

DOWÓD POŚREDNI W STAROŻYTNYM PROCESIE KARNYM

I

Jest jak gdyby utartym zwyczajem wśród autorów naukowych rozpraw prawniczych, że, o ile w ogóle zamieszczają w nich uwagi dotyczące historii rozpatrywanego przez siebie problemu, zaczynają od prawa rzymskiego. Stanowisko to jest usprawiedliwione o tyle, że prawo rzymskie, jako logiczny i zwarty system zagadnień jurydycznych, wybiło się na pierwsze miejsce wśród prawodawstw starożytnych. Niemniej jednak nie należy zapominać, że prawo i jurysprudencja rzymska to nie jakiś *deus ex machina*, lecz, że i przedtem istniały pewne prawa, których urządzenia wpłynęły na ukształtowanie się odnośnych instytucji prawa rzymskiego, które zatem mogą stanowić przedmiot zainteresowań naukowych. Toteż zanim przedstawię zagadnienie dowodu pośredniego w starożytnym procesie rzymskim, zwrócę uwagę na tę sprawę na terenie trzech wcześniejszych procesów karnych, mianowicie starożytnego procesu indyjskiego, żydowskiego (mojżeszowo-talmudycznego) oraz greckiego (attyckiego). Przed omówieniem właściwego zagadnienia należy jednak, choćby pobieżnie, wyjaśnić pojęcie dowodu sądowego, a w szczególności dowodu pośredniego, oraz pojęcie starożytnego procesu karnego.

O dowodzie można mówić w dwojakim znaczeniu. Jeżeli np. mówi się o posiadaniu dowodów na pewne okoliczności (np. na zachowanie się jakiejś osoby), wówczas ma się na myśli dowody, jako środki dowodowe, tj. osoby lub rzeczy, przy pomocy których okoliczność tę będzie można stwierdzić. Przez dowód w drugim (ściślejszym) znaczeniu rozumie się wytworzenie w umyśle czy w ogóle w psychice przedmiotu badającego pewne okoliczności takiego stopnia pewności, że podmiot ten będzie mógł je uważać za prawdziwe¹. Ten stan pewności, czyli wewnętrzznego przekonania,

¹ Ditzen, *Dreierlei Beweis im Strafverfahren*, Leipzig 1926, s. 6 (*Beweisen ist eine Tätigkeit, die sich auf die Erreichung eines Zieles richtet nämlich, dass jemand, der Richter, glaubt, d. h. von der Wahrheit der Behauptung über eine Tatsache überzeugt wird, dass die Überzeugung des gewöhnlichen Lebens erreicht wird*); podobnie Wendt w „Archiv für zivilistische Praxis”, t. 63, s. 254 nn. oraz Heusler w tym samym czasopiśmie, t. 62, s. 209 nn.; Rupp, *Der Beweis im Strafverfahren*, Freiburg i. B. und Tübingen 1884, s. 27, 35, 98; Lohsing, *Osterreichisches Strafprozessrecht*, Wien 1912, s. 303; Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, Paris 1907, t. I, s. 475 nn. (...la somme des motifs producteurs de la certitude).

jest produktem operacji logicznej polegającej na prawidłowym kojarzeniu zjawisk i wysnuwaniu z nich należytych, na logice i zasadach doświadczenia opartych, wniosków.

Do tego stopnia pewności można dojść w dwojaki sposób, mianowicie: drogą bezpośrednią oraz drogą pośrednią. W pierwszym przypadku jest to dowód bezpośredni, w drugim dowód pośredni. Cechą dowodu bezpośredniego jest okoliczność, że udowadnia się wprost to, co jest do udowodnienia, czyli tzw. *factum probandum* (zarzut aktu oskarżenia). Jeżeli *factum probandum* stanowi np. zabór cudzych rzeczy, dowód bezpośredni co do tego faktu polega na zeznaniach świadka, który widział ten zabór, względnie na przyznaniu się oskarżonego do tego zaboru. Natomiast dowód pośredni polega na tym, że nie udowadnia się wprost *factum probandum*, lecz udowadnia się inne okoliczności, same przez się nawet obojętne, a dopiero z ich prawdziwości wysnuwa się wnioski co do prawdziwości okoliczności głównej, tj. zarzutu aktu oskarżenia (*factum probandum*). A więc we wspomnianym przykładzie dowód pośredni wygląda w ten sposób, że udowodni się, iż oskarżony odgrażał się, że zabierze te rzeczy, że widziano go niosącego je w jakiś czas po kradzieży, że rzeczy te znaleziono u niego w czasie rewizji itd. Z tych wszystkich przesłanek udowodnionych bezpośrednio lub pośrednio dochodzi się do wniosku (pewności), że właśnie ów oskarżony ukraść cudze rzeczy. Dowód pośredni nazywa się również dowodem poszlakowym (*probatio ex indiciis vel coniecturis, Indizienbeweis, preuve par indices, prova indiziaria, circumstantial evidence*).

Konstrukcja dowodu bezpośredniego jak również pośredniego odbywa się za pomocą środków osobowych lub rzeczowych, które dostarczają tzw. zasady dowodu (*argumentum, Beweisgrund*)². Jeżeli np. chodzi o dowód ze świadków, to osoba świadka oraz przesłuchanie go jest środkiem dowodowym, to zaś, co świadek mówi, czyli treść jego zeznania, stanowi zasadę dowodu, czyli źródło, z którego sędzia czerpie swoje przekonanie. Przy dowodzie z biegłych (rzeczoznawców) występują mieszane środki dowodowe, mianowicie: środek osobowy, tj. biegły, oraz środek rzeczowy, tj. przedmiot, który ten biegły bada. Opinia wydana przez biegłego na podstawie badania stanowi zasadę dowodu. Oprócz świadków i biegłych występują w procesie karnym jeszcze inne środki dowodowe jak: przesłuchanie i wyjaśnienia oskarżonego, oględziny sądowe, oraz wszelkiego rodzaju przedmioty materialne, które mogą dostarczyć zasady dowodu, czyli okoliczności wytwarzającej przekonanie sędziowskie.

Jeżeli chodzi o zagadnienie, co może być zasadą dowodu, czyli źródłem, z którego płynie przekonanie o prawdziwości pewnego sta-

² Florian, *Prove penali*, Torino 1924, t. I, s. 132 nn. rozróżnia między *organi di prova* oraz *mezzi di prova*, przy czym świadka, biegłego i oskarżonego nazywa *organo di prova*, zaś enuncjacje tych osób nazywa *mezzi di prova*.

nu rzeczy, zapatrywania ludzkości przeszły pod tym względem ogromną ewolucję³. Zaczyna się ona od najprymitywniejszego jasnowidztwa i poprzez ordalia, czyli sądy boże (przysięga oczyszczająca i pojedynek sądowy),⁴ zmierza do racjonalnego systemu dowodowego polegającego na naturalnym porządku rzeczy i opierającego się na zasadach i prawidłach ludzkiego myślenia⁵. Ten naturalny i racjonalny system dowodowy wystąpił początkowo w postaci legalnej teorii dowodowej (o osiągnięciu dowodu decydował pozytywny przepis ustawowy, a nie przekonanie sędziego), następnie (i ten stan rzeczy trwa do dnia dzisiejszego) zapanowała zasada swobodnej oceny sędziowskiej. Jest to epoka liberalizmu w stanowisku sędziego co do uznania, czy pewna okoliczność została udowodniona, czy nie. Obecnie sędzia nie jest niczym krępowany w ocenie materiału dowodowego, a jedynym środkiem gwarancyjnym, aby się ta swoboda sędziowska nie przerodziła w jakieś widzimisię, czy wręcz dowolność sędziowską, a zarazem środkiem zapewnienia kontroli trafności operacji logicznej sędziego przy wartościowaniu użytowanego materiału dowodowego — jest obowiązek uzasadnienia wyroku, w którym sędzia musi dokładnie zdać sprawę z każdego swego na tym polu posunięcia⁶.

