



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Karol Lutostański.

Z BADAŃ

nad

Pierwiastkiem prywatnym i publicznym

W PROCESIE CYWILNYM



WARSZAWA.

SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNI NAUKOWEJ

Krucza № 44.

1907.

Karol Lutostański.

X Z BADAŃ C

nad

Pierwiastkiem prywatnym i publicznym

W PROCESIE CYWILNYM

(Uwagi nad systemem dyspozycyjno-kontradycyjnym i oficjalno-śledczym w procesie cywilnym, a zwłaszcza w zakresie podejmowania dowodów).

Odbitka z „Gazety Sądowej.”

WARSZAWA.

1907.

Warszawa. — Druk Noskowskiego, Warecka № 15.

5471
115

Pamięci Ojca mego

Seweryna Lutostańskiego

pracę tę poświęcam.

I.

Pojęcie zasad dyspozycyjno - kontradiktoryjnej i oficjalno-śledczej.

Dwa są zasadniczo odmienne systemy, któremi zwykł się rządzić wzajemny stosunek sądu i stron przy dostarczaniu dowodów: dyspozycyjno-kontradiktoryjny i oficjalno-śledczy.

Źródło różnicy pomiędzy nimi tkwi w różnicy poglądu na istotę samego procesu, według jednych, służącego interesom przede wszystkim prywatnym, według innych — publicznym.

1. System dyspozycyjno - kontradiktoryjny wychodzi z założenia, że proces sądowy jest stosunkiem prawnym pomiędzy stronami, że organizacja procesu jest organizacją obrony prawno - prywatnych interesów. Korzyść jednostki jest tu celem procesu. Proces służy stronie. Przez proces urzeczywistnia się *jus privatum*, w ścisłym tego słowa znaczeniu, *quod ad singulorum utilitatem pertinet*: prawo prywatne, będące własnością stron, w zasadzie niczym nieograniczoną. Stąd wynika, że i w procesie, który jest środkiem obrony praw, podlegających nieograniczonemu rozporządzeniu jednostki, jednostka ta, jako strona procesowa, zachowuje zupełną własność swoich praw, a więc i rozporządzalność nimi.

Zasada dowolnego rozporządzania stanowi przede wszystkim o *materjalnym* ¹⁾ suwerenitecie strony w procesie. Polega on na prawie rozporządzania już istniejącymi prawami, albo też, mającymi dopiero znaleźć uzasadnienie za pomocą procesu. Suwerenitet przejawia się, jako utrzymanie, lub zwykle urzeczywistnienie subiektywnych praw, jako zmiana istniejącego stanu prawnego za pomocą zrzeczenia, przyznania lub wogóle stworzenia nowego stanu.

Strona jest nieograniczona w motywach i zasadach, dla których tak lub inaczej określa swe rozporządzenie procesowe. Korzyść, pożytek, czy nawet kaprys, którymi się ona rządzi, leżą poza sferą normowania prawnego, pomimo że bezpośrednio wpływają na charakter samego urzeczywistniania praw, na dochodzenie, obszar i samą treść praw procesowych.

Nie fakty panują nad stronami, lecz strony nad faktami, czyli, że strony mogą jedne fakty przedstawiać, innych nie podawać, o ile tego nie zechcą, o ile to nie kojarzy się z ich bezpośrednimi celami. Dzięki temu, faktyczny materiał procesu z jednej strony może się zmniejszać przez ukrycie pewnych danych, z drugiej — może się zwiększać przez włączenie faktów, którym wagi udziela nie wewnętrzna ich wartość, lecz wola stron. Jednym ze środków takiego tworzenia faktów jest przysięga, oddawana w ręce strony z tytułu jakoby zaufania do jej wiadości i sumiennosci. W gruncie rzeczy, moc dowodowego działania przysięgi wpływa nie z przekonującej prawdziwości zaprzysiężonego faktu, lecz z nabytego przez stronę przysięgającą prawa rozporządzania faktami.

¹⁾ Ob. Canstein, „Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses“, str. 188.

Takież fakty tworzą się i z przyznania i to nie tylko rzeczy, które mogły być przeżyte, lub doświadczone przez stronę, ale i takich, których nie może ona uzasadnić swemi indywidualnemi wiadomościami. Podobnie jak w przysiędze, w istocie przyznania czynnikiem decydującym jest nie sama prawdziwość faktu, ale prawo strony rozporządzania materiałem procesowym: w dziedzinie praw niespornych przyznanie nie ma żadnej wartości ²⁾.

W takich warunkach wyrok jest wyrazem nie obiektywnego stanu zaskarżonego prawa, ale wyrazem tego obiektywnego stanu wraz z modyfikacjami, jakie wynikły z rozporządzeń stron, wydanych w czasie trwania procesu.

I ten materialny suwerenitet strony, o ile jest zasadą procesu, obejmujemy nazwą zasady dyspozycyjnej ³⁾.

Pojęcie przynależności w procesie praw do strony i ograniczanie celów procesu do obrony praw prywatnych dla korzyści ich właścicieli rodzi uznanie władctwa strony w procesie nie tylko materialnego, ale i *formalnego*, t. j. uznanie kontradiktoryjności.

Kontradiktoryjność ⁴⁾ polega na panowaniu stro-

²⁾ Bähr, „Die Anerkennung” str. 184.

³⁾ Zasada dyspozycyjna nie zawsze bywa należycie odróżniana od kontradiktoryjnej. Endemann W. w „Deutscher Civilprozess” daje jednakową zupełną definicję obu zasad (str. 375 i 379), jako „Grundsatz, dass die Partelen nicht nur bloss über den Streitgegenstand und den Prozess im ganzen, sondern auch über den prozessualischen Inhalt im Einzelnen zu disponiren haben”. Inaczej Wetzell G. W. „System d. ordentl. Civilprozesses” § 13 i 43. Niektórzy, jak Martin „Lehrb. u. Vort” § 16; Renaud, „Lehrbuch” § 78 uznają tylko zasadę kontradiktoryjną.

⁴⁾ Nie przez wszystkich była ona jednakowo pojmowana: Według wyrażenia Mittermaiera („Der gemeine deutsche Bürger”

ny nad samym rozwojem procesu ⁵⁾. Wola subjektu praw i jego inicjatywa są jedynymi sprężynami przy wytoczeniu, przygotowaniu i prowadzeniu procesu. Wszystko zależy od tego, co strona przedłoży i zdziała. Strona występuje, jako samodzielny subjekt procesu. Zakres jej praw nie może być przez sąd zwężany ⁶⁾. Z mocy tej nietykalnej samodzielności, strona występuje *wobec* sądu, nie zaś *wraz* z sądem.

Sąd nie ma faktycznego kierownictwa w procesie; stanowisko jego jest przede wszystkim bierne; wyjątek stanowią czynności, konieczne do utrzymania prawidłowego biegu sporu i wyciągania wniosków prawnych ⁷⁾.

liche Prozess". Bonn 1838 t. I. str. 97): „die maxime erst philosophisch construiert, und aus einzelnen Aussprachen abstrahirt werden musste". Ob. też Gönner, „Handbuch des gemein. Proz." § VI, VIII, X; Geusler „Handbuch", str. 64; Wieding Karl dr. „Der Justinianische Libellprozess", Wien 1865 str. 706.

⁵⁾ Gönner, op. cit. § VIII. tak formułował stanowisko stron i sądu w procesie: *Nemo iudex sine actore; nemo invitus ad agendum cogitur; ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum allegata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam; iudici fit probatio.*

Por. też Wieding, „Libellprozess", str. 706; Heffter, „Civilprozess f. d. preuss. Staaten" str. 74; Ullmann, „Oest. Straf. pr. R.," str. 54; Geib, „Geschichte d. röm. Crim. Proz." str. 101.

⁶⁾ v. Canstein, op. cit. str. 178.

⁷⁾ Do tych procesowych momentów samodzielnego, czynnego wystąpienia sądu oprócz wypadków natury czysto technicznej (właściwość sądu, kompetencja, zdolność stron) zaliczamy: a) obowiązek przestrzegania, aby wszelkie działanie, dochodzące do sądu, zostało wykonane bez obrazy norm obowiązujących, b) obowiązek udziału w sprawie (wprawdzie, również tylko na żądanie strony), o ile w okresie przygotowawczym wskutek wynikłych nieporozumień interwencja sądu okaże się potrzebna.

To też w procesie kontradiktoryjnym, aż do zaprzeczenia przez stronę dochodzonego przez przeciwnika prawa, sąd prowizorycznie przyznaje słuszność żądającemu ⁸⁾. Wobec tego, rzeczą jest strony, jako jedynej działającej sprężyny procesu, zaprotestować przeciw postawionym żądaniom przeciwnika. Brak protestu wskazuje na brak zamiaru zaprzeczenia słuszności tych żądań. Dochodzone prawo staje się bezspornym, czyli niewątpliwie powodowi przynależnym. W procesie zaocznym twierdzenia powoda są zgóry bez żadnej oceny przyznawane za słuszne ⁹⁾.

Ścisłe w dziale dostarczania dowodów cechy kontradiktoryjności są naturalnie też same, co i powyżej. Dowód ma być i może być przedstawiany wyłącznie tylko przez strony; do nich należy zarówno inicjatywa, jak i samo wykonanie jej, czyli dostarczenie materiału. Strony ponoszą wyłączną odpowiedzialność za rezultat swych poszukiwań ¹⁰⁾.

Czynności sędziego występują obok czynności stron, jako organu rozpatrującego i pomocniczego, nigdy zaś—zbierającego materiał. To też sąd nie może korzystać z faktów, które doszły do jego wiadomości na drodze prywatnej, ani też na jakiejbądź innej, nie w czasie rozpraw sądowych, nawet gdyby sędzia, ze względu na swój urząd, mógł się być kiedyindziej dowiedzieć o zaszłym zdarzeniu, np., z racji swego tytułu sędziowskiego, biorąc udział w opiece nad procesującą się stroną ¹¹⁾.

⁸⁾ Menger, „System des oesterreich. Civilprozessrechts” str. 220.

⁹⁾ Rupp, „Der Beweis im Str—verf.” str. 192.

¹⁰⁾ Bülow, Archiv f. civ., Praxis tom 62 str. 75.

¹¹⁾ Menger op. cit. str. 274.

Uwaga motywów projektu niemieckiego z 1877 roku w ten sposób określa stanowisko sądu: według zasady kontradyktoryjnej sędzia nie ma prawa podnosić z urzędu środków dowodowych; jednak w stosownym zużytkowaniu przedstawionego środka dowodowego nie jest on skreppowany¹²⁾.

Taką jest w ogólnych zarysach zasada kontradyktoryjności.

Jako zasada, jest ona nie sposobem tylko prowadzenia procesu, ale jego istotną częścią składową, nie dającą się zmienić bez równoczesnej zmiany podstawowych pierwiastków, z których kontradyktoryj-

¹²⁾ Od podnoszenia bowiem dowodu ściśle i bezwzględnie oddzielić wypada ocenę jego. Częstokroć oba te działy łączą się i płączą w nierozzerwalną napozór całość. Ocena dowodu wiąże się niekiedy z negatywną stroną dostarczania dowodu — z odrzucaniem go. Przyznanie dowodu za „dobry” nie powiększa materiału przedstawionego przez strony. Uznanie za „zły”, np. za fałszywy, jest stanowczym wkroczeniem sądu, aczkolwiek pośrednio, w samą dziedzinę grupowania materiału faktycznego. Zdawałoby się, że zasada kontradyktoryjna nie godzi się na tego rodzaju wkroczenia. Przeciż mniemanie to jest błędem. Ocena nie jest wyjściem sądu ze stanu bierności: jest ona tylko operacją nad materiałem przez strony dostarczonym. Zachariä i Demolombe („Contrats” t. V, str. 255) zgadzają się na to, że sędzia, nie ubliżając zasadzie kontradyktoryjności, bez uprzedniego zarzucenia fałszu, mógłby uznać za fałszywy i, jako taki, odrzucić akt, podany za akt autentyczny, jednak z treści, formy do tego stopnia wadliwy, że przy pierwszym już wejrzniu niezbitcie przekonywa wprawno badacza o swej fałszywości.

Również określenie wagi i dopuszczalności dowodzonych faktów należy wyłącznie do sądu (ob. Req. 5. XII. 1892. Dalloz 93. 1. 418 i uwaga). To ważenie dotyczy nie tylko samych rezultatów dowodzenia i całego postępowania; polega ono wogóle na swobodnym określaniu wartości środków dowodowych (Canstein, op. cit., str. 55).

ność wpływa, a które rządzą wewnątrznie wszystkimi działami procesu, nadając im jednolitość.

Kontrydiktoryjność tworzy odpowiedzialność ¹³⁾ stron za bieg procesu — jest zatem ich prawem; dla sądu zaś — obowiązkiem bierności. Prawo stron jest prawem wpuszczania w ruch całej wielkiej maszyny sądowej i rozwijania jej działalności według norm stanowionych. Każdy ruch każe się domniemywać odpowiedniej poruszającej siły. Tą właśnie siłą w procesie, w myśl zasad kontrydiktoryjności, jest strona.

Od zasady kontrydiktoryjnej odróżnić należy formę kontrydiktoryjną procesu. Brano je nieraz za jedno i to samo. Wynikało stąd, że zarzuty skierowane przeciw zasadzie stosowano i do formy. A przecież forma jest tylko zewnętrznym obrazem rządzących procesem zasad. Jako przejaw czysto-technicznej natury, służyć ona może każdej zasadzie, której celom odpowiada; nieraz zaś wprost przeciwne środki do jednakowych prowadzą celów. — Zewnętrzna strona procesu przedstawia się, jako szereg czynności stron i sądu, zdążających do urzeczywistnienia poszukiwanego prawa ¹⁴⁾. Forma kontrydiktoryjna polega na tym, że szereg rozlicznych czynności, składających się na nieprzerwany łańcuch procesu, w myśl zasady podziału pracy rozłożony zostaje na oba subjekty procesowe: powoda i pozwanego. Chodzi tu istotnie tylko o podział pracy, o samo wykonanie pewnych funkcji, nie zaś o zasadę odpowiedzialności za wykonanie lub niewykonanie praw, co stanowi istotną cechę zasady kontrydiktoryjnej. Będąc zwykłym środkiem najlepszego praktycznie działania, forma kontrydyk-

¹³⁾ Bülow, Archiv. f. Civ. Praxis t. 62, str. 72.

¹⁴⁾ Bálásits i Fierich, „Nauka o sądach cywilnych i procedura cywilna” 1898. t. I § 2).

toryjna nie przedstawia nic absolutnego; zmienia ona swój charakter działania w myśl stosowności i przydatności do celów, którym służy. Inną jest za rządów zasady kontradiktoryjnej, inną przy zasadzie śledczej (w pierwszym wypadku niewątpliwie obszerniejszą, w drugim bardziej ograniczoną), inną przy zasadzie ustności, inną przy pisemności, inną jeszcze przy jawności lub tajności. Powszechnych norm ustanowić dla niej nie można ¹⁵⁾.

2. Z innych wychodzi zasad, na innych podstawach oparty jest system oficjalno-śledczy.

Podczas gdy system poprzedni wychodził z idei prawa prywatnego, rozporządzania się stron, dany system zasadza się na pojmowaniu procesu, jako funkcji

¹⁵⁾ W związku z zasadą kontradiktoryjną forma kontradiktoryjna ma bardzo szerokie zastosowanie. Zarówno samo zawiązanie procesu, owe vinculum juris, jak i dalsze jego prowadzenie odbywa się za pomocą wymiany pism między stronami i wogóle przez ich wyłączną działalność. Wytoczenie powództwa wymaga wręczenia pozwu od powoda bez żadnego bezpośredniego udziału sądu. Okolski („Forma kontradiktoryjna w ustawie postępowania sądowego cywilnego z dnia 20 Listopada 1864 roku”. — Bibl. Um. Prawn. — str. 33) wykazuje, że, pomimo woli i udziału sądu, strony zawierają z nim pewien stosunek, „ponieważ w pozwie oznaczono, iż wytoczona sprawa ulega kompetencji sądu”. Wogóle same strony mają sporządzać akty postępowania i doręczać je. Przygotowanie procesu za pomocą pism odbywa się bez udziału sądu (ob. np. postęp. franc. i dawne bawarskie art. 226, 229, 230, 231). Rozpoczęcie działalności przez sąd wskutek żądania stron, wzajemne przesłuchiwanie się stron w ustnym procesie, wnoszenie ekscepcji, replikacji, duplikacji, wypowiedanie się o przynoszonych przez przeciwnika dowodach i cały szereg innych momentów procesu: wzywanie świadków (obowiązek świadczenia jest początkowo obowiązkiem wobec stron), zwłaszcza zaś gromadzenie i dostarczanie sądowi materiału dowodowego (Judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet) są przejawami formy kontradiktoryjnej procesu.

prawa publicznego, na uznaniu suwerenitetu państwa i jego organu — sądu.

Proces, według tego poglądu, nie jest stosunkiem dwóch stron, ale — sądu *do sprawy i do stron*. Na arenę miast jednostki występuje zorganizowany ogół. Motywem jego działań jest konieczność obrony interesów powszechnych: porządku prawnego i porządku publicznego.

Nie ma znaczenia okoliczność, że przedmiotem roztrząsań sądowych może być prawo prywatne. Wobec interesu publicznego ten charakter obiektu, który odgrywał rolę wprost decydującą w systemie dyspozycyjno-kontradiktoryjnym, odchodzi tu na dalszy plan. Subiektem praw jest państwo. Organem zaś państwa jest sąd, przez co jednak „nie może być uważany za jedno z państwem”.¹⁶⁾ Sąd działa w interesie publicznym. Interes publiczny stoi ponad korzyścią jednostkową, władza więc nad przedmiotem procesu nie może przejść na rzecz indywidualum kosztem tego interesu. Stąd wyłączenie wszelkiej rozporządzalności stron. Zwierzchnictwo przynależy sądowi. Natura jednak tego zwierzchnictwa wielce jest różną od zwierzchnictwa w procesie kontr-nym. Suwerenitet stron polega na uznanym prawie rozporządzalności. Przy panowaniu zasady oficjalnej *materiałnej* rozporządzalność jest wykluczona. Interes publiczny nie zna innych celów, jak prawdę obiektywną w procesie. Wobec tego, zadanie sądu sprowadza się do wybadania tej prawdy. Wszelkie dysponowanie materiałne sądu byłoby zboczeniem z drogi, prowadzącej do prawdy.

To co się stało — jest faktem niezmiennym. Zrzeczenie, przyznanie ma siłę stanowienia faktów

¹⁶⁾ Bálasits. Przegląd sądowy i administracyjny r. 1890

umownych tylko. Prawdy historycznej nie zmienia. To też podczas gdy cechą procesu dyspozycyjnego było, że rozpatrywano w nim tylko fakty sporne, przy zasadzie oficjalnej objektem procesu są wszystkie fakty, mogące wywrzeć wpływ na rezultat procesu.

Tożsamość prawdy materialnej i interesu państwa czyni, że sąd nie posiada materialnego rozporządzania. Sąd posiada tylko obowiązek działania w duchu absolutnych zadań państwowych. Natomiast zwierzchnictwo *formalno-procesowe* ¹⁷⁾ przysługuje sądowi w pełnej mierze. Sąd występuje w procesie, jako istotny nosiciel praw. Podejmuje wszystkie środki processualnego działania i wszelka czynność wypływa odeń z tytułu spadających na niego obowiązków, a więc i odpowiadających tym obowiązkom praw i władzy. To co w procesie kontradyktoryjnym było *thema probandum*: treść pozwu, może tu być, co najwyżej, punktem wyjścia dla sądu. Stanowisko strony jest w tym razie tylko pomocnicze. Jest ona jedną z części wielkiego kołiska, poruszanego siłą działalności lub woli sędziowskiej. Strona musi zmieniać swe zarzuty, o ile badania sądowe wyjaśniają nieścisłość postawionych;—musi zaprzestać dochodzenia, o ile sąd przekona się o jego bezpodstawności. Zwrócenie się do sądu może mieć charakter tylko hypotetyczny. Cały wysiłek sądu skierowany być musi na poznanie tego, jakim istotnie był stosunek prawny, albowiem tylko poznanie i wyrokowanie na zasadzie rzeczywistych stosunków leży w interesie państwa.

Z tego zasadniczego pojmowania celów i charakteru procesu, stanowiska sądu i stron wypływa dalszy wniosek o zasadach działania sądu i stron przy panowaniu

¹⁷⁾ Przecięż i ten dział suwerenitetu nabiera cechy odrębnej pod wpływem swolistości źródła, z którego pochodzi.

oficjalnej zasady. Do sądu należy kierownictwo w procesie; i to nie w znaczeniu zewnętrznego prowadzenia: wyłączenia publiczności, utrzymywania porządku, rozprawy, przerw posiedzeń, nie tylko nawet w znaczeniu materialnego prowadzenia, czyli dopuszczania czynności stron, określania kompetencji sądu, zbadania pełnomocnictw, przestrzegania zasady dwustronności i t. p. Sąd występuje czynnie, strony — biernie, to znaczy, że strony nie wpływają na bieg procesu, że enuncjacje ich wchodzi pod ogólne rozpatrzenie sądu, jako materiał procesowy, a więc i dowody przez nie podawane stają się, zwykłemi środkami poznania, których „dobroć” mierzy się jedynym kryterjum-prawdziwości, możliwej do osiągnięcia w stosunkach ludzkich. Sąd występuje czynnie, to znaczy, że fakty podane przez strony mogą być przez sąd zupełnie odrzucone. Sąd w badaniu faktów i stosunków nie zna żadnego ograniczenia z zewnątrz. *Quidquid in mundo sit in actis.*

Za zupełność zdobytego materiału i użytych do tego środków wyłącznie na sąd spada odpowiedzialność. Wszelkie źródło wiadomości sędziego jest dobre, o ile podaje prawdę ¹⁸⁾; stąd znakomite rozszerzenie środków dowodowych przez powołanie wszel-

¹⁸⁾ Pruski Allg. Gerichtsordnung 6. VI. 1793 wypowiadał to w następującej formie (Einl. zur Al. G. O.) § 7: Der Richter ist befugt und schuldig den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen und soweit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist im Licht zu setzen.

