

Zdzisław Papierkowski

Dwóć pośredni w średniowiecznym procesie karnym

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 7/3-4, 117-143

1964

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

DOWÓD POŚREDNI W ŚREDNIOWIECZNYM PROCESIE KARNYM

Przez dowód rozumie się wytworzenie w umyśle (w ogóle w psychice) podmiotu badającego pewne okoliczności takiego stopnia pewności, iż można je uważać za prawdziwe. Ten stan pewności, czyli wewnętrzznego przekonania, jest produktem operacji rozumowej, polegającej na prawidłowym kojarzeniu zjawisk i wysnuwaniu z nich należytych wniosków opartych na logice i zasadach doświadczenia¹.

Ten stan pewności można osiągnąć bezpośrednio (dowód bezpośredni) lub pośrednio (dowód pośredni). W pierwszym przypadku udowadnia się wprost to, co jest do udowodnienia, czyli tzw. *factum probandum* (zarzut aktu oskarżenia). Jeżeli np. *factum probandum* stanowi zabór cudzego mienia ruchomego, dowód bezpośredni polega na przyznaniu się oskarżonego do tego zaboru, bądź na zeznaniach świadków, którzy widzieli zabranie tego mienia. Dowód pośredni polega na tym, że nie udowadnia się wprost zarzutu aktu oskarżenia (*factum probandum*), lecz inne okoliczności, same przez się nawet obojętne, a dopiero z ich prawdziwości wysnuwa się wniosek co do prawdziwości okoliczności głównej czyli *factum probandum*. We wspomnianym przykładzie dowód pośredni wygląda w ten sposób, że udowodni się np. iż oskarżony odgrażał się, że zabierze pokrzywdzonemu to mienie przy nadarzającej się sposobności, że widziano go niosącego te rzeczy w jakiś czas

¹ Ditzen, *Dreierlei Beweis im Strafverfahren*, 1926, s. 6; Wendt, w: *Archiv für civilistische Praxis*, t. 63, s. 254 nn; tak samo Heusler w tym samym czasopiśmie, t. 62, s. 209 nn. Por. również Rupp, *Der Beweis im Strafverfahren*, 1884, s. 27, 35, 98, 178; Lohsing, *Oesterreichisches Strafprozessrecht*, 1912, s. 303; Garraud, *Traité theorique et pratique d'instruction criminelle*, 1907, I, s. 475 nn.

po kradzieży, że rzeczy te znalezione u oskarżonego w czasie rewizji itp. — i z tych wszystkich faktów, jako przesłanek, dochodzi się do wniosku, czyli do pewności, że właśnie ten oskarżony ukradł te rzeczy. Dowód pośredni w procesie sądowym, w szczególności w procesie karnym, nazywa się również dowodem poszlakowym.

Konstrukcja dowodu, zarówno bezpośredniego, jak i pośredniego odbywa się za pomocą pewnych środków (osobowych lub rzeczowych), dostarczających tzw. zasady dowodu (argumentum, Beweisgrund)², czyli źródła, z którego sędzia czerpie swoje przekonanie. Na temat pytania, co może być zasadą dowodu, różnie zapatrywała się ludzkość w różnych epokach. Np. w zamierzchłych czasach scytyjskich³ podstawą, na której dochodziło się do wykrycia prawdy, było jasnowidztwo. Według ksiąg staroindyjskich⁴ ulegał karze świadek, którego spotkało jakieś nieszczęście w ciągu najbliższych siedmiu dni po złożeniu zeznań. Presumowano, że to nieszczęście było następstwem zeznań fałszywych. Na tej samej ideologii opierało się wykrywanie prawdy za pomocą tzw. ordaliów, czyli sądów bożych, znanych prawu staroindyjskiemu⁵ i starożytnemu prawu greckiemu⁶. Jeżeli chodzi o średniowiecze, obok ordaliów jednostronnych w formie, przysięgi oczyszczającej oraz różnych prób rozwinął się sąd boży dwustronny w formie pojedynku sądowego⁷. W średniowieczu niemieckim przysięga stanowiła zasadniczy środek dowodowy. Początkowo

² Florian, *Prove penali* 1924, I, s. 132 nn.

³ Harden, *Köpfe (Prozesse)* III, s. 340 cyt. przez Rittlera, *Der Indizienbeweis und sein Wert*, 1929.

⁴ Frankel, *Der gerichtliche Beweis im mosaisch-talmudischen Rechte*, 1846, s. 5—7.

⁵ Kohler, *Altindisches Prozessrecht*, 1891, s. 41 nn, oraz Kohler, *Das indische Recht w: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. 16.

⁶ np. Sofokles, *Antygona* w. 264, 265.

⁷ Kries, *Der Beweis im Strafprozess des Mittelalters*, 1878, cz. 1; Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, 1883, I, s. 42 nn; Loening, *Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen*, 1880; Köstlin, *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im XIX Jahrhundert*, 1849, s. 208 nn; Planck, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*,

była ona bardzo formalistyczna. Jeżeli przysięgający źle trzymał rękę, albo źle powtórzył słowa roty, cały proces przepadał. Z biegiem czasu można było sobie „Holung dengen”, tj. z góry zastrzec powtórzenie przysięgi (do trzech razy). Prawo to mieli jednak tylko „die Unbescholtenen”, tj. nieposzlakowani (ale z wyjątkiem przypadku zabójstwa). Kobiety były zasadniczo łagodniej traktowane, gdyż mogły tyle razy przysięgać aż to poszło dobrze (wyjątek stanowiło zabójstwo, co do którego kobiety były traktowane na równi z mężczyznami). Oprócz strony, jako podmiotu składającego przysięgę, występują również tzw. „Eidshelfer”, tj. współprzysiężnicy, których pewną odmianę stanowili tzw. „Schreimannen”, tj. świadkowie, którzy wraz z oskarżycielem schwyтали oskarżonego na gorącym uczynku i przyprowadzili go do sądu. O ile chodzi o pojedynek sądowy, nie miał on w średniowieczu niemieckim takiego zastosowania jak przysięga oczyszczająca. Pojedynek sądowy był środkiem subsydiarnym i miał zastosowanie tylko w określonych przypadkach. Od wyniku pojedynku zależał wyrok. Zasadniczo istniał obowiązek osobistego walczenia, w późniejszych jednak czasach, jeżeli strona sama nie mogła walczyć, można było wynajmować walczących, którzy nazywali się „Kämpfe”. Za kobiety i dzieci walczyli ich prawni opiekunowie. Inaczej przedstawiała się sprawa pojedynku sądowego w średniowieczu francuskim. Mianowicie feudalizm wycisnął silne piętno na frankońskim⁸ systemie dowodowym, co objawiło się w ten sposób, że

1879, II, s. 1 nn; Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, 1883, s. 2 nn; Cosack, *Die Eidhelfer des Beklagten nach ältestem deutschen Recht*, 1885, s. 100; Sachse, *Das Beweisverfahren nach deutschem mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters*, 1885, Unger, *Der Gerichtliche Zweikampf*, 1847; Zorn, *Das Beweisverfahren nach langobardischem Recht*, 1874; Maurer, *Das Beweisverfahren nach deutschen Rechten, Kritische Übersicht*, 1857, t. V; Stutz, *Die Beweisrolle im altdeutschen Rechtsgang*, 1928, s. 1—25; Dahn, *Geschichte der germanischen Gottesurteile*, 1857.

⁸ Esmein, *Historie de la procédure criminelle en France*, 1882, s. 46 nn oraz 260 nn; Duclos, *Sur les épreuves par le duel et... jugements de Dieu*, 1743; Patetta, *Le ordalie*, 1890, s. 246—307; Del

znikła pówoli przysięga oczyszczająca wraz z współprzysiężnikami (le serment purgatoire de l'accusé assisté des conjurantes). Wyszły również z użycia inne jednostronne sądy boże, natomiast panoszył się pojedynek sądowy, który w sprawach ciężkich stanowił regułę jako dowód. W sprawach mniejszej wagi mógł oskarżyciel ofiarować dowód ze świadków. Oskarżony mógł zarzucić tym świadkom, że zeznali fałszywie (co nazywało się „fausser”) i mógł wyzwalać ich na pojedynek.