³ Garraud, op. cit., t. I, s. 475 nn., który, podobnie jak Tardé (*Philosophie pénale*, s. 425 i 478) odróżnia cztery stadia ewolucji dowodu, mianowicie fazę: etniczną, religijną, legalną i naukową; Ferri, *Sociologie criminelle*, Paris 1905, s. 515.

⁴ Kries, *Der Beweis im Strafprozess des Mittelalters*, Freiburg i. B. 1878, cz. I; Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, Wien 1883, t. I, s. 42 nn.; Loening, *Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter*, Heidelberg 1880; Unger, *Der gerichtliche Zweikampf*, Göttingen 1847; Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris 1882, s. 46 nn. oraz 260 nn., który w następujących słowach charakteryzuje ten system dowodowy: *...le système était singulièrement étroit et barbare; il devait laisser impunis bien des crimes. Bientôt allait naître cette idée que le délit lèse non seulement le particulier mais encore la communauté et l'État; même avant qu'un système nouveau se fit jour elle avait sentir sur quelques points son influence*; Duclos, *Sur les épreuves par le duel et ...jugements de Dieu*, Paris 1743; Pasquale del Giudice — Giuseppe Salvioli, *Storia del diritto italiano*, Milano 1925, vol. III, parte 1; Patetta, *Le ordalie*, Torino 1890, s. 246—307; Pertile, *Storia del diritto italiano*, Torino 1900.

⁵ Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, Wien 1883, s. 4.

⁶ Esmein, op. cit., s. 260 nn.; Garraud, op. cit., t. I, s. 503 nn., gdzie autor jest zdania, że tyrania ustawowej teorii dowodowej pchała sędziego do uzyskania *per fas et nefas* przyznania ze strony oskarżonego. Stąd takie wielkie znaczenie przyznania w tym okresie i takie częste stosowanie tortur; Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis*, s. 11 nn.; Meißner, *Zum Prinzip der freien Beweiswürdigung w Festschrift für Franz von Lisz*, s. 179; Wendt, *Beweis und Beweisverfahren*, s. 354, wedle którego przekonanie o czymś to wiara w pewien stan rzeczy; Garraud, op. cit., t. I, s. 512: *La preuve de conviction est donc née avec le jury et elle semble en*

Mówiąc dzisiaj o starożytnym procesie karnym (czy w ogóle o jakichkolwiek instytucjach prawnych starożytności) należy wystrzegać się błędu modernizowania, tzn. widzenia tego procesu takim, jakim on jest obecnie. Otóż w starożytności interes publiczny nie był jeszcze na tyle wyrobiony i skryształizowany, aby na terenie urzędów prawnych, w szczególności w dziedzinie procesu sądowego, mogło być dojść do ścisłego rozgraniczenia na proces karny i proces cywilny. Przepiękstwo, niejednokrotnie nawet najcięższe, uchodziło za sprawę prywatną pokrzywdzonej nim osoby i do niej też należała inicjatywa w sprawie pociągnięcia przestępcy do odpowiedzialności. Wystarczy wspomnieć choćby takie zjawisko jak zemsta krwawa, do której byli uprawnieni, a zarazem zobowiązani najbliżsi krewni zabitego. Dopiero powoli, z biegiem długich stuleci, pod wpływem wzrostu poczucia interesu społecznego, a z drugiej strony dzięki etyzacji stosunków międzyludzkich i ówczesnych norm prawnych, zjawia się tendencja do rozróżnienia i pociągnięcia wyraźnej linii demarkacyjnej między interesem prywatnym a interesem zbiorowości. Konsekwencją tego zjawiska było na terenie sądownictwa wyodrębnienie pewnych kategorii spraw, w których postępowanie nie było już osobistą czy rodzinną sprawą jednostki, lecz urastało do rangi sprawy publicznej, w której ściganie i pociągnięcie do odpowiedzialności sprawcy danego czynu stało się obowiązkiem właściwych czynników oficjalnych. Czy można więc w ogóle mówić o starożytnym procesie karnym? Można, lecz z tym zastrzeżeniem, że jest to używanie nowoczesnego pojęcia formalnego w stosunku do dawnej treści, która nie całkiem dokładnie odpowiada treści i konstrukcji dzisiejszego procesu karnego.

II

System dowodowy procesu indyjskiego⁷ był racjonalny z domieszką mistyczną w formie sądów bożych (ordalia)⁸, wśród których należy odróżnić takie, które podają księgi prawne, od innych, o charakterze miejscowo-zwyczajowym. Księgi prawne indyjskie podają następujące ordalia. 1. Próba ognia (Wishnu, Manu, Yajna-*valkya*, *Nârada*). Polegała ona głównie na noszeniu ognistej kuli. Wykonujący ordalium musiał powolnym krokiem zrobić 7—9 razy

être inséparable; Makarewicz, *Zarys postępowania karnego*, Kraków 1909, s. 2; Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, München 1903.

⁷ Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, Bruxelles-Paris 1869; Kohler, *Altindisches Prozessrecht*, Stuttgart 1891 oraz Kohler, *Das indische Recht*, „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft”, t. 16.

⁸ Kohler, *Das indische Recht*, s. 23 (*Das Beweisverfahren ist meist rationell, das Gottesurteil steht nur aushilfsweise an letzter Stelle*).