§ 17: Der Richter ist an die Angaben der beweispflichtigen Partei nicht gebunden, sondern er hat das Recht und die Pflicht auch andere Mittel die aus dem Vortrage der Parteien und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen sich ergeben selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien anzuwenden.

kich dowodów pośrednich, mających związek z faktami spornymi procesu, a wpływających nieraz decydująco na przekonanie sędziego tam zwłaszcza, gdzie ten rodzaj dowodu jest jedynym ¹⁹⁾. Wobec zupełności zdobytego do wyroku materiału sędziego utrzymać się może na stanowisku faktycznie bezpartyjnym ²⁰⁾. Sam zaś wyrok jest wyrazem stosunków, ulepionych z surowego materiału bezpośredniości życiowej, nie zaś przetworem „prawdy formalnej”. W tych tylko warunkach procedura nie jest „sztuką niewiedzenia metodycznie o tym, o czym wie cały świat” (Bentham).

Łączność pomiędzy zasadą prawdy materialnej a systemem śledczym, aczkolwiek bardzo ścisła, nie może prowadzić do ich utożsamiania. Zasada śledcza jest szerszą. Wymaga ona, jak widzieliśmy, nie tylko ustalenia prawdy materialnej, ale i tego, by poszukiwanie za pomocą środków dowodowych, do ustalenia tej prawdy służyć mogących, pochodziło wyłącznie od sędziego.

Podobnie jak nie można utożsamiać zasady z formą kontradiktoryjną, należy przeprowadzić ściśle rozgraniczenie między zasadą i formą śledczą.

Bardziej jeszcze, niż w systemie kontradiktoryjnym, nie można przy zasadzie śledczej podać powszechnych norm rozwijania się na zewnątrz poszczególnych momentów formy śledczej.

Forma kontradiktoryjna, nie związana wyłącznie z zasadą kontr—ności i rozporządzalności była jednak naturalną dla nich koniecznością. Forma śledcza nie tak ściśle wiąże się z zasadami oficjalną i śledczą. Jest ona niewątpliwie tą postacią, w któ-

¹⁹⁾ Bayl, „Beiträge zum Criminalrecht” I. str. 211.

²⁰⁾ Stübel, „Kriminal Pr.”, § 592.

rej dotychczas przyzwyczailiśmy się widywać (w procesie karnym) zasady powyższe najczęściej i w najlepszym przypasowaniu. System jednak oficjalno śledczy może się przejawiać w innej jeszcze formie, choćby w formie poszczególnych stadiów formy kontradiktoryjnej. Dość wspomnieć formę skargową w procesie karnym, albo wykonywanie w Anglii zasady oficjalnej w formie skargi, obowiązującej każdego obywatela w razie *treason* lub *felony* ²¹⁾. Wpływ formy kontradiktoryjnej w naszych procesach uwydatnia się też np. w ustanowieniu prokuratury, wiążącej sąd do tego stopnia, iż nie może on niekiedy przekraczać granic kary, proponowanej przez oskarżyciela publicznego ²²⁾.

Tak się przedstawiają w ogólnych zarysach dwa wielkie klasyczne systematy procesowe; zakreslają one

²¹⁾ Stephen - Mühry, „Handbuch des Engl. Strafrechts”, str. 563; Godefroi, „De delictis”, str. 114.

²²⁾ Mittermaier, „Lehre vom Beweise”, str. 41.

Forma śledcza, towarzysząca zazwyczaj zasadzie oficjalno-śledczej, odpowiada wystawionemu przez zasadę warunkowi: prawu wyłącznego processualnego rozporządzenia sądu. Za początek procesu uznaje się nie tylko skargę, albo żądanie strony, ale i wszczęcie dochodzenia przez sam sąd na mocy własnego spostrzeżenia. Badanie i zbieranie materiałów odbywa się również przez sąd, co jednak wcale nie zmusza do używania tortury fizycznej, lub moralnej, jak błędnie mniema Okolski (op. cit str. 11), sądząc, iż przyznanie się jest najlepszym dowodem w systemie śledczym.

Zbieranie dowodów rozwija się, jeśli tak można powiedzieć, analitycznie: uświadomienie organu decydującego rośnie wraz z wgłębianiem się stopniowym w śledztwo i dochodzi do zdobycia całkowitego obrazu w końcu badań. W procesie zaś o formie kontradiktoryjnej rozwój ten jest syntetycznym raczej.

Jedynym subjektem praw jest sąd, — na niego też spada całkowity ciężar pracy w prowadzeniu procesu i podtrzymaniu faz jego rozwoju.

ostateczne granice, w których proces znajduje swój przejaw i uzasadnienie.

Przyjęto jeden system łączyć zazwyczaj z procesem karnym, drugi, system dyspozycyjno-kontradiktoryjny, z procesem cywilnym.

Pomijamy na razie właściwość takiego podziału, o ile to dotyczy procesu karnego; rozpatrzmy natomiast rzecz z punktu widzenia procesu cywilnego.

II.

Stanowisko prawodawcy.

3. W literaturze i prawodawstwie stanowiącą przewagę liczebną posiadają zwolennicy systemu dyspozycyjno-kontradyktoryjnego.

Stary dogmat o wszechwładctwie stron w ostatnich dopiero czasach został podminowany przez bardziej społeczne pojmowanie celów i głównych zasad procesu. Zwycięstwo nauki jest jeszcze niepełne; nowe poglądy nie wszędzie należycie umotywowane.

W bardzo odległych czasach trudno mówić o zasadach, rządzących dostarczaniem dowodów w znaczeniu zasad, kierujących współczesnymi prawodawstwami. Dawne formy postępowania nieznacznie tylko zdradzają wewnętrzne sprężyny całego procesu, a więc i gromadzenia dowodów. Ogólna dopiero ewolucja prawa ²³⁾ w kierunku stopniowego uwalniania się z pod przemocy jednostek i podciągania celów jednostkowych pod cele publiczne — utwierdza nas w przekonaniu, że obserwowane sposoby dostarczania dowodów mają głębsze swe źródło w samym charakterze pojęć prawnych danego okresu — nie są przypadkowym tylko zjawiskiem.

²³⁾ Ob. Otto Opet, „Gesch. der Prozessleitungsformen”, Wrocław 1891.

Brak ściśle sformułowanych pojęć o państwie dozwalał na użycie w szerokim zakresie samopomocy²⁴⁾; z czasem na sądach, czy to królewskich, czy jakichkolwiek bądź innych, samopomoc dotychczas luźna zaczyna występować w formie zorganizowanej. Zorganizowana samopomoc przejawiała się bezpośrednio i w dostarczaniu dowodów. Czynność ta przypadła w udziale zainteresowanym stronom, a ponieważ zainteresowanym (pozytywnie) bywa powód, więc na nim ciążył całkowity ciężar; w myśl zaś zasady *reus excipiendo fit actor* — i na pozwanym. Oczywiście, charakter systemu dowodowego, czy to racjonalny, czy to z mistycznym podłożem, nie był bez wpływu na samą formę dostarczania dowodu²⁵⁾. Bez względu na różnicę genezy poszczególnych systemów (np. rzymski, germański), punktem wyjścia dalszego ich rozwoju była organizacja interesów jednostkowych.

Z tego indywidualistyczno-prywatnego²⁶⁾ stanowiska zrozumiałemi się stają nie tylko pierwotne²⁷⁾, ale i późniejsze postacie dowodzenia sądowego.

Ścisłej przewagi interesu publicznego nad prywatnym żaden systemat nie przeprowadził i wogóle za naczelną zasadę nie wystawił.

Rozwój od samoobrony, organizacji samoobrony, aż do uznania pierwiastka publicznego i organizacji

²⁴⁾ W staro-indyjskim prawie wierzyciel mógł wszelkimi środkami zmusić dłużnika do zapłaty długu (ob. Kohler. Ztsch. f. V. Rechtsw. VIII. str. 126).

²⁵⁾ Przysięga i ordalje pozwalały na dowód, osobiście od stron pochodzący.

²⁶⁾ Ihering, „Geist d. römisch. Recht” t. I. str. 219.

²⁷⁾ Już w prawie mojżeszowym — talmudycznym ciężar dowodu leżał na stronach. Tylko na dostarczonym przez nie materiale sędzia opierał swój wyrok. Klein, Gerichtl. „Beweisverf. n. Mossaisch — thalm. r.” 1886.

jego interesów — odbywa się powoli w naszych wciąż oczach.

W procedurze rzymskiej dominują dwie zasady, będące niejako kamieniem węgielnym dalszego rozwoju pojęć w zakresie podejmowania dowodu.

Pierwszą zasadą jest, iż sąd zastępuje samopomoc ²⁸⁾; wskazują na to pozostałości, których nie udało się wykorzystać ani w I-ym, ani w II-im okresie rozwoju prawa rzymskiego np. uznane prawo małżonka i ojca do karania śmiercią tego, kto zawinił przeciw honorowi domu.

Druga zasada polega na tym, że uzasadnienie praw jednostki tkwi w niej samej, w jej poczuciu prawnym, a wobec tego, aby urzeczywistnić swe prawa, jednostka musi się oprzeć na sobie samej i na swej własnej sile ²⁹⁾. Nie z mistycznych pojęć poza ludzkich i poza ziemskich prowadził rzymianin swe prawo: jedynym dlań źródłem było poczucie osobistego pierwotnego i przyrodzonego prawa.

Czysto prywatny charakter procesu przejawia się najwyraźniej w urzeczywistnianiu wyroku. Sędzia nie przychodził z żadnym nakazem; niby w sądzie polubownym, decydował on, kto ma słuszość. Na rezultat sporu sąd nie wywierał takiego wpływu, któregooby innym sposobem nie można było osiągnąć. Siła judicium nie działała natychmiast po ogłoszeniu decyzji. Zwycięzca nie otrzymywał obrony państwowej i pomocy w materialnem wykonaniu pretensji z mocy samego prawa. Do tego potrzeba było nowej legis

²⁸⁾ Ihering mówi, że podobnie, jak dziś walczą przeciw organizacji pracy, tak dawniej walczono przeciw organizacji sprawiedliwości: „der Staat den Individuen damals so wenig hätte behülflich zu sein brauchen, dass sie Recht fänden, als heutzutage, dass sie Arbeit finden” (op. cit. str. 129).

²⁹⁾ Ihering op. cit. str. 106.

actio; ona dopiero nadawała bodźca wykonawczej działalności państwa.

Proces prowadzony był, jako walka woli dwu stron ³⁰); zewnętrznie, jako szereg czynności wobec sądu (agere cum adversario apud iudicem). Walczono nie o dowiedzenie cudzego bezprawia, ale o wykazanie swojego prawa. Tylko uznanie tego prawa było celem procesu; stąd ciężar dowodu spadał wyłącznie na każdą ze stron (si parat rem ejus esse, ei dare oportere — condemna; si non parat—absolve).

To też śledczego dochodzenia, w ścisłym tego słowa znaczeniu, nie mogło być w Rzymie. Sędzia tylko cognoscit stan sprawy z dowodów, przynoszonych przez strony, z zeznań przyprowadzonych przez nie świadków ³¹), aby móc wydać wyrok ex animi sui sententia.

Przysięga zaś, wyznaczana przez sąd, dotyczyła prawdziwości już podanego przez stronę faktu, lub spornego prawa (te in potestate mea esse) ³²). Później dopiero, za cesarstwa, niektóre sprawy cywilne, rozstrzygane dotychczas w ordo iudiciorum privatorum, bywały z tego ordo wyjmowane i extra ordinem pozostawiane do samodzielnej cognitio zwierzchności sądowej. Naówczas, jeżeli stroną był małoletni, albo wogóle osoba, wymagająca opieki, postępowanie kontradykcyjne przechodziło w śledcze (miast cogni-

³⁰) Bethmann-Hollweg Al. A. v. „Der Civilprozess d. gemeinen Rechts in geschichtlicher Entw.” t. I. str. 102.

³¹) Bethmann-Hollweg op. cit. II. str. 597.

³²) Lex Visigothorum pozwalała na wyznaczenie przez sędziego jednej ze stron zaprzysiężenia postawionych przez nią twierdzeń. Zaprzysiężenie mogło być naówczas słusznie uważane za środek skutecznie przekonywający sąd. Nie było to jednak dostarczeniem dowodu przez sąd. Prawo sądu ograniczało się, co najwyżej, do prawa uwzględniania jednych dowodów, odrzucania innych. (ob. Dahn, „Westgothische Studien”).

tio — *inquisitio*)³³⁾. Prawo pretorskie przez wprowadzenie *cognitiones extraordinariae* i *jus honorarium* powołało do życia mniej krępujące w postępowaniu normy prawne, które pozostawiały więcej miejsca samodzielności władzy państwowej³⁴⁾. *Jubent dicere*.—*Judex testes poscit*.—*Tabulas poscit*³⁵⁾. Prócz tego, szeroko pojmowane prawo stawiania pytań już poprzednio zadało silny cios zasadzie kontrydiktoryjności³⁶⁾. Jak i w innych dziedzinach, tak i w tej — prawny duch rzymski wysunął się daleko naprzód na drodze naturalnej ewolucji pojęć. Tym wyższym stopniem rozwoju, na który on wejść zdołał, był upadek kontrydiktoryjności.

Proces longobardski, podobnie jak i rzymski, żądał przedstawienia dowodów przez strony.

Toż samo działo się w procesie rzymsko-kanonicznym. Pod wpływem prawnych poglądów germańskich panowanie stron staje się niemal bezwzględny. Od stron zależy jedne fakty uważać za sporne, inne za bezsporne; tylko pierwsze wymagały dowodzenia i badania przez sąd. Gdzie *positiones* i *responsiones* brzmiały jedzgodnie, tam badanie sądu było niedopuszczalne. Wyrobienie przekonania sędziowskiego krępowano szeregiem zgóry narzuconych mu norm, w sumie stanowiących pewien rodzaj legalnej teorii dowodów. Tam nawet, gdzie udział sędziego mógł, zwłaszcza w owych czasach, mieć szerokie zastosowanie, przy t. zw. *juramentum*, odstąpiono od pierwiastków rzymskich, stanowiąc, iż *juramentum necessa-*

³³⁾ L. 18. L. 21 § 5. D. de tut. datis (26, 5); § 3, 4 l. de Atil. tut. (1, 20).

³⁴⁾ Ob. też L. 8. 9 D. de offic. Praesid. (1, 18).

³⁵⁾ Macrobias, „*Saturnalia*” str. 83, według K. Wieding'a, op. cit. str. 709.

³⁶⁾ Engelmann op. cit. t.II. cz. 2. str. 107.

rium może składać ten tylko kto uprzednio złoży semiplenam probationem. Jedynym wykroczeniem (i to drobnym) przeciw uświęconej zasadzie kontradyktoryjnej była przysięga oczyszczająca, dopuszczana nawet w razie nie przedstawienia semiplenae probationis. Spotykamy ją w wypadku, kiedy rezultaty dowodzeń były sprzeczne, albo kiedy strona dowodząca nie mogła znać faktu, który miał być zaprzysiężony. Ale i wtedy sąd nakładał przysięgę nie według swego uznania tej lub innej stronie, ale wyłącznie tej, na niekorzyść której przemawiał dowód.

Naogół jednak, cechą kanonicznego procesu była bierność sądu i formalny obowiązek stron przedstawić swe positiones (pono quod) i responsiones. Interrogationes, stanowiące zwykły wyłom w zasadzie kontr-nej, miały w procesie kanonicznym zupełnie inny charakter: stawiane były przed procesem, jako środek przedwstępnej kwalifikacji skargi, w celu niedopuszczenia do sądu spraw nieodpowiednich.

Najsilniejszy wyraz zasady powyższe znalazły w procesie germańskim. Zasadniczym jego pierwiastkiem była nieograniczona zewnętrzna i wewnętrzna samodzielność, z jaką strony urzeczywistniały swe prawa.

Dowodzenie polegało na obaleniu twierdzeń przeciwnika za pomocą wykonania przepisanej przez prawo formy. Tym sposobem, celem dowodu było formalne wzmocnienie twierdzeń i to twierdzeń strony,³⁷⁾ nie zaś samego faktu, będącego ich osnową. Strona przysięgała np., że jest niewinną skrzywdzenia prze-

³⁷⁾ Wystarczało uzasadnienie praw przez jedną tylko stronę. Jeżeli nie zdołała ona tego dokonać, to przeciwnik uznawany zostawał za zwyciężającego w walce procesowej, bez potrzeby dowodzenia ze swej strony (ob. też Siegel H. Deutsche Rechtsgeschichte 3 w. str. 50).

ciwnika; istota dowodu polegała tu nie na wadze podanego twierdzenia, ale na wartości samej osoby, wykonującej legalne formy dowodu; wpływały więc na wagę dowodu: płeć, stanowisko, bogactwo, dobra wola, opinia o dowodzącym. Wobec tego i wyrok był właściwie, wyrokiem co do osoby, nie zaś co do rzeczy (o ile dowód został wykonany). Z tego punktu widzenia zrozumiałym jest dążenie do poddania strony próbom i sądom bożym w celu przekonania się, czy jednostka godną jest opieki bóstwa.

Osobisty charakter dowodu przejawia się w t. zw. „Eid sireine und unmeine”; świadkowie zeznawali nie o samym fakcie, ale o swej gotowości poparcia własną powagą przysięgi strony; to też liczba świadków zależała od tego, kim są oni; nieraz potrzeba było t. zw. Eideshelfer.

Z drugiej strony, sąd był bezczynnym. Nie zbierał on samodzielnie materiału, mogącego przekonać o prawdziwości twierdzeń strony; oczekiwał na wykonanie przez nią legalnej formy.³⁸⁾ Sąd orzekał tylko o rezultacie działalności stron. Forma zastępowała mu przekonanie. *Probatio non fit iudici, sed legi.*

Wpływ pierwiastków germańskiego i rzymskiego był olbrzymi. Według słusznej uwagi Bethmann Hollweg'a,³⁹⁾ prawo cywilizowanego świata europejskiego wyszło z ogólnego rzymsko-germańskiego pnia

³⁸⁾ E. Glasson „Les sources de la procédure civile française” str. 42 mówi: „Toute irrégularité ou omission entraîne nullité, si le défendeur la réclame et l'action est à tout jamais perdue pour le demandeur”.

³⁹⁾ Ob. też Planck. „Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter” t. II str. 8.

i dotychczas stoi z nim w bliskim i widocznym związku.

Wpływ ten odbija się wyraźnie na prawie francuskim. Bezpośrednim źródłem procesu francuskiego była procedura kanoniczna i ordonanse królewskie. Proces kanoniczny stopniowo, podług wykładu Durand'a w „*Speculum juris*”, już w epoce feudalnej,⁴⁰⁾ przechodził do trybunałów świeckich, a później przedostał się do ordonansów królewskich i kodeksu procedury cywilnej.

Sam przesiąknięty pierwiastkami rzymskimi, kodeks wniósł je do procesu francuskiego. To też we Francji wpływ rzymski był widoczny. Z pomocą kościoła, zwłaszcza w epoce papieżstwa w Avignonie, proces rzymski stał się podstawą prawodawstwa w ziemiach południowych, a potem i w północnych. Nauka małą naówczas odgrywała rolę. Najznakomitszy „Stylus Parlamenti” (1/2 XIV) Dubreuil'a dawał tylko przestarzałe koncepcje. Juryskonśleci zaś czerpali swe natchnienie w prawie rzymskim: przed trybunałami cytowano albo teksty prawa rzymskiego, albo kanonicznego⁴¹⁾.

Walka feodalizmu z władzą królewską skończyła się zwycięstwem tej ostatniej. Uwienieczeniem prawodawczych prac królów były ordonanse Ludwika XIV (1667), które też poraz pierwszy łączyły normy procesowe w porządku metodycznym. Właściwa zaś treść wielkich ordonansów była zaczerpnięta ze zrewidowanego, dopełnionego i poprawionego prawa

⁴⁰⁾ Esmein A. „Curs élémentaire d'histoire du droit français” 3 éd. str. 790: „Ce fut le droit canon qui fournit principalement les éléments et les règles de celle qui remplaça la procédure féodale”.

⁴¹⁾ Esmein A. op. cit. str. 790.

kanonicznego. Z drugiej strony, zwyciężony feodalizm zostawił w spadku niektóre wpływy giermańskie: w zakresie dowodów zachowała się *preuve légale*, przejęta potym bezkrytycznie przez Pothier. Prawodawstwo początku ubiegłego stulecia, ograniczyło się, jak wiadomo, do reprodukowania niemal *ordonansu* Ludwika; pozostaje więc ono w dalszej naturalnej zależności od prawa rzymsko-kanonicznego i w części od giermańskiego. *Code de proc.* nosi na sobie wybitne piętno minionych wieków i zaszłej ewolucji pojęć, jak powiada Loaré⁴²⁾, „niedość szerokiej i dojrzałej”.

Nie można mówić o panowaniu pewnego wyłącznego systemu w procedurze francuskiej. Jak powiada raport z 14 IV. 1806 przy redakcji kodeksu strzeżono się wszelkich systemów, — korzystano przedewszystkim z lekcji minionych dziejów. Bo też kodeks miał być zbiorem wszystkich norm praktycznych, koniecznych do wykonywania postanowień kod. cywilnego.

Jakkolwiek nie można mówić o systemie, w kodeksie *proc. cyw.* w ścisłym tego znaczeniu, to w każdym razie, ze względu na ducha całego dzieła słusznym jest wskazać kierunek, któremu hołdowała ustawa.

Prawa są wyrazem naszej indywidualności — powiada Laurent⁴³⁾—są tedy z natury swej osobiste, są związane z jednostką zawsze i wszędzie. W koncepcji kodeksowej znalazł swój wyraz pierwiastek indywidualistycznego pojmowania. Istotnie, środowiskiem myśli całej ustawy procesu jest jednostka i jej interesy. 28 frim. X roku Portalis mówił w Izbie Prawodawczej: Wszystko zmierza do jednostki; w tym znaczeniu wszystkie prawa są osobiste.

⁴²⁾ Loaré. „*Législation civile commerciale et criminelle en France* t. I str. 35.

⁴³⁾ Laurent „*Principes du droit civil français*” tom I str. 201—202.

Prawodawcy nigdy nie wolno traktować człowieka jako środek do innych celów.

Bezpośrednim wyrazem tych pojęć jest stanowisko sądu w procesie francuskim.

Nic się nie dzieje z inicjatywy sądu bez woli stron. Sąd nie ma władzy kierowniczej i wogóle nie troszczy się o bieg sprawy; rozstrzyga on tylko o każdorazowo przedłożonych mu przez strony wnioskach i faktach. Przejawem tego jest, iż po każdym wyrokowaniu postępowanie się przerywa (sąd jest *re-saisi*), iż potrzeba nowych wezwań na audjencję i nowych konkluzji. Rola sędziego jest bierna ⁴⁴⁾; ograniczona z jednej strony wnioskami stron, zakomunikowaniami przez nie aktami, tym *wyłącznym* materiałem wyrokowania, z drugiej, postanowieniami prawa o tym, na jakiego rodzaju dowodach sędzia ma opierać swe przekonania w sporze.