Od wyniku sądu bożego zależało przyjęcie winy za udowodnioną lub nieudowodnioną. A więc podstawą, na której dowód przychodził do skutku, czyli na której dochodzono do wykrycia prawdy, była wiara we wmieszanie się bóstwa do rozstrzygnięcia sporu, czyli po prostu wiara w cud. Ideologia ta pozostaje w ścisłym związku z wpływem ducha ogólnych idei prawnych na pozytywne prawo danej grupy społecznej. Podobnie jak ta ogólna idea prawa odzwierciedlała się w prawie pozytywnym, które jest tylko inkarnacją prawa naturalnego⁹, tak znowu duch tego pozytywnego prawa odzwierciedla się w systemie dowodowym danego procesu. Gdzie to prawo nie znajduje swego uzasadnienia i wyjaśnienia na podstawie rozumowej, lecz jest emanacją jakiejś wyższej, nadzwyczajnej woli, tam i dowodu nie należy szukać na tle rozważań racjonalistycznych, tj. na tle naturalnego związku przyczynowego, zachodzącego między dwoma lub więcej zjawiskami. Rozkaz, czy wola bóstwa, jest jedynym wypływem prawa i dlatego bóstwo interweniuje bezpośrednio w związku z wykryciem winy przestępcy. Gdzie bóstwo daje pewne znaki winy, tam nie tylko uprawnia, lecz również zobowiązuje do ukarania winnego.

W miarę wyswobodzenia się z tych naleciałości okultystycznych wkroczył średniowieczny proces karny pod wpływem rzymsko-kanonicznego prawa, opracowanego przez glossatorów i komentatorów włoskich, na drogę naturalnego systemu dowo-

Giudice-Salvioli, *Storia del diritto italiano*, 1925, III, cz. I; Pertile, *Storia del diritto italiano* (storia della procedura), 1900.

⁹ Montesquieu, *Esprit des lois*, ks. V, nr 6.

dowego, polegającego na naturalnym porządku rzeczy i opierającego się na zasadach i prawidłach ludzkiego myślenia¹⁰. Podstawą, na której dochodzi się do wykrycia prawdy, jest racjonalne ujmowanie zjawisk świata duchowego i fizycznego i wysnuwanie z tych zjawisk należytych wniosków zgodnie z prawidłami logiki i zasadami doświadczenia życia codziennego. Wczesnośredniowieczny proces karny przestał być tą domeną, w której wszechwładne prawo obywatelstwa zdobywała sobie formalistyka i pedanteria, związane z pewnymi przesadami. Z biegiem czasu stał się ten proces dziedziną, w której metody badania i dociekania prawdy opierały się na naturalnych środkach i naturalnych źródłach wiadomości.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest problem dowodu pośredniego (poszlakowego) w średniowiecznym procesie karnym: kościelnym (kanonicznym), włoskim i niemieckim. Wprawdzie w średniowieczu istniał również proces karny innych obszarów prawa, niemniej jednak te trzy wymienione procesy były najbardziej typowe i z tego względu zasługują na specjalne i dokładne omówienie.

II

O ile chodzi o pozytywne przepisy średniowiecznego prawa kanonicznego¹¹ in puncto dopuszczalności wyrokowania na podstawie dowodu poszlakowego, są one znacznie skąpsze, niż jednoznaczne przepisy prawa rzymskiego. Dwa postanowienia na-

¹⁰ Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis*, s. 4.

¹¹ Carena, *Tractatus de officio ssmæ inquisitionis*, 1669, pars III; Farinacius, *Praxis et theoricae criminalis*, 1610, pars IV; Clarus, *Opera omnia sive practica civilis et criminalis*, 1739, liber V; Mittermaier, *Die Lehre vom Beweis im Strafprozess*, 1834, s. 444; Henke, *Handbuch des Criminalrechtes*, 1830, IV, s. 590; Glaser, *Beiträge ...*, s. 106—107; Porsch, *Die Bedeutung des Indicienbeweises im kirchlichen Strafverfahren*, 1876; Hinschius, *System des katholischen Kirchenrechtes*, 1897, t. VI; Gross, *Die Beweistheorie im canonischen Prozes*, 1867; München, *Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht*, 1874, s. 187—197.

leży tutaj zacytować, a mianowicie c. 2, C. II, qu. 8 („Sciant cuncti accusatores... indiciis ad probationem indubitatis et luceclioribus expedita”) ¹² oraz c. 14, X, De praesumptionibus, 2, 23 („Quocirca mandamus, quatenus eum propter solam suspicionem, quamvis utique vehementem nolumus illum de tam gravi crimine condemnari; talem et tantam securitatem recipiatis ab ipso... ex qua valeat apparere, utrum in tenebris ambulet an in luce... alioquin eum tamquam haereticum condemnetis”) ¹³. Z tekstu tych przepisów wynika, że [nie wolno było skazać na podstawie samego podejrzenia. Jeżeli natomiast idzie o dowód poszlakowy, zasadniczo nie stało nic na przeszkodzie, aby taki dowód mógł być podstawą wyroku skazującego ¹⁴. Niemniej jednak kwestia ta budziła w procesie kanonicznym wątpliwości. Powodem, dla którego powstały te wątpliwości, była okoliczność, że proces kanoniczny, zwłaszcza w okresie po Dekretaliach Grzegorza IX, coraz bardziej zaczął opierać się na regułach dowodowych ¹⁵ które nie uregulowały pozytywnie sprawy dowodu poszlakowego. Ponadto chodziło o to, że pracujący na podstawie rzymsko-kanonicznego prawa praktycy coraz bardziej zaczęli się zastanawiać, czy w sprawach karnych jest możliwe, aby „probatio luce clarior” mogła być dostarczona przez poszlaki ¹⁶.

¹² Friedberg, *Corpus iuris canonici*, 1879, s. 503 (Decreti secunda pars, causa II, quaestio 8, cap. 2; Cod. lib. IV tit. De probationibus).

¹³ Przepis ten pochodzi od Inocentego III, mianowicie z jego rozporządzeń w sprawie ścigania kacerstwa.

¹⁴ O ile chodzi o stanowisko obecnie obowiązującego *Codex iuris canonici* w kwestii dowodu poszlakowego zob. Can. 1825, 1828 i 1868. Zob. również Wernz-Vidal, *Jus canonicum* 1949, t. VI, De processibus, s. 683—684; Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 1955, I, s. 113, 388; Plöchl, *Geschichte des Kirchenrechts*, 1962, I, s. 419 nn oraz II, s. 353—359.

¹⁵ Reguły dowodowe procesu kanonicznego były wynikiem zetknięcia się racjonalistycznego systemu dowodowego rzymskiego z wybitnie irracjonalistycznym systemem dowodowym germańskim. Te reguły dowodowe procesu kanonicznego stanowiły w okresie recepcji punkt wyjścia dla ustawowej teorii dowodowej.

¹⁶ Carena, op. cit., tit. III § 1 „...Sed utrumque sit illud certum quod cum in criminalibus, ut plurimum de vita hominis agatur, pro-

Rzecz oczywista, że odpowiedź na to pytanie mogła wypaść zależnie od tego, czy od dowodu wymagano bezwzględnej (matematycznej) pewności, czy tylko pewności względnej, a więc takiej, o jakiej w ogóle może być mowa w związku z badaniem zdarzeń historycznych. Kanoniści zdawali sobie sprawę, że osiągnięcie pewności bezwzględnej co do zdarzeń będących przedmiotem postępowania dowodowego w procesie karnym jest niemożliwe. Dlatego wśród najostrzejszych i najściślejszych wskazań dla sędziego co do wartościowania dowodów spotykamy między innymi takie zdanie: „...ob difficultatem probationis lex contentatur ea probatione, quae haberi potest”¹⁷. Zgodnie z wyrażonym w tym zdaniu poglądem odstępują oni od najostrzejszych reguł dowodowych tam, gdzie nie mogły one mieć zastosowania. Np., „Et quamvis comm. dicant DD. de corpore delicti debere constare plene et concludenter, vel per testes vel per evidentiam facti... attamen hoc fallit in criminibus difficilis probationis, quae est sortilegium quod solet fieri secrete et clam... nam in talibus delictis sufficit probare corpus delicti per indicia, quoniam probatio per indicia habetur pro plena probatione in criminibus occultis... et certe iniquum esset aliam in hoc delictio exigere certitudinem, quam quae ex natura delicti haberi potest; et si in furto et aliis similibus minor requisitur probatio ad probandum corpus delicti, cur non etiam minor in quo agitur de sortilegio, crimine occulto et difficillimae probationis”¹⁸. Okazuje się więc, że w sprawach trudnych do udowodnienia dowód poszlakowy był uważany za dowód zupełny i mógł stanowić podstawę do

bationes clarissimae esse debent, ut ex eis sequi de iure possit condemnatio. Ex hoc inferunt scribentes neminem ex indiciis, praesumptionibus et coniecturis esse damnandum criminaliter”. Por. również tegoż autora op. cit. pars II, tit. 11 § 4 i 5 („ex indiciis etiam violentis nullus condemnatur in poenam ordinariam”).

