrandam

¹⁾ Art. 810 cod. de Meth. Proced. « De enkele bekentenis van den man geldt niet als bewijs, al ware het ook dat er geene schuldeisschers mogten zijn. »

non valet, in divortio autem hoc expressis verbis non requiritur, igitur in causa divortii conjugis confessio tanquam probatio admitti debet." Silentium legis huic argumento a contrario ansam praebere, adeoque suae sententiae obstare, negat, quod primo probare studet argumento analogico, quippe prohibitionem dicti Art. 810 fundamentum habere dicit in prohibitione separationis bonorum mutuo consensu, unde videtur ita concludi velle: divortium mutuo consensu prohibitum est, ergo sola confessio non sufficit ad probationem. Subinde ita pergit: quamvis hoc argumentum analogicum ex dicto Art. 810 deesset, tamen ipsa juris ratio nostram sententiam confirmaret, quia, si confessio conjugis citati, probationem contineret, ipsa illa divortii mutuo consensu prohibitio facillime cludi posset, qui metus cessat quam primum ad confessionem alia adjuncta accedant. Causam divortii et separationis bonorum verum parem esse agnoscere non possum. Collusio enim conjugum magis timenda videtur, si de separatione bonorum agitur, quam si de divortio quaeritur. Facilius e. g. conjuges in bonorum separationem in fraudem creditorum consentient, quam in divortium. Ponamus maritum mole aeris alieni praegravatum, uxorem ejus locupletem expectare hereditatem, impetrata separatione, communioni renuntiat, hereditate post aliquod tempus ei delata, cum

marito commodis fruatur fraude acquisitis. In tali vel simili casu, multa ad collusionem invitant, nec turpe est maritum confiteri se negligentem esse, minusve aptum bonorum administrationi. Praeceptum igitur art. 810 Cod. de Meth. Proc. Civ. maximae utilitatis est ad impediendam separationis collusionem. In divortio verum talis collusio timenda non videtur; utriusque conjugis enim non solet interesse matrimonii obtinere dissolutionem, sed alteruter potius eorum eam vehementer exoptat. Causae porro ob quas divortium peti potest non ita sunt leves, ut facile quis eas vel earum unam confiteri velit, si veritati sint contrariae. Quis enim rogo affirmare volet, se conjugis vitae insidias struxisse, vel tali modo in eum saevisse, ut corporis membrorumve integritas in periculum sit vocata? Nulla est ratio, cur illi qui tale quid confitetur, fides non habeatur; quo gravius enim est factum quod assertur, eo difficilius mendacium praesumi poterit. Statuamus jam Legislatorem revera collusionem metuisse, tunc certe nunquam ob adulterium, praesertim mariti, admitti deberet divortium; praeter confessionem enim facile talia fingi possunt, quae adulterium probare videantur, quamvis revera commissum non fuerit, quod in aliis divortii causis, veluti quoad vulnera, certe minus facile locum habere possit.

Ampl. Diephuis eidem sententiae addictus

est ac Curia Zwollana, quae divortium admittere posse dijudicavit, si conjux iudicio se non sistit (in geval van verstek).¹⁾ Nulla enim, inquit, exceptio ab art. 76 Cod. de Meth. Proc. Civ. ratione divortii sancita est, ergo eadem regula generalis valere debet. Verumtamen, differentiae rationem intelligere me non posse confiteor; in eremodicio enim praesumitur confessio, et quare praesumptae major vis tribuatur quam expressae confessioni non bene liquet « kunnen hierdoor de echtgenooten al ligtelijk zamenspannen, hierin had de wetgever zoo hij dat wilde moeten voorzien. In allen gevalle bestaat er dan niet die blijkbare zamenspanning en onderlinge toestemming, als wanneer de verweerder verschijnt, en zijne eigene schande bekent.” Contraria hujus sententiae opinio magis mihi arridet. Collusio enim conjugum facilius obtinebit *tacita* in sive *praesumpta* confessione, quam in *expressa*; levius est non respondere, iudicio non sistere, quam coram tribunali propriam confiteri turpitudinem.