W innym porządku historycznym rozwijały się dzieje procesu w Niemczech. Wpływ Rzymu był tam przez długi czas o wielce słabszym, niż we Francji; jedynym pionierem idei prawa rzymskiego był kościół.

Podtrzymywany przezeń eutuzjizm dla pojęć rzymskich szedł z Francji i rósł coraz to bardziej. Ukazuje się *Speculum abbreviatum*, jako skrót Duranda. Król ma się za dalszy ciąg władcy „imperii romani”.

Jednak wtargnięcie Rzymu nie odbyło się bez walki i oporu pierwiastka narodowego. Burżuazja wobec zjawienia się rzymskiego prawa ujrzała się na

⁴⁴⁾ Le juge assiste à la procédure, mais ne la dirige pas ob Glasson E. „Précis théorique et pratique de procédure civile” tom I str. 6; Stahl w Philosophie des Rechts tom II. Cz 2 str. 605 mówi „Es ist dort nicht das Gericht, welches in bürgerlichen Sachen den Prozess leitet, die Parteien zur Einlassung u. Erwiderung in rechter Weise anhält”.

łasce prawników specjalistów. Prąd krytyczny zwrócił współczesnych do poszukiwania ducha prawa niemieckiego. W rezultacie, powstało powszechne prawo niemieckie. W epoce jedności nie przestały oddziaływać skutki dawnego rozwoju i walk. Nowe prawo, powstałe ze źródła rzymskiego i germańskiego, nie wzmożone żadnym nowym a zdrowym pierwiastkiem, świeżym powiewem doktryny, musiało zachować główne cechy składowych swych części: panowanie interesu prywatnego, a zatym i stron w procesie. Zasady te rządzą istotnie prawem niemieckim. Istotą i celem procesu jest: prawna obrona interesów prywatnych. Bo, jak powiada Dernburg, pierwotnym pierwiastkiem procesu jest prawo prywatne ⁴⁵⁾. Przedmiotem sporu są stosunki prawno — prywatne, czyli takie, na mocy których jednostki uważają się za względem siebie uprawnione i zobowiązane. ⁴⁶⁾ Ponieważ prawa sporne są prywatnymi prawami stron, mogą więc one nimi rozporządzać, zrzekać się ich, albo też korzystać z nich w walce z przeciwnikiem. Strona jest dominus litis, proces jest jej procesem, skarga jest jej skargą.

W porównaniu z francuskim procesem, niemiecki tym się różni, że sąd, po wydaniu decyzji w trakcie procesu, nie wstrzymuje dalszych swych czynności, nie unieruchamia się. Aż do chwili wydania ostatecznego w danej instancji wyroku działa on, nie czekając na inicjatywę stron i dalsze wezwanie do podjęcia czynności procesowych, a więc i do podnoszenia dowodów (§ 136, 228, 370).

Rozporządzalność i kontradyktoryjność w procesie przejawia się w tym, że wnioski stron stanowią o

⁴⁵⁾ „Pandekten” tom I str. 291.

⁴⁶⁾ Wach. „Handbuch d. dtseh. C. P. Rechts” str. 13.

treści i zakresie samej obrony prawnej (§ 308, 536, 559), że twierdzenia stron, i przedstawione przez nie dowody tworzą jedyny grunt do wyrokowania; sąd bowiem samodzielnie nie wyszukuje faktów, i nie ściąga żadnych dowodów (§ 3133, 286, 282). To czego strona nie podała, nie bierze się w rachubę przy wyroku. Dozór sądu ogranicza się do baczenia, aby strony wyczerpały materiał, uzupełniły niejasne oznajmienia (§ 127 i nast. a także § 464).

Jedną z konsekwencji rozporządzalności w procesie niemieckim jest, iż faktyczne twierdzenia stron—nie zaprzeczone przez przeciwnika, bez dalszego ich ważenia stanowią podstawę przy wyrokowaniu (§ 138² 288, 331).

Za przykładem prawodawstw zachodnio-europejskich, zwłaszcza francuskiego, ustawy rosyjskie z 1864 roku przyjęły zasadę dyspozycyjno-kontradycyjną, jako naczelną w całym procesie i w dziale dostarczania dowodów w szczególności. Prawo inicjatywy należy do stron. Art. 4 ustawy powiada wyraźnie: Władze sądowe mogą przystępować do rozpoznawania spraw cywilnych tylko na żądanie osób, których te sprawy dotyczą i nie wolno im wyrokować przed wysłuchaniem wyjaśnień strony przeciwnej, lub przed upływem terminu, wyznaczonego na ich złożenie. W myśl zasady *ne eat iudex ultra petita partium*, art. 706 stanowi, iż sądowi nie służy prawo ani wydawania wyroku względem przedmiotów nieżądanych, ani zasądzenia więcej, niż strony żądały, ani podnoszenia kwestji przedawnienia, jeżeli strony nie powoływały się na nie. Powołanie się sądu w wyroku na termin, nie wzmiankowane przez strony, stanowi powód do uchylenia wyroku w drodze kasacji (wyr. 1869 Nr. 354, 796 i 1871 Nr. 1129 i 1872 Nr. 262. Syst sw. Dum. Nr. 1331).

Nowakowski ⁴⁷⁾ powiada, że wyprowadzanie wniosków niekorzystnych dla strony z niezachowania terminu, o ile ten nie dotyczy porządku publicznego, stanowi wyrokowanie na podstawie dowodów, przez stronę przeciwną niepowołanych.

Sąd nie zbiera dowodów ⁴⁸⁾. Art. 367 głosi: sąd w żadnym razie nie zajmuje się zbieraniem dowodów i wyjaśnień, lecz wyrok swój opiera wyłącznie na dowodach przedstawionych przez strony. W równie niemal bezwzględnej formie wyrażono tę zasadę ściślejszej kontradiktoryjności w stosunku do sędziów pokoju (art. 82). Sędzia pokoju z urzędu nie zbiera dowodów, ani wyjaśnień od władz, lecz opiera swoje wyroki wyłącznie na dowodach składanych przez strony.

Jak widać z motywów prawodawczych, ⁴⁹⁾ przepis ten wprowadzono nie ze względów zasadniczych, ale z obawy, aby nowe sądy nie weszły na dawne tory zbierania dowodów i wyjaśnień zupełnie zbytecznych i przewlekających sprawę.

To też wyrok sądowy powinien się opierać (art. 339) tylko na dokumentach i innych aktach piśmieniowych przedstawionych przez strony, oraz na dowodach zebranych przy ustnych rozprawach. Sąd nie może uwzględniać dokumentów i dowodów, znajdujących się w innych aktach, a przez strony niepowołanych (1869 Nr. 298, 830 i 1862 Nr. 996 Syst. sb. Dum. Nr. 568). Sąd nie ma nawet prawa szukać w swoich aktach

⁴⁷⁾ Wi. Nowakowski „Ustawa postępow. sądow. cywilnego” tom II str. 110.

⁴⁸⁾ Engelman, „Uczebnik ruskawo graždanskawo sudopr.” wyd. II. str. 232.

⁴⁹⁾ Sudiebn. ustawy. tom I. str. 206.

dokumentów wskazanych przez strony (Syst. sb. Knir. Nr. 609, 611).

4. Od powszechnie przyjętej ścisłej kontradyktoryjności i rozporządzalności zanotować należy dwie próby odstępstwa. Pierwszą była reforma Fryderyka Wielkiego—Corpus juris Fridericianum z 1781 roku, ogłoszony w 1793 r. jako Allgemeine Gerichtsordnung f. d. Königl. preussischen Staaten. Wybitną tej reformy cechą jest nie tyle zniesienie panowania stron w procesie, ile zniesienie samej tylko formy kontradyktoryjnej i wprowadzenie natomiast biurokratyzmu urzędzeń ⁵⁰⁾.

W całym procesie nie było głębszej jednolitej myśli interesu publicznego.

Kodeks pruski miał na celu dać szybką i bezstronną opiekę prawną przez wyrwanie z korzeniem dotychczasowych ku temu przeszkód. Chodziło o zupełne zniesienie adwokatury, która, „ubiegając się za zaszczytami, i chciwa na zyski, stara się zaciemniać stan faktyczny sprawy i przewlekać procesy wszelkimi możliwymi sposobami”. Forma procesu miała pozwolić sędziemu na samodzielne wybadanie prawdy ⁵¹⁾.

Myliłby się jednak ten, kto by sądził, że kierownicze stanowisko sędziego koniecznie wypływało z samego pojmowania istoty procesu; było ono tylko środkiem, w oczach prawodawcy bardziej skutecznym od innych, do zastąpienia szkodliwej adwokatury. Sędzia ma obowiązek i prawo przekonać się o prawdziwym i istotnym charakterze faktów (§ 6), jest upoważniony do samodzielnego zbadania ich podstawności, lub bezpodstawności (§ 7) i temu celowi gruntownego

⁵⁰⁾ Ob. Abegg. „Vers. einer Geschichte” w 1848.

⁵¹⁾ „Vorbericht zum Corp. jur. Frid.” str. XVI—XXII.

i całkowitego wydobycia prawdy winny być podporządkowane wszystkie inne cele (§ 34). Pomimo to wszystko, nie można odnieść procesu pruskiego do systemu oficjalno-śledczego.

Słusznie zwano go niekiedy Leitungs—oder Vernehmungsmethode ⁵²⁾. Wprawdzie tylko materialną prawdę uznaje on jednocześnie za prawdę formalną, ale z jednym, zasadniczym ograniczeniem, że przecież strona dobrowolnie może zaniechać dochodzenia prawdy. Prawodawca stoi wciąż na stanowisku interesów jednostki: człowiek jest panem swej własności i może korzystać ze swych praw, o ile mu się to żywnie podoba. W procesie pruskim wola indywidualna nie przestała być istotnym i głównym pierwiastkiem; w obronie interesu prywatnego gotował się cały organizm sądowy do boju. Proces pruski był, jak wiadomo, procesem *opieki* nad jednostką; i całemu ówczesnemu duchowi państwa - policyjnego obce było pojęcie o niezależnym od jednostkowego interesie ogółu, jako o samodzielnej całości, do swoich własnych zdążającej celów.

W naszych czasach już nie niedojrzałą próbę, z góry skazaną na niepowodzenie, ale wybitnie postępowe dzieło podjął nowy kodeks austriacki ⁵³⁾. Złamał on związek z dawnym procesem, ⁵⁴⁾ stawiając na czele zasadę prawdy materialnej. Quod non est in actis non est in mundo—wygnano z nowego procesu. Podczas gdy dawniej głównym tematem dowodu było

⁵²⁾ Allg. Literaturzeitung r. 1823 nr, 263 str. 368.

⁵³⁾ Klein, Oesterr. Ger. Ztg. 1899 r. str. 147. Skedl, „D. öst. Civ. Pr.“; Unger, „System“ t. I. str. 6; Wrany, „Die Rechtsfindung nach d. neuen Cpr. R.—Oest. Ger. Ztg. 1897 str. 130. Bloch, „Zur Lehre v. Versäumniszverfahren“ i. CPr. Oest. Centralblatt t. XV. str. 559, 562.

⁵⁴⁾ Ob. Kornfeld „Civil Process grundsätze“ str. 10.

zbadanie prawdziwości twierdzenia stron, dziś punkt ciężkości leży w wyjaśnieniu, czy przedstawione żądanie istotnie jest uzasadnionym, czy też nie. Miast dawnego panowania nad całym materiałem procesowym, strony rozporządzają tylko swemi pretensjami. Ich woli pozostawiono wniesienie skargi, lub jej cofnięcie, zmianę lub ograniczenie; z małym przecież wyjątkiem zupełnie samodzielne tworzenie przez strony materialnych podstaw wyroku zostało ukrócone.

Sędzia nie jest już „ein blosser kalter Götze der von seinem Stuhl einen Rechtsspruch fällt”⁵⁵⁾. Współdziała on w ustaleniu faktycznego położenia rzeczy, w przeprowadzeniu całej sprawy i to nie tylko, jako pomocnik strony, ale jako samodzielny i niezależny subjekt procesu.

Prawo i obowiązki sądu są niezależne od praw i obowiązków stron.

§ 1803 nakazuje przewodniczącemu mieć starania o tym, ażeby sprawa była wyczerpująco wysświetlona. Sąd przez zadawanie pytań (§ 182) i w inny sposób ma dążyć do faktycznego ustalenia praw i roszczeń, z jakimi strony wystąpiły przed sądem. Jeżeli użyte środki nie wystarczają, to sąd może z urzędu § 371²⁾ nakazać osobiste zjawienie się stron, odebrać od nich zaprzysiężone zeznanie (jako świadków we własnej sprawie), zawezwać do świadectwa osoby, po których, uwzględniając treść skargi, albo odbytej rozprawy, można się spodziewać wyjaśnień o faktach stanowiących (§ 183⁴⁾ ⁵⁶⁾. Projekt proponował, aby system oficjalno—śledczy zastosowano w całej rozciągłości; (§ 119, 198, 199E, 314²⁾, 358²⁾E, 451) w ustawie

⁵⁵⁾ Bähr, Jahrb. f. Dogm XXIII. str. 384.

⁵⁶⁾ Ob. „Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe e. C. Pr. Or. 688 „d. Beilagen d. Abgeord. Hauses” XI sesja 1893 str. 264—9.

jednak odstąpiono od tej logicznej konieczności: twierdzenia wyraźnie przyznane przez strony nie wymagają dowodu (§ 266).

System dyspozycyjno-kontradiktoryjny złamano tylko w dwóch kierunkach: a) nie żąda się do wybadania prawdy, aby rzecz była sporną; b) sąd nie zostaje ograniczony do zakresu tych dowodów, które dostarczyły strony.

Wobec uznania obowiązkowego znaczenia przyznania okazuje się, iż proces, austriacki przeprowadził tylko zasadę śledczą, nie zaś oficjalną. Pierwiastek publiczny nie godzi się z uznaniem przyznania w zakresie dostarczania dowodów. To też ostatecznie prawda materialna przedstawia się prawodawcy tylko, jako konieczny warunek trwałego rozgraniczenia praw i obowiązków stron. O ile ten sam rezultat inną drogą osiągniętym zostanie, prawodawca zrzeknie się chętnie samej prawdy. Jednym słowem, nie upatruje on osobnego interesu państwa w procesie. Tylko zewnętrzna strona, samo postępowanie procesowe, należy zdaniem prawodawcy, do zakresu prawa publicznego., Przepisy postępowania mają być wykonywane nawet wbrew woli stron, a to, co jest niezgodne z temi przepisami—nie ma prawnego istnienia. O tyle więc tylko, o ile chodzi o samo postępowanie, nie zaś o prawa cywilne, panuje w procesie zasada działania z urzędu ⁵⁷⁾.

Gdzież tu miejsce na szerokie i pełne zastosowanie prawdy materialnej, musowo i wyłącznie dotyczącej właśnie nie zewnętrznych form postępowania, nie tych publicznie obowiązujących norm organizacji i procedury sądowej, ale samej „sprawy głównej”. Ustawa austriacka, podobnie jak wszystkie inne usta-

⁵⁷⁾ Bálásits dr. Aug. Ustawa z dnia 1 Sierpnia 1896 roku str. 433.

wy, nie uznaje publicznego charakteru procesu; zatem i całe żądanie prawdy materialnej jest tylko celową, techniczną regułą, zmieniającą się stosownie do potrzeb stron; do ich interesów, uznanych przez prawodawcę za najpierwszy najważniejszy regulator w procesie. Proces i nadal pozostał sługą nie interesów ogółu, ale sługą celów jednostkowych. Zmieniła się tylko forma.

III.

Konieczność uznania zasady oficjalnej.

5. Walka w doktrynie toczy się od samych niemal początków istnienia procedury, jako nauki, a więc od niezbyt dawna; teoretyczne bowiem uzasadnienie podstaw procedury, systematyczne ich ujęcie i pogłębienie jest rzeczą względnie świeżą. Pierwsze próby naukowe przypadają na okres panowania reformatorskich kodeksów pruskiego, wraz z bawarskim, hanowerskim, oldenburskim.

W obronie zasad śledczych wystąpił Gönner ⁵⁸⁾, potem Puchta ⁵⁹⁾ i Zum Bach, ⁶⁰⁾ ale krytyka systemu pruskiego, poparta skutecznie przez praktykę, wykazującą fatalne skutki dotychczasowej jego działalności, znalazła o wiele liczniejszych adeptów, aniżeli przeciwników; dość wzmiankować E. Mittermaiera, ⁶¹⁾ Griesingera, ⁶²⁾ Gaertnera ⁶³⁾ i t. d.

⁵⁸⁾ Op. cit. i „Entwurf eines Gesetzbuches” Erlangen 1815; „Commentar über d. Gesetz.” 22. VII. 1819.

⁵⁹⁾ „Beiträge zur Gesetzgebung u. Praxis” cz. I; też. „Über die bürgerliche Rechtspflege u. Gerichtsverfahren”. Erlangen 1826.

⁶⁰⁾ „Vollständige Gegeneinanderstellung d. preuss. u. franz. bürg. Prozessordn.” Magdeburg 1822.

⁶¹⁾ Op. cit.

⁶²⁾ „Ueber die Justitzorganisationen der neuen Zeit.” Tübingen 1820.

⁶³⁾ „Kritik des Untersuchungs Principes”. Berl. 1832.

Zasada dyspozycyjno-kontraduktoryjna zdobyła stanowczą przewagę.

W latach 70-tych z okazji kodeksu cywilnego niemieckiego sprawa znów wchodzi na porządek dzienny, głównie z powodu wypowiedzianych przez Wacha poglądów; ale i wtedy prócz małych, bardzo nieznacznych wyjątków (poniekąd Zink), w sprawach zasadniczych panowała względna jednomyślność. W ostatnich dopiero czasach uwydatnił się większy ruch krytyczny ⁶⁴⁾. Niektórzy jednak z nowszych pisarzy, np. Kornfeld, ⁶⁵⁾ starają się wogóle zaprzeczyć istnieniu samodzielnych i kierujących procesem zasad: śledczej i kontraduktoryjnej; wszelki wpływ przypisują oni wyłącznie pisemności i ustności procesu. Nie uzasadniają jednak głębiej tego twierdzenia. Tenże, sam Kornfeld, potępiając zasadę samodzielności prawa sądu do podnoszenia dowodów, powołuje się na Bähr'a ⁶⁶⁾, który przecież uznaje istnienie zasady kontraduktoryjnej, bo dowodzi jej konieczności. Argumentacja Bähr'a jest zresztą mało wartościowa. Rozumowania

⁶⁴⁾ Dziś do zwolenników zasady śledczej zaliczyć można: Menger, „Das bürgerliche R. u. d. besitzlosen Volksklassen” IV wyd. str. 19, 21, 23; Klein, „Pro futuro”; Ott, „Richterliche Frage-recht u. eidliche Parteivernehmung” str. 6 i nast. Wrany Skedl i innych; do przeciwników zaś, z nowszych: Trutter, „Das österr. C. Pr.” i Kornfeld, „Civ. Pr. Grundl.” i wszystkich zwolenników zasady kontraduktoryjnej: Reinhold Ztsch. XV. str. 430; XX. str. 130; Bruckner Krit. V-terjahrungsschrift 1891, N. F. Tom XVI, str. 100; Betzinger § 6. str. 279; Schneider „Richterliche Ermittlung” str. 66 (skłania się on jednak w pewnej mierze ku zasadzie śledczej—str. 28); Fischer „Recht u. Rechtsschutz” str. 19; Friedenthal, „Einwendung u. Einrede”, str. 20; Wilmowski, „Kommentar” VII. str. 449; Struckmann u Koch, „Kommentar” 8 wyd. do § 328, 324; Wach; Hellmann, „Lehrbuch” str. 496 i innych.

⁶⁵⁾ „Civ. Pr. Grundsätze” str. 16.

⁶⁶⁾ Iherings Jahrbücher tom XXV. str. 360.

jego opierają się na niedokładnym wniosku historycznym: „Seit dem mislungenen Versuche des preussischen Prozesses ist in der Wissenschaft kein Streit darüber gewesen, dass der Prozesz den Boden der Verhmax, nicht verlassen dürfe” miesza tedy braki zasady z wadami praktyki. Tegoż systemu dowodzenia trzymał się Abegg ⁶⁷⁾, i pruski projekt z 1871 roku, również uzasadniający kontradiktoryjność nie udanym eksperymentem Fryderyka.

Z drugiej strony, słuszność zasady oficjalno-sledczej popierano motywami racjonalnemi.

Zum Bach wychodził z założenia konieczności obrony praw jednostki.

Stosunki prawne — mówił — same przez się ze względu na swą istotę i treść nie mają wielkiego znaczenia, nie interesują państwa i nie posiadają specjalnej dla ogółu wartości. Ale stosunki te są jedną z form, w których przejawia się osobowość człowieka, święta i nietykalna. Nietykalność polega na tym, że samo istnienie jednostki jest nietykalnym, a zatem i ta jedyna forma, w której przejawia się owo istnienie, czyli stosunki prawne, jest również nietykalną. Obrazą przynależnego jednostce prawa jest tedy — zdaniem Zum Bacha — obrazą samejże jednostki. Ponieważ jednak swoboda jednostki tworzy istotną podstawę państwa, tedy i obrazą praw jednostki jest jednocześnie obrazą państwa; państwo jest uprawnione i zobowiązane do usunięcia wszelkiego pogwałcenia praw jednostki.

Inni upatrywali istotę oficjalności w tym, iż sprawa prowadzi się wobec sądu — organu publicznego. Wszystko co dotyczy samej instytucji sądu i jej czyn-

⁶⁷⁾ „Versuch einer Geschichte der deutschen Civ-proz-gebung” Berlin 1871 r. str. 202.

ności zatracą o interes państwa. Państwo wykonywa funkcję sądową, w celu utrzymania porządku publicznego; jeżeli wogóle o cokolwiek państwu może chodzić, to w każdym razie o to tylko, by załatwienie wzajemnych sporów odbywało się drogą pokojową, nie naruszającą porządku powszechnego, czyli nie drogą samopocy, bo ta uniemożliwia wzajemne współzycie cywilizowane. I dla tego też sprawą istotnie interesującą państwo jest ustanowienie sądów. Treść rozpraw sądowych, wobec zaspokojenia potrzeby społecznej, jest nic nieznaczącą. Nie jestże, pytają, społecznie obojętnym, czy ta lub inna jednostka władać będzie spornym prawem?