koło, przy czym ręce miał obłożone jakimiś liśćmi. Następnie badano, czy popiekł sobie ręce na powierzchni dłoni i od tego zależało udanie się, względnie nieudanie się dowodu. Drugą formą tego ordalium było lizanie rozpalonego do czerwoności lemiesza. 2. Próba wody (te same księgi prawne). Wykonujący ordalium robił nurka (w rzece, stawie lub innej wodzie stojącej), w międzyczasie ktoś inny strzelał z łuku do wody. Ordalista miał za zadanie znaleźć wyrzuconą strzałę i wynieść ją z wody. Jeżeli wytrzymał tak długo pod wodą, ile trzeba było czasu na znalezienie tej strzały, dowód mu się udał. 3. Próba wagi (te same księgi prawne). Polegała ona na tym, że ordalistę ważono naprzód, następnie wypowiadał on odpowiednią rotę (jakieś zaklęcie), po czym ważono go powtórnie. Jeżeli ważył mniej niż poprzednio, uchodził za niewinnego, jeżeli więcej uważano go za winnego. Jeżeli ważył tyle co poprzednio, uchodził też za winnego, ale w mniejszym stopniu niż w przypadku, w którym ważył więcej. Jeżeli przypadkowo waga podczas tego zabiegu zła mała się, albo w inny sposób się popsowała, wedle niektórych ksiąg uchodziło to za udowodnienie winy, wedle innych było to dowodem niewinności, wreszcie jeszcze inne księgi nakazują w takim przypadku powtórzenie zabiegu. 4. Próba trucizny (te same księgi prawne). Ordalista zażywał truciznę i, jeżeli po upływie pewnego czasu nie wystąpiły u niego charakterystyczne dla otrucia objawy, uchodził za niewinnego. Co do upływu tego czasu, to wedle jednych ksiąg trzeba było takiej ilości czasu, w ciągu którego można 500 razy klasnąć w ręce, wedle innych ksiąg trzeba było poczekać aż do końca dnia. Dopiero kiedy ten przepisany okres czasu minął, ordalista mógł zażyć jakieś antidotum. Ilość i jakość trucizny była ściśle oznaczona. 5. Próba poświęcanej wody (te same księgi prawne). Zanurzano obrazy bogów do wody i wypowiadano odpowiednią formułę zaklęcia. Z tej wody ordalista miał pewną ilość wypić. Jeżeli w ciągu 14 dni nie wydarzyło mu się żadne nieszczęście, był oczyszczony z zarzutu, w przeciwnym razie przegrywał proces. Jeżeli zdarzyło mu się jakieś nieszczęście po upływie 14 dni, nie miało to żadnego znaczenia. 6. Próba ryżu (te same księgi prawne). Miała ona miejsce szczególnie w przypadkach kradzieży, a polegała na tym, że ordalista miał zgryźć i przeżuć pewną ilość ryżu, która stała całą poprzednią noc przed obrazem boga. Jeżeli dźiąsła ordalisty skrwawiły się, znaczyło to, że był winny. 7. Próba gorącego oleju (te same księgi prawne). Do gotującego się tłuszczu wrzucano monetę. Jeżeli ordalista wyjął ją bez poparzenia się, względnie innego uszkodzenia się, dowód mu się udał, tzn. uchodził za niewinnego. 8. Próba losu (te same księgi prawne). Malowano na dwu obrazach boga sprawiedliwości (Dharma) i niesprawiedliwości (Adharma). Obrazy te oblepiano ziemią lub krowim gnojem w ten sposób, że lepią kule. Ordalista miał jedną z nich wybrać. Zależnie od tego,

czy wybrał kulę z Dharma, czy z Adharma, dowód udawał mu się lub nie (tzn. uchodził za niewinnego lub winnego).

Należy zauważyć, że ordalia, jako środki dowodowe, miały zastosowanie tak w procesie karnym, jako też w procesie cywilnym. Należy również stwierdzić, że ordalia opierały się na wierze w interwencję bóstwa w odnośnym sporze. Dlatego wymagały one (ordalia) pewnego niejako uświęcenia osoby, która miała je wykonać. Osoba ta musiała przed ordaliami pościć w ciągu 1—3 dni, nałożyć białe szaty, a w czasie samego wykonywania ordaliów miały miejsce różne święte nawoływania.

W ramach tak pojętego systemu dowodowego dowód poszlakowy był dopuszczalny i uznawany w procesie karnym⁹. Mianowicie wchodził on w zastosowanie, jeżeli np. ktoś został schwytany z bronią w ręku, jeżeli często obcował towarzysko z cudzą żoną, jeżeli znaleziono u kogoś rzeczy pochodzące z kradzieży¹⁰. O ile chodzi o zagadnienie wartości dowodu poszlakowego w stosunku do wartości dowodu bezpośredniego, na ogół wartość ta była jednakowa¹¹. Należy jednak zwrócić uwagę, że zdawano sobie sprawę z ewentualnej zwodniczości dowodu poszlakowego, czego ilustracją jest wspomniany już poprzednio dramat Mricchakatika.

III

W starożytnym procesie żydowskim, opartym na prawie mojżeszowo-talmudycznym, rozpadał się dowód na dwie grupy. Do jednej z nich należały środki dowodowe, które miały zastosowanie tak w sprawach karnych jak i w cywilnych, do drugiej zaś grupy zaliczano środki dowodowe, z których można było robić użytek jedynie w procesie cywilnym. Do pierwszej grupy należał dowód ze świadków, zaś do drugiej grupy dowód z przysięgi, przyznania oraz dokumentów. Jak więc z tego widać, w procesie karnym starożydowskim dopuszczalny był jedynie dowód ze świadków, przy czym mógł on być tylko dowodem bezpośrednim¹².

⁹ Kohler, *Altindisches Prozessrecht*, s. 29 (...*Insbesondere gilt der Indizienbeweis auch im Strafprozess*).

¹⁰ Kohler, *Altindisches Prozessrecht*, s. 29, gdzie autor powołuje się na księgi prawne: Narada I, 172—174, Brihaspati XXII, 6, Vivâda Cintamani, 177, Mitâksharâ 1, 2, 3 oraz na najstarszy dramat indyjski Mricchakatika albo Vasantasena.

¹¹ Kohler, *Altindisches Prozessrecht*, s. 29 (...*Nicht als Beweistheorie, sondern lediglich als instruktionell ist der Satz zu betrachten, dass Urkunden über Zeugen, Zeugen über Indizien stünden* — Brihaspati IX, 32).

¹² Frankel, *Der gerichtliche Beweis nach mosaisch-talmudischem Rechte*, Berlin 1846, s. 115 (...*In Criminalfällen hat nur das Zeugnis Beweiskraft, das auf unmittelbarer Anschauung beruhet*); Duschak, *Das mosaisch-talmudische Strafrecht*, Wien 1869, s. 63; Fürst, *Das peinliche Rechtsverfahren im jüdischen Alterthume*, Heidelberg 1870, s. 11; Bloch, *Das*

W takim stanie rzeczy nie mogło być oczywiście mowy o skazaniu kogoś na podstawie dowodu poszlakowego. Wprawdzie, jeśli chodzi o prawo mojżeszowe, spotykamy przypadek oparcia się na dowodzie poszlakowym, mianowicie znany wyrok króla Salomona, jednakże w literaturze prawniczej omawianych zagadnień uważa się ten wyrok za sprzeczny z prawem, a nadto przedmiot orzeczenia nie uchodził wówczas za sprawę karną¹³.