¹⁷ Farinacius, op. cit., lib. I, tit. V qu. 46 nr 38; por. również tegoż autora op. cit., qu. 42 nr 70 (criminis concurrentibus adminiculis et praesumptionibus sufficit ad condemnandum in casu difficilis probationis) oraz qu. 37 nr 146, gdzie zaznacza, że takie poszlaki powinny być „perspicuae, clarae et manifestae”.

¹⁸ Carena, op. cit., pars II, tit. 12 § 20 i pars III, tit. 1 § 4.

wydania wyroku skazującego. Chodziłoby tylko o to, czy w wyroku tym mogła być orzeczona jakakolwiek kara, a więc nawet kara śmierci, czy tylko kara lżejsza, np. kara pieniężna? Na to pytanie daje odpowiedź następujące zdanie Careny¹⁹: „Ego ex omnibus istis doctoribus recolligendo ea, quae in Tribunalibus praesertim supremis practicantur, arbitror distinguendum esse inter delicta occulta ac difficilis probationis et non occulta ac facilis probationis, inter poenam mortis et alias poenas etiam corporales... ac poenas pecuniarias. In delictis non occultis verior est conclusio, quod ex indiciis etiam indubitatis non possit quis poena corporali puniri... Cum autem sumus in delictis atrocibus, occultis et difficilis probationis, quale est crimen sortilegii, quod prae manibus habemus, adhuc arbitror distinguendum. Nam aut sumus in iudiciis supremis ut est Sacra Congregatio Urbis Romae, et tunc certum est in hoc delicto et aliis similibus, puta haeresis etc... posse ex indiciis indubitatis deveniri ad poenam corporalem, etiam mortis...”. A zatem nawet kara śmierci na podstawie dowodu poszlakowego, jeżeli chodziło o delictum occultum. Jeżeli jeszcze dodamy, że Carena²⁰ i Farinacius²¹ zaliczają do owych delicta occulta także homicidium, proditiones et tractatus, qui secrete fiunt, delicta de nocte, seu alias clam commissa, furtum, falsum, adulterium, simonia, sodomia, venenum, falsa moneta, partus suppositus et alia similia” — w takim razie jesteśmy uprawnieni wyciągnąć następujący wniosek:²² [dowód poszla-

¹⁹ op. cit., tit. 12 § 32.

²⁰ op. cit., pars III, tit. 1 § 4.

²¹ op. cit., qu. 37 nr 150; por. również tegoż autora op. cit. qu. 37 nr 153 („indicia leviora ob probationis difficultatem reputantur legitima et sufficientia”).

²² Porsch, op. cit., s. 36 (Aus diesen ganzen bisherigen Auseinandersetzungen ergibt sich der Schluss: Es entspricht, dem im kirchlichen Verfahren überall sich geltend machenden Streben nach materieller Wahrheit auch den Indicienbeweis als eine zulässige Beweisart anzuerkennen, vorausgesetzt eben, das durch Indicien ein wirklicher prozessualischer Beweis erbracht werden kann. Diese Anerkennung widerspricht nicht nur nicht den allgemeinen canonischen Beweis-

kowy był w procesie kanonicznym dopuszczalny nawet w świetle legalnej teorii dowodowej, a mianowicie wówczas, kiedy nie można było dostarczyć dowodu bezpośredniego. Kwestia dopuszczalności jako też ocena dowodu poszlakowego była pozostawiona swobodzie sędziego²³.

W celu pełniejszego naświetlenia omawianego zagadnienia zwróćmy jeszcze uwagę na następującą sprawę. Wprawdzie pozytywne przepisy prawa kanonicznego nie zakazywały ferowania wyroków na podstawie dowodu poszlakowego, a wyrokowanie na takiej podstawie odpowiadało w zupełności tendencjom procesu kanonicznego, który zrodził się z postępowania w sprawach religijnych i dążył za wszelką cenę do wykrycia prawdy materialnej. Wprawdzie zgodnie z tą tendencją (odrzucającą zdanie Trajana, iż lepiej uwolnić wielu winnych, niż

grundsätzen und deren concreter Ausgestaltung, z. B. der Forderung einer probatio luce clarior, oder der stetig festgehaltenen Zweizeugentheorie, sondern sie ist selbst zur Zeit der starren Beweistheorie an verschiedenen Stellen tatsächlich und zwar selbst theoretisch ausgesprochen worde"). Hinschius, op. cit., s. 108 nn („Wenn die frühere Doktrin zum Teil die Zulässigkeit des Indicienbeweises in Criminalsachen bestritten, oder auf Grund desselben nur eine ausserordentliche Strafe für statthaft erklärt hat, so bieten die Quellen des canonischen Rechtes dafür keinen Anhalt. Im Gegenteil liess man meistens bei coniecturae oder praesumptiones valde violentae et urgentissimae, quae trahunt iudicem quasi violenter ad credulitatem adeoque sunt moraliter certae ac indubitatae, jedenfalls eine Verurteilung und teilweise auch zur poena ordinaria zu"). Gross, op. cit., s. 100 („das Gleiche ist auch vom canonischen Rechte zu sagen. Das auch hier der Indicienbeweis sowohl im Civil — als auch im Strafprozesse volle Anerkennung und unverkürzte Anwendung hat, ist bereits ...").

²³ Clarus, op. cit., § fin. qu. 20 nr 1 („scire debes quod secundum omnes doctores in materia indiciorum non potest dari certa doctrina, sed totum relinquitur arbitrio boni viri scilicet iudicis, qui secundum qualitatem personae et delicti et demonstrationum seu suspicionum iudicabit indicium esse sufficiens vel non"). Zob. również Reiffenstuel, *Ius canonicum universum* II, 23 § 2 nr 32, 33, gdzie czytamy: „...quae nam indicia in casibus particularibus sint levia vel gravia adeoque sufficientia ad capturam vel inquisitionem aut torturam prudentis

skazać jednego niewinnego)²⁴ praktycy, urabiający usus forensis stwierdzają, iż dowód poszlakowy mógł subsydiarnie stanowić podstawę do wydania wyroku orzekającego nawet karę śmierci in delictis occultis et difficilis probationis. Jednakże, czy to wszystko nie jest tylko zwodniczym argumentem wobec faktu, że proces kanoniczny powstał z odnośnych urzędzeń pierwszych chrześcijan, którzy wzorowali się na prawie mojżeszowo-talmudycznym, wykluczającym wyrokowanie na podstawie dowodu poszlakowego. A skoro tak, to chyba i proces kościelny (kanoniczny) przesiąkł zasadami procesu starożydowskiego, co w naszym przypadku miałoby się wyrażać niedopuszczalnością dowodu poszlakowego jako podstawy wyroku. Otóż tego rodzaju supozycję należy odrzucić. Prawdą jest, że w procesie starożydowskim dowód poszlakowy nie miał zasadniczo zastosowania. Złożyły się na to różne przyczyny. jak np. młodzieńcza niedojrzałość narodu²⁵, kiepski stan sędziowski²⁶, a co najważniejsze teokratyczna zasada panująca w całym prawie żydowskim, a wyrażająca się w procesie wykonywaniem sądownictwa w zastępstwie Boga²⁷, co oczywiście mogło się przyczynić jedynie do wytworzenia uciążliwych reguł do-

iudicis arbitrio est relinquendum... prudentis iudicis arbitrio relinquatur ac tantum probat, quantum secundum subiectam et spectata indiciorum gravitate iudici videbitur"). Wreszcie por. Gross, op. cit., s. 100 „... so, dass also auch im canonischen Rechte dem Richter, dessen wirkliche Ueberzeugung auch hier noch das Ziel der Beweisführung ist, auf dem Gebiete des Indicienbeweises die der Natur desselben entsprechende ungebundene Stellung noch ebenso vollständig wie im römischen Rechte gewahrt ist".

²⁴ „Melius est ut pro multorum salvatione unus condemnetur, quam per unius licentiam multi periclitentur". oraz „Est pietas punire scelus, scelus est sceleratis parcere, nil pietas haec pietatis habet" (Zob. Porsch, op. cit., s. 14 i 15 oraz cytowaną tam literaturę).

²⁵ Frankel, op. cit., s. 187.

²⁶ Welte, *Gericht und Gerichtsverwaltung bei den Herbräern* w: *Kirchenlexikon*, IV, s. 458.