Materjalnie więc państwo jakoby zupełnie nie jest zainteresowane w procesie; właściwa rola państwa, według tego poglądu, sprowadzałaby się do stanowiska obrońcy formalnego porządku, nie wchodząc w to bynajmniej, komu służy swą siłą przymusu, po czyjej mimowoli staje stronie z całym aparatem swych ciężkich mechanicznych środków: po stronie silniejszego, czy też tylko słusznosc posiadającego. Boć tak musi się stać, jeżeli dla państwa będzie rzeczą obojętną, kto włada spornym prawem; taki jest zwykły skutek istotnego *laissez-fairyzmu*.

6. Niewątpliwie, państwo jest formalnie zainteresowane w sprawie, zwłaszcza wobec stanowiska jednostki w państwie, która dzięki całemu rozwojowi kulturalnemu, będąc poddaną władzy państwowej, jest jednocześnie uprawnioną wobec tej władzy osobą. Uznanie jednostki, jako osoby, stanowi podstawę wszelkich stosunków prawnych. Wykonywanie tych stosunków wymaga, aby nikt nie przekraczał uznanych przez państwo granic praw jednostki. Każde przekroczenie, jako umniejszenie praw innych indywiduów, a więc uniemożliwienie innym jednostkom korzystania

z przyznanych im praw, jako przekroczenie granic uznanych przez państwo, — jest formalnym naruszeniem porządku publicznego. Interwencja państwa jest więc konieczną w celu przywrócenia tego porządku. Formalny bowiem porządek przez państwo nadany—przez państwo też winien być bronionym.

Obrona polega na sądowym rozpatrzeniu sporu i uwolnieniu stron od uciekania się do samopomocy, czyli na wydaniu wyroku w sporze, i na przymusowym w razie potrzeby urzeczywistnieniu przysądzonych praw, czyli na zapewnieniu realnego porządku publicznego. Bo proces nie jest tylko operacją przyznania praw. Państwo wtedy wypełnia swe zadanie, kiedy wyjaśnia spór i przeprowadza w życiu wyniki swych badań: wykonywa wyrok, czyli łamie wolę sprzeciwiającą się prawu ustanowionemu ⁶⁸⁾.

Zatym, zewnętrzny, formalny interes państwa sprowadza się do wykonania powyższych obowiązków: do udzielenia środków zachowania porządku publicznego przez ustanowienie organów sądowych, do utrzymania bezwzględnej powagi tych organów, jako przedstawicieli interesu publicznego, a więc, do uznania wszelkiej ich działalności, za służącą wyłącznie temu interesowi.

7. Jednak formalny interes państwa nie wyczerpuje całkowicie zainteresowania jego w procesie. Interes formalny jest tylko częścią zasady oficjalnej,

Rozumieją to ci, którzy nie wyrzekają się pewnego materialnego udziału państwa w procesie i pojmują, że proces nie może być nową formą samowoli i walki pierwotnej. Materialne zainteresowanie państwa motywują jednak zainteresowaniem samych stron,

⁶⁸⁾ Schultze „Privatrecht” str. 172.

miarkując stopień pierwszego, według stopnia drugiego, czyli jednym słowem, zasada oficjalna jest u nich nie samobytną, nie wypływającą z „natury rzeczy,” ale pochodną, wypływającą z uznania służby państwa prawom prywatnym, a właściwie indywidualnym.

Tymczasem służba ta jest nonsensem. Gdyż właśnie z natury prawa publicznego wynika, iż jest ono samodzielny, prawo zaś prywatne—możliwym tylko przez oparcie się na publicznym. ⁶⁹⁾ Wszelkie prawne uznanie interesów indywidualnych wymaga uprzedniego uznania interesów powszechnych, ponieważ i sama osobowość jednostki jest nie podstawą, lecz tylko rezultatem wspólnego pożycia. Jednostka nie jest abstrakcyjnym, wyłączonej ze wszystkich stosunków społecznych indywiduum, ale członkiem społeczeństwa, uznaną przez państwo osobą. Uznanie zaś osoby-jednostki każe przypuszczać istnienie wielkiej liczby takich jednostek, znajdujących się w ciągłym ze sobą związku.

Nie można dziś mówić o społeczeństwie lub państwie, jako o agregacie jednostek i interesów jednostkowych. Cóż znaczy, że interesy te urzeczywistniają się w nim najlepiej, najpewniej i najwszechstronniej, ale żaden z tych interesów nie jest dostatecznym do tego, by samodzielnie został uznany za jedną ze składowych części celów państwowych w ten sposób, iż po jego wykonaniu ilość pozostałych jest mniejsza do wypełnienia. Wielka liczba ludzi nie tworzy jeszcze państwa, ponieważ każdej z jednostek brakuje łącznika wiążącego wszystkich w jedną całość.

⁶⁹⁾ Jellinek „D. Recht d. mod. Staates” T. I. str. 348; inaczej mówi Bastiat „Traité des lois” tom IV. str. 387 („droit réside dans l'individu”); Dupont-White „L'individu et l'État” str. 169; L. Duguit „L'État le droit objectif et la loi positive” Paris 1900 r.

Spółeczeństwo jest istotą realną, żyjącą wedle swych własnych prawideł życiem niezależnym od życia swych członków.

Pojęcie to—powiada Simmel—narzuca nam się, gdy rozważamy naturę wewnętrzną i rozwój języków i obyczajów, kościoła i prawa, organizacji politycznej i społecznej.

Wszystkie te zjawiska bowiem przedstawiają się, jako wytwory i funkcje osoby nieosobowej, w której jednostki wprawdzie mają swój udział, jak w rzeczy stanowiącej dobro publiczne, lecz w ten sposób, iż nie można imiennie oznaczyć żadnej, która byłaby przyczyną, twórcą lub ideą decydującą tych zjawisk; a nawet żadnej, o której dałoby się powiedzieć, w jakiej mierze przyczyniłaby się do ich wytworzenia. Występują one wobec jednostek, jako coś, co je opanowuje i nie zależy od tych samych warunków, którym podlega życie indywidualne ⁷⁰⁾. Uznawać jednostki za początkowe subjekty praw znaczyłoby uznawać tylko części po rozerwaniu duchowego, wiążącego je łącznika.

Subjektem praw według zasady oficjalnej jest państwo; stanowisko jednostki nie jest centralnym, ale pobocznym, interes zatracony nie jest interesem ogółu; w przeciwnym razie, nie byłoby mowy o bezpośrednim zainteresowaniu państwa.

Co znaczy interes państwa?

Państwo, jako jedna z form, jako prawny zewnętrzny wyraz społeczeństwa ⁷¹⁾, podobnie jak i ono,

⁷⁰⁾ G. Simmel. Jak się utrzymują formy społeczne? str. 10.

⁷¹⁾ Jellinek „D. Recht d. modern. Staates” tom I, str. 86—7; 125.

Ob. Gierke; Esmein, Zasady prawa konstytucyjnego str 32—33; Regelsberger, „Pandekten” t. I; Bernatzik, Ach. f. öff. R. t. V. str. 242.

stanowi odrębną całość. Jako produkt całego życia kulturalnego wieków, nieskończenie licznych warunków, znajdujących się poza mocą jednostki, państwo posiada cechy poszczególnej jednostce obce, funkcje—różne od funkcji jednostek, cel i zadania bytu inne, niż cel i zadania poszczególnych indywiduów. Państwo nie jest prostą sumą jednostek.

Jest ono nowym, samodzielnym organizmem, jeśli przez to rozumieć obiekt zdolny do własnego życia i, aczkolwiek żywiący się sokami części, które się nań składają, ale samoistnie przetwarzający te soki dla swych własnych potrzeb i celów. Dziś już nauka nie wymaga dowodów na tak pojmowaną samodzielność państwa. •

Państwo jest osobą prawną, mającą na celu na przestrzeni danego terytorjum, mocą swych praw wprowadzać w życie postulaty kulturalne ludzkości ⁷²⁾.

Interesem państwa jest współdziałać temu celowi, bronić go, usuwać wszelkie stojące na drodze przeszkody.

Konkretny wyraz cele państwa znajdują w uznany materialnym porządku prawnym. Zachowanie tego materialnego porządku prawnego (bez względu na jego treść, podlegającą ogólnym zasadom ewolucji) jest interesem państwa, jako samodzielnej organicznej całości. Interes ten może i powinien być identyczny z interesami indywidualnymi, ale jest od nich niezależny i zupełnie samodzielny.

Wszystkie organy państwa współdziałać muszą temu interesowi całości. Jednym z takich organów jest sąd państwowy. Działalnością swoją wypełnia on zakres zadań państwowych w dziedzinie opieki nad

⁷²⁾ J. Kohler, „Einführung in die Rechtswissenschaft“ wyd. II str. 110.

prawem, urzeczywistnienia w życiu prawa w tej formie, w jakiej ono uznane zostało przez państwo za niezbędne do bytu i rozwoju państwowej całości. Formę tę określa dany materialny porządek prawny.

Funkcję, która sądowi przypada w udziale z pośród funkcji całego organizmu państwowego, pełni on w procesie. Aby wykonać swe zadanie materialnej obrony porządku prawnego, sąd musi baczyć, by każdy akt jego w procesie przyczyniał się do obrony tego materialnego porządku, do jego wyjaśnienia, wskazania i wykrycia w razie wątpliwości i sporu, do jego wogóle urzeczywistnienia.

Sąd jest zatem materialnie zainteresowany w procesie. Stwierdzić możemy, że zasada oficjalna w tym jej istotnym znaczeniu: materialnej—nie znalazła wyrazu u teoretyków procesu, zwłaszcza w zakresie dostarczania dowodów. To co za zasadę oficjalną podawano, było zupełnie nie tym, co przez nią rozumieć należy.

Uznanie zasady oficjalnej pociąga za sobą niezmiernie ważne konsekwencje. A pierwszą, bezpośrednią i dla nas najważniejszą jest konieczność uznania w zakresie dostarczania dowodów zasady śledczej, miast dotychczas panującej kontradiktoryjnej. Widzieliśmy powyżej, jak ścisłym nierozzerwalnym jest związek zasady śledczej z oficjalną, jak niemożliwym jest pogodzenie oficjalności z kontradiktoryjnością.

Konieczność zasady śledczej opieramy jednak nie tylko na logicznej i naturalnej łączności z ogólnym charakterem procesu. Wpływa ona niezbitnie ze stwierdzonych poniżej tez: a) że zarzuty przeciw zasadzie śledczej utrzymać się nie dadzą; b) że, z drugiej strony, zasada kontradiktoryjna w zbieraniu dowodów ani teoretycznie, ani praktycznie usprawiedliwić się nie da.

IV.

Bezpodstawność zarzutów przeciw zasadzie śledczej.

8. A). Przeciwnicy zasady śledczej upatrują w niej szereg niebezpieczeństw; raz dla tego, że wyłączna władza i panowanie w procesie przechodzi do sędziego, istoty podległej błędom ludzkim i namiętnościom, a więc nie dającej gwarancji przeciw nadużyciom, lekkomyślności, nierozwadze. Należy—powiadają—ująć w pewne normy prawne nie tylko działalność sędziego w procesie, ale i samo jego wyrokowanie i ocenę ⁷³⁾ faktycznego materiału sprawy.

B). Inne niebezpieczeństwo tkwi jakoby w opiece sędziego nad stronami.

Niemandem durch seinen Leichtsinne, Uebereilung oder Fahrlässigkeit Unrecht geschehe. Opieka nad stronami czyni, że sędzia, bezpośrednio wciągnięty w sprawę, przestaje być bezpartyjnym. Obowiązek przyjęcia z pomocą prawną stronie, nieobeznanej z wymaganiami prawa i procedury, ujmowania propozycji w należyte formy, formułowania wniosków i pieczy o ostatecznych konkluzjach ⁷⁴⁾ wkłada na sąd ciężkie obowiązki i czyni, że sędzia sądzi siebie samego.

⁷³⁾ Ob. Gräwell's „Commentar zur. ger. ord.“ cz. I. str. 23.

⁷⁴⁾ Puchta, „Beiträge zur Gesetzgebung u. Praxis“. Cz. I. str. 65, 66.

To t. zw. *nobile officium* stawia sędziemu zadania różne od istotnie sędziowskich i niezgodne z nimi ⁷⁵⁾. Ze sprzeczności obowiązków muszą wynikać kolizje i konflikty. Główna jednak wada systemu tkwi w zachwianiu zaufania stron do sądu.

Nobile officium gwałci zewnętrzne formy bezpartijności. Strona, nie mająca innego kryterjum bezstronności sądu oprócz tych zewnętrznych form, podejrzliwie spogląda na sąd. Ciągłe, bezpośrednie zetknięcie sędziego ze stronami obdziera go z uroków dostojęństwa, czyni wrażliwym na osobiste zalety lub wady, stan, godność stron; naturalnym jest niedowierzanie człowiekowi, który pełni jednocześnie urząd oskarżyciela, obrońcy i sędziego.

C). I jeszcze zarzut natury praktycznej: szeroka władza sędziowska—powiadają—nie wystarcza do zapewnienia pełni materiału. Strony zaś, przekonane o czulej i obowiązkowej opiece sądu, nie starają się o samodzielne wyjaśnienie sprawy, pomimo że jest to dla nich rzeczą zawsze najłatwiejszą. *Erlahmt der Eifer der Partei* ⁷⁶⁾.

Powyższe zarzuty stosują się przeważnie do dawnych *form*, zasady śledczej, związanych ze zgubną i krępującą kancelaryjnością pruskiego procesu, tajnością i pisemnością procedury ⁷⁷⁾. Dziś żadnego zasto-

⁷⁵⁾ Op. cit. str. 64. Ob. też Gaertner op. cit. str. 122.

⁷⁶⁾ Schmidt, „Lehrbuch d. Civ. pr. Rechts” 1898 str. 342.

⁷⁷⁾ Ob. „Ueber einige Haupthindernisse, welche der Verfolgung des Rechtes vor den Gerichtshöfen nach den preussischen Prozessordnung entgegenstehen”. Berlin 1831. Autor wylicza 48 czynności od wniesienia skargi poczynawszy, aż do wręczenia pozwu o pierwszym terminie (str. 37); ob. też Reibnitz, „Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung” Berlin 1815 t. I. str. 143.

sowania mieć nie mogą: nie znamy innych procedur, jak tylko hołdujące zasadzie ustności, jawności i swobodnej ocenie mocy dowodowej faktów. Zarzuty dotyczące formy nie burzą zasady.

Pomimo oczywistego przeżycia się motywów krytyki zasady śledczej, jak zły duch pokutuje walka przeciw jej panowaniu. Prawodawca rosyjski wyraźnie mówi, iż proces śledczy, usuwając sędziów od wszelkiego bezpośredniego zetknięcia się ze stronami na publicznym posiedzeniu sądu i, zmuszając ich do oparcia wyroku na samych tylko aktach piśmiennych, przeszkadza im dojść do takiego stopnia pewności, która jest konieczną do nieomylnego (!) osądzenia sprawy ⁷⁸⁾ i t. d.

Ciągły zwrot do motywów, już nieistniejących dowodzi braku lepszych.

Cóż za przyczyna tej upartej krytyki inkwizycji w procesie cywilnym? Przecież istniejąca w każdym procesie taż sama trudność zdobycia prawdy, ciż sami sędziowie—ludzie niedoskonali i ułomni nie stanowią zasadniczej przeszkody do przeprowadzenia systemu śledczego. Źródło walki tkwi nie w samej zasadzie, w gruntownej życiowej nieprzydatności systemu, ale w istotnym przeciwieństwie celów, które dotychczas procedura cywilna stawia sobie za wyłączne i tych, które się godzą z zasadą śledczą. Interesom stron zasada śledcza służyć nie może; przy wykładzie systemu oficjalno—śledczego widzieliśmy, jak się on ściśle wiąże z interesem powszechnym państwowym.

Okoliczność, że zarzuty stawiane zasadzie utraciły dziś wszelką realną wartość i posiadają znaczenie tylko historyczne uwalnia nas od bliższego ich rozbio-

⁷⁸⁾ Sądiebnyje Ustawy s izlož. razsužd. str. 28.

ru. Ograniczamy się do zaznaczenia, że i obiektywna ich waga jest również nieznaczna. Niebezpieczeństwo, grożące od rozległości władzy sędziowskiej właściwe jest każdemu wogóle skupieniu władzy. O wiele jest przecież mniejszym, gdy tę władzę posiada wykształcony, uczciwy, bezpartyjny, nakoniec osobiście niezainteresowany sędzia, aniżeli wtedy, gdy ją posiadają walczący nietylko o swe prawa, ile o interesy przeciwnicy. Zarzut opieki nie stosuje się do zasady, bo sama opieka jest karykaturalnym z zasady wnioskiem; nakoniec, zarzut, iż wobec obowiązku sądu dostarczania dowodu strony tracą bodźca swej gorliwości, byłby istotnie racjonalnym, gdybyśmy w procesie nie widzieli innych celów prócz interesów stron. Ależ obowiązek sądu, który nie jest sługą stron — nie jest też obowiązkiem wobec stron, ale wobec państwa, jego interesów, wobec celów organizacji sądowej. Zasada śledcza dotyczy tylko obowiązków sądu; rozstrzygając je — nie zmniejsza przecież obszaru pracy stron w dostarczaniu materiału dowodowego, koniecznej pieczy o swe własne interesy, które, jako prywatne, nikogo poza stronami nie obchodzą.

Obowiązki sądu względem celów państwowych są tylko prawami sądu wobec stron. Winę niedopatrzenia strona tylko sobie przypisać może.

Pisarze nowocześni i bez tej jednostronności widzą braki w inkwizycji. Dążność do pełni materiału musiałaby — zdaniem niektórych — spowodować wprowadzenie policji śledczej, konieczność wglądania w życie stron, poruszanie najtajniejszych skrytek ludzkich umów i życia.

Odpowiedzieć można, że zasada śledcza, zobowiązując sąd do dochodzenia prawdy tam, gdzie ona jest wątpliwą, nie zmusza przecież do odkrywania skrytych i nikomu nie potrzebnych tajemnic. O ile zaś te „ta-

jemnice", choćby nawet rodzinne, są konieczne do ustalenia prawdy, to tajemnicami zostać nie powinny, bez względu, czy system zbierania dowodów ma być śledczym, czy też kontradyktoryjnym. Prawo i sprawiedliwość skandalów się nie boją. Największym skandalem jest ukrywanie kłamstwa pod kloszem sprawiedliwości.

9. Zarzut dążenia do prawdy, stawiany zasadzie śledczej, przemawia może najsilniej na jej korzyść. Jest on motywem decydującym, gdy chodzi o rzecz wielką, o wielką służbę niezmiennym ideałom prawdy, jako koniecznym czynnikiem współżycia. Z czystych źródeł nauki prawda wypływa niezbędnie.

Panowanie prywatnego interesu i kontradyktoryjności sprowadziło hasło prawdy w procesie aż do nizin prawdy formalnej. Nie ulega żadnej wątpliwości, że wrogi do prawdy stosunek, samoograniczenie się processualistów w zakresie ideałów procesowych, było właśnie wynikiem panowania pierwiastków prawnoprywatnych, i nie wypływa z niemożności pogodzenia celów procesu z dążeniem do istotnej prawdy; że tak jest w rzeczy samej, przekonywają nas motywy przeciwników prawdy materialnej.

Procedura cywilna—powiada Wach—jest państwową opieką praw prywatnych, środkiem obrony tego, co jest moje i twoje. *Actio nihil aliud est, quam jus persequendi iudicio, quod sibi debetur* ⁷⁹⁾. Porządek prawny ma być porządkiem indywidualnych interesów.

W następstwie tego Wach uznaje konieczność zrzeczenia się przez juriesprudencję prawdy materialnej, gdyż poszukiwanie jej wogóle nie odpowiada celom procesu.

⁷⁹⁾ Pr. Inst. de act. IV. 6.

„Czujemy wszyscy — powiada — ⁸⁰⁾ wraz z tymi którzy chcą, by w procesie cywilnym zwyciężyła prawda, ale strzeżmy się jurysprudencji uczucia, walczącej z logiką faktów. Nie możemy zmusić sędziego do uznania kłamstwa za prawdę, ale musimy i możemy go zmusić do tego, by uważał za prawdziwe te z faktów, które wcale nie przemawiają do jego przekonania. Celem procesu nie jest ustalenie prawdy. Jest ona rezultatem tylko pożądanym, ale nie koniecznym; jest dziełem wypadku?”

Wach występuje wprawdzie przeciw procesom konwencjonalnym, ale w rzeczy samej ma na myśli nie konwencjonalność, bo ta przy powyższych zasadach jest nieuniknioną, jeno całkowitą fikcyjność procesu i to nie tylko w poszczególnych swych momentach, ale i w samym założeniu. Zwolennicy zasady dyspozycyjnej muszą być zasadniczymi przeciwnikami prawdy materialnej. Prawda materialna nie jest dla nich potrzebna w procesie: prawda materialna — to wyraz obiektywnych rzeczywistych stosunków, to akt historyczny. Do czegoż ma ona służyć? Z interesem prywatnym nie ma ona żadnego koniecznego związku, może mu być nawet wrogą. Fakt, który zaszedł, jako fakt z dziedziny stosunków prywatnych, nikogo poza stronami nie dotyczy; o ile więc, zdaniem strony, nie potrąca on o jej interes, jest obiektywnie obojętnym. Przedewszystkiem zaś, fakt ten processuralnie nie istnieje, o ile przez strony przedstawionym nie został. Sprawiedliwość wyroku nie zależy od prawdziwości materiału wyrokowania; pomimo fałszywości faktów wyrok zachowuje swą absolutną wartość.

Powyższy system rozumowania, jako wsparty na zasadzie dyspozycyjnej, o której już mówiliśmy powy-

⁸⁰⁾ Wach op. cit. str. 199.

żej, nie wymaga szczegółowego rozbioru. Wystarczy zaznaczyć, że wnioski jego przestraszyły nie tylko zdecydowanych przeciwników rozporządzalności. Uznano za konieczne ograniczyć dysponowanie do rozporządzania prawami, nie zaś samymi faktami. Strona — powiada Kohler—⁸¹⁾ nie ma żadnego prawa wymagać, aby jej pretensje były uwzględnione w tym lub innym duchu; nie ma ona żadnego prawa żądać, aby w osnowę procesu kładziono nie rzeczywisty stan faktyczny, ale jakikolwiek bądź inny; tym bardziej nie wolno stronie czynić wyroku zależnym od stanowczo kłamliwego, fikcyjnego, iluzorycznego przedstawienia sprawy.

