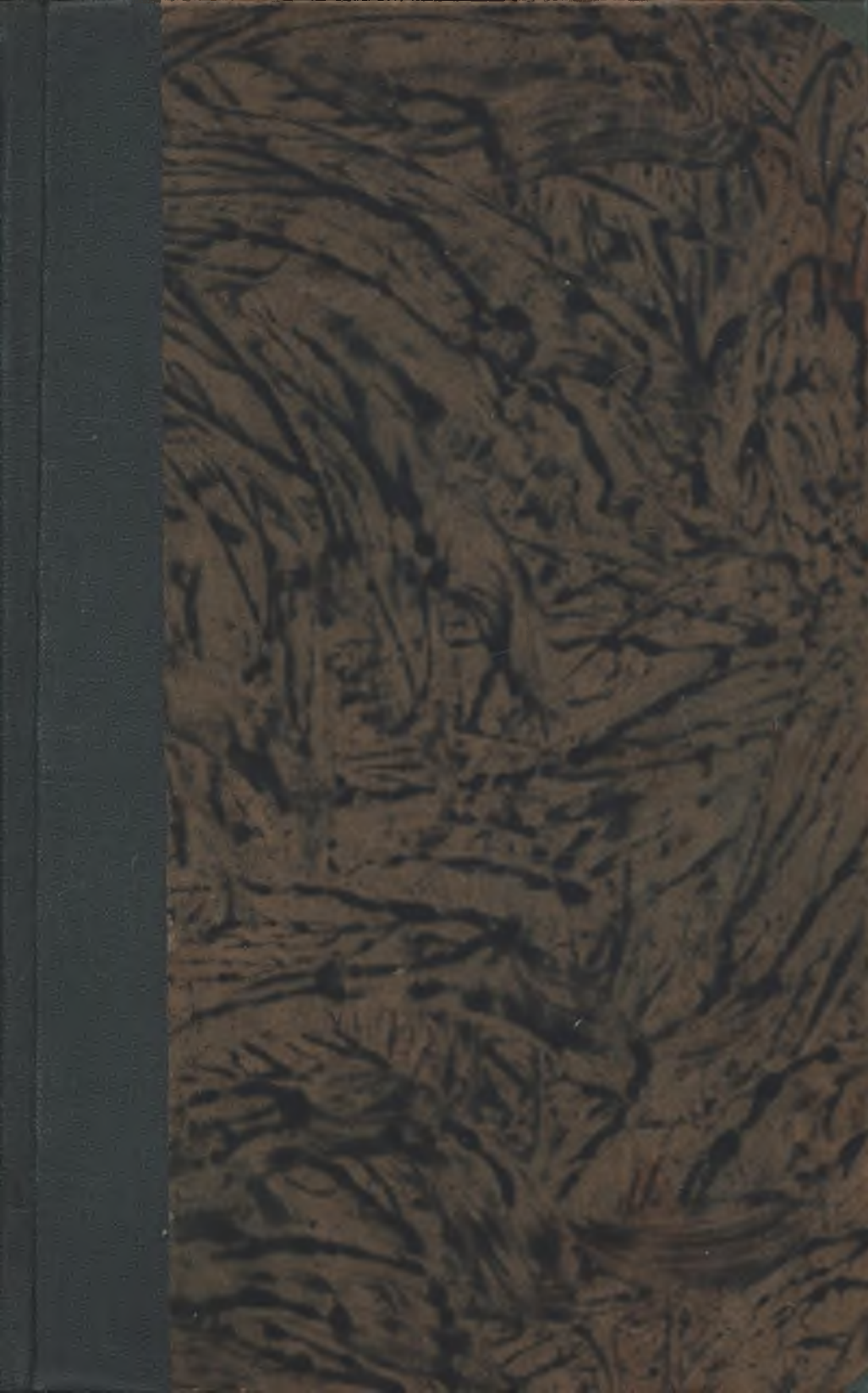
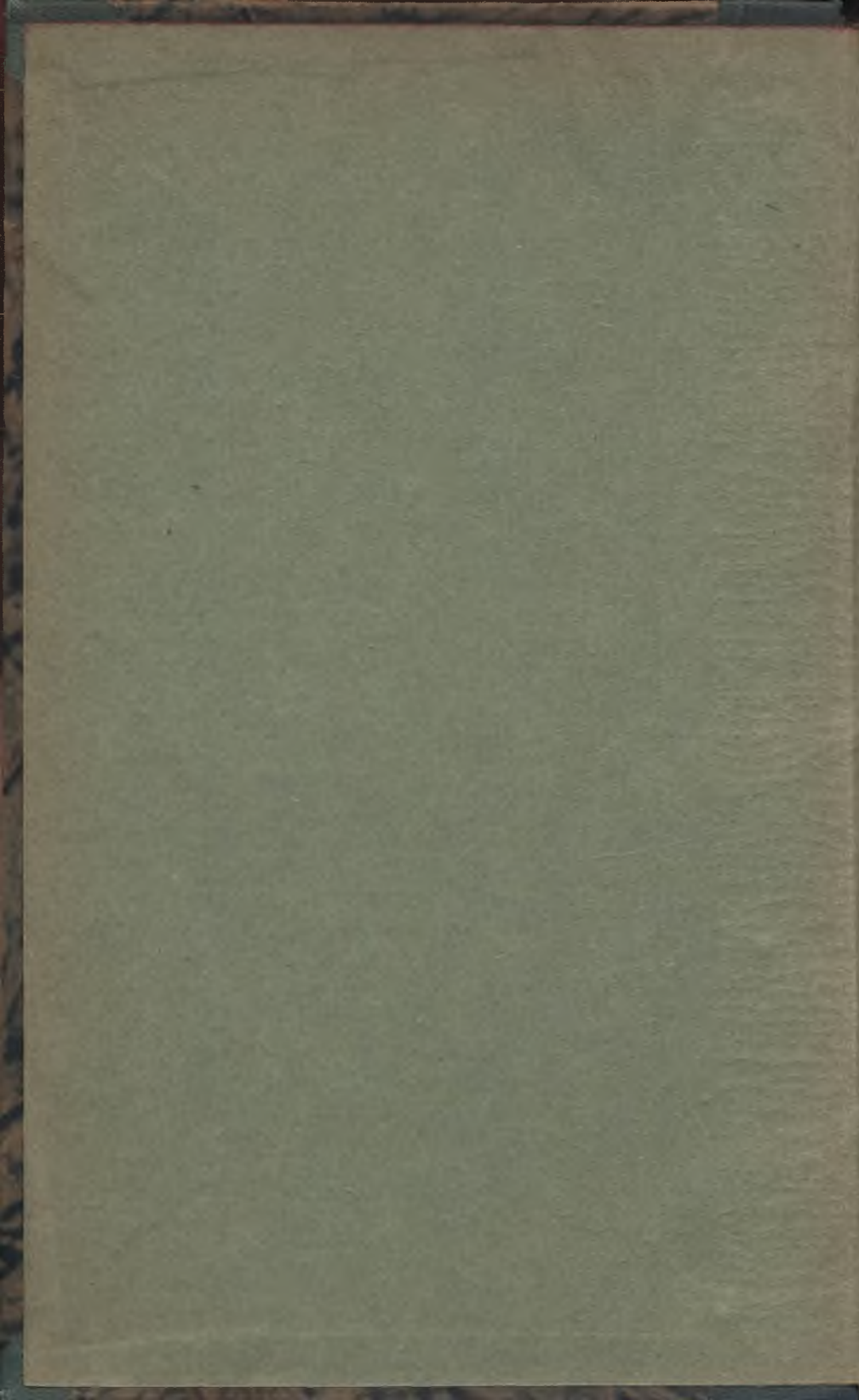






O
DOWODACH
W PROCESIE CYWILNYM

z uwzględnieniem nowszych reform ustawodawczych.

NAPISANÉ

DR. MAURZYCY KABAT

PROFESOR UNIwersYTETU I ADWOKAT WE LWOWIE.

6981
VII



WE LWOWIE.

Nakładem wydawcy.

Z drukarni narodowej W. Manieckiego.

1882.

Bz 58480
640392 II



B 15566

407

PAMIĘCI

EDWARDA NAPADIEWICZA-WIECKOWSKIEGO

C. K. RZECZYWISTEGO TAJNEGO RADCY
PREZYDENTA SENATU NAJWYŻSZEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI,
ZASTĘPCY PREZYDENTA TRYBUNAŁU PAŃSTWA, CZŁONKA IZBY PANÓW
RADY PAŃSTWA I T. D.

Pamięci szczerego przyjaciela mego,
którego życie skromne było wybitnym
wyrazem głębokiego poczucia prawdy i
prawa — pamięci męża, który był wzorem
dla sędziów — poświęcam niniejszą pracę.

AUTOR.

L I T E R A T U R A.

- Bar.* Recht und Beweis im Civilproces. 1867.
- Bethmann - Hollweg.* Versuch über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. 1827.
- Bentham.* Theorie des gerichtlichen Beweises. 1843.
- Borst.* Uiber die Beweislast im Civilprocess. 1816.
- Collmann.* Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilprocess. 1822.
- Danz-Gönnér.* Grundsätze des ordentlichen Processes. 1806.
- Endemann.* Die Beweislehre des Civilprocesses 1860.
- Fitting.* Uiber den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis. 1853.
- Glaser.* Gesammelte kleinere Schriften. 1868.
- Grollmann.* Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 1826.
- Kitka.* Die Beweislehre im österr. Civilprocess. 1836.
- Kroll.* Uiber die Beweiswürdigung im Civilprocess. 1862.
- Langenbeck.* Die Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. 1858 — 1861.
- Pratobevera.* Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österr. Erbstaaten 1815 — 1824.
- Schneider.* Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweis. 1803.
- Tevenar.* Theorie des Beweises im Civilprocess. 1780.
- Weber.* Uiber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess. 1805.
- Strippelmann.* Der Beweis durch Schrifturkunden 1860.
- Bayer.* Betrachtungen über den Eid. 1829.
- Füger von Rechborn.* Der Beweis durch Eide im Civilprocess. 1865.
- Göschel.* Der Eid nach seinem Princip. 1837.

Haras von Harrasowsky. Die Parteivernehmung und der Parteieid. 1876.

Kraussold. Die Lehre vom Eid als Beweismittel im Civilprocess. 1857.

Leue. Uiber die Natur des Eides 1836.

Lippmann. Uiber den normirten Eid. 1874.

Orelli. Studien über den gerichtlichen Eid. 1858.

Rizy. Der Beweis durch den Haupteid. 1837.

Strippelmann. Der Gerichtseid. 1855—1857.

Zimmermann. Der Glaubenseid 1863.

Bayer. Vorträge über den deutschen gemeinen ordentl. Civilprocess. 1869.

Endemann. Das deutsche Civilprocesrecht. 1868.

Linde. Lehrbuch des deutschen Civilprocesses. 1835.

Mittermaier. Der gem. deutsche bürgerl. Process. 1822.

Martin. Lehrbuch des deutschen gem. bürgerl. Processes. 1864.

Osterloh. Lehrbuch des gem. deutschen ord. Civilprocesses. 1856.

Renxud. Lehrbuch des gem. deutschen Civilprocessrechts. 1873.

Sarwey. Die Civilprocessordnung für das deutsche Reich vom 30. Jänner 1877.

Siebenhaar. Comentar zur deutschen Civilprocessordnung. 1877.

Struckmann und Koch. Die Civilprocessordnung für das deutsche Reich. 1880.

Wetzell. System des ord. Civilprocesses 1878.

Beidtel. Handbuch des österr. Gerichtsverfahrens. 1853.

Nippel. Erläuterung der allg. Gerichtsordnung. 1845—1847.

Canstein. Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreich. Civilprocessrechtes. 1880—1882.

Chwalibóg. Wykład kodeksu postępowania cywilnego. 1874.

Krzyżanowski. Zasady postępowania sądowego cywilnego. 1864.

Nowakowski. Ustawa postępowania sądowego cywil. 1878—1880.

Szymanowski. Wykład kodexu postępowania cywilnego. 1866.

Różne czasopisma polskie i niemieckie.

SKRÓCENIA.

- U. c. Ustawa cywilna.
 - U. s. Ustawa sądowa.
 - U. k. Ustawa karna.
 - U. o p. k. Ustawa o postępowaniu karnem.
 - U. h. Ustawa handlowa.
 - U. w. Ustawa wekslowa.
 - U. hip. Ustawa hipoteczna.
 - U. o p. d. Ustawa o postępowaniu drobnostkowem.
 - Najw. post. Najwyższe postanowienie.
 - d. n. dekret nadworny.
 - Zbiór. Glas. Zbiór Glasera.
 - mon. o. p. c. moja monografia o procesie cywilnym.
-

O DOWODACH W PROCESIE CYWILNYM.

ODDZIAŁ I.

O dowodach w ogólności.

§. 1.

Doniosłość nauki o dowodach.

Nauka o dowodach jest niewątpliwie najważniejszą częścią prawa procesowego; bo wynik każdego procesu zawisł przede wszystkim od dowodu prawdy. Wynik pomyślny dla powoda zawisł od dowodu prawdziwości faktów, będących podstawą prawa przezeń poszukiwanego — a pomyślny dla pozwanego od dowodu rzeczywistości faktów, stanowiących jego obronę. Jest to więc jednym z najgłówniejszych zadań prawodawstwa procesowego, poddać tak stronom, jak sędziemu wszelaką możliwość wykrycia prawdy, — mianowicie stronom przy wykazaniu, sędziemu zaś przy dochodzeniu i ocenieniu prawdziwości faktów, wpływających na rozstrzygnięcie sporu. Zadaniem prawodawcy jest ułatwić stronom i sędziemu wykrycie prawdy, a tem samem uchylić wszystko, coby wyjaśnienie prawdziwej istoty czynu utrudniało, lub wcale uniemożliwiało. i nie dopuścić, aby prawo materialne ginęło jedynie dla prawnych trudności w przeprowadzeniu dowodu prawdy. Axiomat: „Non jus deficit, sed probatio“ nie jest wcale pochlebny dla prawodawstwa, które

chce być sprawiedliwym. Dlatego też każde prawodawstwo procesowe, jeżeli ma spełnić swoje zadanie, t. j. dopomódz prawu naruszonemu do zwycięztwa, winno taki system dowodowy przeprowadzić, jaki ułatwia dowód prawdy, a tem samem zapewnia prawu zwycięztwo.

§. 2.

Konieczność dostarczenia dowodu prawdy.

Jeżeli ktoś, sądząc się pokrzywdzonym w swem prawie prywatnem, pragnie przy pomocy sądu odzyskać to, co mu się według jego mniemania z mocy prawa należy, tedy winien nie tylko sam być przeświadczonym o rzetelności swoich roszczeń, lecz musi nadto wlać w sędziego silne przekonanie, że prawo przemawia za nim. Nikt przecież nie może żądać od sędziego, mającego wymierzyć sprawiedliwość, której jedyną podstawą jest prawda i prawo, ażeby przyznał prawo, o którego istnieniu nie nabył przekonania. Z uwagi, że prawo jest wynikiem z faktu i ustawy, ustawę zaś sędzia z urzędu znać musi (*jura novit curia*) — winna strona, dochodząca prawa swego, lub broniąca się, zaznajomić sędziego z faktami, z których prawo swoje wywodzi, lub na których obronę swoją opiera, i przekonać go o ich istnieniu lub nieistnieniu. Dlatego też postanawia §. 3 U. s. że powód winien w pozwie naprowadzić fakt, z którego wywodzi swe prawo (*das Factum, woraus er sich ein Recht erwachsen zu sein glaubt*) z wszystkimi okolicznościami, które do wykazania prawa posłużyć mogą.

Wszelako nagie naprowadzenie faktu nie zawsze jest dostatecznem. Jeżeli obiedwie strony zgadzają się co do rzeczywistości faktu, bądź wyraźnie, bądź milcząco t. j. jeżeli jedna strona coś twierdzi, a druga temu nie przeczy, sędzia nie ma powodu wątpić o istnieniu lub nieistnieniu tego faktu. Sędzia musi poprzestać na nagiem przedstawieniu faktu i uznać go za prawdziwy, nie wymagając dalszego dowodu

prawdy. Najczęściej atoli strony spór wiodące nie zgadzają się co do rzeczywistości faktu. Co jedna twierdzi, temu przeczy druga, korzystając z niczem nie ograniczonego prawa negacyi. Prócz tego każda z nich naprowadza te jedynie fakta, które za jej prawem przemawiają, pomija zaś milczeniem te, które żądanie jej zniweczyłyby mogły. Ztąd pochodzi, że strona przeciwna widzi się zniewoloną uzupełnić lub sprostować fakta, przedstawione sędziemu w sposób nie zupełnie zgodny z prawdą. Nareszcie potrzeba i to wziąć na uwagę, że żadna strona nie łatwo się przyzna, iż naruszyła cudze prawo; przeciwnie każdy gwałciciel prawa szuka w wybiegach prawnych usprawiedliwienia swego bezprawia. Codzienne doświadczenie uczy, że strony, działające bądź to osobiście, bądź też przez zastępców, niepomne obowiązku prawdomówności w obec sądu, własnym jedynie interesem zaślepione, dokładają wszelkich usiłowań, aby prawdę zataić, a rzeczywisty przebieg i stan sprawy, o którą spór się toczy, przedstawić w świetle fałszywym. Rzadko kiedy spotykamy się ze sprawą, pod względem faktów czystą i jasną. W każdym niemal procesie kwestya faktu w skutku zaprzeczeń, sprostowań i uzupełnień staje się sporną i zawiłą, którą rozwikłać i prawdziwą istotę czynu na jaw wydobyć, jest jednym z najtrudniejszych zadań sędziego, a tem ważniejszym, ile że jego wyrok, jako wynik wyprowadzony ze zastosowania ustawy do danego faktu, wtedy jedynie może być trafnym i sprawiedliwym, jeżeli fakt, prawo tworzący lub niszczący, jest prawdziwym. Trafność sądu zależy bowiem od prawdziwości premis. Gdy obiedwie strony mają w obec sądu równe prawo do dobrej sławy, przeto sędzia nie może uznać za prawdziwe ani twierdzenia jednej, ani zaprzeczenia drugiej strony. Z tąd wynika potrzeba dostarczenia dowodu prawdy t. j. strona winna nie tylko przedstawić fakt, na którym opiera swoje żądanie, lecz winna nadto dowieść, że fakt ten, aczkolwiek przez przeciwnika zaprzeczony, a zatem niepewny i wątpliwy, jest jednak prawdziwym (§. 12 U. s.)

§. 3.

Środki dowodzenia.

Strona stawia dowód w procesie w tym celu, ażeby przekonać sędziego o rzeczywistości faktu, mającego wpływ stanowczy na rozstrzygnięcie sprawy. Sędzia może nabyć przekonania o prawdziwości faktu spornego bądź to:

1. za pomocą własnych, bądź też
2. obcych spostrzeżeń.

ad 1. Sędzia może się sam przekonać za pomocą własnych zmysłów o istnieniu lub nieistnieniu faktu spornego — i to albo:

- a) faktu podpadającego pod zmysły, który bezpośrednio sprawdzonym być może, przez własne bezpośrednie spostrzeżenie tego faktu, t. j. przy oględzinach sądowych. (Przekonanie nabyte w ten sposób, zwane empirycznym, rodzi pewność, wykluczającą możliwość przeciwności).
- b) albo też faktu nie podpadającego pod zmysły, a zatem bezpośrednio nie dającego się sprawdzić, który atoli z innego faktu, bezpośrednio sprawdzonego, z logiczną koniecznością wypływa. (Przekonanie nabyte w ten sposób pośredni nazywamy wyrozumowaniem). Rozumowaniem, czyli wnioskowaniem (Schlussfolgerung) może sędzia dojść do przekonania o istnieniu, lub nieistnieniu faktów, nie podpadających pod zmysły n. p. dobrej lub złej wiary, zamiaru lub nieuwagi, bojaźni i t. p. czynności duchowych. Rzadsze są przypadki, w których sąd nabywa przekonania o fakcie spornym zapomocą własnych spostrzeżeń t. j. oględzin; raz dlatego, ponieważ fakt, który ma być sprawdzonym w chwili, gdy sprawdzenie czyli oględziny mogłyby być przedsięwziętymi, najczęściej już do przeszłości należy, — powtórne, ponieważ na tej drodze mógłby jedynie sędzia

powiatowy rozpoznać fakt sporny, nie zaś sąd kolegiálny; albowiem choćby jednego lub nawet dwóch sędziów do przedsięwzięcia oględzin delegowano, reszta sędziów musiałaby polegać na sprawozdaniu delegowanego, a zatem dowiedzieć się o fakcie na podstawie obcych spostrzeżeń.

ad 2. Jeżeli zaś sędzia sam nie spostrzegł faktu spornego i już go spostrzedz nie może, bo w chwili, gdy fakt ma być sprawdzony, jest on już faktem dokonany, należącym do przeszłości, wtedy sędzia może przyjść do wiadomości tego faktu jedynie za pośrednictwem udzielonych mu spostrzeżeń obcych t. j. za pośrednictwem poświadczenia faktu przez osobę trzecią i to albo przez strony same spór wiodące, albo też przez osoby trzecie, do sporu nie wchodzące.

- a) Jeżeli osoby trzecie, do sporu nie wchodzące, spostrzegły fakt spór rozstrzygający i rezultat swoich spostrzeżeń udzieliły sędziemu w formie należytej, może sędzia, zeznaniem tych osób uważać się za przekonanego. Na tem polega skutek dowodu ze świadków, a po części także z dokumentów.
- b) podobnie winien sędzia i to przyjąć za prawdę co strona sama przyznała na swoją niekorzyść, jeżeli nie ma powodu do wątpliwości o prawdziwości tego przyznania. Na tem polega dowód z przyznania.
- c) Nareszcie jeżeli strona sama coś twierdzi na swoją korzyść i twierdzenie to stwierdza przysięgą, sędzia winien fakt, stwierdzony przysięgą strony, uznać za prawdziwy — a na tem polega dowód z przysięgi stron. (Parteieneid).

Według tego postanowiła ustawa sądowa w §§. 173--294 i jako jedynie dopuszczalne uznała następujące środki dowodowe (Beweismittel). Temi są:

1) przyznanie i wyznanie (Geständniss und Bekenntniss, confessio, agnitio);

2. dokumenta (briefliche Urkunden);
3. zeznania świadków (Zeugenaussagen, effata testium);
4. opinia znawców czyli biegłych (Gutachten von Sach- oder Kunstverständigen, Experten — opinio artis peritorum);
4. przysięga stron (Parteieneid), a w szczególności:
 - a) przysięga główna, stanowcza, albo spór rozstrzygająca (Haupteid, decisorischer Eid, juramentum litis decisivum);
 - b) przysięga uzupełniająca (Erfüllungseid — juramentum suppletorium);
 - c) przysięga szacunkowa (Schätzungseid — juramentum in litem);
 - d) przysięga wyjawiająca (Manifestationseid, die eidliche Angabe — juramentum manifestationis).

