

173
II/20

ZARYS

CYWILNEGO ZWYCZAJNEGO
POSTĘPOWANIA TRYBUNALSKIEGO
W I. INSTANCYI
OD SKARGI DO WYROKU

PRZEZ

Dra JULIANA MALCA

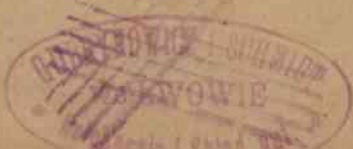
adwokata w Rzeszowie.



A large, handwritten signature in black ink, written in a cursive style, extending from the left side of the page towards the right.

Lwów.

DRUKIEM PILLERA I SPÓŁKI.
1896.



II/20.
9x. II
T. 37

A-18446

BIBLIOTEKA
UMCS
LUBLIN

K14
Pravo 5

K.1160/56/2795

Książka ta powstała z odczytów wygłoszonych w rzeszowskiem towarzystwie prawniczym. Ulegając życzeniu niektórych z łaskawych słuchaczy, oddaję ją do druku nie bez wielkiej obawy, czy sprosta chociaż w drobnej części zadaniu swemu udzielenia pierwszej informacyi o zasadniczym typie nowego procesu cywilnego. Jeżeli jednak publikacyę książkową wolno czemś usprawiedliwiać, to może napotkam na wyrozumiałość czytelnika, wskazując na zupełny niedostatek prac przygotowawczych na tem polu, na iście rozpaczliwy brak wszelkich środków naukowych na prowincyi i że to pisał praktyczny prawnik, któremu żmudna praca zawodowa nie wiele chwil wolnych zostawia.

ZWYCZAJNE POSTĘPOWANIE TRYBUNALSKIE

I. instancyi

w krótkim zarysie.

Zadaniem niniejszej pracy jest przedstawić szkicowo proces cywilny w trybunale toczyć się mający, a następnie wyłożyć zasady, na jakich proces ten jest oparty.

Podjmując się zaś tego zadania, szło mi najpierw o to, by tak dla panów, jak przede wszystkim dla siebie wytworzyć ową nie tyle teoretyczną, ile praktyczną podstawę, na której dalsze szczegółowe badania w kierunku poznania nowego procesu cywilnego oprzeć się mogą i wydożyć, że tak powiem, ową czerwoną nić, do której dalsze szczegóły przytwierdzić będzie można. Dalej szło mi o to, bym szkicując tylko ów proces nie wprowadzał ani siebie, ani panów w błąd co do szczegółowych postanowień, a przez to stał się wiarygodniejszy. Rzecz bowiem jasna, że każdy z panów miałby zupełnie uzasadnione prawo podawać w wątpliwość, czy twierdzenia moje lub wnioski odpowiadają ściśle ustawie, czy

nie są błędnymi, o ileby się rozchodziło o pewne szczegółowe kwestye; niebezpieczeństwo to jest zaś znacznie mniejsze, jeżeli praca moja będzie jedynie reprodukcją kardynalnych, łatwo sprawdzalnych postanowień ustawy. Nakoniec szło mi o to, że zasady, wedle których nowy proces cywilny zbudowano, powinny same stać się widoczne dla każdego, kto rozpatrzył się w tej budowie i dlatego postępując niejako metodą indukcyjną o zasadach tych na samym końcu tej pracy osobno mówić będę*). Tyle dla wytłumaczenia mego elaboratu. A teraz przystępuję do rzeczy.

I. Podział procesu.

Procedura cywilna rozróżnia formalnie dwa rodzaje procesu w pierwszej instancyi: proces trybunalski (*Gerichtshofsverfahren*) i proces przed sądem powiatowym (*das bezirksgerichtliche Verfahren*). Tak zwane odrębne rodzaje postępowania (*besondere Arten des Verfahrens*), jak proces mandatowy (*Mandatsverfahren*), proces wekslowy, proces z kontraktu najmu i dzierżawy i proces syndykacki, którym są poświęcone osobne rozdziały w oddzielnej czwartej części procedury cywilnej, przedstawiają jedynie pewne modyfikacye tych dwóch głównych procesów, trybunalskiego i powiatowego, zatem też postępowanie trybunalskie i powiatowe w tych odrębnych rodzajach procesu znajdzie z owymi modyfikacyami zastosowanie we-

*) Wykład zasad nowego procesu cywilnego będzie osobno ogłoszonym.

dle tego, czy ten odrębny rodzaj postępowania toczyć się będzie przed trybunałem, czy sądem powiatowym. Jeżeli n. p. mandat wyda sąd powiatowy, do czego wedle §. 49. ustęp 1. N. J. gdy idzie o sumę do 500 zł., jest tylko sąd powiatowy kompetentnym, naówczas postępowanie toczyć się będzie wedle norm postanowionych dla procesu powiatowego, jeżeli zaś mandat taki wyda trybunał, postępowanie będzie biegło wedle procesu trybunalskiego.

Zauważyć atoli tutaj należy, że proces weksłowy zawsze toczyć się będzie przed trybunałem na podstawie §. 51. ustęp 3. N. J., zatem wedle postępowania trybunalskiego, proces z kontraktów najmu i dzierżawy z reguły przed sądem powiatowym na podstawie §. 49. ustęp 3. N. J., a więc wedle postępowania powiatowego, proces zaś syndykacki przed sądem krajowym wyższym wedle procesu trybunalskiego (§. 600 p. c.).

Co się tyczy procesu małżeńskiego, takowy będzie się toczyć wedle dotychczasowych postanowień, mianowicie dekretu nadwornego z 23. sierpnia 1819, albowiem osobny rozdział VI. części procedury cywilnej traktujący o procesie małżeńskim został przez komisję izby deputowanych i izby panów. a następnie przez wspólną komisję wykreślony. Przyczem jednak zaszedł ten błąd redakcyjny, że w ustawie wprowadczej zapomniano wyraźnie zaznaczyć, że dekret nadworny z 23. sierpnia 1819 pozostaje w mocy, co tem bardziej powinno było nastąpić, skoro w art. I. ustawy wprowadczej do procedury cywilnej wypowiedziano ogólnie zasadę, że z dniem obowiązywania nowej

procedury cywilnej tracą moc wszelkie postanowienia o przedmiotach, które w procedurze cywilnej są uregulowane i skoro nadto w art. VI. tej ustawy wprowadczej jest mowa, że w procesie małżeńskim przeszkoda małżeństwa nie może być dowodzoną przez przesłuchanie stron (scilicet ew. pod przysięgą). Jest to zatem oczywisty, a nawet rażący błąd redakcyjny. Po tej dysgresyi wracając do rzeczy, zauważyć jeszcze trzeba, że postępowanie drobiazgowo i prowizoryjne wchodzi w skład postępowania powiatowego a mianowicie postępowanie drobiazgowo jest skróconem postępowaniem powiatowem, a prowizoryjne postępowaniem powiatowem zmodyfikowanem stosownie do natury przedmiotu sporu.

Ostatecznie zatem, jak wyżej wyłuszczone, ustawa zna dwa główne rodzaje postępowania: trybunalskie i powiatowe.

Atoli między temi dwoma postępowaniami, trybunalskiem i powiatowem, jest właściwie tylko formalna, a nie merytoryczna różnica. Postępowanie bowiem powiatowe jest tylko skróconym, sumarycznym procesem trybunalskim.

Co więcej, nawet postępowanie apelacyjne i rewizyjne wedle §. 463. i 513. p. c., o ile w takowem odmian specjalnych nie postanowiono, winno się toczyć wedle postępowania trybunalskiego w I. instancyi, a z tego wynika, że proces trybunalski jest procesem zasadniczym, typowym, powiedzielibyśmy normalnym, bo wszystkim innym procesom służy za podstawę i normę.

Stąd ważność poznania tego procesu trybunalskiego wynika sama przez sie i stąd też jasną

jest rzeczą, że zasady procesu trybunalskiego są zasadami w ogóle całego procesu i że tylko z tego procesu, t. j. trybunalskiego owe zasady w pierwotnym swym charakterze wydobyć i przedstawić się dadzą.

II. Stadya procesu trybunalskiego.

Na proces cywilny składają się dwojakie czynności — czynności stron i czynności sądu i organów tegoż — następujące jedno po drugim. Można by zatem wyróżnić pojedyncze okresy procesu wedle zajętego punktu widzenia, t. j. ze stanowiska stron lub ze stanowiska sądu. Mniemam jednakże, że najpraktyczniejszym podziałem jest podział uwzględniający obydwie stanowiska i z tego założenia wychodząc, proces nowy dzielię na następujących 6 okresów:

1. okres: skarga;
2. „ pierwsza audyencya;
3. „ odpowiedź na skargę i dalsze pisma przygotowawcze;
4. „ postępowanie przygotowawcze;
5. „ rozprawa procesowa (Streitverhandlung);
6. „ wyrok.

III. Okres procesu pierwszy.

Skarga.

A. Formalności i wymogi skargi.

Skarga, jak wogóle każde pismo do sądu wniesione jest podaniem czyli pismem (Schriftsatz) musi zatem ona mieć te wszystkie formalności, których ustawa w §. 75 wymaga, a więc:

1. wymienienie sądu, do którego jest wniesioną;

2. wymienienie imienia i nazwiska stron, ich zajęcia, miejsca mieszkania i stanowiska w procesie t. j. powoda i pozwanego ;
3. wymienienie zastępców stron ;
4. oznaczenie przedmiotu sporu ;
5. oznaczenie załączników i liczby takowych z wymienieniem, czy takowe w oryginale, czy w odpisie dołączono. Do skargi jednak jakoteż do wszystkich pism przygotowawczych dołącza się tylko odpisy alegatów ;
6. podpis strony ;
7. podpis adwokata.

Takie są formalności wogóle każdego podania, czyli pisma do trybunału wniesionego.

Atoti skarga jest nietylko pismem do sądu wniesionem, zwykłym *Schriftsatz*, lecz jest także pismem przygotowawczem (*vorbereitender Schriftsatz*), musi zatem posiadać te wszystkie formalności, jakich ustawa przy pismach przygotowawczych wymaga.

Zauważyć tu przedewszystkiem potrzeba, że proces nowy, będąc procesem ustnym, porzuca dawną nazwę pism spornych, *Satzschriften*, a wprowadza nową nomenklaturę „*vorbereitende Schriftsätze*“, a to dlatego, ponieważ w starym procesie proces stanowiły pisma sporne i z nich wyłącznie cały proces się składał, w nowym zaś procesie pismo do sądu przez stronę wniesione ma jedynie charakter przygotowawczy i już nie na tych pismach, ale na rozprawie właściwy punkt ciężkości procesu spoczywa. Stąd też pisma te przestały być pismami spornymi i stały się wprawdzie zawsze ważnym, ale przecież jedynie przygoto-

wawczym materiałem w układzie procesowym, nie tak esencyonalnym jak dawniej.

Treść skargi jako pisma przygotowawczego określa §. 78. p. c. treść zaś jej jako skargi określa §. 226. proc. cyw., a zestawiając obydwie te przepisy razem, skarga obejmować musi:

1. Fakta, na których się żądanie powoda co do pretensyi głównej i pobocznych należytości opiera. Przedstawienie tych faktów ma nastąpić krótko, treściwie, a przejrzyście.

2. Skarga dalej obejmować ma środki dowodowe, których powód zamierza użyć przy rozprawie ustnej celem stwierdzenia swych twierdzeń faktycznych. Winny one być przedstawione po szczególe i dokładnie.

3. Skarga winna także obejmować wnioski, które strona przy rozprawie ustnej stawiać zamierza.

4. Jeżeli właściwość sądu jest zawisłą od wartości przedmiotu sporu, winna skarga obejmować odpowiednie twierdzenia o wartości tego przedmiotu (Por. także §. 56 N. J.).

5. Jeżeli skarga dotyczy sądownictwa handlowego, morskiego lub górniczego, musi na skardze być wymienioną nazwa sądu jako handlowego, morskiego resp. górniczego, co ze względu na senat cywilny, handlowy, morski czy górniczy, przed którym sprawa toczyć się będzie, jest rzeczą ważną.

6. Do skargi do trybunału wniesionej musi być po myśli §. 30. p. c. załączone pełnomocnictwo powoda na osobę adwokata wystawione.

7. Wreszcie musi skarga obejmować dokładne żądanie powoda. Ze żądanie to t. z. petitum jest pod względem prawa materialnego nadzwyczaj ważne i często w sformułowaniu nader trudne, wiadomo każdemu praktykowi. Nie będzie tutaj zbyteczną wzmianka, że odmiennie od dzisiejszego przepisu §. 4. u. c. powód może zaskarżyć przeciw temu samemu pozwanemu jedną skargą kilka pretensyj, chociaż takowe ani w faktycznym ani w prawnym związku między sobą nie pozostają, jeżeli dla wszystkich pretensyi sąd jest właściwym i ten sam rodzaj postępowania dopuszczalnym (§. 227. p. c.). Jeżeliby jednak sąd zauważył, że taka kumulacja może na dalsze postępowanie wpływać utrudniająco i ani uproszczenia ani oszczędzenia pracy nie spowodzi, wolno sądowi zarządzić nad każdą pretensją powoda osobną rozprawę. Tutaj pora także zauważyć, że chcąc wszelkim dotychczasowym wątpliwościom zapobiedz, ustawa dozwala w §. 228. p. c. żądać wyroku, że jakiś prawny stosunek lub prawo istnieje lub nie istnieje, że pewien dokument jest autentyczny lub nie autentyczny, jeżeli powód wykaże prawny interes w prowokowaniu takiego orzeczenia. Są to t. z. Feststellungsklagen, którebyśmy przetłumaczył wyrazem „skargi ustalające“. Skargi te wedle art. XXXVIII. ustawy wprowadzanej mają także zastąpić dotychczasowe skargi wywoławcze, których jako takich nowy proces nie zna.

Wszelkie wywody prawne, jakoteż wywody o faktach i dowodach są ze skargi, jakoteż z ka

żdego pisma przygotowawczego wykluczone (§. 78 ostatni ustęp.)

Skarga musi być wniesioną w dwóch egzemplarzach, jeżeli jest jeden pozwany, jeżeli jest więcej pozwanych, musi każdy otrzymać jeden cały egzemplarz skargi. Alegaty, o których wspomniano wyżej, że w odpisach mają być dołączone, muszą być tylokrotnie przedłożone, ilu jest pozwanych, zatem każdy pozwany musi otrzymać cały pozew (a nie tylko rubrum) z wszystkimi alegatami (§. 80. p. c.)

Oprócz powyższych koniecznych formalności i wymogów wewnętrznych skargi może ona po myśli §. 229. p. c. obejmować rozmaite wnioski, a w szczególności:

1. by pozwanemu zaraz w wezwaniu do pierwszej audyencyi (o ile chodzi o kwestyę przedmiotem takowej będącej, o czem później będzie mowa) lub do rozprawy procesowej polecono pewne w posiadaniu pozwanego będące dokumenty, lica (Auskunftssachen), lub inne przedmioty do rozprawy przynieść;

2. by zarządzone dostarczenie dokumentów, lic, lub innych przedmiotów w posiadaniu władz lub notaryusza będących do audyencyi pierwszej, resp. do rozprawy procesowej;

3. by świadków powołanych w skardze na stwierdzenie faktycznych okoliczności do audyencyi pierwszej, resp. rozprawy procesowej wezwano.

O wniosku na wezwanie pewnych z osoby oznaczonych znawców ustawa w 229. p. c. nie wspomina, co stąd pochodzi, że wedle §. 351. ustanowienie takowych po poprzedniem przesłu-

chaniu stron następuje przez Sąd orzekający, a więc przez senat. Jednakże po myśli §. 288. ust. 2. p. c. wolno stronie przywieść do rozprawy znawców (tak samo świadków). — Skarga dalej obejmować może:

4. prośbę o udzielenie prawa ubogich, w którym to celu musi być przedłożone świadectwo ubóstwa wystawione przez naczelnika gminy pobytu proszącego i przez starostwo zatwierdzone. Nawiasem mówiąc, świadectwo to — odmiennie od dzisiejszych przepisów — winno stwierdzić, że petent bez ukrócenia koniecznego utrzymania siebie i rodziny kosztów procesu ponosić nie jest w stanie. Rodzina ta musi być w świadectwie wyspecyfikowaną;

5. Skarga wreszcie może obejmować wniosek na wyznaczenie jak najwcześniejszego dnia do audyencji pierwszej; taki wniosek na pospiech musi atoli być popartym przez przytoczenie odpowiednich okoliczności.

Porównywując skargę nową ze skargą dawną, to jakkolwiek między nimi wielka zachodzi różnica pod względem teoretycznym, praktycznie różnica nie przedstawia się znaczna. Wszak i dzisiaj skarga dobrze zainstruowana przedstawiała fakta i dowody zwięźle i treściwie bez wywodów, by przeciwnikowi nie podsuwać argumentów, zaś wywód prawny, w nowej skardze wykluczony, był w skardze dawnej wobec zasady *iura novit curia* poniekąd zbytecznym. Co skargę nową od innych pism przygotowawczych wyróżnia, a ze skargą dawną łączy, to *petitum* skargi, które dla całego sporu dalszego jest z góry wytkniętym kresem

Jednakże zmiana petitum w dalszym sporze nie ulega już takim trudnościom, jak dzisiaj, o czem atoli później we właściwym miejscu mowa będzie.

B. Formalne załatwienie skargi.

Skarga wniesiona do sądu dostaje się do rąk przewodniczącego senatu, którego oczywiście wyznaczy prezydent sądu (w bardzo wielkich sądach jak n. p. Wiedeń, Praga, Lwów, będzie zapewne tak jak dzisiaj wyznaczenie przewodniczących działa się wedle pewnego z góry wyznaczonego porządku).

Przewodniczący senatu, którego stanowisko w nowym procesie jest nadzwyczaj ważne i w rozległy zakres działania zaopatrzone, rozpatruje skargę, a wynik jego badania może być następujący:

1. Skarga przedstawia braki formalne n. p. nie przedłożono odpowiedniej ilości egzemplarzy skargi lub załączników, zachodzi brak podpisu adwokata na skardze, brak pełnomocnictwa na osobę adwokata (§. 37. p. c.), a w ogóle zachodzi brak takiej formalności, która prawidłowemu załatwieniu tej skargi przeszkodzić może (§. 84. p. c.). Wówczas przewodniczący senatu sam zwraca powodowi skargę celem usunięcia owych braków, a jeżeli skarga powinna być wniesiona w pewnym czasokresie, zakreśla jej do wniesienia poprawionej skargi termin. Do usunięcia braków formalnych może także przewodniczący senatu powoda przed siebie zawezwać (§. 85. p. c.), a jeżeli rozchodzi się o brak pełnomocnictwa adwokata, przewodniczący senatu nie zwraca odrazu

skargi, lecz wyznacza stronie termin do ustanowienia adwokata i przedłożenia pełnomocnictwa na osobę tegoż, poczem po bezskutecznym upływie owego terminu skargę odrzuca.

2. Dalszym wynikiem badania skargi przez przewodniczącego senatu może być to, że się okaże brak zdolności procesowej lub ustawowego zastępstwa bądź po stronie powoda, bądź po stronie pozwanego, albo też brak potrzebnego na prowadzenie sporu upoważnienia. W takim razie przewodniczący spowoduje uchwałę senatu, jakie zarządzenie celem usunięcia owych braków wydać należy i jaki w tym celu powodowi termin się wyznacza. Jeżeli powyższe braki usunąć się nie dadzą lub wyznaczony w powyższym celu termin bezowocnie upłynie będzie skarga powodowi za uchwałą senatu zwrócona jako nie nadająca się do wyznaczenia audyencji.

3. Jeżeli ze skargi okazuje się, że jest ze względu na oczywistą niewłaściwość sądu niedopuszczalną n. p. sprawa wogóle nie należy przed sądy, albo ktoś zamieszkały w Przemyślu jest pozwany przed sąd obwodowy w Rzeszowie, a do uzasadnienia szczegółowej kompetencji po myśli normy jurysdykcyjnej warunków nie ma, wówczas za uchwałą senatu skarga również jako nienadająca się do wyznaczenia audyencji powodowi zwróconą zostanie (por. §§. 42., 43. N. J. i 230. p. c.).

4. Jeżeli w skardze szacunek przedmiotu spornego celem uzasadnienia kompetencji trybunału wyda się przewodniczącemu senatu zanadto wygórowanym, może tenże po myśli §. 60. N. J.

zażądać uchwały senatu, by z urzędu zarządzono dochodzenia, jakie celem sprostowania podanej wartości za potrzebne uzna, n. p. przesłuchanie stron, oględziny sądowe, opinię znawców, a jeżeliby się wskutek tych dochodzeń okazało, że wartość przedmiotu nie dosięga kwoty 500 zł., sąd za uchwałą senatu odstępuje sprawę sądowi powiatowemu za zwrotem od powoda kosztów dochodzeń.

Ponieważ po myśli §. 45. N. J. nie wolno zaczepiać uchwały trybunału pierwszej instancji o jego przedmiotowej właściwości z powodu, że dla tego procesu jest uzasadniona właściwość sądu powiatowego, przeto jeżeli przewodniczący a za nim senat nie zarządzą powyższych dochodzeń co do wartości przedmiotu sporu z urzędu, prowokowanie takowych później przez pozwanego nie jest dopuszczalnem.

5. Jeżeli na koniec żaden z powyżej pod 1. do 4. wytkniętych względów nie zachodzi, resp. zarzuty przewodniczącego uchwałą senatu za nieuzasadnione uznane zostaną, przewodniczący senatu wyznacza na skargę dzień do audyencji pierwszej i w tym celu zarządza doręczenie skargi. Może nie zbyteczna będzie uwaga, że analogia działania przewodniczącego senatu z przewodniczącym w postępowaniu karnem przed rozprawą główną jest uderzającą, bo tak tu jak i tam przewodniczący odwołuje się do senatu tylko wtedy, gdy chce zająć wobec wniosku strony stanowisko negatywne. Również zwrócić trzeba uwagę, że zasadę kolegialnego rozstrzygania procedura nowa nadzwyczaj ogranicza, żądając decyzji senatu tylko przy

zachodzących wątpliwościach co do ważnych kwestyj. Natomiast funkcyę urzędu pocztowego — jak się wyraził śp. Maurycy Kabat — jakie dzisiejsza procedura narzucała sądowi, każąc mu pisma sporne wniesione przez jedną stronę doręczać drugiej bez bliższego rozbioru takowych, funkcyę te zmieniają swój charakter. Od samego początku przewodniczący senatu, a więc sąd zapoznaje się dokładnie ze sprawą i wykrywając braki, zapobiega z góry z jednej strony niepotrzebnemu nękananiu stron i narażaniu ich na koszta, z drugiej zabieraniu sądowi drogiego czasu.

C. Doręczenie skargi.

Doręczenie skargi dzieje się w ten sposób, że każdy pozwany otrzyma egzemplarz skargi z alegatami w odpisie. Powód o wyznaczonej pierwszej audyencyi otrzymuje zawiadomienie do rąk pełnomocnika (§. 93. p. c.) zapomocą rubrum (§. 131. p. c.), zaś jeden egzemplarz skargi pozostaje w aktach (§. 80. pc.). Skarga winna być doręczoną do rąk własnych pozwanego albo do odbioru skarg upoważnionego zastępcy (§ 106. p. c.), a to z reguły za pośrednictwem poczty. O ile zaś doręczenie może być uskutecznione przez woźnego lub za pośrednictwem urzędów gminnych lub przełożonych obszarów dworskich, określi rozporządzenie ministeryalne (§. 88. p. c.). Dalsze przepisy o doręczeniach jako przechodzące zakres niniejszej pracy, pomijam.

Doręczenie skargi pozwanemu jest ważnym momentem procesowym. Przez to doręczenie bowiem

1. staje się po myśli §. 232. p. c. spór zawisłym (lis pendet), a skutkiem tego ani w tym samym, ani w innym sądzie nie wolno prowadzić sporu o tę samą pretensyę, dopóki spór zawisły ukończonym nie będzie;

2. w skutek doręczenia skargi zyskuje pozwany prawo wniesienia skargi wzajemnej (Widerklage), atoli tylko tak długo, dopóki ustna rozprawa w pierwszej instancyi zamkniętą nie zostanie;

3. przed doręczeniem skargi jest dozwoloną zmiana skargi, a w szczególności rozszerzenia żądania skargi (o ile temu nie stoi na przeszkodzie kompetencya sądu), bez żadnego ograniczenia, po doręczeniu zaś skargi rozszerzenie petitum może mieć miejsce jedynie za wyraźnem lub domniemanem zezwoleniem pozwanego albo za zezwoleniem sądu, jeżeli nie ma obawy, iż takie rozszerzenie spowoduje utrudnienie lub przewłokę rozprawy.

Natomiast cofnięcie skargi przez powoda jest dozwolonem nawet bez zezwolenia pozwanego nie tylko po doręczeniu skargi, ale także aż do chwili rozpoczęcia pierwszej audyencyi, a jeżeli pozwany na takowej się nie jawi, również na samej audyencyi pierwszej. Powód jest jednak obowiązany zwrócić pozwanemu koszta, o czem decyduje uchwała senatu po poprzedniem wystąpieniu stron wydana.

Z powyższego wynika, że dawne bezwzględne trzymanie się ścisłej i martwej litery żądania skargi jest porzuconem, zwłaszcza, że §. 235. pc. nie upatruje zmiany skargi nawet w tem, jeżeli

bez zmiany tytułów skargi zamiast pierwotnego przedmiotu inny przedmiot, albo nawet inne świadczenie (das Interesse) jest żądaniem. Co więcej §. 236. p. c. dozwala na stawianie t. z. wniosków na ustalenie (Zwischenantrag auf Feststellung) zapomocą których aż do zamknięcia ustnej rozprawy wolno żądać, aby pewien stosunek prawny lub prawo, od którego zawisło żądanie skargi, było pierwej albo równocześnie ustalonym. Jeżeli n. p. powód wystąpi ze skargą o uznanie służebności gruntowej dla pewnego gruntu panującego, wolno powodowi żądać, aby pierwej albo równocześnie zawyrokowano, że pozwany winien go uznać za właściciela tego gruntu panującego.

Przebija się w tem jak i w innych postanowieniach t. z. zasada koncentracji — chodzi mianowicie o to, by zapobiedz wszelkim uniknąć się dającym sporom, jak nie mniej, aby jeżeli już między stronami proces jest wdrożony, wyzyskać go o ile możności do wyrównania jak najwięcej kwestyj spornych między nimi zachodzących.

IV. Okres procesu drugi.

Audyencya pierwsza.

A. Wyznaczenie takowej.

Przewodniczący senatu dekretując na skargę audyencyę pierwszą, winien dzień do takowej tak wyznaczyć, by między doręczeniem skargi a audyencyą upłynął okres około dwóch tygodni. Nie jest to kategoryczny postulat ustawy; chciała ona jedynie przez to — jak się wyrażają motywa

rządowe — wskazać sędziemu tendencję przyspieszenia procesu. W obowiązującym postępowaniu drobiazgowem znajduje się także podobny przepis o wyznaczeniu rozprawy drobiazgowej do dnia 14 (§. 14), a przecież praktyka niestety tego przepisu ani się nie trzymała, ani, co na jej usprawiedliwienie przytoczyć należy, trzymać się nie mogła. Jeżeliby tedy stosunki personalne miały pozostać takie same, jak dotychczas, słusznieby się obawiać należało, że z owych 2 tygodni zrobi się w praktyce 2 miesiące a może i więcej.

Gdy powód w skardze wykaże, że sprawa jest pilną, może w tejże prosić o wyznaczenie jak najbliższego dnia do pierwszej audyencji, a wówczas audyencję tak wyznaczyć wolno, iżby różnica czasu od doręczenia skargi pozwanemu do audyencji pierwszej wynosiła tylko 24 godzin (§. 231 p. c.)

Co do treści uchwały skargę dekretującej, ma ona obejmować wedle §. 131 p. c.:

1. oznaczenie miejsca, dnia i godziny audyencji;

2. wymienienie szkody, jaką ustawa łączy z niestawiennictwem na audyencji, a więc po myśli §. 396 p. c. rygor, że w razie niestawiennictwa powoda lub pozwanego faktyczne twierdzenia strony jawiącej się, o ile się odnoszą do przedmiotu sporu i o ile się im przedłożone dowody nie sprzeciwiają, będą przyjęte za prawdziwe i na ich zasadzie na wniosek strony jawiącej się wyrok zaoczny wydanym zostanie.

Uchwała dekretująca skargę winna także obejmować wezwanie pozwanego, aby sobie wcze-

śnie ustanowił adwokata zastępcą, gdyż jawienie się strony bez adwokata przy tych czynnościach procesowych, dla których ustawa interwencję adwokata przepisuje, pociągnęłoby dla niej skutki zaoczności.

Tutaj jednak zauważa się, że chociaż ustawa wydanie takiego pouczenia o konieczności interwencji adwokata przy rozprawie ustnej już w pierwszym wezwaniu przepisuje, to przecież interwencya adwokata przy audyencji pierwszej nie jest konieczną (§. 37 ustęp 2 p. c.), gdyż jakkolwiek proces trybunalski jest procesem z przymusem adwokackim (Anwaltsprozess), to jednak z pod przymusu zastępstwa adwokata są wyłączone te czynności, które się odbywają przed sędzią rekwizowanym lub delegowanym, lub przed przewodniczącym senatu. Ponieważ zaś audyencya pierwsza odbywa się tylko przed przewodniczącym senatu, zatem na tej audyencji strony i bez adwokatów jawić się mogą. Jest to niekonsekwencya ze strony ustawy dlatego, ponieważ zakres czynności procesowych audyencji pierwszej przekazanych, o czem zaraz poniżej będzie mowa — jest wcale obszerny i one niejednokrotnie fachowej pomocy adwokata wymagać będą.

Ponieważ zaś, jak już wyżej wspomniano, dekretacya skargi będzie powodowi doręczoną do rąk adwokata, przeto w praktyce powód z reguły na pierwszej audyencji będzie się jawił przez adwokata.