²⁷ Frankel, op. cit., s. 9 nn, Porsch, op. cit., s. 9, 11; Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813, s. 281 nn. Saalschütz, *Das mosaische Recht*, 1853, s. 55 nn.

wodowych. Jednakże pomimo to wszystko nie ma powodów do przyjęcia tezy, że wszelkie urządzenia sądowo-procesowe starożydowskie recypowali chrześcijanie i zużytkowali je w swoim procesie kościelnym. Co więcej, nie tylko że nie musi być skonstatowana taka recepcja, lecz przeciwnie, porównanie odnośnych urządzeń chrześcijan z takimiż urządzeniami żydów²⁸ wykazuje, że mimo pewnych punktów stycznych z przepisami Starego Testamentu całe postępowanie sądowe chrześcijan było różne od procesu żydowskiego. Gdybyśmy nawet przypuścili, że jednak w drodze prawa zwyczajowego przedostały się pewne urządzenia z procesu żydowskiego do procesu chrześcijan pochodzących z żydów, to nie należy zapominać, że naprzeciwko takiej recepcji stała recepcja urządzeń z procesu rzymskiego, do którego byli przyzwyczajeni chrześcijanie pochodzący z pogan. A właśnie te urządzenia pochodzące z procesu rzymskiego doszły w krótkim czasie do głosu i wywarły decydujący wpływ na konstrukcję procesu kościelnego (*Ecclesia vivit lege Romana*).

Tak więc i odnośnie do procesu karnego z okresu pierwszych chrześcijan, stanowiącego podstawę dla późniejszego procesu kanonicznego, należy stwierdzić, iż nie będąc urządzeniem na wzór procesu żydowskiego, nie przejął zeń systemu dowodowego zabraniającego wyrokowania na podstawie dowodu poszlakowego. Przeciwnie, proces kanoniczny oparł się raczej na wzorach płynących z procesu rzymskiego, w którym dowód poszlakowy miał pełne prawo obywatelstwa i stał na równi z dowodem bezpośrednim²⁹.

²⁸ Porsch, op. cit., s. 38, Bickell, *Geschichte des Kirchenrechtes*, 1843, I, s. 18.

²⁹ Przeciwnego zdania jest Wilanowski w dziele pt. „*Rozwój historyczny procesu kanonicznego*, Wilno 1929”, s. 114, 115. Stwierdza on, że Kościół pierwotny recypował prawo procesowe żydowskie. Co się tyczy pewnych podobieństw procesu kościelnego z procesem rzymskim, autor tłumaczy je faktem dostania się Kościoła z biegiem czasu pod bardzo silny wpływ prawa rzymskiego.

III

Okres średniowiecza włoskiego³⁰ jest w dziedzinie prawa bodajże najważniejszym okresem czasu, jeżeli chodzi o podstawy i rozwój prawa kontynentu europejskiego. Średniowiecze włoskie ze swoimi glossatorami, postglossatorami i komentatorami to brama, przez którą wolnym krokiem przeszło prawo rzymsko-kanoniczne, zabarwione pierwiastkami lennego prawa longobardzkiego, jako tzw. *usus modernus pandectorum*, do rodzimych praw narodowych różnych krajów, w których od czasu tej recepcji zapanował duch prawa rzymskiego, unoszący się niemal do dnia dzisiejszego nad ustawodawstwami europejskimi.

W dziedzinie procesu karnego średniowiecza włoskiego cechą najbardziej charakterystyczną jest inkwizycyjność postępowania. System dowodowy to coraz bardziej zaostrzająca się legalna teoria dowodu, przy czym hasłem wszechwładnie panującym była zasada: „*confessio est regina probationum*”, do czego dzielnie dopomagały coraz częściej i skwapliwiej stosowane tortury.

Przechodząc do interesującego nas w tym artykule problemu należy zauważyć, że kwestia dowodu poszlakowego, o ile z jednej strony była *quaestio diabolica* stanowiąca przedmiot najostrzejszych sporów, o tyle z drugiej strony była ona ulubionym tematem rozważań każdego z praktyków włoskich, którzy bądź to w odrębnych rozprawach, bądź w obrębie ogólnych

³⁰ Gandinus, *Libellus de maleficis*, rub. de praesumptionibus et indiciis indubitatis, 1559; Angelus Aretinus, *De maleficiis tractatus*, rozdz. Quod fama publica praecedente; Clarus, op. cit., lib. V § finalis qu. XX; Farinacius, op. cit., pars IV qu. 122; Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis centuriarum sex*, 1690; Mascardus, *Conclusiones probationum omnium canonicae, civiles, criminales...* 1703, vol. II; Malblank, *Geschichte der C.C.C.*, 1783, s. 194; Brunnenmeister, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879, s. 106 nn; Mittermaier, *Die Lehre vom Beweis*, s. 445; Glaser, *Beiträge*, s. 107, 108; Biener, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses*, 1827, s. 155; Pertile, op. cit., s. 451 nn; Helie, *Traité d'instruction criminelle*, 1877, VIII, s. 168 nn.

traktatów na temat zagadnień procesowych, poświęcali sprawie dowodu poszlakowego wiele uwagi i w ten sposób urabiali *communis opinio doctorum*, wpływając w przemożny sposób na praktykę sądów kościelnych i świeckich.

Pierwszym glossatorem, który najbardziej rozwinął naukę o poszlakach, był Albertus Gandinus w dziele pt. *Libellus de maleficiis*, rub. *De praesumptionibus et indiciis indubitatis*³¹. Gandinus dzieli indicia na *dubitata*, et *indubitata*, przy czym definiuje indicium³² jako „*signum alicuius maleficii commissi vel alterius rei de qua agitur*”. Zdaniem Gandinusa indicia *dubitata* prowadzą do zastosowania tortur, zaś indicia *indubitata* mogą być podstawą skazania na wszelką karę (*ex iis ad condemnationem procedi potest*). Za takie indicium *indubitatum* uważał Gandinus wszelkie poszlaki, którym ustawa nadaje charakter okoliczności niewątpliwej, przy czym powołuje się na *L. 34 C ad legem Juliam de adulteriis 9,9*. Ponadto uznaje on za poszlakę niewątpliwą dobrowolne przyznanie się oskarżonego, przyznanie złożone na torturach, a następnie ratyfikowane, pełne świadectwo, tj. co najmniej zeznanie dwu świadków, poprzedni wyrok przeciwko temu samemu podejrzanemu, notoryjność pewnych faktów, oraz trzy przypadki, w których zachodzą tego rodzaju poszlaki, że jakkolwiek każda z nich z osobna nie jest indicium *indubitatum*, jednak, jeżeli mają miejsce razem, nie budzą żadnej wątpliwości co do swej mocy przekonywującej. Przypadki te są następujące: a) Wiedziano człowieka wychodzącego z okrwawionym mieczem jedynym wejściem do izby, w której znaleziono trupa, b) Podejrzany o zabójstwo „*erat inimicus capitalis occisi, item fuit visus solus ambulare cum gladio evaginato et est publica vox et fama, quod homicidium commissum sit ab eo*”. c) W przypadku podejrzenia kogoś, że kazał swemu służącemu zabić człowieka, a zachodzą następujące okoliczności: „*erat capitalis*

³¹ O Gandinusię wyraża się Augustinus Arminensis w glossie *Ad Angelum Aretinum*, że „*nemo fuit qui ita latissime disputaverit ... istam materiam, quam fecit Gandinus in suo tractatu de maleficiis in rubrica de praesumptionibus et indiciis indubitatis*”.

³² Gandinus, op. cit., nr 14.

inimicus occisi, erat prope locum criminis quando fuit occisus, quo homicidio perpetrato receptavit homicidam, qui erat domesticus eius, qui se iactaverat, quod faceret occidi Titium, et inter eos fuerant offensae et est publica vox et fama, quod fecerat committi tale homicidium". O powyższych trzech przypadkach³³ mówi Gandinus³⁴, że „omnia simul iuncta videntur esse indicia indubitata et ex iis ad condemnationem procedi potest”. Zarazem zauważa Gandinus, że uczeni prawnicy bolońscy i inni są odmiennego zdania i twierdzą, że na podstawie poszlak zawartych w powyższych trzech, oraz innych podobnych przypadkach, nie można skazać na karę śmierci, lecz najwyżej na karę pieniężną.

Tego samego zdania co Gandinus byli również Bartolus a Saxoferrato i Baldus de Ubaldis³⁵, którzy twierdzili, że praesumptio violenta ma znaczenie verae probationis³⁶. Zdania przeciwnego byli Johannes Andreae i Johannes de Imola³⁷, a za nimi Angelus Aretinus³⁸ i Augustinus Ariminensis³⁹. Według Angelusa Aretinusa wystarczają indicia indubitata (w rozumieniu Gandinusa) zasadniczo jedynie ad torturam. Niemniej jednak godzi się on na skazanie na podstawie dowodu z takich poszlak, które są uważane przez ustawę za niewątpliwe⁴⁰. Augustinus Ariminensis jest mniej więcej tego samego

³³ Te same przykłady znajdują się w dziele Guido de Suzaria pt. *De indiciis et tortura*, nr 99, 100, 101 i 102, gdzie autor wspomina że są to tylko wzory, „curiosus autem lector multa alia poterit invenire exempla de indiciis ad probationem indubitatis”.