W teorii odróżniają procesualiści powody dowodowe od środków dowodowych i nazywają: powodem dowodowym (Beweisgrund — argumentum probandi) to, co stwierdza prawdziwość faktu spornego (jako to: przyznanie i przysięga strony, zeznanie świadka, opinia biegłego); — środkiem dowodowym zaś (Beweismittel, medium probandi) to, co może służyć i da się użyć do stwierdzenia prawdziwości faktu spornego (jako to: strona spór wiodąca, świadek, biegły) — dalej rozróżniają środki dowodowe osobowe od rzeczowych (persönliche und sachliche Beweismittel) według tego, czy osoba, bądź to spór wiodąca, bądź do sporu niewchodząca, czy zaś rzecz dostarcza sędziemu powodów dowodowych, mających go przekonać o rzeczywistości faktów rozstrzygających spór i zaliczają do środków dowodowych osobowych: strony, świadków i biegłych, do rzeczowych zaś: oględziny i dokumenta:

Pominąwszy, że to rozróżnienie nie ma żadnej doniosłości praktycznej, równie trudno dopatrzyć się w niem wartości teoretycznej, ponieważ pojęcia powodu i środka dowodowego są tak ściśle z sobą związane, iż jedno od drugiego nie da się odłączyć. Albowiem środkiem dowodowym to tylko

być może, co może stanowić powód dowodowy — a powód dowodowy bez środka dowodowego wcale istnieć nie może. Co ze stanowiska strony dowodzącej jest środkiem dowodowym, to samo jest ze stanowiska sędziego powodem dowodowym. Prócz tego nie da się usprawiedliwić zdanie, jakoby strona spór wiodąca lub osoba trzecia do sporu nie wchodząca, mogła być w ogóle środkiem do jakiegobądź celu, a w szczególności środkiem prowadzącym do przekouania sędziego o rzeczywistości faktu naprowadzonego w procesie. — Środkiem dowodowym nie jest ani strona spór wiodąca, lecz tylko jej przyznanie lub przysięga, — ani świadek lub biegły lecz tylko zeznania świadka lub opinia biegłego. — Przyznanie i przysięga strony, nie mniej zeznanie świadka i opinia biegłego są nie tylko środkiem dowodowym, lecz zarazem owym powodem dowodowym, który przemawia za prawdziwością faktu, stwierdzonego przyznaniem lub przysięgą strony, zeznaniem świadka, lub opinią biegłego. Słusznie więc węgierska ustawa sądowa wyliczając w §. 106 środki dowodowe, mówi: Prawnemi środkami dowodowemi są: przyznanie i przysięga strony, zeznania świadków, opinia biegłych i t. d.

§. 4.

Teoria dowodów.

Co strona ma czynić, jakich środków dowodowych i w jaki sposób użyć, aby przekonać sędziego o prawdziwości faktu przez nią naprowadzonego, a przez stronę przeciwną zaprzeczonego, to określa prawodawstwo procesowe, każde w inny sposób, według systemu przyjętego za podstawę procederu dowodowego.

Dotąd rządzą w postępowaniu sądowym dwie teorie dowodów:

1. ustawowa, czyli stała teoria dowodów, zasada stałych prawideł dowodowych, zasada prawdy formalnej czyli jurydycznej (die gesetzliche oder legale Beweis-theorie, das

Princip fester Beweisregeln, oder das Princip der formalen, oder juristischen Wahrheit) — albo też

2. wolna czyli naturalna teoria dowodów, zasada wolnego oceniania materiału dowodowego, czyli teoria przekonania (die freie Beweistheorie, der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung oder Beurtheilung des Beweismaterials, oder die Ueberzeugungs-Theorie).

§. 5.

Ustawowa teoria dowodów.

Ustawowa teoria dowodów jest to systematyczny zbiór prawnych reguł czyli prawideł dowodowych t. j. przepisów o dopuszczalności i skutkach dowodów, według których sędzia ma dochodzić prawdy t. j. oceniać prawdziwość faktów, naprowadzonych w procesie.

Ustawa, opierając się na stałej teorii dowodowej, bądź to:

- a) określa szczegółowo dopuszczalne środki dowodowe i orzeka, że te tylko, a żadne inne dopuszczone być mogą; przyczem oznacza warunki dopuszczalności i dowodności, czyli wartości i stopnia wiarygodności każdego z osobna środka dowodowego — dalej przepisuje formę, w jakiej środków dowodowych, które za dopuszczalne uznaje — użyć należy, nakoniec oznacza kategorycznie skutek przeprowadzonego dowodu, a w szczególności postanawia, że sędzia winien fakt sprawdzony środkami dowodowymi, uznanymi za dopuszczalne i użytymi w formie przepisanej, uznać za prawdziwy, bez względu, czy o rzeczywistości faktu tym sposobem sprawdzonego, nabył przekonania, lub nie — i że przeciwnie sędzia winien w razie niedopełnienia któregoś z warunków, ustawą wymaganych, uznać fakt za nie-

prawdziwy chociażby o prawdzie był przekonany (t. j. pozytywna teoria dowodów) — bądź też:

- b) postanawia jedynie pewne reguły ujemne, nie dopuszczając niektórych środków dowodowych, innym zaś nie przyznając zupełnej wiary (ujemna teoria dowodów).

§. 6.

Wolna teoria dowodów.

Wolna teoria dowodów polega na zasadzie dowolnego przez sąd oceniania materiału dowodowego i logicznego badania prawdy. Teoria ta żadnych nie zna prawideł ustawowych, żadnych nie oznacza warunków formalnych co do środków dociekania prawdy, słowem żadnych sędziemu nie przepisuje reguł, według których ma ocenić prawdę, lecz odseła go do jego przekonania o prawdzie, nabytego z rozumowego i sumiennego zbadania wszystkich za i przeciw mówiących powodów.

Wolna teoria dowodów żąda wprowadzić od stron przedłożenia materiału dowodowego; raz dlatego, że sędzia cywilny nie zbiera z urzędu dowodów, lecz uzasadnia swój wyrok jedynie na tych dowodach, które strony przedstawiły; powtóre dla tego, że wolne ocenienie materiału dowodowego byłoby bezprzedmiotowem, jeżeliby strony żadnych nie przedłożyły dowodów. Wszelako teoria ta nie nakazuje sędziemu trzymania się koniecznie wyniku dowodów n. p. zeznań świadków, lecz pozostawia mu zupełną wolność utworzenia sobie zdania według własnego sumiennego przekonania, według tego, co w danym przypadku rzeczywiste poznanie istoty czynu, doświadczenie i prawa myślenia jego sumieniu nakazują — a tem samem uwalnia go od obowiązku przyjąć coś za prawdę, co nie trafia do jego przekonania.

§. 7.

Różnice między stałą i wolną teorią dowodów.

Obiedwie teorie dowodów, tak stała jak wolna, zgadzają się co do celu, bo obiedwie dążą do wykrycia prawdy — różnią się atoli co do środków wiodących do tego celu, nie mniej co do skutków, a mianowicie w punktach następujących:

- a) Ustawowa teoria dowodów postanawia stałe prawidła stwierdzone długowiekowym doświadczeniem, według których prawdy dochodzić należy; a co według tych prawideł sprawdzonem zostało, musi sędzia przyjąć za prawdę, choćby o przeciwnieństwie był przekonany.

I tak z mocy ogólnej reguły musi sędzia uznać za prawdę wszystko to, co trzecie osoby, uważane według ustawy za wiarygodne, wobec sądu w formie przepisanej stwierdzają; lub co strona sama wobec sądu na swoją niekorzyść przyznaje, albo zeznaje wprowadzie na swoją korzyść, wszelako zeznanie to stwierdza przysięgą.

Obok takich prawideł ogólnych są także szczegółowe, odnoszące się do każdego z osobna środka dowodowego, n. p. reguła, że dokument publiczny stanowi dowód zupełny przeciw każdemu, że zeznanie świadka obłąkanego niczego nie dowodzi, że świadectwo rodziców na korzyść dzieci, lub odwrotnie, świadectwa krewnych lub powinowatych są podejrzone i t. p.

Wszystkie reguły dowodowe, tak ogólne jak szczegółowe, są tak naturalne, że zdawałoby się rzeczą wcale nie potrzebną, ażeby je w ustawie ściśle i dokładnie unormować. Postanowienie tych reguł ma wszakże to znaczenie, iż sędzia pod wpływem stałej teorii dowodów musi ściśle trzymać się każdej reguły dowodowej. Gdzie zaś teoria przekonania istnieje, tam sędzia w każdym danym przypadku sam ocenia, czy ta lub owa reguła dowodowa ze względu na zachodzące

stosunki i okoliczności, nie powinna doznać wyjątku, n. p. co do świadectwa rodziców, krewnych, powinowatych i t. d.

b) Zachodzi dalsza różnica co do środków dowodowych. Ustawa, która przyjęła zasadę stałych prawideł dowodowych, oznacza szczegółowo owe środki dowodowe, które za dopuszczalne uznaje; środkami zaś nieuznanymi wyraźnie nie dozwala prowadzić dowodu. Gdzie zaś rządzi teoria przekonania, tam wszystko, co może sędziego przekonać o prawdzie, uchodzi za środek dowodowy. Cała osnowa rozprawy przed sądem, ustnie i bezpośrednio przeprowadzonej, zachowanie się stron lub świadków albo biegłych przy badaniu, wszystkie, choćby najdrobniejsze okoliczności, które się w toku rozprawy ustnej nasunęły, wynik przeprowadzonych dowodów, wszystko to razem wzięte jest owym źródłem, z którego sędzia może czerpać swoją wiedzę i przekonanie.

c) Nakoniec odróżniają się te dwie teorie także pod względem celu i skutku dowodzenia.

Celem i skutkiem dowodzenia powinno być przekonanie sędziego o prawdzie (*judici fit probatio*), bo jeżeli sędzia ma sprawiedliwie osądzić, po czyjej stronie jest prawo, musi mieć tę pewność, że takt rozstrzygający spór, jest prawdziwym.

Rozróżniamy zaś dwa rodzaje pewności:

pewność moralną, polegającą na przekonaniu osobistym; przyczem jest rzeczą obojętną, co je wywołało, i pewność prawną, powziętą na zasadzie pewnych reguł dowodowych, według których fakt sprawdzony, musi sędzia uznać za prawdziwy, choćby o prawdzie nie nabył osobistego przeświadczenia, a nawet o przeciwnieństwie był przekonany.

Przy ustawowej teorii dowodów, strony nie prowadzą dowodu tym celem, aby przekonać sędziego, jako człowieka o prawdzie twierdzeń swoich, lecz jedynie w tym celu, aby wyprowadzić pewność prawną. Dowodzić nie znaczy to samo,

co działać na przekonanie sędziego — lecz znaczy tyle, co dopełnić warunków, których ustawa wymaga dla wytworzenia prawdy jurydycznej, czyli formalnej. Ustawa nie żąda, ażeby sędzia nabył przekonania o prawdzie, lecz żąda od niego jedynie posłuszeństwa ślepego, czyniąc go niewolnikiem owych prawideł dowodowych, które nie raz krępując jego rozum i przygłuszając jego sumienie, nie pozwalają mu, aby niespełnana siłą rozumu dotarł do istotnej prawdy, i zapytał się własnego sumienia, tego wyższego wewnętrznego sędziego: co jest prawdą i prawem? Ustawa przeciwnie nakazuje mu, ażeby nawet wbrew własnemu sumieniu to jedynie uznawał za prawdę, co według owych prawideł, stanowiących miarę prawdy, dowiedzionem zostanie. Sędziemu więc nie chodzi o to: czy dowiedziono istotnej prawdy — on ma jedynie zbadać, czy środki dowodowe odpowiadają warunkom, ustawą wymaganym, przy których istnieniu musi fakt, dowiedziony środkami dowodowymi, uznanem za dopuszczalne i użytym w formie przepisanej, uznać za prawdziwy.

Ztąd wynika, że celem i skutkiem dowodzenia według stałych prawideł dowodowych nie jest: wywołanie przekonania sędziego o istotnej prawdzie, lecz jedynie ustalenie prawdy prawnej, czyli formalnej, która nie zawsze i nie koniecznie zgadza się z prawdą materyalną. Dowód wyprowadzony za pomocą prawideł ustawowych, czyli t. z. dowód prawny, sądowy, proceduralny, daje tylko pewność prawną, czyli rodzi prawdę formalną t. j. najwyższy stopień prawdopodobieństwa, nie rodzi zaś prawdy materyalnej, t. j. pewności bezwzględnej, wykluczającej możliwość przeciwności.

Przy wolnej zaś teorii dowodów celem i skutkiem dowodzenia jest przekonanie sędziego. Pod wpływem teorii przekonania uchodzi za prawdę w procesie, nie to — co ustawa, lecz — co sędzia z własnego sumiennego przekonania uzna za prawdę. Dowodzić znaczy w takim razie to samo, co zniewolić sędziego do uznania prawdy siłą przed-

stawionych dowodów, działających czy to na zmysły, czy to na umysł sędziego. Zniewolenie to może się opierać jedynie na poznaniu prawdy, na bezpośredniej czyli zmysłowej, lub pośredniej czyli umysłowej świadomości faktu, a zatem na przekonaniu. Wywołanie takiego wolnego przekonania sędziego, tej moralnej pewności o prawdzie, jest celem i skutkiem dowodzenia w obec wolnej teorii dowodów.

§. 8.

Która teoria dowodów jest odpowiedniejszą.

Ponieważ obiedwie teorie dowodów mają swoich zwolenników, przeto wypada nam zastanowić się nad tem: która z nich jest odpowiedniejszą?

W procesie rzymskim, a mianowicie w czasie największego rozkwitu prawa rzymskiego, istniała naturalna teoria dowodów; dopiero później, wraz z upadkiem umiejętności prawa i powszechnej moralności, zaczęła znikać indywidualna sędziego wolność badania prawdy — a w jej miejsce wstępowały postanowione reguły ocenienia prawdy; bo zapanowało powszechne niedowierzanie. Niedowierzano już sędziemu, bo nie ufano w gruntowność jego wiedzy, powątpiewano o jego bezstronności, obawiano się jego uległości dla wpływów silniejszych, lub słabości z innych powodów. a mianowicie chciwości lub namiętności — równie nie dowierzano już ani świadkom ani znawcom. Aby więc tamę położyć możliwym nadużyciom, a tem samem zapobiedz możliwym praw pogwałceniu, wymyślano rozmaite prawne reguły, które miały zapewnić prawdę, a tem samem gruntowność i sprawiedliwość wyroków sądowych.

I tak powstała i z biegiem wieków coraz więcej rozposzechniała się, a nakoniec rozkwitła w całej pełni stała teoria dowodów; powstały prawidła, stwierdzone długowiekowym doświadczeniem, które ujęte w system, stanowiły dogmatą, którym sędzia ślepo posłusznym być musiał.

Obawa możliwych błędów lub nadużyć sędziego, może mniej sumiennego, albo mniej doświadczenia lub wykształcenia mającego, jest w istocie jednym z najsilniejszych powodów, przemawiających za stałą teorią dowodów, jako jedyną tarczą przeciw możliwej dowolności sędziego. System dowodowy, ścieśniający wolność sędziego w dociekanii prawdy, jest więc tam niezbędny, gdzie stan sędziowski nie może się poszczycić powszechnem zaufaniem, nie zajmwszy jeszcze tego stanowiska, jakie stosownie do powołania swego, jako stróż sprawiedliwości, zająć powinien.

Gdzie zaś sądy są tak wyposażone, iż każdemu piastującemu urząd sędziego można z zupełnem zaufaniem powierzyć wymiar sprawiedliwości, gdzie więc nie ma powyżej dotkniętej obawy nadużyć lub błędów, tam żadna ustawa, żadne правило dowodowe, nie powinno krępować indywidualnego przekonania sędziego. Zdrowy jego rozum i czyste sumienie powinno być jedynem źródłem poznania prawdy — tam powinna mieć pierwszeństwo teoria przekonania.

Obydwa systemy dążą wprawdzie do tego samego celu t. j. do wykrycia prawdy — odmiennemi tylko drogami. Każda ustawa, bez różnicy, jaką teorią dowodów przyjmuje, ma jedynie na celu wykryć istotną prawdę, o ile tego dozwala rozum ludzki; bo docieczenie prawdy jest nieodzownym warunkiem poznania prawa i wymierzenia sprawiedliwości, a tem samem najważniejszym żądaniem prawa procesowego.

Wszelaka żadna z tych teorii nie może się tem poszczycić, iż prowadzi nieomylnie do wykrycia istotnej prawdy, albowiem przy ograniczoności naszej wiedzy dojście do samej prawdy, znanej jedynie Najwyższemu Stwórcy, nie we wszystkich gałęziach wiedzy ludzkiej jest możliwem. Szczególnie w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości, gdzie idzie zazwyczaj o sprawdzenie faktów już przeszłych, możemy mówić tylko o prawdzie nabytej na drodze doświadczenia, dopuszczającej możliwość przeciwnieństwa. Prawda bowiem niczem innem nie jest, jak zgodnością wiedzy z rzeczywistością; a gdy nasza wiedza

ograniczona czasem i przestrzenią, ma sobie wytknięte granice, po za które nie może sięgnąć i dostrzedz tego, co za niemi się kryje, a nawet z ścieśnionym tym zakresie i zmysły mogą nas zawieść, i rozum może zbłądzić, przeto nie zawsze jesteśmy w stanie poznać rzeczywistość i nabyć tej niezawodnej pewności, że nasza wiedza zgadza się z rzeczywistością, że fakt przeszły był w istocie takim, jakim się nam obecnie przedstawia.

Gdy więc wykrycie istotnej prawdy nie zawsze jest możliwem, gdy nadto żądanie bezwzględnej, materalnej prawdy w procesach cywilnych czyniłoby ich rozstrzygnięcie najczęściej niemożliwem, przeto, aby umożliwić załatwienie sporów, a przytem zapewnić należyty wymiar sprawiedliwości, prawodawstwu nie pozostaje nic innego, jak dążenie do jak największego zbliżenia się do prawdy materalnej, do ustalenia istoty czynu ile możności zbliżonej do prawdy. Zbliżenia się zaś do istotnej przedmiotowej prawdy wymaga, ażeby ustawa niczem nie kępowała sędziego przy rozpoznawaniu i badaniu faktów, nie wywierała żadnego nacisku na jego rozum i sumienie, słowem, ażeby go żadnym przepisem nie zmuszała przyjąć coś za prawdę, co się sprzeciwia jego rozumowi i sumieniu, jego wewnętrznemu przekonaniu. Przeciwnie ustawa powinna dać sędziemu możność ustalenia przynajmniej prawdy podmiotowej na drodze logicznego wnioskowania, co jedynie przez przyjęcie teoryi przekonania stanie się możliwem; przy stałej zaś teoryi dowodów chyba wyjątkowo nastąpić może. Najjaskrawszym tego dowodem są częste wyroki, które rozstrzygnięcie sporów czynią zawisłem od wykonania lub niewykonania przysięgi stron. Sędzia bowiem dopuszczając przysięgę stron i od niej czyniąc zawisłem przyznanie lub odsądzenie prawa, tem samem przyznaje, iż sam żadnego nie ma przekonania o istocie czynu, rozstrzygającego spór, i że właśnie dla tego wykrycie prawdy porucza stronie samej, temu najmniej sprawiedliwemu sędziemu, bo sędziemu we własnej sprawie.

Co się tyczy możliwych ze strony sędziego nadużyć i błędów, nie da się wprawdzie zaprzeczyć, iż ustawa przez postanowienie stałych prawideł dowodowych, kładzie im poniekąd tamę. Możemy jednak zapytać się odwrotnie: czy teoria stałych prawideł usunęła już wszelkie błędy, czy pod jej wpływem już żadnych nie widzimy nadużyć sędziego?

Każda instytucja prawna może tak samo, jak każde prawo polityczne, każda swoboda obywatelska być nadużyta; z tąd jednak nie wynika konieczność usunięcia tego wszystkiego, co choćby częstych nawet nadużyć mogło się stać przyczyną. Od każdego bowiem nadużycia można się ochronić, a w szczególności zabezpieczyć się od dowolności sędziego. Mamy różne środki niewątpliwą dające rękojmią należytego wymiaru sprawiedliwości a temi są: odpowiednie urządzenie i uposażenie sądów, zaprowadzenie sądów kolegialnych, ustnego postępowania, jawnych rozpraw sądowych, należycie urządzonego toku instancyi, obowiązek sędziego uzasadniania wyroków i t. p. Przy stosownem urządzeniu sądownictwa i sposobu postępowania należy się spodziewać, że teoria przekonania nie tylko nie narazi na niebezpieczeństwo praw drogą sądową poszukiwanych, lecz nawet nie dopuści, aby prawo ginęło jedynie dla braku ścisłych dowodów, wymaganych ustawą i aby się sprawdził na wstępie wzmiankowany axiomat: „Non jus deficit, sed probatio“.

Wiadomo, że prawodawstwa karne po większej części przyjęły za podstawę postępowania dowodowego teorię przekonania. Jeżeli więc w procesie karnym, rozstrzygającym o najwyższych prawach człowieka, o jego życiu, wolności i czci, uznano teorię przekonania za odpowiednią i jak uczy doświadczenie, nie dostrzeżono nadużyć, dlaczegożby ta sama teoria nie mogła istnieć w procesie cywilnym, w którym rozchodzi się jedynie o prawa pozbędne?

Nie możemy nakoniec pominąć i tej uwagi, że gdy teoria stałych reguł dowodowych przyzwyczajają sędziego do mechanicznego pojmowania rzeczy i rodzi gnuśność umy-

słową, teoria przekonania, zmuszająca go do samodzielnego myślenia, wyrabia i wysoko kształci stan sędziowski.

Nie idzie zatem, iżby teoria przekonania była zupełną negacją i bezwarunkowem potępieniem owych prawideł dowodowych, które doświadczenia długowiekowe stwierdziły, a nauka udoskonaliła. Nawet sędzia, sądzący według przekonania nie pogardzi radą, jaką mu dają pomienione prawidła; wszelako prawidła te nie będą dlań nieprzekraczalnym rozkazem, lecz jedynie dyrektywą, którą on sam uwzględni, jeżeli one poprą jego przekonanie.

§. 9.

Bliższe określenie przekonania.