B. Cel i znaczenie audyencji pierwszej.

Wedle §. 239 p. c. audyencya pierwsza jest przeznaczoną i to wyłącznie:

1. Do godzenia stron, a ewentualnie zawarcia ugody.

2. Do zgłoszenia zarzutu niedopuszczalności postępowania prawnego, a więc zarzutu, że spór wcale przed sądy nie należy, lub że nie należy do postępowania spornego lecz do niespornego, który to zarzut jednak i później podniesionym być może.

3. Audyencya pierwsza jest dalej przeznaczoną do zgłoszenia zarzutu niewłaściwości sądu (*exceptionis fori*), gdyż później podniesiony zarzut niewłaściwości sądu tylko o tyle może być uwzględniony, o ile się rozchodzi o niewłaściwość nawet za wyraźną zgodą stron nieusuwalną.

4. Do zgłoszenia zarzutu sporu wiszącego (*exceptionis litis pendentis*).

5. Do zgłoszenia zarzutu rzeczy osądzonej (*exceptionis rei iudicatae*). Zarzuty *litis pendentis* i *rei iudicatae* mogą być jednak i później ze skutkiem prawnym podniesione.

6. Do wniesienia oświadczenia przez poprzednika (*auctor*). Jak wiadomo, wedle §. 375 u. c., kto rzecz jaką posiada w imieniu cudzem, może uwolnić się od skargi wydobywczej (*rei vindicationis*), jeżeli tego dowiedzie i nazwisko swego poprzednika wymieni. § 22 p. c. rozszerza ten przepis także na posiadacza prawa rzeczowego i zobowiązuje go do wezwania swego poprzednika zaraz po otrzymaniu skargi, by się tenże na pierwszej audyencyi oświadczył o stosunku swym do przedmiotu sporu resp. do pretensyi pozwem zaskarżonej. Jeżeli tedy ów poprzednik (*auctor*) na audyencyi pierwszej stanie i stosunek przez po-

zwanego twierdzony uzna, to za zgodą pozwanego a bez zezwolenia powoda (przynajmniej z reguły) może w jego miejsce przystąpić do sporu. Przykład objaśni ten proceder. Jan pozywa Pawła jako posiadacza rzeczy o uznanie jej własności i oddanie takowej. Paweł jest jednak dzierżawcą Piotra. Chcąc uwolnić się od skargi Paweł zaraz po otrzymaniu skargi wnosi podanie do sądu sporu wzywające Piotra, by się na skargę oświadczył. Egzemplarz tego podania otrzymuje także powód Jan. Na audyencyi pierwszej ma się tedy Piotr oświadczyć, czy prawdą jest, że rzecz windykowaną wydzierżawił Pawłowi i czy wejdzie zamiast niego do sporu. Jeżeliby się zaś Piotr, auctor, na tej audyencyi nie jawił lub twierdzeniom pozwanego Pawła zaprzeczył lub jego zastępstwa przyjąć nie chciał, wolno pozwanemu Pawłowi uwolnić się od skargi przez zaspokojenie powoda Jana (§. 24 p. c.).

7. Audyencya pierwsza jest dalej przeznaczoną do żądania przez pozwanego od powoda kaucyi aktorycznej, później żądać jej nie wolno (§. 59). Praktyczne znaczenie tego przepisu będzie wyjątkowe, gdyż wedle §. 57 p. c kaucya aktoryczna może być żadaną jedynie od powoda-cudzoziemca. Od krajowca kaucyi aktorycznej żądać nie można.

8. Na audyencyi pierwszej może być nadto żądanie skargi przez pozwanego uznane, albo powód może się zrzec żądania pozwem zaskarżonego.

9. Na audyencyi pierwszej wolno dalej powodowi żądać pozwolenia na zmianę skargi (o

warunkach takiego wniosku była już poprzednio mowa).

10. Wskutek niejawienia się powoda lub pozwanego na pierwszej audyencyi może być żądaniem przez stronę jawiącą się wydanie wyroku zaocznego.

11. Nakoniec na pierwszej audyencyi może pozwany żądać, aby dla braku zdolności procesowej po stronie powoda lub pozwanego, lub dla braku uprawnienia działającego zastępcy skarga odrzuconą została.

W powyższych 11 punktach jest wyliczony ekskluzywnie zakres czynności procesowych, na audyencyi pierwszej dokonać się mających, żadnych innych wniosków na tej audyencyi stawiać nie wolno.

O co szło prawodawcy przez wprowadzenie instytucyi audyencyi pierwszej?

Przedewszystkiem o to, by skonstatować, czy rzeczywiście między stronami będzie się spór toczył, czy nie.

Statystyka sądowa poucza, że bardzo wielką ilość sporów załatwia się ugodą, uznaniem, odstąpieniem od skargi, zaocznością, którą pozwany z góry postanawia przeciw sobie dopuścić. Po cóż więc wyznaczać rozprawę procesową, po co zwoływać do niej świadków, znawców i t. p., po co mobilizować cały ciężki aparat rozprawowy (dałoby się coś o tem powiedzieć przy rozprawach karnych), jeżeli pozwany zaskarżoną pretensyę uzna, jeżeli obie strony chętne są do zawarcia ugody, jeżeli wreszcie pozwany od razu ma zamiar nie bronić się wcale.

Ale pójdźmy dalej. Są skargi, które, jak mówią nasi praktycy drobiazgowi, jednym zamachem ubić można. Pieniacze skargi o to samo, co już dawno prawomocnymi wyrokami rozstrzygnięte zostało, lub o to samo, o co się spór inny już toczy, skargi poruszające sprawy, należące oczywiście pod rozpoznanie władz administracyjnych lub skarbowych, skargi wnoszone przez osoby niewłasnowolne lub przeciw takim osobom skierowane, skargi wniesione przed sąd oczywiście niewłaściwy, należą bardzo często do kategorii takich suchotniczych elaboratów, nie mających warunków dalszego rozwoju i dożycia rozprawy procesowej. Po cóż tedy mizerny ich żywot przeciągać do rozprawy procesowej?

Tutaj sędzia sam skłoni przez stosowne pouczenie powoda do cofnięcia niezgodnej z ustawą skargi, a nawet będzie miał prawo, jak to później zobaczymy, w pewnych wypadkach skargę taką odrazu na tej audyencji załatwić.

Dalszem zadaniem audyencji pierwszej jest wydobyć na jaw wszelkie zarzuty formalne, aby materyał procesowy dokładnie rozdzielić i posegregować, mianowicie kwestye formalne oddzielić od meritum sprawy tak, aby w dalszym ciągu postępowania jednych z drugimi nie mieszano i aby formalne zarzuty, które dzisiaj tak bardzo do przewłoki sporów się przyczyniają, ani stron ani sądu nieprzygotowanemi nie zastały. Krótko mówiąc, jak się wyrażają motywa rządowe, audyencya pierwsza ma działać *klärend und entlastend*: *entlastend*, bo wyjaśnia, czy spór jest między stronami rzeczywisty a nie pozorny — *klä-*

rend, bo wykazuje stronom i sądowi, czy spór będzie się toczył o samą rzecz, czy także o jej formalną stronę.

C. Przebieg i załatwienie audyencyi pierwszej.

Audyencya pierwsza odbywa się nie przed senatem, ale przed przewodniczącym senatu lub przez niego delegowanym członkiem senatu, któremu przydanym jest do prowadzenia protokołu protokolista (§. 207 ustęp 1 p. c.) zaprzysiężony (§. 15 N. J.)

Co do jej przebiegu wchodzi tu w zastosowanie przepisy §§. 130 i następujących post. cyw.

Ma się ona zatem odbywać w gmachu sądowym; o prowadzeniu jej gdzie indziej — jak to jest dopuszczalnem przy innych audyencyach, z natury rzeczy nie może być mowy (§. 132 p. c.) Audyencya pierwsza nie jest publiczną, gdyż wedle §. 171 p. c. tylko rozprawa przed orzekającym sądem, tudzież ogłoszenie wyroku ma być publiczne, a wedle §. 175 p. c. przesłuchanie stron poza rozprawą dzieje się z wyłączeniem rekwizytu publiczności. Wątpliwości, jakieby jeszcze pod tym względem mieć można, wykluczają motywa rządowe, które ograniczają jawność do rozprawy (Streitverhandlung) analogicznie do rozprawy głównej w procesie karnym.

Audyencya pierwsza rozpoczyna się od wywołania sprawy o naznaczonej w wezwaniu godzinie. Dzisiejsza hora legalis, która jeszcze w projekcie rządowym znalazła przytułek, została przez komisye rady państwa uchyloną.

Ze względu na strony mogą na audyencji pierwszej zajść trzy ewentalności: albo jawią się obie strony, albo jawi się tylko jedna strona, albo wreszcie nie jawi się żadna strona.

1. Jeżeli obie strony się jawiły, przewodniczący senatu resp. delegowany sędzia każe protokolantowi odczytać skargę, jeżeliby takowa jemu lub stronom nie była znana (§. 177 pc.), poczem zapyta pozwanego a potem powoda, czy mają jakie wnioski audyencji pierwszej zastrzeżone i będzie usiłował skłonić strony do ugody. Jeżeli ugoda przyjdzie do skutku, będzie zaprotokołowaną (§. 204 p. c.) W braku załatwienia sporu przez ugodę, rozróżnić należy, jakie wnioski strony czynią, bo od tego będzie zawisłym dalszy przebieg.

a) Jeżeli mianowicie pozwany żąda kaucyi aktorycznej od powoda (por. wyżej o celu audyencji pierwszej ustęp 7), albo powód prosi o pozwolenie na zmianę skargi (tamże ustęp 9), albo przedmiotem zarzutów stron jest brak zdolności procesowej stron lub brak uprawnienia działającego zastępcy stron (tamże ustęp 11) przewodniczący senatu po przesłuchaniu obu stron załatwia takie wnioski uchwałą.

b) Jeżeli pozwany uzna żądanie skargi, tj. takowemu się submituje, albo jeżeli powód zrzeknie się pretensyi pozwem zaskarżonej (wyżej ustęp 8) przewodniczący senatu wyda wyrok zgodnie z żądaniem skargi resp. oddalający powoda z takowem. Zwrócić muszę uwagę przytem na to, że należy dokładnie odróżnić uznanie skargi (Anerkenntniss) od przyznania (Geständniss) okoliczności faktycznych skargi. Uznanie skargi jest pod-

daniem się pozwaengo pod żądanie powoda w skardze określone i tylko wtedy przewodniczący senatu wyda wyrok oparty na tem uznaniu—natomiast gdyby pozwany na audyencyi pierwszej przyznał fakta skargi, okoliczność ta nie uprawnia przewodniczącego senatu do wydania wyroku, gdyż z przyznania faktów nie wpływa jeszczd koniecznie prawność żądania skargi i przyznanie faktów jedynie dla postępowania dowodowego ma pewne znaczenie.

c) Jeżeli dalej pozwany zgłosi zarzut niewłaściwości sądu, a takowa nawet za wyraźną zgodą stron nie da się uchylić, a jak sądzę, należy tutaj także zarzut niedopuszczalności zwyczajnej drogi prawa (wyżej ustęp 2. i 3.) to rozróżnić trzeba, czy te zarzuty przedstawiają się jako zupełnie pojedyncze, których rozpoznanie żadnym nie ulega trudnościom, czy przeciwnie. W pierwszym wypadku (zauważyć tu trzeba, że motywa rządowe przewidują w tej mierze stosowne pouczenie przewodniczących senatu zapomocą wydać się mających instrukcyi), otóż w pierwszym razie przewodniczący senatu przesłucha strony i wyda uchwałę na zaniechanie dalszego postępowania, w przeciwnym zaś razie zastrzeże rozprawę co do zgłoszonej niewłaściwości do dalszego postępowania. Tak samo t. j. do dalszego postępowania zastrzeże przewodniczący zarzuty sporu wiszącego i sprawy osądzonej (wyżej ustęp 4. i 5.) o ile mu się nie uda skłonić powoda do cofnięcia skargi.

d) Nakoniec jeżeli auctor (poprzednik), którego pozwany o zastępstwo wezwał, na rozprawie

stanie i złoży oświadczenie, przewodniczący senatu, jeżeli auctor zastępstwo przyjął, uwolni uchwałą pozwanego od skargi.

e) Jeżeli w ten sposób wszystkie wnioski na audyencyi pierwszej postawione załatwione zostaną a ani wyroku, ani uchwały dalsze postępowanie zamykającej nie wydano, albo jeżeli w ogóle strony żadnych wniosków na tej audyencyi nie poczyniły, wówczas przewodniczący senatu oznajmia i poleca uchwałą zaraz na tej audyencyi ogłoszoną pozwanemu, by w ciągu terminu, który czterech tygodni przekraczać nie może, wniósł odpowiedź na skargę (Beantwortung der Klage).

Może atoli zająć jeszcze wypadek odroczenia audyencyi pierwszej. Odroczenie to musi być usprawiedliwione jedną z przyczyn w §. 134. i następnych p. c. przywiedzionych, o których jeszcze przy rozprawie procesowej będzie mowa. Samo zgodne żądanie obu stron odroczenia spowodować nie może. Jeżeli na audyencyi pierwszej był pozwany, a takowa została odroczoną, to na ponownej audyencyi pierwszej pozwany nie może wnosić takich zarzutów, które powinien był podnieść i zgłosić na pierwotnej audyencyi pierwszej. (Porównaj motywa rządowe.)

2, Dotychczas mieliśmy na oku postępowanie, gdy obie strony na audyencyi pierwszej się jawiły. Jeżeli zaś jedna ze stron na audyencyi pierwszej się nie jawi, a nie zachodzi konieczność odroczenia audyencyi n. p. z powodu niedoręczenia wezwania, naówczas wedle §. 396. p. c. strona jawiąca się ma prawo postawić wniosek o wydanie wyroku zaocznego, przyczem twierdzenia

jej faktyczne o tyle będą za prawdziwe przyjęte, o ile im nie sprzeciwiają się przedłożone dowody. Taki wyrok zaoczny wydaje wedle §. 397 p. c. sam przewodniczący senatu albo zastępujący go sędzieja. Gdy strona jawiąca się wniosku na zaoczność nie postawi, wówczas należy sprawę uważać tak, jakoby się żadna strona na audyencji nie jawiła (§. 133. p. c.).

3. Jeżeli zaś na audyencji pierwszej żadna strona nie stanie, to wedle §. 170. p. c. pociąga to za sobą das *Ruhen des Verfahrens*. Wyrazu tego nie tłumaczę, bo nie wiem, jakiego użyją kompetentniejsi w tej mierze odemnie*).

Wyrażenia tego nie można tłumaczyć przez przerwę postępowania, gdyż ustawa rozróżnia przerwę (*Unterbrechung*) postępowania od owego *Ruhen*. O tem niestawiennictwie obu stron zawiadomi przewodniczący senatu nie tylko zastępców stron sądowi z aktów wiadomych, ale także strony same, a zarazem pouczy je o ustawowych skutkach owego spoczynku procesu.

Skutki zaś owego *Ruhen des Verfahrens* są te same co skutki wstrzymania postępowania (*Unterbrechung*.)

Szczegółowe badanie instytucji przerwy (*Unterbrechung*) postępowania i owego *Ruhen des Verfahrens* musi być pozostawionem późniejszym specjalnym referatom, to nadmieniam tylko, że przed upływem trzech miesięcy, licząc zapewne

*) Profesor Balasits przetłumaczył dosłownie przez „spoczywanie procesu”. Tak samo prof. Fierich w rozprawie o tej instytucji (*Przegląd prawa 1895, zesz. XII.*).

od dnia pierwotnej audyencji, nie wolno żadnej stronie prosić o wyznaczenie ponownej audyencji (§. 168. p. c.) tudzież, że w ciągu tego spoczynku procesu żadne wezwanie do rozprawy wydane być nie może, wezwania wydane wcześniej tracą swój skutek prawny, wreszcie, że każdy termin z wyjątkiem terminów koniecznych (Nothfrist) biedz przestaje.

Pozostaje jeszcze jedna kwestya do omówienia, a mianowicie protokół z audyencji pierwszej który spisany być musi (§. 207. p. c.). Ponieważ jednak przepisy o protokołowaniu mają zastosowanie przy każdej audyencji, przeto przedstawienie zasad o prowadzeniu protokołów wogóle znajdzie najwłaściwsze miejsce przy omawianiu rozprawy procesowej, albowiem protokół tam właśnie najwybitniejszą odgrywa rolę.

V. Okres procesu trzeci.

Odpowiedź na skargę i dalsze pisma przygotowane.

A. O terminie do jej wniesienia.

Jak już poprzednio mówiłem, przewodniczący senatu na audyencji pierwszej oznajmia i poleca uchwałą pozwanemu, by w ciągu terminu, który okresu czterech tygodni przekraczać nie może, wniósł na piśmie odpowiedź na skargę. Ta dyspozycja ustawy oszczędza wydawania zbytecznej w tym wypadku uchwały senatu, wygotowania takowej na piśmie i doręczenia jej stronom. Termin przez przewodniczącego senatu do wniesienia

odpowiedzi na skargę wyznaczony poczyna biedz z dniem ogłoszenia uchwały przewodniczącego (§. 124. p. c.) jednakże sam ten dzień do terminu się nie wlicza (§. 125. p. c.). Gdyby jednakże termin ów kończył się w niedzielę lub święto, to jeszcze w najbliższy dzień powszedni czynność procesowa działałą, a więc w obecnym wypadku odpowiedź na skargę wniesioną być może. Atoli termin do wniesienia odpowiedzi na skargę może być na żądanie pozwanego przez sąd przedłużonym. Warunki tego przedłużenia, a wogóle przedłużenia wszelkich terminów odwłocznych są (§. 128. p. c.) następujące:

1. Podanie o to musi być wniesionem przed upływem terminu, o którego przedłużenie chodzi, a więc w obecnym wypadku terminu do wniesienia odpowiedzi na skargę.

2. Proszący musi podać przyczyny żadanego przedłużenia. Przyczyny te zaś muszą być takie, że nie pozwalają proszącemu przedsięwziąć czynności procesowej (t. j. w obecnym wypadku wnieść odpowiedzi na skargę), a usunięcie tychże nie zależy od możliwości proszącego, a przynajmniej muszą to być przyczyny bardzo ważne, tak, iż bez żadanego przedłużenia proszący byłby narażonym na niepowetowaną szkodę.

3. Wreszcie winien proszący o przedłużenie terminu na żądanie sądu przywiedzione przez się przyczyny uwiarogodnić (glaubhaft machen). Samo pozwolenie strony przeciwnej na przedłużenie terminu nie krępuje sądu i nie jest dla niego decydującem. Co do trybu postępowania przy prośbach o przedłużenie terminu rozróżnić należy, czy

chodzi o pierwsze przedłużenie, czy o drugie lub dalsze.

Jeżeli idzie o pierwsze przedłużenie, przewodniczący senatu może takowego sam dozwolić, nie słuchając strony przeciwnej; jeżeli zaś idzie o drugie lub dalsze przedłużenie, a proszący nie wykazuje się pozwoleniem strony przeciwnej, lub jeżeli chodzi wprawdzie o pierwsze przedłużenie, ale przewodniczący senatu uważa przesłuchanie strony przeciwnej za potrzebne, wówczas zarządzi on to przesłuchanie t. j. zawiadzi stronę przed siebie lub każe się stronie przeciwnej oświadczyć na piśmie, poczem on, t. j. przewodniczący, wydaie decyzję co do żądanego odroczenia (§. 140 p. c.).

Postanowienia te o przedłużeniach terminów w szczególności terminu do wniesienia odpowiedzi na skargę są niewątpliwie niebezpieczne przewszystkiem dlatego, że na wzór obecnie obowiązującej noweli z r. 1874 nie zamykają drogi do ponownych próśb o odroczenie sankcją, że odroczenie jest ostatnie, a powtóre dlatego, że przesłuchanie strony przeciwnej na ponowną prośbę o przedłużenie może dawać pozwanemu miłą sposobność do przewłoki. Będzie więc wiele zależeć od energicznego ocenienia ważności przywiedzionych na przedłużenie przyczyn i uwiarygodnienie takowych, jak niemniej od surowego przestrzegania przepisu §. 142 p. c., wedle którego strona, która daje powód do przedłużenia terminu na wnioszek strony przeciwnej winna być zasądzoną na zwrot kosztów tem spowodowanych.

Wreszcie obawa, że prośba o przedłużenie może być prawomocnie odrzuconą, a tymczasem strona przeciwna zaskarzy zaoczność we wniesieniu odpowiedzi na skargę (§§. 398 i 145 p. c.) może również wpłynąć na pewną wstrzemięźliwość we wnoszeniu podań o przedłużenie terminu.

B. Formalności i osnowa odpowiedzi na skargę.

Tak jak skarga, jest również odpowiedź na skargę podaniem sądowem i podaniem czyli piśmie przygotowawczem.

Te wszystkie więc formalności i wymogi pisma przygotowawczego, o jakich mówiłem przy skardze, wchodzą tutaj w zupełne zastosowanie i dlatego ich tutaj nie powtarzam.

Podnoszę tutaj tylko, że pozwany musi wedle §. 37 p. c. (jeżeli tego przy sposobności pierwszej audyencyi nie dopełnił) przedłożyć w odpowiedzi na skargę pełnomocnictwo na osobę adwokata.

Treść odpowiedzi na skargę jest zawisłą od treści skargi i od wyników pierwszej audyencyi.

Będzie więc ona obejmowała albo bliższe faktyczne uzasadnienie i ofiarowanie dowodów na zarzuty formalne na audyencyi pierwszej przytoczonych, a nadto obejmie albo krótkie zaprzeczenie faktów skargi, przyczem samo ogólnikowe zaprzeczenie będzie zupełnie dostateczne, albo też krótkie przytoczenie tych okoliczności faktycznych, które stanowią materialne ekscepcye czy to peremtoryczne, czy to dylatoryjne, prawo powoda trwale znoszące resp. czasowo ubezwładniające.

Bliższy wywód o tem należy do teoryi procesu cywilnego.

Obok tych okoliczności faktycznych będą, jak w skardze, przywiedzione dowody, których pozwany przy rozprawie użyć zamierza, jak najmniej wnioski, które pozwany na rozprawie ustnej czynić chce, zatem także wniosek, czy powód ze skargą ma być w całości, czy w części oddalonym. Rzecz prosta, że jeżeli fakta skargi nie uzasadniają jej żądania, pozwany w odpowiedzi na skargę będzie mógł ograniczyć się do wniosku na oddalenie powoda. Wywody prawne, jak wogóle z każdego pisma przygotowawczego, są z odpowiedzi na skargę wykluczone.

Narzuca się tu każdemu sama przez się okoliczność, że nowy proces pisma pozwanego nie nazywa obroną, jak dotychczas, lecz odpowiedzią na skargę. Stało się to nie bez przyczyny, a jest nią jak wyżej przy omówieniu pism przygotowawczych zaznaczyłem to, że cały punkt ciężkości sporu spoczywa na rozprawie ustnej i żadne pismo przedtem wniesione samo przez się środków zaczepnych resp. obronnych nie substancjonuje. Pierwszego pisma przez powoda wniesionego ostatecznie nie dało się inaczej nazwać jak skargą, inna rzecz natomiast z dalszemi pismami stron, tutaj potrzeba było i na zewnątrz samą nazwą zmanifestować, że proces jest ustny i że obrony, repliki, dupliki i t. d., które są na piśmie ujętą treścią proces stanowią, należą do przeszłości.

Pod koniec uwaga, że odpowiedź na skargę będzie wniesioną z reguły podwójnie i z jednym napisem, a mianowicie jeden egzemplarz dla

powoda, jeden dla aktów, a rubrum dla pozwanego.

C. Formalne załatwienie odpowiedzi na skargę i skutki niewniesienia takowej.

1. Jeżeli pozwany odpowiedź na skargę wniesie, przewodniczący senatu zbada najpierw, czy nie zachodzi jaki brak formalny n. p. brak podpisu adwokata resp. pełnomocnictwa, w którym to razie usunięcie tych formalnych wad w sposobie przy skardze podanym nastąpi. Gdy zaś braków żadnych nie ma lub takowe usunięte zostały, przewodniczący senatu zastanowi się, czy zachodzi potrzeba resp. czy istnieją ustawowe warunki na wdrożenie postępowania przygotowawczego (co powód w skardze, a pozwany w odpowiedzi na skargę zaproponować może) czy nie. Jeżeli strony wdrożenie postępowania przygotowawczego zaproponowały, albo jeżeli przewodniczący senatu uznaje sam, że istnieją warunki i potrzeba takowego, zażąda przewodniczący uchwały senatu, czy ono ma być wdrożonem.

Jeżeli zaś potrzeba takiej uchwały nie zachodzi, albo senat zadecyduje, że do postępowania przygotowawczego nie ma prawnych warunków, przewodniczący senatu wyznacza dzień do ustnej rozprawy procesowej (mündliche Streitverhandlung) i zarządzi zarazem wszystko co potrzeba (n. p. zawezwie świadków, sprowadzi akta, dokumenta i t. p.), by ta rozprawa mogła się odbyć, aby na niej spór o ile możności był stanowczo rozstrzygniętym.

Skoro ta ustna rozprawa wyznaczoną będzie, a wyznaczyć ją tak należy, by od przypuszczalnego dnia doręczenia wezwania do samej rozprawy strony miały przynajmniej okres 8 dniowy do przygotowania się (§. 257 p. c.) wolno stronom przed rozprawą wymienić między sobą jeszcze dalsze pisma przygotowawcze. Albo bowiem powód z odpowiedzi na skargę spostrzeże konieczność czy to uzupełnienia twierdzeń lub dowodów skargi, potrzebę odpowiednich wniosków lub też odparcia ekscypcyj w odpowiedzi na skargę przywiedzionych, albo też w ogóle strony spostrzegą potrzebę jakiegoś uzupełnienia lub modyfikacyi bądź dowodów, bądź wniosków. Nie ma w tej mierze przepisanej żadnej kolei t. z. takie uzupełniające pismo przygotowawcze może wnieść tak dobrze powód jak i pozwany, przewodniczący senatu zaś zarządzi doręczenie tego pisma bezwzględnie stronie drugiej, zatrzymując jeden egzemplarz takowego w aktach. Atoli tak jak skargę i odpowiedź na skargę, tak samo i owe dalsze pisma przygotowawcze przewodniczący senatu musi dokładnie przetrutynować, albowiem z nich okazać się może potrzeba poczynienia dalszych zarządzeń dla ustnej rozprawy procesowej, a może się także okazać potrzeba wdrożenia postępowania przygotowawczego (co powodowi w ciągu tygodnia po doręczeniu mu odpowiedzi na skargę zawnioskować wolno [§. 246 p. c.]), w którym to przypadku przewodniczący zażąda decyzji senatu i w razie potwierdzającym natychmiast odwoła wyznaczoną rozprawę.

2. Dotychczas mieliśmy na oku przypadek, gdy odpowiedź na skargę przez pozwanego wniesioną została. Jeżeli jednak pozwany takowej w pierwotnym resp. przedłużonym terminie nie wniesie albo wniesienia takowej formalnie się zrzecnie, wówczas po myśli §. 398 p. c. powód może wytykając tę okoliczność prosić o wyznaczenie rozprawy procesowej a pozwanego spotykają na takowej — chociażby się na niej jawił — wszystkie skutki zaoczności, gdyż na ustne jego twierdzenia odnoszące się do rzeczy głównej żaden wzgląd na tej rozprawie brany być nie może.

Jedynie wtedy, gdy pozwany poczynił na audyencyi pierwszej formalne zarzuty a potem odpowiedzi na skargę nie wniósł, rozprawa procesowa ograniczy się do rozpoznania tych formalnych zarzutów, a jeżeli zostaną odrzucone, nastąpi *in re ipsa* zaoczność.

Rola więc pozwanego na takiej rozprawie wskutek niewniesienia odpowiedzi na skargę wyznaczoną, będzie taką samą, jak rola, dzisiejszego pozwanego w obronie skontumacowanego a stawającego na terminie inrotulacyjnym.

Jest to niewątpliwie bardzo poważny wylóm w zasadzie ustności, a motywa rządowe usprawiedliwiają to postanowienie tem, że pozwany stawając na audyencyi pierwszej objawił wprawdzie zamiar wdania się w spór, ale nie uczynił kroku potrzebnego do urzeczywistnienia tego zamiaru. Brakuje tedy na oświadczenie powoda w skardze substancyonowane, takiego samego oświadczenia ze strony pozwanego.

Przyznaję otwarcie, że mnie te argumenta bynajmniej nie zbudowały, najpierw dlatego, że argumentacja ta żywo przypomina pisma sporowe z dawnej pisemnej procedury a powtóre dla tego, że n. p. w postępowaniu powiatowem spór wcale dobrze może być przeprowadzonym, chociaż nie ma tam przepisanej odpowiedzi na skargę, natomiast bez skargi proces chyba żaden odbyć się nie może. Teoretycznie zatem nie można stawiać skargi i odpowiedzi na skargę na równi jako równorzędne warunki procesu.

Mniemam więc, że racya owej kontumacyi w razie nie wniesienia odpowiedzi na skargę, leżeć musi w czem innem (choć sędzę, że wprowadzono ją więcej ze względów praktycznych) a mianowicie w tem, że skoro proces trybunalski o ile możności ma być dokładnym i wyczerpującym i pośpiech, wskazany w postępowaniu powiatowem, w procesie trybunalskim gra wprawdzie ważną, ale nie pierwszorzędną rolę, skoro dalej nastawa nakazuje powodowi uwiadomić pozwanego już w samej skardze o swoim materyale faktycznym i dowodowym pod rygorem pewnych niekorzystnych dlań skutków, (o których później będzie mowa) to zasada równości stron w obec sądu w pewnej mierze wymaga, by także pozwany miał te same obowiązki w obec powoda, co powód w obec pozwanego.

W postępowaniu powiatowem porzucono odpowiedź na skargę ze względu na pośpiech, w postępowaniu trybunalskiem pomijając ten wzgląd zrównano pozwanego z powodem.

VI. Okres procesu czwarty.

Postępowanie przygotowawcze.

A. Warunki wdrożenia postępowania przygotowawczego.

Warunki te przywodzi ustawa w §. 245 p. c. wyliczając w trzech grupach owe sprawy, które do postępowania przygotowawczego się nadają i w których ono wprowadzić wolno.