³⁴ Gandinus, op. cit., nr 12; por. również Angelus Aretinus, *Quod fama publica*, nr 28.

³⁵ Cyt. Augustinus Ariminensis w glossie *Ad Angelum Aretinum* nr 22.

³⁶ *Addictio in Durantis, Speculum iudiciale* lib. I, de probationibus § 3 nr 19.

³⁷ *Lect. ad l. fin. de haer. inst.*

³⁸ *Quod fama publica praecedente* nr 18.

³⁹ *Ad Angelum Aretinum*, nr 24—29.

⁴⁰ Angelus Aretinus, op. cit., nr 28 „...de indiciis et praesumptionibus indubitatis ex quibus ad condemnationem perveniri potest...”.

zdania, lecz twierdzi, że karą może być w takim przypadku jedynie kara pieniężna lub lekka kara cielesna.

Cała ta kwestia pozostała wątpliwa aż do końca XV wieku, kiedy to przeważała opinia uczonych bolońskich, że *ex indiciis quantumcumque indubitatis* nie można skazać na karę śmierci lub karę cielesną, w ogóle na *poena ordinaria*, lecz najwyżej na karę pieniężną, jako *poena arbitraria*. W XV wieku bronią tego poglądu Paulus de Castro, Bartholomaeus Caepola⁴¹ oraz Franciscus Brunus⁴². Ten pogląd przedostaje się następnie do wieku XVI, przy czym należy zauważyć, iż pojęcie *indicium indubitatum* ulega zmianie. O ile bowiem Gandinus uważał taką poszlakę za *notabile signum maleficii, vel alterius rei ad veritatem habendam*, to Baldus definiuje *indicium* jako *coniectura ex probabilibus orta, a quibus potest abesse veritas sed non similitudo veri, quae quandoque mentem indicantis ita perstringunt, ut cogant conscientiam iudicis iudicare secundum ipsa*. A zatem dla Baldusa i następców poszlaka niewątpliwa jest już tylko okolicznością, która uzasadnia prawdopodobieństwo istnienia innych okoliczności.

Widzimy więc, że tendencja do odmawiania dowodowi poszlakowemu pełnej mocy dowodowej objawiała się nie tylko w formie ograniczania rodzaju i wielkości kary, jaką mógł orzec wyrok wydany na podstawie takiego dowodu, lecz, że zmieniono również punkt widzenia na ujmowanie istoty poszlaki, jako tej podstawy, z której ma się czerpać przekonanie o prawdziwości *factum probandum*. Według Gandinusa i w jego czasach dawało *indicium indubitatum* większy stopień przekonania o prawdziwości tego faktu niż później.

Jakkolwiek ewolucja szła niewątpliwie w kierunku ograniczania mocy dowodowej poszlak i im bardziej oddalamy się od właściwego średniowiecza, tym wyraźniej zaznacza się ta tendencja, mimo to jednak spotykamy jeszcze niektórych autorów, którzy godzą się na wyrokowanie na podstawie dowodu po-

⁴¹ Cyt. u Clarusa, *Opera omnia*, lib. V § fin. qu. 20.

⁴² *De indiciis et tortura*, P. I. qu. 4 nr 5 i 16 („*Omnes sapientes Bononiae volunt, nullus possit capitaliter condemnari ex indicio, quantumcumque indubitato*”).

szlakowego bez jakichkolwiek ograniczeń co do kary. Autorami tymi są: Julius Clarus⁴³, Prosperus Farinacius⁴⁴, Josephus Mascradus⁴⁵ oraz Jacobus Menochius⁴⁶. Według nich, a głównie według Clarusa, istnieją trzy stopnie poszlak⁴⁷, a mianowicie: lekkie, ciężkie i najcięższe. Lekkie usprawiedliwiają przytrzymanie podejrzanego w celu przeszkodzenia ewentualnej ucieczce, ciężkie wystarczają do wszczęcia postępowania i zastosowania tortur. Co się tyczy poszlak najcięższych, Clarus zaznacza wprawdzie, że panuje co do tego wielka rozbieżność zdań⁴⁸, jednak jego zdaniem „gravissima (indicia) vero sufficiunt etiam ad condemnationem. Et haec... debent esse non modo plus quam semiplena probatio, sed etiam quasi plena probatio”. W innym miejscu swojego dzieła mówi Clarus dalej,

⁴³ Clarus, op. cit., qu. XX nr 1—8.

⁴⁴ Farinacius, op. cit., pars IV.

⁴⁵ Josephi Mascardi, *Conclusiones probationum omnium*, vol. II.

⁴⁶ Jacobi Menochii, *De arbitrariis iudicium quaestionibus*...

⁴⁷ Clarus, op. cit., „...dico ego tres esse gradus indiciorum: aliqua enim sunt levia, aliqua gravia et aliqua gravissima. Levia sufficiunt ad capturam non tamen, ut statim debeat reus examinari super delicto... Et huius modi indicia, si non sunt multum urgentia, ego puto recte appellari posse suspiciones, si vero magis urgeant crederem posse dici praesumptiones sive argumenta. Gravia sufficiunt ad transmittendam inquisitionem et etiam ad torturam... Et hoc ego credo... sit plus quam simplex praesumptio, et minus quam semiplena probatio”.

⁴⁸ Clarus, op. cit., „... Scias tamen quod in hoc articulo Doctores multum varie loquuntur. Nam aliqui dicunt quod regulariter ex praesumptionibus violentis vel indiciis quantumcumque indubitatis non debet aliquis in causa criminali condemnari. Alii dicunt quod, si agatur ad poenam pecuniariam, potest reus ex indubitatis etiam criminaliter condemnari. Alii dicunt, quod ubi ex praesumptionibus proceditur, multum debet iudex temperare suam sententiam maxime ne condemnet nisi raro, modice ad poenam nec pecuniariam nec corporalem. Alii dicunt totum contrarium, quod scilicet etiam ex praesumptionibus reus est condemnandus poena ordinaria delicti, neque propterea est aliquomodo poena mitiganda. Alii vero dicunt, quod quando indicia sunt indubitata, semper potest deveniri ad condemnationem maxime in delictis occultis et difficilibus probationis et tractatibus secretis et in quibus veritas clarius haberi non potest”.

że „Item scias quod quando praesumptio est posita a lege, tunc potest ex ea sequi condemnatio capitalis”⁴⁹.

Drugim źródłem, z którego możemy czerpać wiadomości o roli dowodu poszlakowego w procesie karnym w okresie średniowiecza włoskiego, są statuty niektórych miast włoskich. Podobnie jak Doctores różnili się między sobą co do wystarczalności dowodu poszlakowego do wydania wyroku, tak i statuty poszczególnych miast kwestię tę różnie normowały; prawdopodobnie zależnie od okoliczności, jaką opinia poszczególnych praktyków była uznana za bardziej miarodajną.

Dla ilustracji można zacytować tutaj przepisy kilku statutów, które przewidywały skazanie na podstawie dowodu poszlakowego. I tak np. statut Padova z r. 1225 postanawiał w art. 643, że aby dowód poszlakowy mógł doprowadzić do wydania wyroku skazującego, musiał być umocniony przysięgą oskarżyciela. Wedle statutu Montefeltro z r. 1384 (II 32, 39) można było skazać w przypadku zdrady głównej na podstawie praesumptiones vel indicia⁵⁰. Poszlaki mogły dostarczyć dowodu

⁴⁹ Mascardus, op. cit., Conclusio, 1392 nr 22 „Sunt autem indicia indubitata ea, quae necessario aliquid ostendunt et quod aliter fieri non potuisse per rerum naturam demonstrant — quod indiciorum genus definivit Baldus esse plenam rei demonstrationem per signa sufficientia, per quae animus in aliquo tamquam existenti vero quiescit et plus investigare non curat... et ex istius modi indiciis nondum torqueri sed etiam condemnari reus poterit”. Menochius, op. cit., casus 270 „Primum indicium sive signum, quod necessarium dicitur, quando ex eo quod instrumentis vel alio simili continetur, necessario efficitur quod interdum et huius indicii tanta est vis, ut probatio concludens dici vere possit; quocirca sufficit non modo ut reus ex eo convictus quaestionibus subiciatur, verum etiam ut condemnetur. Secundum indicium ... ut reus quaestionibus subiciatur. Tertium indicium sive signum ... hoc sola suspicione vel levi iuris praesumptione nititur”. Zob. również Farinacius op. cit., qu. 86 nr 111.

⁵⁰ Por. Kohler — Azzi, *Das Florentiner Strafrecht des XIV Jahrhunderts mit einem Anhang über den Strafprozess der italienischen Statuten*, 1909 oraz Pertile, op. cit., s. 451 nn.