Skoro w danych warunkach t. j. przy należycie urządzonej sądownictwie, a postępowaniu ustnem i jawnem, przyznajemy teorii przekonania wyższość nad stałą teorią dowodów, należy się zastanowić nad pytaniem: czy też przy uwadze, że przekonanie o pewnej prawdzie nie jest koniecznie u wszystkich jednakie, że jak zdania ludzkie różnią się według indywidualizmu każdej osoby, tak też i przekonanie o rzeczywistości pewnego faktu u różnych osób może być rozmaite — czy też ta różnorodność i możliwa chwiejność przekonań ludzkich przy osądzeniu jednego i tego samego faktu nie powinna raczej przemawiać za wykluczeniem teorii przekonania z zakresu wymiaru sprawiedliwości, który przede wszystkim jednolitości wyroków t. j. tego wymaga, ażeby jeden sąd nie sądził inaczej, jak drugi, bo w takim razie nie byłoby bezpieczeństwa praw.

Pytanie dopiero co postawione, nie mniej i to dalsze: czy teoria przekonania zadawalnia się jedynie nagiem zapewnieniem sędziego, że o prawdziwości faktu rozstrzygającego spór jest przekonany — sprowadza nas na pole filozoficznego zbadania istoty przekonania.

Przekonanie jest to wyraz częstokroć nie dość jasno

pojęty, wymaga więc bliższego wyjaśnienia, które posłuży nam także przy rozpoznaniu znaczenia przysięgi, wykonanej z dodatkiem: „o ile wiem i pamiętam“ — o której w oddziale IV. mowa będzie.

Mówimy tu o przekonaniu sędziego, który fakt przedstawiony w procesie wtedy tylko może uznać za prawdziwy, jeżeli o jego rzeczywistości nabył przekonania. Wiemy zaś, że pojmowanie prawdy przedstawia się w trzech stopniach: pierwszym i najniższym jest mniemanie (Meinen), wtórym i wyższym jest wiara (Glaube), trzecim i najwyższym jest wiedza (Wissen).

Nie myślimy się wdawać w rozbiór spornej między filozofami, dla prawnika obojętnej kwestyi: czy wiara stoi niżej, czy wyżej nad wiedzą? Prawnikowi wystarczy wiedzieć, że uznanie czegoś za prawdę ma powyżej wymienione trzy stopnie, z których tylko ostatni t. j. uznanie czegoś za prawdę, oparte na wiedzy, stanowi przekonanie. Przekonanie bowiem jest to przeświadczenie o istotnej prawdzie; a gdy prawda niczem innem nie jest, jak zgodnością wiedzy z przedmiotem wiedzy — t. j. z istotą rzeczy — z rzeczywistością — z faktem, zatem przekonanie, jako uznanie harmonii między wiedzą i rzeczywistością czyli faktem, musi się opierać na wiedzy, na przeświadczeniu o fakcie. Wiedza czyli przeświadczenie o rzeczywistości faktu jest więc warunkiem i podstawą przekonania. Wiedza zaś jest dwojaka: empiryczna i racjonalna. Co do rzeczy zmysłowych nabywamy jej zmysłami — co do przedmiotów nie podpadających pod zmysły (nadmysłowych) rozumem. Za tem idzie, że gdzie zmysły nie sięgają, lub rozum dotrzeć nie może, tam ustaje wszelka wiedza, tam też nie może być mowy o przekonaniu. Przekonanie zatem jest to przeświadczenie o istnieniu lub nieistnieniu pewnego faktu, nabyte bądź to za pomocą zmysłów, bądź też rozumowaniem. Kto twierdzi, że o pewnej prawdzie jest przekonany, musi wiedzieć, że to, o czem mieni się być przekonany, rzeczywiście istnieje lub istniało, albo że

nie istnieje lub nie istniało; a do tej wiedzy o istnieniu lub nieistnieniu faktu, musiał dojść bądź to na drodze własnego zmysłowego spostrzeżenia, bądź też na drodze rozumowania. Kto więc w pewnym przypadku nie nabył tej wiedzy za pomocą własnych zmysłów i już jej nabyć nie może, bo sam nie dostrzegł faktu, który już minął, temu pozostaje jeszcze druga droga, wiodąca do wiedzy, a tą drogą jest rozumowanie. Kto na drodze wywodów rozumowych dojdzie do wiedzy, może także śmiało twierdzić, że jest przekonany t. j. że siłą wniosków, przemawiających do rozumu i mogących wytrzymać wszelką krytykę rozumu, siłą niezachwianych prawideł logiki jest zniewolonym uznać pewien fakt za prawdziwy.

Jeżeli zaś nie możemy ani zmysłami spostrzedz, ani rozumem dociec pewnego faktu, wtedy wiedza nie ma już żadnej podstawy, wtedy i o przekonaniu mówić nie możemy. Wtedy jest jedynie możliwą albo wiara, albo proste mniemanie, domniemywanie, domysł.

Gdzie wiedza ustaje, tam zaczyna się wiara t. j. uznanie za prawdę czegoś, nie sprawdzonego przedmiotowo, (bo ani zmysłami, ani rozumem nie docieczonego) jedynie z powodów podmiotowych t. j. z powodów, które nie wszystkich zniewalają do uznania prawdy, lecz które polegają jedynie na przypadkowych przymiotach podmiotu. Wierzyć znaczy to samo, co uznać coś za prawdę, o czym się jednak żadnej nie ma wiedzy, za czym wszakże przemawiają pewne, li podmiotowe powody, nie dla wszystkich jednak ważne. Albowiem o czym wiem, w to nie potrzebuję wierzyć. Wierzy się jedynie w to, o czym się nie ma zupełnej wiedzy; albowiem jeżeli wiedza zgadza się z wiarą, wiara staje się niepotrzebną; jeżeli zaś nie zgadza się z wiarą, tedy trzeba rozstać się z nią, bo wiedza wstępuje w jej miejsce.

Wiara opiera się na powodach podmiotowych, które dopuszczają stopniowania. Mogą one być mniej lub więcej silne. Jeżeli powody te są tak silne, iż rozum ludzki znie-

walają do uznania prawdy, zwłaszcza, jeżeli niepodobna wydobyc choćby jednego powodu, przemawiającego za przeciwnieństwem, wtedy już nie wiara, lecz przekonanie ma miejsce. Ztąd też pochodzi, że co u jednego jest rzeczą wiary, u drugiego może być przekonaniem. I tak są prawdy religijne, które są rzeczą wiary u ludu umysłowo mniej rozwiniętego; rzeczą zaś przekonania u ludzi światłych, bo one w rozumie znajdują uzasadnienie. Dlatego też to, co ze względu na ogół umysłowo mniej rozwinięty nazywamy wiarą religijną, jest przekonaniem ludzi światłych i wykształconych.

Jeżeli zaś nie mamy ani przedmiotowych ani podmiotowych powodów, ażeby coś uznać za prawdę, wtedy tylko mniemanie czyli domysł ma miejsce, który się jedynie na powodach prawdopodobieństwa opiera, n. p. mniemanie, że na innych także planetach żyją istoty rozumne.

Nie każde więc uznawanie czegoś za prawdę jest już przekonaniem, mianowicie ani to, które polega jedynie na powodach podmiotowych, ani owo, które nie ma za podstawę ani przedmiotowych, ani podmiotowych powodów, lecz tylko na prawdopodobieństwie się opiera. Przekonaniem jest tylko takie przeświadczenie o prawdzie, które się zasadza na przedmiotowych i podmiotowych powodach, które jest wynikiem wiedzy, nabytej czy to przez własne zmysłowe spostrzeżenia, czy to na drodze prawidłowego rozumowania. Gdy mówimy o przekonaniu, nie należy więc przez to rozumieć ani owego nieokreślonego zdania, z którego nie możemy sobie zdać sprawy, wywołanego chwilowem rozbudzeniem wyobraźni, tajemni wrażeniami uczuć lub siły wymowy, ani instynktowego pocucia prawdy, ani też mniemanie, choćby dość silnego, nieświadomego wszakże przyczyn, które je spowodowały.

Mówiąc więc o przekonaniu, możemy mieć na myśli jedynie przekonanie rozumowe, oparte na zasadach zdrowego rozumu, które każdej chwili zdołamy uzasadnić powodami, mogącemi wytrzymać wszelką krytykę rozumową, czyli uza-

sadnione przekonanie rozumowe. Przekonanie zatem, jako nieomylny wynik z rozumowego i sumiennego zbadania wszystkich za i przeciw mówiących powodów, musi się opierać na powodach uzasadniających je i zgadzających się ze zdrowym rozumem. Gdy więc przekonanie musi mieć swe logiczne uzasadnienie, nie dość jest twierdzić, że się jest przekonany, lecz należy uzasadnić to swoje przekonanie. W tym względzie różni się przekonanie sędziów przysięgłych od przekonania sędziów stałych. Sędzia przysięgły, wyrokując według własnego przekonania, z którego nikomu nie zdaje sprawy, nie ma też obowiązku uzasadnienia go i przedstawienia powodów logicznych, które w nim takie, a nie inne wyrobiły przekonanie. On przekonanie swoje przed nikim, chyba tylko przed własnem usprawiedliwia sumieniem. Inaczej rzecz się ma co do stałych sędziów, którzy aczkolwiek sądzą podług własnego wewnętrznego, żadnem prawidłem ustawowem nie skrępowanego przekonania, winni jednak uzasadnić je logicznie t. j. przytoczyć logiczne powody, na których opierają swoje przekonanie o prawdziwości faktów rozstrzygających spór — czyli innemi słowy: winni swój wyrok upowodować i powody rozstrzygnięcia (*motiva judicati* — *Entscheidungs-Gründe*) przedstawić. (U. o. p. d. z dnia 27. Kwietnia 1873 §. 71).

§. 10.

Czy i gdzie istnieje jedna lub druga z tych teorii w całej swej odrębności?

Ani ustawowa, ani wolna teoria dowodów nigdzie nie jest wyłącznie w zupełnej swej odrębności przeprowadzoną.

Wolna teoria dowodów, przeprowadzona bez najmniejszego ograniczenia, bez najmniejszego dodatku jakiegobądź reguły dowodowej, mogłaby istnieć głównie w sądach przysięgłych, które, jak z natury rzeczy wypływa, żadnym przepisem prawa, żadną regułą dowodową nie związane, sądzą

jedynie według własnego przekonania. Wiemy jednak, że sądy przysięgłych w Anglii nie sądzą jedynie według wewnętrznego przekonania, lecz według pewnych prawideł dowodowych, wprawdzie nie zebranych w układzie systematycznym, a w znacznej części nigdzie nawet nie spisanych, które atoli przechodzą tradycją z pokolenia na pokolenie, żyją w narodzie i przysięgłym powszechnie są znane.

Podobnie też stała teoria dowodów nigdzie nie istnieje tak, iżby nic niepozostawiono wolnemu ocenieniu sędziego. Każda ustawa, postanawiająca pewne prawidła dowodowe, waruje sędziemu większą lub mniejszą wolność w dochodzeniu prawdy, mianowicie w tych przypadkach, dla których unormowanie pewnych prawideł byłoby niemożliwem.

Zazwyczaj widzimy jedną teorią dowodów złączoną z drugą. Jedna z nich zawsze góruje i stanowi regułę, — druga zaś wyjątek i to w większym, lub mniejszym rozmiarze.

Gdzie ustawowa teoria dowodów przemaga, tam też nie jest zupełnie wykluczone wolne ocenienie sądu w niektórych przypadkach wyjątkowych — i odwrotnie w obcc teorii przekonania, stanowiącej regułę, mają także ustawowe prawidła dowodowe zastosowanie wyjątkowe. I tak ustawa sądowa, dziś obowiązująca, uznaje stałą teorią dowodów, jako zasadę górującą i w powszechności wyklucza wszelkie wolne ocenienie sędziego; dopuszcza je wszakże w drodze wyjątku w niektórych przypadkach w bardzo ograniczonych rozmiarach, n. p. co do dokumentów podejrzanych i dowodu prawdziwości podpisu przez porównanie pism, co do świadków wątpliwych, co do przysięgi nieodkazalnej, uzupełniającej i szacunkowej itp.

Ustawa zaś z 28. Maja 1881, l. 47, normując postępowanie w sprawach lichwiarskich, tudzież ustawa o postępowaniu w sprawach drobiazgowych z dnia 27. Kwietnia 1873, nr. 66 w §. 33. uznają teorią przekonania za regułą zasadniczą. Regulując system dowodowy w ten sposób, iż uwalnia sędziego przy ocenieniu prawdy od ścieśniających więzów prawnych,

orzeka pomieniona ustawa o postępowaniu drobnostkowym w §. 33, że kwestyą: czy fakt naprowadzony w procesie ma być uważany za prawdziwy, lub nie — rozstrzyga sędzia, nie według pewnych reguł dowodowych, lecz według własnego przekonania. Powołany §. 33. upoważnia więc sędziego nie tylko do ocenienia przeprowadzonego dowodu, ale także do osądzenia: czy dowód w danym przypadku jest potrzebny lub nie; mianowicie: czy fakt przez jedną stronę naprowadzony, a przez stronę przeciwną zaprzeczony, potrzebuje koniecznie dowodu, czy więc strona, przedstawiająca fakt, zaprzeczony przez przeciwnika, ma obowiązek udowodnienia prawdziwości tego faktu, jak tego wymaga w postępowaniu zwyczajnem ustawa sądowa w §. 170. Nie każde zaprzeczenie przy rozprawie ustnej i jawnej pociąga za sobą obowiązek dowodzenia; jest raczej rzeczą sędziego ocenić wiarygodność zaprzeczeń podług wyniku całej rozprawy i na tej podstawie osądzić, czy fakt aczkolwiek zaprzeczony, ma uznać za prawdziwy, czy też ma żądać od strony dowodu.

Nie ma reguły bez wyjątku — nie ma też ustawy, która przyjmując pewien system dowodowy, nie dopuszczałaby wyjątków. Tak też i ustawa o p. d. w §. 33 orzeka: że sędzia ma według swego przekonania osądzić prawdziwość faktów przywiedzionych w procesie, o ile w tej samej ustawie nie znajdzie innego postanowienia, t. j. pewnych prawideł dowodowych, których nawet w postępowaniu drobnostkowym trzymać się musi. Wyjątkowe przypadki, w których ustawa o p. d. ogranicza sędziego w ocenieniu dowodów według własnego przekonania, przypisując mu pewne reguły dowodowe, są następujące:

1. Pierwszy wyjątek tyczy się dokumentów. Albowiem wszystkie postanowienia ustawowe, przyznające dokumentom, zeznanym w formie prawnej, moc zupełnego dowodu, wiążą sędziego także w postępowaniu drobnostkowym (§. 36 u. o. p. d.)

Wyjątek ten, krępujący sędziego w ocenieniu dowodności dokumentów, da się ze wszech miar usprawiedliwić, i to z powodów, które poniżej w §. 38 przytoczymy.

2. Drugi wyjątek ma miejsce w razie zaoczności; albowiem w razie niestawienia się jednej ze stron spór wiodących, winien sędzia fakta naprowadzone przez stronę przeciwną, uznać za prawdziwe (§. 28).

Prócz tych dwóch w ustawie o p. d. wyraźnie wypowiedzianych wyjątków, są jeszcze inne, które aczkolwiek wyraźnie nie wypowiedziane, jednak niewątpliwie z tej samej ustawy wypływają, a mianowicie:

3. Dalszy wyjątek odnoszący się do przyznania, bo jeżeli sędzia w razie zaoczności jednej strony fakt przedstawiony przez drugą musi uznać za prawdziwy, tem bardziej musi uznać fakt za dowiedziony, jeżeli strona przeciwna w toku procesu i w obec sądu wyraźnie go przyznaje. Wypływa to z §. 88 U. o p. d., który odwołuje się do ogólnych przepisów proceduralnych, o ile ustawa o p. d. co do pojedynczych przypadków nie zawiera szczególnych postanowień; a tem samem zatwierdza przepis §. 173 U. s.

4. Z tego samego powodu winien sędzia w procesie drobnostkowym nie tylko to uznać za prawdę, za czem prawne przemawia domniemanie (§. 171 u. s.) — lecz:

5. I to, co strona sama, przesłuchana pod przysięgą w przymiocie świadka, własną stwierdzi przysięgą (§. 53). Wynika to z natury rzeczy, bo jeżeli przysięga ma zachować charakter aktu religijnego, rozstrzygającego o rzeczywistości faktu sprawdzić się mającego, musi sędzia fakt przysięgą stwierdzony uznać za prawdziwy.

6. Ostatni wyjątek jest następujący: Jeżeli przeciwnik strony dowodzącej nie zastosował się do sądowego nakazu przedłożenia dokumentu, którego posiadanie przyznał, w takim razie §. 38 ustawy o p. d. pozostawia ocenieniu sędziego, czy twierdzenie strony dowodzącej co do osnowy dokumentu za udowodnione uznać należy.

Podobne postanowienie zawiera także art. 37 ustawy handlowej z dnia 17. grudnia 1862 l. 1. według którego może sędzia w toku sporu na wniosek jednej strony nakazać stronie przeciwnej, ażeby przedłożyła księgi kupieckie; różni się jednak to postanowienie od przepisu wyżej powołanego §. 38 tem, iż w razie nie przedłożenia ksiąg kupieckich, treść onychże, przez drugą stronę utrzymywana, na niekorzyść strony wzbraniającej się, za dowiedzioną uznana będzie.

Jeżeli więc powstaje spór handlowy, nadający się do postępowania drobnostkowego, a jedna ze stron prawujących się żąda od przeciwnej przedłożenia ksiąg kupieckich, nasuwa się pytanie: czy w razie nie przedłożenia onychże §. 38 *U. o p. d.* — czy zaś *art. 37. u. h.* ma mieć zastosowanie?

Zważywszy, że ustawa handlowa jest ustawą specjalną (*lex specialis*), a *lex specialis derogat generali* — zważywszy dalej, że §. 88 *u. o p. d.* zatwierdza nie tylko przepisy ustawy sądowej, lecz w ogóle wszelkie postanowienia ustawowe, odnoszące się do postępowania sądowego w sprawach spornych, do których przepis art. 37 *u. h.* niewątpliwie należy — mniemamy, że w razie nieprzedłożenia ksiąg kupieckich w procesie drobnostkowym, art. 37 *u. h.* — hynajmniej zaś przepis §. 38 *U. o p. d.* stosowanym być ma; że zatem co do kwestyi: czy treść ksiąg kupieckich przez stronę dowodzącą przedstawiona, ma być uznana za dowiedzioną, nie rozstrzyga uznanie sędziego, lecz wyraźny przepis artykułu 37 *u. h.*

§. 11.

Nowsze legislacye przyjmują zasadę wolnego oceniania dowodów.

Odkąd w prawodawstwie karnem ustaliła się zasada: że kwestya faktu (*die Thatfrage*) ma podlegać wolnemu ocenieniu sędziego — odtąd tak nauka, jak praktyka i nowsze prawodawstwa dążą z całą stanowczością do uwolnienia sę-

dziego także w procesie cywilnym od więzów prawnych, krępujących go przy osądzeniu kwestyi faktu. Legislacye, które przyjęły zasadę ustności i bezpośredności postępowania i z nią ściśle złączoną zasadę wolnego oceniania prawdziwości faktów spornych, nie potępiły wprowadzie i nie zniosły owych prawideł dowodowych, które się w biegu wieków wyrobiły i uznanie powszechnej użyteczności pozyskały; wszelako nie umieściły ich w ustawach, aby im nie nadać mocy obowiązującej i krępującej sędziego przy dociekaniu prawdy. Mimo przyjęcia zasady: iż sędzia ma podług wolnego przekonania osądzić, czy fakt naprowadzony w procesie za prawdziwy uznany być ma, lub nie, dopuszczają jednak wszystkie ustawy niektórych wyjątków, już powyżej w §. 10 wymienionych.

I tak najnowszy projekt rządowy do ustawy sądowej, w roku 1881 Radzie państwa po raz czwarty przedłożony, zawiera w §. 298 postanowienie treści następującej: Das Gericht hat nach sorgfältiger Würdigung des ganzen Inhaltes der Verhandlung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr, oder für nicht wahr zu halten ist. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den in diesem Gesetze bezeichneten Fällen gebunden. Die Umstände, welche für die Überzeugung des Gerichtes massgebend gewesen sind, hat dasselbe in der Begründung seiner Entscheidung anzugeben.

Tę samą zasadę ogłosiła niemiecka ustawa sądowa z 30. stycznia 1877 w § 259, którego treść jest następująca: Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr, oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

Aczkolwiek nas dotąd obowiązuje ustawa sądowa z 19. grudnia 1796, ułożona na zasadzie stałych prawideł dowodowych, a tem samem wykluczająca wolne przekonanie sędziego przy dociekanii prawdy, mimo to już spostrzegamy, iż sądy, idąc za prądem nowoczesnych dążeń reformacyjnych, zaczynają oswajać się z zasadą wolnego oceniania dowodów i wyłamywać się z pod abstrakcyjnych reguł dowodowych, których ścisłe i bezwzględne zastosowanie w każdym bez wyjątku przypadku, zmusza nie raz sędziego przyjąć coś za prawdę, co według jego przekonania nie zgadza się z istotną prawdą. W szczególności spotykamy się już częściej z wyrokami, opartymi na dowodzie pośrednim o którym poniżej w §. 13 mowa będzie.

§. 12.

Podziały dowodów.

§. 12.

Dowód (Beweis) ^{niotowym jest to} zbiór powodów, przemawiających za prawdą twierdzenia. **Podziały dowodów.** Czasownik „dowodzić“ (beweisen) oznacza czynność strony celem dostarczenia sądowi swych powodów. Dowodzenie (Beweisführung) więc jest to ogół czynności stron, zmierzających do tego, aby sądowi przedstawić powody, które go mają przekonać o prawdziwości twierdzeń przywiedzionych w procesie. Dowodzenie jest czynnością stron.

Środki, których używa strona celem sprawdzenia swoich twierdzeń, przywiedzionych w procesie, nazywamy środkami dowodowemi — środkami dowodzenia (Beweismittel) §. 3.

W obrębie ustawowej teorii dowodów, odróżniamy różne rodzaje dowodów, jako to: dowód bezpośredni i pośredni, dowód ze zbiegu okoliczności i dowód z domniemań, dowód zupełny i niezupełny, zwyczajny i sumaryczny, pojedynczy i złożony — doraźny i niedoraźny.

Prócz tego wymaga także bliższego objaśnienia dowód przeciwny czyli odwód, — nie mniej dowód faktu dodatniego i ujemnego.



§. 13.

Dowód bezpośredni i pośredni, i dowód ze zbiegu okoliczności.

Dowód bezpośredni, naturalny (directer, unmittelbarer, natürlicher Beweis) sprawdza wprost i bezpośrednio fakt, wywierający wpływ stanowczy na rozstrzygnięcie sporu — dowód zaś pośredni, sztuczny (indirecter, mittelbarer, künstlicher Beweis) nie stwierdza wprost i bezpośrednio faktu, rozstrzygającego spór, lecz stwierdza inny fakt, z którego prawdziwość faktu, rozstrzygającego spór, wypływa za pomocą sylogizmu z logiczną koniecznością n. p. Dokument, którym Paweł zeznaje, że 100 zł. od Piotra pożyczył, stanowi bezpośredni; dokument zaś, którym Paweł przyrzeka Piotrowi płacić nadal wyższy od umówionego procent od otrzymanej pożyczki 100 zł. stanowi pośredni dowód otrzymanej pożyczki 100 zł. Dowód, że wystawiciel dokumentu nie umie pisać, albo że w czasie wystawienia dokumentu już nie żył, jest dowodem pośrednim nieprawdziwości podpisu wystawiciela. Dowód t. z. alibi jest dowodem pośrednim niespełnienia dziecka, lub nie zawarcia kontraktu w pewnym miejscu i czasie.