Z reguły zatem — która w interesie szybkiego wymiaru sprawiedliwości oby w praktyce nie chciała być wyjątkiem — proces trybunalski po wniesieniu odpowiedzi na skargę powinien przyjść w stadium rozprawy ustnej procesowej czyli, jak ją zwie prof. Balasits, kontradyktoryjnej, a więc przewodniczący senatu powinien wyznaczyć dzień do tej rozprawy i wydać odpowiednie w tym celu zarządzenia. Jeżeli jednak — jak to powyżej wspomniałem — istnieje wniosek strony na wdrożenie postępowania przygotowawczego albo przewodniczący sam takowe uzna za potrzebne, wówczas zasięgnie w tej mierze uchwały senatu.

Senat zaś może uchwalić wdrożenie tego postępowania:

1. jeżeli *a)* spór toczy się o rzetelność rachunku, a więc jeżeli spór jest rachunkowym, dla którego dotychczasowa procedura osobny tryb postępowania przepisywała, albo

b) jeżeli spór toczy się o dział majątkowy (*Vermögensauseinandersetzung*) lub o podobne stosunki, w których nad znaczną liczbą spornych roszczeń, lub roszczeń przeciwnych, tudzież uwag (*Erinnerungen*) rozprawiać wypadnie. Należą tu więc — jak mó-

wią motywa rządowe — sprawy n. p. o dział spadku między spadkobiercami, o dział majątku spółki między spółnikami i t. p. Ustawa używa wyrażenia „Vermögensauseinandersetzungen“ co prof. Balasits przetłumaczył słowami „działy majątkowe“, może zbyt ścieśniająco. Wyrażenie to jednak oczywiście nietechniczne (ileż majątek jest pojęciem nie prawnem ale ekonomicznem, a „Auseinandersetzung“ wskazuje jedynie na znacniejszą ilość jakichś pozycji) znajduje swe wyjaśnienie w końcowych słowach ustępu §. 245 l. 1., z których wnosić należy, że przez Vermögensauseinandersetzung rozumieć trzeba takie spory, które obejmują znaczną ilość spornych pretensyi, czyto przez powoda, czy przez pozwanego postawionych.

Z tego ostatniego ustępu §. 245 ust 1. p. c. jak nie mniej w ogóle ze słowa „kann angeordnet werden“ (a nie muss) wynika także i ta konsekwencya, że nie każdy spór rachunkowy musi koniecznie przebyć postępowanie przygotowawcze, ale tylko wtedy, jeżeli takowy obejmuje rzeczywiście znaczną ilość pozycji zakwestyonowanych. Jeżeli tego nie ma, postępowanie przygotowawcze nie powinno być wdrożonem.

II. Postępowanie przygotowawcze dalej może być przez senat zarządzonem, jeżeli to, co strony w pismach przygotowawczych pod względem faktów naprowadziły, jest takiej objętości i treści (von solchem Umfange und von solcher Art), że w celu przyspieszenia i uproszczenia ustnej rozprawy procesowej okazuje się wskazaniem, by je poprzód uporządkowano i przejrzano (Ordnung und Sichtung). Jakie spory wejdą pod tę rubrykę, to się oczy-

wiecie jakościowo t. j. ze względu na tytuł prawny oznaczyć nie da, każdy bowiem spór, który ilościowo ze względu na fakta podstawę skargi czy excepcyi tworzące będzie przedstawiał trudności do doraźnego opanowania na rozprawie, będzie mógł wejść pod tę rubrykę. Gdy zaś pojęcie objętości treści, jak niemniej opanowania materiału procesowego są bardzo indywidualne, gdy dalej proces bądź co bądź, będzie spoczywał przede wszystkim na barkach przewodniczącego senatu, przeto w praktyce przewodniczący senatu zdolni i siebie pewni z tytułu tej rubryki jak najmniej spraw dopuszczają do postępowania przygotowawczego. Natomiast gdzieby tych warunków nie było, zachodzić słuszną obawą może, że rubryka ta może być wygodną furtką do wprowadzenia sprawy na tory pisemnego postępowania, jakim jest — jak to zaraz zobaczymy — w gruncie rzeczy postępowanie przygotowawcze. A furtka ta tem bezpieczniejsza, że od uchwały wdrażającej postępowanie przygotowawcze prawnego środka nie ma.

Pomiędzy grupą sporów pierwszą a obecną drugą, zachodzi, jak panowie widziecie, nadzwyczaj ściśle pokrewieństwo duchowe, tak że w praktyce mogłaby niejednokrotnie powstać wątpliwość, z jakiego ustępu §. 245 wdrożyć należy postępowanie przygotowawcze, pierwszego czy drugiego. Ta trudność jednak nie ma praktycznego znaczenia, co niebawem wyjaśnię.

III. Nakoniec postępowanie przygotowawcze może być wdrożonem, jeżeli się strony dla sprawdzenia faktów zaprzeczonych, a okazujących się stanowczymi powołują na dowody, które podczas

ustnej rozprawy procesowej (kontraduktoryjnej) przed sądem nie mogą być przeprowadzone, (n. p. z reguły wizya lokalna, skomplikowany i dłuższych badań wymagający dowód ze znawców i t. p.), lub gdy przypuścić wypada, że przeprowadzenie tych dowodów w ciągu ustnej rozprawy procesowej byłoby ze znacznymi trudnościami lub niestosunkową zwłoką połączone a w szczególności, gdy strony wiodą świadków, którzy nie mieszkają ani w miejscu siedziby sądu polubownego, ani w pobliżu albo gdy mniemać wolno, że przesłuchanie wymienionych świadków poza rozprawą i na miejscu do wykrycia prawdy przyczynić się może.

Postanowienia tego ustępu 3-go §. 245 p. c. są wcale jasne — zwracam jednak uwagę, że sąd nie musi lecz tylko może wdrożyć postępowanie przygotowawcze, chociażby n. p. przesłuchać się mający świadek nie mieszkał ani w Rzeszowie ani w Tyczynie ale n. p. we Lwowie. Jeżeli bowiem n. p. przedmiot sporu jest znacznie szerszy a świadek taki miałby stwierdzić okoliczności skomplikowane, tak, że przypuścić należy, że wiele na jego bezpośrednich zeznaniach na rozprawie zależeć może, wówczas przewodniczący senatu bądź na wniosek strony, bądź też sam zarządzi wezwanie tego świadka do rozprawy, a wniosku na postępowanie przygotowawcze w senacie nie postawi resp. senat wniosku takiego przez stronę postawionego nie uwzględni. Taki przypadek zajdzie mianowicie wtedy, gdy strona spór wiodąca oświadczy gotowość ponieść kosztą z powołaniem świadka do rozprawy połączone bez regresu do drugiej strony (§. 328 p. c.).

Oto są trzy grupy warunków, od których ustawa możliwość wprowadzenia postępowania przygotowawczego zawisłą czyni.

Nadmienić wypada, że w projekcie rządowym odnośny §. 255 brzmiał inaczej, a w szczególności dopuszczał wdrożenia postępowania przygotowawczego także wtedy, jeżeli obie strony zgodny wniosek na to postępowanie postawiły. Komisye jednakże postanowienie to eliminowały, a to w interesie zasady ustności i bezpośredniości rozprawy i okazały się więcej, niż projekt rządowy konsekwentniejszemi w tym poglądzie, że stronom wprawdzie wolno praw swoich prywatnych dochodzić lub nie, ale oddawszy raz sprawę sądowi pod rozpoznanie już nie one, ale sąd procesem dysponować winien.

B. Przebieg postępowania przygotowawczego.

Senat uchwalając wdrożenie postępowania przygotowawczego wyznaczy zarazem sędziego, który je ma przeprowadzić, a jeżeliby temuż w wykonaniu polecenia stanęło coś na przeszkodzie, przełożony sądu wyznaczy innego sędziego. W praktyce niewątpliwie owym sędzią do przeprowadzenia postępowania przygotowawczego wyznaczonym, przez ustawę *der beauftragte Richter* zwanym, będzie jeden z członków senatu, nie może zaś nim być sam przewodniczący senatu, a to z tego powodu, że po myśli §. 255 p. c. przeciwko zarządzeniom i uchwałom sędziego wyznaczonego wolno szukać pomocy u przewodniczącego senatu, któremu odnośna sprawa została przydzieloną.

Rozprawa przed sędzią wyznaczonym w postępowaniu przygotowawczem nie jest publiczną (§. 175 p. c.).

Co do zakresu działania sędziego wyznaczonego, to w zasadzie jego uprawnienia i obowiązki są te same, co przewodniczącego senatu, a więc on kieruje całą rozprawą między stronami — udziela stronom głosu i odbiera takowy i przeprowadza dowody o ile takowe w postępowaniu przygotowawczem przeprowadzać mu je wolno i t. d. Tak jak w procesie karnym formalne stanowisko sędziego śledczego i przewodniczącego trybunału jest identyczne, tak samo też ma się w procesie cywilnym, co do formalnego stanowiska sędziego wyznaczonego i przewodniczącego senatu. Jedynie stron pod przysięgą w żadnym razie w postępowaniu przygotowawczem przesłuchiwać mu nie wolno.

Sędzia wyznaczony wprowadzi w tok postępowanie przygotowawcze przez wyznaczenie audyencyi, którą ewentualnie brevi manu odroczyć może, — dalszy jednak kierunek tego postępowania jest zawisłym od tego, z jakiego powodu postępowanie przygotowawcze przez senat uchwalonem zostało. Ustawa mianowicie wskazuje sędziemu wyznaczonemu co i jak ma czynić wedle tego, czy postępowanie przygotowawcze wdrożono z ustępu 1-go, czy 2-go, czy 3-go §. 245 p. c. A więc jeżeli spór toczy się o rzetelność rachunku lub o dział majątkowy albo o podobne stosunki, w których nad znaczną liczbą spornych roszczeń e. t. c. rozprawać wypada, wówczas wedle §. 250 p. c. sędzia wyznaczony przeprowadza między stronami roz-

prawę nad każdym szczegółowem roszczeniem powoda lub pozwanego, nad każdym środkiem zaczepnym i odpornym, nad każdym zarzutem i wyjaśnieniem z osobna i wynik tej rozprawy stwierdza w protokole. Zresztą patrz ustęp ostatni §. 250 p. c. Jeżeli zaś spór odesłano do postępowania przygotowawczego dla tego, że to co strony w pismach przygotowawczych pod względem faktów naprowadziły, jest takiej objętości i treści, że je przed rozprawą trzeba uporządkować i przejrzeć, wówczas sędzia wyznaczony postąpi wedle §. 251 p. c., który opiewa

Porównawszy osnowę tego §, 251 z osnową poprzedniego §. 250 normującego postępowanie przygotowawcze w sporze rachunkowym o dział majątkowy i t. d. okazuje się, że rozmaitemi słowami wyrażają one jedno i to samo. Różnicy między tymi §§. co do treści nie ma. Ta tautologia §§. 250 i 251p. c. pod względem techniki prawodawczej nie wątpliwie szczęśliwą nie jest, ma jednak tę dobrą stronę, że ponieważ niejednokrotnie w praktyce trudnoby się było zdecydować, z którego ustępu, 1-go czy 2-go §. 245 p. c. spór do postępowania przygotowawczego się nadaje, dla sędziego wyznaczonego będzie ta kwestya obojętną, bo czy z 1-go, czy z 2-go ustępu ón jednakowo postępować będzie.

O ile działalność sędziego wyznaczonego w powyższych dwóch wypadkach postępowania przygotowawczego odnosi się głównie do uporządkowania i wyjaśnienia twierdzeń i środków dowodowych przez strony ofiarowanych bez przeprowadzenia jednak z reguły tych dowodów a więc

jedynie do samej rozprawy między stronami i to tak pod formalnym jak i merytorycznym względem, to w trzecim wypadku postępowania przygotowawczego rzecz się ma wprost przeciwnie.

Jeżeli mianowicie wdrożono to postępowanie z ustępu 3-go § 245 p. c. który opiewa . . . wówczas sędzia wyznaczony wprawdzie przed spełnieniem właściwego zadania t. j. przed przeprowadzeniem dowodów, przesłucha strony co do przedmiotu sporu, atoli wedle §. 253 p. c. tylko o tyle, o ile się z nim koniecznie zaznajomić musi, by był w stanie kierować i dokładnie wykonać zleczone mu przeprowadzenie dowodów. Ograniczy się też sędzia wyznaczony do tych dowodów, dla których sprawę do postępowania przygotowawczego przekazano. Jeżeliby zaś sędzia wyznaczony dowodu sam przeprowadzić nie mógł n. p. świadek mieszka w innym obwodzie, albo trzeba go przesłuchiwać na miejscu i t. p. (§. 328 p. c.) wówczas sędzia wyznaczony przeprowadzi dowód w drodze rekwizycyi przez sędziego, którego ustawa nazywa sędzią wezwany (der ersuchte Richter) a po nadesłaniu mu aktu przeprowadzonego dowodu zbada takowy, czy takowy pod względem faktycznym i prawnym odpowiada celowi.

Po przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego we wskazanych wyżej kierunkach sędzia wyznaczony przedkłada akta i protokoły w obec siebie działające przewodniczącemu senatu, który akta te zbada i jeżeli bądź z własnej mocy, bądź z uchwały senatu, do którego się odnieść może, nie spowoduje uzupełnienia postępowania przygo-

towawczego, wówczas wyznaczy dzień do rozprawy procesowej czyli kontradyktryjnej.

Nadmienić jeszcze należy, że ów przewodniczący senatu jest instancją, do której strony na uchwały i rozporządzenia sędziego wyznaczonego żalić się, ewentualnie przyspieszenia żądać mogą. Od decyzji przewodniczącego senatu na takie zażalenia zapadłej nie ma dalszego środka prawnego (§. 255 p. c.).

Dotychczas mieliśmy na oku głównie działalność sędziego wyznaczonego w postępowaniu przygotowawczem. Co do stron, to przedewszystkiem zauważam, że w postępowaniu przygotowawczem obowiązuje także przymus adwokacki, to znaczy strona musi być zastąpioną przez adwokata albo musi stawać w jego asystencyi, w przeciwnym razie byłaby uważaną za niejawiącą się wcale. Ustęp 2-gi §. 248 p. c. stanowi więc wyjątek od zasady wypowiedzianej w §. 27 p. c. wedle której przy czynnościach procesowych przed sędzią wyznaczonym przedsiębiorznych przymusu adwokackiego nie ma.

Strony stawające wobec sędziego wyznaczonego w postępowaniu przygotowawczem nie mają wprawdzie prawa wychodzić poza żądania w pismach przygotowawczych podniesione, do uzasadnienia jednak resp. zwalczenia tych roszczeń wolno stronom wprowadzać fakta lub dowody, o jakich nie było wzmianki w pismach przygotowawczych. Lecz stronie nietylko wolno owe nowości wprowadzać, ale jest ona do tego obowiązana, gdyż wedle §. 263 p. c. jeżeli postępowanie przygotowawcze toczyło się z przyczyn w §. 245

ustęp 1-szy i 2-gi wymienionych, na rozprawie procesowej tylko wtedy wystąpić wolno z nowymi roszczeniami, twierdzeniami i zarzutami dowodowymi, jeżeli strona uprawdopodobni, iż w czasie postępowania przygotowawczego nie miała żadnej wiadomości o istnieniu tych nowych twierdzeń resp. środków dowodowych. Widzimy więc, że w postępowaniu przygotowawczem obowiązuje nie tylko w całej pełni zasada przezorności ale nawet w postaci surowszej, niż w obecnym procesie pisemnym.

Niestawiennictwo strony na audyencyi przed sędzią wyznaczonym nie pociąga za sobą żadnych dla niej ujemnych skutków, jeżeli audyencya była rozpisaną jedynie dla przeprowadzenia dowodu. Inaczej rzecz się ma, jeżeli audyencya nie wyłącznie w celu przeprowadzenia dowodu rozpisaną była. Wówczas bowiem wedle §. 254 p. c. to, co strona stawająca przedstawiła, będzie w protokole stwierdzonem i ponowna audyencya wyznaczona a zarazem na wniosek strony stawającej będzie tej niestawającej stronie doręczonym odpis protokołu. Zarazem będzie stronie nieposłusznej oznajmionem, że jeżeli na powtórnej audyencyi nie stanie, faktyczne twierdzenia w doręczonym odpisie protokołu zawarte będą za prawdziwe poczytane i od niej już więcej żadne oświadczenia, jakie na ofiarowane lub przedłożone środki dowowe złożyć miała, przyjęte nie będą (prekluzya). Uzupełnieniem poniekąd tych przepisów §. 254 p. c. jest przepis §. 263 p. c.. wedle którego na rozprawie procesowej nie wolno stronie więcej przychodzić z takimi oświadczeniami na fakty, tudzież na ofiarowane lub przedłożone dowody, których w postę

powaniu przygotowawczem pomimo wezwania sędziego wyznaczonego zaniechała lub odmówiła.

Dlaczego ustawa w obec niestawającej strony zaraz na pierwszej audyencji rygoru zaoczności nie wypowiada, wyjaśniają motywa rządowe, że dlatego, ponieważ postępowanie przygotowawcze nie toczy się przed sędzią wyrokującym, nie ucho dzi więc od razu dopuszczać takiego rygoru. Aby zaś z drugiej strony przeszkodzić szykanie, któraby niewątpliwie z tego korzystała, gdyby niejawienie się strony na audyencji w postępowaniu przygotowawczem było zupełnie bezkarnem, wprowadzono rygory, o których wyżej była mowa. Jeżeli zaś obie strony przed sędzią wyznaczonym się nie jawią, a jak sądzę, audyencya nie wyłącznie do przeprowadzenia dowodu rozpisana była. wówczas po myśli §. 170 p. c. pociąga to za sobą spoczywanie procesu, o którym przy omawianiu audyencyi pierwszej już wspomniałem.

C. Ogólne uwagi o postępowaniu przygotowawczem.

Jakkolwiek dla nowego procesu austriackiego cywilna procedura niemiecka była nie tylko wzorem, ale wprost studnią, z której całe paragrafy, prawie dosłownie czerpano, jakkolwiek w procesie niemieckim wedle §. 318 jedynie w sporach rachunkowych, w sporach o działy majątkowe i o podobne stosunki, postępowanie przygotowawcze jest dopuszczalnem, nasza ustawa — jakeśmy to widzieli -- poszła znacznie dalej i rozszerzyła zakres postępowania przygotowawczego z niewątpliwą ujmą dla ustności i bezpośredniości procesu.

To stanowisko swoje tłumaczy rząd w motywach zasadą koncentracji procesu. Jeżeli mianowicie proces ma znaleźć swe rozwiązanie w końcowej rozprawie kontradyktoryjnej, to trzeba ją tak przygotować, by się ona rzeczywiście odbyła i aby jej n. p. dla przeprowadzenia koniecznego jakiegoś dowodu nie odraczano. Lepiej tedy n. p. dowód taki antycypować przez przeprowadzenie go w postępowaniu przygotowawczem coś na kształt dzisiejszego dowodu ku wiecznej pamięci. Jeżeli dalej, powiadają motywa, uznanem jest powszechnie, że spory rachunkowe wymagają przygotowawczego postępowania, dlaczegoż tego nie zastosować tam, gdzie te same zachodzą warunki a więc, gdzie materiał procesowy jest tak obfity, że koniecznie uporządkowania przed rozprawą potrzebuje. Więc konsekwentniej i lepiej jest na wzór istniejącego w procesie karnym przygotowania do rozprawy głównej również w procesie cywilnym przygotować tak materiał faktyczny i dowodowy do ustnej rozprawy kontradyktoryjnej, a chociaż przez to abstrakcyjnie proces na ustności i bezpośredniości straci, to konkretnie stanie się bardziej pojedynczym, więcej elastycznym, krótszym i tańszym.

Przeciwko tym poglądom rządowym odzywały się atoli liczne głosy. W szczególności posłowie dr. Byk i towarzysze proponowali ograniczenie postępowania przygotowawczego jedynie do procesów rachunkowych, to też komisye znacznie ograniczyły projektowany przez rząd zakres postępowania przygotowawczego i jeszcze przy tem wyraziły obawę, by zwłaszcza w początku w postępowaniu przygotowawczem proces ustny nie

utonął. Rzeczywiście obawy co do postępowania przygotowawczego nie są nieuzasadnione, bo jeżeli nawet w procesie karnym spotyka się czasem u sędziego pewne uprzedzenie z aktów śledczych zaczerpnięte, to cóż dopiero w procesie cywilnym, w którym n. p. przeprowadzony w postępowaniu przygotowawczem dowód z reguły nie będzie na rozprawie powtórzony. Nie wydaje mi się także zrozumiałem, dlaczego uporządkowanie i przegląd rozległego materiału procesowego nie przewodniczący senatu, ale sędzia wyznaczony ma przedsiębrać. To też słusznie obawiać się trzeba, że tę samą pracę dwóch t. j. sędzia wyznaczony i przewodniczący senatu uskuteczniać będzie, co nie pozostanie bez wpływu na szybkość procesu.

Postępowanie przygotowawcze określa prof. Balasits jako pisemne i zupełnie słusznie. Jakkolwiek bowiem z czynności swoich sędzia wyznaczony sporządza protokół, na wzór dzisiejszego procesu ustnego, to przecież i dzisiejszy proces ustny jest właściwie pisemnym, skoro nie to, co strony mówiły, lecz to co w protokole jest zapisaniem jest potem przedmiotem rozpoznania sędziego wyrokującego. Jak się zaś później przekonamy, przy rozprawie procesowej akta postępowania przygotowawczego — jeżeli się ono odbyło — resp. referat z tych aktów odegra najważniejszą rolę. Jeszcze jedna uwaga. W przypadkach §. 245 ustęp 1. i 2. sędzia wyznaczony przeprowadza jedynie rozprawę między stronami, jak mówią motywa rządowe, zbiera, ustala i porządkuje cały dla rozprawy ustnej ważny materiał procesowy, nie przeprowadza jednak dowodów chyba, że za-

chodzą także warunki z ustępu 3-go §. 245 n. p. dowód ze znawców połączony z oględzinami oddalonego przedmiotu sporu. Otóż sąd orzekający zarządzi przeprowadzenie dowodu na rozprawie tylko wtedy, jeżeli uznaje okoliczność faktyczną danym środkiem dowodowym stwierdzić się mającą za ważną — sędzia wyznaczony zaś przeprowadzi ów dowód *anticipative* już wtedy, jeżeli ta okoliczność zdaje mu się być ważną (wann sie ihm erheblich erscheint). Wynika to ze stanowiska sędziego w postępowaniu przygotowawczem wobec stanowiska sędziego wyrokującego. Sędzia wyznaczony nie jest sędzią wyrokującym, musi się więc liczyć z tem, że chociaż on sam pewnej okoliczności za ważną nie uznaje, sąd wyrokujący może być innego zdania.

Jeżeli więc postępowanie przygotowawcze ma rzeczywiście przygotować rozprawę tak, by ona bez przeszkody się odbyła, zakres dla dowodów w postępowaniu przygotowawczem przeprowadzonych, musi być *in principio* obszerniejszym, chociażby się potem przy rozprawie zbyteczność niejednego przeprowadzonego dowodu okazać miała.

VII. Okres procesu piąty.

Ustna rozprawa procesowa (kontradyktoryjna).

Po wniesieniu odpowiedzi na skargę resp. po przeprowadzonym postępowaniu przygotowawczem wyznacza przewodniczący senatu ustną rozprawę kontradyktoryjną tak, aby strony miały

od doręczenia wezwania czas przynajmniej 8 dniowy do przygotowania się do niej. Zarazem w załatwieniu wniosków stron w pismach przygotowawczych postawionych przewodniczący wydaje stosowne zarządzenia, zawiadamiając o tem obie strony tak, aby rozprawa bez przeszkody odbyć się mogła.

Jest to najważniejszy okres postępowania cywilnego, albowiem właściwy punkt ciężkości procesu na tej rozprawie spoczywa. Ona bowiem ma zebrać cały materiał tak faktyczny jak dowodowy i na podstawie takowego ma być wydanym dokładnie umotywowany wyrok. Dla tego żałować trzeba, że podobnie jak w procesie karnym nie nazwano tej rozprawy rozprawą główną. Ustawa nazywa ją *mündliche Streitverhandlung* — co prof. Balasits tłumaczy słowami *ustna rozprawa kontradyktoryjna*. Może popularnie będzie się ona nazywać rozprawą drugą w odróżnieniu od audyencyi pierwszej. Systematyczne choćby tylko pobieżne przedstawienie rozprawy kontradyktoryjnej jest nadzwyczaj trudnem, skoro właściwy proces z możliwością najrozmaitszych ewentualności w tej rozprawie leży. Ponieważ jednak rozprawa toczy się przed sądem przy zachowaniu pewnych formalności między stronami, które twierdzenia swoje udowodnić są obowiązane, przeto będą najpierw mówić o sędzie rozprawy, potem o formalnościach rozprawy, następnie o rozprawie między stronami dzielącej się na właściwą rozprawę i na postępowanie dowodowe. Brak prac w tym kierunku niechaj będzie usprawiedliwieniem tej nieudolnej próby.

A. O sędzie rozprawy.

Rozprawa procesowa (kontradyktoryjna) toczy się przed senatem, złożonym wedle §. 7, N. J. z przewodniczącego i dwóch członków a to po myśli §. 477 ustęp 2. p. c. pod nieważnością. W sprawach handlowych, morskich i górniczych zamiast jednego sędziego prawnika zajmie miejsce jeden sędzia fachowy obywatelski. Z mniejszej ilości członków senat składać się nie może, jednak do rozprawy dłuższej wolno przewodniczącemu przybrać sędziego lub sędziów uzupełniających (§. 9, N. J.), którzy biorą udział w rozprawie i zajmą miejsce członka, który ze senatu wystąpił. Atoli skład senatu nie jest niezmiennym i może w ciągu rozprawy ulegć zmianie. Aby mianowicie uniknąć przewłoki procesu z powodu zarzutów niewłaściwości sądu dzisiaj bardzo częstych wprowadzają §§. 61 i następne N. J. instytucją dotychczas zupełnie nieznaną.

Jeżeli bowiem zarzutem niewłaściwości sądu zaprzeczono kompetencji senatu cywilnego resp. handlowego lub górniczego jako takiego i jeżeli sąd ten zarzut ale przed zamknięciem rozprawy w rzeczy głównej uwzględnić postanowił, wówczas może senat cywilny zarazem uchwalić, by zamiast członka senatu, sędziego-prawnika wstąpił zaraz do dalszej rozprawy sędzia fachowy, resp. senat handlowy czy górniczy może uchwalić, by zamiast sędziego fachowego wstąpił do senatu sędzia prawnik. W takim razie rozprawa toczy się już dalej przed zmienionym senatem, a uchwała co do niewłaściwości sądu bę-

dzie zamieszczoną w rozstrzygnięciu sprawy głównej.

Jeżeli jednak sąd decyzyę co do zarzutu niewłaściwości — o ile chodzi o kwestyę, czy senat cywilny, czy handlowy, czy górniczy sprawę rozstrzygnąć winien — wstrzymał, aż do wydania orzeczenia w sprawie samej, już nie senat, ale sam przewodniczący może lecz nie musi powołać jednego sędziego do rozprawy jako sędziego uzupełniającego.

Mianowicie przewodniczący senatu cywilnego powoła asesora handlowego resp. górniczego, a przewodniczący senatu handlowego resp. górniczego powoła sędziego prawnika. W owym wypadku senat będzie się składał z 4 osób, trzech sędziów głównych i jednego uzupełniającego. Jeżeli tedy po zamknięciu rozprawy senat n. p. cywilny na naradzie odrzuci zarzut niewłaściwości, uczyniony w tym kierunku, że sprawa należy do sądu handlowego, wówczas asesor handlowy, który funkcyonował w charakterze sędziego uzupełniającego, wcale do głosu nie przychodzi i ani w naradzie, ani w głosowaniu udziału nie weźmie i nie jest obowiązany oznajmić swego votum w osobnem piśmie przewodniczącemu senatu. Natomiast jeżeli na naradzie senat cywilny uzna, że rzecz należy przed senat handlowy, wystąpi jeden sędzia-prawnik ze senatu, a głos w naradzie i decyzji zabiera asesor handlowy. Ten jednak sędzia, który ze senatu wystąpił, musi zdanie swoje w osobnem piśmie przewodniczącemu senatu do trzech dni oznajmić. Taki sam proceder, ale odwrotny zachodzi, jeżeli sprawa toczy się przed

senatem handlowym a zarzucono, że sprawa należy do orzecznictwa cywilnego.

Owe votum sędziego uzupełniającego ma swoje przeznaczenie. Jeżeliby bowiem sąd wyższy rzeczywiście niewłaściwość senatu cywilnego, handlowego czy górniczego jako takiego uznał za istniejącą, wówczas pomimo to nie zniesie wyroku dla wadliwości senatu, jeżeli z votum sędziego, który wystąpił, okaże się, że wyrok byłby zapadł taki sam.

Obok senatu funkcjonuje także zaprzysiężony protokolista, który w procesie przyszytym ze względu na wielką wagę protokołu będzie miał wcale trudne zadanie.

Kierownictwo procesem na rozprawie rozdziela ustawa między przewodniczącego a senat. Kierownictwo to nie jest tylko czysto formalnem, jak w dzisiejszym procesie pisemnym, gdzie sąd wobec stron względnie wnoszonych przez nie pism sporowych przestrzega jedynie zachowania formalności, a rozpoznając następnie takowe przy ferowaniu wyroku nie ma prawa wpływać na treść podań strony, gdzie tedy sąd wobec stron co do instrukcyi procesu zupełnie bierne zajmuje stanowisko. Przeciwnie w procesie nowym kierownictwo to jest materyalnem, bo sąd tj. przewodniczący i senat są nietylko uprawnieni ale zobowiązani dochodzić prawdy rzeczywistej, a więc już nie formalnej, jak dotychczas, ale materyalnej, jak w procesie karnym. Tę zasadę procesu cywilnego wyraża §. 178 p. c., który nakazuje każdej stronie podać w swych przemówieniach zgodnie z prawdą a nadto w zupełności i stano-

wczo wszystkie faktyczne okoliczności, jakich prawo w celu uzasadnienia jej wniosków żąda. Tę zasadę dalej wyraża §. 182 p. c., który nakazuje przewodniczącemu a dozwala członkom senatu przez zadawanie pytań i w inny sposób, dążyć do tego, by strony przedstawiły fakty dla rozpoznania sprawy stanowcze, uzupełniły swoje przedstawienia, wymieniły środki dowodowe i w ogóle udzieliły wszelkich niezbędnie potrzebnych wyjaśnień w celu zgodnego z prawdą ustalenia stanu faktycznego praw i roszczeń, z jakimi strony przed sądem wystąpiły. Czy i o ile ta zasada prawdy materialnej nowego procesu cywilnego jest tak bezwzględna jak np. w procesie karnym, to już należy do wykładu zasad procesowych.