Powiadają, że strony rozporządzają nie faktami, ale prawami do faktu, iż nie zamierzają one włać w sędziego przekonania o prawdziwości pewnego zdarzenia, że chcą tylko, aby sąd decydował nie według istotnie zaszłych wypadków, ale według tych, które mu zostały przedstawione. Strony nie twierdzą, iż dane dowody są jedynymi; chcą tylko, aby postępowano z nimi tak jak gdyby z jedynymi. Tego rodzaju pogląd prowadziłby przecież do zupełnego wynaturzenia procesu. Proces istnieje nie na to, aby sędzia wyrokował według dowolnie wymyślonych przez stronę fantazji; ma on służyć realnym potrzebom życia, i ma tłumaczyć na język życia świat ideałów prawnych, uwzględniać słuszne żądania, regulować stosunki ludzkie i przyczyniać się do wykonania celów naszego tu na ziemi bytowania.

Oczywiście, że nawet ze stanowiska zewnętrznej tylko zasady oficjalnej, wychodzącej z założenia publicznego charakteru organu sądowego, przed którym się spór toczy, nie można się zgodzić na to, by prawda formalna była dostateczną. Sędzia nie może uważać za prawdziwe twierdzenia, o którego prawdzie nie jest

⁸¹⁾ Prozess als Rechtsverhältniss str. 16.

przekonany ⁸²⁾. Jest nadużyciem państwowej organizacji procesu opieranie wyroku na faktach nieprawdziwych ⁸³⁾. Zadaniem prawodawcy, powiada Kabat, ⁸⁴⁾ jest ułatwić stronom i sędziemu wykrycie prawdy, uchylić wszystko, coby utrudniało lub uniemożliwiało wyjaśnienie prawdziwości istoty czynu i nie dopuścić, aby prawo materialne ginęło jedynie dla prawnych trudności w przeprowadzeniu dowodu prawdy. Non jus deficit, sed probatio nie jest wcale pochylnym dla prawodawstwa, które chce być sprawiedliwym. Dla tego też każde prawodawstwo procesowe, jeżeli ma spełnić swoje zadanie t. j. dopomóc prawu naruszonemu do zwycięstwa, winno taki system dowodowy przeprowadzić, który ułatwia dowód prawdy, a tym samym zapewnia prawo zwycięstwo. We wszystkich dziedzinach życia pragniemy dojść do prawdy. Usuwamy fikcje, bo tylko na gruncie zdrowym i znanym możemy wykonywać celową pracę.

Jedyny realny, do istoty prawdy sięgający motyw, to ten, iż ona nie jest możliwą do zdobycia.

Fakty znajdują się pod wpływem różnorodnych warunków i okoliczności; dowodzenie tych faktów jest najczęściej nie dowodzeniem prawdy samej w sobie, ale tylko uprawdopodobnianiem tego, iż pewna okolicz-

⁸²⁾ Ob. Bar, „Recht und Beweis” str. 15.

Glaser, „Beiträge” str. 85.

Rheinhold, Ztsch. XX, str. 130.

Betzinger, „Die Beweislast im Civ. Pr.” Karlsruhe 94. str. 278.

Fitting, Ztsch. f. d. dtsh. Civilprozess XIII, str. 16.

⁸³⁾ Trutter, „Bona fides” str. 60.

⁸⁴⁾ „O dowodach w procesie cywilnym”. Lwów 1882, s. 2.

ność rzeczywiście istniała lub istnieje i to w tej formie, w jakiej została podana sądowi. Jednak absolutne uprawdopodobnienie pewnej okoliczności zewnętrznej jest często niemożliwe. Sam fakt dowodzony, jako zewnętrzny, jest skończony i przemijający, a więc może już nie istnieć w chwili prowadzenia sporu. Wogóle zaś dowodzenie faktów jest czymś nawskroś względnym i warunkowym; dowiedzenie bowiem faktu mierzy się tylko przekonaniem sędziego, czyli miarą czysto subiektywną. Stąd że fakty nigdy nie mogą zdobyć dowodu obiektywnego wyniku, iż wymaganie prawdy materialnej jest wprawdzie niekiedy urzeczywistnialnym, ale ponieważ tylko urzeczywistnialnym, więc też i nie zawsze do urzeczywistnienia zdającym.

Otóż cały ten „dowód” przeciw prawdzie materialnej może być uważany za proste nieporozumienie. Miast przeciwstawić prawdzie formalnej materialną, realną, krytyka skierowywa swe ostrze przeciw prawdzie absolutnej.

Absolutów niema w życiu. Les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité; pojęcia absolutne nie mieszkają, jako rzeczywistość, na ziemi. Środki nasze są zawsze ograniczone. W dowodzeniu sądowym chodzi nie o oderwane konstrukcje logiczne, ale, przy ograniczeniu środków ludzkiego poznania, o uprawdopodobnienie rzeczy dotyczących spornych. Uprawdopodobniają się fakty w przekonaniu sędziego, jako bezpośredniego realnego władcy uznawania faktów za prawdziwe, lub za nieprawdziwe; ale tu właśnie zachodzi znakomita różnica pomiędzy żądaniem prawdy formalnej, i prawdy zdobytej przez sąd na mocy wyrobionego przekonania. Podczas gdy pierwsza jest zgóry ograniczona,—druga zbliża się nieskończone-

nie blisko do prawdy materialnej, zwłaszcza tam, gdzie istnieje możliwość korzystania z własnego spostrzeżenia. Pewność — mówi Lotze — daje tylko własne zmysłowe postrzeżenie. Wszędzie tam, gdzie to postrzeżenie jest niemożliwym, albo niewystarczającym, musimy się zadawać prawdopodobieństwem. Wysoki stopień prawdopodobieństwa uważamy w życiu praktycznym za prawdę, a świadomość badacza o tym wysokim prawdopodobieństwie — przekonaniem o prawdzie ⁸⁵⁾.

Ustalenie pewnego faktu może być dokonane przez sędziego tylko na podstawie wewnętrznego przekonania o prawdziwości tego faktu. Gdzie sędzia nie może dojść do osobistego przekonania, tam zaprzeczenie dowodzonego tematu przyjęte zostaje za prawdę formalną. Wtedy zostaje wydany wyrok na zasadzie najogólniejszych, najmniej wyindywidualizowanych przypuszczeń, na zasadzie prostego *favor status quo ante*.

Nie usuwamy prawdy formalnej z procesu, ale pozostawiamy jej tylko wypadki ostateczności, kiedy inne środki zdobycia materiału dowodowego nie pomagają. Wyrzekamy się natomiast uznania prawdy formalnej za ostateczny cel i zasadę procesu. Tylko prawda materialna—ta realna, ludzka może gwarantować spokój publiczny, zapewniać rzeczywiste poszanowanie porządku prawnego.

Przekonani są o tym teoretycy nowszych prądów w procedurze. Zwłaszcza w szeregu zwolenników zasady celowości spotykamy licznych szermierzy o zasadę śledczą. Kohler, powiada, iż zasada kontradiktoryjna ustępuje śledczej wszędzie, gdzie ta ostatnia za-

⁸⁵⁾ Ob. też Hegel, „Grundlinien d. Philosophie des Rechts” § 227.

• pewnia lepsze osiągnięcie celów procesu ⁸⁶⁾. Również Schmidt ⁸⁷⁾, jako przeciwwagę wyłącznych praw strony w procesie, uznaje współodpowiedzialność sądu i sprowadza zasadę kontryktoryjną do roli pomocniczej. Przemawia więc za zupełnie niezależnym działaniem sędziego z urzędu przy dostarczaniu dowodów za pomocą nakazania przysięgi, oględzin i bezpośredniego zmysłowego postrzegania przez sąd, wychodząc przytym z zasady zwykłej celowości technicznej, czyli t. zw. przezeń „psychologicznego uzasadnienia teorii” ⁸⁸⁾.

⁸⁶⁾ Gesamm. Beiträge: „Ueber die Officialthät. in d. Beweiserh.“

⁸⁷⁾ „Lehrbuch“.

⁸⁸⁾ Op. cit. str. 348.

V.

Wpływ kontradiktoryjności na złamanie jednolitego systemu dowodów.

10. Bezwartościowość zarzutów przeciwko zasadzie śledczej idzie równoległe ze słusnością krytyki zasady kontradiktoryjnej. Upewnia to ostatecznie o konieczności uznania w procesie zasady śledczej. Kolosalny, niemal decydujący wpływ, jaki wywiera kontradiktoryjność na ukształtowanie się dowodów zmusza i upoważnia nas do zatrzymania się dłużej na jej ocenie. Wynikiem jej panowania jest przede wszystkim złamanie jednolitego systemu dowodów.

Dowód, według zasady kontradiktoryjnej, ma być składany wyłącznie przez strony. Życie wykazało natomiast, że pewne środki gromadzenia materiału dla sprawy są w rozporządzeniu nie stron wyłącznie, ale bezpośrednio sądu. Teorja, nie naruszając całości kształtu budowy kontradiktoryjnego procesu starała się wytłumaczyć ten fakt niezbity. Zamiast jednak wytłumaczyć, rozbiła logicznie zbudowany system dowodów.

Wach zgóry wyłączył z zakresu dowodów wszystkie środki poznania, zbierane nie za pośrednictwem stron. Oględziny i ekspertyzy zdaniem jego nie dostarczają nowego materiału, tylko wyświetlają już podany. Są więc nie środkami dowodowymi, ale zwykłymi środkami poznania, jak powiada Endemann, Modus

der Perception des Beweismateriales ⁸⁹⁾. Toż samo czyni Heusler ⁹⁰⁾, wychodząc z założenia, że dowód pojęciowo jest możliwy tylko, jako rezultat działalności strony. O ile ustawa zwalnia stronę od dostarczenia dowodu, wkładając je na sędziego, o tyle zwęża ona zakres czynności *dowodzenia*.

Możliwość podnoszenia dowodu tylko przez strony Wach i Heusler wyprowadzają nie z samej natury dowodów, ale przyjmują dogmatycznie ⁹¹⁾.

Rozbijają więc oni system dowodów czysto formalnie i to bez żadnego uzasadnienia. A przecież wszelki środek dowodowy jest nim nie ze względu na osobę, która go podaje (ewentualnie dowód nie utracą swego charakteru w razie podania go przez osoby trzecie, lub wogóle nie podania), ale ze względu na swe właściwości w stosunku do dowodzonego faktu, właściwości stwierdzenia, iż rzecz sporna jest słuszną. Czyli, jeżeli za kryterjum, wyrokujące o słuszności sprawy uznamy przekonanie sędziego, natenczas dowodem będzie wszystko to, co zdoła zbudzić przekonanie tegoż sędziego o słuszności praw jednej ze stron. Dowodem są wszelkie środki używane w celu przekonania sędziego ⁹²⁾.

Każdy środek dowodowy jest źródłem poznania, jak i każdy wogóle przedmiot, który powoduje uznanie [pewnego faktu] za dowiedziony. Że zaś celem, do którego zmierza wszelkie dowodzenie, jest prawda historyczna, [zatem, za dowód możemy uznać wszelki

⁸⁹⁾ D. C. P. R. § 185.

⁹⁰⁾ Op. cit. str. 248, 249.

⁹¹⁾ Ob. Wetzell. G. w., „System des ord. Civilprozesses” 3 wyd. str. 188 Nr. 1. Planck, Krit. Vt-jchr. 4 tom, str. 262.

⁹²⁾ Planiol. M., „Traité élémentaire de droit civil”. 3-cie wyd. II t., str. 1.

środek przyznania i stwierdzenia prawdy faktu ⁹³). Tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité jest dowodem ⁹⁴). Wychodząc z tego określenia, Garsonnet powiada ⁹⁵), iż dowodem jest nie tylko postrzeżenie własnymi zmysłami, ale i wszystko to, co przychodzi do naszej świadomości, jako domniemanie, wyciągnięte z okoliczności sprawy; zatym, wszelkie— w najszerszem tego słowa znaczeniu—świadcstwa, fakty lub przejawy i poszlaki faktów, czyli wnioskowanie z pewnych faktów, drogą doświadczalną, o innych faktach nie przedstawionych bezpośrednio w procesie ⁹⁶).

Z powyższego wynika, że wszelkie wyłączenie środków przekonywania ze sfery dowodów jest niczym nieusprawiedliwioną samowolą. Ani cel, ani charakter dowodzenia nie usprawiedliwia też podziału dowodów na właściwe dowody i na środki poznania, bo, jak słusznie zauważył Wendt ⁹⁷), w istocie rzeczy poznanie nie może być odłączone od dowodu. Nie masz dowodu bez poznania. Omnia quibus causa instrui potest jest dowodem. Samo zresztą żądanie dowodu polega na zastąpieniu sądziemu niemożliwego osobistego postrzeżenia. Co się tyczy specjalnie procesu, to tu samo poznanie, jako takie, nie ma znaczenia, gdyż cel procedury jest nie teoretyczny, ale czysto praktyczny;

⁹³) Bentham, „Preuve judiciaire” édit. de Dumont ks. I rozdz. VI.

⁹⁴) Demolombe, „Contrats” t. VI. str. 181 nr. 182 określa dowód, jako démonstration de la vérité d'un fait. Loubers zaś powiada, iż dowód — jest to démonstration de la vérité d'un fait qui est affirmé dans une instance par l'une des parties et qui est nié par l'autre.

⁹⁵) Précis str. 453.

⁹⁶) Stein, „Private Wissen”, str. 32.

⁹⁷) Archiv. f. Civ. Prax. t. 63 str. 254.

nie chodzi w nim o poznanie obiektywnych i subiektywnych praw, ale o faktyczne tych praw strzeżenie.

Sztuczność podziału wykazuje, że zasada kontradiktoryjna nie jest zdolna do segregowania zjawisk według ich cech wewnętrznych, do objęcia w swych ramach całego zakresu różnorodnych zjawisk, którym, jako zasada, winna nadać wspólne piętno jedności.

Normy zasady kontradiktoryjnej nie tylko nie pasują do natury dowodów, ale i do praktycznych potrzeb życia.

Prawodawstwa, które miewają na względzie nie tyle całokształt, jednolitość i konsekwentne przeprowadzenie zasad, ile cele praktyczne, bezceremonjalnie łamią ciasną formułkę kontradiktoryjności: praktyczny rozum chroni prawodawcę od paczenia naturalnego ustosunkowania zjawisk i aktów na rzecz powierzchniowej doktryny; nie dając ogólnej syntezy, działając bardziej kazuistycznie, nie popelnia on tego kapitalnego błędu, który często przypada w udziale nauce: nie poświęca świadomie „natury rzeczy” dla niesprawdzonych „praw”.

11. Przechodzimy do szczegółów rozdziału środków dowodowych od środków poznania. Pomimo, że oględziny ⁹⁸⁾ znajdowały się w szeregu dowodów w systemie prawa niemieckiego (§ 135, 336, 368), Heusler i Wach usuwali je stamtąd wszelkimi sposobami.

Heusler ⁹⁹⁾ zalicza oględziny do ustanowionej przez się kategorii środków poznania. Wszelkie, zda-

⁹⁸⁾ Jakkolwiek używamy terminu oględziny, chodzi jednak o przedmiot oględzin (Augenscheinsobjekt); ten tylko może być środkiem dowodowym, nigdy zaś sama czynność oględzin, która jest tylko czynnością dowodową.

⁹⁹⁾ Toż samo Briegleb H. K. „Geschichte d. Execut. proz.“; por. Langenbeck. „Beweisführung” str. 429.

niem jego, bezpośrednie spostrzeżenia zmysłowe stoją przed dowodami, uwalniają od składania dowodów, dowodami nie są.

Celem dowodu jest dostarczenie sędziemu podstawy do przekonania go o prawdziwości faktu. Tymczasem zmysłowe spostrzeganie sędziego, oględziny, dają bezpośrednią pewność; to co widzę, jest dla mnie rzeczą pewną, nie potrzebuje mi być dowodzonym. Heusler dochodzi do ustalenia powszechnej zasady: wszystko, co należy do stanu faktycznego rzeczy spornej, o ile jeszcze obecnie daje się obserwować—uprzedza wszelkie składanie dowodu, nie wchodzi w zakres dowodów, podlega bezpośredniemu rozpatrzeniu przez sąd lub wezwanych przezeń ekspertów. Błądność tego twierdzenia jest oczywistą.

Przedmiot obserwacji staje się znany badaczowi odrazu i niema środka, któryby lepiej prowadził do zdobycia przekonania o istnieniu i właściwościach danego faktu.

A jeżeli, pyta Wach, zastępowanie niewiadomości przez wiadomość jest dowodzeniem, przekonywaniem, jeżeli procesualne dowodzenie jest przekonywaniem o prawdziwości rzeczywistych twierdzeń, to niezrozumiałym jest, dla czego ten, kto zamiast niewiadomości o istnieniu i właściwościach rzeczy zewnętrznego świata podaje sędziemu ich znajomość, nie dowodziłby istnienia tych rzeczy. Czy dla tego, że daje ich pewność? Przecież osiągnięcie możliwie najwikszej pewności jest celem dowodu ¹⁰⁰⁾.

¹⁰⁰⁾ Nawet Wendt (Arch. f. civ. Prax. t. 63 str. 269) przyznaje oględzinom charakter dowodu. „Nicht Feststellung einer streitigen Thatsache, sondern Würdigung, ein Urtheil wird von d. Sachverständigen verlangt, kein Beweismittel, während Augenschein in Wahrheit zur Feststellung dessen, was streitig ist dient und nicht richterliches Urtheil im Sinne des Entschei-

Tendencyjne usunięcie oględzin z szeregu dowodów pociąga za sobą szereg zawikłań, prowadzi mianowicie do odmówienia dokumentom charakteru dowodów. Dokumenty są jednym z rodzajów obiektu oględzin już to jako zwykły przedmiot zewnętrznego świata, bez względu na swą treść (w tym znaczeniu mówi się o porównaniu pism), już to, jako piśmienny wyraz myśli, *vox mortua*, który do nas przemawia. Dokument i obiekt oględzin nie są żadnym przeciwieństwem. Heusler twierdzi naturalnie inaczej. Stanowiskiem swym stwierdza on raz jeszcze sztuczność podziału stworzonego w obronie zgóry przyjętych zasad. Różnicę zaś pomiędzy obiektem oględzin i dokumentem upatruje w tym, że pierwszy jest sam przez się przedmiotem sporu, drugi—nim nie jest. Wobec tego uznaćby należało, że w procesie wekslowym weksel nie jest dokumentem, testament w sprawie testamentowego dziedziczenia również nie jest dokumentem, a przedmiot oględzin, który sam przez się nie jest przedmiotem sporu i zawiera tylko poszlaki—nie jest przedmiotem oględzin.

Błędem jest dalej określenie, iż oględziny dotyczą tylko współczesnych właściwości rzeczy spornej. Jeżeli A. skarży B.—powiada Kohler—iż ten, przeszedłszy przez płot, wybił szybę w jego domu i ukradł mu paczkę, to sąd obejrzy złamany płot, ślady stóp na śniegu, szybę stłuczoną i z tego wszystkiego powźmie przekonanie o spełnionem przestępstwie. Oględziny mogą być przedsiębrane nie tylko w celu stwierdzenia spornej współczesnej właściwości

dung, sondern richterliche Erkenntnis und Wissenschaft vermittelt". Tej właściwości oględziny nie tracą przez to, że sędzia jest uprawniony i zobowiązany podjąć osobiste spostrzeżenia tam, gdzie ono jest możliwe z urzędu, bez pomocy i iniejaływ stron.

objektu oględzin, ale i pewnego stanu, pozwalającego wnioskować o spełnionej już czynności. Taką przygotowawczą rolę spełnia dokument: celem jego jest przynieść przed oczy sędziego ślad działalności stron.

12. W związku z odrzuceniem oględzin idzie odebranie ekspertyzie cechy środka dowodowego ¹⁰¹⁾.

Heusler rozumuje w ten oto sposób: uznanie działalności sądu z urzędu przy zarządzaniu ekspertyzy jest bezpośrednio związane z uznaniem takiejże inicjatywy przy oględzinach. Z tego związku wypływa ważna teza: co do faktów, dających się poznać za pomocą ekspertyzy, dowodzenie nie może być narzuca-
ne stronom; wniosek o ekspertyzę nie zależy od stron, bo ekspertyza nie jest środkiem dowodowym.

W pojęciu Heuslera idea ekspertyzy, podobnie jak to było z oględzinami, łączy się ze stwierdzaniem współczesnych tylko właściwości przedmiotu. Tymczasem właśnie eksperci dzięki zwiększonej zdolności obserwacyjnej i wiedzy swej spoglądają w przeszłość,

¹⁰¹⁾ Wogóle poruszano sprawę, czy ekspertyza jest nowym dowodem, czy też tylko wyjaśnieniem istniejącego już dowodu (Kohler) przez wyłtamaczenie jego treści, przez udostępnienie sędziemu poznania znaczenia pewnego faktu dla sprawy. Przyznać należy, że ekspertyza jest dostarczeniem nowego dowodu, ale dowodu innej kategorii, nie materialnego, lecz naukowego, równie dobrego, jak i materialny. Oczywiście, sędzia obowiązany jest znać prawo, nie zaś mechanikę, technikę i t. p.; dowodzenia prawno-naukowe nie mają nie wspólnego z dowodzeniem „techniczno-naukowym”. Pierwsze są interpretacją, którą sędzia może według swego uznania odsunąć lub zmienić. Naukowych zaś wniosków ekspertyzy zmieniać nie można, ani też odrzucać, bo są one istotnymi faktami. Rzecz się ma, jak z zeznaniem świadka. Ekspert jest również świadkiem, tylko że nie czerpie on swego zeznania bezpośrednio ze świadka zewnętrznego za pomocą organów zmysłu, lecz ze źródła nauki. Ob. też Planiol op. cit. str. 7 tom II; Żeglicki „Réforme de la procédure civile” str. 25; Schmidt op. cit. str. 503.

z obecnych faktów wnioskują decydująco o zaszłych uprzednio. Z pewnego kierunku strzału ekspert wnioskuje, czy był przypadkowym, czy też umyślnym, stanowi tedy nie o współczesnym stanie rzeczy, ale o fakcie, który zaszedł uprzednio. Jeżeli zaś nie zawrze ekspert wyprowadza swe wnioski o tym co było, to dla tego, iż: a) albo fakt badany nie uległ zmianie w stanie obecnym, czyli wnioski co do chwili obecnej stosują się i do poprzednich; b) albo też wniosek jest zupełnie naturalny i podpada pod kategorię wyprowadzania wniosków logicznych, co jest rzeczą sądu; c) albo fakt w obecnym stanie nie daje dostatecznego materiału do wyprowadzania wniosków o stanie poprzednim; albo, d) nakoniec, nauka nie posiada dostatecznych ku temu środków.