Aby dowód pośredni miał tę samą moc przekonywującą, co dowód bezpośredni, t. j. aby zrodził prawną pewność faktu spornego, potrzeba, ażeby fakt sprawdzony z faktem prawdzić się mającym, był w związku logicznej konieczności, w stosunku przyczyny do skutku (in nexu causalitatis) t. j. ażeby według zasad logiki z prawdziwości jednego faktu, wypływała koniecznie prawdziwość drugiego. Jeżeli między jednym i drugim faktem nie ma tego koniecznego przyczynowego związku, wtedy pewność względem jednego faktu, nie daje tej samej pewności względem drugiego, lecz tylko prawdopodobieństwo większe lub mniejsze. W takim razie wywnioskowanie prawdziwości drugiego faktu, oparte

jedynie na prawdopodobieństwie, nie jest dowodem pośrednim, lecz tylko prostem domniemaniem (*Vermuthung* — *praesumptio*) — n. p. bogacz pozwany o zapłacenie pożyczki 1000 zł. dowodzi, że powód żyje z jałmużny, on (pozwany) zaś posiada majątek milionowy i wyprowadza z tąd wniosek, iż nie tylko nie potrzebował pożyczać, lecz nie mógł nawet tak znacznej pożyczki otrzymać od biednego jałmużnika.

Tak dowód pośredni, jak domniemanie przypuszczają fakt już dowiedziony, z którego wyprowadzamy wniosek na istnienie lub nieistnienie innego faktu. W tym kierunku zgadza się dowód pośredni z domniemaniem. To też dało powód, iż niektórzy prawnicy stawiają na równi dowód pośredni z domniemaniem; wszelako niewłaściwie. Albowiem między jednym a drugim wielka zachodzi różnica, która na tem polega, iż domniemanie opiera się jedynie na prawdopodobieństwie, dowód zaś pośredni wymaga związku przyczynowego między faktem dowiedzionym i faktem z niego wywnioskowanym. Fakt za pomocą dowodu pośredniego sprawdzony jest koniecznem następstwem innego faktu; obydwie te fakta są do siebie w nierozzerwalnym związku przyczyny do skutku; fakt zaś domniemany nie jest koniecznym, lecz tylko zwyczajnym, prawdopodobnym skutkiem innego faktu. Dlatego też dowód pośredni według zasad logiki rodzi pewność — dowód zaś oparty jedynie na prostem domniemaniu, rzadko kiedy więcej nad prawdopodobieństwo.

Fakt sporny za pomocą dowodu pośredniego sprawdzić się mający, musi wynikać z logiczną koniecznością z jednego lub z kilku innych faktów już sprawdzonych. Jeżeli jeden fakt jest niewystarczającym, aby z niego samego wyprowadzić wniosek logiczny na istnienie lub nieistnienie innego faktu rozstrzygającego spór, w takim razie należy przedstawić i udowodnić więcej faktów, będących w harmonijnym związku i popierających się nawzajem tak, aby sędzia mógł z nich wyprowadzić wniosek uzasadniony na prawdziwość faktu, wpływającego stanowczo na rozstrzygnięcie sporu.

Dowód faktu rozstrzygającego spór, wyprowadzony z kilku innych faktów, nazywają prawnicy dowodem ze zbiegu okoliczności (*Indicienbeweis, Anzeigenbeweis, circumstantieller, oder Beweis durch Zusammentreffen der Umstände; probatio ex concursu circumstantiarum*).

Nasuwa się pytanie: czy też dowód ze zbiegu okoliczności jest dopuszczalnym w procesie cywilnym według ustawy sądowej obecnie obowiązującej?

Odpowiedź na to pytanie wymaga rozróżnienia dwóch możliwych przypadków:

1. Jeżeli strona naprowadza i udowadnia takie fakta, z których fakt sporny, sprawdzić się mający, z nieubłaganą koniecznością wypływa, a zatem przedstawia się sędziemu nie tylko jako prawdopodobny, ale jako konieczny skutek innych faktów dowiedzionych, — tak, iż bez, lub obok tych innych faktów powstać i istnieć by nie mógł, w takim razie dowód ze zbiegu okoliczności właściwie niczem innem nie jest, jak wywodem logicznym, a zatem dowodem pośrednim, który rodzi pewność prawną; skoro bowiem powody przemawiające za istnieniem lub nieistnieniem faktu spornego przybierają cechę logicznego związku przyczynowego, sędzia widzi się siłą logiki zniewolonym, uznać za prawdę to, co zdrowy rozum uznać za prawdę nakazuje. Że zaś dowód pośredni, jako dowód przeprowadzony za pomocą rozumowania logicznego, w procesie cywilnym jest dopuszczalnym, nie ulega najmniejszej wątpliwości. Ustawy sądowa o nim wprawdzie nigdzie nie wspomina i dopiero węgierska ustawa sądowa w §§. 105 i 182 orzekła: że prawda także pośrednio za pomocą wniosku logicznego z faktów zupełnie dowiedzionych sprawdzoną być może. Nie można jednak wątpić o dopuszczalności dowodu pośredniego, raz dlatego, że żadna ustawa, jeżeli nie ma na siebie ściągnąć zarzutu niedorzeczności, nie może wniosku logicznego uznać za niedopuszczalny — powtóre i z tego powodu, że w razie wykluczenia dowodu pośredniego, dowód niektórych okoliczności,

wywierających wpływ stanowczy na osądzenie sprawy, w bardzo wielu przypadkach byłby wręcz niemożliwym, a w szczególności wtedy, gdy chodzi o udowodnienie czynności wewnętrznych, odbywających się w duszy człowieka, które nie podpadają pod zmysły, nie są więc przedmiotem pojawu i spostrzeżenia, a zatem bezpośrednio sprawdzić się nie dadzą — jako to: gdy chodzi o udowodnienie wiedzy, pojęcia, mniemania, woli, wiary dobrej lub złej, złego zamiaru lub nieuwagi, woli spadkodawcy, pobudki pominięcia dziecka, myśli stron zawierających kontrakt, czynności pozornej, bojaźni, obłądu i t. p. Ustawa cywilna w §§. 55, 326, 328, 388, 572, 655, 673, 777, 863, 914, 916, 949, 1431 i 1477 uznaje wyraźnie dowód ze zbiegu okoliczności, oparty na wnioskach logicznych, za dopuszczalny — używając wyrazów: beweisen, erweisen, erweislich machen durch Gründe, die keinen vernünftigen Zweifel übrig lassen.

Dlatego też i praktyką sądową posługuje się dowodem pośrednim. Liczne wyroki Sądu najwyższego, umieszczone w zbiorze Glasera i Ungera pod l. 6, 28, 122, 133, 274, 325, 373, 469, 473, 493, 535, 626, 634, 776, 917, 968, 1067, 1091, 1136, 1161, 1596, 1613, 1729, 2294, 2660, 3627, 4174, są tego dowodem. Wyroki dopiero co powołane nazywają dowód wyprowadzony z innych faktów, dowodem ze zbiegu okoliczności (Judicienbeweis), nie ulega jednak według ich osnowy najmniejszej wątpliwości, że one dowód ten tylko w tem znaczeniu za dopuszczalny uznają, jeżeli fakt, dowieść się mający, wypływa z innych faktów dowiedzionych z tak zniewalającą koniecznością, iż o jego prawdziwości według zasad logiki nawet wątpić niemożna. W takim atoli razie dowód ten jest właściwie dowodem pośrednim. Na poparcie tego twierdzenia może posłużyć treść jednego z powyżej powołanych wyroków. I tak wyrok sądu najwyższego z dnia 12. Lipca 1854, l. 6272 (w zbiorze Glasera nr. 28) potwierdzający dwa równobrzmiące wyroki sądów niższych, orzekł: Wiewohl die von dem Kläger in der gegen

die Verlassenschaft des B. auf Zahlung von 120.000 Lire eingebrachten Klage vorgelegte, von B. und drei (schon vor Einbringung der Klage verstorbenen) Zeugen unterfertigten Urkunde, welche ihrem Inhalte nach als Schenkung auf den Todesfall „zur Entlastung seines Gewissens und zum Ersatze angerichteten Schadens“ erscheint, von den Kunstverständigen übereinstimmend als echt erkannt wurde, dennoch behandeln sie alle drei Instanzen als unrecht, und zwar, weil Umstände vorhanden waren, welche so concludent schienen, dass sie in ihrem Zusammentreffen jenen erschöpfenden Indicienbeweis herstellen, welcher nach den Forderungen der Gerechtigkeit und nach den Regeln der Logik bis zum vollen gesetzlichen Beweis sich erhebt und unbedingte Gewissheit verschafft, — Umstände, welche um so mehr geeignet waren, den vom Kläger geführten Beweis durch Kunstverständige zu entkräften, weil obnehin das Gesetz dem Beweise durch Vergleichung der Handschriften nur eine untergeordnete Bedeutung beilegt — wie z. B. dass die Urkunde nicht legalisirt ist, während doch unter den unterfertigten Zeugen ein Notar war; dass der verstorbene B. zum Kläger durchaus keine freundschaftlichen Beziehungen hatte, vielmehr dem letzteren gar nicht gestattete, sein Haus zu betreten; dass zur Zeit der angeblichen Ausstellung der Urkunde in dem Orte die Cholera herrschte, welcher B. regelmässig aus dem Wege ging; dass B. ein durchaus nicht freigebiger Mann, dieser angeblich viele Jahre vor seinem Tod erfolgten Schenkung gegen Niemand Erwähnung that; dass Kläger zu einer Zeit, wo er angeblich schon im Besitze dieser Urkunde war, den B. geschmäht und behauptet hatte, er sei ihm Geld schuldig u. s. w.

Aby dowód ze zbiegu okoliczności miał tę samą moc przekonywującą, co dowód bezpośredni lub pośredni, należy przy uwadze, że on jedynie na prawdziwości premis i na trafności wniosku polega, a tem samem nie zawsze jest ze wszech miar pewnym, dopuszczalność jego od pewnych warunków zawisłą uczynić — a mianowicie:

Strona, która nie chce, a raczej nie może przeprowadzić dowodu prawdy swoich twierdzeń, ani bezpośrednio, ani pośrednio przez udowodnienie jednego tylko faktu, z którego jako premisy, jużby wynikała prawdziwość faktu rozstrzygającego spór, może go jednak przeprowadzić, naprowadzając mnogość faktów, z których żaden sam przez się jeszcze nie jest dostatecznym, by z niego wyprowadzić logiczny wniosek na istnienie lub nieistnienie faktu spornego, rozstrzygającego spór, które jednak razem wzięte zniewalają siłą logiki do uznania rzeczywistości faktu, z nich wypływającego. Lecz, aby one miały ten skutek, nie dość przytoczyć owe fakta, lecz należy je także zupełnie udowodnić, jako premisy, z których ma się wyprowadzić wniosek; bo trafność wniosku zależy od prawdziwości premis. Dowód tych faktów nie może być innym, jak bezpośrednim. Wszystkie te fakta muszą nadto wspierać się nawzajem, być zgodne z sobą i przedstawiać jedną całość harmonijną, nie wzruszoną żadną okolicznością przeciwną, któraby ją osłabiła lub wcale zwichnąć mogła, bo sprzeczność ich zrodziłaby wątpliwość co do faktów, z istnienia których dalsze wnioski mają być wysnute. Nareszcie musi między temi faktami dowiedzionemi i faktem sprawdzić się mającym, istnieć taki związek przyczynowy, iżby według prawideł logiki fakt inny, jak wywnioskowany, był niemożliwym. Ztąd wynika, że dowód ze zbiegu okoliczności w tym tylko razie miejsce mieć może, jeżeli strona dowodząca naprowadzi i bezpośrednio udowodni mnogość faktów, będących z sobą w najściślejszym związku harmonijnym, a żadnym faktem przeciwnym nie osłabionych, z których prawdziwość faktu spornego, rozstrzygającego spór, wypływa z logiczną koniecznością. Jeżeliby sędzia z faktów naprowadzonych, nie mógł nabyć zupełnego przekonania o rzeczywistości faktu rozstrzygającego spór, wszelako upatrywał w nich większy nad połowę dowód (*mehr als einen halben Beweis*; słowa §. 286 U. s.) wymagający jedynie uzupełnienia, aby się stał dowodem pełnym, w takim

razie może sędzia przypuścić stronę do wykonania ofiarowanej przez nią przysięgi uzupełniającej.

Rozróżnienie dowodu bezpośredniego i pośredniego nie ma znaczenia i doniosłości praktycznej tam, gdzie obok postępowania ustnego i jawnego, rządzi zasada logicznego badania prawdy, czyli wolna teoria dowodów; bo czy sędzia drogą bezpośrednią, czy pośrednią wyśledzi prawdę, jest rzeczą obojętną, byle nabył przekonania o prawdzie i mógł je uzasadnić. Co więcej, przy zasadzie logicznego badania prawdy, dowodzenie pośrednie za pomocą rozumowania czyli wyprowadzania wniosków logicznych i wydobywanie jednej prawdy z drugiej już poprzednio stwierdzonej; a tem samem i dowód ze zbiegu okoliczności; w ogóle zużytkowanie każdej, choćby najdrobniejszej okoliczności, pojawiającej się niemal w każdym procesie przy ustnej rozprawie, słowem zupełna wolność sędziego w dochodzeniu prawdy, są prawie na porządku dziennym — bo przy wolnej teorii dowodów rozstrzyga ostatecznie uzasadnione przekonanie sądu, a obojętnem jest, co je wywołało, byle było uzasadnionem. Choć i pod wpływem zasady logicznego badania prawdy dowód pośredni ważną odgrywa rolę; mimo to niektóre z nowszych ustaw sądowych, opartych na tej zasadzie, uznały za zbyt uczynne o nim, jako naturalnym jej wyniku, wyraźną uczynić wzmiankę.

2. Jeżeli zaś fakta naprowadzone w procesie są tego rodzaju, iż fakt sporny, mający wpływ stanowczy na osądzenie sprawy, nie jest koniecznym, lecz jedynie prawdopodobnym ich wynikiem, w takim razie dowód ze zbiegu okoliczności tego rodzaju, oparty jedynie na prawdopodobieństwie t. j. dowód z prostych domniemań, nie jest dowodem pośrednim i w procesie cywilnym niedopuszczalnym. Albowiem niezachwianą jest zasada naszego prawa procesowego, że sędzia tylko ten fakt za prawdziwy uznać może, który środkami dowodowymi, ustawą sądową za dopuszczalne uznaniem i w formie przepisanej użytymi, sprawdzony został.

Nie wolno więc sędziemu nawet takiego faktu uznać za prawdziwy, o którego rzeczywistości sam prywatną powziął wiadomość, a tem mniej wolno mu przyjąć fakt, za prawdziwy na podstawie samego prawdopodobieństwa, czyli domniemywać się rzeczywistości faktu; w razie przeciwnym runęłaby cała budowa zwyczajnego postępowania sądowego, oparta na podstawowej zasadzie stałych prawideł dowodowych. Nadto trzeba i to uwzględnić, że ustawa sądowa, dopuszczając jedynie domniemywań ustanowionych przez prawo (§. 171 U. s.), o dowodzie ze zbiegu okoliczności, które rodzą tylko proste domniemanie, nie wspomina — a przecież o nim wspomnieć i to przynajmniej wyraźnie postanowiłby musiała, ile i jakiego rodzaju potrzeba faktów, ażeby osiągnąć dowód prawny. Gdy zaś ustawa sądowa żadnych nie postanowiła prawideł co do warunków dopuszczalności i sposobu użycia dowodu z prostych domniemań, sędzia nie będąc żadną ustawą związanym, posiadałby nieograniczoną wolność oceniania prawdy, podczas gdy ustawa sądowa co do wszystkich innych dowodów i to nierównie pewniejszych, bardzo oględnie postępuje, oznaczając granicę względem dopuszczalności i wartości każdego środka dowodowego z osobna. Nawet w procesie drobnostkowym, w którym sędzia według własnego przekonania ocenia dowody, musi on mieć o fakcie spornym przekonanie logicznie uzasadnione (§. 71 U. o p. d.), nie może więc uznać faktu za prawdziwy na podstawie samego domysłu. Wprowadzenie dowodu ze zbiegu okoliczności, które rodzą jedynie proste domniemanie, stałoby się źródłem największej niepewności wyroków, a zatem instytucją nader niebezpieczną.

§. 14.

Dowód z domniemań.

Często pojawiają się fakta z sobą tak złączone, że z istnienia jednego wnioskujemy zazwyczaj na istnienie lub nieistnienie drugiego, aczkolwiek nie dowiedzionego, jedynie

na zasadzie prawdopodobieństwa. Wnioskowanie z rzeczywistości jednego lub kilku faktów na rzeczywistość drugiego, nie oparte na prawidłach logicznej konieczności, lecz jedynie na prawdopodobności, a zatem nie dające zupełnej pewności, lecz jedynie prawdopodobieństwo, domysł, przypuszczenie — nazywamy domniemanie (Vermuthung — praesumptio.)

Rozróżniamy dwa rodzaje domniemań: prawne, czyli ustanowione prawem (gezetztliche- oder Rechtsvermuthungen — praesumptio juris vel legis) i proste czyli nie ustanowione prawem (einfache Vermuthungen — praesumptio hominis seu iudicis).

Domniemanie proste jest to wnioskowanie z danych faktów na fakt nieznaną według prawideł zwyczajnego biegu rzeczy, któremu atoli ustawa żadnej mocy dowodowej nie przyznaje. Domniemanie proste rodzi wprawdzie większe lub mniejsze prawdopodobieństwo faktu spornego, wszelako nie zastępuje dowodu i nie uwalnia od obowiązku dowodzenia faktu domniemanego, jeżeli mu ustawa nie nadaje cechy prawdy formalnej. Sędzia bowiem to tylko może przyjąć za prawdę, co mu ustawa za prawdę przyjąć pozwala; n. p. rozporządzenie spadkodawcy, którem cały swój majątek zapisuje osobom zupełnie obcym, z pominięciem własnych dzieci, którym zawsze okazywał miłość i przywiązanie ojcowskie, ma przeciw sobie wszelkie prawdopodobieństwo, wszelako zachodzi tu jedynie proste domniemanie.

Domniemanie zaś prawne jest to, które na mocy ustawy szczególnej przywiązane jest do pewnego faktu.

Domniemania z prawa dają się jeszcze ze względu na skutek, jaki sprawiają, podzielić na domniemanie ściśle prawne (praesumptio juris vel legis) t. j. takie, które dopuszczają dowodu przeciwności (widerlegbare Vermuthungen) i na domniemania z prawa bezwarunkowe czyli niezachwiane (praesumptio juris et de jure — unwiderlegbare Vermuthungen) które nie dopuszczając dowodu przeciwności, nie dają się nim zniweczyć.

Wszystkie prawie domniemania prawne, które prawo cywilne ustanawia (§§. 17, 23—25, 35—37, 55, 56, 99, 138, 155—157, 160—163, 179—182, 278, 323, 328, 356, 360, 372, 388, 518, 529, 567, 620, 628, 655—683, 724, 791, 839, 854, 857, 915, 924, 925, 1029, 1030, 1033, 1082, 1084, 1088, 1107, 1158, 1177, 1203, 1224, 1237, 1238, 1247, 1296—1298, 1319, 1316, 1427—1430) są domniemaniami, które ulegają zasadzie: „*praesumptio cedit probationi*“.

One przemawiają zazwyczaj za ziszczeniem się pewnego faktu, n. p. śmierci osoby nieobecnej lub zaginionej (§§. 24, 278), prawnego rodu (§§. 138, 155), spółdzenia dziecka nieślubnego (§. 163) słabości bydłęcia przed odebraniem jego (§. 924) zapłaty procentów (§. 1327) uiszczenia dawniejszego długu uprocentowanego (§. 1429), uczynionej spłaty długu w razie zwrócenia skryptu (§. 1428) i t. d. — niekiedy zaś, lecz bardzo rzadko za pewnem uprawnieniem, n. p. z położenia i jakości ściany granicznej, wywodzi się wniosek na niepodzielną własność (§. 857) z samego posiadania skryptu, opiewającego na okaziciela, należy wnioskować na jego legitymacją prawną t. j. że jest wierzycielem.

Niektóre atoli domniemania prawne, nie są właściwie domniemaniami w ścisłym tego słowa znaczeniu; ponieważ w niektórych przypadkach faktu prawnie domniemane, wcale nie są prawdopodobnemi, n. p. równoczesna śmierć kilku osób (§. 25). Ustawa jednak normuje je jako prawdę doczasową (*Interims-Wahrheit*) aby wszelkim chwiejnym przypuszczeniom i niepewności sędziego tamę położył.

Domniemania ściśle prawne uwalniają stronę, za której twierdzeniem przemawiają, od obowiązku dowodzenia (§. 171 U. s.). Strona więc powołująca się na nie, nie jest obowiązana dowodzić faktu prawnie domniemanego, a sędzia musi go uznać za prawdziwy, dopóki strona przeciwna nie dowiedzie przeciwnieństwa.

Aczkolwiek domniemanie z prawa uwalnia stronę od

obowiązku dowodzenia faktu prawnie domniemanego, wszelako nie uwalnia jej od wszelkiego dowodzenia; albowiem faktyczna podstawa domniemania t. j. ów fakt, do którego ustawa przywiązuje domniemanie, zawsze dowiedzionym być musi. Ustawa ułatwia jedynie stronie dowodzenie, pozwalając jej, aby zamiast faktu, którego właściwie dowieść należało, udowodniła inny fakt, z istnienia którego ustawa każe wnioskować na istnienie tamtego; t. j. ustawa dopuszcza dowodu pośredniego. I tak n. p. dłużnik który twierdzi, że dług zapłacił, może udowodnić spłatę bądź bezpośrednio n. p. zeznaniem świadków, bądź też pośrednio, dowodząc, że wierzyciel zwrócił mu skrypt, ponieważ ustawa cywilna w §. 1428 każe z tego faktu domniemywać się spłaty. Jeżeli więc dłużnik chce się powołać na domniemanie z prawa §. 1428 U. c., winien dowieść, że wierzyciel zwrócił mu skrypt, t. j. winien dowieść owej premisy faktycznej, z którą ustawa łączy domniemanie spłaty długu.