Rozchodzi się teraz o kwestyę, jak ustawa rozdzieliła owo kierownictwo procesu na rozprawie między przewodniczącego a senat. Ponieważ kierownictwo przez sam senat wykonywane wpływałoby na proces w wysokim stopniu utrudniająco (gdźby ciągle trzeba było zasięgać uchwały senatu), przeto ustawa rozdzieliła to kierownictwo w ten sposób, że przewodniczący ma wykonywać te akta kierujące, które się powtarzają i gładkie przeprowadzenie rozprawy umożliwiają, gdzie zaś chodzi o uporządkowanie tego, co ma być przedmiotem rozprawy, lub gdzie zajdzie różnica zdań między przewodniczącym a stronami pod względem dyspozycyi przewodniczącego tam dysponuje senat.

I tak przewodniczący senatu :

1, otwiera rozprawę, kieruje nią i ją zamyka, udziela głosu i odbiera takowy, słucha osoby zeznające, ogłasza rozstrzygnięcia senatu (§. 180 p. c.);

2. w razie odłożenia rozprawy wyznacza natychmiast nową audyencyę i rozporządza, co potrzeba, by sprawa na najbliższej audyencyi mogła być załatwioną (§. 181);

3. zadaje pytania i w inny sposób dąży do tego, aby strony zgodnie z prawdą przedstawiły fakty i wymieniły dowody;

4. zwraca uwagę stron, że w swem przemówieniu odstępuje od treści pisma przygotowawczego itp. (§. 182);

5. wolno mu rozkazać stronom, by w pewnym terminie złożyły w sądzie dokumenta, które tam przeciwnikowi przeglądać wolno, by wymieniły sądowi nazwiska i mieszkania świadków (§. 181 p. c.);

6. wolno mu zawezwać strony do osobistego jawienia się do ustnej rozprawy, ale przymusu w tym kierunku żadnego nie ma (w projekcie rządowym był użyty wyraz anordnen, który komisya zastąpiła słowem auffordern) (§. 283 ust. 1 p. c.);

7. porównaj §. 183 ustęp 2, 3, 4 p. c.;

8. przewodniczący senatu wpływa dalej w sposób ustawą określony na sporządzenie protokołu rozprawy:

9. przewodniczący senatu kieruje postępowaniem dowodowem a więc oznacza kolej dowodów, przesłuchuje świadków, znawców, zaprzysięga ich, pyta ich o generalia, wzywa do związkowego opo-

wiedzenia, co im jest wiadomem o przedmiocie badania, pyta ich o rationem sciendi, konfrontuje ich itd.:

10) do przewodniczącego należy dalej tż. policzyć posiedzenia a więc on pilnuje porządku przy rozprawie, zarządza wydalenię osób przeszkadzających podobnie jak na rozprawie głównej w procesie karnym itd.

Powyższe funkcyje przewodniczącego senatu w zakres kierownictwa procesu wchodzące są oczywiście tylko przykładowo przywiedzione.

Natomiast do senatu należą:

1. Dcyyzyc wskutek odwołania się stron od postanowieni przewodniczącego odnoszących się do kierownictwa procesu.

2. Uchwała na połączenie rozprawy co do sporów w tym samym sądzie między temi same-mi osobami prowadzonych, albo jeżeli w nich jedna i ta sama osoba wobec kilku powodów lub pozwanych stawa.

3. Uchwała na rozdzielenie rozprawy o kilka roszczeń jedną i tą samą skargą objętych lub rozdzielenie rozprawy co do wzajemnego roszczenia pozwanego.

4. Uchwała na rozdzielenie rozprawy co do poszczególnych punktów spornych danej sprawy, co w szczególności do rozdzielenia rozprawy co do zarzutów formalnych od rozprawy co do rzeczy głównej się odnosi.

5. Uchwała na przerwanie procesu aż do załatwienia innego preiudycyalnego sporu sądowego lub preiudycyalnej sprawy administracyjnej.

6. Uchwała przerwania postępowania aż do załatwienia sporu o dopuszczenie interwencji ubocznej lub głównej.

7. Uchwała na przerwanie postępowania aż do załatwienia postępowania karnego, którego wyrok na proces cywilny wpływ mieć może.

8. Uchwała na cofnięcie tych wszystkich postanowień na podstawie prawa kierownictwa procesem wydanych.

9. Uchwała na dowód (Beweisbeschluss) t. j. uchwała dopuszczająca przeprowadzenie dowodu lub odmawiająca przeprowadzenia takowego.

10. Uchwały skazujące na nagany, grzywny lub areszt z powodu przekroczeń przepisów w polityce posiedzenia.

11. Uchwała na odroczenie rozpoczętej już rozprawy.

12. Uchwała z §. 156, 157 p. c.

13. Uchwała na ponowne otwarcie raz już zamkniętej rozprawy.

14. Uchwała na wykluczenie jawności rozprawy.

15. Uchwała niedozwalająca wprowadzenia nowości jako widocznie do przewłoki dążącego (§. 179 p. c.).

16. Liczne uchwały w postępowaniu dowodowym n. p. czy świadek ma być słuchanym bez przysięgi, jeżeli się na to obie strony zgodziły, albo że przesłuchanie świadka ma być zaniechaniem, że decyzja co do zaprzysiężenia świadka nastąpi po jego przesłuchaniu, albo że zaprzysiężenie zastrzeżone po przesłuchaniu wcale nie nastąpi itd., itd.

B. O formalnościach rozprawy procesowej.

Formalnościami rozprawy są wszystkie te przepisy, które określają sposób, w jakim rozprawa ma być między stronami a przed sądem przeprowadzona.

W tym znaczeniu więc cały rozdział niniejszej pracy mówi tylko o formalnościach rozprawy. Jednakże między temi formalnościami są dwie takie — które niejako leżą poza sądem i stronami, gdyż bez nich ostatecznie rozprawa przeprowadzić się da, a które przecież koniecznie zachowane być muszą.

Do tych formalności liczę jawność rozprawy i spisanie protokołu rozprawy.

Gdy jednakże wedle logicznego porządku kwestya protokołu jako pisemnego obrazu samej rozprawy dopiero po rozprawie omawianą być może, przeto tutaj chcę mówić tylko o samej jawności rozprawy.

Jak wiadomo dzisiejszy proces cywilny zna jawność rozprawy ale tylko wobec stron, to też o każdym zarządzeniu procesowem sędziego dzisiaj obie strony zawiadomić musi i żaden krok sędziego w obec stron tajnym być nie może. Taką jawność zatrzymuje oczywiście i nadal nowa procedura cywilna (por. §. 257 ustęp ostatni p. c.), ale ponadto rozszerza ją, bo wiadomość o przebiegu i rozstrzygnięciu sprawy czyni dostępną, ale tylko na ustnej rozprawie procesowej także osobom trzecim w sporze nieinteresowanym. Wedle §. 171 p. c. rozprawa przed sądem orzekającym łącznie z ogłoszeniem wyroku odbywa się jawnie,

gdyż przystęp do niej jako słuchacz ma każda osoba dorosła.

Wykluczenie jawności nastąpić może:

1. jeżeli ona zagraża moralności;
2. jeżeli ona zagraża publicznemu porządkowi;
3. jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo nadużycia jawności rozprawy do jej zaburzenia lub do utrudnienia ustalenia stanu sprawy;
4. jeżeli przy badaniu sprawy muszą być rozstrząsane i dowodzone zajścia w życiu rodzinnym a wniosek na wykluczenie jawności przynajmniej jedna strona postawi.

Rozprawa nad wnioskiem wykluczenia jawności odbywa się na posiedzeniu tajnym tak samo jak wedle § 229 p. k. zresztą inne przepisy są także zupełnie analogiczne z przepisami procesu karnego.

Wykluczenie jawności na rozprawie w sposób nieusprawiedliwiony uznaje §. 477 ustęp 7. p. c. za przyczynę nieważności wyroku. Ponieważ zaś jawność rozprawy należy do kardynalnych zasad procesu i w interesie publicznym wprowadzoną została, przeto strona nie może się jej zrzec ze skutkiem prawnym, a tem samym po myśli §. 196 p. c. chociażby spostrzegłszy podczas rozprawy wykluczenie jawności okoliczności tej nie wytknęła, czyli nie naganiała, przecież nieważność tę może potem w odwołaniu skutecznie zarzucić.

C. *Tok rozprawy procesowej (kontraduktoryjnej).*

Szerokie ramy — i słusznie — zakresła nowy proces cywilny dla rozprawy procesowej (kontraduktoryjnej), rzecz bowiem jasna, że zależeć musi

a przynajmniej powinno od przedmiotu sporu, w jaki sposób rozpoznanie takowego przez strony i sąd ma nastąpić, i że narzucanie z góry prawideł dyagnozy sprawy nie rokowałoby pomyślnego dla niej rezultatu. To też przedstawiając poniżej przebieg rozprawy, jak go sobie wyobrażam, nie mogę mieć pretensyi ani do dokładności ani do zupełnej pewności, że tak, a nie inaczej rozprawa przyszła będzie wyglądała — *experto credite*, mówi słusznie Wirgiliusz, a ja na doświadczenie powołać się nie mogę. Wychodząc jednak z natury rzeczy i przepisów ustawy, sądzę, że rozprawa da się rozdzielić na:

1. na okres wywodów stron z przedstawieniem sprawy faktycznem i prawnem i z przedstawieniem wniosków, a gdy takowe bądź do formalnej, bądź do merytorycznej strony sprawy odnosić się mogą, wywody owe (przemówienia *Vorträge der Parteien*), dzielą się na wywody formalne i na merytoryczne.

2. na okres postępowania dowodowego, po zapadłej w tej mierze uchwale na dowód (*Beweisbeschluss*) prowadzonego;

3. na okres wywodów stron o wynikach postępowania dowodowego.

Taki byłby logiczny, i że tak powiem, tradycyjny tok rozprawy i taki zapewne, o ile możliwości, przez strony i sądy przestrzegany będzie. Jednakże ponieważ wedle §. 193 p. c. rozprawę aż do ogłoszenia jej zamknięcia poczytuje się za jedną całość, a wedle §. 179 p. c. stronom wolno aż do końca ustnej rozprawy występować z nowymi twierdzeniami faktycznymi i dowodami, chyba

iżby sąd uchwalił, że te nowości widocznie w zamiarze przewłoki procesu zaniechano wcześniej przedstawić, przeto rzecz jasna, że o jakimś szematycznym zawsze jednakim porządku toku rozprawy mowy być nie może. Z tem też zastrzeżeniem należy powyżej naszkicowany przebieg rozprawy rozumieć.

Wracając więc do przedmiotu zaznaczam, że wedle §. 177 p. c. po wywołaniu sprawy sąd ma najpierw słuchać strony, z jakimi wnioskami występują, (a więc przedewszystkiem co żądają) jakie fakty na ich uzasadnienie i na odparcie wniosków przytaczają, jakie mają dowody i jakie dowody ofiarują, wreszcie jak pod względem prawnym swe twierdzenia uzasadniają, przyczem należy się także oświadczyć na twierdzenia przeciwnika i jego dowody. Najpierw tedy otrzyma głos powód a raczej jego adwokat, przedstawi okoliczności faktyczne, przywiedzie na takowe dowody wreszcie uzasadni wywodem prawnym swój główny wniosek o wydanie wyroku, określając w swym wniosku dokładnie swoje petitum. Po nim otrzyma głos pozwany, resp. jego adwokat i oświadczy się na twierdzenia faktyczne powoda, na ofiarowane przezeń dowody i podniesie zarzuty bądź formalne (o ile takowe na audyencyi pierwszej zgłosił resp. o ile takowemi pomimo niezgłoszenia jeszcze bronić mu się wolno) bądź też zarzuty materalne, przywiedzie na te ekscyce odpowiedzi dowody i zakończy z reguły wnioskiem na oddalenie powoda z żądaniem skargi. Po tem przemówieniu adwokata pozwanego otrzyma na żądanie głos zastępca powoda itd.

Ilość przemówień stron nie jest przez ustawę ograniczoną i jedynie w tem kres swój znajduje, że przewodniczący wedle §. 180, ustęp 3. p. c. ma czuwać nad tem, by rozprawa nie przeciągała się rozwlekłą gadaniną i bezcelowemi rozprawami ubocznemi. Również przewodniczący ma zwracać uwagę stronom, jeżeli w swem przemówieniu od treści podanego pisma przygotowawczego odstępują, a to dlatego, że jeżeliby chodziło o nowości co do faktów i dowodów, takowe za uchwałą senatu mogą być jako widocznie do przewłoki dążące wykluczone, o ile by się zaś rozchodziło o zmianę petitum skargi (§. 255 p. c.), pozwany winien mieć na to zwróconą uwagę, by się ewentualnie na takową mógł oświadczyć. Dlatego to ważną jest rzeczą naprowadzić w pismach przygotowawczych wszystkie fakta i dowody, gdyż zaniedbawszy tej ostrożności można się przy rozprawie spotkać z zarzutem dążenia do przewłoki. Pism przygotowawczych tedy na rozprawie procesowej się nie odczytuje, przewodniczący senatu musi jednak, jak to wyżej zaznaczyłem, być dokładnie z treścią takowych obeznany. Wywody stronom (Vorträge) muszą być ustne, pisemnych elaboratów odczytywać nie wolno. Akty pisemne, na które się strony powołują, wolno odczytać o tyle, o ile sądowi lub przeciwnikowi nie są znane, lub o ile chodzi o dosłowną ich treść, z czego wynika, że nie jest to koniecznem, żeby jakieś pismo na rozprawie odczytanem być musiało, aby potem mogło służyć za podstawę wyroku, jak w dzisiejszym procesie karnym. Jeżeli ono sądowi i stronom jest znane, czytanie jest zbyteczne.

Owe wywody stron mogą równocześnie odnosić się tak do formalnej jak merytorycznej strony sprawy — wolno jednak senatowi bądź jeszcze przed rozprawą bądź na samej rozprawie rozdzielić przeprowadzenie takowej do poszczególnych punktów a więc oddzielić rozprawę co do zarzutów formalnych od rozprawy co do rzeczy samej, wolno również tą ostatnią rozprawę co do rzeczy samej rozdzielić na rozprawę co do poszczególnych punktów spornych. Jeżeli jednak rozprawy co do formalnych zarzutów nie rozdzielono od rozprawy co do rzeczy samej, pozwanemu nie wolno odmawiać odpowiedzi co do rzeczy samej tem, że dopiero po rozstrzygnięciu zarzutu formalnego wda się in rem ipsam (§. 260 p. c.), czyniąc tak mógłby się narazić na to, że na wypadek odrzucenia formalnego zarzutu będzie uznany za przyznającego twierdzenia faktyczne przez powoda, co do rzeczy samej przedstawione, a stanie się to zwłaszcza wtedy, jeżeli przewodniczący senatu wyraźnie oświadczenia jego in re ipsa żądał, a on mimo to takowego odmówił (§ 272 p. c.).

Owe wywody stron względnie ich zastępców nie wyczerpują jeszcze instrukcji sprawy, jeszcze bowiem przewodniczący i członkowie senatu przez postawienie pytań mogą żądać wyjaśnień za potrzebne uważanych, a nadto i strony same resp. ich zastępcy mogą sobie wzajemnie zadawać pytania, oczywiście pod kontrolą przewodniczącego.

Powyższy przebieg okresu instrukcyjnego rozprawy dozna zmiany szczególnie w dwóch wypadkach, mianowicie, gdy rozprawę poprzedziło postępowanie przygotowawcze z ustępu 1-go lub

2-go §. 245, lub jeżeli rozprawa nie jest, że się tak wyrażę, pierwotną lecz odroczoną. W pierwszym wypadku jeden z członków senatu w okresie rozprawy, który przewodniczący uzna za stosowny, przedstawi wyniki postępowania przygotowawczego na podstawie sądowych protokołów — wywody (przemówienia) i wnioski stron nastąpią zaś bądź przedtem bądź, co zapewne będzie częściej stanowi rzeczy odpowiadało, po owem sprawozdaniu referenta. Ze wprowadzenie nowości przez strony dopiero na rozprawie w tym wypadku jest prawie wykluczone (§. 263 p. c.) o tem już poprzednio mówiłem. Podobny proceder ma miejsce w razie przeprowadzenia odroczonej rozprawy. Jeżeli bowiem w senacie co do osoby sędziego zmiana nie zaszła, wystarczy, gdy przewodniczący senatu przedstawi pokrótce wyniki poprzedniej ustnej rozprawy na podstawie protokołu rozprawy i innych aktów procesowych i w ten sposób dalszy tok takowej nawiąże (§. 138 p. c.) jeżeli zaś w senacie zmiana zaszła, musi być rozprawa przy użyciu skargi, złożonych do aktów dowodów i protokołu rozprawy dokładnie zreasumowana i na nowo przeprowadzoną (§. 412 d. c.)

D. Postępowanie dowodowe.

Po wywodach stron nastąpi zwyczajnie postępowanie dowodowe. Sąd mianowicie wybadawszy statum causae et controversiae z wywodów stron, wysłuchawszy także ich wniosków pod względem tego, co żądają i jakie ofiarują dowody, zastanowi się nad tem, które okoliczności faktyczne są decydujące, które z nich wymagają do-

wodu, które dowody przez strony ofiarowane mają być dopuszczone, a którym i dlaczego odmówić należy, czy mianowicie okoliczności ofiarowanym dowodem stwierdzić się mające uważa za obojętne, czy dowód za niedopuszczalny, czy też może sąd jest zdania, że ofiarowany środek dowodowy ma służyć jedynie do przewłoki procesu (§. 275 p. c.).

Tę uchwałę na dowód (Beweisbeschluss) sąd przez usta przewodniczącego obwieści stronom. Zarazem zaś, ponieważ z reguły przewodniczący senatu na podstawie wniosków w pismach przygotowawczych przez strony postawionych przeprowadzenie tych dowodów przygotował, przystąpi sąd bezwzględnie do przeprowadzenia takowych.

Zwracam tutaj uwagę na to, że w owej uchwale na dowód wyraźnie muszą być także wymienione te dowody, których sąd postanowił nie dopuścić (§. 275 p. c.) a to z tej przyczyny, by przy rozpatrywaniu sprawy przez wyższą instancję, taż wiedziała, czy sąd pierwszy uważał ofiarowany dowód za niepotrzebny lub niedopuszczalny, czy też go tylko przeoczył.

Jeżeliby mi wolno było przez porównanie z dzisiejszą rozprawą karną ten okres rozprawy procesowej wyjaśnić, to podnoszę, że na dzisiejszej rozprawie karnej przeprowadza się dowody, które przez oskarżyciela są w akcie oskarżenia ofiarowane, lub które bądź przez przewodniczącego, bądź przez izbę radną, jeszcze przed rozprawą dopuszczone zostały — na dzisiejszej więc rozprawie karnej uchwała na dowód (Beweisbeschluss) zapada jedynie wówczas, jeżeli strony na rozprawie wniosek na dowód stawiają.

Inaczej w nowym procesie cywilnym — tutaj tylko te dowody będą na rozprawie przeprowadzone, które senat dopuścić uchwali, zarządzenia poprzednie przewodniczącego senatu, uskutecznione przezni wezwania świadków etc., bynajmniej jeszcze nie przesądzą niczemu i niejednokrotnie zapewne się zdarzy, że świadek przez przewodniczącego wezwany, wcale na rozprawie słuchanym nie będzie, jeżeli mianowicie senat dowodu z takowego nie uchwali.

Przekroczyłbym za daleko ramy niniejszego szkicu, gdybym szczegółowo całe postępowanie dowodowe chciał przedstawić — uczynić to mogę tylko pobieżnie, zwracając uwagę głównie na różnice z dzisiejszym procesem cywilnym.

1. Ogólne uwagi o dowodach.

W § 272 p. c. postanawia ustawa, że o ile nie stanowi inaczej, okoliczność, czy faktyczne twierdzenie ma być za prawdziwe poczytane lub nie, sąd oceni wedle swego wolnego przekonania uwzględniając troskliwie wypadki całej rozprawy przeprowadzonych dowodów. Tym przepisem nowy proces cywilny przyjmuje zasadę swobodnego ocenienia dowodów, hołduje więc t. zw. teorii dowodowej ujemnej, a porzuca obowiązującą w procesie dotychczasowym pozytywną teorię dowodową. Jednakże owa swoboda ocenienia dowodów in potentia z małymi wyjątkami, nieograniczona, znajduje formalne ograniczenie w tem, że sąd jest obowiązany wyjawić, jakie okoliczności i poglądy na jego przekonanie stanowczo wpłynęły. Nie jest to więc surowa zasada „sic volo, sic iubeo“, ale

owo przekonanie sędziowskie musi być nałożycie unotywowane, a więc jest kontrolowane tak przebiegiem rozprawy w protokole skonstatowanym, jak przepisami ustawy, jak wreszcie zdrowym rozsądkiem.

Ta swoboda w ocenianiu dowodów, swoboda w przyjęciu za prawdziwe pewnych twierdzeń, sięgająca tak daleko, że nawet oznaczenie wysokości szkody, lub interesu wedle wolnego przekonania sądu bez dowodu nastąpić może (§. 273 p. c.) zna także pewne wyjątki.*)

a) Nie potrzebują dowodu fakty, które strona przytoczyła: o ile je przeciwnik wyraźnie przyznał, czy to w piśmie przygotowawczem, czy to w ciągu sporu podczas ustnej rozprawy, lub też do protokołu sędziego wyznaczonego, lub wezwanego.

Takie przyznanie faktu uważam za ograniczenie swobody sędziego w ocenianiu dowodów, chyba że przyznanie uczyniono z dodatkami, lub zastrzeżeniami, lub je odwołano, bo wtedy sąd wedle swego uznania oceni, czy przyznanie nastąpiło i w jakiej rozciągłości. Ocenieniu sędziego jest także pozostawioną doniosłość i rozciągłość przyznania pozasądowego (§ 266 p. c.) jak nie mniej brak zaprzeczenia jakiejś okoliczności przez przeciwnika. W tych więc wypadkach swoboda sędziego wraca mu nieukrócona.

b) Nie potrzebuje dowodu czyn karvogodny tudzież okoliczność, że takowy komus poczytanym

*) O najważniejszym wyjątku przy dowodzie z dokumentów będzie mowa przy dokumentach.

został, jeżeli to wyrokiem sądu karnego skazującym udowodnionem będzie i sędzia cywilny jest związany treścią takiego prawomocnie skazującego orzeczenia karnego.

Zwracam tutaj uwagę na dwie rzeczy, najpierw, że tylko wyrok skazujący wiąże sędziego cywilnego, nie zaś wyrok uwalniający, który jednakże, chociaż go nie wiąże, może mieć wpływ na jego przekonanie.

Druga zaś rzecz jest ta, że owa wiążąca siła wyroku karnego odnosi się jedynie do okoliczności, czy jakiś czyn karygodny został udowodnionym i komuś poczytanym, — nie zaś do innych okoliczności przez sąd karny możliwie za prawdziwe przyjętych.

c) Nie potrzebują dalej dowodu faktu w sądzie notoryczne (§. 269). Faktami notorycznymi są te fakta, które są znane sądowi jako członkowi społeczeństwa n. p. epidemia, pewne zdarzenia historyczne lub publiczne, albo które są znane sądowi, jako instytucji publicznej funkcję sprawującej, n. p., że ktoś popadł w konkurs, lub iż ktoś taki zmarł, po którym się właśnie w tym sądzie pertraktację spadkową prowadzi i t. p.

d) Nie potrzebują dowodu wedle §. 270 p. c. faktu, o których ustawa każe się domniemywać iż się spełniły, a więc co do których istnieje t. z. praesumptio iuris. O ile jednak nie idzie o t. zw. praesumptio iuris et de iure, to dowód przeciwności jest dozwolony, a taki dowód może być także prowadzonym przez przesłuchanie stron.

e) Nie potrzebują wreszcie dowodu ustawy zagraniczne, dalej prawo zwyczajowe, przywileje i statuta jeżeli sądowi są znane.

Pod koniec tego ustępu jeszcze kilka uwag.

Wypowiadając w §. 272 p. c. zasadę swobodnego ocenienia dowodów słowami „sąd uwzględniając troskliwie wyniki całej rozprawy i przeprowadzonych dowodów“ ustawa każe uwzględnić nie tylko wyniki postępowania dowodowego, ale także poprzedzającej względnie następującej po takowem rozprawy. Nadto ponieważ ustawa nie ogranicza sędziego w materyale, z którego swe przekonanie wytworzyć zechce, przeto implicite dopuszcza także dowód pośredni t. j. dowód na taki fakt, z którego z logiczną koniecznością istnienie lub nieistnienie pewnego innego faktu wynika np. alibi.

Czy t. zw. fakta ujemne przedmiotem dowodu być mogą, o tem ustawa wyraźnie nie wspomina, dopuszczalność jednak takiego dowodu jest teoretycznie dawno twierdząco rozstrzygniętą.

Obok dowodu sensu stricto odróżnia ustawa t. zw. uprawdopodobnienie vel zawiarygodnienie (Glaubhaftmachung, Bescheinigung).

Istnieją mianowicie pewne wypadki tak wedle obecnych ustaw, jak i wedle przyszłej procedury cywilnej, postępowania egzekucyjnego itd., w których ze względu na konieczny pospiech z jednej strony, a mniejsze, raczej proceduralne, a nie merytoryczne znaczenie wypadku z drugiej strony, ustawa nie wymaga dowodu na pewne okoliczności, ale tylko uprawdopodobnienia takowych.

N. p. wedle §. 149 p. c. żądający przywrócenia do stanu pierwotnego (restytucyi ob lapsum

terminum) powinien twierdzenia swoje, dla których tej restytucyi się domaga, tylko uprawdopodobnić. Otóż ustawa w §. 274 p. c. stanowi pod względem tego uprawdopodobnienia, że w tym celu można się posługiwać wszelkimi środkami dowodowymi z wyjątkiem wysłuchania stron pod przysięgą, że jeżeli taki środek dowodowy w celu uprawdopodobnienia jest użytym, nie obowiązują szczegółowe przepisy o postępowaniu dowodowym, wreszcie, że dowód, który zaraz przeprowadzonym być nie może, nie nadaje się do celów uprawdopodobnienia.

2. Rodzaje dowodów.

Procedura cywilna rozróżnia następujące środki dowodowe:

- a)* dowód z dokumentów i t. zw. rzeczy wywiadowczych;
- b)* dowód ze świadków;
- c)* dowód ze znawców;
- d)* dowód z oględzin;
- e)* dowód z wysłuchania stron.

W porównaniu więc z dotychczasową ustawą sądową odpadł dowód z przyznania, jako odrębny środek dowodowy, gdyż przyznanie jedynie uwalnia od prowadzenia dowodu, ale dowodem nie jest — odpadły dalej dowody z przysięgi głównej, uzupełniającej i szacunkowej, przybył zaś dowód z oględzin (znany dotychczas jedynie w postępowaniu prowizoryalnym) i dowód z wysłuchania stron.

ad a. Dowód z dokumentów i t. zw. rzeczy wywiadowczych.

Dokument jest to pismo na jakimkolwiek materiale umieszczone, a obejmujące oświadczenie

mające prawną doniosłość, rzeczami wywiadowczemi zaś są pomniki, znaki i kamienie graniczne, pale markujące, laski karbowe lub miarowe itp. (§. 318 p. c.).

Co do dokumentów, ustawa rozróżnia publiczne i prywatne.

a) Dokumentem publicznym jest wedle §. 292 p. c. dokument, który w krajach w radzie państwa reprezentowanych władza publiczna w zakresie swego urzędowego upoważnienia, lub osoba publicznem zaufaniem obdarzona (a więc notaryusz) zaś za granicą publiczna instytucja (ambasada, poselstwo, konsul) władzy krajowej podlegająca w zakresie zleconych jej czynności w przepisanej formie sporządziła. Dokument taki stanowi zupełny dowód na to, co w nim władza publiczna rozporządziła, lub oświadczyła, lub co przezeń poświadczyla władza publiczna, lub osoba poświadczająca. Przeciw dokumentowi publicznemu dopuszczalnym jest dowód nieprawdziwości poświadczonego faktu, lub też dowód, że poświadczenie jest mylnem.

Z powyższego więc wynika, że dowód z dokumentu publicznego ogranicza i stanowi wyjątek od ogólnej zasady swobodnego ocenienia dowodów, gdyż sędzia to, co w dokumencie władza urzędownie rozporządziła lub oświadczyła, lub co przezeń też władza albo notaryusz poświadczyli, za prawdę uznać musi. Atoli przeciw dokumentowi publicznemu dopuszczalnym jest odwód w kierunku §. 292 ustęp ostatni p. c. wskazanym i odwód ten jest niedopuszczalnym jedynie wtedy, gdy dokumentem władza publiczna stwierdziła, że wydała pewne rozporządzenie (Verfügung).

Taką samą dowodność, jak dokumenty publiczne, posiadają także dokumenty, które szczegółowe przepisy prawne za publiczne uznają, gdy zaś wedle art. VII. ustawy wprowadzającej do procedury cywilnej zostały w mocy utrzymane wszystkie przepisy prawa cywilnego, które pewne dokumenty uznają za publiczne, albo takowe stawiają na równi z krajowymi dokumentami publicznymi, przeto kwestyę, o jakie to dokumenty tutaj chodzi, rozstrzyga stan dotychczasowego prawodawstwa. Takimi dokumentami są np. akty notaryalne itp.