Co do prawa talmudycznego, które jest kontynuacją prawa mojżeszowego (mianowicie egzegetycznym komentarzem Pentateuchu), tak z talmudu babilońskiego, jako też z talmudu jerozolimskiego wynika wyraźnie, że dowód poszlakowy nie mógł być podstawą do skazania w procesie karnym. Wynika to nie tylko z interpretacyjnych wywodów opartych na odnośnych przepisach¹⁴, lecz również praktyka sądowa szła po tej linii¹⁵. Jako przykład niewystarczalności dowodu poszlakowego do skazania można zacytować następujący przypadek: Simon ben Schetach, przewodniczący sądu zwanego Synhedrion, opowiada, że widział pewnego razu jakiegoś osobnika, podążającego za innym osobnikiem do ruin budowli. Pospieżył w tę samą stronę i gdy zbliżał się do ruin, zobaczył, że jeden z owych osobników leżał zabity, a drugi trzymał w ręku miecz ociekający krwią. Zbliżywszy się do niego rzekł: „łajdaku, kto zamordował tego oto, ty czy ja, lecz cóż mogę zrobić, twoja krew nie jest dana w me ręce do ukarania”¹⁶.

To stanowisko prawa starożydowskiego *in puncto* dowodu w ogóle, a co do niedopuszczalności dowodu poszlakowego w szczególności, jest niezrozumiałe, a poniekąd nawet dziwne. Z jednej bowiem strony proces żydowski opierał się na legalnej teorii dowodowej (dwu świadków *de visu*), z drugiej zaś strony był to proces oparty na skargowości, ustności i bezpośredniości. A co najważniejsze, konstrukcja sądu była w typie sądu przysięgłych (23 członków), a zatem sędziów niezależnych od jakichkolwiek przepisów co do

mosaisch-talmudische Strafrechtsverfahren, Budapest 1901, s. 35 i 39; Thonissen, op. cit., t. II, s. 10 (... *Dans les matières pénales la preuve ordinaire, pour ne pas dire unique, était la preuve par témoins*); Mendelsohn, *The criminal jurisprudence of the ancient hebrews*, Baltimore 1891, s. 124 (...*All evidence must be direct and not circumstantial or presumptive* — Synhedr. 37a, Maimon. H. Sanh. XII, 3).

¹³ Frankel, op. cit., s. 187.

¹⁴ Frankel, op. cit., s. 115 (*Zwei in ihren Aussagen übereinstimmende Zeugen liefern in Criminalsachen einen vollständigen Beweis*); Thonissen, op. cit., s. 10 (*Numeri XXXV, 30; on punira l'homicide après avoir ouï les témoins; nul ne sera condamné sur le témoignage d'un seul. Deuteronomium XIX, 15: Un seul témoin ne suffira pas contre quelqu'un, quel que soit le délit ou le péché qu'on lui impute; mais tout sera confirmé par la déposition de deux ou trois témoins*); Mendelsohn, op. cit., s. 124 (...*and that of at least two competent witness...*).

¹⁵ Frankel, op. cit., s. 180 (Synhedrion 37a, również Mischna).

¹⁶ Frankel, op. cit., s. 180.

oceny materiału dowodowego. Niemniej jednak mojżeszowo-talmudyczne prawo karne nie dopuszczało dowodu poszlakowego, jako wystarczającej podstawy do skazania w procesie karnym. Wytłumaczenia tej sytuacji należy szukać dla prawa talmudycznego w zbyt niewolniczym respektowaniu przykazań prawa mojżeszowego¹⁷, zaś dla tego ostatniego w tej okoliczności, iż pochodziło ono od samego Boga, a zatem ani król, ani sąd nie mógł niczego w tym prawie zmieniać.

Z tego, co dotychczas powiedziano o stanowisku prawa mojżeszowo-talmudycznego w sprawie dowodu poszlakowego w procesie karnym, nie należy wnosić, że dowód taki nigdy, tj. bezwarunkowo nie był dopuszczalny. Istniały bowiem przypadki, kiedy dowód poszlakowy stanowił dostateczną podstawę do skazania. Miało to miejsce w sytuacjach, w których, racjonalnie rzecz biorąc, tylko poszlaki mogły grać jakąś rolę. Źródła¹⁸ naprowadzają jako takie przypadki np. cudzołóstwo i kazirodztwo. Ponadto spotykamy w prawie talmudycznym przepis¹⁹ „Kto zabija bez świadków, tego należy zamknąć do ciasnego więzienia i pozostawić go o chlebie i wodzie”. Właśnie z wyrażenia „bez świadków” należy wnosić, że chodzi tutaj o dowód poszlakowy. Wprawdzie talmud naprowadza odnośnie do tego inne sposoby tłumaczenia, jednakże interpretacji zacytowanego przepisu w kierunku dopuszczalności skazania na podstawie dowodu poszlakowego nie stoi nic na przeszkodzie.

Wreszcie należy zauważyć, że dowód z poszlak miał zastosowanie według prawa talmudycznego również w połączeniu z tzw. przysięgą uzupełniającą²⁰. Mianowicie źródła naprowadzają kilka przypadków²¹, w których pokrzywdzony przez rabunek, uszkodzenie ciała oraz kradzież, o ile istniały poszlaki kierujące podejrzenie na pewnego sprawcę, musiał złożyć przysięgę na pewne okoliczności i wtedy dopiero mówiono o tzw. zupełnym dowodzie. Wprawdzie wszystkie te trzy przypadki (rabunek, zranienie, kradzież) były uważane w świetle prawa talmudycznego za sprawy cywilne²² i były one przedmiotem procesu cywilnego, jednakże mimo to uważam, iż nie

¹⁷ Frankel, op. cit., s. 188 *...Allein das talmudische Recht fand sich gebunden durch die Schrift, die nach seiner Auffassung diesen Beweis nicht anerkennt.*

¹⁸ Frankel, op. cit., s. 88 (Baba Mezia 91b, Maccot 7a, Maimon Isure Bia c. 1 § 19).

¹⁹ Frankel, op. cit., s. 180 (Synhedrion 81b).

²⁰ Frankel, op. cit., s. 124 *...Es wird aber in mehreren Fällen dem Produzenten ein Eid zuerkannt und dieser Eid (Ergänzungseid) wird der mitschnische genannt.*

²¹ Frankel, op. cit., s. 309 (Mischna oraz inne późniejsze opracowania talmudu).

²² Frankel, op. cit., s. 309: *Derartige unleugbare Indizien werden in Civilsachen als überzeugend betrachtet, ob-schon in peinlichen Fällen auf sie nicht erkannt wird.*

od rzeczy było wspomnieć o tych przypadkach ze względu na ich charakter. Każdy bowiem z nich według dzisiejszych pojęć przedstawia się jako przestępstwo, nadające się do postępowania karnego.

IV

Podobnie jak dwa poprzednio omówione, tak i proces grecki (attycki) dzielił się wprawdzie na karny i cywilny, jednakże kryterium podziału było inne niż dzisiaj i wiele spraw, które dzisiaj zakwalifikowalibyśmy jako sprawy karne, były w starożytnym procesie greckim przedmiotem procesu cywilnego. Zasady postępowania były na ogół jednakowe, niemniej jednak zaznaczały się między jednym i drugim procesem pewne różnice.