Nec obstat quod occasione art. 1967 C. C., quo jusjurandum decisorium vetatur in causis in quibus confessio admitti nequit, «of waarin hare bekentenis niet zoude kunnen worden in aanmerking genomen” in discep-

¹⁾ Vid Regtsgel. Bijblad VI p. 702.

tatione nonnulli rogarent, quinam essent illi casus, ab Imperio responsum sit, spectari *adulterium* vel *status controversiam*; ex tali enim responso nil de sententia legislatoris, quod attinet ad quaestionem nostram effici potest, neque valet argumentum a jurisjurandi delatione ad confessionem illam, sine accurata disquisitione, quatenus rei conveniret. Nemo certe tenetur in suam turpitudinem jurare, ad evitanda perjuria, verum etiam aliquem propria flagitia confiteri non posse, nullus facile contendit. Si e. g. agitur de damno injuria dato, jusjurandum deferri non poterit, confessum e contra civiliter ad damna resarcienda teneri, nemo negabit.

Ex his igitur concludimus sententiam dicti auctoris non posse admitti, sed e contrario confessionem plenam posse continere probationem, nisi forte talia accedant, ex quibus illam confessionem veritati adversariam esse, judici persuasum sit.

QUAESTIO IV.

Argumenta, quibus Appellatio in causis Criminalibus, nec tantum in Correctoriis Civilibusque defenditur.

«De toelating van appellen in correctionele en politie zaken, levert het voor de menschelijkheid bedroevende resultaat op, dat, door het in appel te niet doen van vonnissen, ter eerster instantie gewezen, men duidelijk aan den dag legt, dat de eerste regter kan gedwaald hebben, en dat men de herstelling eener mogelijke dwaling toelaat in zaken van geringer aangelegenheid, doch wanneer het leven of dood, wanneer het vrijheid of eer geldt, geen nader onderzoek daaromtrent toelaat.»

V. MAANEN.

Ordinem Judiciorum criminalium in patria nostra, itemque in aliis Europae civitatibus qui paulo accuratius considerat, sponte animadvertet, magnam ad huc praebere ansam variis difficillimisque quaestionibus. Una earum, quam leviter tangere mihi proposui, eruditissimis jam sagacissimisque viris magni

fuit visa momenti. Ita Bentham¹⁾, Meijer²⁾, Mittermaier³⁾, Royer Collard⁴⁾, alii, de appellatione optime meriti sunt, et argumenta in utramque partem exposuerunt. Eorum sententias omnes hic referre, mera foret compilatio, et a fine hujus quaestionis alienum. Ea tantum afferre placet, quae cum argumento arctius cohaerent, ut inde quid de controversia illa statuendum sit, appareat, Missam quoque facimus rationem historicam; qua, ad illustrandam eandem quaestionem, paucis abhinc diebus egregie usus est in specimine, Leidae defenso, *de Appellandi facultate in causis Criminalibus admittenda*, cons. *F. Hulshoff*, (Amstel. 24 Jun. 1846).

Appellationem in foro Judicis Cantonalis, ut in correctorio et civili admitti constat; in criminali vero denegatur. Unde hoc? Argumenta, quibus maxime nituntur appellationis adversarii, ad duo potissimum referri possunt. Primum allegatur magnarum impensarum necessitas, quae ex duplici jurisdictionis gradu cum civitati, tum civibus oriatur. Objiciunt

1) Bentham. *Traité de l'Organisation Judiciaire*. tom. V. chap. 26.

2) *Proeve over de noodzakelijkheid van eenen provisioeneelen Hoogen Raad*.

3) *Die Mündlichkeit, das Anklageprincip. etc.* Stuttgart 1845.