Taką samą wreszcie dowodność, jak dokumenty publiczne posiadają także zagraniczne dokumenty publiczne, ale pod dwoma warunkami: 1. jeżeli są należycie legalizowane i 2. jeżeli istnieje w tej mierze w odnośnem państwie wzajemność.

β) Każdy inny dokument, który nie jest publicznym, jest prywatnym, jeżeli obejmuje jakieś oświadczenie (Erklärung) wystawcy.

Przy takim dokumencie zaś rozróżnić należy, czy jest przez wystawcę podpisany, lub przynajmniej jego znak ręczny sądownie lub notaryalnie uwierzytelniony, czy też nawet tego nie ma. Jeżeli dokument jest przez wystawcę podpisany lub przynajmniej jego znak ręczny (sądownie, lub notaryalnie) uwierzytelniony, wówczas dokument taki znowu ogranicza swobodę oceny dowodów, bo sędzia musi wtedy przyjąć za udowodnione, że zawarte w dokumencie oświadczenie pochodzi od wystawcy. Że jednak odwód jest dopuszczalny, rozumie się samo przez się. Jeżeliby jednak dokument przez wystawcę podpisanym nie był, resp. jego znak ręczny nie był uwierzytelniony sądownie

lub notaryalnie, wówczas ocenienie mocy i rozciągłości dowodowej takiego dokumentu zależy od swobodnego ocenienia sądu.

Dodać należy, że art. VII. ustawy wprowadzającej do procedury cywilnej pozostawił nietkniętymi przepisy praw cywilnych, które dla dokumentów prywatnych ustanawiają szczegółowe warunki dowodności i które obok oświadczenia wystawcy dokumentu wymagają osobnego dowodu na datę dokumentu.

Zestawiając powyższe przepisy, okazuje się z takowych wedle rozprawy Dr. Schustra „Bemerkungen über den Urkundenbeweis in der neuen Civilprozessordnung“ (Gerichtszeitung Nr. 48 ex 1895):

1. że dokument prywatny ma wtedy moc pełną dowodu sędziego wiążącą w kierunku, iż oświadczenie nim objęte pochodzi od wystawcy, jeżeli jest podpisany przez wystawcę i że nie potrzeba jak dotychczas, przybrania świadków w tym wypadku, jeżeli dokument ten nie jest własnoręcznie pisany, byle tylko był własnoręcznie podpisany:

2. że dokument prywatny zaopatrzony znakiem ręcznym wtedy ma moc dowodu w ustępie poprzednim opisaną, jeżeli ten znak ręczny jest sądownie lub notaryalnie legalizowany, że zatem dokument prywatny zaopatrzony znakiem ręcznym nielegalizowanym, chociażby wobec dwóch świadków położonym, mocy dowodowej sędziego wiążącej nie posiada:

3. że wobec artykułu VII. ustawy wprowadzającej do procedury cywilnej utrzymującego w mocy

§§. 886 i 580 u. c. ostrożność nakazuje, aby przy umowach i rozporządzeniach ostatniej woli przez nieumiejącego lub niemogącego pisać sporządzanych, obok legalizacyi znaku ręcznego powołano także 2 resp. 3 świadków aktu a to tak długo, dopóki judykatura najwyższego trybunału nasuwających się pod tym względem wątpliwości nie rozwiąże;

4. że dokumenty, które takich form ad 1, 2, 3 nie obejmują, albo które wogóle nie obejmują oświadczenia wskazującego na wolę wystawcy poświadczenia czegoś, dalej dokumenta publiczne i prywatne formalne, ale pokreślone, skrobane, zniszczone, z dopiskami lub innymi wadami zewnętrzznymi, są dokumentami, których mniejsza lub większa dowodność od ocenienia sędziego jest zawisłą.

Zwrócić tutaj muszę uwagę na następujące okoliczności, a mianowicie najpierw na tę, że dotychczasowy przepis §§. 181, 183 i 187 u. s., iż dokument dowodzi tylko przeciw wystawcy, a nigdy na korzyść tego, który go wystawił, w nowym procesie cywilnym nie obowiązuje, dalej że dokument wystawiony przez osobę trzecią t. z. scriptura tertii, który dotychczas nie miał żadnej mocy dowodowej, obecnie jest dopuszczalnym środkiem dowodowym, dalej, że sposób zeszycia dokumentu §. 184 u. s. przepisany do nowego procesu jako przepis kategoryczny nie przeszedł.

γ) O sposobie prowadzenia dowodu z dokumentów.

Strona, chcąc pewne twierdzenia udowodnić zapomocą dokumentu, albo oryginał takowego posiada, albo go nie posiada.

Jeżeli go posiada, wówczas załączy do skargi resp. do odpowiedzi na skargę odpis tego dokumentu, chyba, że takowy jest przeciwnikowi znanym, albo nader obszernym, bo wówczas wystarczy w piśmie przygotowawczem dokument dokładnie oznaczyć i oświadczyć gotowość dozwolenia wglądu przeciwnikowi lub przedłożenia takowego na żądanie sądowni (§. 77 p. c.).

Przeciwnik otrzymawszy razem z pismem przygotowawczem odpis dokumentu, albo przynajmniej dowiedziawszy się z tego pisma o dokumencie może wedle §. 82 p. c. zażądać złożenia oryginału w sądzie w ciągu dni trzech, a gdy producent dokument ten w sądzie złoży, wolno produktowi w ciągu dalszych trzech dni po otrzymaniu zawiadomienia oryginał przejrzeć i brać zeń odpisy. Gdyby produkt okazania sobie oryginału przed rozprawą kontradyktoryjną nie żądał, może tego okazania na rozprawie jeszcze się domagać, czego zresztą i sam sąd *ex officio* domagać się może (§. 298 i 299 p. c.).

Jeżeliby zaś producent polecenia sądowego przedłożenia oryginałów nie dopełnił, to oczywiście taki dowód z dokumentu jako nieudały, będzie pominięty. Wyjątkowo jednak po myśli §. 299 p. c. sąd na rozprawie, oceniwszy troskliwie podane przyczyny nieprzedłożenia oryginału i inne okoliczności danego wypadku, może pomimo nieprzedłożenia oryginału uznać przedłożony odpis za wiarogodny ze względu na jego pochodzenie, lub z innych powodów.

Ze strona nie musi bezwzględnie dokumentu resp. odpis takowego do pisma przygotowawczego

załączać, że dowód ten dopiero na rozprawie podjąć może, (chyba że rozprawę poprzedziło postępowanie przygotowawcze z §§. 250 i 261 p. c.) to się samo przez się rozumie, skoro zasada ewentualności w nowym procesie miejsca nie ma. Zawsze jednak będzie bezpieczniej dokumenta, zwłaszcza obszerniejsze już w pismach przygotowawczych powoływać, by się przy rozprawie nie spotkać z zarzutem, że się takim opóźnionym dowodem dąży do przewłoki i nie narazić na odmowę przeprowadzenia takiego dowodu (§. 275 ustęp 2 p. c.).

Atoli zajść może wypadek, że strona powołująca się na pewien dokument, takowego resp. oryginału takowego nie posiada, a wówczas wskazać musi, gdzie się on znajduje.

Oryginał taki zaś może się znajdować albo :

αα) u władzy publicznej, lub notaryusza, a strona nie jest w stanie sama uzyskać wydania lub przedłożenia takowego, albo

ββ) u przeciwnika, albo

γγ) u osoby trzeciej.

Gdy dokument znajduje się u władzy publicznej lub notaryusza, strona musi postawić wniosek czy to w piśmie przygotowawczem, czy na rozprawie (§. 229. 243 i 301 p. c.) na sprowadzenie tego dokumentu, a przewodniczący wyda odpowiednie zarządzenia.

Jeżeli zaś dokument znajduje się u przeciwnika, a okoliczność ta zostanie uprawdopodobnioną, może sąd we formie uchwały na wniosek strony nakazać mu, by ten dokument przedłożył (§. 303 p. c.). Gdyby przeciwnik zaprzeczył, że

taki dokument posiada, może sąd uchwalić przesłuchanie go pod przysięgą, aby od niego wy dobyć przyznanie posiadania tego dokumentu, lub przynajmniej wiadomości o takowym (§. 307 p. c.).

§. 305 p. c. podaje przyczyny, dla których przeciwnik przedłożenia dokumentu odmówić może, §. 304 zaś podaje wypadki, kiedy mu tego przedłożenia odmówić nie wolno, chociażby nawet zachodziła jedna z przyczyn w §. 305 wymienionych.

Jeżeli wreszcie dokument znajduje się w posiadaniu osoby trzeciej, może wprowadzić powołujący się na takowy uzyskać od sądu uchwałę polecającą przedłożenie tego dokumentu, atoli wydanie uchwały takiej jest zawieszem wedle §. 308 p. c. od tylu trudnych warunków, że wątpić należy, czy w praktyce ów obowiązek edycyi dokumentu przez trzeciego będzie często orzekanym. Albowiem przeciw trzeciemu polecenie przedłożenia posiadanego przezeń dokumentu nastąpić może :

1. jeżeli ten trzeci wedle praw cywilnych ma obowiązek przedłożenia i wydania dokumentu, albo jeżeli dokument jest spólnym między tym trzecim, a prowadzącym dowód,
2. jeżeli trzeci tym okolicznościom nie zaprzeczy,
3. wreszcie jeżeli prowadzący dowód uprawdopodobni, iż trzeci, który posiadania zaprzeczył, rzeczywiście ten dokument posiada.

Dowód z dokumentów posiada tę właściwość, że często pociąga za sobą konieczność prowadzenia dalszego dowodu, jeżeli mianowicie autentyczność dokumentu zaprzeczona będzie. Otóż w tej mierze stanowi ustawa :

1. co do dokumentów publicznych zwykłą praesumptio iuris ich autentyczności;

2. co do dokumentów prywatnych przywiązuje ustawa domniemanie autentyczności do milczenia produkta w kwestyi autentyczności;

3. W razie wątpliwości co do autentyczności dokumentu publicznego lub prywatnego obowiązek dowodzenia takowej ciąży na producencie;

4. Ten dowód autentyczności może być prowadzonym przez porównanie pism, przez polecenie stronie zaprzeczającej swego pisma, napisania kilku słów wobec sądu i przez fakultatywne zapytanie znawców pisma.

Kto swawolnie autentyczności dokumentu zaprzeczy, będzie ukarany grzywną do wysokości 300 złr. (§§. 313 i 220 p. c.).

ad b). Dowód ze świadków.

Świadkiem jest osoba nie będąca ani powodem, ani pozwanym, która wobec sądu oznajmia, co wie o pewnym fakcie. Dotychczasowe ustawy rozróżniały świadków odrzutnych bezwzględnie i względnie, wątpliwych i klasycznych, nie uwalniały prawie nikogo od obowiązku świadczenia, znały tylko przysięgę przyrzekającą świadków tj. wykonaną przed przesłuchaniem, wiązały sędziego bezwzględnie ilością i z góry, chociaż tylko negatywnie określoną jakością świadków, wreszcie wiodąc ten dowód przez etapy ofiarowania, dopuszczenia, podjęcia, przesłuchania, ogłoszenia, pisma dowodowego i obrony dowodowej przedłużały proces w nieskończoność.

Wszystkie te więzy odpadły już w dotychczasowym procesie drobiazgowym, który przecież miał zapoznać i przygotować sąd do innych pojęć i urządzeń procesowych, a procedura cywilna z 1-go sierpnia 1895 reprodukuje postanowienia ustawy drobiazkowej z niewielkimi zmianami i uzupełnieniami. Nie będę się więc tutaj rozwodził nad szczegółami, podniosę tylko rzeczy więcej zasadnicze.

Przedewszystkiem tedy zgodnie z zasadą ogólną w §. 272 p. c. wypowiedzianą powtarza ustawa w §. 327 p. c. specjalnie przy dowodzie ze świadków, że sąd wedle swego swobodnego przekonania oceni wszelkie okoliczności, od których bezstronność świadka i wiarogodność jego zeznania zależy, ani więc ilość, ani jakość świadków przekonania sędziego z góry nie wiąże. Ze ta jednak swoboda nie może nigdy przeradzać się w samowolę — kontrolą na to jest, jak to już wyżej wspomniałem, ustęp ostatni §. 272 p. c. nakazujący sądowi przy uzasadnieniu rozstrzygnięcia wyjawić, co wpłynęło na jego przekonanie i dlaczego. Dotychczasowe zatem techniczne pojęcie świadka klasycznego odpadło.

Ponieważ dotychczas wątpliwem było, czy świadek może być zarazem znawcą i czy z tego podwójnego punktu widzenia swej wiadomości o fakcie pewnym sądowi udzielać może, stanowi §. 350 p. c., że dowód ze świadków biegłych jest dopuszczalnym i wedle przepisów o dowodzie ze świadków (a nie n. p. wedle przepisów o dowodzie ze znawców) ma być przeprowadzonym.

Świadkiem może być każda osoba trzecia, ani powodowa, ani pozwana, z wyjątkiem osób, które niezdolne są udzielać swoich spostrzeżeń, (a więc obłąkani, gorączkujący w czasie przesłuchania i t. p.) lub które w czasie, do którego ich zeznanie ma się odnosić, były niezdolnemi do spostrzeżenia faktu dowieść się mającego (a więc n. p. dzieci, ale bez narzuconej z góry granicy wieku). Nie mogą dalej być świadkami duchowni względem tego, co im powierzono na spowiedzi lub w zaufaniu, jako kapłanom i urzędnicy państwa, względem przedmiotu tajemnicą urzędową osłoniętego. Każdy inny może być świadkiem i ma obowiązek świadczenia, poparty przymusem świadczenia a wolno mu odmówić odpowiedzi tylko w przypadkach przywiedzionych w §. 321 p. c. o ile znowu nie zajdzie jeden z wyjątków w §. 322 p. c. przywiedzionych.

Świadek mający pewne powody do odmówienia świadectwa, może te powody podać bądź na samej rozprawie, lub na audyencyi przed sędzią wyznaczonym, lub wezwany odbyć się mającej, bądź też przed tą rozprawą, resp. audyencyą pisemnie lub protokolarnie i winien w razie zaprzeczenia powody owe od świadectwa go zwalniające uprawdopodobnić, poczem następuje w tej mierze decyzja sądu po poprzednim przesłuchaniu stron, albo bez takowego.

Co do sposobu przeprowadzenia dowodu ze świadków, to świadek z reguły ma być przesłuchanym na rozprawie, a wyjątkowo tylko przed sędzią wyznaczonym, lub wezwany w przypadkach wymienionych w §. 328 p. c. Na

żądanie strony za ofiarowaniem i ewentualnie także złożeniem kosztów z tego powodu narosłych, jednakże bez regresu co do takowych do strony drugiej, może być świadek wezwany do rozprawy chociażby zachodził jeden z powodów uzasadniających przesłuchanie świadka przez sędziego wyznaczzonego lub wewanego.

Jak to poprzednio zazaczyłem, przewodniczący senatu zwyczajnie wezwie świadków do rozprawy, już w pismach przygotowanych wymienionych, jeżeli uznaje, że dowód z tych świadków będzie potem przez senat dopuszczonym. To wezwanie świadka będzie obejmować — odmiennie od praktyki dzisiejszej — wymienienie stron i krótkie określenie przedmiotu sporu, co jest z tego powodu właściwem, że świadek wiedząc, w jakiej sprawie słuchanym będzie, może się przez dłuższy namysł i przypomnienie, przez użycie zapisków, rachunków i t. p. wreszcie przez przyniesienie ze sobą potrzebnych pism, dokumentów do przesłuchania przygotować. Dotychczasowe zatem polowanie na rzekome nieuprzedzenie świadka ustanie. W wezwaniu tem będzie także zamieszczoną uwaga, że świadek ma prawo żądania zwrotu kosztów podróży i pobytu, a nawet jeżeliby mu stawiennictwo dotkliwy uszczerbek w dziennym zarobku czyniło, także za stratę czasu, że jednak należytości swoich najdalej do 24 godzin po przesłuchaniu żądać powinien. Nakoniec będzie wezwanie obejmowało ustawowe skutki niestawiennictwa tj. wedle §. 333 p. c., że w razie nieusprawiedliwionego niestawiennictwa będzie winien zwrócić wszelkie koszta swem niestawien-

nictwem spowodowane, a nadto będzie obłożony karą porządkową, wreszcie, że stanie się odpowiedzialnym stronom za wszelką przez udaremnienie lub przewłokę dowodu wyrządzoną szkodę. Są to więc rygory wcale surowe i niezawodnie niewątpliwie ustanie dotychczasowa praktyka świadków, zwłaszcza izraelitów, którzy jakby z zasady na pierwsze wezwanie w sądzie nie stawali.

Przesłuchanie świadka rozpocznie się z reguły oznajmieniem świadkowi, na jakiego rodzaju pytania ma prawo zeznania odmówić, poczem po upomnieniu ustawą z 23. maja 1868 Nr. 33. Dz. p. p. przepisaniem na świętość i ważność przysięgi przystąpi się do zaprzysiężenia w rocie dotychczasowej.

Nie mogą być jednak zaprzysiężone :

1. osoby zasądzone za fałszywe świadectwo lub przysięgę :

2. osoby nie liczące w czasie przesłuchania ukończonych lat 14 :

3. osoby, które z powodu umysłowej niedojrzałości lub umysłowego niedołęstwa nie mają dostatecznego pojęcia o istocie i znaczeniu przysięgi. Jeżeli w jednym z powyższych trzech względów sędzia będzie miał wątpliwości, to dla wyjaśnienia, może przed przesłuchaniem świadka stosownie go wypytywać.

Chociażby jednak żadna z tych trzech przeszkód nie zachodziła, wolno świadka

1. wcale nie zaprzysiężać, jeżeli się obie strony zaprzysiężenia zrzekną :

2. jeżeli sąd przed przesłuchaniem świadka — co mu wolno — rozpyta się go co do oso-

bistych jego stosunków i w celu wyjaśnienia, czy go przesłuchać i zaprzysiędz należy i czy on w ogóle jest w stanie złożyć zeznania do wyjaśnienia stanu sprawy przydatne, to na podstawie takich ze świadkiem przeprowadzonych wywiadów może sąd uchwalić, że świadka albo wcale słuchać nie będzie, albo że postanowienie o odebraniu przysięgi od świadka poweźmie dopiero po ukończeniu jego przesłuchania. Jeżeli taka uchwała zastrzegająca postanowienie co do zaprzysiężenia po przesłuchaniu powziętą będzie, wówczas przewodniczący senatu napomni świadka o obowiązku zeznawania prawdy, o świętości i znaczeniu zastrzeżonej przysięgi i o skutkach fałszywego zeznawania.

Po przesłuchaniu takiego świadka, zaprzysiężenie odpadnie, jeżeli zeznania świadka są pozbawione wszelkiego znaczenia (unerheblich) albo jeżeli sąd uznaje, że zeznania świadka są mało wiarogodne.

Lecz wróćmy do porządku przesłuchania świadka, który zawsze w nieobecności świadków później słuchać się mających ma być przesłuchiwanym. Otóż zwyczajnie po oznajmieniu świadkowi, na jakie pytania ma prawo odmówić odpowiedzi, po upomnieniu tegoż co do przysięgi i po zaprzysiężeniu, przewodniczący senatu przy rozprawie (a w ogóle przesłuchujący) wypyta się świadka o generalia (nazwisko, wiek, religia, zatrudnienie, mieszkanie tudzież w razie potrzeby okoliczności odnoszące się do wiarogodności świadka i jego stosunki do stron). Następnie będzie kierujący przesłuchaniem pytał o fakt, a potem o ratio-

nem sciendi. Że i członkowie senatu i strony mają prawo zadawania pytań, rozumie się samo przez się. Równocześnie z przesłuchaniem spisuje się zeznanie świadka, a właściwie zwykle istotną treść takowego do protokołu (przy rozprawie do protokołu rozprawy), w którym będzie także ucyzioną wzmianka o zaprzysiężeniu.

Po przesłuchaniu świadkowi i stronom należy zapiskę zeznań przedłożyć do przejrzania, lub na żądanie odczytać, a stronom i świadkowi wolno wnieść w tej mierze zarzuty, które będą w protokole uwidocznione. Zeznań swoich świadek w protokole nie podpisuje tak, jak dzisiaj w zwyczajnym procesie, co zresztą już w dzisiejszem postępowaniu drobiazgowem miejsca nie ma.

Po przesłuchaniu świadek będzie zwykle likwidował swoje należitości, które będą określały taryfy. Likwidacya ta nastąpi u urzędnika do tego w sądzie wyznaczonego, który też wysokość takowych będzie ustalał. Od tej likwidacyi urzędnika służy świadkowi i stronom przedstawienie do trzech dni, do sądu pierwszej instancyi wnieść się mające. Sąd tak, jak dzisiaj przy dowodzie ze znawców, może zarządzić złożenie przez stronę zaliczki dla świadka przed wezwaniem takowego.

Rozchodzi się jeszcze o jedno. Mówiłem już wyżej o skutkach, jakie świadka spotykają, gdy mimo należycie doręczonego wezwania sądowego do przesłuchania się nie jawi.

Jeżeli jednak świadek pomimo jawienia się bądź zeznawać, bądź przysięgać nie chce, może go sąd do tego zniewolić bądź grzywnami, bądź aresztem do 6 tygodni, a w każdym razie nie

dłuższym ponad trwanie procesu w pierwszej instancyi. Oprócz tego odpowiada on za -szkodę i koszta swoim uporem spowodowane.

ad c). Dowód ze znawców.

Osoba, z której fachowych wiadomości, lub szczególnego uzdolnienia robi się w procesie w celach dowodowych użytek, jest znawcą. Znawca wspomaga sędziego swoją opinią, swoim zdaniem (Gutachten), którą opiera bądź na poprzednim zbadaniu pewnych przedmiotów dowodowych (ogłędzinach — Befund) bądź też bez ogłędzin, jedynie przyjmując pewne okoliczności za ustalone, wyraża on swe zdanie na podstawie zasad swej nauki. Ta podwójna podstawa opinii znawców nie była w dotychczasowym procesie dostatecznie uwydatnioną tak, że zdawać się mogło, że bez poprzednich ogłędzin niemożliwą jest opinia znawców (ohne Befund kein Gutachten) i że tak jedno, jak drugie jest przy dowodzie ze znawców koniecznem.

W procesie nowym tak jednak nie jest. Wprawdzie bowiem wedle §. 362 p. c. każda opinia znawcy ma być uzasadnioną wyłożeniem jej powodów, atoli opinię tę tylko w tym razie poprzedzi opisanie stanu rzeczy (Befund), czyli wywód ogłędzin, jeżeli takie oglądnięcie osoby, rzeczy, miejscowości i t. p. rzeczywiście pierwiej miało miejsce, a zarazem obznajomienie się z właściwościami tychże dla zrozumienia i ocenienia opinii jest ważnem.

Opinię swoją (ewentualnie, jak co dopiero nadmieniono, z wywodem ogłędzin) znawcy lub znawca złożą sądowi bądź ustnie, bądź pisemnie,

— pisemnie wtedy, gdy tak sąd zarządzi. Lecz gdyby opinia nawet na piśmie złożoną była, są znawcy obowiązani udzielić, zwłaszcza na ustnej rozprawie odpowiednich wyjaśnień.

Ilość znawców, czy jeden, czy więcej, pozostawioną jest całkowicie uznaniu sędziego i to tak dalece, że od postanowienia sądu w tej mierze nie ma żadnego środka prawnego. Jeżeli więc sąd postanowi wezwać jednego znawcę, strona na to żalić się nie może. Tak samo i wybór znawców resp. znawcy, zależy od sądu, który jednak winien przedtem wysłuchać strony, ale tylko dla informacji i czy ewentualnie nie podniosą przeciw niemu takich zarzutów, które uzasadniają, jak potem będzie mowa, nieprzyjęcie znawcy.

Że znawcą może być tylko człowiek z fachowemi wiadomościami, lub szczególnem uzdolnieniem, rozumie się samo przez się, atoli tylko ten musi przyjąć na siebie obowiązek znawcy, kto do udzielania opinii publicznie powołaniem jest ustanowiony, kto się publicznie i dla zarobku trudni nauką, sztuką lub przemysłem, kto w celu wykonywania nauki, sztuki lub przemysłu zajmuje publiczną posadę, lub do tego otrzymał publiczne upoważnienie. Kto z tych osób sądowi posłusznym nie będzie, ten podobnie jak świadek, będzie do stawiennictwa w sądzie i dania opinii przymuszonym. Jednakże znawcy wolno żądać uwolnienia od owych obowiązków z tych samych przyczyn, dla których świadkowi wolno zeznań odmówić. Również stronom wolno nie przyjąć znawców z tych samych przyczyn, które nadają prawo nieprzyjęcia sędziego n. p. ponieważ jest spółobowią-

zanym lub współpracującym, z powodu pokrewieństwa ze stroną itd. (por. §§. 19 i 20 N. J.) To postanowienie stawiające znawcę pod względem kwalifikacyi moralnej na równi ze sędzią, a nie, jak dotychczas, ze świadkiem, jest zrozumiałem, jeżeli się uwzględni, że proces nowy nie określił kwalifikacyi świadków.

W celu wykonania tego prawa nieprzyjęcia znawców, musi sąd podać ich nazwiska stronom ustnie lub pisemnie, a strona może swoje zarzuty założyć aż do chwili rozpoczęcia dowodu (vor dem Beginne der Beweisaufnahme), względnie w razie pisemnej opinii przed wejściem takowej do sądu.

Dowód ze znawców odpowiednio do zasady bezpośredniości i ustności powinienby być przeprowadzonym przy rozprawie procesowej. Ze względu jednak na niewykonalność tej reguły bądź z powodu koniecznych poprzednio oględzin, bądź dłuższych badań, dowód ten będzie przeprowadzonym najczęściej przez sędziego wyznaczonego lub w drodze rekwizycyi (§. 352 p. c.)

Znawca musi być zaprzysiężonym specjalnie (strony mogą go jednak od tego uwolnić), albo raz na zawsze — zaś co do sposobu przesłuchania i protokolowania wyводу oględzin i opinii znawców, przepisy o dowodzie ze świadków mają tutaj mutatis mutandis zastosowanie.

ad d) Dowód z oględzin (Augenschein).

Informacya sędziego o fakcie polega zwykle na cudzem spostrzeżeniu, reprodukowanem wobec niego przez dokument, zeznania świadka, opinię

znawcy, twierdzenie strony. Atoli zająć może potrzeba osobistego spostrzeżenia przez sędziego rzeczy i jej właściwości. To osobiste spostrzeżenie za pomocą któregokolwiek z pięciu zmysłów (a więc nie tylko oglądanie, ale i słuchanie, smakowanie itd.) dotychczasowemu procesowi było obcem, gdyż z wyjątkiem procesu prowizoryalnego sędziemu wolno było patrzeć tylko oczami znawców, słyszeć ich uszami itd. Oględziny sędziego, czyli właściwiej mówiąc, jego zmysłowe spostrzeżenia nie miały żadnego znaczenia w procesie i mogły się odbywać jedynie jako operat przeznaczony dla wyводу znawców, bez których oględzin przeprowadzać nie było wolno. Obecnie dowód z oględzin, a raczej z przedmiotu oględzin jest samoistnym środkiem dowodowym i pozostawionem jest ocenieniu sędziego, czy przeprowadzając takowy znawcę lub znawców do siebie przybierze lub nie.

Dowód ten prowadzony na wniosek strony lub z urzędu, powinienby, ile możliwości, być przeprowadzonym wobec sądu orzekającego, w którym to celu jest możliwe po myśli §. 132 p. c. odbycie rozprawy na miejscu przedmiotu oględzin (co w procesie prowizoryalnym zwykle będzie miało miejsce) — zwyczajnie jednak zapewne, gdy chodzić będzie o oględziny miejscowości, dla kosztów a może i wygody, dowód ten będzie przeprowadzony przez sędziego wyznaczonego lub rekwirowanego. Wynik oględzin będzie w protokole rozprawy, resp. gdy go przeprowadzi sędzia delegowany czy rekwirowany, w protokole specjalnym uwidoczniiony za pomocą rysunku,

opisu itp. W projekcie ustawy (§. 383) mieściło się wyraźne postanowienie, iż sędzia może zarządzić sporządzenie obrazu przedmiotu oględzin (np. w drodze fotograficznej), co jednak komisye eliminowały, uważając, że dopuszczalność takiego zobrazowania przedmiotu rozumie się sama przez się.

Jeżeli przedmiot oględzin znajduje się w posiadaniu przeciwnika strony dowodzącej, albo władzy publicznej lub notaryusza, postąpić należy analogicznie do przepisów określających obowiązki edycyi dokumentów: co do rzeczy w posiadaniu osób trzecich, te obowiązki edycyi, o ile się nie rozchodzi o dokumenta lub rzeczy wywiadowcze, nie mają.

*ad e) Dowód z wysłuchania stron
(Vernehmung der Parteien).*

Dowód z wysłuchania stron ma zastąpić dotychczasowe dowody z przysięgi, zwłaszcza dowód z przysięgi głównej. Że dowód z przysięgi w postępowaniu cywilnem na ujemnej teoryi dowodowej opartem miejsce znaleźć może, stwierdza ordynacya procesowa niemiecka, która w §§. 410 do 446 postanowienia o dowodzie z przysięgi stron obejmuje i co za tem zwykle idzie wyroki warunkowe dopuszcza.

Austryacki proces cywilny żadnego dowodu z przysięgi nie zna (przysięga manifestacyjna do do środków dowodowych nie należy) i rzeczywiście ostateczny był już czas, by się z łamigłówkami zwanymi wyrokami warunkowymi i z a priori ukutymi rotami przysięg raz na zawsze poże-

gnać. Dowód z wysłuchania stron jest samoistnym środkiem dowodowym — w dotychczasowym postępowaniu drobiazgowem zwał się ten dowód dowodem z przesłuchania stron, jako świadków (*Abhörung der Parteien als Zeugen*), w procesie nowym dodatek ten odpadł zapewne dla zaznaczenia tej samoistności. Pomimo jednak tej teoretycznej różnicy, praktycznie rzecz przedstawia się po dawnemu, gdyż co do rzeczy dowód z wysłuchania stron został skonstruowany zupełnie na wzór owego przesłuchania stron jako świadków tak, że niektóre paragrafy dawnego postępowania drobiazgowego (np. §§. 53, 54 i t. d. post. drob.) prawie dosłownie weszły do nowego procesu (§§. 371. 372 i t. d.)