O ile chodzi o zagadnienie, czy dowód poszlakowy stanowił dostateczną podstawę do skazania w procesie karnym, można się spotkać w literaturze tego zagadnienia z twierdzeniem, że dowód taki nie miał znaczenia w procesie karnym, miał je natomiast w procesie cywilnym. Pogląd ten uważam za niesłuszny i sprzeczny ze źródłami dotyczącymi procesu greckiego, tj. mowami sądowymi rektorów, ze stanowiskiem Arystotelesa zajęтым w tej sprawie w *Retoryce* oraz ze współczesną literaturą dotyczącą procesu sądowego i retoryki greckiej. Z mów sądowych Demostenesa²³, Ajschinesa²⁴, Dionizosa z Halikarnasu²⁵, Deinarcha²⁶ oraz innych dowiadujemy się, że sędziowie nie kierowali się żadnymi regułami dowodowymi, lecz orzekali na podstawie swobodnej oceny dowodów, rozważając wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na ocenę sprawy.

Dowody dzieliły się na bezpośrednie, czyli naturalne, oraz pośrednie, czyli sztuczne. Te dowody sztuczne były to właśnie różnego rodzaju poszlaki i oparte na nich wnioski. Doskonały wykład na temat zagadnień dotyczących dowodu spotykamy u Arystotelesa w *Τέχνη ρητορικῆ* (ks. I., c. 2), gdzie wyraźnie stwierdza on istnienie dowodów bezpośrednich (*πίστεις ἄτεχνοι*) i dowodów pośrednich (*πίστεις ἔντεχνοι*). Podobnie jak cytowani mówcy sądowi, nie czyni Arystoteles żadnej różnicy między procesem karnym i procesem cywilnym, jako terenem zastosowania dowodu poszlakowego. Należy zauważyć, że Arystoteles nie był autorem-wynalazcą tego podziału. On zastał ten stan rzeczy, a jego główna zasługa polegała na ścisłym podziale pojęć na kategorie i ścisłym przeprowadzeniu dalszego podziału na różne rodzaje i podrodzaje. I tak np. jego *πίστεις ἔντεχνοι* dzielą się na *πίστεις ἡθικαί* (okoliczności płynące z charakteru mówcy),

²³ Przeciw Arystokratesowi, w obronie Leptinesa, przeciw Mejdiasowi, O wieńcu, Oszustwo poselskie.

²⁴ Przeciw Timarchowi.

²⁵ Isaios w *Dionisii Halicarn. opuscula* oraz *Ρομανικῆς Αρχαιολογίας*. (Antiquitatum Romanarum) logos VIII.

²⁶ Przeciw Demostenesowi.

πίστεις παθητικάί (afekt, a więc coś, co porywa słuchacza) oraz πίστεις λογικάί (właściwe okoliczności, dotyczące prawdy co do tezy dowodowej)²⁷.

V

Bardzo sporna jest w literaturze kwestia, czy w procesie karnym rzymskim mógł zapaść wyrok skazujący na podstawie dowodu poszlakowego²⁸. Poglądy różnych autorów krzyżują się pod tym względem podwójnie. Z jednej strony naprzeciwko opinii, wedle której dowód poszlakowy był w procesie rzymskim zupełnie równoważący z dowodem bezpośrednim, stoją poglądy wręcz przeciwnie, wedle których dowód poszlakowy był w tymże procesie w ogóle niedopuszczalny. Z drugiej strony w obozie przeciwników dowodu poszlakowego niektórzy nie idą aż tak daleko, lecz twierdzą, że tylko w okresie republiki rzymskiej dowód ten nie był znany

²⁷ Co do literatury dotyczącej dowodu poszlakowego w starożytnym procesie attyckim zob. Ernesti, *Lexicon technologiae Graecorum rhetoricae*, Lipsiae 1796, s. 266; Heffter, *Die athenaische Gerichtsverfassung*, Köln 1822, s. 331 nn.; Platner, *Der Prozess und die Klagen bei den Attikern*, Darmstadt 1824, s. 213, 255; Wachsmuth, *Hellenische Altertumskunde aus dem Gesichtspunkte des Staates*, Halle 1846, s. 264, 274; Meier-Schömann, *Das attische Recht und Rechtsverfahren mit Benutzung des attischen Prozesses*, Leipzig 1905, s. 866 nn. (opracowanie Lipsiusa); Gernet, *Antiphon, Discours suivis les fragments d'Antiphon de Sophiste*, Paris 1923, s. 48 nn.; Chaïgnat, *La rhétorique et son histoire*, Paris 1888, s. 108 nn.; Navarre, *Essai sur la rhétorique grecque avant Aristote*, Paris 1900, s. 253 nn. (*toutes les formes de la preuve ont été connues et employées depuis qu'il-y-a des hommes et qui pensent*); Volkman, *Die Rhetorik der Griechen und Römer*, Leipzig 1895, s. 176, 190 nn.

²⁸ W sprawie dopuszczalności skazania na podstawie dowodu poszlakowego w procesie rzymskim zob. literaturę cytowaną u: Geib, *Geschichte des römischen Criminalprozesses bis zum Tode Justinians*, Leipzig 1842, s. 144—146, 355—360, 645—649, a nadto: Matthaeus, *Commentarius ad librum XLVII et XLVIII Digestorum de criminibus*, Vesaliae 1702 (*Nos adheremus paucioribus qui existimant indicibus et argumentis convictum non minus ordinaria poena adici posse atque si testibus convictus esset*); Zumpt, *Der Criminalprozess der römischen Republik*, Leipzig 1871, s. 341 nn.; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Berlin 1898, s. 442; Bauer, *Die Theorie des Anzeigenbeweises*, Göttingen 1855, s. 261 nn.; Mittermaier, *Die Lehre vom Beweise im Strafprozess*, Darmstadt 1834, s. 442 nn.; Mittermaier, *Das deutsche Strafverfahren*, Heidelberg 1845, s. 624 nn.; Rittler, *Der Indizienbeweis und sein Wert*, „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht“, 1929, s. 174 nn.; Garraud, *op. cit.*, t. II s. 273; Garraud, *La preuve par indices dans le procès pénal*, Paris 1913, s. 37; Gisbert, *Des moyens de preuve*, Paris 1893, s. 55. Przeciwno dopuszczalności skazania na podstawie dowodu poszlakowego w procesie rzymskim wypowiedzieli się: A begg, *De sententia condemnatoria ex solis indicibus secundum principia iuris Romani haud admittenda*, Regiomonti 1838; Giuliani, *Delle vicende a cui soggiacquero le prove nei criminali giudizi dall'epoca delle prime leggi scritte*, Macerata 1848; Biener, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitions-prozesses*, 1827.

procesowi rzymskiemu, że natomiast zaczęto go stosować dopiero w procesie karnym z epoki cesarstwa²⁹. Który z tych poglądów jest słuszny, okaże się w dalszym ciągu tego artykułu. Celem rozwiązania tej kwestii posłużą za podstawę rozważania: a) materiał dostarczony przez rzymskich pisarzy, a w szczególności Cyncerona i Kwintyliana³⁰, b) przepisy zawarte w Digestach i Kodeksie, oraz c) charakter procesu rzymskiego w związku z konstrukcją sądu.