4) Royer Collard, in praefatione ad opus Cooperi. *Lettres sur la cour de la Chancellerie d'Angleterre*.

porro, relicta facultate appellandi, nullam fere esse sententiarum Tribunalium sive Curiarum auctoritatem, quae ut dicunt in prima instantia judicant, easque nec a delinquentibus, nec a quolibet magnopere curari, si ab omni judicio ad superiorem judicem provocatio permittatur. Jam vero quisque videbit, prius argumentum omni carere vi: legislator enim in ordinanda re judiciali, non tam ad rem pecuniariam attendere debet, quam quidem ante oculos habere, salutem civitatis et eorum maxime, qui justitiam invocant, utilitatem. Secundum argumentum, licet majoris videatur ponderis, non ita appellationem infringit, ut plane otiosa dicenda sit. Qui eo utuntur, *juris* quidem quaestionem denuo ventilari concedunt, *facti* vero negant; at minus recte; quia judex appellationis non tenetur tantum inquirere, an secundum legis preceptum sit judicatum, sed inprimis ea quae reus gravatus ad causae defensionem, vel ad infirmandam sententiam afferre potuerit, dijudicare. Multa sane exempla allegari possunt fragilitatis ingenii humani, quae, quantus judicum errori locus relictus sit, aperte doceant. Sed et Jurisdictionis nostrae ipsa Institutio, ut et exiguus judicum numerus, itemque probandorum delictorum theoria legalis, qua utimur, non raro novam et penitioem causae cognitionem flagitare videntur. Quae secundum leges

nostras patet via Cassationis, est remedium valde incertum, et appellationis beneficio equiparari nequit. Sed non est hujus disquisitionis, ut in thesi generali, quaedam de appellatione, de ejus sive commodis sive incommodis exponamus; hoc affirmare non dubitamus, appellatione lege semel constituta, omnibus in causis indiscriminatim eam esse concedendam, nullamque eâ esse exemptam. Ratio, cur hoc non obtineat, in eo est, quod Legumlatores appellationis incommoda perspicientes, in civilibus eam non ad causas minoris momenti vel minus graves trahere voluerunt, ad evitandas impensas, temporisque jacturam ¹⁾.

Hanc autem distinctionem non absolute veram esse, sponte quis videt. Gravitas enim causarum pro singulari ac diverso litigantium statu differt. In re civili, illis de re minimi momenti, summam forte 100 florenorum non

1) Quum multi appellationem ob litis protractionem rejiciendam censeant, contra laudat illam, primarius apud Gallos judex Curiae Cassationis, Portalis, Memoires de l'Acad. des sciences morales de France. Par. 1841, III, p. 467. «L'appel est une des plus sûres garanties d'une bonne administration de la justice, parcequ'il ménage l'utile intervention du temps, ce puissant allié de la justice et de la vérité, qui complète les preuves, dissipe les préventions et les préjugés, calme les passions, et permet à l'impartiale raison de recouvrer son empire." Conf. Mit-termaier, l. l. p. 415.

excedente, saepe huic aliive spem fortunae aufert, pauperemque ad inopiam redigere potest, dum se contra dives hujus rei nullam habet curam. Idem in re criminali valet; gravior enim vel levior erit injuria illata reputanda, pro laesae personae conditione.

Difficile igitur est causarum gravitatem ita definire et circumscribere, ut clara et perspicua omnibus appareat; quodque ante omnia requiritur est juris aequabilitas, ita ut nulla causa, ratione personarum vel quantitatis sive valoris, quod ad jus perseguendi aliis vel praeferatur vel postponatur. Celeberrimo itaque Benthamo adnuere debemus, dicenti: «in omnibus causis admittendam esse appellacionem, donec una ostendatur, quae in errorem ducere judicem, vel praeviaricationi locum dare nequeat» 1).

Profecto, ut diximus, nec aliorum populorum exempla nec patriae nostrae desunt, plus semel in detrimentum insontium lapsos fuisse judices. Celeber Ictus Franco Gallus Lucas 2),

1) Bentham, de l'organisation judiciaire, tom V, ch. 26, § 3. «Dans quelles causes doit on admettre l'appel? Ma réponse est simple dans toutes; oui dans toutes; jusqu'à ce qu'on m'en indique une, qui ne puisse pas donner naissance à l'erreur, ou fournir des motifs de prévarication. Dès qu'il y a possibilité de méprise ou d'injustice dans chaque cause, il faut laisser à chaque cause un moyen de redressement.» Eadem Benthami auctoritate utitur cons. Hulshoff, l. l. p. 290.