W każdym razie, możemy uważać ekspertyzę za środek dowodowy, konieczny do wyrobienia przekonania sędziowskiego w tych razach, gdy się do niej ucieka.

18. Wpływ zasady kontradiktoryjnej nie kończy się jednak na tym. Naturalnym biegiem rzeczy wyłącza ona ze sfery dowodów te wszystkie fakty, które z samej istoty swojej dają się ująć przez sąd bezpośrednio, a więc twierdzenia na doświadczeniu oparte, fakty publicznie znane, prywatne wiadomości, pewne poszlaki i domniemania, czyli wogóle dowody pośrednie.

Według zasady kontradiktoryjnej, sąd ograniczony jest materiałem podanym przez strony i nie może powoływać się na nowe, skądinąd mu znane. Jeżeli strona powołuje się na pewien fakt, z którego pośrednio wynikają inne fakty, przez nią nie podane, to zachodzi pytanie, czy sąd może korzystać samodzielnie z tych innych wnioskowanych faktów, czy też nie?

Mamy tu oczywisty wypadek zdobywania nowych faktów przez sąd bez woli stron.

Zwolennicy łamania systemu dowodowego zdołali według ogólnej recepty łatwo pogodzić praktyczne z pozornie harmonijnym. Rozumiejąc wagę poszlak w procesie, zwiększających znakomicie materiał wyrokowania, z drugiej strony, widząc, iż zdobywanie go przez sędziego nie zgadza się z czystą postacią kontradyktoryjności, przesunęli poszlaki z działu dowodów—do środków poznania. Rozpatrzenie istoty poszlak przekonywa nas ponownie o fałszywości tego podziału, bowiem trudno mówić o materialnej różnicy pomiędzy poszlakami, i dowodami.

Sędzia może przekonać się o prawdziwości spornego faktu za pomocą poznania przedłożonych mu innych faktów. Ostateczne wnioskowanie z faktów o faktach jest celem pośredniego dowodzenia. Wszystko polega na należytej ocenie prawdopodobieństwa. Ale przecież każdy sąd o prawdziwości twierdzenia jest tylko uznaniem jego prawdopodobieństwa; je dynie ilościowo możemy odróżniać większy lub mniejszy stopień zasadności naszego przekonania. Zatem, pojęciowo niema różnicy pomiędzy dowodem pośrednim z poszlak, i dowodem bezpośrednim. I jeden i drugi ma na względzie wyrobienie sędziowskiego przekonania; pośredni—nie wyrzeka się zadań istotnego dowodu i nie traci charakteru dowodu.

Prócz tego wszelki dowód wywołuje wnioskowanie w umyśle sędziego. Indicium przemawia do jego rozsądku tak samo, jak i zeznanie świadków. Indicium jest środkiem przekonywania, ale środkiem specjalnego rodzaju, takim, który sam musi być uprzednio stwierdzony, a więc sam jest już celem i objektem dowodzenia.

Sprawa przynależności poszlak do szeregu środków dowodowych jest niezmiernie ważną, ze względu na olbrzymi zakres zjawisk, które obejmuje szeroko rozumiane pojęcie poszlak. Kohler zalicza do nich wszelkie poza sądowe przyznanie i te niezliczone wypadki, kiedy na zasadzie zwykłych stosunków życiowych czynione są wnioski o pewnych faktach, a więc domniemania i twierdzenia oparte na doświadczeniu (Erfahrungssätze), czyli t. zw. „dowody sztućzne”.

Prezumpcje opierają się na możliwości istnienia stosunku pomiędzy stwierdzonymi sądownie faktami, i faktami, o których ustalenie chodzi. Domniemania są albo legalne, albo pozostawione wnioskowaniu, czyli działalności sędziego. Art. 1349 Cod. civ. powiada: domniemania, są to wnioski, jakie prawo lub *sędzia* wywodzi z czynu znanego o czynie nieznanym, zaś art. 1353 Cod. Civ. dodaje: Domniemania nie ustanowione przez prawo są pozostawione światłu i roztropności sędziego. ¹⁰²⁾

Ponieważ dzięki prezumpcjom zwiększa się niewątpliwie materiał konieczny do wyrokowania w procesie, a nadto dzięki nim wyrabia się przekonanie sędziego—są więc one dowodem. Dowód zaś ten, jak widzieliśmy, wbrew zasadzie kontradyktoryjnej podejmowany jest bez udziału stron.

Toż samo dotyczy twierdzeń opartych na doświadczeniu. Zwiemy tak ogólne reguły, wyciągnięte z licznych jednorodnych obserwacji, których słuszność niejednokrotnie już była stwierdzona. Orzeczenia te,

¹⁰²⁾ Praesumptio hominis est cum ex ipsius negotii probabilitibus qualitatibus ac circumstantiis aliquid inducitur, et fidem quamdam invenit aliquando majorem, aliquando minorem, donec contrarium probatum aut gravioribus praesumptionibus inductum fuerit (ob. Le Gentil str. 390).

niezależne od poszczególnych wypadków, z obserwacji których są zaczerpnięte, rozciągają swe działanie na wypadki nowe, jeszcze nie znane; naogół nie odpowiada im żadne pod zmysły podpadające zjawisko konkretne. Jest rzeczą obojętną, czy ten, kto wypowiada tego rodzaju twierdzenia, obserwował je osobiście, czy też nie. Nie potrzebuje on być świadkiem faktu, wartość orzeczenia nic na tym nie zyskuje, ani traci. Twierdzenie może pochodzić od każdego, a więc od sędziego bezpośrednio i od strony trzeciej, czyli eksperta. Dwie są drogi, któremi sędzia zdobywa przekonanie: jedna — to bezpośrednia działalność sądu i samodzielne wyrabianie opinii o danej rzeczy, co jest związane z wielkimi trudnościami: dla zbadania np., czy w danej miejscowości istnieje pewien zwyczaj, należałoby przeprowadzić szereg poszukiwań, zebrać liczne świadectwa i t. d.; druga droga — to odebranie gotowych już orzeczeń. Uproszczonej tej pracy sąd dokonywa za pośrednictwem ekspertów. Dowód z ekspertami otwiera ¹⁰³⁾, sądowi poznanie nieznanych mu dotychczas twierdzeń opartych na doświadczeniu, ustalonych przez naukę ¹⁰⁴⁾, twierdzeń, koniecznych do należytego zbadania sprawy.

Okoliczność, że dowód ten nie zawsze bywa podawany przez ekspertów, ale bezpośrednio stosowany przez sąd, nie zmienia charakteru samego dowodu, jako takiego. Różnica wpływa z okoliczności przeważnie przypadkowej, czy dane twierdzenie jest sądowi znane, czy też nieznanie, ewentualnie, czy jest ono notoryczne, czy też nie. Pierwsze—notorycz-

¹⁰³⁾ „L'expertise n'est q'une verre qui grossit l'objet”. Ob. Bonnier „Traité” str. 91.

¹⁰⁴⁾ Nie indywidualne świadectwo. Jak pisał Codruchi (1897 r.) w „Methodus testifiandi”: Medici non sunt proprie testes.

ne ¹⁰⁵)—bez specjalnych badań znane jest nieokreślonymu ściśle kołu osób; drugie zaś tylko pewnej określonej liczbie jednostek, dzięki ich sobistym badaniom.

Proste to wyjaśnienie twierdzeń opartych na doświadczeniu zostało powikłane przez doktrynę. Notoria non egent probatione.

Zasadę, uwalniającą od niepotrzebnego powtarzania bez końca rzeczy skądinąd powszechnie znanych pojęto w ten sposób, że notoryczność zastępuje dowód ¹⁰⁶), czyli samo przez się dowodem w procesie nie jest. Tymczasem, żaden wyrok bez dowodów obyć się nie może. Skąd one pochodzą — mniejsza o to. Wyrok, będąc wyrazem przekonania sądu, jest ostatecznym wynikiem tych pierwiastków, które na przekonanie sędziów działały, a te pierwiastki—to właśnie dowody; w ich liczbie są prezumpcje i twierdzenia oparte na doświadczeniu. Wszystko co może przekonać o istnieniu pewnego faktu, jest tym samym środkiem dowodowym.

Z twierdzeń opartych na doświadczeniu sąd korzysta niezależnie od żądania stron. Prawo daje mu środki samodzielnego dochodzenia ¹⁰⁷) i czyni odpowiedzialnym za ogólny rezultat badań ¹⁰⁸). Niejednokrot-

¹⁰⁵) Por. Endemann „Beweislehre” str. 73; Wetzell „System” § 20 Nr. 3; Wach, „Vorträge” str. 155; Canstein, Zts. f. d. Cpr. II. str. 302.

¹⁰⁶) Ztsch. f. Civ. Prax. t. X str. 127.

¹⁰⁷) Lübeck w „Seuffert's Archiv.” Tom XIX Nr. 232; por. Windscheid „Lehrbuch d. Pandektenrechts” 6 wyd. t. II. § 265¹²; Planck, op. cit. str. 445; Heusler op. cit. str. 265; Wil-mowski-Levy „Kommentar” str. 368, 369⁴.

¹⁰⁸) Ob. Windscheid „Pandekten” t. II, § 265; Lübeck w „Seuffert's Archiv.” t. XIX. Nr. 232; Planck „Lehrbuch d. d. C. Pr.” rok 1887, str. 445; inaczej Engelmann „D. Civ. Pr.” t. I str. 88.

nie jednak sama strona lub ustawa odwołuje się do wiadomości sędziego, do jego doświadczenia. Tak się rzecz ma przy określaniu np. niedbalstwa, które jest zawsze tylko odstępianiem od „normalnej” miary uwagi i pieczy, przy określaniu „diligens pater familias”, we wszystkich zwrotach o naturze interesu, o zwyczajach handlowych, o dobrej wierze, słuszności i t. p.

Wynika stąd, że wyłączenie twierdzeń opartych na doświadczeniu i prezumpcji z dowodów i odesłanie ich do szeregu „środków poznania” jest bijącym w oczy „naciąganiem”. Na cóż sądowi poznawanie rzeczy, znanych doskonale, platoniczne poznanie własnych domniemywań, o ile na ich podstawie nie ma on decydować sporów o prawa.

Wszelkie poszlaki należą do dowodów; ale z zasadą kontrydiktoryjną godzić się nie mogą.

14. Oprócz w ten sposób wykształconych źródeł dowodu istnieją szeregi innych, bezpośrednio oddziaływających na przekonanie sądu, a przecież nie podawanych przez strony, dochodzących do wiadomości sądu bez żadnego ich współdziałania. Istnienie tych źródeł zmusiło Szmida¹⁰⁹⁾ do uznania za nieureczywistnialną taką zasadę kontrydiktoryjną, któraby zasadniczo zezwalała na korzystanie przez sąd tylko z faktów dostarczonych przez stronę, a więc wyłączała wszelkie spożytkowanie wiadomości znanych sędziemu prywatnie.

Prywatnie poznane fakty są przedmiotem indywidualnego postrzegania. Rozróżniamy przytym dwie serje dowodów: jedna—takich, które dochodzą do wiadomości sędziego tylko na drodze prywatnej, czyli niezależnie od działalności urzędowych, a przytym

¹⁰⁹⁾ „Lehrbuch d. Civ. Pr. R. 1898 r. str. 353.

wyłącznie do ich wiadomości dzięki szczególnemu zbiegowi okoliczności, np., ze specjalnego ułożenia wzajemnych stosunków strony i sędziego i t. p., druga—takich, które wprawdzie są sędziom znane prywatnie, ale nie stanowią ich wyłącznej własności, przeciwnie, znane są powszechnie całemu „ogółowi”. Co się tyczy pierwszej serji wypadków, to w nich rola sędziego spotyka się wyraźnie z rolą świadka.

Że zaś świadek podlega kontroli sądu, a role kontrolującego i kontrolowanego bezpośrednio godzić się nie mogą, więc w tym wypadku sąd nie może korzystać ze swych niedających się skądinąd obiektywnie potwierdzić faktów, nie ze względu na to, że dowód nie pochodzi od strony, ale ze względu na niemożliwość kumulacji roli sędziego i świadka. Bo gdyby sędzia, korzystając ze swych wiadomości, mógł czy to przez powołanie obcego świadka, czy w inny sposób dostarczyć sprawie obiektywnego dowodu, nieby racjonalnie nie stało na przeszkodzie w korzystaniu zeń, pomimo że został dostarczony nie przez strony.

Inaczej rzecz się ma, gdy w grę wchodzi wiadomości powszechnie znane. Rola sądu, stosującego przy wyrokowaniu fakty znane mu pomimo działalności stron w procesie—jest zupełnie różną. Tu—rzecz najważniejsza, czy kontrola zgodności dowodu uwzględnionego przez sąd z dowodem istotnie podlegającym uwzględnieniu, t. j. z dowodem „powszechnie znany” — jest zapewniona, czy też nie. Nic łatwiejszego, jak w razie podania w wątpliwość uczciwości korzystania przez sąd z dowodów „powszechnie znanych” zarządzić stwierdzenie ich treści najinnej drodze dłuższej i bardziej zmuśnej, za pomocą świadków dokumentów i t. p., bo tu sędzia nie będzie jedynym (jako się działo w wypadku poprzednim) źródłem wiadomości, z którego prawdę czerpać można.

Takie „powszechnie znane” rzeczy nie stale jednakowe posiadają cechy; są zmienne co do czasu, miejsca i koła ludzi, w których cechę powszechności posiadają. Rzecz ogólnie znana przed stu laty, może już dziś nie być wszystkim znana; wypadek znany w danem mieście jest nieznanym w innym; rzeczy znane w sferze np. przyrodników, np., śmierć jakiegoś botanika może być nieznaną wśród rzemieślników. W każdym razie, jak widzimy, niema tu mowy o wiadomościach czysto indywidualnych.

Stein prowadzi podział rzeczy „powszechnie znanych” na: a) takie, które wyłącznie tylko sądowi są znane; b) takie, które są znane jednocześnie i poza sądem. Zakres tych ostatnich jest niezmiernie szeroki. Przekonanie sędziego może być na nich oparte równie dobrze, jak i na dowodzie podanym przez strony. O wiele węższe koło faktów, przecież bardzo często stosowanych w praktyce, określa pojęcie t. zw. wiadomości sądowych (Gerichtskundige); należą tu wszystkie akty zdziałane urzędownie przez tegoż rozpoznającego sprawę sędziego, albo też fakty z urzędu przezeń obserwowane, a ze względu na swój charakter mogące się stać powszechnie znanymi.

Zachodziła początkowo wątpliwość, czy znajomość danego faktu ma posiadać sędzia, ewentualnie sędziowie, czy też sąd. Zdaniem Steina tylko sędziowie, bo tylko sędzia może znać swoje własne czynności. Strona, podając mu dowód, iż fakt przez nią powołany istotnie zaszedł, musiałaby składać sędziemu jego własne o tym świadectwo.

Niemówność pogodzenia zasady kontradyktoryjnej z istotą dowodu przejawia się tu zupełnie wyraźnie. Uznają to nawet jej zwolennicy. Jak wiadomo, zasada kontradyktoryjna w związku z dyspozycyjną nakazuje zaniechania wszelkiego dowodzenia faktów

przyznanych przez procesujące się strony. Sprawa przyznania jest w zastosowaniu do faktów powszechnie znanych dość ważną. Fakty bowiem przyznane mogą być nie tylko bezpośrednimi dowodami, ale i poszlakami, umożliwiającymi przekonanie się o innych zaszłych faktach. Wyjaśnienie wątpliwości, czy jednomyślność stron ma obowiązujące dla sądu znaczenie, zależy od tego, czy sędzia ma obowiązek wpierw dowiedzieć się, azali fakt jest spornym, a dopiero potem, czy pomimo swej sporności fakt nie potrzebuje dalszego dowodzenia,—czy też sędzia ma wpierw pytać, azali fakt wogóle wymaga dalszego dowodzenia, a potem dopiero, czy w danym wypadku jest on spornym. Niewątpliwą jest rzeczą, że tylko to ostatecznie rozstrzygnięcie ma rację bytu, bo pod uwagę bierzemy zawsze najprzód znaczenie faktu; a potem dopiero jego sporność. Tedy w procesie „powszechna znajomość” pewnego faktu wyłącza istotne lub zmyślane jego przyznanie.

VI

Niekonsekwencje prawodawcze pod wpływem kontradyktoryjności.

15. Prócz zarzutu złamania wewnętrznej jednolitości systemu dowodowego, inny nie mniej ważny dotyka zasadę kontradykcyjną, ten mianowicie, iż jest ona niezdolną do konsekwentnego przeprowadzenia w procesie swych postulatów. Powołamy się w tym względzie na źródło najkompetentniejsze, na prawodawstwa obowiązujące, które w historycznym doświadczeniu wyrobiły ciekawy łańcuch „wyjątków”, dostatecznie rujnujących proponowaną przez doktrynę jedność, a tak niezgodnych z ogólnymi zasadami i duchem prawodawstwa. Te „wyjątki” przekonywają dowodnie o niedostateczności zasady kontradyktoryjnej, ustępującej musowo co krok miejsca przeważnemu; słusznie dominującemu stanowisku zasady śledczej.

Zasada śledcza występuje miast kontradyktoryjnej wszędzie tam, gdzie strony nie posiadają w wyjaśnieniu danych faktów żadnego bezpośredniego interesu. Przedewszystkiem podlega jej cały szereg przedmiotów, potrącających o interes państwowy, a właściwie za takie przez ustawę uznanych. Tu zazwyczaj zaliczane bywają sprawy o ważność małżeństwa

i rozwód¹¹⁰⁾. Tak np., w kodeksie niemieckim z 1877 roku według § 631, 632, 634, 635 przy rozwodzie za zgodą obustronną lub bez niej, sąd z urzędu musiał sprawdzać istnienie prawnych domniemań, umożliwiających rozwód. Również z urzędu przystępuje sąd do rozważenia faktów, od których zależy rozstrzygnięcie pytań wstępnych w procesie, a mianowicie, czy zachowane są koniecznie wymagane przez ustawę warunki procesowe¹¹¹⁾. W niektórych znów wypadkach sąd bierze zamiast strony w swoje ręce całkowitą działalność w procesie i rozporządza do woli zarówno zbadaniem istotnie ważnych faktów, jak i korzystaniem z tych lub innych środków dowodowych. Tak się rzecz ma np., w sprawie o przywrócenie małżeństwa, jeżeli skarga skierowana jest przeciw osobno żyjącemu i zbiegłemu małżonkowi, który się rozmyślnie nie broni, aby przez stwierdzenie ucieczki zdobyć materiał do przyszłej skargi o rozwód i t. p. Sąd uwzględnia tu z urzędu fakty nie podane przez strony, przyznane przez nie, albo nie zaprzeczane wcale, nakoniec, zarządza zebranie dowodów (świadców, dokumentów i t. d.), bez prośby stron¹¹²⁾.

Nie jest naszym zamiarem wyczerpać nieskończenie wielki materiał „wyjątków”. Wybieramy ich wiązanke, która, choć nie zupełna, wykaże całą monstrualną niekonsekwencję zasady kontradyktoryjnej.

16. Sąd ma prawo skierowywać do stron żądania o uzupełnienie brakujących i wyświetlenie niejasnych danych. Sędziowskie prawo zadawania pytań ma na celu nie tylko zbadać wiarogodność twierdzeń stron, ale i dostarczyć materiału procesowego, usunąć kosztow-

¹¹⁰⁾ Ob. Schulte, „Eherecht” str. 451—453; 465—471.

¹¹¹⁾ Schmidt, op. cit. str. 330.

¹¹²⁾ CPO. z 1877 r. art. 568, 577, 581.

ne i długotrwałe postępowanie dowodowe, uniemożliwić liczne, a prawie zawsze niesprawiedliwe wyroki, nie oparte na rzeczywistych faktach ¹¹³⁾. W rzymskim i kanonicznym procesie sędzia mógł szeroko korzystać z prawa zadawania pytań: „*Iudices oportet imprimis rei qualitate plena inquisitione discutere ex tunc utramque partem saepius interrogare num quid novi addere desideret*” ¹¹⁴⁾. Jak świadczy Ulpian, strona zapytana musiała odpowiadać zarówno na pytania strony, jak i na stawiane z urzędu pytania sędziego. *Interrogatum non solum a praetore accipere debemus, sed et ab adversario* ¹¹⁵⁾.

Prawo francuskie nie odejmuje sędziemu możności zarządzania „*interrogatoire*” z urzędu. Wprawdzie, według ogólnej zasady kontradiktoryjnej, art. 325 C. Pr. Civ. powiada: zapytania nie będą mogły być nakazane, tylko na podaną notę (*requête*), jednak sądowi zawsze wolno zarządzić z urzędu osobiste stawienie stron (*comparution personnelle*). Utrzymywano również, że *interrogatoire sur faits et articles* jest wzbronione trybunałom handlowym. Błądność tego mniemania wykazuje Glasson, dowodząc, iż przeciwnie, art. 428 C. de Proc. dozwala na zapytania i na zarządzenie osobistego stawienia się według uznania

¹¹³⁾ Ob. Wach „*Vorträge*” str. 54; Canstein op. cit. str. 42, 43; Verch. des IX d. Jur. T. III str. 287; Schneider „*Über richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im C. Pr.*” str. 103 i nast.; Bar „*Recht und Beweis*” str. 146; Arch. f. Civ. Prax. t. 39 str. 273.

¹¹⁴⁾ Ob. L. 9 C. de iud. 3, 1; C. 10. X. de fide inst. 2, 20; por. Endemann „*Das Princip d. Rechtskraft* (1860) § 2, 11.

¹¹⁵⁾ Ulp. lib. XXII ad Edict.; Dig. lib. XI. tit. I. lex IX in. Prin.

trybunału. Boitard ¹¹⁶⁾ powiada: strony w dniu oznaczonym winny się stawić przed trybunałem na posiedzeniu publicznym; każdy z sędziów może je wypytywać o wszystkie fakty sprawy i na zasadzie tych zeznań osobistych wyrobić sobie prawdziwe o rzeczy pojęcie. Treść zapytań nie jest stronom uprzednio komunikowana. Niektórzy (obacz Dalloz) wnioskują z brzmienia art. 324, jakoby trybunały wogóle nie mogły nakazywać z urzędu zapytań. Jednocześnie łączą swój wniosek uznaniem, że nieprawidłowość tę pokrywa stanowczo brak opozycji ze strony pytanego.