⁵¹ C. 204: „Nel sindacato degli officiali quoad baratterias et extorsiones sufficiant probationes etiam per sola indicia”.

ponadto wedle statutów Bologna (r. 1454)⁵¹ i Genova (r. 1556)⁵², o ile proces toczył się o podpalenie. Podobnie przedstawiała się sprawa w świetle statutów Ceneda⁵³, Decretum Montisferrati (r. 1567)⁵⁴ i Pragm. Card. Zapata (Napoli r. 1621)⁵⁵.

Jeżeli obecnie zastanowimy się nad ogólną opinią co do znaczenia jakiego zażywał dowód poszlakowy w tej epoce historii procesu karnego, trzeba będzie powiedzieć, że kwestia nie była rozwiązana jednolicie, że zwyciężał to jeden, to drugi pogląd. W każdym jednak razie należałoby się skłonić raczej do poglądu, że *communis opinio doctorum* na przestrzeni kilku wieków odmawiała dowodowi poszlakowemu pełnej wartości, spychając go do roli jakiegoś domniemania, czy też tylko środka silnego podejrzenia, uprawiedliwiającego wszczęcie postępowania, ewentualnie zastosowanie tortur, a tylko wyjątkowo skazani wyrokiem i to na karę najłżejszą. Powstaje więc pytanie, dlaczego tak było? Dlaczego prawnicy wykształceni na procesie rzymskim i kościelnym, które dopuszczały wyrokowanie na podstawie dowodu poszlakowego, nie poszli tą samą drogą i nie starali się jeszcze pogłębić przekonania o równorzędności dowodu poszlakowego z dowodem bezpośrednim w każdym przypadku i bez jakichkolwiek ograniczeń co do kary? Dlaczego na ogół odznaczali się oni nieufnością do tego pośredniego dowodu, polegającego na wnioskowaniu z pewnych okoliczności co do prawdziwości *facti* probandi? Przyczyny tego stanu rzeczy należy szukać w dążności do wydobycia przyznania oskarżonego oraz w coraz częstszym sto-

⁵² *Monumenta hist. patriae*, t. XVIII.

⁵³ „In cognitione carnali operentur efficaciter probabiles coniecturae una vel plures”. (II, 66).

⁵⁴ „Quia huius modi (incendium) delictum solet committi clam et occulte . . . valeant iudices procedere ex levibus praesumptionibus et indiciis et delinquentem punire inspecta qualitate personarum et facti” (art. 98).

⁵⁵ Art. 14. de officiis iudicum pozwalał na skazanie na każdą karę na podstawie dowodu poszlakowego „quando gli indizi accertati fossero tali da indurre nel giudice la ferma credenza che il delitto era stato commesso dall' inquisito”.

sowaniu tortur, jako środka doskonale tej dążności sprzyjającego. Rzecz jasna, że skoro sobie powiedziano, iż najwyższym stopniem dowodu (*plenissima probatio*) jest przyznanie się oskarżonego do popełnienia zarzuconego mu przestępstwa, należało dążyć do wydobywania tego przyznania za wszelką cenę. A należało to tego dążyć przede wszystkim tam, gdzie przeciwko oskarżonemu przemawiały poważne poszlaki. Widzimy więc, że poszlaki jako dowód, mający stanowić przesłankę dla wyroku, straciły na praktycznym znaczeniu. W jakim bowiem celu miało się je gromadzić dla stworzenia tej przesłanki, skoro w przypadku ich zaistnienia stosowało się tortury? A te na pewno doprowadziły do upragnionego, chociaż nie zawsze rzeczywistości odpowiadającego, przyznania się do winy, jako środka dowodowego uspokajającego wszelkie sumienia.

IV.

Jakkolwiek oficjalnie uchodzi *die peinliche Gerichtsordnung* Karola V z 1532 r. za tę ustawę, od której datuje się zasadniczy zwrot w stosunkach prawno-procesowych średniowiecznych państw niemieckich i która stała się podstawą powszechnego procesu niemieckiego, to jednak owa karna ordynacja sądowa, zwana krótko *Carolina*⁵⁶ jest tylko oficjalną redakcją dzieła

⁵⁶ Zöpfl, *Das alte Bamberger Recht als Quelle der C.C.C.*, 1839 s. 104—181; Brunnenmeister, *op. cit.*, s. 106, 146, 165, 166, 226, 237; Güterbok, *Zur Redaktion der Bambergensis*, 1910; Malblank, *Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V*, 1783, s. 160—168; Boehmer, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, 1770, s. 90—186; Mansius, *Comentarius rationalis in Criminalem sanctionem Carolinam quatenus de processu criminali agitur*, 1676, s. 65 nn; Carpzov, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium*, 1677, pars III, qu. 120 nr 6; Quistorp, *Versuch einer Anweisung für Richter*, 1789; Henke, *op. cit.* s. 562; Mittermaier, *Die Lehre vom Beweis*, s. 445 nn; Glaser, *Beiträge*, s. 109 nn; Bauer, *Theorie des Anzeigenbeweises*, 1845, s. 114 nn; Feuerbach, *Peinliches Recht*, s. 305; Schoetensack, *Der Strafprozess der Carolina*, 1904, s. 49—68; Weber, *Bemerkungen über den künstlichen Beweis*,

Jana ze Schwarzenbergu, tj. Bambergensis. Dlatego też, aby należycie zrozumieć cały system dowodowy Constitutio Criminalis Carolina, a w szczególności jej stanowisko in puncto dowodu poszlakowego, nie od rzeczy będzie rzucić okiem na źródła ustawodawcze, z których czerpał Schwarzenberg przy opracowywaniu Bambergensis, a które następnie znalazły swój wyraz w Carolinie⁵⁷.

Według tych źródeł dzieliło się całe postępowanie na trzy rodzaje, a mianowicie: a) Verfahren auf handhafter Tat⁵⁸, b) Verfahren auf blickenden Schein⁵⁹, c) Verfahren auf

w Neues Archiv des Criminalrechts, t. III, s. 102—124; Konopak, *Über den künstlichen Beweis in peinlichen Straffällen*, w Neues Archiv des Criminalrechts, 1820, s. 494—502; Allard, *Historie de la justice criminelle au seizieme siècle*, 1868, s. 262—289.

⁵⁷ Źródłami tymi były według Zöpfla: a) Gerichtsbuch der Stadt Bamberg z XIV w., b) Bamberger Stadtrecht z 2 poł. XIV w., c) Rechtsfälle z XV w., d) Aufsatz über das Verfahren vor dem Zentgerichte z 1 poł. XIV w., e) Tyroliensis z 1497 r., f) Bamberger Landgerichtsordnung z 1503 r., Brunnenmeister, op. cit. wymienia jako niemieckie źródła Bambergensis oprócz prawa bamberskiego również: a) Nürnberger Recht, b) Reichsgezetzebung, c) Maximilianische Halsgerichtsordnung für Tirol und Rudolphzell, d) Wormser Reformation z 1489 r., e) Das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing, f) tzw. Klagspiegel. O ile chodzi o rodzaje i sposoby postępowania karnego, wyżej zacytowane źródła nie odbiegały wcale od Sachsenspiegel (III, 54 § 4) oraz Schwabenspiegel 24 § 7.

⁵⁸ Oskarżonego schwytano na gorącym uczynku lub w czasie ucieczki i z krzykiem doprowadzano do sądu, po czym, jeżeli oskarżyciel z sześcioma innymi przysięgł, że oskarżonego schwytano na przestępstwie i że podniesiono krzyk, następowało skazanie bez dopuszczenia oskarżonego do głosu.

⁵⁹ Podniesiono krzyk, jednak przestępcy nie złapano. Tutaj trzeba odróżnić, czy czyn był „übernächtig”, czy nie. Jeżeli nie, a oskarżyciel dostarczył do sądu zwłoki zamordowanego i można było natychmiast przedsięwziąć oględziny, sąd in contumaciam orzekał tzw. Acht (Mordacht). Oskarżony uchodził za skazanego na karę śmierci, i jako takiego po schwytaniu każdy mógł zabić. Jeżeli zaś czyn był „übernächtig”, dawano oskarżonemu trzy razy 14-dniowy okres czasu i wolny glejt. Jeżeli oskarżony nie stanął za trzecim razem, sąd orzekał Mordacht.