2) Du Système Pénal, p. 283.

bene multas memorat causas criminales, quae postquam a Curia cassationis ad aliam fuerant delatae, plane contrarium effectum sortitae sunt. Fortuito casu in harum causarum vel inquisitione vel decisione aderat vitium, quod cassationi locum dedit, quae menda si defuissent, reus poenam capitalem passus fuisset. Hactenus in regno nostro neque tam graves, neque ita supinos iudicum errores lugemus. Constat tamen uno anno 1842, 126 causas fuisse delatas ad Curiam provincialem Hollandiae Septentrionalis, in quibus a sententia tribunalis correctorii quod dicitur, fuerat provocatum; memoratu dignum, iudicis inferioris sententias 37 penitus, 12 ex parte fuisse rescissas. *Regtsg. Bijbl.* 1843, p. 497; V. etiam Mittermaier, qui in opere *die Mündlichkeit, das Anklageprinzip*. u. s. w. p. 70, de iudiciorum Criminalium, qualis apud nos viget, ordine loquitur. Sed et nuperime a curia provinciali Hollandiae Meridionalis, quidam J. Wolff, qui sententia curiae Hollandiae Septentrionalis ad carcerem fuerat damnatus per 5 annos, omni poena exemptus est (20 Junii 1846) ¹⁾.

— Ita certe statistica causarum criminalium

¹⁾ Ipsa, quam citavimus, curia Hollandiae, d. 8, Nov. 1842, ad poenam infamantem condemnavit reum, qui, admissa cassatione, d. 22 Junii 1843, a curia Trajectina fuit absolutus (Davidis).

enumeratione deprehenditur infirma judicantium intelligentia. At Codex ipse noster de Ord. Jud. Crim. materiem et occasionem huic fragilitati satis amplam praebere videtur. Probandi, ut dicunt, theoria legali utimur, quae detegendae veritatis adhibet quatuor modos: 1^o probationem per testes, 2^o scripturam, 3^o confessionem, 4^o indicia. Quid autem nos docet lex? Summa rerum sagacitati, perspicacia, conscientiae, integritati iudicum relinquatur (Art. 433, al. 3, 438, 444, 445, Cod. Ord. Jud. Crim.) In tali autem rerum statu non aliter fieri potest, quin magna detur opportunitas errori; alius iudex enim majorem vim huic illive indicio vel testi tribuit, alius minorem; et ab unius iudicio saepe pendeat num damnetur vel absolvatur criminis accusatus. In disputatione quadam Cl. *Mittermaier*, *Archiv des Criminalrechts*, 1843, p. 85, haec occurrunt verba: »Jeder Gerichtsvorstand wird bezeugen können, dass oft ein Mitglied sein «*schuldig*» ausspricht, und dann, wenn es genöthigt ist, die Gründe anzugeben, und wenn die Uebrigen von der Schwäche der Gründen es überzeugen, seine Stimme zurück zu nehmen veranlasst wird.» — Quid autem eveniet, si talis iudex in errore perseveret, et ab ejus suffragio pendeat damnatio rei? Nonne in tali vel simili casu patere deberet aliud remedium quam cassatio, quae est, ut auctoris laudati verbis utar

(pag. 94): « wie wir glauben ein sehr ungenügendes Rechtsmittel, daher auch das Schicksal der wegen solcher Fragen ergriffenen Cassationsgesuche die Verwerfung der Cassation ist, weil dem Cassationshofe nicht zusteht, das Gewicht der Beweismittel und in wiefern sie Ueberzeugung zu begründen geeignet waren, zu prüfen, und weil selbst in Fällen, in welchen Z. B. nur die Aussage eines Zeugen vorlag, die Cassation des Urtheils leicht zu vermeiden ist, denn das Gericht erklärt dass es seine Ueberzeugung ausser dem Zeugnisse noch auf mehrere Anzeigen gebaut habe." — Quae Mittermaieri verba omnino accipienda sunt cum de ordine judiciorum nostrorum universe, tum de singulari legis nostrae constitutione, quae iudicium prudentiae permittit plenam fidem, nec ne unius testimonio tribuere. Quam facultatem plenam periculi ac fallaciae si Legislator concedere volebat, ex opinione nostra sine provocatione tribuere non debebat¹⁾.