Domniemania ściśle prawne dopuszczają dowodu przeciwnego t. j. jeżeli jedna strona powołuje się na domniemanie z prawa, wolno stronie przeciwnej dowodzić przeciwności tego, co z mocy ustawy za prawdę doczasową ma być uznanem. Przedmiotem tego dowodu przeciwnego może być przeciwność, bądź to faktycznej premisy domniemania n. p. że wierzyciel nie zwrócił dłużnikowi skryptu, lecz że go zgubił, a dłużnik znalazł (§. 1428) albo n. p. w razie §. 23. U. c. że dziecko nie urodziło się — bądź też samego faktu prawnie domniemanego n. p. że dłużnik długu nie zapłacił, albo że dziecko nieżywe urodziło się. Dowód wymierzony przeciw faktycznej podstawie domniemania, udowodnionej przez stronę powołującą się na nie, jest dowodem przeciwnym. O ile zaś przedmiotem dowodu ze strony przeciwnika nie jest faktyczna podstawa domniemania, lecz sam fakt prawnie domniemany, dowód ten, według zdania wielu prawników, nie jest właściwie dowodem przeciwnym czyli odwozem (Gegenbeweis —

reprobatio) w ścisłym tego słowa znaczeniu, ponieważ dowód przeciwny wymaga dowodu pierwszego, którego tu nie ma; domniemanie bowiem nie jest dowodem, przeciwnie uwalnia stronę od obowiązku dowodzenia faktu z prawa domniemanego (§. 171 U. s.). Ustawa cywilna zaś nazywa w §. 1428 dowód ten dowodem przeciwnym, po części może dlatego, że on jest w istocie dowodem przeciwności tego, co w skutku domniemanie prawnego za prawdę ma być uznanem, po części zaś, ponieważ przemawia przeciw prawdzie twierdzenia strony, powołującej się na domniemanie.

Przeciw temu dowodowi może strona, powołująca się na domniemanie, przedstawić dowód przeciwny t. j. może udowodnić fakt prawnie domniemany, a zatem przedłożyć ten sam dowód, który byłaby musiała pierwotnie złożyć, gdyby nie było domniemanie z prawa, które ją właśnie od złożenia tego dowodu uwolniło. Wszelako dowód ten nie jest odwodem przeciw odwodowi (reprobatio reprobationis) lecz jedynie dopełnieniem pierwszego dowodu, od złożenia którego ustawa uwolniła stronę, pozwalając jej powołać się na domniemanie. N. p. wierzyciel dowodzi, że pomimo zwrócenia dłużnikowi skryptu, spłata długu nie nastąpiła; dłużnik zaś celem odparcia tego dowodu, dopełniając pierwszego dowodu, w następnym piśmie procesowym stawia dowód n. p. ze świadków, że spłata długu w ich obecności w istocie nastąpiła.

Domniemanie z prawa bezwarunkowe czyli niezachwiane, chociaż nie opierają się na prawdopodobieństwie, nie dopuszczają jednak dowodu przeciwnego. Ustawa nie dozwala zbijać wniosku wyprowadzonego z takiego domniemanie, a to z powodu, że prawodawstwo samo uważa dowód przeciwności, bądź to za niemożliwy, bądź też za niedopuszczalny ze względów publicznych. Aczkolwiek dowód przeciwny, wymierzony przeciw wnioskowi samemu, z prawa bezwarunkowo domniemanemu, nie jest dopuszczalnym, wolno

jednak stronie przeciwnej prowadzić dowód przeciw premisie czyli faktycznej podstawie owego domniemania.

Do kategorii domniemań niezachwianych, zaliczają prawnicy następujące:

- a) domniemanie oparte na §. 96 U. c. według którego przeciw temu małżonkowi, który dowiedziałwszy się o zachodzącej przeszkodzie do małżeństwa, mimo to w pożyciu małżeńskim dalej zostawał, przemawia domniemanie niezachwiane, iż zrzekł się prawa żądania unieważnienia małżeństwa.
- b) domniemanie ślubnego pochodzenia dziecka po upływie trzech miesięcy po otrzymanej przez męża wiadomości o urodzeniu się dziecka i zaniechaniu zaprzeczenia prawności tegoż oparte na §. 158 U. c. — nareszcie
- c) domniemanie niezachwianej prawdy faktu uznanego wyrokiem prawomocnym.

Od domniemania należy odróżnić fikcyą prawa (Rechtsfiction) t. j. uznanie przez ustawę pewnego faktu za prawdziwy, który w rzeczywistości nie jest prawdziwym, bo się nie wydarzył, którego przeciwieństwo jest nawet niewątpliwem, n. p. fikcyą, mocą której dziecko przedślubne wskutek następnie zawartego małżeństwa rodziców, za dziecko prawe, a zatem dziecko nieślubne za ślubne uważanem być ma, (§. 161 U. c.) albo fikcyą prawa, według której spuścizna aż do chwili przyjęcia spadku przez spadkobiercę tak uważaną być ma, jak gdyby ją zmarły spadkodawca posiadał (§. 547 U. c.).

Fikcyą prawa i domniemanie niezachwiane różnią się w pojęciu, schodzą się atoli w skutkach prawnych, ponieważ tak jedno jak i drugie nie dopuszcza dowodu przeciwieństwa.

§. 15.

Dowód zupełny i niezupełny.

Dowód jest zupełny (vollständiger Beweis — probatio plena) jeżeli wynik dowodzenia jest tego rodzaju, iż sędzia

fakt sporny według reguł dowodowych za prawdziwy uznać musi — w razie przeciwnym nazywamy go niezupełnym (unvollständiger Beweis — probatio minus plena).

Dowód niezupełny dzieli się na dowód początkowy czyli połowiczny (halber Beweis — semiplena probatio) i dowód większy nad połowę (mehr als halber Beweis, — probatio semiplena major).

Ustawa sądowa dopuszczając półdowodu (§. 188—191, 211, 216 i 285) dzieli poniekąd dowód na dwie połówki t. j. na pierwszą i drugą połówkę, wszelako pod względem dowodności (Beweiskraft) nie uważa obu tych połówek za równe; lecz pierwszą połowę uważa za ważniejszą od drugiej, którą nazywa uzupełnieniem dowodu (Ergänzung des Beweises). Dlatego też ustawa sądowa wymaga nierównie więcej do ustalenia pierwszej połowy dowodu, aniżeli drugiej, którą można przeprowadzić takimi środkami dowodowymi, które do przeprowadzenia dowodu początkowego nie wystarczają.

Dowód zupełny mogą stanowić:

1. przyznanie sądowe lub pozasądowe (§§. 173—177).
2. dokumenta publiczne (§§. 179 i 180).
3. dokumenta prywatne (§. 182) z wyjątkiem ksiąg handlowych i rzemieślników (Art. 34 i 35 U. h.)
4. według uznania sędziego porównanie pism dla sprawdzenia autentyczności dokumentu (§§. 207—209).
5. jednozgodne zeznania :
 - a) dwóch świadków wiarygodnych (§. 211).
 - b) jednego wiarygodnego, drugiego wątpliwego;
 - c) jednego wiarygodnego, a drugiego względnie niedopuszczalnego (d. n. z 14. Lutego 1788, l. 782).
 - d) więcej niż dwóch wątpliwych (§. 211).
 - e) dwóch wątpliwych i jednego względnie niedopuszczalnego (§. 211, 216, 219).
6. jednozgodne zdania dwóch znawców (§. 268).
7. przysięga stanowcza (§. 275).
8. przysięga szacunkowa (§. 288—292).

9. przysięga wyjawiająca (§§. 393, 294).

10. w ogóle dwa półdowody, z których przynajmniej jeden może stanowić pierwszą połowę dowodu (§§. 188—191, 286).

11. prawne domniemanie (§. 171).

12. wnioski logiczne, wyprowadzone z faktów zupełnie dowiedzionych.

Półowę dowodu, a w szczególności:

1. pierwszą połowę, czyli dowód początkowy stanowią:

- a) zeznanie jednego świadka wiarygodnego (§. 211 i d. n. z 14. Lutego 1788, l. 782).
- b) jednozgodne zeznanie przynajmniej dwóch świadków wątpliwych (§§. 211, 219). Wyrok sądu najw. z dnia 3. Stycznia 1867, l. 10562 w Zbiorze Glasera, nr. 2714.
- c) lub jednego wątpliwego i dwóch względnie niedopuszczalnych (wyrok sądu najw. z dnia 10. Czerwca 1869, l. 3488, Zbiór Glasera nr. 3436).
- d) księgi handlowe i rzemieślników (Art. 34 i 35 U. h.)
- e) porównanie pism celem udowodnienia prawdziwości dokumentu, jeżeli sąd uzna, że ono samo przez się nie jest dostatecznem, by stanowiło dowód zupełny (§§. 207, 209).
- f) każdy dowód pośredni, który chociaż u sędziego wzniecił pewność moralną, wymaga jeszcze pewnego poparcia i wzmocnienia, a w szczególności uzupełnienia (n. p. przez przysięgę dopełniającą) ażeby stał się zupełnym dowodem prawnym (§. 286 — wyroki sądu najw. z dnia 31. marca 1857, l. 1973 — z dnia 11. Listopada 1857, l. 10774 i z dnia 29. Września 1858, l. 8645 umieszczone w Zbiorze Glasera l. 325, 469, 626).

2. Drugą połowę dowodu stanowią:

- a) przysięga uzupełniająca (§. 286).
- b) zeznanie jednego świadka wątpliwego (§. 211)
- c) lub względnie niedopuszczalnego (§. 216)

Dowód większy nad połowę, o którym wzmiankuje §. 286, może mieć miejsce jedynie w tem przypuszczeniu, że strona przedstawia takie środki dowodowe, bądź samoistne, bądź złączone z innemi, których dowodności ustawa sama nie oznacza, lecz ich ocenienie uznaniu sędziego pozostawia; sędzia zaś w przedstawionych mu środkach dowodowych nie upatruje zupełnego dowodu, uznaje jednak, że one stanowią dowód większy nad połowę; n. p. zeznanie świadków wątpliwych, porównanie pism i t. p. W szczególności dowód pośredni, mianowicie dowód ze zbiegu okoliczności, może być częstokroć dowodem większym nad połowę, wymagającym jedynie uzupełnienia, ażeby stał się zupełnym dowodem prawnym.

Do kategorii dowodów niezupełnych zaliczają niektórzy prawnicy, aczkolwiek niewłaściwie, także uprawdopodobnienie (*Bescheinigung* — *demonstratio*). W niektórych sprawach ubocznych, mniej ważnych, albo nagłych, uważa ustawa sądowa samo uprawdopodobnienie za dostateczne i nie żąda ścisłego dowodu prawdy, i to ze względu na to, że nawet uznanie czegoś za prawdę, co nie jest prawdą istotną, jeszcze nie naraża strony przeciwnej na szkodę niepowetowaną — n. p. w razie przedłużenia terminu (§. 520) usprawiedliwienia niestawiennictwa (§. 29) wprowadzenia nowości (§. 40) dozwoleń restytucji (§. 489) wprowadzenia dowodu dla wiecznej pamięci (§§. 250, 251) dozwoleń środków zabezpieczających (§§. 366, 374) i t. p. Uprawdopodobnienie nie jest dowodem, lecz rodzi tylko prawdopodobieństwo, które przeważa powody przemawiające za przeciwnieństwem. Za środek uprawdopodobnienia mogą służyć niezaprzysiężone świadectwa prywatne, wierzytelne odpisy dokumentów i t. p.

Ustawa sądowa, dzieląc dowody na zupełne i niezupełne i postanawiając, kiedy sędzia ma uznać dowód za przeprowadzony lub chybiony, wykluczyła tem samem wolne ocenienie sędziego, (*das richterliche Ermessen* — *judicis arbitrium*) i przyjęła zasadę stałych prawideł dowodowych, według których

jedynie może sędzia dochodzić prawdy. W niektórych tylko wyjątkowych przypadkach, wyraźnie oznaczonych, dopuszcza ustawa wolne ocenienie sędziego, a mianowicie w następujących:

1. O ile porównanie pism celem sprawdzenia autentyczności dokumentu zasługuje na wiarę, o tem orzeka sędzia według zachodzących okoliczności (§. 209).

2. Czy dowód z wielu świadków wątpliwych ma być uznany za zupełny, tudzież o ile świadek wątpliwy zasługuje na wiarę, winien sędzia ocenić po dokładnem rozważeniu wszelkich okoliczności (§. 211 i 219).

3. W wyroku przedstanowczym ma sędzia wyrazić, których świadków z pomiędzy wymienionych dopuszcza do złożenia świadectwa, tudzież na które artykuły dowodowe należy świadków wysłuchać, a które artykuły odrzucić (§. 213).

4. Sąd oznacza w wyroku rotę przysięgi (§. 281 i d. n. z 29. września 1794).

5. Sąd według okoliczności orzeka, czy strona przeciwna do przyjęcia nieodkazalnej przysięgi stanowczej zobowiązana być może (§. 278).

6. Sąd może według własnego uznania przypuścić stronę do wykonania przysięgi uzupełniającej, jeżeli uzna, że wszystkie okoliczności zgadzają się z twierdzeniem strony i że je czynią wiarygodnem (§. 286).

7. Sąd może w swym wyroku według słuszności obniżyć wysokość szkody lub ilość pretensyi, którą strona wysoko oceniła, a przysięgą szacunkową chce stwierdzić (§. 290. 292).

§. 16.

Dowód pojedynczy i złożony.

Dowód jest pojedynczy (einfacher Beweis — probatio pura) jeżeli jeden ze środków dowodowych jest sam przez się wystarczającym do sprawdzenia faktu, n. p. przysięga stanowcza, — złożony zaś (zusammengesetzter Beweis —

probatio mixta) jeżeli do tego potrzeba dwóch lub więcej niezupełnych środków dowodowych, n. p. świadka i przysięgi uzupełniającej.

§. 17.

Dowód zwyczajny i sumaryczny.

Gdy wszystkie formalności przy przeprowadzeniu dowodu ustawą przepisane, są zachowane, wtedy dowód nazywa się zwyczajnym (ordentlicher Beweis) — w razie przeciwnym jest sumarycznym, czyli nadzwyczajnym (sumarischer oder ausserordentlicher Beweis) n. p. dowód sumaryczny ze świadków (§. 255 U. s.) lub dowód dla wiecznej pamięci (§. 248 U. s.).

§. 18.

Dowód doraźny i niedoraźny.

Dowód doraźny (schleuniger, liquider Beweis — probatio liquida, in vel ex continenti) jest ten, za pomocą którego sędzia natychmiast, bez bliższego rozpoznawania nabywa przekonania o istocie rzeczy, — w razie przeciwnym nazywa się dowód niedoraźnym (langsamer, illiquider Beweis — probatio illiquida, altioris indaginis). Do rzędu dowodów doraźnych zaliczamy przyznanie sądowe, dokumenta wiarygodne, naoczne obejrzenie, przysięgę — do niedoraźnych, dowód ze świadków i biegłych.

§. 19.

Dowód i odwód.

Każda strona, przedstawiając fakt, z którego wywodzi swoje prawo, lub na którym opiera swoją obronę, opisuje go w pewnem zdaniu i przytacza zarazem dowody celem jego sprawdzenia (§. 3. i 12). Zdanie to, które wyraża fakt

sprawdzić się mający, nazywamy tezę dowodową (Beweissatz, Beweisthema), która, skoro sprawdzoną została, zowie się tezą dowiedzioną (bewiesener Satz). Dowód tezy sprawdzić się mającej, nazywa się dowodem w ścisłym znaczeniu, czyli dowodem głównym albo pierwszym (Beweis, Hauptbeweis, Vor albo erster Beweis, — probatio).

Każde zdanie ma swoje przeciwstawne zdanie czyli antytezę (Gegenbeweissatz) — a dowód zdania przeciwstawnego czyli antitezy, zowie się dowodem przeciwnym czyli odwodem (Gegenbeweis — antiprobatio, reprobatio).

Dowód zawiera w sobie powody przemawiające za prawdą tezy dowodowej, dowód przeciwny zaś zmierza ku temu, aby wykazać jej nieprawdziwość — czyli dowód przemawia za — odwód zaś przeciw prawdziwości zdania sprawdzić się mającego, a zatem za uznaniem faktu przedstawionego za nieprawdziwy. Odwód więc jest to dowód nieprawdziwości faktu sprawdzić się mającego.

Ponieważ teza i antyteza mogą być do siebie w stosunku bądź prostego, bądź odwrotnego przeciwieństwa, przeto dowód przeciwny może być dwojaki:

- a) bezpośredni t. j. dowód antitezy wprost przeciwnej tezie (contradictorisch entgegengesetzt) czyli dowód prostego zaprzeczenia n. p. tak jest; nie jest tak — pożyczka; nie pożyczka.
- b) pośredni t. j. dowód antitezy odwrotnie przeciwnej tezie dowodowej (conträr entgegengesetzt) czyli dowód zaprzeczenia pośredniego, zawierającego w sobie zarazem twierdzenie, z którego niemożliwość, nieprawdziwość lub nieprawdopodobność tezy dowodowej wypływa, n. p. tak jest; nie jest tak, ale inaczej; pożyczka, nie pożyczka, ale darowizna.

Pod względem dowodu przeciwnego, wyrobiły się następujące reguły dowodowe:

1. Prawo prowadzenia dowodu przeciwnego, czy to na drodze bezpośredniej, czy pośredniej służy każdej

stronie spór wiodącej, tak powodowej, jak pozwanej, a mianowicie tej, której przeciwnik chce dowodzić prawdy swego twierdzenia. Jest więc rzeczą obojętną, czy strona stawiająca dowód pierwszy, jest powodem, czy pozwanym. Jeżeli nią jest powód, pozwanemu służy prawo zwalczenia tego dowodu przedłożeniem dowodu przeciwnego; jeżeli zaś pozwany stawia dowód celem uzasadnienia swoich excepcyj, dowód ten jest dowodem pierwszym, któremu powód może przeciwstawić dowód przeciwny. Mylnem więc jest zdanie, jakoby dowód pierwszy służył tylko powodowi, odwód zaś tylko pozwanemu. Prawo przeciwdowodzenia służy obu stronom spór wiodącym; albowiem obiedwie strony mają równe prawa w procesie i jak jednej służy prawo dochodzenia roszczeń swoich, tak też i strona przeciwna ma prawo bronięcia się, a dowód przeciwny jest tylko wynikiem prawa do obrony.

Dopuszczeniem odwodu nie ubliża się prawu dobrej sławy dowodzącego, za którym przemawia domniemanie z prawa §. 17 U. c. — pominąwszy bowiem, że dowodzący mógł ofiarować dowód fałszywy, będąc sam w błędzie (n. p. jeżeli spadkobierca znalazłszy między papierami spadkodawcy skrypt, na zasadzie którego pozywa mniemanego dłużnika, nie wiedząc, że spadkodawca otrzymał skrypt, na który przyrzekł zaliczyć, wszelako jeszcze nie zaliczył przyobiecanej pożyczki) potrzeba nadto i to mieć na oku, że w dalszej konsekwencji należałoby stronie przedstawiającej fakt, na proste jej twierdzenie wierzyć bezwarunkowo i nie żądać od niej dowodu, bo żądając go, uznaje się tem samem, że proste jej twierdzenie, nie wsparte dowodem, nie zasługuje na wiarę. Zważywszy nareszcie, że prawo dobrej sławy, przemawiające także za przeciwnikiem strony dowodzącej nie dozwalałoby również przypuszczenia, iżby on ofiarował odwód fałszywy, widocznem jest, że prawo to, na które obie strony, tak strona dowodząca, jak i jej przeciwnik powołać się mogą, neutralizuje się w procesie cywilnym.

2. Dowód przeciwny jest w każdym razie dopuszczalny

przeciw wszelkiemu dowodowi pierwszemu; wyjątkowo jednak nie jest dopuszczalnym.

- a) przeciw przyznaniu sądowemu (§§. 173 i 174 U. s.)
- b) przeciw dowodowi z biegłych (§. 272 U. s.)
- c) przeciw dokumentom publicznym, zawierającym orzeczenie urzędu lub władzy publicznej (§. 54).
- d) przeciw domniemaniu z prawa bezwarunkowemu
- e) przeciw fikcyi prawnej.

3. Nie ma dowodu przeciwnego, gdzie nie ma dowodu pierwszego. Jedyne wyjątki od tej reguły stanowią dwa rodzaje dowodu, które ustawa sądowa zalicza do rzędu dowodów przeciwnych, t. j. dowód w celu ulżenia sumieniu i dowód w celu ubezwładnienia domniemania prawnego — o których później mowa będzie.

Potrzeba ofiarowania, a względnie przeprowadzenia dowodu przeciwnego powstaje więc dopiero wtedy, gdy strona przeciwna ofiarowała już dowód faktu spornego, a względnie, gdy go już przeprowadziła. W razie nieofiarowania lub nieprzeprowadzenia dowodu pierwszego, dowód przeciwny staje się zbytecznym; albowiem samo zaprzeczenie, choć nie dowiedzione, jest już dostatecznem, aby faktu, który miał być dowiedzionym, nie uznać za prawdziwy. Dlatego też i podjęcie dowodu przeciwnego, zawisło od podjęcia dowodu pierwszego (§. 241 i 242 U. s.) N. p. Powód twierdząc, że dał Piotrowi zegarek do przechowania, lecz żadnego na to nie ofiarując dowodu, pozywa Piotra o oddanie. Pozwany Piotr zaprzecza, iżby mu powód dał zegarek do przechowania, przeciwnie twierdzi, iż dał mu go w zastaw, ofiarując na to dowód ze świadków. Powód w replice zaprzecza, iżby pozwanemu dał zegarek w zastaw. Sąd nie mógłby żądać od pozwanego, ażeby przeprowadził wcale nie potrzebny dowód ze świadków na tę okoliczność, że zegarek w zastaw był dany — albowiem samo zaprzeczenie depozytu jest dostatecznem, aby twierdzenia tego nie uznać za prawdziwe.

4. Strona, która stawia dowód przeciwny, ma zazwyczaj

wolny wybór między środkami dowodowymi; może tym celem użyć nawet tych samych dokumentów lub powołać się na tych samych świadków celem przeprowadzenia odvodu, których dokumentów użyła, lub na których świadków powołała się strona dowodząca, celem przeprowadzenia dowodu pierwszego; według zasady: *testes et documenta per productionem fiunt communia*. Przeciwnik strony dowodzącej może wprawdzie zadawać pytania szczegółowe (*Fragestücke — interrogatoria*) świadkom powołanym przez stronę dowodzącą (§§. 223 i 237 U. s.) i w ten sposób osiągnąć ten sam cel, jakiby osiągnął, stawiając dowód przeciwny. Zważywszy jednak, że strona dowodząca nie jest obowiązana żądać przesłuchania wszystkich świadków, powołanych przez nią w piśmie procesowym, a dopuszczonych wyrokiem przedstanowczym, przeciwnik zaś nie może wiedzieć, których świadków przesłuchania strona dowodząca nie zażąda, zważywszy dalej, że sędzia może przy osądzeniu sprawy, uznawszy zupełną dowodność ofiarowanego dowodu z dokumentu, nie dopuścić dowodu ze świadków, ofiarowanego przez stronę dowodzącą — już sama przezorność nakazuje przeciwnikowi, ażeby ofiarował dowód przeciwny ze świadków, powołanych przez stronę dowodzącą, jeżeli ma przekonanie, że oni na jego korzyść złożą świadectwo. Dopuszczalność takiego dowodu odpowiada dekretovi nadwornemu z 22. czerwca 1835 l. 42 (wyrok Sądu najw. z 13. kwietnia 1859 l. 4122 w zbiorze Glasera 769).