Przez cały okres republiki miały miejsce procesy karne, w których dowód poszlakowy był, o ile nie wyłączną, to w każdym razie główną przesłanką dla wyroku. I tak np. dowiadujemy się o procesie przeciwko dwu synom niejakiego T. Cloeliusa z Terracyny³¹, którego nad ranem znaleziono w mieszkaniu uduszonego. Podejrzewano synów o to zabójstwo (ojcobójstwo, *parricidium*), gdyż nikogo obcego nie było w mieszkaniu od chwili ułożenia się denata do snu. Obu synów uniewinniono na podstawie dowodu pośredniego. Mianowicie w chwili skonstatowania śmierci T. Cloeliusa obaj jego synowie spali i ta właśnie okoliczność była dostatecznym argumentem dla sędziów do uniewinnienia. Nie mogli bowiem oni przypuszczać, aby ludzie, którzy zabili swego ojca, mogli następnie spokojnie spać. Jak widzimy, w tym przypadku polegał dowód poszlakowy niewinności oskarżonych na rozumowaniu opierającym się na poszlakach, których treścią było zachowanie się oskarżonych.

Wybitnie poszlakowym procesem był również proces przeciwko Milonowi oskarżonemu o zabójstwo Clodiusa³². Całe oskarżenie i cała obrona opierały się na poszlakach, tj. na przesłankach, z których oskarżenie wnioskowało o winie, zaś obrona o niewinności Milona. Teza oskarżenia szła w tym kierunku, że Milo godził na życie Clodiusa. Cyncero, jako obrońca, starał się udowodnić, że to nieprawda, a cały ten dowód polegał na wnioskach z różnych przesłanek.

²⁹ Zumpt, op. cit., s. 341 nn.

³⁰ Cicero, *De inventione rhetorica*, *In Verrem*, *De oratore*, *Topica* i inne. Quintilianus, *Institutionis oratoriae*, liber V et VII, *Declamationes* (1, 2, 17), zob. również Livius, *Ab urbe condita*, III, 24, 33, XL, 37, Dionysius Halicarnensis, *Antiquitatum Romanarum*, VIII. Oprócz tego znajdujemy również u niektórych poetów rzymskich miejsca, z których by wynikało, że dowód poszlakowy był czymś, z czym żyło się społeczeństwo rzymskie, np. Ovidius, *Fasti* (*ipsa quidem negat, sed fama recepit*), Terentius, *Adelph*, IV, 4 (*Tot concurrunt verisimilia*). Ponadto Henriot, *Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins*, Paris 1865, s. 427.

³¹ Cicero, *Pro Sexto Roscio Amerino*, c. 23 ...*Erat porro nemo in quem ea suspicio conveniret. Tamen quum planum iudicibus esset factum, aperto ostio dormientes eos repertos esse; iudicio absoluti adolescentes et suspicione omni liberati sunt. Nemo enim putabat quempiam esse, qui quum omnia divina atque humana iura scelere nefari polluisset, statim somnum capere potuisset, propterea quod qui tantum facinus commiserunt non modo sine cura quiescere sed ne spirare quidem sine metu possint.*

³² Cicero, *Pro Annio Milone*, oraz Zumpt, op. cit., s. 342.

Mianowicie Cycero mówił o życiu prywatnym oskarżonego, o jego stosunkach politycznych, o jego zachowaniu się przed i po czynie. Ze strony oskarżenia zaprodukowano dowód z żony i teściowej denata, które zeznały o faktach, jakie miały miejsce przed zabiciem Clodiusa, oraz dowód z dziewic z Alba Longa, które znowu miały stwierdzić okoliczności zaistniałe po dokonaniu zabójstwa. Wszystko to odbywało się w tym celu, aby sędziowie mieli sposobność i możność nabrania przekonania, czy oskarżony mógł mieć dostateczne motywy do popełnienia zarzuconego mu przestępstwa.

Trzecim procesem, jaki można by tutaj zacytować³³, to oskarżenie przed sądem ludowym senatora L. Sestiusa, w którego domu znaleziono trupa. Mimo to, że w tym procesie można było mówić jedynie o dowodzie poszlakowym, Livius nazywa ten przypadek *res manifesta*. Widać z tego zatem, że zwyczajnym i naturalnym zjawiskiem procesowym był dowód poszlakowy w procesie karnym rzymskim w okresie republiki, skoro proces poszlakowy uchodził za *res manifesta* na równi z przypadkami, w których mógł być przeprowadzony dowód bezpośredni.

Czytając Cyncerona i Quintyliana widzimy, że dowód poszlakowy nie tylko miał szerokie zastosowanie w procesie karnym, ale spotykamy po prostu cały system teoretycznego opracowania tego zagadnienia już w tej epoce i to w taki sposób, że czasy cesarstwa i klasycznej jurysprudencji rzymskiej nie przyniosły pod tym względem prawie nic nowego³⁴. Otóż postawiono zasadę, że każde poszczególne *indicium* musi być w naturalny sposób udowodnione za pomocą świadków, dokumentów, czy też przyznania, a następnie jeszcze uprawdopodobnione za pomocą innej poszlaki³⁵. Ponadto rozróżniano poszlaki na *antecedentia*, *concomitantia* i *subsequentia*³⁶. Do pierwszych zaliczano w szczególności nienawiść do pokrzywdzo-

³³ Cicero, *De re publica*, II c. 36: *Quo tamen e collegio laus est illa eximia C. Julii qui hominem nobilem L. Sestium, cuius in cubiculo ecfossum esse se praesente mortuum dicere, cum ipse potestatem summam haberet, quod decem virum sine provocatione esset vades tamen poposcit* — Livius, *Ab urbe condita*, III, c. 33 (zob. też liber XL c. 37).

³⁴ Geib, op. cit., s. 355, 360; Zumpt, op. cit., s. 342; Seeger, *Über das Verhältnis der Strafrechtspflege zum Gesetz im Zeitalter Ciceros*, Tübingen 1869, s. 134 nn.

³⁵ Quintilianus, op. cit., liber V, 12, 2: *Traditum fere est argumentum oportere esse confessum; dubiis enim esse probari dubia qui possunt? Quaedam tamen, quare in alterius rei probationem ducimus ipsa probanda sunt. Occidisti virum: eras enim adultera. Prius de adulterio convincendum est ut, cum id coeperit esse pro certo, fiat incerti argumentum*. Ponadto Lib. V. 1.1—8.1—9.1.