In correctoriis, ut diximus, causis, conce-

1) Art. 433. Cod. de Ordin. Jud. Crim. «De afzonderlijke getuigenis van eenen enkele getuige kan niet als wettig bewijs gelden. Echter kunnen afzonderlijke op zich zelf staande getuigenissen, omtrent de onderscheidene feiten als wettelijk bewijs gelden, wanneer zij door hunnen zamenloop en verband strekken tot staving eener bepaalde daadzaak. De beoordeeling hiervan wordt aan de voorzigtigheid van den regter overgelaten.»

ditur appellatio a sententiis, quae nunquam famam vitamve tangunt; at in re criminali a iudicio, poenam afflictivam et infamantem irrogante, nulla foret provocatio; nemo contendere velit, hanc anomaliam in bene ordinata jurisdictione obtinere. — Nullum datur remedium ad sententiam iudicis criminalis infirmandam, nisi cassatio, quae in tribus casibus admittitur (Art. 99 W. R. O. art. 380 sqq. Straf v.) Si igitur nullum vitium in inquisitione, in iudicii formis, vel in ferenda sententia fuerit deprehensum, nulla delinquenti, quamvis insonti forsan, patebit via ad existimationem, libertatemque recuperandas; dum in correctoria lite praeter cassationem adhuc conceditur appellatio. Jam vero, si ad emendandum iudicis in minoribus causis errorem, duplex datur remedium, argumento a fortiori contra errorem in re criminali hoc obtinere debet 1).

1) In eandem sententiam abire videtur van de Spiegel, Hist. van de Satisf. van Goes, p. 335; «Bijzonder regt voorwaar! ait,» de Regtbank wordt wijs genoeg geoordeeld, om over leven en dood volstrekt te bevelen, daar zij echter geene geringe penningschuld mag beoordeelen, of de verliezer van 't pleit, kan zich tot in het uiterste ressort beklagen. Het is een privilegie, zegt men; maar de natuur van Privilegien is, dat ze tot voordeel van de Ingezetenen moeten strekken; en hier ontbreken geene gelegenheden, waarin zulk een Privilegie tot onherstelbaar nadeel zoude kunnen gebruikt worden.»

Quamdiu iudicium Juratorum apud nos viguit, nulla in rebus Criminalibus fuit, nec esse potuit provocatio, uti nec in Francia ad hunc diem indulgetur, quia Juratorum de facti i. e. de criminis indole et accusati noxia vel innocentia iudicium, pro civium, popularium, parium, non magistratum *vere dicto* habetur. Quum vero, excussa Francorum dominatione, Edicto 11 Dec. 1813 iudicium illud in patria nostra sublatum sit, et iudices nostri facti sint, jurati, i. e. iudices *facti*, iidemque de quaestione *juris*, sive de applicatione legis poenalis cognoscentes, appellatio, quae et Majoribus nostris haud denegabatur, restituenda fuisset. Qua in re omnino facimus cum Cons. Lipman, ubi ait: »Het is reeds meermalen elders opgemerkt, en de ondervinding heeft daarvan de juistheid gestaafd, dat het hooger beroep in Crimineele zaken — onbestaanbaar na een oordeel van gezworenen, omdat er geene hoogere Vierschaar bestaat, dan die van iemands gelijken, van het volk, van de natie — noodwendig met de afschaffing der Jurij moest hersteld zijn geworden, en het schijnt even weinig met menschelijkheid, als met rede en regt overeen te brengen, dat een beschuldigde van eer, goeden naam, en leven beroofd kan worden, door *ad vitam* aangestelde regterlijke ambtenaren, bij eene uitspraak, waarvan de feitelijke waarde nimmer kan worden

beoordeeld, terwijl daarentegen van de meest nietige Correctionele veroordeeling appel vrijstaat 1)."