Co do użycia przysięgi stanowczej, jako środka przeciwdowodowego, zachodzą niektóre ograniczenia, o których przy rozbiorze dowodu z przysięgi mowa będzie.

5. Cechą charakterystyczną dowodu przeciwnego w procesie pismienym jest to, że przeciw niemu nie można stawić dalszego dowodu przeciwnego — *reprobatio reprobationis non datur*. Skoro bowiem dowód przeciwny jest dowodem zaprzeczenia tezy dowodowej, dalszy dowód przeciwny byłby dowodem dalszej negacyi owego zaprzeczenia, a gdy *duplex negatio est affirmatio*, przeto tezą dalszego do-

wodu przeciwnego byłaby pierwotna teza dowodu pierwszego, czyli jedna zlałaby się z drugą; a nowe środki dowodowe, przedstawione dopiero w późniejszym piśmie procesowym, celem przeprowadzenia dalszego odvodu, czyli uzupełnienia dowodu pierwszego, byłyby nowacyą niedozwoloną w procesie piśmiennym (§§. 12 i 39 u. s.). W tym tylko razie, gdy dowód przeciwny skierowany jest przeciw wnioskowi prawnie domniemanemu, wolno stronie powołującej się na domniemanie, w piśmie późniejszym zastąpić dowód z domniemania dalszym dowodem faktu prawnie domniemanego, który atoli, jak to wyżej w §. 14 wykazaliśmy, nie jest właściwie odwodem przeciw odwodowi, lecz tylko dopełnieniem dowodu pierwszego.

6. Przeciwnikowi strony dowodzącej służy prawo wystąpić z dowodem przeciwnym dowodowi pierwszemu. Aczkolwiek na pierwszy rzut oka mogłoby się zdawać, że skoro fakt naprowadzony przez jedną stronę, udowodnionym został, a zatem za prawdziwy uznanym być musi — dowód przeciwności, t. j. nieprawdziwości tego samego faktu, już dopuszczonym być nie może, albowiem niemożliwym jest przypuszczenie, iżby jeden i ten sam fakt jednocześnie wydarzył się i nie wydarzył się, aby to, co za prawdę uznanem być musi, było zarazem nieprawdą. Zważywszy jednak, że dowód w procesie cywilnym nie wytwarza bezwzględnej prawdy, lecz tylko wyższy stopień prawdopodobieństwa; każde zaś prawdopodobieństwo, polegające na nieprawdopodobieństwie przeciwności, o tyle tylko zasługuje na uwzględnienie, o ile nie da się osłabić wywodami przemawiającemi za prawdopodobieństwem przeciwnem, — zważywszy dalej, że niedopuszczenie przeciwdowodu zagrażałoby bezpieczeństwu praw, bo ułatwiałoby stawianie dowodów fałszywych n. p. z przysięgi stron lub świadków, albo z dokumentów podrobionych, nie można wątpić, iż przeciwnikowi strony dowodzącej służy prawo stawiania dowodu przeciwnego.

Skoro dopuszczenie i przeprowadzenie tak dowodu, jak

odwodu jest możliwem, nasuwa się pytanie: co sędzia ma orzec, jeżeli dowód i odwód zupełnie przeprowadzone zostały i nawzajem się znoszą?

Jeżeli co do jednego i tego samego faktu dwa wprost sobie przeciwne dowody t. j. dowód i odwód zupełnie przeprowadzone zostały i wiarygodność kolidujących środków dowodowych z obu stron jest równą, w takim razie zachodzi t. z. kolizya dowodów (*Collision der Beweise*). W razie zachodzącej kolizyi dowodów sędzia nie ma i nie może mieć żadnego przekonania, na podstawie którego mógłby ustalić stosunek prawny między stronami spór wiodącemi. Albowiem, gdy twierdzenie powoda prawnie udowodnione i temu przeciwne twierdzenie pozwanego, również dowodem przeciwnym stwierdzone, umarzają i znoszą się nawzajem tak, jak ilości dodatne i ujemne, przeto sędzia nie widząc żadnego powodu, któryby przemawiał za prawdziwością twierdzenia powoda lub przeciwnego twierdzenia pozwanego, znajduje się w stanie wątpliwości. W tym stanie powątpiewania nie może osądzić, czy prawo jest po stronie powoda, czy pozwanego, nie może więc ustanowić stosunku prawnego między stronami prawującemi się i zmienić stanu istniejącego stosownie do żądania powoda, lecz musi stosunek ten pozostawić *in statu quo*; t. j. w tym stanie, w jakim się znajduje, musi więc oddalić powoda z żądaniem skargi. *Actore non probante, reus absolvitur*. W razie zachodzącej kolizyi dowodów nie można przyznać sędziemu prawa wazienia tych dowodów i dowolnego oceniania, który z nich przeważa, zwłaszcza że kolizya dowodów właśnie tylko przy równoważności obu dowodów zachodzi, a w obec ustawowej teoryi dowodów uznanie sędziego jest niedopuszczalnem.

Ustawa sądowa zalicza w szczególności do kategorii dowodów przeciwnych:

- a) dowód w celu ulżenia sumieniu (*Gewissensvertretung* — *probatio pro exoneranda conscientia*) nazywając go w §§. 276 i 277 wyraźnie dowodem przeciwnym

(Gegenbeweis) — w czem jednak zachodzi ta różnica, wynikająca z istoty dowodu z przysięgi, jako dowodu posiłkowego (subsidiarischer Beweis) że ustawa w §. 276 dopuszcza najpierw dowód przeciwny, czyli dowód antytezy, przed dowodem pierwszym t. j. przed dowodem z przysięgi.

- b) Podobnie używa ustawa sądowa w §§. 305 i 306 wyrazów: „dowód i odwód“ mówiąc o dowodzie w celu uchylenia przysięgi (Beweis zur Verhütung eines Eides — probatio pro vitando perjurio) i to dlatego, ponieważ tym środkiem dowodowym może być sprawdzona według okoliczności, bądź to teza dowodowa, bądź to antyteza. Zazwyczaj zaś używa się wyrazu „odwód“ ponieważ tym środkiem dowodowym ma być sprawdzone przeciwieństwo tego, co strona przeciwna stosownie do wyroku zaprzysiędz miała.
- c) Dowód w celu ubezwładnienia domniemania nazywa ustawa cywilna w §. 1428 dowodem przeciwnym, upatrując w nim dowód przeciwieństwa tego, co z mocy domniemania prawnego za prawdopodobne uchodzi. W innych zaś §§. mianowicie w §§. 23, 25, 655, 839, 854 i 1228 nazywa go tylko dowodem, postanawiając, że ten, kto twierdzi coś przeciwnego temu, za czem przemawia domniemanie z prawa, winien tego dowieść.

Nie jest zaś dowodem przeciwnym:

- a) Dowód *excepcyi*, który jest dowodem pierwszym t. j. sprawdzeniem twierdzenia (czyli faktu) samoistnego które nie jest przeciwnem twierdzeniu (czyli faktowi) przeciwnika. Excepcya bowiem nie jest zaprzeczeniem faktu, lecz jedynie negacją prawa, dowód więc *excepcyi* nie zmierza do wykazania nieprawdziwości faktu, czyli teży dowodowej, lecz jedynie do wykazania, iż prawo przeciwnika nie powstało, zgasło lub ubezwładnionem zostało. Zresztą dowód przeciwny wymaga dowodu pierwszego, przeciw któremu jest wymierzony; dowód

zaś excepcyi jest dowodem samoistnym, nie odnoszącym się do żadnego innego dowodu.

- β) Dowód przeciwny należy także odróżnić od dowodu owych okoliczności, które wykazują niedopuszczalność środków dowodowych, przez stronę przeciwną przedstawionych, lub brak ich dowodności — n. p. pozwany dowodzi, że świadek, na którego powołuje się powód, jest umyślowo chory, a zatem niedopuszczalny, lub że dokument jest fałszywy, wadliwy i t. d. Dowód okoliczności powyżej nadmienionych, nie jest dowodem przeciwnym; albowiem dowód przeciwny jest dowodem antitezy, przeciwnej tezie, sprawdzić się mającej, której w danym przypadku nie ma; powtórę dlatego, że odwód jest wymierzony przeciw dowodowi, tu zaś jedynie przeciw środkom dowodowym.

§. 20.

Dowód dodatni i ujemny.

Zdanie udowodnić się mające może w sobie zawierać twierdzenie istnienia lub nieistnienia pewnego faktu. Dowód twierdzenia, że się wydarzył pewien fakt, nazywamy dowodem dodatnim, (positiver Beweis), raczej dowodem zdania twierdzącego; dowód zaś twierdzenia, że pewien fakt nie wydarzył się, — dowodem ujemnym (negativer Beweis), raczej dowodem zdania przeczącego.

Dość rozpowszechnionem było zdanie między prawnikami:

1) że dowód nieistnienia faktu jest niemożliwym; bo każdy dowód opiera się na spostrzeżeniu, a zatem na doświadczeniu; czego zaś dostrzedz, a więc doświadczyć nie można, tego też nie można dowieść. Co zaś nie istnieje, spostrzeżonem być nie może, nie może więc być dowiedzionem.

Wszelako zdanie to nie mogło się utrzymać; albowiem:

- a) nie ulega wątpliwości, że nieziszczenie się pewnego faktu może być dowiedzionem drogą pośrednią. Możemy się o tem przekonać, stosując do kwestyi w mowie będącej przyjętą w logice zasadę sprzeczności (den Grundsatz des Widerspruches): „nic w jednym i tym samym czasie nie może — być i nie być“. Jeżeli dwa fakta są ze sobą tak złączone, że obok jednego drugi istnieć nie może, wtedy udowodnione istnienie jednego, mieści w sobie dowód nieistnienia drugiego. Gdyby więc dowiedziono, że pewna osoba znajdowała się w tym lub w owym czasie w pewnem miejscu oznaczonem (t. z. dowód alibi), dowiedzionoby tem samem, że ona jednocześnie nie znajdowała się w innem miejscu. Kto więc pewną osobę widział w tym lub owym czasie w miejscu oznaczonem, ten może poświadczyć, a zatem udowodnić, że jej w tym samym czasie nie było w innem miejscu.
- b) Podobnie możemy także drogą bezpośrednią udowodnić nieistnienie faktu we wszystkich tych przypadkach, w których nieziszczenie się pewnego faktu ogranicza się do czasu i przestrzeni; albowiem nie jest prawdą, iżby fakt ujemny nie mógł być przedmiotem poglądu i spostrzeżenia. Wszystko w świecie istnieje obok siebie w przestrzeni i po sobie w czasie. Każde zdarzenie, każdy fakt dodatni pociąga za sobą zmianę stanu istniejącego w świecie zewnętrznym. Zmiana ta może być spostrzeżoną, a zatem dowiedzioną. Odwrotnie, jeżeli się nic nie wydarzyło, wtedy w świecie zewnętrznym żadna nie nastąpiła zmiana; pozostał więc niezmienny stan pierwotny. Pierwotny ten stan, w niczem nie zmieniony, jeszcze ciągle trwający, jest rzeczywistością, jest więc przedmiotem spostrzeżenia, a zatem i dowodzenia.

W niektórych tylko przypadkach dowód nieistnienia faktu jest w istocie nie możliwym, mianowicie wtedy, gdy

nieziszczenie się faktu nie jest ograniczone do czasu i przestrzeni n. p. dowód, że w dniu 1. Stycznia 1882 nie padał śnieg na całej kuli ziemskiej; lecz to nie stanowi dowodu niemożliwości dowodzenia nieziszczenia się pewnego faktu, albowiem w razie nieograniczenia faktu do czasu i przestrzeni, nawet dowód, że pewien fakt się wydarzył, okaże się niemożliwym, n. p. że w dniu 1. Stycznia 1882 padał śnieg na całej kuli ziemskiej.

2. Inni znowu twierdzą, że dowód nieistnienia faktu, nie jest stanowczym; bo mogło się coś wydarzyć, chociaż nikt tego nie spostrzegł. „Unus testis affirmans plus probat, quam centum testes negantes“.

Lecz i to zdanie jest bezpodstawnem, albowiem przy dowodzie nieistnienia faktu rozchodzi się właściwie o to, iż ten, kto nieistnienie faktu poświadcza, zwrócił całą swoją uwagę na przedmiot, o którym świadczy i że z własnego spostrzeżenia twierdzi, iż odnośnie do tego przedmiotu nie się nie wydarzyło — to zaś każdy poświadczyć może, ponieważ nieistnienie faktu, jako jednoznaczne ze stanem dotychczasowym, w niczem nie zmienionym, ma coś rzeczywistego w świecie zewnętrznym. Jeżeliby n. p. świadkowie zeznali, że w dniu 1. Stycznia 1882 w samo południe nie widzieli Piotra przechadzającego się w ogrodzie miejskim, zeznanie to nie stanowiłoby dowodu, że Piotr wówczas nie był w ogrodzie miejskim, bo mógł tam być, chociaż przez żadnego ze świadków nie widziany. Gdyby zaś świadkowie zeznali, iż zwracali całą swoją uwagę na to, czy też Piotr był w dniu 1^{ym} Stycznia 1882 w samo południe w ogrodzie miejskim, i że go mimo to nie widzieli, byłoby tem samem dowiedzionem, że Piotr wówczas nie był w ogrodzie.

Że dowód faktu ujemnego jest możliwym i stanowczym, wynika z samych ustaw, które częstokroć wkładają na stronę obowiązek dowodzenia nieistnienia pewnego faktu, n. p. dowód niemożności spółnienia dziecka, mianowicie niespółkowania małżonków, (§. 158 U. c.) dowód nieudzielonej pomocy spadko-

dawcy będącemu w niedostatku §. 768 i 771 U. c.) dowód niezaliczonej pożyczki (§. 183 U. s. i d. n. z dnia 1. marca 1787, l. 636) dowód nieuiszczenia zasług na trzy lata zalegających (najw. post. z 22. Stycznia 1839 l. 332) dowód zaniechanej notyfikacji (art. 45 u. w.)

§. 21.

Dowód ofiarowany, dopuszczony, podjęty i przeprowadzony.

Pod względem procederu dowodowego rozróżniamy ofiarowanie, dopuszczenie, podjęcie i przeprowadzenie dowodu.

Ofiarowanie czyli stawianie lub wprowadzenie dowodu (Anbietung des Beweises) jest to oświadczenie strony, iż chce udowodnić fakt sporny środkami dowodowymi szczególnie wymienionemi. Oświadczenie to winna strona złożyć w owem piśmie procesowem, w którym przedstawiła fakt sprawdzić się mający, i to równocześnie z przedstawieniem faktu, zanim jeszcze mowa być może o orzeczeniu sądu co do potrzeby dowodu. Zasada ta zowie się antycypacją dowodów.

W zwyczajnym procesie austriackim tylko dowód antycypowany ma miejsce t. j. dowód przez strony dobrowolnie ofiarowany — z wyjątkiem:

- a) że sędzia może z urzędu naznaczyć przysięgę szacunkową, choćby się strona wyraźnie nie oświadczyła z chęcią wykonania jej (§. 290 U. s.)
- b) że w procesie sumarycznym sędzia może z urzędu naznaczyć przysięgę szacunkową i uzupełniającą (§. 35 patentu sumar.)

Względem dopuszczalności dowodu przez stronę ofiarowanego orzeka sędzia po przeprowadzonej rozprawie w stanowym wyroku warunkowym (bedingtes Endurtheil) albo

w wyroku przedstanowczym (Interlocut, Beiurtheil auf Beweis, Beweiserkenntniss). Dowód na mocy wyroku przeprowadzić się mający, nazywa się dowodem dopuszczonym (zugelassener Beweis).

Skoro dowód wyrokiem prawomocnym dopuszczony został, winna strona w oznaczonym terminie oświadczyć sądowi, że podejmuje dowód dopuszczony, i chce aby był przeprowadzony. Oświadczenie to nazywa się podjęciem dowodu czyli przystąpieniem do dowodzenia (Antretung des Beweises).

Skoro uskuteczniło wszystkie czynności, które według natury dowodu dopuszczonego są potrzebne, mówimy, że dowód został przeprowadzony (durchgeführter Beweis).

Ofiarowanie dowodu poprzedza podjęcie dowodu, a podjęcie dowodu może nastąpić dopiero po wyroku prawomocnym, dopuszczającym dowód. Ofiarowanie i przeprowadzenie dowodu odbywa się w postępowaniu drobnostkowym w toku rozprawy, prawie równocześnie jedno po drugim. Obu tych części składowych dzisiejszego proceduru dowodowego, nie rozdziela ani dopuszczenie dowodu mocą wyroku, ani podjęcie dowodu dopuszczonego. Dowód ofiarowany przeprowadza sam sędzia w toku rozprawy drobnostkowej, skoro go uzna rozstrzygającym, nie wydając ani wyroku przedstanowczego, lub warunkowego, ani osobnej uchwały dowód dopuszczającej. Przeprowadzenie dowodu w postępowaniu drobnostkowym nie stanowi więc odrębnego okresu w procesie, lecz wraz z postępowaniem rozpoznawczem czyli instrukcją procesu jest jedną nierozdzieloną i niczem nie przerwana całością.

Z kolei przychodzi nam rozwiązać dwa pytania ważne, a mianowicie:

- 1) Czego należy dowodzić w procesie, i
- 2) kto ma dowodzić?

§. 22.

Przedmiot dowodu.

Czego trzeba dowodzić?

Strona, która dochodzi prawa swego, winna dowieść, że prawo to powstało; a gdy prawo z dwóch źródeł wypływa, t. j. z faktu i ustawy, ustawę zaś sędzia z urzędu znać winien, przeto strona ma tylko fakta udowodnić, z których prawo swoje wywodzi. Przedmiotem dowodu są więc tylko fakta, nie zaś ustawy. *Jura deducuntur, facta probantur.*

Przez fakt rozumiemy tak zdarzenia, jak czyny, jedno- lub dwustronne, dodatnie lub ujemne, tak zewnętrzne czynności, jakoteż wszelkie wewnętrzne działania duchowe (psychiczne) jako to: dobrą lub złą wiarę (§§. 328, 367, 368, 393, 415, 419, 824, 1463, 1477 U. c.) błąd (§§. 570, 870, 1385, 1431, 1487 U. c.) bojaźń (§§. 870, 874, 875, 1487 U. c.) pobudkę (§. 711) zły zamiar lub nieuwagę (§§. 1294, 1324) nareszcie wszelką zmianę w stanie osoby lub rzeczy, przymioty osoby, w szczególności osobistą jej zdolność lub niezdolność do nabywania lub działania (§§. 4, 18, 310, 353, 538, 865, 1453 U. c.) stosunek osoby do osoby (§§. 24, 28, 730 U. c.) nie mniej właściwości rzeczy (§§. 291, 303, 871, 922 U. c.)

Reguła: że tylko faktów, nie zaś ustawy dowodzić trzeba, ma niektóre wyjątki, albowiem:

I. niektóre ustawy potrzebują dowodu;

II niektóre zaś fakta nie potrzebują go wcale.

ad. 1. Ustawy jako przedmioty dowodu.

Ustawy w powszechności nie potrzebują dowodu, a to dlatego, że muszą być obwieszczone, aby miały moc obowiązującą, a sędzia z urzędu znać je winien. Gdzie więc nie ma tego powodu, tam nastaje obowiązek dowodzenia, że pewna ustawa obowiązuje. Dlatego też wymagają dowodu:

1. przywileje nadane osobom pojedynczym lub zbiorowym, których sędzia, jeżeli one nie były ogłoszone, nie jest obowiązany znać z urzędu.

2. statuta zgromadzeń i stowarzyszeń, czyli tak zwane prawa autonomiczne, jeżeli nie były ogłoszone, n. p. statuta instytucji kredytowych, hipotecznych i t. p.

3. Ustawy obce; sędzia bowiem tylko ustawy swojskie znać winien (d. n. z 23. październ. 1801 l. 542), może jednak, nie żądając od strony dowodu, zastosować do danego przypadku znaną mu obcą normę prawa, którą rozpoznał przy dawniejszem osądzeniu sprawy analogicznej.

Co do pytania: w jaki sposób ustawy obcej dowodzić należy, różnią się zdania prawników. Jedni twierdzą, iż każdą ustawę obcą należy uważać jako fakt, a zatem tak samo, jak każdy inny fakt, wszelkimi środkami dowodowymi, a w szczególności także przyznaniem, a nawet przysięgą udowodnić można. Z uwagi jednak, że każda ustawa, bez różnicy, czy tutejszo — czy obco-krajowa, do danego przypadku stosować się mająca, jest normą strony obowiązującą, której one poddać się muszą, jest więcej uzasadnionem zdanie, że sędzia, jeżeli według ustaw obcych sądzić musi (§§. 31 i 36 U. c.), winien mieć przekonanie o tem, co ustawa obca w istocie postanawia, nie może więc ograniczyć się do tego, co mu strony przez przyznanie lub przysięgę jako prawo obce przedstawiły. Sędzia więc może żądać, ażeby strona udowodniła istnienie obcej ustawy, poświadczeniem władz zagranicznych, że ta lub owa ustawa w ich państwie rzeczywiście obowiązuje, według analogii §. 164 U. s. i §. 51 ustawy z 25. grudnia 1868 l. 412, d. n. z 1. maja 1810 i §. 282 pat. z 9. sierpnia 1854 l. 208; albo też za pośrednictwem ministra sprawiedliwości postarać się o podobne poświadczenie.

ad. 2. Fakta nie wymagające dowodu.

Ponieważ w procesie naprowadzamy fakta w tym celu, aby z nich wyprowadzić prawo poszukiwane, dowodzimy zaś

tych faktów, aby sędziego przekonać o ich prawdziwości, wynika więc ztąd:

1. że fakta, z których prawo poszukiwane nie da się wysnuć, które więc na rozstrzygnięcie sprawy żadnego nie mają wpływu, są zupełnie zbyteczne (§. 15 U. s.) i wcale żadnego nie potrzebują dowodu, a gdyby nawet strona dowód ofiarowała, tego dopuścić nie można (§§. 212, 213, 242, 259, 281 u. s.) n. p. dowód ustnej darowizny bez wręczenia rzeczy darowanej. Fakta tego rodzaju nazywamy faktami nie nie stanowiącemi, czyli nie rozstrzygającemi sporu (unerhebliche Thatsachen — facta irrelevantia) w przeciwstawieniu z faktami stanowczemi, z których prawo poszukiwane wypływa (erhebliche Thatsachen — facta relevantia).