Otóż co do pytania pierwszego, co może być przedmiotem dowodu, ustawa w §. 371 p. c. określa, że przedmiotem takowego mogą być fakta sporne, a dla rozstrzygnięcia stanowiące, które za pomocą innych środków dowodowych czy to przez strony oliarowanych, czy z urzędu nakazanych udowodnione być nie mogły.

Z powyższego więc wynika, że przedmiotem tego dowodu będą tylko fakta, a nie pojęcia prawne, że te fakta muszą być sporne, t. j. zostały wyraźnie lub dorozumianie zaprzeczone, a nie należą do faktów zwolnionych od dowodu (patrz wyżej ogólne uwagi o dowodach), albo jeżeli wprawdzie były dowodzone przez inne środki dowodowe, atoli takowych sąd nie uznał za dostateczne dla wytworzenia swego przekonania o prawdziwości danego twierdzenia strony i uznać nie musiał, jak np. przy dowodzeniu przez dokumenta.

Dalej fakta owe muszą być dla rozstrzygnięcia sprawy stanowcze, od czego zresztą w ogóle dopuszczalność każdego środka dowodowego zależy.

Wreszcie ponieważ strona zeznająca przed sądem jako czynnik dowodowy jest bądź co bądź we własnej sprawie sędzią, odstąpienie od prastarej zasady „*nemo iudex in causa sua*“ wymaga, by ten środek był tylko subsydyarnym, tj. jedynie wtedy dopuszczalnym, gdy ani strony nie ofiarowały innych środków dowodowych, ani — i to jest nowością w porównaniu z dotychczasowym procesem drobiazgowym — dowody z urzędu nakazane nie doprowadziły do pozytywnego rezultatu. Sąd tedy, jak widzimy, może z urzędu nakazać przeprowadzenie dowodów przez strony wcale nie ofiarowanych, czy jednak bezwzględnie nawet wbrew opozycji obydwóch stron? Zdaje mi się, że w tej mierze istnieje pewna luka w ustawie. Mianowicie §. 183 p. c. wyliczając uprawnienia przewodniczącego senatu, postanawia, że mu, tj. przewodniczącemu nie wolno wzywać do rozprawy świadków i domagać się dostarczenia dokumentów, jeżeli obydwie strony temu zaoponowały. Ustawa więc mówi wyraźnie tylko o przewodniczącym senatu i chce przez to ograniczyć jego władzę dyskrecyjonalną. Z tegooby zaś wynikało, że co nie wolno przewodniczącemu, wolno przecież senatowi — za taką interpretacją przemawiałby sam tekst ustawy. Tymczasem sprawozdanie komisji izby deputowanych, która to ograniczenie władzy dyskrecyjonalnej przewodniczącego do projektu rządowego wprowadziła, świadczy, że zamiarem tej komisji było wogóle ograniczyć

władzę sędzię. a więc także senatu i za tym poglądem zapewne praktyka się oświadczy.

Na dalsze zapytanie: kto może być słuchanym, jako strona w tym dowodzie, odpowiedź nie jest tak prosta, jakby się na pierwszy rzut oka wydawało.

Najpierw bowiem nie każda strona w celach dowodowych słuchaną być może, albowiem wedle §. 372 p. c. nie mogą być słuchane:

1. osoby niezdolne do udzielenia swoich spostrzeżeń, lub które w czasie, do którego zeznania ich mają się odnosić, były niezdolnemi do spostrzeżenia faktu dowieść się mającego:

2. duchowni względem tego, co im powierzone na spowiedzi, lub względem tajemnicy powierzonej w zaufaniu jako kapłanowi:

3. urzędnicy względem tajemnicy urzędowej;

4. skazani za fałszywe świadectwo, lub fałszywą przysięgę;

5. osoby, które w czasie przesłuchania nie ukończyły 14 roku życia:

6. osoby, które dla braku dojrzałości umysłowej, lub z powodu umysłowego niedoświadczenia nie mają dostatecznego pojęcia o istocie i znaczeniu przysięgi, wreszcie

7. osoby, co do których sąd nabierze przekonania z rozprawy lub z wypytywania stron, wysłuchanie pod przysięgą poprzedzającego, że one o spornym fakcie wcale żadnej nie mają wiadomości (§. 384), a to dlatego, ponieważ wedle §. 377 p. c. odmienne od dzisiejszego postępowania drobiazgowego, tylko jednej ze stron może

sąd nakazać zeznawanie pod przysięgą o jednym i tym samym fakcie.

Jeżeli tedy zajdzie jedna z przyczyn co dopiero od 1 do 7 wymienionych, stronę od słuchania w celach dowodowych wyłączającą, a na tej stronie ciąży obowiązek dowodu, wtedy zależy będzie od uznania sądu, czy w takim razie wcale dowód z wysłuchania stron ma być pominiętym, a tem samem twierdzenie strony, na której ciążył obowiązek dowodu, za nieprawdziwe, bo nieudowodnione, będzie poczytane, czy też druga strona w celach dowodowych ma być słuchaną (§§. 374 i 378 p. c.)

Dotychczas określiliśmy ujemnie kwalifikację osób, które w celach dowodowych, jako strony słuchać wolno.

Pozytywnie rozumie się, że słuchaną być może tylko strona, tj. albo powód albo pozwany i to osobiście (§. 375 ustęp 2 p. c.) Z tego by zaś wynikały dwie konkluzye, najpierw ta, że tylko ten, kto ze stanowiska proceduralnego jest stroną, czy to powodową, czy pozwaną, jako strona w celach dowodowych słuchanym być może, a następnie ten dalszy wniosek, że skoro słuchaną być może jako strona tylko osoba fizyczna, to osoba prawnicza jako niefizyczna w charakterze strony w celach dowodowych słuchaną być nie może. Ustawa jednak w obydwóch kierunkach rozszerza szereg osób w celach dowodowych słuchać się mających, gdyż:

1. Nietylko osoba pod pieczęią zostająca może być słuchaną jako strona w celach dowodowych, ale także jej zastępca i która z nich, lub

czy oboje słuchani być mają, zależy od uznania sądu. Do ofiarowania tego dowodu opiekunowie i kuratorowie nie potrzebują zezwolenia sądu nadopieczuniczego resp. kuratelarnego (art. XLI ustawy wpraw. do pr. c.)

2. Nietylko powód lub pozwany jako strona słuchanymi być mogą, a jeżeli jest więcej towarzysów sporu, czyli więcej powodów lub więcej pozwanych, bądź wszyscy powodowie, bądź wszyscy pozwani, bądź też tylko jeden lub kilku z nich, co znowu zależy od uznania sądu (§. 373 ustęp 3), ale także osoby, które w procesie nie są ani jedną, ani drugą stroną, ale do takowego w charakterze interwenientów wstąpiły.

Kto jest towarzyszem (uczestnikiem) sporu, określa §. 11 p. c., kto jest interwenientem głównym, określa §. 16, kto interwenientem ubocznym §. 17 p. c., szczegółowy rozbiór nasuwających się pod tym względem kwestyj muszą jednak tutaj pominąć. I znowu zależec będzie od uznania sądu, czy będzie przesłuchaną strona sama, czy interwenient, czy też obaj razem.

3. Osoby prawnicze mogą być także słuchane jako strony w celach dowodowych, a mianowicie:

a) imieniem masy rozbiorowej zarządca masy, krydataryusz, albo obaj;

b) imieniem jawnej spółki handlowej wszyscy spółnicy, albo niektórzy z nich :

c) imieniem spółki komandytowej wszyscy spółnicy osobiście odpowiedzialni, albo niektórzy z nich :

d) imieniem stowarzyszenia, gminy, towarzystwa, powiatu, kraju, państwa i w ogóle każdej osoby prawniczej prawny jej zastępca.

Że także imieniem państwa prawny jego zastępca jako strona w celach dowodowych słuchanym być może, jest tylko teoretyczną konkluzją bez praktycznego znaczenia, albowiem arsenał dowodowy prokuratoryi skarbu będzie miał inne środki dowodowe — gdyż jej np. wystarczyć może dowód z jednego świadka, bez potrzeby uzupełnienia go przysięgą uzupełniającą, jak dotychczas, ani też nie potrzebuje się ona obawiać przysięg głównych wskazanych i odkazanych, co do których oznaczenie osób fizycznych te przysięgi wykonać mających niesłychane w praktyce sprawiało trudności. Praktycznie więc prokuratorya skarbu nie będzie potrzebowała rozwiązywać pytania, kto jest prawnym zastępcą państwa.

Jeszcze jedno w tej kwestyi. Wiedząc, kto jako strona w celach dowodowych słuchanym być może, należałoby rozważyć, która z tych stron, tj. czy powód, czy pozwany ma być w danym procesie słuchanym i czy ustawa daje w tej mierze jaką normę, lub choćby wskazówkę.

Wykluczonym jest — jak to już wyżej wspomniałem, by obie strony były w charakterze dowodowym słuchane — nieszczęśliwe doświadczenia dotychczasowego postępowania drobiazgowego pod tym względem zniewoliły prawodawcę do postanowienia w §. 377 p. c., że o jednym i tym samym fakcie (a więc nie co do rozmaitych faktów) zeznawanie pod przysięgą tylko jednej stronie nakazanem być może. — Ale której?

Zdawałoby się, że w tej mierze dawna zasada „kto twierdzi, winien dowodzić“ (ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat) jest obowiązująca. Rzeczywiście też projekt rządowy w §. 391 tę zasadę jako regułę stawiał, a komisya izby deputowanych wstawiła do projektu rządowego nowy §. 379, który opiewał, iż z reguły ma być pod przysięgą słuchana ta strona, która jest obowiązana do dowodu. Atoli przepis ten i słusznie, komisya spólna wyeliminowała, wychodząc z poglądu, że kwestya, na kim ciąży obowiązek dowodu, praktycznie jest często trudną do rozwiązania, a teoretycznie także sporną, tudzież, że zeznawanie pod przysięgą nie zawsze może być poczytywanem za ciężar, bywa ono nim dla ludzi sumiennych, dla ludzi niesumiennych jest łatwym sposobem przysparzania sobie nieprawych korzyści. Obecnie tedy stanowi §. 378 p. c., że sąd po troskliwym rozważeniu wszelkich towarzyszących okoliczności postanowi, która strona będzie słuchaną pod przysięgą.

Ślad zaś dawnego onus probandi pozostał jedynie w przepisie §. 374 p. c., o którym już poprzednio mówiłem, a który ma na celu nie przymuszać bezwzględnie strony jednej np. pozwanej do uwolnienia się od ataku drugiej strony przysięgą własną, jeżeli napaść po stronie drugiej jest oczywistą.

Wracając do osnowy §. 378 p. c., a mianowicie do słów „po troskliwym rozważeniu wszelkich okoliczności“, należałoby wyjaśnić, jakimi one zwykle być mogą. Otóż dowód z przesłuchania stron poprzedza rozprawa, a nadto samo wy-

słuchanie strony pod przysięgą poprzedza bezpośrednio, jak to zaraz zobaczymy, przesłuchanie obu stron bez przysięgi. Sąd więc tak z rozprawy, jak i z tego przesłuchania będzie musiał wyciągnąć wnioski, która strona jest lepiej poinformowaną, i która jest więcej wiarogodną i wedle tego zadecyduje o wyborze strony pod przysięgą słuchać się mającej. Wybór więc strony nie powinien być dowolnym, powinien polegać na tym dokładnym egzaminie informacyi i wiarogodności i dopiero jeżeliby pomimo tego badania wartość obu stron w przekonaniu sądu stała na równi, nie pozostanie sądowi nic innego, jak zastosować dawną zasadę i słuchać pod przysięgą stronę, na której spoczywa ciężar dowodu.

Nasuwa się tutaj jeszcze jedna uwaga z praktyki drobiazgowej zaczerpnięta. Niejednokrotnie jedna ze stron oliaruje się z gotowością zeznania pewnej ważnej okoliczności pod przysięgą, a druga na to się zgadza. Czy to ugodowe oznaczenie osoby zeznawającej wiąże sędziego i ogranicza jego prawo wyboru?

Oczywiście nie, jeżeli się uwzględní, że sędzia winien dochodzić prawdy materialnej i że rozstrzygnięcie prawdziwości danego twierdzenia spornego, a tem samem sporu winno mieć za podstawę przekonanie sędziego, a nie stron. Jeżeli tedy w tym wypadku strony nie zawrą ugody na przysięgę, co wedle §. 205 p. c. jest dopuszczalnym, a co sędzia stronom zaproponować może, wówczas sędzia pomimo wniosków stron jest panem wyboru.

Zdarzyć się wreszcie może, że strona, którą sąd postanowił wysłuchać w celach dowodowych, zeznawać nie zechce, albo też na audyencyi w tym celu wyznaczonej nie stanie. Wówczas zależy od uznania sądu, czy zechce zarządzić przesłuchanie drugiej strony, jeżeli jest osobiście obecną, czy też z owego odpornego zachowania się tamtej strony wyciągnąć odpowiednie konkluzye (§. 380 i 381 p. c.).

Przechodzimy do trzeciego pytania, jak dowód z wysłuchania stron ma być przeprowadzonym.

Wspomniałem już wyżej, że dowód ten mogą ofiarować strony, jedna albo obie, lecz że także z urzędu dowód ten może być nakazany. Dopuszczenie tego dowodu następuje wedle §. 375 p. c. (co jest tylko powtórzeniem przepisu §. 277 ustęp 1. p. c.) przez uchwałę senatu. Następnie §. 376 p. c. stanowi, że strony naprzód będą wypytane bez przysięgi a po wypytaniu bez przysięgi może nastąpić przesłuchanie pod przysięgą.

Z tych słów ustawy i kolei paragrafów zdawałoby się wynikać, że to wypytanie obu stron bez przysięgi stanowi pierwsze stadyum dowodu z wysłuchania stron. Otóż kwestya ta jest nader niejasną, to bowiem wypytywanie obu stron z reguły powinno wprawdzie wyprzedzać słuchanie jednej strony pod przysięgą, ale wyprzedzi ono w ogóle uchwałę senatu dopuszczającą dowód z wysłuchania stron, która to uchwała musi przecież nietylko stanowić, że się dowód z wysłuchania stron dopuszcza, ale także oznaczać tą fizyczną osobę, która jako strona ma być słuchaną. Właś-

nie wypytywanie stron ma głównie na celu wy-
pośredkować tę osobę, która się sądowi jako
lepiej informowana i więcej wiarogodna przed-
stawi, by ją potem mógł słuchać pod przysięgą.
Gdyby więc senat wydawał jedną uchwałę, że do-
puszcza dowód z wysłuchania stron, następnie
obie strony wypytywał, a potem dopiero drugą
uchwałę wydawał, która z tych stron ma być
słuchaną pod przysięgą, to nietylko iżby to było
marnowaniem czasu bez żadnego pożytku, ale
wprost niewłaściwem. Niewłaściwem zaś dlatego,
ponieważ już w toku rozprawy wedle §. 182 p.
c. wolno przewodniczącemu i członkom senatu
zadawać stronom pytania w celu wydobycia od
nich wszelkich wyjaśnień służących do zgodnego
z prawdą ustalenia stanu faktycznego praw i ros-
zczeń, z jakimi przed sądem wystąpiły. Już więc
wtedy sąd ma prawo wypytywać się, a strona
jest obowiązana do zeznawania prawdy. Ten jej
obowiązek zeznawania prawdy podczas rozprawy
nie podlega jednak grozie kryminalnej, ale i owe
zeznania bez przysięgi przy dowodzie z wysłucha-
nia stron, o których mówi §. 376 p. c. również
sankcyi karnej nie podlegają. To też wydaje mi
się zbytecznem, aby, jeżeli strony podczas roz-
prawy dostatecznie przez sąd wypytane zostały,
operacyę tę powtarzać koniecznie przed samem
słuchaniem strony pod przysięgą. A jakkolwiek
ustawa mówi, że przed owem wypytywaniem obu
stron sąd zwróci ich uwagę, że stosownie do oko-
liczności mogą być zniewolone do zeznawania pod
przysięgą, to owo sakramentalne upomnienie, któ-
rego wielkiej doniosłości nie pojmuję, a poważnych

skutków niespodziewam się, owo tedy upomnienie przecież i w toku rozprawy przy wyświecaniu stanu rzeczy nastąpić może. Całe bałamuctwo w tej kwestyi poszło ztąd, że projekt rządowy dowód z wysłuchania stron dzielił na dwa okresy: pierwszy obejmował przesłuchanie strony bez przysięgi pod rygorem jednak kary kryminalnej za fałszywe zeznania, drugi okres w razie uznania sądu przesłuchania bez przysięgi za niedostateczne, obejmował powtórzenie zeznań niezaprzysiężonych pod przysięgą. Komisji wspólnej taka konstrukcyja dowodu z wysłuchania stron się nie podobała i słusznie, uchyliła też rygor karny co do owego przesłuchania bez przysięgi, ~~strzymując~~ jednak to wysłuchanie stron bez przysięgi przed słuchaniem pod przysięgą i uzbroiwszy je w naiwne upomnienie stron, że mogą być zniewolone do zeznawania pod przysięgą, nie zwróciła uwagi na przepis §. 182 p. c. przez co teoretycznie rzecz zabałamuciła, a z drugiej strony stworzyła przepis, który usus fori ile możności jako niepraktyczny obchodzić będzie.

Sądzę tedy, że w praktyce, jeżeli obie strony osobiście na rozprawie będą obecne, owo wypytanie stron bez przysięgi zostanie wplecione w tok rozprawy, przy uwidocznieniu wyników takowego, tudzież owego upomnienia w protokole rozprawy, że jednak uchwała senatu dopuszczająca dowód z wysłuchania stron będzie tylko jedna i odrazu oznaczy osobę, która ma być zaprzysiężoną. Tylko w razie osobistej nieobecności zwłaszcza obu stron przy rozprawie będzie sąd musiał, dopuszczając dowód z wysłuchania stron i wzy-

wając je w tym celu do osobistego jawienia się zastrzedz sobie na później oznaczenie osoby, którą pod przysięgą słuchać zechce.

Samo wysłuchanie strony pod przysięgą nastąpi wedle przepisów dla świadków postanowionych. A więc zwróci przewodniczący uwagę strony, że na pytania objęte §. 321 ustęp 1, 3, 4, 5 p. c. wolno jej odmówić odpowiedzi (§. 380 p. c.), dalej upomni ją o obowiązku zeznawania prawdy, o świętości i znaczeniu przysięgi, tudzież o następstwach fałszywej przysięgi wedle ustaw karnych, po odebraniu tej przysięgi w rocie dla świadków przepisanej wypyta ją o generalia, potem o fakta sporne dla rozstrzygnięcia stanowcze, wreszcie ³/o rationem sciendi. Zeznania te będą wpisane do protokołu zozprawy, potem stronie do przejrzenia przedłożone lub na żądanie odczytane.

Przesłuchanie więc strony pod przysięgą ma być przeprowadzonym zwyczajnie wedle modły dla świadków przepisanej. Atoli §. 377 p. c. postanawia, że sądowi z niezaprzysiężonego zeznania tej samej strony wolno wydzielić szczegółowe twierdzenia, które następnie strona pod przysięgą powtórzyć winna. również nocen jest sąd zarządzając wysłuchanie pod przysięgą, przepisać stronie brzmienie, w jakim na szczegółowe okoliczności pod przysięgą ma zeznawać. Jest to reminiscencya z dotychczasowych norm o przysięgach, gdyż owe wydzielone twierdzenia i przepisane brzmienie zeznań są dawnymi rotami przysięg. Jeżeli sąd taką rotę ułoży, wtedy odbierze od strony przysięgę dla stron, a nie dla świadków ustawą z 3. maja 1868 Nr. 33. Dz. pr. p. prze-

pisana. Tylko bardzo proste fakta będą się nadały do tej formy wystuchania stron, a chociaż w początkach obowiązywania nowej ustawy takie przesłuchanie będzie miłym przypomnieniem dawnych ustaw, to z czasem, jak sądzę, forma ta w praktyce zupełnie zarzuconą będzie. Takie bowiem formułowanie rot i dla stron i dla sądu nie będzie dawało gwarancji i możności wszechstronnego wyjaśnienia sprawy.

Słuchanie strony w celach dowodowych powinno nastąpić z reguły przed sądem orzekającym, nigdy przed sędzią wyznaczonym (§. 249 p. c.), a w drodze rekwizycji, czyli przed sędzią wezwanym tylko w razie przeszkody niepokonanej, lub celem uniknięcia niestosunkowych kosztów.

Przymusu do zeznawania strony czy to pod przysięgą, czy bez przysięgi nie ma, strona na wyznaczonej w celu jej przesłuchania audyencji jawić się nie musi, również strona nawet po zaprzysiężeniu może nie zeznawać w ogóle, lub na specjalne pytania — takie odporne zachowanie się strony może jednak posłużyć trybunałowi za okoliczność uzasadniającą jego przekonanie. Atoli stronie wolno prosić, zaś sąd może jej dozwolnić, a nawet bez jej prośby, dać jej czas do namysłu, czy zechce zeznawać pod przysięgą i w tym celu rozprawę odroczyć. W interesie pospiechu dzieć się to będzie oczywiście bardzo rzadko.

Jeżeliby strona słuchać się mająca nie była na rozprawie osobiście obecną, to sąd zarządzając jej wezwanie i odraczając w tym celu rozprawę, musi jej oznajmić fakty, na które ma być przesłuchaną. Zwracam uwagę, że przepis ten będzie

musiał być także w przyszłych sporach drobiazgowych przestrzegany (§. 431 p. c.).

Wysłuchanie stron w celach dowodowych ma zastąpić, jak wspomniałem, dotychczasowe przysięgi, główną, uzupełniającą i szacunkową. Pierwsze dwie rozwiązywały zwykle pytanie, czy, trzecia rozstrzygała pytanie, ile. Ponieważ przysięgi szacunkowej proces nowy nie zna, rozchodzi się o to, jak będzie postępował sędzia na przyszłość w tych wypadkach, w których dotychczas ratował się przysięgą szacunkową. W tej mierze §. 273 p. c. rozszerza swobodę sędziego do najrozleglejszych granic. Sędzia bowiem może nawet pominąć oliarowany w tym kierunku przez stronę dowód n. p. ze świadków, świadków biegłych, znawców i t. p. jeżeliby to miało pociągnąć niestosunkowe trudności, może dalej, jeżeli zechce, słuchać stronę pod przysięgą, lecz nie na to (jak to czasem sędziowie drobiazgowi jeszcze praktykują), ile sobie liczy, lub ocenia wartość szkody, interesu lub wysokość wierzytelności, ale na okoliczności faktyczne, dla oznaczenia ilości stanowcze n. p. po czemu wówczas taki sam przedmiot kupowano, ile strona za przedmiot ów zapłaciła, ile dziennie, tygodniowo i t. p. zarabia etc. Sędzia może wreszcie z pominięciem tych wszelkich dowodów i nawet dowodu z wysłuchania strony, wysokość szkody, interesu, czy też wierzytelności oznaczyć wedle swego swobodnego przekonania. Znajomość życia i jego warunków, na którą nowy proces u sędziego tak wiele liczy, da mu możliwość sprawiedliwego rozstrzygnięcia takich kwestyj.

3. *Przeprowadzenie dowodu w sporze poza rozprawą.*

§. 276 p. c. stanowi zgodnie z zasadą bezpośredniości i ustności, że przeprowadzenie dowodów winno nastąpić przed sądem orzekającym, tj. na rozprawie. Od tej reguły zna ustawa dwa wyjątki:

1. Jeżeli dowody już w postępowaniu przygotowawczem przeprowadzone zostały, a senat powtórne przeprowadzenie takowych na rozprawie, co tylko co do świadków i znawców jest możliwe (§. 264 p. c.) uzna za zbyteczne. O przedstawianiu wyników postępowania przygotowawczego na rozprawie mówiłem już wyżej.

2. Jeżeli sąd po myśli postanowień procedury cywilnej dowód poza rozprawą audyencyonalnej przeprowadzić postanowi.

Rozchodzi się więc o to, kiedy to procedura cywilna pozwala przeprowadzić dowód poza rozprawą.

Otóż a) co do dowodu z dokumentów, wedle §. 300 p. c. przedłożenie pierwowpisu przed sędzią wyznaczonym lub wezwanym (rekwirowanym) tylko wtedy nastąpić może, gdy zachodzi w tej mierze znaczna trudność, albo dokument jest ważnym a zachodzi obawa jego utraty lub uszkodzenia;

b) co do dowodu ze świadków stanowi §. 328 p.c., że przeprowadzenie takowego przez sędziego wyznaczonego lub wezwanego wtedy jedynie nastąpić może, gdy przesłuchanie świadka na miejscu przyczyni się do wykrycia prawdy, albo gdyby zachodziły znaczne trudności w przesłucha-

niu przed sądem orzekającym, albo gdyby takie bezpośrednio słuchanie pociągało zanadto wielkie koszty, albo jeżeli świadek ma przeszkodę w jawieniu się przed sądem orzekającym n. p. jest chory;

c) co do dowodu ze znawców. będzie go wedle §. 352 przeprowadzał sędzia wyznaczony lub wezwany, jeżeli przedmiot, który znawcy mają oglądać, nie może być sprowadzony do sądu, albo wogóle inne znaczne trudności zachodzą;

d) co do dowodu z oględzin z tych samych przyczyn, co przy dowodzie ze znawców (§. 368);

e) co do dowodu z wysłuchania stron, jeżeli strona nie może się stawić dla przeszkód, których ominąć nie jest w stanie, albo gdyby to stawienie było połączone z niestosunkowymi kosztami.

Jeżeli te przyczyny są sądowi wiadome, jeszcze przed rozprawą, może wdrożyć postępowanie przygotowawcze tak samo, jeżeli się takowe na rozprawie okażą (§. 245 ustęp 3. i 246 p. c.), może jednak wydać uchwałę polecającą sędziemu wyznaczonemu lub wzywającą sędziego innego okręgu do przeprowadzenia potrzebnego dowodu bez wdrożenia postępowania przygotowawczego.

Proceder zaś w takim razie jest następujący :

Przeprowadzenie dowodów przez sędziego wyznaczonego lub rekwirowanego będzie nakazane (tak samo, jak przeprowadzenie dowodów przy rozprawie) uchwałą na dowód (Beweisbeschluss) (§. 277).

By sprawy nie przewlekać, powinien sąd po myśli §. 278 p. c. wydać taką uchwałę na dowód dopiero po zupełnem wyjaśnieniu stanu sprawy, aby gdy rozprawa na nowo podjętą będzie, nie było jej potrzeba znowu dla jakiego nowego dowodu odraczać. Do takiego gruntowego wyjaśnienia stanu sprawy muszą także dążyć strony. Jeżeli bowiem rozprawa gwoi przeprowadzenia dowodów (czy to na nowej rozprawie, czy przez sędziego delegowanego, lub rekwirowanego) odroczonej zostanie, stronie na nowej rozprawie tylko wtedy z nowymi faktami i dowodami wystąpić wolno, jeżeli te nowości są usprawiedliwione rezultatem przeprowadzonych dowodów, a nie zaniedbano ich wcześniej przedstawić w jawnym zamiarze przewłoki.

Owa uchwała na dowód będzie wygotowaną na piśmie, (uchwała na przeprowadzenie dowodów przy rozprawie tylko się protokołuje bez pisemnego wygotowu), które będzie mieściło także opis stanu sprawy z rozprawy uzyskany, a to w tym celu i o tyle, by sędzia wyznaczony, czy też wezwany był w stanie przeprowadzeniem dowodu pokierować i wyczerpująco go przeprowadzić. To wygotowanie na piśmie uchwały na dowód w tym wypadku jest samą naturą rzeczy wskazane, a będzie to pismo musiało być tem dokładniejsze, gdy się będzie rozchodzić o przeprowadzenie dowodu przez rekwizycję, lub sędziego wyznaczonego w skład senatu nie wchodzącego — natomiast będzie ono mniej szczegółowe wtedy, gdy (jak to §. 282 p. c. zaleca) owym sędzią wyznaczonym będzie jeden

z członków senatu, który toku rozprawy z uwagą słuchał.

Sędzia delegowany lub wezwany, otrzymawszy taką uchwałę na dowód, wyznaczy w celu przeprowadzenia dowodu audyencyę, zarządzi co potrzeba, by ta audyencya skutecznie odbyć się mogła, zawiadomi o takowej obie strony i następnie przeprowadzi wskazane mu dowody tak, jak przewodniczący na rozprawie, którego prawa wtedy mu przysługują (§. 284). Gdyby zaszły jakie poważne w sporze kwestye, sędzia ów zwróci się do sądu procesowego po decyzję, który, gdy jest ku temu podstawa — zarządzi z urzędu rozprawę celem rozstrzygnięcia tej kwestyi wgadkowej.

Gdyby sędzia przeprowadzający dowód spostrzegł, że n. p. innego sędziego o przeprowadzenie dowodu wezwać należy, uczyni to sam bez zwracania sądowi procesowemu przesłanego mandatu.

Po wykonaniu zlecenia resp. wezwania sądowego odeszle sędzia akta sądowi procesowemu, akta te zbada przewodniczący, zarządzi, jeżeli tego potrzeba, uzupełnienie lub poprawienie — następnie do rozprawy procesowej tak wyznaczy audyencyę, aby strony jeszcze przed jej odbyciem mogły owe akta przegłądać (§. 286).

Na rozprawie przedstawi potem przewodniczący wyniki przeprowadzonych dowodów w stosownem miejscu.

Że jednak po przeprowadzeniu dowodu rozprawa procesowa nie zawsze będzie musiała być zarządzoną, to zobaczymy niebawem.