Inzicht und Leumund⁶⁰. Dla nas aktualny jest ów trzeci rodzaj postępowania tj. „auf Inzicht und Leumund”. Chodzi mianowicie o to, czy było ono osobnym postępowaniem, w którym dowód poszlakowy miał pewne materialne znaczenie, czy też owe Inzichten oraz Inzichtverfahren były tylko zjawiskiem natury czysto procesowej, odróżniającym to postępowanie od postępowania wymienionego pod literami a) i b), którego charakterystyczną cechą było podniesienie krzyku, jako stworzenie pewnej bezpośredniości między sądem, a karygodnym czynem. Po wtóre, o ile to Inzichtverfahren było odrębnym rodzajem procesu poszlakowego, chodzi o zorientowanie się, na jakiej podstawie Schwarzenberg zbudował całą swoją naukę o poszlakach i torturach? W szczególności zaś chodzi o to, czy zrobił to na podstawie procesu nürnbergskiego, czy na podstawie Bamberger Stadtrecht, czy też jeszcze na jakiejś innej podstawie? Otóż co się tyczy pierwszego zagadnienia, zdaje się nie ulegać wątpliwości, że Inzichten są to poszlaki w ścisłym tego słowa znaczeniu. Inzichtverfahren było to odrębne dla siebie postępowanie, w którym dowód poszlakowy, wprawdzie sam jako taki nie mógł stanowić podstawy do wyroku skazującego, jednakże ukoronowany wytorturowanym przyznaniem mógł doprowadzić do takiego wyroku⁶¹. O ile

⁶⁰ Tutaj czyn nie był nawet okrzyczany, przeciwko oskarżonemu przemawiały tylko Inzichten, czyli poszlaki. W tym przypadku nie można było stosować postępowania zwanego „strenges Recht”, tj. nie można było wydawać wyroku śmierci. O ile oskarżony był obywatelem, miał prawo do wolnego gęjtu i złożenia przysięgi oczyszczającej. Nieobywatel nie miał tego prawa, jeżeli wypierał się popełnienia zarzuczonego mu przestępstwa, torturowano go, a w razie wydobywania przyznania skazywano.

⁶¹ Odmiennego zdania jest Loening, op. cit., s. 161: „... Denn der deutsche Prozess kennt, abgesehen von einigen praesumptiones iuris, überhaupt keinen Indizienbeweis . . . Es ist daher unzulässig Inzicht kurzweg für gleichbedeutend mit Indizien zu nehmen und hier von einem Verfahren auf Indizien zu reden, wie dies Zöpfl S. 140 sq und Brunnenmeister S. 27 sq. tun. Das prozessualisch charakteristische liegt allein in dem negativen Moment, dass abgesehen von kämpflicher Ansprache die Klage durch Beweis nicht unterstützt ist. Erst

chodzi o drugie zagadnienie, z wszystkich źródeł wysuwają się na pierwszy plan Nürnberger Leumunds-Prozess⁶², Bamberger Stadtrecht⁶³, a zwłaszcza Wormser Reformation z 1489 r. oraz Klagspiegel⁶⁴ jako te, które przede wszystkim stanowiły

im Fortgang der Entwicklung sind es dann allerdings gerade diese Inzichts. — und Leumundsfälle, bei welchen im Gefolge der richterlichen Inquisition der Indizienbeweis zuerst zur Annahme kommt”.

⁶² Malblank, op. cit. i Rosshirt, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, I, s. 146 nn.

⁶³ Zöpfl, op. cit., s. 145, który przyznaje wprawdzie, że w Nürnberg istniał Leumunds-Prozess, że jednak był on zupełnie różny od takiegoż procesu w Bamberg. Według bowiem Bamberger Stadtrecht musiało mieć miejsce przyznanie (tortury), aby mógł zapaść wyrok, natomiast według przywileju Ludwika Bawarskiego z 1340 r. danego dla Nürnberg można było skazać na karę śmierci na podstawie dowodu poszlakowego nawet bez przyznania się, o ile większość głosów ławników i rady uznała poszlaki za wystarczające. Zöpfl chce dowieść zatem ścisłego związku między Bamberger Stadtrecht i ideologią Schwarzenberga wyrażoną w Bambergensis a następnie w Carolinie, gdzie również skazanie na podstawie samego dowodu poszlakowego bez przyznania się było niemożliwe. Poza tym por. tegoż autora op. cit., s. 71, rozdz. dotyczący stosunku Bamberger Stadtrecht do Bambergensis i Carolina, gdzie autor pisze, że „Der gesamte Leumunds- und Inzicht-Prozess in seiner ganzen Vollständigkeit, mit allen seinen Unterscheidungen . . . ist beinahe wörtlich in die Bambergensis übergegangen”. Różnicę upartuje autor tylko w tym, że w Bambergensis i Carolinie doszło już niejako do stworzenia całego zwartego systemu poszlak, czego nie posiadało Bamberger Stadtrecht.

⁶⁴ Brunnenmeister, op. cit., s. 30 nie podziela zdania Malblanka i Rosshirta, ale również nie zgadza się z Zöpfflem twierdząc, że równie dobrze jak Bamberger Stadtrecht można by i Sachsenspiegel uważać za źródło Bambergensis (Sachsenspiegel III, 54 § 4: „Kein Franke seinen Leib verwirken könne, ausser er werde in handhafter Tat betreten, oder dass ihm sein fränkisches Recht mit Urtheil abgesprochen worden sei”). Jest on zdania, że w Bamberger Stadtrecht nie ma ani śladu nauki Schwarzenberga o poszlakach, że natomiast Klagspiegel i Wormser Reformation opierają się na systemie dowodowym, w stosunku do którego Bambergensis nie posiada prawie nic nowego (s. 166, 226). Całą zasługę Schwarzenberga widzi Brunnenmeister w tym, że „die Grundsätze derselben durchgebildet und die Masse der Indicien vervollständigt. Auch diese Durchbildung und Vervollständigung ist ihm nur durch ein genaues Studium der Italiener möglich geworden”.

wzór dla Schwarzenberga przy opracowywaniu systemu dowodowego dla Bambergensis⁶⁵.

W księdze VI (część II tytuł II) Wormser Reformation znajdujemy następujący przepis⁶⁶: „niemant auf schlechte vermutung, oder argwon oder zweifelhaftige anzeig einer bösen that, sollt geurtheylt Vermutung und glaublich anzeig etlicher umbestende die offenbar oder beweist sein mögen wir den berüchtigten ernstlich (d. h. mit der Folter) fragen mit messiglicher Handlung”. Jak zatem widać, jest to zakaz wyrokowania na podstawie poszlak, z drugiej strony możliwość zastosowania tortur w razie zaistnienia tych poszlak, przy czym muszą one być poważne, a nie „geringe Anzeigen”. Zupełnie tę samą sytuację spotykamy w Bambergensis (art. 23, 26 i 29)⁶⁷, a następnie w Carolinie⁶⁸.

Art. 22 tejże Caroliny⁶⁹ postanowia: „Item es ist auch zu merken, dass niemant auf einigerley Anzeygung, Argkwons, warzeichen, oder Verdacht, entlich zu peinlicher straff soll verurtheylt werden, sonder alleyn peinlich mag man darauff, so die anzeygung genugsam ist, dann soll jemant entlich zu peinlicher straff verurtheylt werden, dass muss aus eygen bekennen, oder beweisung (wie an andern enden inn diser ordnung klerlich funden wird) beschehen, und nit auff vermutung oder anzeygung”. Z tego tekstu wynika, że art. 22 Caroliny zawiera z jednej strony zakaz wyrokowania na pod-

⁶⁵ Malblank, op. cit., s. 128 twierdzi, że Schwarzenberg, opracowując system poszlak, czerpał, zwłaszcza co do poszlak ogólnych, nie tylko z praktyków włoskich, lecz również z Cyclerona (Auctor ad Herennium, 2, 25, 39), na co miałyby wskazywać głównie art. 44 Bambergensis i art. 36 Caroliny.

⁶⁶ Tekst u Zöpfla op. cit. s. 175.

⁶⁷ Por. teksty: Kohler — Scheel, *Die Bambergische Halsgerichtsordnung in niederdeutscher Übersetzung*, 1904.

⁶⁸ W. Bambergensis jest mova o poszlakach w art. 26—55, zaś w Carolinie w art. 18—44.