2. że fakta niewątpliwe, a zatem pewne nie wymagają dowodu, a w szczególności:

- a) fakta przez stronę przeciwną w procesie wyraźnie przyznane (§. 173 U. s.)
- b) fakta milcząco przyznane t. j. takie, których strona przeciwna ani wyraźnie ani domyślnie nie zaprzeczyła (§§. 11, 25, 32, 88, i 43 U. s.)
- c) fakta, które już z mocy ustawy za prawdziwe uznać trzeba, mianowicie te, za którymi przemawia domniemanie z prawa (§. 171 U. s.)
- d) czy faktów powszechnie znanych t. z. notoryjnych (notorische Thatsachen) dowodzić trzeba lub nie, sprzeczne w tym względzie panują zdania między prawnikami. Przez fakt notoryjny rozumiemy czyn albo zdarzenie, tak powszechnie znane, że nie ma wcale żadnego powodu wątpić o jego rzeczywistości. Potrzeby udowodnienia faktów notoryjnych dowodzą prawnicy najpierw tem, że nie ma ustawy uwalniającej od obowiązku dowodzenia takowych; przeciwnie §. 170 U. s. orzeka ogólnie, bez najmniejszego zastrzeżenia, że kto fakt przedstawia, winien go dowieść — powtóre, że pojęcie faktów notoryjnych nie jest prawnie ustalonem, zależa-

łoby więc od dowolności sędziego uznać pewny fakt za notoryjny lub nie — nareszcie, że sędzia według dekr. nadw. z 15. stycznia 1787 l. 619 jedynie według aktów i dowodów, nigdy zaś według własnej wiedzy, sądzić powinien.

Ograniczając jednak notoryjność do takich faktów, które powszechnie i z taką pewnością są znane, że zaprzeczenie ich możnaby uważać za prostą swawolę, można śmiało twierdzić, że fakta notoryjne tego rodzaju nie wymagają dowodu, n. p. fakta znane z historii powszechnej. Notorium non eget probatione. Tu można także policzyć rozporządzenia sądowe, publicznie ogłoszone, i to w okręgu obwieszczenia n. p. co do rozpisania licytacji, otwarcia upadłości, uznania kogoś za marnotrawcę i t. p. (Wyrok sądu najwyższego z dnia 23. listopada 1859 l. 13046 — w zbiorze Glasera 914).

- e) Jeżeli strona wyprowadza swoje prawo z tego samego faktu, który już w innym procesie wyrokiem prawomocnym za prawdziwy uznany został, następuje pytanie: czy też strona, naprowadzająca ten sam fakt w drugim procesie, winna go powtórnie dowieść?

Tu rozróżnić należy, czy fakt wyrokiem sądu cywilnego, czy sądu karnego za prawdziwy uznany został.

- a) Jeżeli strona naprowadza fakt, dowiedziony już w innym procesie i prawomocnym wyrokiem sądu cywilnego za prawdziwy uznany, nie ustaje wprawdzie jej obowiązek udowodnienia tego samego faktu także w tym drugim procesie — ponieważ każdy fakt, z którego strona wywodzi swoje prawo lub na którym opiera swoją obronę, w procesie dowiedzionym być musi (§§. 12 i 170 U. s.); wszelako odpada w powszechności potrzeba i obowiązek strony dostarczenia powtórnie tych samych dowodów, jakich ona użyła celem udowodnienia rzeczonego faktu w procesie poprzednio rozstrzygniętym i wystarczy w takim

razie przedłożenie wyroku prawomocnego, który jako dokument publiczny już sam przez się stanowi dowód prawdziwości faktu, przyjętego za podstawę orzeczenia sądu i to dowód zupełny i niezachwiany, nie dopuszczający dowodu przeciwnego (§. 15). *Res judicata pro veritate accipitur*. Strona może przedłożeniem wyroku prawomocnego przeprowadzić dowód pośredni prawdziwości faktu, w procesie poprzedzającym bezpośrednio dowiedzionego. N. p. Kto wyrokiem prawomocnym za dziecko ślubne uznany został, nie potrzebuje w późniejszym procesie o część obowiązkową dowodzić powtórnie ślubnego pochodzenia środkami dowodowymi, użytymi w procesie poprzedzającym, lecz może je udowodnić przedłożeniem tego wyroku.

Reguła ta nie jest jednak bez wyjątków. Wyrok aczkolwiek prawomocny, nie zawsze może służyć za dowód rzeczywistości faktu, naprowadzonego w procesie późniejszym — mianowicie ani wtedy, gdy opiera się na przyznaniu, czy to wyraźnem, czy milczącym lub domniemanem -- ani w tym razie, gdy do sporu późniejszego wchodzi osoba, przeciw którym wyrok poprzednio wydany, nie ma mocy obowiązującej.

Jeżeli bowiem wyrok opiera się na przyznaniu, nie może strona w późniejszym procesie powołaniem się nań, uwolnić się od obowiązku dowodzenia faktu przyznanego w procesie poprzedzającym; ponieważ przyznanie stanowi dowód tylko w tym samym procesie, w którym go strona złożyła (§. 173 U. s.), a skutków przyznania milczącego, lub w razie zaoczności domniemanego czyli t. z. skutków nieposłuszeństwa nie wolno rozciągać do przyszłych i nieznanых przypadków.

Podobnie wyrok normujący stosunek prawny między stronami prawującemi się, nie może stanowić dowodu rzeczywistości faktu, na zasadzie którego wydany został, w procesie toczącym się między innemi stronami,

a to z powodu, że na mocy §. 12 U. c. wyroki sądowe zapadłe w sporach szczegółowych nie mają nigdy mocy ustawy i nie mogą być rozciągane ani do innych przypadków, ani do innych osób.

Z tego co wyżej powiedziano wypływa ta reguła, że wyrok sądowy w tym tylko razie uwalnia stronę od obowiązku powtórnego dowodzenia faktu naprowadzonego w innym procesie, jeżeli fakt ten w procesie zawyrokowanym innemi środkami dowodowemi, nie zaś przyznaniem dowiedziony został i jeżeli albo obydwie spory toczyły się między temi samemi stronami, albo też, jeżeli wyrok sądowy, aczkolwiek wydany w sprawie osób trzecich, ma jednak wyjątkowo moc obowiązującą także przeciw innym osobom, które w owej sprawie żadnego nie miały udziału (obacz monog. o p. c. § 72).

- β) Nierównie trudniejszym do rozwiązania jest pytanie: czy też czyn karygodny, dowiedziony w procesie karnym, z którego wywiązała się sprawa tak karna jak cywilna, musi uchodzić za prawdziwy także w procesie cywilnym, bez dalszego dowodzenia — a zatem, czy wyrok sądu karzącego, nie dopuszczający przeciwdowodu, wiąże bezwarunkowo sędziego cywilnego przy ocenianiu prawdziwości czynu karygodnego, z którego pokrzywdzony wywodzi swoje roszczenia prawno-prywatne? t. j. czy stanowi domniemanie z prawa niezachwiane?

Pod wpływem systemu prawodawstwa francuskiego i zasady prawomocności t. j. niewzruszalności wyroków sądowych, wyrobiło się tak w teorii, jak w praktyce zdanie: że wyrok skazujący, wydany przez sąd karzący, stanowi w procesie cywilnym dowód niewzruszalny istoty czynu i sprawstwa, a tem samem przesądza rozstrzygnięcie sprawy cywilnej (*le criminel emporte le civil*). Zdanie to przyjęło się we wielu ustawach niemieckich. Nowsze atoli prawodawstwa, które wprowadziły zasadę wolnego oceniania dowodów w procesie cywilnym, równie jak i projekt rządowy do przyszłej

ustawy sądowej, obecnie radzie państwa przedłożony, uznały, iż w obec zasady dopiero co pomienionej, prawne unormowanie powyżej poruszonej kwestyi jest zbytecznem. Nie kłępiąc więc sędziego cywilnego żadną regułą dowodową w ocenieniu prawdziwości czynu, noszącego na sobie cechy przestępstwa, aczkolwiek już przez sąd karzący za prawdziwy uznanego, pozostawiają nowsze ustawy wolnemu ocenieniu sądu cywilnego, czy należy istotę czynu sprowadzoną w procesie karnym, także w procesie cywilnym uznać za prawdziwą. Z tąd wynika, że sąd cywilny może uznać za prawdziwy czyn karygodny i na tej podstawie skazać zapozwanego (n. p. na wynagrodzenie za szkodę), podczas gdy sąd karzący, nie nabywszy przekonania o prawdziwości tego samego czynu, wydał wyrok uwalniający obwinionego. Odwrotnie może sąd cywilny nie uznać prawdziwości czynu karygodnego i uwolnić pozwanego od roszczeń powoda prawnoprywatnych, podczas gdy sąd karzący za ten sam czyn uznany za prawdziwy, uznał go winnym. Pod wpływem zasady wolnego oceniania dowodów mogą więc zapadać wyroki sądów cywilnych i karzących, wręcz sobie przeciwne, zwłaszcza gdy sędzia cywilny ocenia prawdziwość faktów, rozstrzygających spór pod wpływem innych zasad dowodzenia, aniżeli sędzia karzący, a w szczególności na podstawie środków dowodowych, (n. p. przysięgi głównej) nie dopuszczalnych w procesie karnym; może więc w procesie cywilnym uznać fakt za dowiedziony, który w procesie karnym nie da się sprawdzić. Nie można wprowadzić zaprzeczyć, że sprzeczność wyroków sądowych osłabia w opinii publicznej wiarę w ich sprawiedliwość, bo jeden z nich musi być niesprawiedliwym. Wszelako z drugiej strony należy uwzględnić, że sprzeczność wyroków z tąd pochodząca, iż sąd cywilny uznał fakt (t. j. czyn karygodny) za prawdziwy, o którego prawdziwości sąd karzący nie mógł się przekonać, lub odwrotnie, aczkolwiek możliwa, nie jest jednak prawdopodobną, a jeżeliby kiedy nastąpiła, to tylko w bardzo rzadkich wypadkach wydarzyłoby się mogła. —

Pominąwszy to, jest nadto rzeczą niewątpliwą, iż następstwa spowodowane sprzecznością wyroków sądowych są mniej szkodliwe od następstw, jakieby powstały, gdyby sędzia cywilny, będąc związany wyrokiem sądu karzącego, musiał uznać fakt za prawdziwy wbrew własnemu przekonaniu, a to nawet wtedy, gdy strona w procesie cywilnym, stawia dowód przeciwny, celem udowodnienia nieprawdziwości faktu, przyjętego za podstawę wyroku sądu karzącego. Wszakże sędzia karzący nie jest nieomylnym i może być nawet w błąd wprowadzony n. p. fałszywem zeznaniem świadków. Czy dałoby się to pogodzić z sprawiedliwością, gdyby sędzia cywilny musiał mniemanego przestępcę, przez sąd karzący niewinnie skazanego, odsądzić także od prawa prywatnego jedynie dlatego, że go (choć niewinnego) skazał sąd karzący — lub też uwolnionego w procesie karnym (n. p. z powodu przedawnienia) uwolnić także od niewątpliwego obowiązku jego prawnoprywatnego? Wyższą nad wszystkie inne jest zasada sprawiedliwości, która wymaga, ażeby prawda i prawo zawsze i wszędzie zwyciężały. Słusznie więc nowsze legislacje uczyniły zawisłem od uznania sądu cywilnego, ocenienie: czy fakt w procesie karnym uznany za prawdziwy, także w sporze cywilnym, bez dopuszczenia dowodu przeciwnego za prawdziwy ma być uznany.

Powyższemu zapatrywaniu nie uwłacza, przeciwnie potwierdza je §. 220 projektowanej ustawy sądowej, który stanowi: że jeżeli w toku procesu okażą się poszlaki czynu karygodnego, może sędzia zarządzić wstrzymanie sporu aż do załatwienia postępowania karnego, jeżeli załatwienie to może wpłynąć stanowczo na rozstrzygnięcie sprawy spornej.

Trudniejszym jest rozwiązanie pytania, postawionego na wstępie, według ustaw procesowych, obowiązujących dotąd. Sposób rozwiązywania pytania tego polega na różnicy zasad, na których opiera się postępowanie cywilne

i karne (§. 113 monog. o. p. c.) Ponieważ sędzia w procesie cywilnym zadawalnia się prawdą formalną, nie zawsze zgodną z prawdą materyalną, w karnym zaś musi dążyć do wykrycia istotnej prawdy, przeto sędzia karzący nie jest związany wyrokiem sądu cywilnego przy osądzeniu karygodności czynu, jeżeli ono jest zawisłem od poprzedniego rozstrzygnięcia przedwstępnej kwestyi prawno-prywatnej, z wyjątkiem spraw o unieważnienie małżeństwa (§§. 4 i 5 U. o. p. k.); może więc wydać orzeczenie co do stosunku prawno prywatnego, wręcz przeciwne orzeczeniu sądu cywilnego (*per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet*).

Jeżeli zaś rozstrzygnięcie sprawy cywilnej jest zawisłem od dowodu i poczytania czynu karygodnego, w takim razie na mocy d. n. z dnia 6. Marca 1821, l. 1743 nie można jej wytaczać w sądzie cywilnym przed zapadłym wyrokiem sądu karzącego; a jeżeli sprawa cywilna już wytoczona została i dopiero w toku procesu wyjdą na jaw poszlaki czynu karygodnego, w takim razie musi sędzia cywilny wstrzymać dalszy bieg sporu i oczekiwać wyroku sądu karzącego. Skoro więc sprawa karna ma pierwszeństwo przed cywilną i pierwszej osądzoną być powinna i to po części dlatego, że daje większą pewność wykrycia istotnej prawdy, po części zaś, że dla jednolitości wymiaru sprawiedliwości należy ile możności zapobiegać wyrokom sprzecznym: (*major quaestio minorem ad se trahit*), przeto musimy stąd wyprowadzić wniosek, że według ustaw obecnie obowiązujących, musi sędzia cywilny przy osądzeniu sprawy spornej uznać za prawdziwy fakt, sprawdzony na drodze procesu karnego — i to tem bardziej, ile że wyrok sądu karzącego, jako dokument publiczny stanowi na mocy §. 179 U. s. zupełny dowód owych faktycznych okoliczności, które w procesie karnym jako sprawdzone uznane zostały (wyrok sądu najw. z dnia 4. Stycznia 1867 l. 11142, Zbiór Glasera 2719).

§ 23.

Podmiot dowodu

czyli kto ma obowiązek dowodzenia.

Obowiązek dostarczenia dowodu faktów, od których zawisło uznanie prawa, nazywamy obowiązkiem dowodzenia (*Beweispflicht*, *Beweislast*, — *onus probandi*). Obowiązek dowodzenia ciąży na tej stronie, która dowód pierwszy ofiarować winna. Uciążliwość obowiązku dowodzenia polega na tem, że strona, która ma obowiązek dowodzenia, jeżeli nie dostarczy dowodu, lub nie zdoła przeprowadzić dowodu ofiarowanego, upada w sprawie, choćby strona przeciwna żadnego nie przedstawiła dowodu. Obowiązek zaś podjęcia dowodu przeciwnego powstaje dopiero wtedy, gdy strona przeciwna już przeprowadziła dowód pierwszy. Dowód przeciwny jest pożądanym środkiem obalenia dowodu pierwszego i skutków jego; ostatecznie więc obowiązek dostarczenia przeciwdowodu nie jest obowiązkiem uciążliwym; jest raczej dobrodziejstwem i wynikiem prawa bronięcia się. Gdy więc mówimy o obowiązku i uciążliwości dowodzenia, mamy na myśli jedynie dowód pierwszy.

Co do obowiązku dowodzenia, istnieje ogólna zasada: że każda strona winna udowodnić owe fakta sporne, które stanowią konieczną podstawę jej prawa lub obrony. Za tem idzie:

1) że powód winien dowieść faktycznej zasady skargi, z której prawo swoje wywodzi. *Semper necessitas probandi incumbit ei, qui agit.*

2) pozwany, który broni się *excepcjami* lub zarzutami, winien dowieść faktycznej ich zasady. *Excipiendo reus fit actor.* Dlatego też mówimy o równym obu stron obowiązkowi dostarczania dowodów (§. 170 U. s.)

Każda strona ma obowiązek dowodzenia faktów stanowiących niezbędną podstawę jej żądań. Chcąc więc oznaczyć,

czego każda z nich ma dowieść, trzeba wiedzieć, które fakta stanowią zasadę skargi, a które zasadę obrony.

Pytanie: które fakta stanowią zasadę skargi, a które obrony, których więc powód, a których pozwany dowieść jest obowiązany, należy do ustawy cywilnej, która je w bardzo wielu przypadkach rozstrzyga, postanawiając normy tak co do rozdziału ciężaru dowodzenia, jako też co do sposobu dowodzenia. (§§. 99, 100, 157, 164, 518, 851, 1001, 1226 U. c.)

Kwestya, kto ma dowodzić, mieści w sobie to pytanie: czego właściwie w szczególności dowodzić należy. Rozwiązanie tego pytania zależy od rozwiązania dalszego, a mianowicie: co w procesie przedstawić należy?

Każda strona winna te fakta, które ma przedstawić w procesie, celem uzasadnienia swego żądania, w razie potrzeby także udowodnić. Obowiązek dowodzenia zawisł więc od obowiązku przedstawienia faktów. Często zachodzące wątpliwości co do obowiązku dowodzenia, w samej istocie niczem innem nie są, jak wątpliwością co do obowiązku przedstawienia faktów, a w szczególności co do kwestyi: czy fakt sporny stanowi zasadę skargi, czy obrony — n. p. przedstawienie warunku. Jeżeli fakt sporny stanowi zasadę skargi, powód winien go przedstawić, a zatem i dowieść jego prawdziwości; jeżeli zaś fakt sporny stanowi excepcją, jest rzeczą pozwanego przedstawić go i dowieść.

Zasada ta wymaga jeszcze bliższego określenia:

1) Powód winien przedstawić, a zatem i udowodnić fakta tworzące prawo, a mianowicie te, które są najbliższym i bezpośrednim powodem powstania prawa. Nie jest więc zadaniem powoda, ażeby dowodził istnienia ogólnych warunków, jakich wymaga ustawa do powstania prawa, ani też nieistnienia faktów, wstrzymujących powstanie prawa, lub prawo już powstałe niweczących albo ubezwładniających, (ob. Mon. o. p. c. §§. 26—30).

2) Pozwany, broniący się zaprzeczeniem faktu przedstawionego w skardze, nie jest obowiązany dowodzić tego

zaprzeczenia. Fakt naprowadzony w skardze, a zaprzeczony przez pozwanego, staje się faktem wątpliwym, niepewnym, spornym (eine streitige Thatsache); pozwany więc samem zaprzeczeniem zmusza powoda do udowodnienia faktu naprowadzonego w skardze, który jako sporny, przy osądzeniu sprawy nie mógłby być uznany za prawdziwy. Powoda, który nie dowiódł prawdziwości faktu, tworzącego prawo, a zaprzeczonego w obronie, należy oddalić ze skargą z powodu niedowiedzianej faktycznej zasady skargi. Actore non probante, reus absolvitur. Si paret, condemna, si non paret, absolve.

Jeżeli zaś powód dostarczył dowodu prawdziwości faktu skargi, pozwany nie mógłby bronić się samem zaprzeczeniem, bo twierdzenie dowiedzione i proste zaprzeczenie nie znoszą się nawzajem. Dowód przeważa na stronę powoda. Pozwany musiałby w takim razie przeprowadzić dowód równie silny, lub nawet silniejszy, prawdziwości swego zaprzeczenia t. j. musiałby dowieść przeciwieństwa dowiedzonego faktu skargi, czyli przeprowadzić dowód przeciwny przeciw dowodowi powoda (Gegenbeweis). Przeciwdowód pozwanego zniósłby pierwszy dowód powoda; bo fakt dowiedziony i zaprzeczenie dowiedzione znoszą się nawzajem, jak przeciwstawne zdania niedowiedzione; twierdzenie powoda nie mogłoby być uważane za prawdziwe; powód więc musiałby być oddalony ze skargą swoją. Ztąd wynika, że jeżeli powód postawił pierwszy dowód faktycznej zasady skargi, pozwany winien także dowieść zaprzeczenia swego, jeżeli nie ma być skazanym według żądania skargi t. j. winien postawić dowód przeciwny.

3) Pozwany, broniący się *excepcją*, lub zarzutami, przedstawia fakta, któremi usiłuje wykazać, że prawo, którego powód za pomocą skargi dochodzi, wcale nie powstało, albo, jeżeli powstało, zgasło lub ubezwładnionem zostało. Fakta te stanowiące faktyczną zasadę obrony, stałyby się wątpliwymi, gdyby powód prawdziwości ich zaprzeczył, w takim razie musiałby je pozwany udowodnić. Ztąd wynika, że pozwany, zasłaniając się *excepcjami* lub zarzutami, winien w razie za-

przeczenia dowieść prawdziwości faktów tamujących powstanie prawa lub prawo już powstałe niszczących, albo ubezwładniających.

Jedyny wyjątek stanowią niektóre excepcye prawa formalnego czyli zarzuty. Co do niektórych zarzutów spór uchylających, wystarcza proste zaprzeczenie pozwanego, co do innych zaś samo wytknięcie braku formalności, ustawą wymaganych, aby obowiązek dowodzenia zważyć na powoda. (ob. Mon. o proc. cyw. §. 44.)

4. Każda strona spór wiodąca winna sprawdzić fakta, z których wywodzi swoje żądanie, bez różnicy, czy fakta sprawdzić się mające są dodatne, czy ujemne, czy strona przedstawia fakt w zdaniu twierdzącem, czy przeczącem t. j. czy twierdzi, że się coś stało, lub że się coś nie stało; ponieważ nie tylko fakt dodatni, lecz także ujemny może być źródłem prawa, n. p. legat zapisany pod warunkiem, że się coś do pewnego czasu nie stanie.

Dość rozpowszechnionem było zdanie między prawnikami, że ten tylko ma dowodzić, kto twierdzi, a nie ten, kto przeczy (*affirmanti et non neganti incumbit probatio*) — zdanie oparte na teorii prawdopodobieństwa, według której zdanie przeczące ma być prawdopodobniejszem od zdania twierdzącego, równie jak i na tem błędnem mniemaniu, że tylko fakta dodatne, a nie ujemne są faktami tworzącemi prawo. Wszelko zdanie to, oparte na fałszywych podstawach, nie mogło się utrzymać, zwłaszcza, że i ta premisa jest mylną, jakoby ten przeczył, kto twierdzi, że się coś nie stało. On bowiem nie przeczy, ale przeciwnie twierdzi, że się nic nie stało; wszak każde twierdzenie jest zaprzeczeniem twierdzenia odwrotnego i jak każde zdanie twierdzące da się przemienić w przeczące, tak też i zdanie przeczące można wyrazić twierdząco, n. p. zmarły albo nie żyjący — rzecz sprzedana ma te lub owe wady, lub nie ma własności wymaganych.