³⁶ Quintilianus, op. cit., 10, 45: *...quod omnia facile argumenta aut ex iis, quae ante rem facta sunt, aut ex coniunctis rei, aut in sequentibus dicuntur*. Cicero, *Ad Herennium*, II, 5: *...Id dividitur in tempora tria: praeteritum, instans, consequens*.

nego, pogroźki, jakieś szczególne przygotowania itp.³⁷ Za *indicia concomitantia* uchodziła obecność na miejscu czynu, podejrzane szmery na miejscu czynu, wołanie o pomoc itp.³⁸ Wreszcie do *indicia subsequencia* należały ślady krwi na odzieży lub broni, posiadanie przedmiotów, które mogły być użyte do dokonania przestępstwa, znalezienie na miejscu czynu takich przedmiotów, których ostatnim posiadaczem był oskarżony, niespokojne zachowanie się oskarżonego itp.³⁹ Dalej dzielono poszlaki na *indicia necessaria* (konieczne) i *non necessaria vel probabilia* (tj. niekonieczne, ale takie, które mogły udowodniać coś)⁴⁰. Za takie *indicium probabile* uchodziła m. in. pobudka, czyli motyw do popełnienia przestępstwa⁴¹, oraz zła opinia, jakiej zażywał oskarżony⁴². Wreszcie zjawiskiem wskazującym na jak gdyby teorię dowodu poszlakowego w okresie republiki rzymskiej, była zasada, że nie poszczególne poszlaki mają moc dowodową, lecz cały ich łańcuch, przy czym wzajemny stosunek poszczególnych poszlak powinien być być tego rodzaju, aby one się nawzajem wspierały i uzupełniały⁴³.

³⁷ Quintilianus, op. cit., 10, 45: *Ex antecedentibus: mortem minatus est, noctu existi, proficiscentem antecessisti. Causae quoque factorum praeteriti sunt temporis.* Cicero, *De inventione rhetorica*, II, 13, gdzie naprowadza przykład na zabójstwo, a następnie daje cały wykład, jak oskarżyciel i obrońca mają budować dowód poszlakowy.

³⁸ Quintilianus, op. cit., 10, 46: *Indicia coniuncta et insequentia ... sonus auditus est clamor sublatus est latuisti profugisti ... livores et tumores apparuerunt.* Liber VII, 2, 46: *sonus, clamor, gemitus — latitatio, metus, similia;* Cicero, *Ad Herennium*, II, 5.

³⁹ Cicero, *De partitione oratoria*, c. 11: *Est etiam genus argumentorum aliud, quod ex facti vestigiis sumitur ut telum... quod sensu percipi possit...* Ponadto Cicero, *Ad Herennium*, II, 5, oraz *De inventione rhetorica* II, 13; Quintilianus, op. cit., lib. V, 10, 46 i lib. VII, 2, 46.

⁴⁰ Cicero, *De inventione rhetorica*, I, C. 29: *Omnis autem argumentatio aut probabilis, aut necessaria debet esse. Necessariae demonstrantur ea, quae aliter ac dicuntur nec fieri, nec probari possunt, hoc modo: si peperit, cum viro concubuit.* Quintilianus, op. cit., I, c. 9, 3: *Dividuntur autem... quae necessaria sunt, alia, quae non necessaria, ponadto 9, 16 i 9, 10 ...sed ut per se non sufficit, ita ...efficit ut quae suspecta erant, certa videantur.*

⁴¹ Quintilianus, op. cit., lib. VII, 2, 35—38: *Proxima est ex causis probatio in quibus haec maxime spectatur: ira, odium, metus, cupiditas, spes nam reliqua in horum species cadunt.* Ponadto Cicero, *Ad Herennium*, II, 2, 3, *De inventione rhetorica*, II, 5—8, oraz *De partitione oratoria*, c. 32.

⁴² Quintilianus, op. cit., lib. V, 10, 24—28, lib. VII, 2, 28—34 oraz Cicero, *Ad Herennium*, II, 3, *De inventione rhetorica*, II, 9—11, *De partitione oratoria*, c. 35.

⁴³ Cicero, *De oratore*, II, 40: *Si et ferro interfectus ille, et tu inimicus eius cum gladio cruento comprehensus et in illo ipso loco, et nemo praeter te ibi visus est, et causa nemini et tu semper audax: quid est quod de lacinore dubitare possimus?* Ponadto Cicero, *Ad Herennium*, II, c. 7: *...item: plus oportere signis et argumentis credi, quam testibus;* Cicero, *De partitione oratoria*, c. 11, Quintilianus, op. cit., lib. V, 9, 8: *...ad tollendam dubitationem sola non sufficiunt, tamen adlata ceteris plurimum valent,* oraz lib. V, 12, 5: *...Ita quae non possunt valere quia magna sunt, valebunt quia multa sunt, uti vero ad eiusdem rei probationem omnia spectant.*

Drugim źródłem dostarczającym materiału do rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia są pewne przepisy Corpus iuris civilis⁴⁴. Następujące postanowienia mogą mieć tutaj zastosowanie: 1) L. 25 C. de probationibus 4, 19: *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.* 2) L. 22. C. de falsis 9, 22: *Ubi falsi examen inciderit tunc acerrima fiat indago argumentis, testibus... aliisque vestigiis veritatis.* 3) L. 34 C. de adulteriis et de stupro 9, 9: *Si qui adulterii fuerint accusati... manifesta fide atque indiciis evidentibus publicabunt. Unde si qui eiusmodi reperti fuerint iussimus in eosdem severissime vindicari et veluti convictum facinus confessumque puniri.* 4) L. 3 C. maiestatis 9, 8: *Si quis alicui maiestatis crimen intenderit... si aliis manifestis indiciis accusationem suam non potuerit comprobare.* 5) L. 2 C. quorum appellationes 7, 65: *...argumentis convictus testibus superatus, voce propria confessus. ...Sicut enim haec ita observari disposuimus, ita aequum est testibus productis instrumentis probatio aliisque argumentis praestitis.* 6) L. 6 C. de dolo malo 2, 21: *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit.* 7) L. 5 § 6 Dig. de re militari 49, 16: *...Sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est. Et si bonus miles antea aestimatus fuit... credatur, si remansor aut neglegens... non credatur ei.*

Jak widać z zacytowanych przepisów, poszlaki stały na równi z wszelkimi innymi źródłami dowodowymi. Dowód poszlakowy miał tę samą wartość co dowód bezpośredni. Kara mogła być taka sama w przypadku wyroku wydanego na podstawie zeznań świadków, czy przyznania się oskarżonego, jak w przypadku wyroku zapadłego na podstawie dowodu z *argumenta, vel indicia indubitata*⁴⁵. Można by więc zapytać, dlaczego wobec tak niedwuznacznie brzmiących przepisów Corpus iuris powstały jakiegokolwiek wątpliwości co do znaczenia i wartości dowodu poszlakowego jako podstawy wyroku w tym okresie procesu rzymskiego, w którym opierał się on na tychże przepisach.

Otóż wątpliwości te mają swoje źródło w dwu innych przepisach Corpus iuris, a mianowicie: L. 5 Dig. de poenis 48, 19 i L. 16 C. de poenis 9. 47. Pierwszy z nich stwierdza *...Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari... Satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari...* Wedle drugiego *Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam, quam in adulte-*

⁴⁴ Corpus iuris civilis — Codex Iustinianus, Krueger 1880; Corpus iuris civilis — Institutiones et Digesta, Krueger—Mommsen 1887.