Quam acriter in *Judiciorum nostrorum Criminalium* constitutionem invecus fuerit, viginti abhinc annis, magnus *Feuerbachius*, non est quod moneamus. *Judicium Juratorum*, quale *Lex Napoleontica* instituerat, minime *Viro illustri* placebat; at non magis laudabat, quod in *Regno nostro*, illi *judicio* fuerat substitutum. Ita existimabat, *theoriam probandorum delictorum legalem*, admodum esse commendandam 2), quae *judicum arbitrio* nil relinqueret, et *omni ope rejiciendam* *judicum*, etiam *integerrimorum*, in *ferenda sententia* *nulli provocationi obnoxiam potestatem*. Fateor quidem, *theoriam probationis*, quae inde ab a^o 1838 apud nos obtinet, licet non ab *omni parte absoluta dici possit*, quamque, quoad ejus fieri potest via *Cassationis*, strenue tuetur *Senatus supremus*, mala, quae *Feuerbachio metuenda videbantur* 3), hucusque temperasse et minuisse. Dicendum tamen, quod *rei et veritas et gravitas postu-*

1) *Comment. ad Cod. Ord. Jud. Crim. p. 94.*

2) De quo argumento quoque *conf. Bijdragen tot de Wetenschap der Regtspleging*, door *Mr. J. A. Weiland*, Delft, 1826.

3) *Laudanda sane, legis nostrae praecepta, quae leguntur in Art. 430, 431 Cod. de Ord. Jud. Crim.*

lant, nempe, ubi deficiat via appellationis, recte vituperasse Feuerbachium talem rerum statum ¹⁾, qui ab hodierno judiciorum nostrorum ordine non admodum differebat.

1) Feuerbach, *Betracht. über die Oeffentlichkeit, und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Zweiter Band. p. 418: «Wo der Beweis der Schuld bios in das gute oder schlechte Gewissen der Strafenden Richter gelegt ist, da können Strafurtheile, mögen sie gleich aus dem *ungstlichsten, Gewissenhaftesten Gewissen* hervorgehen, durchaus nichts anders erscheinen, denn als Urtheile der Willkühr.»

tant nempe ubi delicta via appellatio-
neque vitiatae Feuerbachium talam termin-
statum t) pri ab hodieimo iudiciorum nostror-
um ordine non admodum differat.

THESES.

1) Feuerbach, Lehrbuch über die Gewissenshaft, und Hand-
buch der Gerichtslehre, Zweiter Band, p. 418; Hand-
buch der Strafrechtswissenschaft, in das Gute oder schlechte
Gewissen der Straftathen führt, welche ist, die können
Straftheile wegen der That aus dem Gewissens-
hate entstehen, wenn die That die Straftath ist.

I.

Fructuum perceptione Jur. Class. Rom. domi-
nium acquiritur.

II.

Qui sciens rem alienam emit, pretium repe-
tere nequit, re evicta.

III.

Mandatum, post mortem mandantis exsequen-
dum, Jure Civ. Belg. valet.

IV.

Colonus actionem non habet ex art. 619, Cod.
Civ. Neerl.

V.

In solutum datio, novatio esse videtur.

VI.

Acceptans solvere non tenetur, licet pateat,
nominis trassantis subscriptionem falsam esse.

VII.

Commissionarius nominum publicorum, (in effecten) non est mercator.

VIII.

Art. 540 al. 2. Cod. Merc. Neerl. juris rationi obstare videtur.

IX.

Laudandum est exemplum Legislatores *Badensis*, qui in Cod. Crim. novissimo poenas constituit in delicta cum dolosa tum culposa, quae ratione viarum ferreis orbitis stratarum (Spoorwegen) admitti possunt, (§ 566-569 Cod. Crim. Bad.), qua de re apud nos certa lex deficit, neque, casu interveniente, medelam afferre posse videtur Codex, quo utimur, Poenalis.

X.

Furtum, a tabellariis, sive postarum publicarum officialibus admissum, lege accuratius definiendum, et singulari poena vindicandum est.

XI.

Conatus falsi testimonii fieri nequit.