E. Zamknięcie rozprawy (postępowanie podowodowe).

Jakkolwiek o jakimś szablonie dla rozprawy procesowej mowy być nie może, to jednak z istoty rzeczy wynika, że po przeprowadzeniu postępowania dowodowego toczyć się będzie zwykle rozprawa nad wynikami takowego przy uwzględnieniu przebiegu całej rozprawy. Formalnego zamknięcia postępowania dowodowego jak na rozprawie karnej nie ma — ono i w procesie karnym nie posiada także zbyt doniosłego znaczenia — jednakże po faktycznem przeprowadzeniu dowodów, przewodniczący udzieli stronom głosu w celu przedstawienia poglądu na wyniki takowych.

W dzisiejszym pisemnym procesie cywilnym to postępowanie podowodowe gra bardzo podrzedną rolę — w procesie karnym przeciwnie plaidoyer oskarżyciela i obrońcy, choć może nie merytorycznie, to przynajmniej retorycznie ważny okres procesu stanowi. W przyszłym procesie cywilnym natomiast, jak sądzę, postępowanie podowodowe podźwignie się nieco.

Wszak wyrok senatu będzie się opierał na przekonaniu jego wytworzonem ze zbadania dowodów, i senatu nie będą już wiązały dzisiejsze ściśle reguły dowodowe, o które wszelkie wywody stron rozbijały się, jak o skały.

Więc też jak z jednej strony nic dziwnego, że strony dotychczas pism dowodowych, jako nie wiodących do niczego chętnie się zrzekały, tak z drugiej strony w przyszłości strona mająca interes w wytworzeniu przekonania sędziego na

swoją korzyść, nie zaniedba nadarzającej się ku temu w postępowaniu podowodowym sposobności.

Nie dojdzie to postępowanie podowodowe do tego znaczenia, co w procesie karnym dlatego, ponieważ na rozprawie karnej po pisemnej skardze oskarżyciela odpowiedź na takową ze strony oskarżonego stanowi zwykle niestety bardzo krótkie oświadczenie, że się do winy nie poczuwa, poczem się wprost do postępowania dowodowego przechodzi — natomiast w przyszłym procesie cywilnym obie strony t. j. tak powód, jak i pozwany przed dowodami cały stan rzeczy dokładnie przedstawia, nie będą więc miały potrzeby czynić to dopiero po dowodach.

Po owych przemówieniach końcowych stron przewodniczący rozprawę zamknie, zapytawszy się członków senatu, czy uznają sprawę sporną za zbadaną już w zupełności i za dojrzałą do rozpoznania na zasadzie przeprowadzonych dowodów.

Owo postępowanie podowodowe nie jest jednak bezwzględnie koniecznem i zamknięcie rozprawy może być wcześniej ogłoszone, a mianowicie wtedy, gdy senat wyda uchwałę dowodową a dowody tą uchwałą dopuszczone ma przeprowadzić sędzia rekwizowany (nie wyznaczony) i albo obie strony zrzekły się rozprawy nad wypadkami tego dowodzenia, albo też senat taką rozprawę za zbyteczną uzna (§. 193 p. c.).

Jeżeli n. p. rozstrzygnięcie danej kwestyi faktycznej jest zawisłem od zeznań świadka, którego w drodze rekwizycyi przesłuchać trzeba, albo, co najczęściej zdarzać się będzie, od stwierdzenia pewnej okoliczności przez stronę samą, której wy-

słuchanie pod przysięgą ze względu na wielkie koszty lub niepokonane trudności na rozprawie procesowej nastąpić nie może (§. 375), wówczas sąd może uznać rozprawę za zamkniętą i wtedy będzie wyrok wydanym po nadejściu aktów przeprowadzonego dowodu bez nowej rozprawy. W tym też wypadku wyrok nie będzie ustnie ogłoszonym, lecz tylko na piśmie doręczonym (§. 415 p. c.).

Po zamknięciu rozprawy, senat uda się do sali obrad celem narady nad ostatecznem załatwieniem sprawy ile możliwości natychmiast (§. 414 p. c.). Gdyby jednak w toku obrady senackiej okazało się, że w celu rozstrzygnięcia sprawy potrzeba żądać od stron wyjaśnienia, lub uzupełnienia, lub też gdyby senat dopiero w czasie obrad uznał potrzebę udowodnienia faktu, a w tej mierze trzeba było strony wysłuchać, albo też gdy rozprawę zamknięto, ponieważ dowód ze świadków miał być w drodze rekwizycyi przeprowadzony (o czem przed chwilą mówiłem) a tymczasem dalsza rozprawa okazała się konieczną, wówczas senat (a nie sam przewodniczący) może uchwalić ponowne otwarcie już raz zamkniętej rozprawy.

Należałoby teraz z kolei mówić o obradach senatu i rezultacie takowych t. j. o uchwałach i wyroku, pierwszej jednak wypada rozpatrzyć kwestyę protokołowania.

F. Protokół rozprawy.

Na każdą ustną rozprawę przed sądem spisuje się protokół, mówi §. 207 p. c., atoli i poza rozprawą, gdy sędzia jakkolwiek czynność przed-

siębierze n. p. słucho świadka pomimo nieobecności obydwóch stron, utrwalenie tej czynności dzieje się zapomocą protokołu. Tak samo n. p. chociażby na audyencyi pierwszej żadna strona żadnego wniosku lub oświadczenia nie wniosła, sporządzonym będzie protokół i t. p. Formalności wszystkich tych protokołów będą jednakowe. Muszą mianowicie obejmować wedle §. 207 p. c. wymienienie sądu, nazwiska sędziów i protokolanta ewentualnie także tłumacza, obejmować wzmiankę, kiedy i gdzie protokół spisano, nazwisko stron i tychże zastępców, zwięzłe określenie przedmiotu spornego, wymienienie osób, które jako strony, albo ich zastępcy, lub pełnomocnicy na audyencyi się pojawiły.

Jeżeli tedy taki protokół jest poza rozprawą spisany, obejmie on krótki opis czynności urzędowej i zwięzłe podaną treść faktycznych twierdzeń stron spór wiodących, lub osób trzecich do tej czynności powołanych (§. 216).

Rozprawa między stronami może być — jak wiemy — rozprawą procesową (kontradiktoryjną), może być jednak także rozprawą uboczną, a przynajmniej nie główną n. p. rozprawa na audyencyi pierwszej, rozprawa przed sędzią wyznaczonym w postępowaniu przygotowawczem, rozprawa w przedmiocie przywrócenia do pierwotnego stanu (§. 149 p. c.) rozprawa w celu zabezpieczenia dowodów (w miejsce dotychczasowego postępowania przy dowodzie ku wiecznej pamięci) i t. p. Przepisy dla protokołowania wszystkich tych rozpraw mieszczą się w postanowieniach §§. 207 do 215 i §. 217 p. c., a natomiast specjalnie tylko do

rozpraw procesowych odnosi się przepis §. 265 p. c. W projekcie rządowym przepisy o protokolowaniu rozpraw procesowych były znacznie obszerniejsze — komisye je skróciły, wcielając przepisy ogólnej natury do tytułu o protokołach rozpraw.

Co tedy mówić będziemy o protokołach rozprawy procesowej, to *mutatis mutandis* odnosić się będzie do protokołu rozprawy w ogóle.

Co do pytania pierwszego, kto protokół rozprawy ma pisać i prowadzić, to z reguły czynić to ma samoistnie protokolista. Sędzia kierujący rozprawą nie może jednak o protokół wcale się nie troszczyć, przeciwnie, jakkolwiek protokołu dyktować nie może, a przynajmniej nie powinien, to jednak na sporządzenie takowego będzie miał wpływ, o którym później.

Na pytanie dalsze, co protokół rozprawy procesowej ma obejmować (oprócz wymienionych już wyżej formalności) odpowiada ustawa:

1. że mają być zamieszczone daty, z których przebieg rozprawy w ogólnym zarysie poznać można;

2. że ma być zamieszczoną w zwięzłym układzie treść przemówień obydwóch stron o stanie sprawy;

3. wymienienie środków dowodowych przez strony oliarowanych na to, co w ich przytoczeniach pozostało spornem (§. 209);

4. oświadczenia stron takie, które obejmują ograniczenia lub zmiany żądania skargi, zrzeczenie się podniesionego roszczenia, lub części tegoż,

zrzeczenie się środków prawnych, tudzież oświadczenia na wnioski wysłuchania strony pod przysięgą (§. 208 p. c.)

5. Wnioski stron w czasie rozprawy stawiane, których sąd nie uwzględnił, albo których strony do końca rozprawy nie cofnęły, o ile one dotyczą się sprawy głównej, albo na przebieg lub rozpoznanie sprawy stanowczy wpływ wywierają (§. 208).

6. Rozstrzygnięcia sądowe podczas rozprawy zapadłe i ogłoszone, w szczególności uchwały na dowód, niemniej te zarządzenia i rozporządzenia przewodniczącego, od których środek prawny jest dozwolony (§. 208).

7. Zapiski z przeprowadzonych dowodów, a więc np.:

a) że dokument strona złożyła i takowy odczytano;

b) własnoręczne pismo strony, podyktowane jej celem stwierdzenia autentyczności pisma (§. 314);

c) zeznania świadków, a mianowicie istotna treść takowych, a w razie potrzeby całe zeznania w dosłownem brzmieniu, tudzież wzmianka, czy od świadka odebrano przysięgę przed przesłuchaniem, czy po niem, czy zaprzysiężenia zaniechano lub je zastrzeżono, czy jakie zarzuty strony lub świadek wnieśli przeciw protokolarnemu ustaleniu zeznań świadka (343);

d) zapiski z przeprowadzonego dowodu ze znawców, mianowicie opis stanu rzeczy i opinia tychże, odebranie resp. zaniechanie przysięgi od znawców itd. jak przy świadkach (367);

e) opis wypadków oględzin i zarzuty podniesione przez strony przy oględzinach lub przeciw protokołowi:

f) przy dowodzie z wysłuchania stron takie same zapiski jak przy dowodzie ze świadków z tym dodatkiem, że napomnienie strony z powodu przysięgi miało miejsce (§§. 380 i 377).

8. Rozmaite zapiski ważne dla procesu, jak np. wykazanie się adwokata pełnomocnictwem przy ewentualnem zatrzymaniu takowego w aktach (§. 30 p. c.), przedłożenie przez strony wykazu kosztów sporu z ewentualnymi załącznikami takowego (§. 54), ugody (204) itd.

9. Naganienia (wytknięcia) tj. zarzuty stron, że został naruszony przepis normujący postępowanie, w szczególności, że została naruszoną formalność czynności procesowej, jeżeli tego wytkniętego braku sąd nie usunął. Mianowicie stronie tylko wtedy wolno wystąpić w rekursie, lub odwołaniu z zarzutem, że dopuszczono się nieformalności proceduralnych, jeżeli to strona na rozprawie wytknęła, czyli naganiała, chyba iżby się rozchodziło o naruszenie takiego przepisu, którego zachowania stronie ze skutkiem zrzec się nie wolno (np. bezwzględna niewłaściwość sądu, nielegalne wykluczenie jawności), albo iżby strona o naruszeniu formalności nie wiedziała, ani wiedzieć nie musiała.

10. Wreszcie wejdą do protokołu opozycye stron bądź od zarządzeń przewodniczącego i senatu (o ile takowe nie wchodzą pod pojęcie naganień co dopiero opisanych, względnie pod pojęcie wniosków [wyżej ad 5]), tudzież opozycye

przeciw protokołowi rozprawy. Po spisaniu bowiem protokołu, takowy stronom ma być do przejścia przedłożony lub odczytany i przez nie podpisany. Stronom wolno zwrócić uwagę sądu na ustępy niezgodne z rzeczywistym przebiegiem rozprawy.

Jeżeli sąd zarzut strony w tej mierze uzna za uzasadniony, umieści sprostowanie w dodatku do protokołu, w przeciwnym razie będą owe zarzuty, czyli owa opozycja w tym dodatku wyspecyfikowane.

Z powyższego więc okazuje się, że zakres protokołu rozprawy procesowej jest nadzwyczaj obszerny i że pisanie takowego nie tylko wielkiego uzdolnienia, nauki i rutyny po stronie protokolanta wymagać będzie, ale że nawet przy tych jego przymiotach zachodzić może bądź niebezpieczeństwo utrudnienia toku i tempa rozprawy, bądź niedokładne lub wypaczone spełnienie zadania protokolisty. Tem niebezpieczeństwem grozi głównie przepis domagający się protokolowania treści przemówień obydwóch stron o stanie sprawy, wymienienie środków dowodowych na okoliczności, które pozostały sporne i wnioski stron nieuwzględnione, o ile się tyczą sprawy głównej, albo są stanowcze (wyżej ad 2, 3, 5).

Ustawa więc podaje w tym kierunku pewne kautele, ułatwienia i rady. Zabrania więc przede wszystkim protokolowania przemówień stron z osobna i zakazuje pod nieważnością przyjmowania gotowych protokołów, a czyni to dlatego, aby z ujmą zasady ustności nie wpaść na tory dotychczasowego nieraz chyba tylko przez ironię

tak się nazywającego postępowania sumarycznego. Dyktowanie protokołu również, choć nie zabronione, w motywach jest jako niewłaściwe zaznaczone, bo rzeczywiście tok rozprawy utrudniające i uwagę sądu i wszystkich rozrywające. Aby zaś rzecz ułatwić, pozwala ustawa (w §. 210 p. c.) powołać się w protokole na pisma przygotowawcze, na akta postępowania przygotowawczego, na stan sprawy w pisemnej uchwale na dowód przedstawiony, przy uwidocznieniu w protokole, o ile owe środki pomocnicze różnią się zasadniczo od tego, co strony ustnie przedstawiły. Jeżeli, tedy stan sprawy na rozprawie ustnej nie odbiegł wiele od stanu w pismach przygotowawczych lub w protokołach postępowania przygotowawczego określonego, może być ten modus sporządzania protokołu zachowanym, zwłaszcza, że wywody prawne i wywody o wynikach dowodów (podowodowe) do protokołu nie należą.

Również, gdzie sprawa jest prostą, a jej rozstrzygnięcie od dowodu uchwałą na dowód zarządzonego zawisłem, tam przedstawienie sprawy w owej uchwale na dowód czyni zbytecznym protokolowanie stanu rzeczy i w takim razie protokół powoła się krótko i węzłowato na tę uchwałę. Gdzie atoli w sposób powyższy sporządzenie protokołu nastąpić nie będzie mogło, tam §. 211 p. c. doradza następującego procederu:

Jak wiadomo, rozprawa rozpoczyna się od wzajemnych wywodów stron co do okoliczności faktycznych, prawnych i dowodów. Otóż po ukończeniu tej debaty między stronami, może przewodniczący w obecności stron przedstawić pokrótce

resumé (streszczenie) tego, co one twierdziły, co między nimi jest niespornem, co pozostało spornem, w jaki sposób to, co zostało spornem, ma być udowodnionem i w takim układzie, o ile możliwości z powołaniem się na akta, każe to resumé do protokołu zapisać.

Gdyby sprawa była obszerniejsza — albo to ze względu na większą dokładność protokolarnego ustalenia zdawało się być pożądanem — owe resumé może się rozpaść na kilka rozdziałów.

Mianowicie przy materiale procesowym więcej skomplikowanym, dobry przewodniczący nie dopuści stron do rozprawiania od razu o wszystkim, lecz zapobiegając chaosowi, będzie rozprawą tak kierował, by rozprawa toczyła się około pewnych szczegółowych kwestyi.

Takie kierownictwo pociągnie za sobą naturalny podział rozprawy na poszczególne partye i w miarę jak pewna partya tak pod względem treści, jak dowodów dostatecznie wyczerpaną zostanie, przewodniczący treści takową, poczem to streszczenie będzie do protokołu wciągnięte.

Tyle co do stanu sprawy, której protokołowanie niewątpliwie największe stworzy trudności.

Co do protokołowania oświadczeń stron i ich wniosków (wyżej ad 4 i 5) ustawa dozwala jeszcze jednego ułatwienia. Proces trybunalski jest, jak wiadomo, zaopatrzony przymusem adwokackim. Ta interwencya adwokatów daje sądowi możność wyręczania się w sformułowaniu oświadczeń lub wniosków, a sąd może zażądać lub pozwolić, aby oświadczenie strony, ale tylko takie, o jakim mówi §. 208 ustęp 1 p. c., lub wniosek,

było przez adwokata na piśmie sporządzonem i sądowi przedłożonem. Taki wniosek, resp. oświadczenie, zostanie zaraz odczytanym i wtedy w protokole wystarczy wzmianka, że N. N. stawia wniosek, lub wnosi oświadczenie jak alegat ^{1/}. Nie mniej i opozycja strony przeciw osnowie protokołu może być za pomocą takiego pisma przez adwokata sporządzonego, do protokołu alegowaną (§. 212 p. c.)

Chodzi teraz o to, kiedy protokół ma być spisany. Oczywiście postulatem jest ustawy, by protokołowanie odbywało się równolegle z rozprawą, a odnosi się to także do opisu stanu sprawy, chyba, że przewodniczący uzna potrzebę resumowania takowego, jak to wyżej opisałem, a wtedy zaprotokołowanie tegoż odbędzie się po takim zresumowaniu. Zwyczajnie to zresumowanie i zaprotokołowanie będzie musiało nastąpić po ukończeniu wywodów między stronami, a nie dopiero po zamknięciu rozprawy (zatem przed postępowaniem dowodowem) i już wtedy — jak sądzę — odczytanie protokołu względnie przedłożenie takowego stronom do przejrzania, jak wreszcie podpisanie go przez strony nastąpić będzie musiało (§. 212 p. c.)

Kwestya jednak ta jest wątpliwą i niejasną i będzie ją musiała rozstrzygnąć praktyka. W każdym razie z każdej audyencyi w jednym dniu nieukończonej protokół zaraz pod świeżem wrażeniem sporządzonym być musi. Protokół w końcu podpisze przewodniczący senatu i protokolant.

Znaczenie protokołu w tem się objawia, że :

1. jest dokumentem publicznym i stanowi dowód zupełny na przebieg i treść rozprawy, ale jedynie o tyle, o ile mu strona nie zaoponowała ;

2. że jest wyłącznym dowodem na to, iż zachowano formalności dla ustnej rozprawy przepisane, co pociąga za sobą dwie konsekwencje, najpierw tę, że stwierdzenie formalności w protokole nie dopuszcza dowodu, że tak nie było, a z drugiej strony, że brak stwierdzenia w protokole, iż formalność jaką zachowano, nie da się potem żadnym innym dowodem uzupełnić;

3. że w każdym stadium procesu treść takowego z urzędu uwzględnioną być musi, a tem samem stanowi wyłączną podstawę rozpoznania sprawy dla wyższych instancji.

Nie da się zaprzeczyć, że przepisy nowej procedury cywilnej o protokolowaniu są dla zasady ustności i bezpośredniości trochę niebezpieczne, to też motywa rządowe starały się budzące się w tej mierze obawy uspokoić zapowiedzią wydania instrukcyj i nadzoru organów wymiar sprawiedliwości kontrolujących.

VI. Okres procesu szósty.

Wyrok.

A. Załatwienie sporu uchwałą.

Po zamknięciu rozprawy senat z reguły przejdzie zaraz do obrad nad załatwieniem sporu na tej rozprawie rozpoznanego, a to zwyczajnie wyrokiem (§. 414 p. c.)

Jeżeliby jednak przewodniczący bądź ze względu na rozmiary sprawy, lub inne trudności przewidywał, że wydanie wyroku zaraz nastąpić nie będzie mogło, albo jeżeli, jak o tem wyżej mówiłem, na podstawie §. 193 ustęp 3 p. c. rozprawa została zamkniętą przed przeprowadzeniem dowodów, które sędzia wezwany ma przeprowadzić, wówczas przewodniczący oznajmi stronom, że wyrok otrzymają na piśmie. W każdym razie do ośmiu dni po rozprawie resp. po nadejściu aktów od sędziego rekwirowanego spór musi być załatwionym. Ogłoszenie więc wyroku ustne zaraz po rozprawie, jak w ogóle ustne ogłoszenie wyroku stronom nie jest tak konieczne, jak w procesie karnym.

Obrady senatu i głosowanie odbywają się tajnie (§. 413 p. c.), mogą w nich brać udział tylko sędziowie, którzy zasiadali na rozprawie (§. 412 p. c.), a z obrad i głosowania spisuje protokolant osobny protokół (§. 14 N. J.) O sposobie narad i głosowania mówią §§. 9—13 Normy Jurys.

Załatwienie sporu na rozprawie rozpatrzonego niekoniecznie musi nastąpić przez wyrok, może ono także nastąpić przez uchwałę. Jeżeli w szczególności po rozprawie okaże się, że sprawa jest wyjętą z pod jurysdykcji sądów austriackich, albo sądów zwyczajnych, sąd orzeknie uchwałą swą niewłaściwość i nieważność całego postępowania (§. 42 N. J.) Również jeżeli na pierwszej audyencyi pozwany zgłosił zarzut niewłaściwości sądu, a sąd po rozprawie procesowej zarzut ten uzna za uzasadniony, orzeknie o tako-

wym uchwałą (§. 43 N. J., §. 261 p. c.); tak samo też postąpi wtedy, gdy mimo braku zarzutów ze strony pozwanego okaże się niewłaściwość sądu, która nawet za zgodą obydwóch stron usuniętą być nie może.

Nie mniej, gdyby się dopiero na rozprawie procesowej okazała niezdolność procesowa jednej ze stron, albo brak uprawnienia osoby występującej jako zastępca strony, wówczas senat uchwałą dalsze postępowanie zastanowi. Również uchwałą załatwi sąd uwzględniony zarzut sporu wiszącego, lub sprawy osądzonej (§. 261 p. c.).

Także w razie wniosku na wydanie zaocznego wyroku, jeżeli temu wnioskowi sąd odmówi, uczyni to on uchwałą (§. 403 p. c.)

Wszystkie te uchwały spór formalnie kończą i mają charakter rozstrzygający. Należy je i inne tym podobne dobrze odróżnić od uchwał kierowniczych, procesem tylko sterujących, do których zwłaszcza należą uchwały wydane w ciągu rozprawy. Uchwały rozstrzygające bowiem przez sąd cofnięte być nie mogą, uchwały zaś kierownicze sądu nie wiążą i mogą być cofane i zmieniane (§ 425 p. c.)

Dalsza różnica między niemi zachodzi także co do środków prawnych: od uchwał bowiem rozstrzygających służy stronie rekurs, od uchwał sterujących zaś jest albo wszelki środek prawny całkowicie wykluczony, jak np. od uchwały, ilu znawców ma być do przeprowadzenia dowodu ze znawców przybranych, albo jeżeli jest dopuszczony, to nie jako samoistny rekurs, ale tylko

w połączeniu ze środkiem prawnym od ostatecznego załatwienia sporu założonym. *)

Uchwały zapadłe na rozprawie będą ustnie ogłoszone, na piśmie mają być wygotowane i doręczone wtedy, gdy od nich służy samoistny środek prawny, tj. rekurs, albo prawo natychmiastowej egzekucyi (426). Uchwały wydane poza rozprawą muszą być oczywiście wygotowane na piśmie i tak doręczone (427). Uchwała zapadła na wnioski ze sobą sprzeczne, lub uchwały odmowne muszą być motywowane, a stan sprawy o tyle w nich do motywów wciągnięty, o ile to potrzebne do jej zrozumienia (428).

W końcu uchwała pisemna ma wymienić sąd, nazwiska sędziów w naradzie nad uchwałą udział biorących, a przynajmniej wymienienie senatu, który uchwałę wydał (§. 74 projektu rządowego o organizacyi sądów), ewentualną wzmiankę o charakterze sądu handlowego (górniczego) wymienienie stron, ich zatrudnienie, miejsce zamieszkania, stanowisko w procesie, wymienienie ich zastępców i pełnomocników (§§. 429, 417 ustępy 1, 2 p. c.). Sprostowanie i uzupełnienie uchwały może tak samo nastąpić, jak wyroku. — o czem później.

*) Ustawa w §. 514 p. c. określa wprawdzie tylko negatywnie, że rekurs jest dozwolonym od tych uchwał, od których nie jest zabronionym. Jednakże bliższe rozpatrzenie się w tych uchwałach, od których samoistny rekurs, albo w ogóle rekurs jest niedopuszczalny, okazuje, że są to same uchwały natury sterującej, bynajmniej sporu stanowczo nie załatwiającej. Inaczej też być nie może.

B. Podział wyroków.

Nie od rzeczy może będzie przypomnieć, jakie mieliśmy dotychczas wyroki — rozróżnialiśmy mianowicie wyroki stanowcze i przedstanowcze, bezwarunkowe i warunkowe, oczne (kontradiktoryjne) i zaoczne, wydane na zasadzie uznania i wskutek opozycyi (zaprzeczenia lub ekscypcyi) pozwanego (§. 329 z. gal. ust. sąd.).

Wszystkie te podziały miały na oku i zależały od dowodów, — wyroki przedstanowcze dopuszczały dowód ze świadków lub znawców, warunkowe dopuszczały dowód z przysięgi, zaoczne opierały się na domniemanem przyznaniu, wyroki na zasadzie uznania polegały na wyraźnem uznaniu. Nowy proces cywilny ani wyroków przedstanowczych, ani warunkowych nie zna, — dopuszczenie bowiem dowodów następuje przez uchwałę na dowód (Beweisbeschluss), a dowody z przysięgi w nim nie istnieją.

Obecnie więc każdy wyrok będzie stanowczy i każdy będzie bezwarunkowy.

Natomiast podział na wyroki oczne i zaoczne *) został zatrzymany, tak samo wyroki na zasadzie uznania przez pozwanego (395), do czego dodano wyroki na zasadzie zrzeczenia się przez powoda (394).

Sądzę, że dla tego tylko specjalnie ustawa wspomina o wyrokach submissyjnych i renuncyacyjnych, by dać wskazówkę sędziemu, że w ta-

*) o których później.

kich razach ma wydać wyrok, a nie uchwałę, zresztą zaś ten podział innego znaczenia nie posiada.

Jakkolwiek jednak każdy wyrok jest stanowczy i bezwarunkowy, — bo wolno go dopiero wtedy wydać, gdy spór jest do ostatecznego osądzenia dojrzałym — to jednak niekoniecznie musi być zupełnym. Mianowicie wyrok może być niezupełnym, albo wskutek takiego umyślnego postanowienia sądu, albo wskutek pomyłki sądu.

W skutek umyślnego postanowienia sądu może wyrok niezupełny być albo częściowym, albo pośrednim.

Częściowym może być wyrok, gdy :

1. pozwany niektóre z kilku roszczeń skargi, lub część jednego roszczenia wyraźnie uzna;

2. gdy wniesioną została skarga wzajemna, a albo skarga, albo skarga wzajemna jest do rozstrzygnięcia dojrzałą;

3. gdy pozwany broni się wierzytelnością wzajemną, w związku prawnym z wierzytelnością skargi nie zostającą, a wierzytelność skargą dochodzona jest do rozstrzygnięcia dojrzałą (§. 391 p. c.).

To są trzy przypadki, w których ustawa dozwala ferowania wyroków częściowych. Zwracam uwagę, że nie będzie wyrokiem częściowym wyrok w tym przypadku, gdy kilka procesów, między temi samemi stronami wszczętych za uchwałą senatu połączono, a z tych jeden lub kilka za dojrzałe do ostatecznego osądzenia uznano i wyrokiem załatwiono (§. 390 ustęp 3 p. c.).

Również zwracam uwagę, że jeżeli kilka procesów między temi samemi stronami za uchwałą senatu połączo, a one wszystkie równocześnie do załatwienia wyrokiem stały się dojrzałymi, wyrok je załatwiający będzie tylko jeden (§. 404 ustęp 2 p. c.), natomiast jeżeli połączo kilka sporów nie między temi samemi stronami istniejących, wyroków będzie ferowanych tyle, aby każda para stron procesujących się osobny wyrok miała, gdyż spólnym wyrokiem tylko spory między temi samemi stronami rozstrzygnięte być mogą (§. 187 p. c.)

Powiedziałem wyżej, że z mocy wyraźnego postanowienia sądu wyrok niepełny może być częściowym lub pośrednim. Wyrok pośredni (Zwischenurtheil) może być w dwóch wypadkach ferowanym (§. 393 p. c.):

1. albo spór się toczy tak co do zasady, jak i co do ilości, a rozprawa dopiero co do zasady jest dojrzałą:

2. albo też w toku sporu powód (§. 236), lub pozwany (§. 259 p. c.) postawił wniosek na ustalenie stosunku prawnego, lub w ogóle prawa, od którego istnienia lub nieistnienia rozstrzygnięcie żądania skargi w zupełności lub w części zawisło (Feststellungsantrag).

Jeżeli tedy w jednym z powyższych dwóch wypadków rozprawa co do zasady resp. prejudycjalnego stosunku prawnego lub prawa stała się dojrzałą, może sąd wydać wyrok pośredni, orzekający jedynie o owej zasadzie, resp. o stosunku prawnym czy prawie. Jeżeli ktoś np. żąda odszkodowania, to dwie kwestye rozpoznane być

moga, pierwsza, czy wogóle pozwany obowiązany jest do odszkodowania, druga na wypadek potwierdzenia tego obowiązku, ile wysokość szkody wynosi. W takim więc wypadku będzie mógł sąd pierwszą kwestyę załatwić wyrokiem pośrednim, a gdy uzna za stosowne wyczekać prawomocności tego zasadniczego wyroku, wyda po tej prawomocności wyrok drugi końcowy, ograniczający się jedynie do ilości szkody. Tak pierwszy jak i drugi wyrok jest stanowczy, bo pierwszy wyrok zasadniczy wiąże sędziego przy wydawaniu wyroku drugiego ilościowego, czego przy dotychczasowych wyrokach przedstanowczych nie było.

Atoli wyrok może być niezupełnym także przez pomyłkę sędziego. Jeżeli bowiem wyrok pomija roszczenia, które wedle osnowy stanu faktycznego wyroku rozstrzygnąć należało, albo też to orzeczenie o nich jest niedokładnem, wolno stronie do ośmiu dni po doręczeniu pisemnego wyroku prosić sąd o uzupełnienie takiego niedokładnego wyroku, a sąd po odbytej rozprawie, jeżeli się do tego wniosku przychyli, wyda wyrok dodatkowy, zwany uzupełniającym (Ergänzungsurtheil) §. 323 p. c. — Jeżeli się zaś sąd do wniosku na uzupełnienie nie przychyli, załatwi go uchwałą.