⁶⁹ Por. tekst u Zöpfla, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung*, 1883 oraz Kohler — Scheel, *Die peinliche Gerichtsordnung*, 1900.

stawie poszlak, z drugiej strony stwierdza on, że skazanie może nastąpić tylko na podstawie przyznania (zastosowanie tortur) lub udowodnienia winy, które — jak wynika z innych miejsc Caroliny — mogło nastąpić na podstawie zeznań dwu zdolnych świadków. Co się tyczy zakazu wyrokowania na podstawie dowodu poszlakowego, jest on ogólny, bez względu na to o jakie przestępstwo chodziło, jaka kara miałyby być wymierzona, ile i jakie poszlaki przemawiały przeciwko podejrzanemu⁷⁰. Jedynym prawnym efektem, jaki mogły sprawić poszlaki, było zastosowanie tortur celem wydobycia przyznania⁷¹. I tak też rozumiano i stosowano ten przepis Caroliny mniej więcej do czasów Carpzova. Dopiero w drugiej połowie XVII wieku, a następnie głównie po zniesieniu tortur okazało się, że zbyt rygorystyczne przestrzeganie przepisu art. 22 Caroliny musiało prowadzić do bezkarności mimo

⁷⁰ Boehmer, op. cit., ad art. XXII, s. 90 nn „... Nihil itaque reliquum est, quam ut concludamus, leges romanas quidem plus favore fortioribus indicibus, ius Carolinum vero hanc probationis speciem ignorare ... luce meridiana clariorem probationem exigit...” Carpzov, op. cit., nr 23 „...Quae indicia non ad condemnationem sed ad torturam rei sufficiunt”. Nr 36 „... ex solis indicibus et praesumptionibus in poenam extraordinariam condemnari potest...” Nr 60 „...Accidit et hoc quod in aliis delictis reus etiamsi crimen confessus non sit, ex solis indicibus et praesumptionibus in poenam extraordinariam condemnari queat...” Wreszcie quaestio 120 nr 13 „Indicia certa et indubitata ad condemnationem sufficiunt, ac perinde torturam excludunt”. Należy zauważyć, że o ile by Carpzów opierał te swoje poglądy na Carolinie, były by one fałszywe. Opiera on je raczej na stanowisku Farinaciusa i innych, którzy godzili się na skazanie na podstawie dowodu poszlakowego. Allard, op. cit., s. 263.

⁷¹ Malblank, op. cit., s. 160 nn, twierdzi, że psychologiczną przyczyną, dla której Schwarzenberg zbudował taki system dowodowy, jaki spotykamy w Constitutio Criminalis Carolina, a w szczególności, że punktem ciężkości tego systemu było przynanie — była okoliczność, iż stawiał on wysoko godność osobistą człowieka i ważność życia ludzkiego. Dlatego właśnie nie dopuścił do skazania tam, gdzie ta tak wysoko przez niego ceniona jednostka ludzka nie przyznała się do winy, a gdzie przeciwko niej przemawiały tylko poszlaki. Ażeby jednak „der hartnäckigen Bossheit Schranken zu setzen”, ucieka się do tortur.

nawet najpoważniejszych poszlak przemawiających przeciwko podejrzanemu, o ile nie przyznał się on do popełnienia przestępstwa, względnie, o ile zabrakło zeznań dwu klasycznych świadków.

Ażeby więc zapobiec tego rodzaju ewentualnym, a jaskrawym wypadkom urągania poczuciu sprawiedliwości, poczęto w mniej lub więcej możliwy sposób interpretować ekstensywnie przepis art. 22 C.C.C. (Caroliny), a zawsze w tym duchu aby umożliwić skazanie na podstawie dowodu poszlakowego. Pojawił się więc pogląd, że ustawa zakazuje w art. 22 jedynie skazywania na „ordentliche Strafe”, że natomiast na zasadzie dowodu poszlakowego można skazać na karę nadzwyczajną, tj. łagodniejszą (np. zamiast kary śmierci kilka lat więzienia). Inni sędzieli, że art. 22 Caroliny jest tylko powtórzeniem L. 5 Dig. de poenis, że zatem, tak jak ów przepis prawa rzymskiego, tak i C.C.C. zakazuje skazania jedynie na podstawie samego podejrzenia. Zezwala natomiast na skazanie pod tymi samymi warunkami, pod którymi zezwalało na to prawo rzymskie, tzn., jeżeli poszlaki tak co do ilości jak i co do jakości składały się na zupełny dowód⁷². Jeszcze inni trzymali się ściśle wyrażenia ustawy „peinliche Strafe” i twierdzili, że „nicht peinliche Strafe” może być orzeczona także na podstawie „ein künstlicher Beweis”, jak nazywano dowód z poszlak⁷³. Twierdzono, że wprawdzie Carolina zakazuje skazywania na podstawie poszlak na jakąkolwiek karę, jednak, że zakaz ten pozostawał w ścisłym związku z materiałem sędziowskim, jaki był zajęty wymiarem sprawiedliwości w czasach powstawania Caroliny, a mianowicie, że byli to nie uczeni i nie biegli w prawie laicy. Skoro więc później stan sędziowski uległ zasadniczej zmianie w kierunku fachowości, w takim razie odpadła ratio legis art. 22 C.C.C., a z upadkiem

⁷² Eisenhart w Archiv des Criminalrechts III, 1, s. 90, Grolman, Grundsätze... § 451. Praktyka taka była aktualna również we Francji i Włoszech; por. co do tego Bonnier, *Traité des preuves*, 1862, s. 678.

⁷³ Kleinschrod, *Abteil...* 1 i 5 § 5—7 oraz Quistorp, *Grundsätze...* § 711. cyt. Mittermaier, *Lehre vom Beweis*, s. 455.

ratio legis i sama lex straciła na aktualności i mocy obowiązującej („für den gemeinrechtlichen Richter nur das römische Recht entscheiden könne”) ⁷⁴. Nie brakło również usiłowania w kierunku sparaliżowania zakazu z art. 22 C.C.C. w drodze takiej interpretacji, że zakaz skazywania na podstawie poszlak łączono ściśle ze stosowaniem tortur. Skoro więc tortury zostały zniesione, powstała potrzeba uznania dowodu poszlakowego za wystarczającą podstawę do wydania wyroku skazującego i w ten sposób został uchylony zakaz przepisu art. 22 Caroliny ⁷⁵. Wreszcie ostatni sposób naciągania za włosy tego przepisu polegał na następującym rozumowaniu: tortury, na których zastosowanie zezwalała ustawa w przypadku zaistnienia poszlak, przedstawiają się jako zło godzące w podejrzanego. Otóż po zniesieniu tortur można stworzyć surogat tego zła, a mianowicie można na takiej samej podstawie skazać na karę, przy czym powinna to być kara nadzwyczajna ⁷⁶.

O wszystkich powyższych wysiłkach interpretacyjnych trzeba powiedzieć, że są one fałszywe i przedstawiają się jako pogwałcenie przepisu art. 22 C.C.C. Ustawa ta bowiem, zgodnie

⁷⁴ Stübel, *Tatbestand § 174 i Criminalverfahren, § 1023 cyt. Mittermaier, Die Lehre vom Beweis*, s. 445 nn. Zob. ponadto Mittermaier, *Strafverfahren II*, s. 477 i Bauer, op. cit., s. 188—190, 221, 227.

⁷⁵ Biener, *Beiträge*, s. 156; Hurlebusch, *Beiträge zur Civil. u. Crim. Gesetzgeb.*, 1817, I, s. 1 zes. 1.

⁷⁶ Tittmann (cyt. u Mittermaiera, *Beweis*, s. 445 nn) wypowiada się za karę zwyczajną. Heffter, *Lehrbuch*, 1857, s. 637 zgadza się na wszelką karę z wyjątkiem kary śmierci. Nie ma również racji Malblank, op. cit. s. 162 twierdząc, że tortury miały zastosowanie tylko odnośnie do Kapitalverbrechen (art. 8 C.C.C.) i co do vollkommen überwiesenen und überwundenen Missetäter, czyli że co do innych przestępstw na podstawie art. 196 C.C.C. może zapaść kara zwyczajna na podstawie każdego dowodu, a więc także dowodu poszlakowego. W tym twierdzeniu zapoznaje Malblank, że art. 22 C.C.C. nie mówi jedynie o karze śmierci, lecz w ogóle o karze, dalej, że art. 196 C.C.C. wspomina o „unzweifelicher entlicher Überwindung”, a więc o tym samym wykazaniu winy, jakiego się wymagało w stosunku do Kapitalverbrecher.

z przyjętym przez siebie systemem dowodowym⁷⁷, bezwarunkowo nie uznawała dowodu poszlakowego za wystarczający do wydania wyroku skazującego. Niemniej jednak te wszystkie sposoby wykładni art. 22 Caroliny przedstawiają się jako bardzo znamienne zjawisko, wykazujące potrzebę i dążność do wypełnienia luki powstałej w tej ustawie przez zniesienie tortur i do równouprawnienia dowodu poszlakowego z dowodem bezpośrednim.

⁷⁷ Por. art. 16, 23, 27 C.C.C.. Ponadto nie trzeba zapominać, że Schwarzenberg tkwił wcale głęboko w tradycjach rodzimego procesu germańskiego, którego system dowodowy, wybitnie irracjonalny, nie uznawał dowodu poszlakowego za podstawę wystarczającą do skazania („Das ein solches Beweissystem.. den Indizien überhaupt keine unmittelbare Beachtung zu Teil werden lassen konnte, versteht sich von selbst”. Zob. Glaser, *Hendbuch I*, s. 56 i 57).