Za pomocą interrogatoire sąd może przystąpić do zbadania pism w wypadku przewidzianym przez art. 195 i 196 ¹¹⁷⁾.

Również proces pruski, jakkolwiek wyłączono zeń całkowicie niemal zasadę śledczą, utrzymał w szerokim zakresie prawo stawiania pytań przez sąd ¹¹⁸⁾.

Proces hanowerski (§ 111), badeński (§ 276—281); bawarski (§ 153 — 156), wirtemb. (§ 201 — 203 212), projekt pół-niem., proj. austrj. z 1870 r. ustawa austriacka z 1876 (§ 214) uznawały prawo stawiania pytań z urzędu. Niektóre z powyższych ustaw np., bawarska (§ 279—280) posiadały w tym celu osobne nawet postępowanie incydentalne.

Procedura rosyjska (art. 361 i 335) nadaje prezesowi sądu prawo czynienia stronom zapytań, zmierzających do zupełnego wyjaśnienia sprawy. Prawo to służy również sądowi podczas badania świadków (art. 401).

¹¹⁶⁾ „Leçons de proced. civ.” X wyd. t. I str. 209, 496; ob. też art. 119 C. de Pr. Civ.

¹¹⁷⁾ Dalloz „Gén. Jurisprud.” uw. ad art. 195, 196.

¹¹⁸⁾ Koch „Das preuss. Prozessrecht § 274. Ob. też Dalloz op. cit. str. 88¹⁻².”

Prócz tego, według art. 1633 w sądach handlowych okręgu warszawskiego sąd może według własnego uznania powoływać strony w celu osobistego ich przesłuchania na posiedzeniu, albo w sali obrad.

Nowa ustawa austriacka (§ 371) pozwala przeprowadzić dowód z wysłuchania stron na wniosek, lub z urzędu, oczywiście, w wypadkach przez prawo nie wyłączonych. Zeznania stron mogą tu być oddawane nawet pod przysięgą, co im ma udzielić szczególnej mocy. Drogą inkwizycyjną — powiada Wesselsky ¹¹⁹⁾ sąd dowiaduje się z ust strony o faktach których dotychczas nie znał. Ta inicjatywa sądu i specjalny charakter zeznań, stwierdzanych w razie potrzeby nawet przysięgą, wybitnie różni się od samodzielnego nieusankcjonowanego oświadczenia stron.

Co się tyczy świadków, to ich powoływanie i odbieranie zeznań nie jest wyłącznym prawem stron.

Trybunał może wezwać świadków z urzędu, ¹²⁰⁾ ale z drugiej strony nie jest on do tego obowiązany, o ile uważa inne dokumenty za wystarczające ¹²¹⁾. Sędzia zawsze może nakazać ponowne badanie, jeżeli w pierwszym spór przedstawił się w nowej postaci ¹²²⁾.

Zasady powyższe potwierdza postanowienie franc. proc. cywilnej. Art. 34 powiada, iż, jeżeli strony nie

¹¹⁹⁾ „Formelle Wahrheit” str. 31.

¹²⁰⁾ Garsonnet „Précis” str. 547. La partie qui mise ainsi en demeure de produire ses témoins s'y refuserait ou tarderait à le faire, s'exposerait à voir rejeter ses allégations comme non avenues, et les faits par elle affirmées comme inexistants. Jak widzimy, zasada śledcza występuje tu w formie kontradiktoryjnej.

¹²¹⁾ Bonnier „Traité théorique et pratique des preuves en dr. civil et en dr. crim.” Paris 1888 str. 235. Cass. 20 I. 86.

¹²²⁾ Bonnier op. cit 235, 6.

zgadzają się na czyny, mogące być przez świadków stwierdzone, a sędzia pokoju uznaje sprawdzenie za użyteczne i dopuszczalne, to nakaze on dowód i oznaczy dokładnie jego przedmiot.

Sąd może nakazać badanie z urzędu w tym nawet wypadku, kiedy strony są zgodne co do samych faktów; zdarza się to zwłaszcza, kiedy brak innego materiału do rozstrzygnięcia sprawy ¹²³⁾. Jakkolwiek postanowienie o zbadaniu świadków ma wskazywać przedmiot samego badania, to jednak brak tej wskazówki nie powoduje nieważności postanowienia.

W art. 37 powiedziano: po zeznaniu będzie mógł sędzia na domaganie się stron a nawet z urzędu czynić świadkom przyzwoite zapytania. Ar. 254 przeprowadza jeszcze ogólniejsze postanowienie, a mianowicie, że trybunał będzie mógł nakazać z urzędu dowodzenie czynów, zdających się być stanowczymi, jeżeli ustawa tego nie zabrania ¹²⁴⁾.

Jeżeli jedna ze stron opiera swą obronę na pewnych faktach, których nie ofiarowuje się przedstawić, to sędzia może z urzędu nakazać dowód ze świadka ¹²⁵⁾. Sądy mogą też nakazać dowodzenie faktów, zdolnych wyrobić w sądzie przekonanie. W ten sposób może się odbyć badanie z urzędu nie tylko nowych nie podanych jeszcze faktów, ale i powtórne rozpatrzenie prawdziwości raz już przedstawionych przez strony ¹²⁶⁾. Według art. 273 sędzia delegowany będzie mógł bądź z urzędu, bądź na domaganie się

¹²³⁾ Dalloz „Enquête” w „Jurispr. Génér.” str. 644.

¹²⁴⁾ Ob. 20. IV. 1868. D. P. 63. I. str. 163.

¹²⁵⁾ Bordeaux 23. V. 1829. Ob. „Jur. Gen.” „Obligation” 4618; „Lonage” 292.

¹²⁶⁾ Bruxelles 26. V. 1819; Paris 29. V. 96. D. P. 96. 2. 96. Ob. też Glaxson op. cit. tom I. str. 569.

stron, lub jednej z nich czynić świadkowi zapytania, jakie uzna za stosowne do wyjaśnienia jego zeznań.

Procedura rosyjska nie zabrania również powołania świadków przez sąd z urzędu; pozwala na zadawanie pytań świadkom (art. 408) w ten sam sposób, w jaki to czynić mogą strony t. j. względem czynów, których wyjaśnienie sąd uważa za potrzebne.

Ustawa austriacka wyraźnie nadaje sądowi w osobie przewodniczącego (§ 183^o) prawo „zawezwać do świadczenia osoby, po których, uwzględniając treść skargi, albo odbytej rozprawy, można się spodziewać wyjaśnienia faktów stanowiących”.

17. W zakresie dowodu z dokumentu, prawodawstwa udzielają stronom bezpośredniego poparcia sądu przy wydostaniu dowodu przez danie im odpowiednich świadectw, iż pewien dokument jest istotnie do sprawy potrzebny (art. 452 proc. rosyjskiej). Nie jest to prosta formalność, ale rzeczywisty współdział sądu, który może odrzucić żądanie strony, jeżeli z przedstawionego stanu rzeczy wywnioskuje, że albo dokument nie wywiera wpływu na osądzenie sprawy, albo też sprawa jest dostatecznie wyjaśnioną na mocy już przedstawionych dowodów ¹²⁷⁾. Udział sądu zdarza się najczęściej, gdy dokument złożony jest u władzy publicznej. Austriacka procedura nakazuje w takim wypadku przewodniczącemu bezpośrednio starać się o sprowadzenie dokumentu, zaznaczając, że strona nie będzie w stanie uzyskać wydania lub przedłożenia

127) Wyr. kas. dep. sen. z 1868 r. Nr. 650;
z 1869 roku Nr. 514, 1104;

20. X. } 1873
1. XI. }

Ob. też Sistem. Sbornik, Dumas Nr. 756. 787.

Ob. też Nowakowski op. cit. t. II, str. 181.

zgadzają się na czyny, mogące być przez
stwierdzone, a sędzia pokoju uznaje spra
użyteczne i dopuszczalne, to nakaże on dowód
dokładnie jego przedmiot.

Sąd może nakazać badanie z urzędu v
wet wypadku, kiedy strony są zgodne co d
faktów; zdarza się to zwłaszcza, kiedy bra
materiału do rozstrzygnięcia sprawy ¹²³). Ja
postanowienie o zbadaniu świadków ma w
przedmiot samego badania, to jednak brak t
zówki nie powoduje nieważności postanowienia

W art. 37 powiedziano: po zeznaniu
mógł sędzia na domaganie się stron a nawet
du czynić świadkom przyzwoite zapytania. A
przeprowadza jeszcze ogólniejsze postanowienie,
nowicie, że trybunał będzie mógł nakazać z
dowodzenie czynów, zdających się być stanów
jeżeli ustawa tego nie zabrania ¹²⁴).

Jeżeli jedna ze stron opiera swą obronę na
nych faktach, których nie ofiarowuje się przed
to sędzia może z urzędu nakazać dowód ze s
ka ¹²⁵). Sądy mogą też nakazać dowodzenie fa
zdolnych wyrobić w sądzie przekonanie. W ten sp
może się odbyć badanie z urzędu nie tylko na
nie podanych jeszcze faktów, ale i powtórno re
trzenie prawdziwości raz już przedstawionych p
strony ¹²⁶). Według art. 273 sędzia delegowany
dzie mógł bądź z urzędu, bądź na domaganie

¹²³) Dallor „Essays” - Jurispr. Gén.

¹²⁴) Ob. 30. IV. 1888 U. P. 23. I. 1.

¹²⁵) Erdmann 23. 2. 1888.

4618. „Lewy” 23.



tegoż (dokumentu), jeżeli sama bezpośrednio o to (wydanie) kroki będzie czyniła (§ 301).

Działalność w tej mierze sądu według procedury rosyjskiej jest skromniejsza; i tu jednak samodzielne zażądanie przez sąd wydania mu dokumentu (miast udzielenia stronom odpowiedniego świadectwa na prawo wydobywania) nie wpływa na bieg sprawy i nie powoduje kasacji wyroku ¹²⁸⁾.

Nowa procedura niemiecka ogranicza współdziałanie sądu do tych wyraźnie aktów, które bez sądu nie mogą być (§ 432) wydobyte od władz publicznych.

Współdziałanie sądu ujawnia się nadto przy dostarczaniu dokumentów, znajdujących się w ręku przeciwnika i osób trzecich.

Procedura nie ustanawia go otwarcie, praktyka przecie sądowa ustaliła, iż sąd nie może nie rozpatrzyć podania strony, żądającej dokumentu od przeciwnika, ¹²⁹⁾ a tym samym, nie zadowolili podania, o ile je uzna za słuszne. Toż samo stosuje się do wypadku przewidzianego w art. 445 ustawy rosyjskiej, kiedy dowód znajduje się w ręku osoby trzeciej ¹³⁰⁾. Według wyroków senatu odmowa ze strony sądu spowodować może kasację ¹³¹⁾.

Wyraźnie wypowiada się w tym względzie C. P. O. niemiecki (art. 425); daje on sądowi prawo nakazać przeciwnikowi złożenie znajdującego się w jego posiadaniu dokumentu. Zupełnie tak samo brzmi § 303 proc. austriackiego: sąd może w formie uchwały rozkazać przeciwnikowi złożenie dokumentu.

¹²⁸⁾ Sbornik riesz. graż. kas. diep. za rok 77 str. 256; 75 r. str. 764; 70 r. str. 1881.

¹²⁹⁾ Op. cit. rok 74 str. 816.

¹³⁰⁾ Op. cit. rok 85 str. 32; rok 68 str. 862.

¹³¹⁾ Ob. Nowakowski op. cit. t. I str. 158.

Co się tyczy dokumentu, będącego w ręku osoby trzeciej, to procedura austriacka (§ 308) daje sądowi moc rozkazania tej trzeciej osobie, aby złożyła dokument. Dzieje się to w razie, jeżeli osoba trzecia według przepisów prawa cywilnego jest obowiązana do wydania dokumentu, albo w razie, jeżeli treść dokumentu czyni go wspólnym aktem powołującego się na dowód i osoby trzeciej (§ 354).

Oczywistym jest, że pomoc sądu w udowodnieniu twierdzeń strony w zbieraniu dokumentów, usuwa zasadę wyłączności jej starań w tym kierunku. Skutkiem tego, sąd opiera swój wyrok nie tylko na dokumentach przedstawionych mu przez strony, ale także na aktach, do których złożenia używa swej powagi.

Zgodnie z art. 15 kod. handlowego francuskiego przedstawienie ksiąg może być nakazane przez sędziego nawet z urzędu, w celu wypisania z nich tego, co dotyczy sporu. Postanowienie obejmuje przedewszystkim księgi obowiązkowe; co zaś do ksiąg pomocniczych, to według Lyon-Caena ¹³²⁾, przedstawienie ¹³³⁾ ich może być również nakazane z chwilą ustalenia faktu, że handlujący je prowadzi. Sąd może nakazać przedstawienie ksiąg handlującemu nawet po 10 latach, o ile ten książki zachował. Art. 14 kod. handlowego zaznacza, iż komunikacja ksiąg i inwentarzy nakazaną być może przez sąd w sprawach dotyczą-

¹³²⁾ Lyon-Caen „Manuel de droit Commercial” VII wyd. str. 271.

¹³³⁾ Albo sędzia każe sobie przynieść księgi, albo sam udaje się do kupca w celu ich zbadania, albo każe dostarczyć księgi do kancelarii trybunału.

Ob. Thaller „Traité élémentaire de droit commercial” 2 w. N^o 212; Lyon-Caen op. cit. str. 270.

cych spadku, wspólności podziału spółki i w przypadku upadłości ¹³⁴⁾.

Ogłędziny, jak widzieliśmy powyżej, według świadectwa doktryny mogą być przedsiębrane z urzędu ¹³⁵⁾. Heusler ¹²⁶⁾ powiada, iż sędzia we wszystkich wypadkach, w których ogłędziny są stosowalne może je zarządzić z urzędu i to nie ze względów celowości, ale wewnętrznej ich konieczności. Sędzia bowiem ma za zadanie najdokładniej zbadać rzeczową stronę procesu. Jeżeli treść dowodów wskazuje konieczność bezpośredniego postrzegania zmysłowego, to sędzia byłby w niezgodzie ze swym obowiązkiem, żądając od strony wskazania środka i drogi do zbadania wątpliwości. Oczekiwać wniosku strony co do ogłędzin — znaczyłoby domagać się od strony, aby ta zmuszała sędziego do wykonywania ciężących na nim obowiązków. Prawodawstwo najzupełniej potwierdza wnioski i wyniki rozumowań teoretycznych. Dawny niemiecki C. P. O. powiada (§ 135): sąd może nakazać przedsięwzięcie ogłędzin.

Według art. 295 proc. franc., o ile prawo nie nakazuje prostej relacji biegłych, jak to bywa naprzykład w wypadku unieważnienia sprzedaży nieruchomości z przyczyny, że strata wynosi więcej niż $\frac{7}{12}$ wartości (art. 1678), sąd może zarządzić ogłędziny z urzędu. Zważyć należy, że ograniczenie powyższe zapożyczone z ordonansu 1667 roku ¹³⁷⁾ uczynione było wyłącznie w celu zapobieżenia nadużywaniu środka

¹³⁴⁾ Ob. też Nowakowski op. cit. (§ 449) t. II. str. 160. Ob. Bonnier „Traité” N° 780; Loubers op. cit. str. 140; por. art. 449 ustawy post. cyw. rosyjsk. i art. 529 t. XI zbioru praw.

¹³⁵⁾ Inaczej Waoh.

¹³⁶⁾ Op. cit. str. 256.

¹³⁷⁾ Boitard op. cit. str. 480; Glasson op. cit. t. I str. 611,

ogłędzin przez sądy, bezpośrednio zainteresowane w ich podejmowaniu. Każde bowiem ogłędziny sprowadzały liczne zyski do kieszeni sędziowskich. A więc argument ograniczenia był czysto praktyczny, nie wynikający z istoty instytutu ogłędzin, nadto chwilowy — dziś zastosowania już racjonalnego nie mający.

Art. 41 proc. franc. pozwala sędziemu pokoju zarządzać ogłędziny w obecności stron.

Art. 119 rosyjskiej procedury stanowi, iż obejrzenie miejscowości odbywa się na żądanie jednej ze stron, albo z urzędu według uznania sędziego. W tym samym duchu wypowiada się art. 507. Sąd nie jest obowiązany rozporządzić ogłędzin na żądanie strony. Ocenę tego, czy dana czynność jest potrzebną, czy też nie, prawo pozostawia sądowi.

§ 368 proc. austrijskiej stanowi, iż na wniosek lub z urzędu może sąd dla wyjaśnienia rzeczy zarządzić ogłędziny. W razach, kiedy rzecz podlegająca ogłędzinom znajduje się w posiadaniu przeciwnika lub w przechowaniu u władzy publicznej lub rejenta, sąd zapewnia stronie w wydostaniu poszukiwanej rzeczy swój współudział według przepisów § 301, 303—7, dotyczących złożenia dokumentu.

Zasady stosowane do ogłędzin wspólne są również dowodowi ze znawców. Jeżeli sędzia ma obowiązek z urzędu podjąć ogłędziny rzeczy, dającej się jeszcze postrzegać (Wahrnehmbares), to ma również obowiązek przywołać z urzędu biegłych w wypadku, gdy mu brak odpowiednich wiadomości, do wyrobienia sobie należytego o rzeczy zdania. Wszyscy się zgadzają — powiada Heusler ¹³⁹⁾—że strona, podając szczegóły pewnego wypadku, nie ma obowiązku tłumaczyć sędziemu, że powinien on postarać się o nale-

¹³⁹⁾ Op. cit. str. 261.

żyte zrozumienie opowiadanego zdarzenia. Sąd nie może się bronić tem, że zasada kontradiktoryjna nie zmusza go do rozumienia rzeczy niejasnych dlań bez udziału znawców. Dowody z oględzin i ze znawców muszą być koniecznie przedsiębrane z urzędu ¹³⁹⁾. Już w Rzymie stosowano zasadę, że przy regulowaniu granic sądzia winien posyłać na miejsce geometrów (mensores) ¹⁴⁰⁾.

Ekspertyza według procedury francuskiej może być proponowana przez jedną ze stron, jednak trybunał ma zupełną możność zgodzić się na nią, lub jej odmówić, o ile oczywiście, nie zachodzi wypadek uznania przez prawo ekspertyzy za konieczną (art. 302 C. pr. civ.) ¹⁴¹⁾. Nadto trybunał zawsze może nakazać ekspertyzę z urzędu, bez względu na przedmiot procesu (art. 369). Trybunał może nakazać ekspertyzę nawet pomimo oświadczenia stron, że inne środki wystarczą do stwierdzenia faktu, będącego przedmiotem sporu; zaś w wypadku, kiedy obie strony zgadzają się na przeprowadzenie ekspertyzy, sąd może ich żądanie odrzucić ¹⁴²⁾.

Wrazie, jeżeli sędziowie nie znajdują w raporcie biegłych dostatecznych wyjaśnień, mogą nakazać z urzędu powtórna ekspertyzę ¹⁴³⁾ (art. 322), władza sądu jest

¹³⁹⁾ Ob. Endemann „Beweislehre” str. 84, 247—249; tenże „Deutscher Civilprozess” § 185; Wetzell op. cit. § 44 nr. 5a, 17; Koch „Prozessrecht” § 266 (N. 2. 3), § 277. I; Ullmann op. cit. str. 63, 85; Kasserer VIII str. 69. por. też Boitard op. cit. t. I. nr. 511; Schlink „Commentar” t. III 401, 402 i Code de proc. § 296; ustawa hanowerska § 200, 281; badeńska § 488, 507; wirtemb. § 205; bawawarska § 396, 433; projekt niemiecki (z 1874) § 129.

¹⁴⁰⁾ L. 8, § 1. D. Fin. reg.

¹⁴¹⁾ Np. w wypadkach art. 824 C. Civ.; 1678, 1747 C. C.

¹⁴²⁾ Cass req. 5. IV. 75.

¹⁴³⁾ Dalloz Jur. Gén. „Expert” 297.

dyskrecjonalna ¹⁴⁴). W tym wypadku ustawa nie pozostawia stronom prawa obierania nowych biegłych zamiast wyznaczonych przez trybunał; wybiera więc sąd. Art. 305 dobitnie stwierdza czynny udział sądu w zdobywaniu dowodu przez biegłych. W razie gdyby strony nie mogły się zgodzić na osobę eksperta, zamianuje go sam sąd z urzędu. W razie wyłączenia przez stronę jednego z biegłych, mianowanie nowego nastąpi na zasadzie wyroku sądu z urzędu.

Art. 42 czyni sędziów pokoju niezależnymi w wydawaniu decyzji, co do potrzeby opinii biegłych ¹⁴⁵).

§ 404 proced. niemieckiej pozostawia uznaniu sędziego mianowanie biegłych i określenie ich ilości, idąc pod tym względem dalej, niż proces francuski. Podobnie jak i ten ostatni, w razie konieczności zarządzenia nowej ekspertyzy, proces niemiecki stawia mianowanie biegłych w zależności od sądu (§ 412).

Według ustawy rosyjskiej (art. 122) sędzia pokoju na skutek żądania jednej ze stron lub z własnego uznania może zażądać opinii biegłych co do przedmiotu, którego ocena wymaga specjalnych wiadomości. Wyznaczenie biegłych, o ile strony nie mogą dojść do porozumienia, należy do sędziego (art. 123).

Normy powyższe stosują się również i do sądów ogólnych. Art. 515 głosi: sąd na żądanie strony lub z urzędu, według własnego uznania może zarządzić opinię biegłych. W jurysprudencji senatu zachodziły pewne wachania. W r. 1867 senat ¹⁴⁶) uznał, że sąd może bez wniosku stron nakazać opinię biegłych w celu oszacowania wartości robót wykonanych; później w 1872 roku, departament kasacyjny ¹⁴⁷), wychodząc

¹⁴⁴) Op. cit. 299 i 92.

¹⁴⁵) Op. cit. 350.

¹⁴⁶) Sistem. Sb. Dumas. Nr. 924.