Pozostaje mi jeszcze mówić o wyrokach oczytnych i zaocznych, ale o tem osobno.

C. Wyroki zaoczne.

Versäumungsurtheil znaczy dosłownie wyrok na podstawie omieszkania (opuszczenia, zaniedbania).

Pojęcie omieszkania nie kryje się bynajmniej z pojęciem zaoczności; omieszkanie bowiem raczej przyczynę zaoczności, zaoczność zaś raczej skutek omieszkania wyraża. Ustawa i omieszkanie i zaoczność obejmuje jednym słowem „Versäumnis“, my Polacy, używając obydwóch wyrazów musimy o tej jedności w autentycznym języku ustawy pamiętać. Otóż wyrok zaoczny mieści w swoim pojęciu omieszkanie (zaniedbanie) strony w ogóle. Ustawa w §. 144 p. c. podaje jako ogólną regułę, że jeżeli strona jakąś czynność procesową spełnić omieszkiała, pociąga to za sobą to następstwo, że będzie wyłączoną od czynności, którą miała przedsiębrać, czyli, że tej czynności w obec sądu ze skutkiem prawnym już więcej nie będzie jej wolno przedsiębrać. Ponieważ zaś czynność procesowa w obec sądu formalnie tylko jawieniem się na audyencyi i stawianiem wniosków na takowej, albo wniesieniem pisemnego podania objawić się może, przeto omieszkanie strony pociąga za sobą ten skutek, że ani nowej audyencyi żądać, ani na audyencyi zaniedbanego wniosku stawiać, ani też zaniedbanego podania wnosić nie może. Taki jest z reguły skutek zaniedbania zwany prekluzją, przyczem z jednej strony zauważyć należy, że są liczne od tej reguły wyjątki w rozmaitych miejscach ustawy rozmieszczone, a z drugiej strony, że znowu z reguły owa prekluzya rozumie się sama przez się, t. j. nie potrzebuje być wyraźnie zagrożoną i że zwyczajnie zaskarżenia tego zaniedbania przez drugą stronę nie potrzeba.

Atoli taki skutek omieszkania nie byłby jeszcze dla konstrukcyi procesu wystarczającym,

ustawa musi jeszcze w niektórych przypadkach przyjąć także fikcyę przyznania, a czyni to nasza ustawa w następujących trzech przypadkach :

1. Omieszkanie jawienia się powoda, lub pozwanego na pierwszej audyencyi, pociąga za sobą ten skutek, że fakty, które strona odnośnie do sporu prawnego przedstawiła, o ile ich znajdujące się w sądzie dowody nie zbijają, będą za prawdziwe przyjęte (§. 396 p. c.);

2. Omieszkanie pozwanego wniesienia odpowiedzi na skargę w terminie przez przewodniczącego mu wyznaczonym, pociągnie za sobą ten skutek, że na żądanie powoda będzie wyznaczoną rozprawa procesowa, na której jednak tylko zarzuty zgłoszone na pierwszej audyencyi będą rozpatrywane, a zresztą nastąpi zaoczność pozwanego, jak wyżej ad 1. co do sprawy głównej.

Jeżeliby się zaś powód na tej rozprawie procesowej nie jawił, nastąpi spoczywanie procesu.

3. Omieszkanie strony jawienia się na rozprawie procesowej, pociągnie za sobą również skutek fikcyi przyznania faktów, atoli z tem ograniczeniem, że strona jawiąca się nie może przywieść faktów nowych, sprzeciwiających się treści wniesionych przez nią pism lub poprzednich oświadczeń tudzież, że będą uwzględnione wyniki poprzednich dowodzeń i faktyczne twierdzenia strony skontumacowanej dokumentami lub innymi dowodami już przeprowadzonymi udowodnione.

Rozchodzi się teraz o to, pod jakimi warunkami mogą być przeciw stronie stosowane skutki omieszkania czyli zaoczności. Otóż

1. Omieszkanie audyencyi nie tylko wtedy ma miejsce, gdy się strona nie jawi w porze dnia do jej odbycia wyznaczonej, ale także wtedy, gdy, chociaż się jawi, mimo wezwania sędziego w niej udziału nie bierze, gdy po wywołaniu sprawy (§. 133) lub po postawieniu nieuwzględnionego potem wniosku na odroczenie (§. 136) się wydali, gdy dla nieprzyzwoitego zachowania się z izby sądowej będzie wydaloną (§, 400 p. c.) wreszcie gdy jawi się bez adwokata, mimo że ma przedsiębrać czynności, do których według prawa adwokata przyzwać należy.*)

Omieszkanie zaś wniesienia odpowiedzi na skargę nastąpi wskutek niewniesienia w terminie przez przewodniczącego senatu oznaczonym (ewentualnie przedłużonym) tej odpowiedzi. Wniesioną po tym terminie odpowiedź na skargę sąd odrzuci, chociażby powód jeszcze nie prosił o wyznaczenie rozprawy procesowej.

2. Musi być wykazaniem, że strona nie jawiąca się została na audyencyą prawidłowo wezwana (§. 402 ust. 1. p. c.) względnie, że o terminie do wniesienia odpowiedzi na skargę strona prawidłowo została uwiadomiona.

3. Powinno nie być notorycznem, że jawieniu się strony nieobecnej stanęły na przeszkodzie elementarne, lub inne nieuchronne wypadki.

*) Jeżeli pozwany zaraz po doręczeniu skargi wniesie prośbę o prawo ubogich, jawienie się strony bez adwokata na rozprawie nie pociąga za sobą zaoczności, jeżeli w skutek tej prośby jeszcze adwokata dla pozwanego nie ustanowiono (§. 73 ust. 2. p. c.).

4. Strona jawiąca się winna postawić wniosek na wydanie wyroku zaoczne go (§§. 396, 398 i 399 p. c.)

5. Strona jawiąca się musi się postarać zaraz o wiarogodne poparcie, którego od niej zażądał sąd, na okoliczności z urzędu uwzględnić się mające (§. 402 ust. 3. p. c., n. p. wykazanie się pełnomocnictwem (§. 37 p. c.).

Wyrok zaoczny wydaje w razie zaoczności na pierwszej audyencji przewodniczący senatu, względnie sędzieja do tej czynności delegowany, a w innych razach senat.

Skutki zaoczności mogą być uchylone uchwałą zapadłą wskutek wniesienia prośby o przywrócenie do stanu poprzedniego z przyczyny nieprzewidzianej lub nieuchronnej przeszkody (§. 146 p. c.) podanej do sądu, w którym omieszkana czynność miała być przedsięwziętą, w ciągu dni 14 od ustania przeszkody (§. 148).

W skutek prośby restytucyjnej następuje rozprawa uboczna, której kosztu restytuent musi zawsze ponieść. Prośba taka wreszcie z reguły nie ma skutku odwlekającego (§. 152 p. c.).

D. Treść i formalności wyroku.

Po naradzie senatu ogłosi przewodniczący zwyczajnie stronom wyrok ustnie, a to tenor wyroku i powody orzeczenia (z opuszczeniem faktycznego ustalenia). Motywa rządowe czynią uwagę, że ze względu na ważność dosłownego brzmienia tenoru, takowy przed ogłoszeniem w każdym ra-

zie musi być na piśmie zredagowanym, a ponieważ treść tenoru zależy od pobudek, przeto oczywiście przed ogłoszeniem muszą być przynajmniej główne punkta tych pobudek ustalone. Ogłoszenie wyroku następuje nawet w nieobecności obydwóch stron i wyrok zawsze musi być stronom doręczonym na piśmie (§. 414 p. c.) tak, iż dopiero od tego doręczenia staje się wobec stron skutecznym. Ogłoszonym jednak już raz wyrokiem jest sąd związany. Gdyby sprawa była trudniejszą, sąd jak to już wyżej wspomniałem, nie potrzebuje wyroku ustnie ogłaszać, ale takowy ma do 8 dni po rozprawie względnie po nadejściu aktów przeprowadzonego, a zarekwidowanego dowodu ferować i na piśmie stronom doręczyć (§. 415 i 416 p. c.).

Wyrok na piśmie ma wedle §. 417 p. c. obejmować:

1. Formułkę „W Imieniu Jego Ceserskiej Mości“ przepisana ustawą zasadniczą.
2. Wymienienie sądu i nazwiska sędziów, którzy przy orzeczeniu współdziałali. Jeżeli sąd działał jako sąd handlowy, górniczy lub morski, będzie ten dodatek uwidoczniwym.
3. Wymienienie stron wedle imion i nazwisk, zajęcia, mieszkania i stanowiska w procesie, tudzież ich zastępców i pełnomocników.
4. Tenor wyroku (Urtheilsspruch).
5. Stan faktyczny wyroku (Urtheilsthatbestand).
6. Powody rozstrzygnięcia (Entscheidungsgründe).

Ustawa wyraźnie stanowi, że stan faktyczny, powody i tenor wyroku mają być oddzielone i ten rozdział na zewnątrz uwidoczniiony.

ad 4. Tenor wyroku.

Co ta część wyroku ma obejmować określają §§. 404—410 p. c.

Tenor więc ma załatwiać wszystkie sprawy głównej dotyczące wnioski, o ile niektórych z nich już pierwej nie załatwiono, albo ich nie zastrzeżono osobnemu załatwieniu. Wnioskiem co do rzeczy głównej jest oczywiście żądanie skargi ze zmianami, jakim w toku sporu uleść mogło. Wnioskiem takim po stronie powoda może być dalej wniosek aż do ukończenia rozprawy postawiony o ustalenie pewnego stosunku prawnego lub prawa, od którego istnienia lub nieistnienia orzeczenie co do żądania skargi w całości lub części zależy (§. 236 p. c.). Dalej wniosek powoda odnosić się może do kosztów sporu, choćby o tem w skardze nie było mowy, w której to mierze wystarczy po myśli §. 52 ust. 3 i 54. p. c. przed zamknięciem rozprawy spis kosztów przedłożyć.

Na koniec po myśli §. 408 p. c. może powód postawić wniosek na zasądzenie pozwanego na zapłatę odpowiedniego odszkodowania, jeżeli pozwany — w przypuszczeniu, że w sporze upadnie — oczywiście swawolnie proces prowadził. Wysokość tego odszkodowania tak się oznacza, jak każdego innego, o czem poprzednio mówiłem.

Natomiast po stronie pozwanego będzie z reguły wniosek na oddalenie powoda z żądaniem

skargi. Możliwym jest dalej zarzut niewłaściwości sądu na pierwszej audyencji zgłoszony, albo zarzut niedopuszczalności drogi prawa, sporu wiszącego, lub sprawy osądzonej, a więc wniosek na odesłanie powoda przed sędziego właściwego resp. zaniechanie dalszego postępowania.

Jeżeli sąd taki zarzut uwzględni, to rozstrzygnie go uchwałą — jak o tem poprzednio mówiłem — jeśli go zaś nie uwzględni, a rozprawa nad takim zarzutem toczyła się łącznie z rozprawą co do rzeczy głównej, to załatwienie takiego zarzutu nastąpi także w tenorze wyroku.

Tak samo w tenorze wyroku pisemnego będzie objętą uchwałą co do takiego zarzutu, jeżeli rozprawa nad nim toczyła się wprawdzie osobno, ale sąd odrzucając zarzut postanowił rozprawę co do rzeczy głównej zaraz prowadzić.

Pozwany może dalej postawić wniosek na ustalenie tak jak powód, pozwany może się dalej bronić ekscpepcjami jak n. p. kompensatą skutkiem czego będzie musiał stawiać wniosek na uznanie pretensyi kompensującej i t. p. Pozwany także może wnosić na przyznanie kosztów sporu i odszkodowanie za swawolę, tak jak wyżej powód. Wszystkie te wnioski będą tenorem wyroku załatwione. Czego strona nie wносиła, tego sądowi nie wolno przyznawać, odnosi się to także w szczególności do owoców, procentów i innych pobocznych należności (§. 405 p. c.). Również alternatywne zasądzenie pozwanego na jakieś świadczenie, lub na kwotę pieniężną może i powinno tylko wtedy nastąpić, gdy powód oświadczył gotowość przyjęcia tej sumy w skardze lub w toku

rozprawy. Nie jest takim oświadczeniem samo ocenienie wartości przedmiotu w skardze dla uzasadniania kompetencji sądu umieszczone (§. 410 p. c.).

Sąd może dalej tylko na takie świadczenia zasądzać, które już zapadły, co się jednak do alimentów nie odnosi. Natomiast przy zasądzeniach na zapłatę renty za zabicie, uszkodzenie ciała i ograniczenie wolności może sąd na wniosek powoda orzec na danie zabezpieczenia — jeżeli takie zabezpieczenie przyszłych świadczeń pieniężnych jest oczywiście konieczne. Jest to nowy przez procedurę cywilną wprowadzony tytuł prawa zastawu sądowego.

Termin do wykonania świadczenia będzie w wyroku na 14 dni oznaczony (w procesie wekslowym 3 dni), dla wykonania pracy lub interesu (eines Geschäftes) wedle uznania sędziego.

Termina te poczynają biedz z chwilą prawomocności wyroku, a więc co do wyroku, od którego się nie odwołano, pierwszym dniem tego terminu będzie pierwszy dzień po upływie terminu odwołania.

Co do kosztów sporu, sąd ogłaszając wyrok ustnie orzeknie wprawdzie, czy i o ile która strona ma je ponieść, atoli ustanowienie wysokości takich może zastrzedz do pisemnego wyroku (§. 414 p. c.). Przy wyrokach częściowych, lub pośrednich może sąd rozstrzygnięcie kwestyi kosztów zastrzedz do późniejszego wyroku końcowego (392 i 393 p. c.).

Obowiązek zwrotu kosztów sporu jest uregulowany z niewielkimi zmianami zgodnie z do-

tychczasowem prawodawstwem a w szczególności nowelą z r. 1874. A więc strona, która w sporze zupełnie upadła, ma ponieść koszta procesem spowodowane, a potrzebne do dochodzenia praw, względnie obrony. Koszta te po myśli §. 43 p. c. mogą być wzajemnie zniesione, albo podzielone, a nawet w pewnych warunkach na stronę spór wygrywającą nałożone (§§. 44 i 45 p. c.).

Koszta sporów ubocznych (Zwischenfälle) mogą być nałożone bez względu na wynik sporu głównego (48 p. c.).

Oryginalnymi w porównaniu z dotychczasowym stanem ustawodawstwa i praktyki są przepisy, że strona sama za osobiste trudy żadnego wynagrodzenia żądać nie może, a tylko jeżeli jej osobiste jawienie się w sądzie było potrzebne, może żądać odszkodowania za stratę czasu i zwrot kosztów podróży, a więc za samą osobistą czynność procesową nie może nic żądać. Jeżeli zaś dała się zastąpić przez pełnomocnika nie należącego do stanu adwokatów lub notaryuszów, może likwidować jedynie stemple i należności państwowe i konieczne procesem spowodowane wydatki w gotówce. Zatem zwykły pełnomocnik nawet za swoją stratę czasu nic żądać nie może, tem mniej za swoje trudy, lub czynności procesowe. Postanowienia te są wymierzone przeciw pokątnemu pi-sarstwu i przeciw spekulacyom na robienie kosztów. Ustawa wypełnia także dotychczasową lukę, stanowiąc, że koszta sporu dzielą się między uczestników pro parte rata ewentualnie pro parte uczestnictwa, a solidarny obowiązek kosztów może być nałożony jedynie wtedy, gdy główny obowią-

sek jest solidarnym (§. 46 p. c.). Wreszcie wzmianka, że chociaż koszta sporu będą wyrokiem przyznane, nie będzie potrzeba wnosić odwołania, chcąc zaczepić tylko same koszta, przeciwnie w takim razie tylko rekurs wniesionym być może (§. 58 p. c.).

ad 5. Stan faktyczny wyroku będzie zawierał treściwe przedstawienie stanu sprawy z ustnej rozprawy wynikającego (podobnie jak w protokole rozprawy) a mają być w nim uwypatnione wnioski przez strony w sprawie głównej stawiane. W stanie faktycznym będą także pomieszczone te przedłożenia (Vorbringen) stron, których sąd nie dopuścił bądź z powodu opóźnienia ich w celu oczywistej przewłoki procesu, bądź z powodu niedotrzymania zakreszonego dla nich terminu. Również w stanie faktycznym wyroku będą pomieszczone dowody, z których sąd nie pozwolił robić użytku z powodu bezowocnego upływu terminu do przeprowadzenia dowodu zakreszonego.

Ta część wyroku, stanem faktycznym zatytułowana, ma na celu skonstatowanie wszelkich faktycznych przedłożeń stron, które zostały rozstrzygnięte, co jest ważnem oczywiście ze względu na kwestyę, co i o ile w moc prawa na podstawie wydanego wyroku urosło, jak również ze względu na ocenienie uzasadnienia skargi o wznowienie.

Projekt rządowy dozwalał w wielkim zakresie powoływana się na akta sporu i protokół rozprawy, ale komisye to wyeliminowały.

Gdyby w stanie faktycznym wyroku zdarzyły się jakieś (niezwykle pomyłki pisarskie i rachunkowe, które mogą być każdego czasu, jak dotychczas, sprostowane, ale inrte) niedokładności, albo zachodziła potrzeba uzupełnienia, lub wyjaśnienia, wolno stronie w ciągu dni 8 po doręczeniu wyroku prosić o sprostowanie — sąd wtedy wyznaczy rozprawę, wniosek rozstrzygnie i w razie przychylenia się do wniosku, owo sprostowanie resp. uzupełnienie stanu faktycznego na wszystkich egzemplarzach wyroku uwidoczni.

ad 6. Powody rozstrzygnięcia. Motywa rządowe słusznie podnoszą, że orzekanie nie jest wykonywaniem rządów i panowania.

Motywa są gwarancją staranności sądowego rozpoznania i dają podstawę do krytyki tenoru wyroku. To też brak motywów stanowi nieważność wyroku (§. 477 ust. 9. p. c.). Jak mają być motywa ułożone, na to oczywiście żadnych nie może być przepisów — jedno tylko podnosi ustawa w §. 272 ust. 3. p. c., że sąd oceniając, czy pewne twierdzenia faktyczne przyjmuje za prawdziwe lub nie, winien wyjawić, jakie okoliczności i poglądy wpłynęły na jego przekonanie.

Sama więc formułka „sąd nabrał przekonania“ nie wystarcza.

E. Prawomocność wyroku.

Wyrok chociażby stronom był ustnie ogłoszonym będzie stronom na piśmie doręczony. (Od tej zasady jest tylko wyjątek w postępowaniu drobiazgowem, bo tam wyrok oczny, ustnie ogłoszony, pisemnie doręczonym nie będzie). To dorę-

czenie wyroku jest momentem bardzo ważnym, albowiem wedle §. 416 p. c. wobec stron wyrok dopiero z doręczeniem pisemnego wygotowu nabiera mocy obowiązującej.

Dlatego, jak sędzę, stronom nie służy prawo rzec się tego pisemnego doręczenia, ani też w dalszej konsekwencji strony przed doręczeniem nie powinnyby posiadać możności prawnej czynienia oświadczeń, uznających wyrok ustnie im ogłoszony za prawomocny. Tej konsekwencji jednak ustawa nie przyjęła, gdyż wedle §. 472 p. c. już po ogłoszeniu wyroku można się rzec środka prawnego od takowego.

Pierwszym więc warunkiem prawomocności wyroku jest doręczenie tegoż na piśmie.

Od każdego wyroku pierwszej instancji służy zwyczajny środek prawny, apelacya, czyli odwołanie (Berufung) (§. 461), która ma być wniesioną w ciągu dni 14 od dnia doręczenia pisemnego wyroku (§. 464 p. c.) a wniesienie takowej wstrzymuje prawomocność i zawiesza wykonalność wyroku, o ile przez apelacyę został zaczepiony (§. 466 p. c.). Nakoniec od wyroku apelacyjnego zatwierdzającego wyrok pierwszy, lub takowy zmieniającego jest środek prawny rewizyą zwany, atoli jeżeli ta rewizya jest wniesioną od wyroku apelacyjnego zatwierdzającego, to wedle wyraźnego postanowienia §. 505 p. c. w takim razie założenie rewizyi prawomocności wyroku nie wstrzymuje.

Z powyższego więc wynika, że aby wyrok pierwszej instancji stał się prawomocnym, to oprócz pisemnego doręczenia muszą strony rzec się apelacyi od takowego, albo musi bezowocnie

upłynąć termin 14-dniowy do założenia apelacji wyznaczony, albo założona apelacja musi być odrzuconą a wyrok pierwszy przez sąd II. instancji t. j. dla wyroków trybunalskich przez sąd krajowy wyższy zatwierdzony, albo też wyrok I. instancji wprowadzie przez II. instancję zniesiony, ale przez III.-cią instancję t. j. Najwyższy trybunał został zatwierdzony. Wśród takich warunków wyrok I. instancji stanie się formalnie prawomocnym.

Od takiej formalnej prawomocności należy odróżnić prawomocność wyroku materialną, która oznacza, że treść wyroku formalnie prawomocnego, proceduralnie kwestionowaną być nie może, czyli, że to, co wyrokiem uznano za prawdziwe, nie może już być więcej skutecznie zaprzeczanem, a co w wyroku zaprzeczono, nie może być już więcej skutecznie twierdzonem. Materialna więc prawomocność wyroku jest warunkowaną od formalnej prawomocności, a konsekwencją jej jest zarzut sprawy osądzonej (*exceptio rei iudicatae*).

Rozciągłość materialnej prawomocności wyroku i wywiązujące się ztąd rozmaite kwestye (przypominam aforyzm „*eadem quaestio de eadem re inter easdem personas*“) były dotychczas tylko teoretycznie rozpatrywane, w dotychczasowych ustawowych przepisach brakowało prawie wszelkich pod tym względem norm, a praktyka szła mniej lub więcej za teorią. Projekt rządowy procedury cywilnej zamierzał też te kwestye ustawodawczo uregulować w §§. 427, 428 i 429 projektu. Mianowicie §. 429 określał istotę materialnej

prawomocności słowami, że co prawomocnie zostało uznane lub przyznane, to nie może być więcej kwestyonowanem, co prawomocnie zostało odsądzone, nie może być więcej dochodzonem.

Co do granic tej prawomocności, określał §. 427 projektu, że ona tylko tak daleko sięga, o ile orzeczono o pretensyi dochodzonej skargą, lub skargą wzajemną, dalej o ile orzeczono o spornym stosunku prawnym, lub prawie, wskutek postawionego w tym celu wniosku na ustalenie, wreszcie o ile orzeczono o istnieniu lub nieistnieniu pretensyi wzajemnej przez pozwanego w celu kompensaty podniesionej, przyczem obojętnem być miało, czy to orzeczenie znalazło się w samym tenorze wyroku czy też w innych oddziałach wyroku (t. j. w stanie sprawy, lub motywach).

Wreszcie co do osób, postanawiał §. 428 projektu, że wyrok prawomocny ma działać na korzyść i na szkodę stron samych, tudzież tych, którzy po *litis pendentio* stali się ich prawona-bywcami, a w obec osób trzecich tylko o tyle, o ile w tej mierze istnieją specjalne przepisy. Nakoniec zarzut sprawy osądzonej miał być tylko wtedy uwzględnionym, gdy się nim strona broniła (§. 429 ust. 2. projektu).

Zamiast tych wszystkich trzech §§. komisya spólna jeden tylko §. 411 o prawomocności wyroku traktujący skonstruowała — tej treści, że wyrok formalnie prawomocny, staje się materialnie prawomocnym o tyle, o ile rozstrzyga roszczenia w skardze, lub w skardze wzajemnej dochodzone, albo o ile orzeka o spornym stosunku prawnym lub spornem prawie, co do którego po-

stawiono wniosek na ustalenie. A więc dotąd zgodnie z projektem rządowym. Odmienne zaś od projektu postanowiono w komisji, że orzeczenie o istnieniu, lub nieistnieniu pretensji wzajemnej do kompensaty przez pozwanego podniesionej staje się prawomocnem jedynie do wysokości tej kwoty, jaka z niej ma być do obrachunku zestawioną - więc do wysokości wzajemnego potrącenia.

Również odmiennie od projektu postanowiono, że prawomocność wyroku uwzględnia się z urzędu, zatem, chociażby nawet takim zarzutem pozwany się nie bronił.

Wszystkie inne postanowienia projektu o prawomocności wyroku wyeliminowano, a to z tego powodu, że zdaniem komisji nie były wyczerpujące, że uregulowanie kwestji odnoszących się do prawomocności wyroku zawisło od rozwiązania licznych problematów prawa materalnego i t. d.

Zamiast więc uregulować tę bardzo ważną kwestyą i uzupełnić rzekome braki w projekcie rządowym, komisja wołała nie pod tym względem nie postanowić.

Ponieważ jednak rzeczywiście postanowienia projektu o prawomocności wyroku, o ile wyraźnie pod względem kompensaty i sposobu uwzględnienia nie zostały w ustawie zmienione, pomimo ich wyeliminowania są nader cennym materiałem posłkowym przy rozwiązywaniu nasuwających się tutaj kwestyj, przeto nie wahałem się ich powtórzyć.

SPIS RZECZY.

(Cyfry oznaczają strony.)

- I. **Podział procesu.** Proces trybunalski — powiatowy — odrębne rodzaje postępowania 2.
- II. **Stadya procesu trybunalskiego** 5.
- III. **Okres procesu pierwszy. Skarga.**
 - A. Formalności i wymogi skargi. Formalności skargi jako podania 5, wymogi skargi jako pisma przygotowawczego i specjalnie jako skargi 7, łączenie skarg 8, skargi ustalające 8, adstruowanie skargi i ewentualne wnioski nią objęte 9.
 - B. Formalne załatwienie skargi. Usterki formalne 11, brak zdolności procesowej, ustawowego zastępstwa, upoważnienia, oczywista niewłaściwość, wygórowany szacunek dla kompetencji sądu 12, wyznaczenie audyencji pierwszej 13.
 - C. Doręczenie skargi. Sposób i skutki doręczenia 14, cofnięcie skargi 14, wnioski na ustalenie 16.
- IV. **Okres procesu drugi. Audyencya pierwsza.**
 - A. Wyznaczenie takowej 16.
 - B. Cel i znaczenie audyencji pierwszej 18.
 - C. Przebieg i załatwienie audyencji pierwszej 23, gdy się obie strony jawną 24, gdy się jedna strona nie jawi 26, gdy się obie nie jawiły 27.

V. Okres procesu trzeci. Odpowiedź na skargę i dalsze pisma przygotowawcze.

- A. O terminie do jej wniesienia 28.
- B. Formalności i osnowa odpowiedzi na skargę 31.
- C. Formalne załatwienie odpowiedzi na skargę i skutki niewniesienia takowej 33.

VI. Okres procesu czwarty. Postępowanie przygotowawcze.

- A. Warunki wdrożenia postępowania przygotowawczego 37.
- B. Przebieg postępowania przygotowawczego 41, gdy je wdrożono z ustępu 1. i 2. § 245 p. c. 42, z ustępu 3. tegoż § 44. O stronach w tem postępowaniu 45. Skutki niestawiennictwa stron w postępowaniu przygotowawczem 46.
- C. Ogólne uwagi o postępowaniu przygotowawczem 47.

VII. Okres procesu piąty. Ustna rozprawa procesowa (kontradiktoryjna) 50.

- A. O sędzie rozprawy. Skład senatu 52. Kierownictwo procesem 54. Kierownictwo przewodniczącego 55. Kierownictwo senatu 57.
 - B. O formalnościach rozprawy procesowej. Jawność 59.
 - C. Tok rozprawy procesowej 60.
 - D. Postępowanie dowodowe 65.
- Uchwała na dowód 66.
1. Ogólne uwagi o dowodach 67. Teorya dowodowa ujemna 67. Ograniczenie zasady swobody w ocenianiu dowodów 68. Uprawdopodobnienie 70.
 2. Rodzaje dowodów 71.
 - a) Dowód z dokumentów i rzeczy wywiadowczych 71.
 - α) Dokumenta publiczne 72.
 - β) Prywatne 73.
 - γ) O sposobie prowadzenia dowodu z dokumentów 75, gdy dowo-

dzący dokument posiada 76, gdy go nie posiada 77. Zaprzeczenie autentyczności 79.

b) Dowód ze świadków 79. Sposób przeprowadzenia tego dowodu 81. Przesłuchanie świadka 83.

c) Dowód ze znawców 86.

d) Dowód z oględzin 88.

e) Dowód z wysłuchania stron 90. Co może być przedmiotem tego dowodu? 91. Kto może być słuchanym jako strona w tym dowodzie? 93. Jak ten dowód ma być przeprowadzonym? 96.

3. Przeprowadzenie dowodów w sporze po za rozprawą 105.

E. Zamknięcie rozprawy (postępowanie podowodowe) 109.

F. Protokół rozprawy 111. Formalności każdego protokołu 112. Kto protokół rozprawy prowadzi? 113. Co protokół ma obejmować? 113. Kiedy protokół ma być spisany? 119. Znaczenie protokołu 119.

VIII. Okres procesu szósty. Wyrok.

A. Załatwienie sporu uchwałą 120.

B. Podział wyroków 124. Submisyjne i renuncyacyjne (recesowe) 124. Wyroki umyślnie niezupełne: częściowy 125, pośredni 126. Wyroki niezupełne przez omyłkę 127.

C. Wyroki zaoczne 127. Skutki omieszkania: prekluzya 128, fikcja przyznania 129. Warunki dopuszczalności kontumacyi 129. Uchylenie skutków zaoczności 131.

D. Treść i formalności wyroku 131. Tenor wyroku 132. Stan faktyczny wyroku 137. Powody rostrzygnięcia 138.

E. Prawomocność wyroku 138. Materyalna prawomocność 140.



Biblioteka Uniwersytetu
MARII CURIE-SKŁODOWSKIEJ
w Lublinie

A 18446

BIBLIOTEKA U. M. C. S.

Do użytku tylko w obrębie
Biblioteki