⁴⁵ Nie ma racji Biøner, op. cit., s. 155, twierdząc, że dowód poszlakowy w procesie rzymskim nie mógł stanowić podstawy do wydania wyroku orzekającego karę śmierci.

rii vel homicidii vel maleficii crimen aut sua confessione, aut certe omnium, qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirantem concordantemque rei finem convictus sit et sic in obiecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea quae commiserit negare sufficiat. W tych dwu przepisach widzą niektórzy⁴⁶ zakaz ferowania wyroku na podstawie dowodu poszlakowego. Pogląd ten nie jest słuszny, gdyż zakaz skazywania na podstawie samych *suspiciones*, tj. podejrzeń, nie jest tym samym, co wyrokowanie na podstawie dowodu poszlakowego. *Suspicio* jest to podejrzenie, które powstało na podstawie jakichś poszlak, które nie dostarczyły sędziemu potrzebnego stopnia przekonania, czyli innymi słowy nie wystarczyły do zaistnienia dowodu. Natomiast *probatio ex argumentis vel indiciis indubitatis* była pełnym dowodem, który — jak widzieliśmy w zacytowanych przepisach *Corpus iuris* — stał na równi z dowodem z *documenta, testes* i *confessio* i jako taki mógł stanowić podstawę do wydania wyroku skazującego. Przy *suspicio* chodziło o mniej lub więcej uzasadniony stopień podejrzenia, podczas gdy przy dowodzie *ex indiciis vel argumentis* chodziło o rodzaj pełnowartościowego dowodu.

Trzecią okolicznością stanowiącą argument na rzecz dopuszczalności dowodu poszlakowego w procesie karnym rzymskim jest duch i charakter tegoż procesu w związku ze strukturą rzymskich sądów⁴⁷. Trzeba bowiem pamiętać, że owym rzymskim sądem karnym były początkowo zgromadzenia ludowe (*comitia*), a następnie przez długi czas tzw. *quaestiones perpetuae*, które odpowiadały dzisiejszej konstrukcji sądu przysięgłych. Że w obliczu tego rodzaju zespołu sądowniczego nie mogły się wyrobić żadne zakazy dowodowe, nie potrzeba chyba specjalnie przekonywać. A skoro nie było takich zakazów, względnie innych reguł dowodowych, które by wykluczały pewne rodzaje dowodów, w takim razie trzeba uznać, iż dowodu mogło dostarczać wszystko, co było w stanie odpowiednio wpłynąć na sędziów (*iudices*) w sprawie nabrania przekonania o winie lub niewinności oskarżonego. Wprawdzie w okresie cesarstwa struktura sądu

⁴⁶ A b e g g, op. cit., s. 18: *Qui nuper sententiam defenderunt iure romano ex indiciis plenam accusati convictionem effici posse, non abnegant tamen locorum allegatorum sensum dubitatio admittere, quod libenter accipimus* oraz s. 27: *Sed utrum iudex ex argumentis... sententiam de facto quodam ferendam censeat, hoc illius iudicio relictum, haud vero ex argumentis tantum sive ex indiciis plena probatio admissa erat.* Ten sam autor z całą bezwzględnością wyklucza dowód poszlakowy w procesie z czasów pierwszych królów, a następnie z czasów republiki (op. cit., s. 5 i 12).

⁴⁷ H e n k e, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlin 1838, t. IV, s. 589; Z u m p f, op. cit., s. 341; G l a s e r, *Beiträge*, s. 105; G i u l i a n o, *Delle vicende*, s. 14 nn., nawet z tego punktu widzenia zaprzecza, jakoby proces rzymski dopuszczał dowód poszlakowy i twierdzi, że tam, gdzie jest pierwotna forma sądownictwa, niemożliwe jest należyte zużytkowanie dowodu poszlakowego, jako zbyt trudnego (...*richiede una perfezione di arte critica inconcepibile nelle prime nazioni*).

rzymskiego uległa zmianie, jednakże zmiana ta nie wyrugowała dowodu poszlakowego z procesu karnego. Zmiana struktury sądu była raczej zmianą formy postępowania, a nie jego treści i nie wpłynęła na system dowodowy. Gdyby zmiany w postępowaniu karnym zaistniały w okresie cesarstwa byłyby usunęły dowód poszlakowy, byłoby to niewątpliwie wpadającą w oczy nowością. Chodzi więc o to, czy istnieją wystarczające powody do przyjęcia takiej innowacji. Otóż nie tylko, że czegoś podobnego nie zauważymy, ale przeciwnie mamy potwierdzenie na to, iż dowód poszlakowy i w okresie cesarstwa stał na równi z dowodem bezpośrednim. Tym potwierdzeniem jest szereg cytowanych poprzednio przepisów Kodeksu oraz Digestów⁴⁸.

LA PREUVE INDIRECTE DANS LA PROCEDURE PENALE ANTIQUE

L'article comporte cinq parties. La première précise la notion de preuve judiciaire en général, la notion de preuve indirecte en particulier, et enfin celle de procédure pénale antique. La preuve indirecte ou par indice consiste à ne pas prouver directement l'état de choses formulé par l'acte d'accusation (*factum probandum*), mais à prouver d'autres circonstances (même indifférentes en elles-mêmes); ce n'est que de la vérité de celles-ci qu'on tire des conclusions relativement à la vérité de la thèse proprement dite.

La deuxième partie se propose de montrer que dans l'antique procédure pénale indienne, le système de preuves (rationnel, avec des éléments mystiques sous forme de jugements de Dieu) était conçu de façon à admettre la preuve indirecte. On s'y rendait cependant compte de son caractère spécieux possible.

Dans la troisième partie, l'auteur étudie l'admissibilité de la preuve en question dans la procédure juive antique, fondée sur le droit mosaïco-talmudique. Cette preuve n'y était pas admise, étant donné que celui-ci exigeait que la condamnation fût toujours appuyée sur l'aveu de l'accusé ou sur les dépositions de deux témoins *de visu*. En réalité, il y avait des situations où la preuve indirecte suffisait pour la condamnation (p. ex. l'adultère, l'inceste, le meurtre „sans témoins”).

La quatrième partie analyse le même problème dans la procédure antique grecque. Plusieurs plaidoiries de Démosthène et d'autres rhéteurs ainsi que la „Rhétorique” d'Aristote sont là pour montrer que les juges ne suivaient aucune règle en ce qui concernait les preuves: ils rendaient leurs sentences à partir d'une appréciation des preuves, en considérant toutes les circonstances susceptibles d'avoir une influence sur l'appréciation de l'affaire. Aussi admettaient-ils également la preuve indirecte.

Le but de la cinquième partie est de démontrer que dans la procédure antique romaine la preuve indirecte non seulement était admise comme motif de condamnation, mais encore qu'elle y était considérée comme équivalant à la preuve directe. Cette constatation vaut pour la procédure pénale aussi bien sous la république que sous l'empire. L'auteur a étudié le problème à partir: 1° des matériaux fournis par les écrivains romains, surtout Cicéron et Quintilien; 2° des prescriptions positives contenues dans les Digestes et le Code; 3° du caractère de la procédure romaine envisagée en fonction de la composition du tribunal.

⁴⁸ Geib, op. cit., s. 647 oraz Glaser, *Beiträge*, s. 106.