¹⁴⁷) Op. cit. Nr. 923.

z zasad procesu kontradiktoryjnego, odmówił sądowi prawa zarządzenia opinii biegłych w celu określenia dochodzonej wartości przedmiotu. Zdanie to wkrótce upadło, jak świadczy wyrok z 29. III. 73 r. ¹⁴⁸⁾.

W razie konieczności uzupełnienia lub wyjaśnienia opinii, sąd może z urzędu zarządzić nową ekspertyzę (art. 526), bez względu na żądanie stron ¹⁴⁹⁾.

Sąd wogóle obowiązany jest żądać opinii ekspertów, jeżeli, według własnego jego uznania, ekspertyza może mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy ¹⁵⁰⁾.

Nakoniec, procedura austriacka z 1895 r. poleca sądowi (§ 351) ustanowienie jednego lub kilku biegłych natychmiast po wysłuchaniu zdania stron, kogo należy mianować. Sąd może wyznaczyć innych biegłych. Działalność sądu jest tak dalece niezależna od stron, że choćby nawet obie strony zgodnie rzekły się opinii biegłych, ofiarowawszy ją poprzednio, to zrzeczenie takie w niczym nie narusza (§ 363) upoważnienia przewodniczącego do zarządzenia ekspertyzy z urzędu na zasadzie § 183.

18. Zrobiliśmy krótki przegląd punktów, nie podlegających zasadzie kontradiktoryjnej w zakresie dowodów.

W systemach prawodawczych znajdujemy wymienione jeszcze dwa, przez nas nieuwzględnione, środki dowodowe, mianowicie przysięgę i przyznanie. Pominęliśmy je umyślnie.

Pomimo bowiem, że niektóre procedury stawiają przysięgę wyraźnie w szeregu dowodów, jednak przy

¹⁴⁸⁾ Sborn. Knirina t. II, Nr. 421. Ob. też Nowakowaki op. cit. II, Nr. 671. Ob. też wyroki z 78 r.—Nr. 82; z 74 roku—Nr. 698.

¹⁴⁹⁾ Ob. Nowakowaki op. cit. t. II str. 226.

¹⁵⁰⁾ Op. cit. str. 225.

obecnym stanie nauki i najmniej nawet postępowych pojęć społecznych, o przysiędze, jako o dowodzie, mówić nie podobna. Możliwy jest tylko dowód racjonalny. Przysięga zaś nie wpływa na wyrobienie przekonania sądu o faktycznym stanie rzeczy. Jest ona według Wendt'a—surogatem dowodu¹⁵¹). Z całą słuszością powiedzieć można, iż przysięga *sastępuje* dowód, różni się odeń głęboko w swych bezpośrednich celach i naturze. Miał przekonywać—formalnie rozcina ona wątpliwości; jest to *remedium expediendarum litium*. Miał rozwidniać mroki i w ciemną noc walki krzesać wszechmocną i upragnioną iskrę—prawdy i sprawiedliwości, przysięga (ten przeżytek związku życia społecznego i indywidualnego z pojęciami tajemnych sił boskich) czyni chwilowy mrok — mrokiem wiecznym, prawdę — nieczyszczalną. „Jest skokiem w otchłań”. Tyczy się to zarówno przysięgi deferowanej jednej stronie przez drugą, jak i wyznaczanej przez sąd.

Z tego względu, sam nawet prawodawca zabrania przysięgi w sprawach wagi publicznej np., nieważności małżeństwa, rozwodu, zarządów państwowych. Proces austriacki prawie zupełnie porzucił uciekanie się do przysięgi; korzysta on z niej tylko dla stwierdzenia stanu majątkowego osoby, do komunikowania tego rodzaju danych obowiązanej, np., dla sprawdzenia, czy powód istotnie nie może zabezpieczyć kosztów procesu (§ 60). W procedurze rosyjskiej z całą wyrazistością występuje charakter przysięgi, nie jako dowodu, lecz jako jednego ze sposobów wyrokowania. Sąd usuwa się tu na plan ostatni. Zgodnie z art. 1663 tomu XI — staje się on tylko świadkiem przysięgi składanej w urzędzie i według brzmienia przysięgi przyznaje rację temu, kto ją złożył. Art. 485 powiada o roz-

¹⁵¹) Arch. f. Civ. Praxis tom 63 str. 274.

strzygnięciu sprawy na zasadzie złożonej przez jedną ze stron przysięgi.

Co się tyczy przyznania, to ta probatio plenissima et probatissima stoi również po za granicami dowodzenia ¹⁵²⁾. Garsonnet powiada: przyznanie usuwa potrzebę i pożytek dowodu. Cel jego jest ten sam co i cel przysięgi: zakończyć sprawę wyrokiem bez względu na przekonanie sądu. Nowsze prawodawstwa zupełnie wyłączają przyznanie z szeregu dowodów. Procedura austriacka uważa je za wyłączny czynnik pewnego rodzaju wyroków t. zw. wyroków na zasadzie przyznania, stojących na równi z innymi rodzajami wyroków: częściowymi (§ 391—2), pośrednimi (§ 393), wyrokami na zasadzie zrzeczenia się (§ 394), zaocznymi (§ 396—403). § 395 powiada: jeżeli pozwany na pierwszej audjencji lub podczas rozprawy kontradyktoryjnej roszczenia przeciw niemu dochodzone w całości lub w części uznał, zapadnie na wniosek powoda wyrok zgodny z tym uznaniem.

Nawet, gdybyśmy na chwilę usunęli powyższe skrupuły i zechcieli poszukać w stanowionym prawie wyjątków działania zasady kontradyktoryjnej w zakresie tych oto dowodów, to doszlibyśmy do tego bez najmniejszej trudności.

Już w prawie mojżeszowo-talmudycznym ¹⁵³⁾ sąd wyrokiem swym wyznaczał przysięgę stronom. Później w prawie rzymskim w braku dostatecznych dowodów sędzia mógł in dubiis causis—w celu ich uzupełnienia wyznaczyć przysięgę jednej ze stron. In bonae fidei contractibus, nec non etiam in caeteris causis *inopia probantium* per iudicem jurejurando causa

¹⁵²⁾ Brak odpowiedzi na rzeczowe twierdzenia przeciwnika uważa się za ich przyznanie. Ob. Bülow str. 28 Arch. f. C. Pr. tom 62; inacej Glasson op. cit. t. I str. 630.

¹⁵³⁾ Klein op. cit. str. 23.

cognita res decidi oportet ¹⁵⁴⁾. In actione etiam depositi, quae super rebus quasi sine scriptis datis movetur, jusjurandum ad exemplum caeterorum bonae fidei judiciorum deferri potest ¹⁵⁵⁾.

Pod wpływem giermańskich poglądów prawnych doktryna procesu niemieckiego ¹⁵⁶⁾ zapatrywała się na przysięgę, jako na nakładaną tylko przez sędziego ¹⁵⁷⁾; przytym, jeżeli na rzecz strony przemawiała już „połowa dowodu”, to przysięga była obowiązkową. W dawnym procesie niemieckim sędzia nakładał przysięgę tej lub innej stronie według swojego uznania, niezależnie od propozycji stron ¹⁵⁸⁾. Współczesny C. Pr. O. stanowi (§ 475), iż sąd może nakazać przysięgę co do spornego faktu jednej ze stron. Wach ¹⁵⁹⁾ twierdził, że niema tu działania *ex officio*, że sędzia nie „wyciska” zeznania ze strony, że daje jej tylko sposobność do umocnienia w sądzie przekonania o prawdziwości wyrażonych przez stronę twierdzeń. Zważyć przecież należy, że właściwym dostarczycielem tego „dowodu” jest sam sędzia, jego bowiem wola powołała na świat zapewnienia strony w formie przysięgi ¹⁶⁰⁾. Strona jest tylko wykonawczynią zleceń sądu.

Według prawa francuskiego ¹⁶¹⁾ sędzia nakłada przysięgę z urzędu stronie, która oświadcza, iż zna

¹⁵⁴⁾ Cod., lib. IV, tit. I lex. III.

¹⁵⁵⁾ Cod., lib. IV, tit. I, lex X.

¹⁵⁶⁾ Gentil „Essai historique sur les preuses” str. 241.

¹⁵⁷⁾ Engelmann op. cit. t. II. cz. 3. str. 150. Inaczej było na ziemiach prawa saskiego.

¹⁵⁸⁾ Wendt op. cit. str. 277.

¹⁵⁹⁾ Wach „Handbuch” str. 235.

¹⁶⁰⁾ Sąd mógł też przyczynić się do wydobycia „dowodu” przez mianowanie t. zw. Eideshelfer. Ob. Sachsze „Beweisverfahren” str. 46—62.

¹⁶¹⁾ Garsonnet, „Précis” str. 595.

dany fakt. Sędziego nie kępuje ani materja procesu, ani moment sprawy. Sąd z urzędu nakazuje przysięgę w sprawie wartości żadanego przedmiotu, jeżeli niema innego środka do jej określenia (artykuł 1366 — 1369 C. Civ.). Wrazie, jeżeli strona domaga się deferowania przysięgi przeciwnikowi, trybunał postąpi według swego uznania, zgadzając się na żądanie, albo też je odrzucając. Sąd wygłasza odrzucenie wtedy zwłaszcza, kiedy rzecz w inny sposób została już dostatecznie stwierdzona, albo też, kiedy fakt dowodzony przysięgą, nie stoi w bezpośrednim związku ze sprawą ¹⁶²⁾.

¹⁶²⁾ Glason op. cit. t. I. str. 642, 3.

VII.

Krytyka teorii celowości.

19. Nie wyczerpywaliśmy nieskończenie wielkiego materiału, zawartego w sankcjonowanych powagą ustawodawcy księgach. Pragnęliśmy wykazać, że zawarte w nich normy, najbardziej licząc się z życiem, nie uznały faktycznie panowania zasady kontradiktoryjnej w zakresie dowodów.

Obok pragnień, wyrażonych w słowach doktrynerskich, istnieją fakty, nie dające się nagiąć i ująć w formy obce naturze wielkiego organizmu procedury, której część składową i nieodłączną stanowią.

I oto widzimy, że ta powszechna zasada zupełnej bierności sądu, ta opoka, na której zbudowano konstrukcje, podtrzymujące machinę działania sprawiedliwości, łamie się co chwila, jest wężka i krucha. Jako zasada, mająca być powszechną, kierowniczą, przenikającą wszystkie tkanki organizmu procedury, kontradiktoryjność jest zbyt płytka, zbyt niedorosła do stawianych jej zadań.

Chwiejącej się do upadku—doktryna pospieszyła z ratunkiem. Polegał on na wysunięciu na pierwszy plan zasady celowości. Miało to oznaczać, że zasada kontradiktoryjna działa z motywów jej pożytku i przydatności do zamiarów prawodawcy. Wynika stąd, że o ile nie jest ona dość pożyteczną, nie zapewnia bez-

pośredniego osiągnięcia stawianych procedurze celów, to powinna ustąpić miejsca innym lepszym w danym razie zasadom. Przez to wyraźniej podkreślono względny charakter zasady kontradyktoryjnej. Obrona wykopała jej grób.

I to jest główna, może i jedyna nawet zasługa t. zw. zasady celowości. Spełniła ona czynność czysto rewolucyjną, destrukcyjną.

W nowych czasach zasada ta znajduje wielu zwolenników. Już Heusler wykazywał, iż właściwą podstawą uznania szerokich praw stron w procesie jest zasada celowości. Kiedy ustawa zwalnia sędziego od wydobywania dowodów i poleca spełniać tę czynność stronom, to dzieje się to wyłącznie z powodów celowości, w chęci uwolnienia sędziego od zbyt zmuśnionej pracy. Tak samo Kohler ¹⁶³⁾, uznając, że kontradyktoryjność „nie jest regułą zasadniczą”, nie wyprowadza tego poglądu z głębi istoty procedury i pojęcia dowodu. Zdaniem Kohlera działanie zasady kontradyktoryjnej kończy się tam, gdzie zasada oficjalna bardziej gwarantuje osiągnięcie celów procesu. Również Stein i Schmidt ¹⁶⁴⁾ rozszerzają znakomicie granice działalności sędziego w gromadzeniu dowodów dzięki zasadzie celowości. Schmidt wyraźnie podkreśla, że zasady kontradyktoryjne nie są „zwingende Prinzipien”. W części sąd, w części zaś strony odpowiadają za niektóre działy dostarczonego materiału ¹⁶⁵⁾.

¹⁶³⁾ Gesamm. Beiträge: „Ueber die Offic.-thätigkeit in der Beweiserhebung” początek.

¹⁶⁴⁾ Por. „Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrecht” str. 352 i nast.

¹⁶⁵⁾ Zresztą wpływ uznanych „pryncypiów” wziął górę. Schmidt uznaje z motywów praktycznych współdziałanie obu czynników, nie zręka się jednak przewagi kontradyktoryjności. Potrzeba, powiada (342), ustanowić wyłączną odpowiedzialność

I proces austriacki hołduje celowości. Występując pod hasłem prawdy materialnej, burzy on panowanie kontradiktoryjności. Sędzia nie jest bożyszczem, które pozwala wygadać się stronom, a potem ogłasza wyrok i o resztę nie dba. Dziś sędzia winien nie tylko popierać działalność stron, ale nadto na własną rękę przedsięwziąć pewne czynności. Sąd ma prawo samodzielnie, niezależnie od stron. To też prawodawca pozwala sądowi wzywać strony do osobistego stawienia, zarządzać złożenie dokumentów, aktów, planów i t. p., przedsięwziąć oględziny, powoływać biegłych i tych wszystkich, którzy mogą udzielić potrzebnych w sprawie informacji i t. p. Ale jednocześnie tenże prawodawca nakazuje przyjęcie formalnie i zgodnie przedstawionego przez strony faktu za prawdziwy, choćby nawet był w rzeczywistości fałszywym. Tym sposobem prawodawca stawia istotną tamę w badaniu prawdy. A wynika to z zapoznania wagi zasady oficjalnej, jedynie zdolnej do rządzenia procesem.

Stosowanie celowości nie jest specjalną właściwością procesu, nawet w zakresie dowodów.

Celowość jest powszechnym prawem każdego racjonalnego dzieła ludzkiego. Celowość jest tylko prawem umysłu (law of mind) i występuje wszędzie tam, gdzie przejawia się działalność umysłu, miast organicznego przystosowania, rządzącego rozwojem w sferze zwierzęcej. Celowość występuje zarówno w umysłowych przejawach jednostki, jak i w życiu organizacji.

stron, aby pobudzić ich działalność. Znajduje on inny jeszcze motyw: die für die Wahrheit segensreichen Wirkungen der Verhandlungsprinzips recht gesichert und indirect erzwungen. Wynika stąd, że zasada ma służyć formie nie zaś odwrotnie.

W procesie celowość jest regułą przystosowania środków procesowych, a więc form procesowych, do celu procesu: czy to wykrycia prawdy, czy wykonywania opieki porządku, czy też zaspakajania interesu państwowego lub jednostkowego. Aby to przystosowanie środków mogło istotnie być celowym, należy poznać cele procesu, a więc, rzecz konieczna, poznać naturę samego procesu. A zatem, nie celowość okazuje wpływ na proces, ale charakter procesu oddziałuje na nią.

Inaczej też przejawia się celowość w procesie o charakterze oficjalnym, lub dyspozycyjnym, inaczej w śledczym lub w kontradykcyjnym.

Tylko uwarunkowana charakterem procesu celowość może konsekwentnie oddziaływać na całą postać procesu.

Prawo nasze nie składa się z masy poszczególnych momentów, które grupujemy w pewne serje, aby je lepiej utrzymać w pamięci. Prawo jest jednolitym obrazem, owocem naszego myślenia, odczuwania, warunków całego życia. ¹⁶⁶⁾

W ten tylko sposób może być rozumiana celowość w procesie. Jako samodzielna zasada, wprowadza ona rozłam i zamieszanie.

Podkreślenie tego, iż w procedurze celowość winna być czynnikiem regulującym, jest co najmniej zbyt czne, o ile to podkreślenie ma zastąpić sobą głębsze wytłumaczenie, z istoty procesu wypływających, zasad i ducha.

¹⁶⁶⁾ Por. Kohler „Beiträge“ Vorwort V.

VIII.

Z a m k n i ę c i e.

20. Zamykamy i streszczamy nasze uwagi.

Pomiędzy dwoma systemami: oficjalno-śledczym i dyspozycyjno—kontradyktoryjnym istnieje stanowcze przeciwieństwo w zasadach i szczegółach, które wpływa z różnicy pojęcia praw prywatnych i publicznych.

Głęboko wkorzeniona w umysły ideaja średnio-wiecznej dwoistości z podziałem na jednostkę i państwo, jako na posiadające samodzielne prawa, a zatem do niezależnego używania tych praw upoważnione, wypowiada się tu z całą siłą i całą konsekwencją złych skutków.

Podzielono dziedzinę praw dochodzonych na publiczne i prywatne. Proces jednak tego podziału wytrzymać nie może. Jednostka nie ma swych własnych praw po za społeczeństwem, państwem lub inną formą społeczną. Jednostka ma swe prawa tylko od zwierzchniej społeczności. Właśnie państwo zapewnia jednostce możliwość otrzymania od organów państwowych obrony tych nadanych jej praw. Państwo ma obowiązek udzielania obrony w imię zachowania porządku publicznego.

I to jest pierwszy powód zainteresowania państwa w procesie—*formalny*.

Ale poza tym państwo jest samoistną osobą moralną, niezależną od składających ją jednostek, posiadającą swe własne funkcje i swój własny interes w działaniu.

Państwo, wykonywając sąd, spełnia nie tylko obowiązki względem uznanych praw stron, czyli porządku publicznego, ale i względem swoich praw naturalnych, czyli materialnego porządku prawnego.

Państwo jest zainteresowane *materiałnie* w procesie. Z tego zainteresowania formalnego i materialnego wypływa, wraz z odrzuceniem zasady dysponowania stron, jako opartej na wyłącznym zainteresowaniu jednostek, uznanie prawdy materialnej w zakresie dowodu, możliwie po-ludzku absolutnej i usunięcie prawdy formalnej.

Uznanie zasady oficjalnej, wraz z prawdą materialną domaga się uznania zasady śledczej w procesie.

Pojęcie tej jednak zasady winno być wolne od naleciałości, drogą praktyki historycznej do niej przysięgłych. Zasada kontradiktoryjna upada nie tylko, jako teoretyczna konsekwencja odrzuconej dyspozycyjnej i uznania śledczej, ale głównie, wobec wykazanej przez nią niezdolności do życia. Środki ratunku w rodzaju sztucznego łamania systemu dowodów przekonały o jej szkodliwości, a łańcuch koniecznych wyjątków dowiódł nieprzydatności faktycznej — nie tylko teoretycznej.

Zasada celowości, sama przez się, jako fundament nauki procesu—nic nie warta, wykopała przeciw grób powszechnemu panowaniu zasady kontradiktoryjnej.

W nowym oświeceniu przedstawia się nam dział dowodów w procesie cywilnym.

Jako odłam nauki procesu, kształtuje się on w duchu pierwszych, jawnych i niezłomnych zasad,

tworzących z wszystkich działów nauki jedną wielką rodzinę. Wyzwała się z pod deprymującego wpływu najegoistyczniejszego pierwiastka prawa — własności i rozporządzalności nieograniczonej.

Czas zaznaczyć, że i ten dział nauki pod sztandarem prawdy i powszechnego dobra, aż do szczytów nieskończonego ideału piąć się musi.

Cały proces cywilny, rzeczywisty i poziomy, bezpośrednio z życiem związany i o życie się ocierający, łatwiej niż jakikolwiek bądź inny dział nauki — aż do zwykłej szarzyzny wytrzeć się jest zdolny. To też potrzeba ciągłej baczności, by poziom, na którym on stoi, nie zniżał się, aż do normy zwyczajnie przydatnego środka zaspakajania sporów.

Tylko ze stanowiska powszechnego dobra, nie zaś jednostkowej korzyści i jedynie ze stanowiska rzeczywistej prawdy, nie zaś formalnej proces przydatnym być może, nie zaś szkodliwym, w tym świecie pełnym wszelakiej nierówności i niedokładności. Są tu silni i słabi, są bogaci i biedni, są wykształceni i ciemni, i w krótkotrwałym występie na scenie życia kolizje interesów zachodzą pomiędzy najrozmaitszemi grupami i jednostkami o nierównej zdolności do walki. Należy stać ponad niemi, a nie z niemi i nie na ich usługach, bo inaczej łatwo się stać tylko silnych sługą.

Żyjemy w społeczeństwie dla wspomagania się wzajemnego. Rola ta przypada w udziale każdej instytucji, działającej pod hasłem interesu publicznego. Sąd, ten bezpośredni szafarz sprawiedliwości, wezwany być musi narówni z innemi do działania zgodnego dla tryumfu istotnego tych wielkich zasad, które nie znają bierności i martwoty, które znajdują swe rzeczywistnienie tylko przez głębokie zrozumienie życia i warunków jego.

1
4
2

c-
n-
wa
wa:
sie
cie i

rjaln:

nalecia
siąklyc.
jako te-
nej i uz
przez ni:
dzaju sz
nały o je:
ków dowi-
teoretyczn-

Zasad

ment nauki p
grób powsze
ryjnej.

do

SPIS RZECZY.

I.	Pojęcie zasad dyspozycyjno-kontradkatoryjnej i oficjalno-sledczej.	1
II.	Stanowisko prawodawcy	15
III.	Konieczność uznania zasady oficjalnej.	17
IV.	Bezpodstawność zarzutów przeciw zasadzie sledczej.	42
V.	Wpływ kontradkatoryjności na złamanie jednolitego systemu dowodów.	53
I.	Niekonsekwencje prawodawcze pod wpływem kontradkatoryjności.	69
	Krytyka teorii celowości	87
	Zamknięcie.	91

SPIS RZECZY.

ROZDZIAŁ	I.	Pojęcie zasad dyspozycyjno-kontradktoryjnej i oficjalno-śledczej.	1
ROZDZIAŁ	II.	Stanowisko prawodawcy . .	15
ROZDZIAŁ	III.	Konieczność uznania zasady oficjalnej.	17
ROZDZIAŁ	IV.	Bezpodstawność zarzutów przeciw zasadzie śledczej. . . .	42
ROZDZIAŁ	V.	Wpływ kontradktryjności na złamanie jednolitego systemu dowodów.	53
ROZDZIAŁ	VI.	Niekonsekwencje prawodawcze pod wpływem kontradktryjności.	69
ROZDZIAŁ	VII.	Krytyka teorii celowości . .	87
ROZDZIAŁ	VIII.	Zamknięcie.	91