W następujących pięciu oddziałach zajmiemy się bliższem określeniem każdego z osobna środka dowodowego, a w szczególności :

w oddziale	II.	dowodu z przyznania;
„	„	III. „ z dokumentów;
„	„	IV. „ z przysięgi;
„	„	V. „ ze świadków;
„	„	VI. „ z biegłych.

ODDZIAŁ II.

O dowodzie z przyznania.

§. 24.

Określenie przyznania.

Przyznanie (Geständniss - Eingeständiss — confessio) jest to oświadczenie jednej ze stron spór wiodących, którem stwierdza na swoją niekorzyść rzeczywistość faktu, naprowadzonego w procesie przez stronę przeciwną.

Ustawa sądowa zalicza przyznanie do rzędu środków dowodowych, między którymi wskazuje mu nawet miejsce pierwszorzędne, upatrując w niem najpewniejszy środek, wiodący do wykrycia prawdy; i to z uwagi, że kto przeciw sobie zeznaje, wiedząc, iż to zeznanie pociągnie za sobą szkodliwe dla niego skutki, ten pewnie prawdę mówi. Ztąd też otrzymało przyznanie nazwę: „regina probationum“.

Pytanie: czy przyznanie jest środkiem dowodowym, nie jest ściśle teoretycznem, ma ono także doniosłość praktyczną — mianowicie przy rozstrzygnięciu kwestyi: czy restytucya z powodu nowo-wykrytych środków dowodowych (ob noviter reperta) na mocy §. 489 U. s. jest dopuszczalną w tym razie, jeżeli powód, apelując tylko od jednego ustępu wyroku,

przyznaje w wywodzie apelacyjnym fakt, który gdyby był w toku procesu przyznany, byłby spowodował inną decyzją sądu co do drugiego nieapelowanego ustępu wyroku, którym pozwany skazany został. Nowsze atoli legislacye nie zaliczają przyznania do rzędu środków dowodowych i to słusznie. Albowiem ten tylko środek wiodący do wykrycia prawdy, jest środkiem dowodowym we właściwym tego słowa znaczeniu, którego strona, obowiązana do udowodnienia swoich twierdzeń, sama dostarcza sędziemu własnem działaniem; takim zaś nie jest przyznanie, jako oświadczenie, pochodzące nie od osoby, obowiązanej do złożenia dowodu, lecz od jej przeciwnika, który właśnie w skutku swego przyznania uwalnia ją od obowiązku dowodzenia -- a zatem jako akt zupełnie nie zależny od osoby, mającej obowiązek sprawdzenia twierdzeń swoich. Przeciwnik strony, która fakt naprowadza, ma prawo zaprzeczenia prawdziwości tego faktu, a tem samem prawo żądania od niej dowodu; przyznając zaś prawdziwość owego faktu, zrzeka się swego prawa zaprzeczenia i wymagania od niej dowodu faktu przyznanego — czyli uwalnia stronę, obowiązującą do udowodnienia swoich twierdzeń, od tego obowiązku. Przyznanie więc nie jest środkiem dowodowym, lecz jest raczej środkiem uwalniającym przeciwnika od obowiązku dowodzenia, czyli surogatem dowodu — (Be-weissurogat.)

Dlatego też i ustawa o postępowaniu drobnostkowym z dnia 27. kwietnia 1873, traktując o środkach dowodowych, nie wspomina szczegółowo o przyznaniu, bądź sądowem, bądź zasądowem, jako o środku dowodowym; upatrując w niem raczej rodzaj objawienia woli strony przeciwnej. Z tego wynika, że ważność przyznania zależy od tych samych warunków, co ważność każdego innego oświadczenia woli, a zatem w szczególności od tego, ażeby przyznanie pochodziło od osoby, mającej prawo działania w sądzie i rozrządzania swojemi prawami, ażeby było uczynione ze świadomością skutków i z zamiarem spowodowania takowych (*cum animo confitendi*)

nareszcie, aby miało za przedmiot prawo, którem strona przyznająca dowolnie rozrządzać może.

Aczkolwiek nowsze legislacye nie upatrują w przyznaniu znamion środka dowodowego, nie idzie jednak za tem, iżby przez to odmawiały przyznaniu wszelkiego znaczenia w procesie. Przeciwnie przyznanie odgrywa w każdym procesie bardzo ważną rolę i choćby nie było poparte innemi okolicznościami posiłkującemi, stanowi już samo przez się (po oględzinach sądowych) najpewniejszą podstawę uznania prawdziwości faktu przyznanego. *Confessio est optima probatio*. Powodu wiarygodności przyznania nie należy jednak szukać w tem naturalnem prawdopodobieństwie, że nikt, nie będąc do tego zmuszonym, nie przyzna faktu na swoją niekorzyść, jeżeli o jego rzeczywistości nie ma przekonania; bo wydarzają się sprawy, mianowicie procesa pozorne, w których strona przeciwna, różnemi względami powodowana, częstokroć nawet w porozumieniu z drugą stroną, fakt aczkolwiek nieprawdziwy z zupełną świadomością nieprawdziwości jego za prawdziwy uznaje. Nie należy też szukać powodu wiarygodności przyznania w tem zapatrywaniu, jakoby przyznanie, jako zrzeczenie się prawa żądania dowodu od przeciwnika, polegało ostatecznie na prawie wolnego rozrządzania prawem swoim; albowiem opiekunowie lub kuratorowie mogą równie ważne czynić przyznania, chociaż prawami pupilów lub kurandów swoich dowolnie rozrządzać się mogą.

Powód zniewalający sędziego do uznania prawdziwości faktu przyznanego, tkwi jedynie w tem, że tylko fakta sporne są przedmiotem dowodu i że skutek zasady „wolnej między stronami rozprawy“, od ich woli jedynie zależy, które fakta w procesie naprowadzone za sporne lub niesporne uznane być mają. Sędzia więc, związany przy ocenieniu prawdziwości faktów wolą stron, musi fakta, naprowadzone przez jedną stronę, a niezaprzeczone czyli przyznane przez drugą, t. j. fakta nie sporne — uznać za prawdziwe.

§. 25.

Istotne znamiona przyznania.

Istotne znamiona przyznania są następujące:

1. Przyznanie może uczynić tylko strona spór wiodąca. To, co trzecia osoba nie wchodząca do sporu, zeznaje na korzyść strony, lub przeciw niej, nazywa się świadectwem (Zeugniss, testimonium). Przyznanie zgadza się ze świadectwem pod względem treści w tem, że tak jedno jak drugie stwierdza prawdziwość faktu; dlatego też możemy przyznanie uważać za świadectwo strony przeciw sobie samej.

2. Przyznanie zawiera w sobie zeznanie, uczynione na korzyść strony przeciwnej, a na swoją niekorzyść. Tą cechą charakterystyczną różni się przyznanie od wszystkich innych środków dowodowych — nie mniej różni się od zeznań, uczynionych na własną korzyść, a w szczególności od wszelkich twierdzeń (Behauptungen) t. j. od przedstawienia faktów, z których strona twierdząca na własną korzyść wywodzi swoje prawo lub swoją obronę.

3. Przyznanie jest rodzajem objawienia woli (Willenserklärung); przyznający bowiem oświadcza, iż uznaje fakt naprowadzony przez przeciwnika za prawdziwy, nie żądając od niego dowodu, a tem samem pośrednio uznaje prawo, wypływające z tego faktu; tem jednak różni się od wszystkich innych oświadczeń obowiązujących, przyrzeczeń, zrzeczeń i t. p. iż przyznanie prawdziwości faktu dokonanego, jest pośrednim uznaniem prawa z tego faktu wypływającego i już istniejącego, podczas gdy z wszelkich innych oświadczeń woli, nowe dopiero powstają prawa. Oświadczenia woli, przyrzeczenia, zrzeczenia i t. p. nie są więc przyznaniem, chociaż często są z niem połączone n. p. w skrypcie.

4. Przedmiotem przyznania są tylko fakta t. j. naturalne zdarzenia lub czyny, tak własne przyznającego, jak obce, mianowicie przeciwnika, zewnętrzne lub wewnętrzne, dozwolone lub zakazane, w szczególności także karygodne.

Przepisy i pojęcia prawne, nie mniej tłumaczenie ustaw, tak swojskich, jak obcych, nie są przedmiotem przyznania, ani też normą dla sędziego, który nie może przyjąć za podstawę orzeczenia swego zasady prawnej, mylnie pojętej przez jedną stronę, a przyznanej przez drugą (§. 22).

Od przyznania faktu należy odróżnić uznanie prawa lub odpowiedniego mu obowiązku (Anerkennung, Anerkenntniss, Bekenntniss, Schuldbekenntniss, agnitio) o którym mówi §. 177 U. s. — Przyznajemy fakta, uznajemy zaś prawa, albo prawne pretensye lub odpowiednie im obowiązki.

§. 26.

Różne rodzaje przyznania.

Przyznanie może być:

1. albo sądowem albo zasądowem (gerichtliches, oder aussergerichtliches Geständniss);
2. wyraźnem albo milczącym czyli dorozumianem (ausdrückliches oder stillschweigendes, fingirtes);
3. zupełnem, nieograniczonem, bezwarunkowem, albo częściowem, ograniczonem, warunkowem (einfaches, unbeschränktes, oder beschränktes, qualificirtes).

ad. 1. Przyznanie sądowe jest to oświadczenie strony lub jej zastępcy, złożone w obec sądu właściwego w toku procesu i tyjące się faktu, w procesie tym naprowadzonego.

Każde inne t. j. pod innemi okolicznościami złożone przyznanie, jest zasądowem. Zasądowem więc jest każde przyznanie, złożone wprawdzie w sądzie właściwym, wszelako w obec innego przeciwnika, albo w obec tego samego przeciwnika, lecz w innym procesie, albo w toku układów pojednawczych, jakoteż w obec sądu działającego w sprawach niespornych, albo w obec sądu karzącego, nie mniej w obec władz administracyjnych lub kościelnych, nareszcie w pożyciu prywatnem w obec trzecich osób.

Z tąd wynika, że przyznanie może być złożonem w obec sądu, które jednak nie jest przyznaniem sądowem, lecz zasądowem; charakterystyczne bowiem znamię przyznania sądowego polega jedynie na tem, że je złożyła strona w toku procesu, w którym jej przeciwnik naprowadził fakt, następnie przyznany.

ad 2. Przyznanie sądowe może być bądź to wyrażnem t. j. ustnie lub na piśmie wyrażonem, bądź milczącym, dorozumianem t. j. wywnioskowanem z zaniechania odpowiedzi na fakta, przedstawione przez przeciwnika, z jej niedokładności lub dwuznaczności (§§. 5 i 11 U. s.) albo wynikające bezpośrednio z ustawy za karę nieposłuszeństwa (poena contumaciae, poena confessi §§. 25, 32, 38 i 43 U. s.) W procesie atoli ustnym i sumarycznym, w którym sędzia winien z urzędu czuwać nad tem, aby strona dla nieświadości ustaw procesowych nie poniosła szkody, — fakt milczeniem pokryty w tym tylko razie może być uważany za milcząco przyznany, jeżeli strona na uwagę sędziego, iż zaniechanie jej odpowiedzi będzie uważanem za przyznanie — żadnej nie dała odpowiedzi (§. 21 U. s. i §. 25 pat. sum.)

Przyznanie zaś zasądowe może być tylko wyrażnem. Milczącego lub domniemanego przyznania zasądowego nie znają ustawy (§. 176 U. s.).

ad 3. Przyznanie jest zupełnem, jeżeli strona stwierdza fakt, naprowadzony przez przeciwnika, w całości bez najmniejszego ograniczenia lub zastrzeżenia — częściowem zaś, jeżeli strona nie stwierdza w całości faktu, naprowadzonego przez przeciwnika, lecz tylko co do niektórych okoliczności, a zatem, jeżeli niektóre okoliczności za prawdziwe przyjmuje, innych zaś prawdziwości bezpośrednio lub pośrednio zaprzecza. Przyznanie częściowe więc mieści w sobie zawsze zaprzeczenie.

Zaprzeczenie jest zwykle, lecz nie koniecznien połączonem ze sprostowaniem lub uzupełnieniem faktu — bez różnicy, czy ono dotyczy ilości lub jakości, czasu lub miejsca,

n. p. powód żąda zwrotu zegarka złotego, danego pozwanemu do przechowania; pozwany przyznaje, iż przyjął zegarek do przechowania, wszelako twierdzi, że zegarek ten był srebrny, a nie złoty (Ob. moje mon. o p. c. §. 40).

§. 27.

Przyznanie sądowe.

Kiedy przyznanie sądowe ma moc dowodu?

Ażeby przyznanie sądowe miało moc dowodu, ma być złożone:

1. w obliczu sądu i to sądu właściwego, bez różnicy, czy sąd już pierwotnie był właściwym, czy stał się nim dopiero wskutek dobrowolnego poddania się (§§. 47 i 48 N. J.) nie mniej w toku sporu trwającego.

Jeżeli postępowanie sądowe z powodu niewłaściwości sądu, w toku procesu odkrytej, przerwany, a wskutek tego nowa skarga wyniesioną została, w takim razie przyznanie złożone w pierwszym sporze już w drugim nie miałoby mocy dowodu przyznania sądowego — a to z powodu, że całe postępowanie było nieważnem. Ustawa węg. w §. 110 nadaje takiemu przyznaniu moc dowodu przyznania sądowego.

Z tąd wynika dalej, że przyznanie złożone wprawdzie w obec sądu właściwego, lecz nie w toku procesu, nie ma mocy dowodowej przyznania sądowego.

2. Dalszym warunkiem dowodności przyznania sądowego jest zdolność strony do działania w sądzie i rozporządzania swojemi prawami (Process- und Dispositionsfähigkeit), a to po części dlatego, że przyznanie sądowe, jako zrzeczenie się prawa zaprzeczenia faktu, naprowadzonego przez przeciwnika, i żądania od niego dowodu, jest bardzo ważną czynnością sądową — po części zaś dlatego, że kto sądownie przyznaje fakt, rozporządza pośrednio prawem, wpływającym według ustawy z faktu przyznanego.

Ponieważ przyznanie sądowe może pociągnąć za sobą

szkodliwe dla przyznającego następstwa, przeto powinno być złożone, albo:

- a) przez samą stronę, zdolną rozporządzać swojemi prawami (§. 56, 59 i 173 U. s.) albo
- b) przez prawnego zastępcę strony. Albowiem prawny zastępca strony przedstawia w procesie wobec przeciwnika tę stronę, którą zastępuje i tworzy z nią jedną i tę samą osobę, zatem wszystkie działania procesowe, przedsiębiorzone przez prawnego zastępcę, a w szczególności także przyznania, przezeń uczynione, mają wobec przeciwnika tę samą moc i to samo znaczenie, jak gdyby pochodziły od strony samej.

Co opiekun lub kurator w imieniu strony, którą zastępuje, co do faktu sądownie przyznaje, to według §. 174 U. s. w tymże procesie za prawdziwe uznanem być musi. Powołany §. 174 U. s. wspomina wprowadzić tylko o opiekunach i kuratorach; jednakże nie można wątpić, że oprócz nich inne także osoby, uprawnione bądź to z mocy prawa, bądź też z urzędu swego, do zastępowania trzecich osób, mogą w ich imieniu czynić ważne przyznania sądowe, jako to: mąż w imieniu żony (§. 91 U. c.) ojciec w imieniu dzieci (§§. 152 i 1034 U. c.) prokuratora skarbu w imieniu skarbu publicznego, i zakładów, na mocy ustaw politycznych jej zastępstwu poruczonych (§. 290 U. c.), przełożeni świeccy i duchowni, przełożeni gmin lub zarządcy stowarzyszeń, korporacyi i t. p.

Ponieważ przyznanie jest tylko poświadczeniem istnienia lub nieistnienia pewnego faktu, więc nie tworzy bezpośrednio nowych praw i obowiązków, lecz istniejące już wznosi jedynie do prawnej pewności; przeto prawni zastępcy stron nie potrzebują osobnego szczegółowego upoważnienia ze strony władzy nadopieczuńczej lub kuratelarnej albo nadzorczej do czynienia przyznań sądowych. Jeżeliby zastępcy prawni przekroczyli granicę swoich obowiązków i ze szkodą osób oddanych pod ich opiekę, fakt nieprawdziwy

wyraźnie lub milcząco przyznali, musiałyby sądy opiekuńcze lub władze nadzorcze z obowiązku czuwania nad prawami osób, pod ich opieką będących, użyć środków prawnych w celu usunięcia szkody, ztąd wynikłej, mianowicie postanowić innego zastępcę z poleceniem żądania przywrócenia stanu pierwotnego.

Z tąd też wynika w szczególności, że kurator postanowiony dla osoby nieobecnej, może przyznać fakta naprowadzone w procesie przez stronę przeciwną, jeżeli ma przekonanie o ich prawdziwości. Jeżeli jednak nie nabył tego przekonania, nie powinien ani wyraźnie, ani milcząco przyznać faktów, przywiedzionych przez przeciwnika, — przeciwnie obowiązkiem jego jest zaprzeczyć prawdziwości tak faktów, jakoteż dokumentów, na które się strona przeciwna powołuje. Jego bowiem obowiązkiem jest bronić praw kuranda, a zatem czynić wszystko, co mu może przynieść korzyść, a zaniechać wszystkiego, co by mogło spowodować szkodę. Kurator nie dopełniłby tego obowiązku, gdyby nie tylko nie zaprzeczył, lecz nawet przyznał, bądź wyraźnie, bądź milcząco, fakta naprowadzone przez stronę przeciwną, a tem samem dopomagał przeciwnikowi do łatwiejszego praw dochodzenia. Nieobecny byłby w położeniu nierównie korzystniejszym, gdyby wcale żadnego nie miał kuratora ustanowionego, — bo zaocznie skazany, mógłby nie mając kuratora, żądać restytucyi z powodu upadku terminu (§§. 489 i 491 U. s.), a tej żądać nie może, jeżeli kurator uczynił sądowe przyznanie, a zatem terminu nie opuścił. Podobnie niemógłby żądać restytucyi ani z powodu nowo wykrytych środków dowodowych, bo zaprzeczenie nie jest środkiem dowodowym, — ani z winy kuratora, któryby nie zawinił, jeżeliby to zdanie było prawdziwem, że kurator nieobecnego nie ma obowiązku zaprzeczania.

Sąd zwywa wprawdzie stronę nieobecną edyktem publicznym, ażeby kuratorowi postanowionemu na jej koszt i niebezpieczeństwo, udzieliła ze swej strony dowodów, albo też innego pełnomocnika sądowi przedstawiła, gdyż w razie

przeciwным sama sobie przypisze następstwa szkodliwe (§. 512 U. s.) Nie idzie jednak za tem, iżby kurator, nie otrzymawszy informacyi od strony nieobecnej, stał się wolnym od obowiązku zaprzeczenia. Powyżej wzmiankowany rygor, umieszczony w edykcie publicznym, wywrze zawsze swój skutek, gdyż kurator, nie będąc obznajomionym z stosunkami strony nieobecnej, nie robi użytku ani z excepcyi i zarzutów, ani z przeciwdowodów, któremi ona byłaby mogła się bronić.

c) albo nareszcie przez adwokata, lub innego pełnomocnika strony, przez nią lub prawnego jej zastępcę na mocy udzielonego mu pełnomocnictwa, ustanowionego (§. 174 U. s. i §. 9 pat. sum.) Adwokat nie potrzebuje szczegółowego upoważnienia do czynienia ważnych przyznań sądowych. Ani ustawa sądowa (§. 548) ani cywilna (§. 1008) nie wymagają, ażeby pełnomocnictwo dane adwokatowi zawierało w sobie wyraźne upoważnienie do czynienia przyznań sądowych. Adwokat już z mocy prawa i stanowiska swego jest do tego upoważnionym tak, jak w ogóle do przedsięwzięcia wszelkich działań procesowych. Aby zaś adwokat zabezpieczył się od wszelkiej odpowiedzialności wobec klienta swego, winien zażądać od niego informacyi co do faktów naprowadzonych w procesie (*speciem facti*) lub też zażądać od niego zatwierdzenia pisma procesowego przed wniesieniem do sądu.

Jakie środki prawne służą stronie, która sędzi się pokrzywdzoną tem, że adwokat przyznał fakt naprowadzony przez stronę przeciwną, o tem milczy ustawa sądowa. Nie ulega wątpliwości, że stronie służy prawo żądania od adwokata wynagrodzenia za szkodę wynikłą z przyznania faktu nieprawdziwego. Zachodzi jedynie pytanie: jaki środek prawny służy jej wobec strony przeciwnej?

Proste, żadnym dowodem nie poparte odwołanie przyznania przez adwokata wobec sądu uczynionego, nie jest dopuszczalnem, albowiem w razie przeciwnym nie byłoby końca

procesów. Jeżeliby zaś strona mogła dowieść, że adwokat przyznał fakt wbrew danej mu instrukcyi, w takim razie musiałaby strona, odwołująca przyznanie adwokata, dowieść, że przyznanie to jest samo przez się fałszywem; ponieważ ustawa do ważności aktu przyznania nie wymaga szczegółowego upoważnienia, a przekroczenie pełnomocnictwa mianowicie instrukcyi danej adwokatowi, nie może szkodzić osobie trzeciej. To jednak musiałoby nastąpić, gdyby strona przeciwna, wskutku przyznania sądząc się wolną od wszelkiego dalszego dowodzenia, a nawet po upływie dłuższego czasu *może już nie posiadając dawniejszych środków dowodowych*, naraz była zmuszoną, stawiać dowody, jakby żadnego przyznania nie było. Ztąd wynika, że dopiero po przeprowadzonym dowodzie fałszywości przyznania, złożonego przez adwokata, może ciężar dowodzenia faktu, przez adwokata poprzednio przyznanego, spaść na stronę przeciwną. W tem przypuszczeniu mogłaby strona, przyznaniem adwokata skrzywdzona, nie tylko w toku procesu, lecz nawet po zapadłym już wyroku, żądać przywrócenia stanu pierwotnego w myśl §. 491 U. s. i pat. z 1. Lipca 1790.

Nierównie łatwiejszem będzie uzyskanie restytucyi w razie milczącego przyznania adwokata, którego вина w takim razie, a brak winy strony, łatwo da się udowodnić.

3. Świadomość skutków przyznania i zamiar spowodowania tychże t. z. *animus confitendi*.

Rozumie się samo przez się, iż przyznanie, jako akt objawienia woli, tak samo jak każde inne oświadczenie woli, powinno być zrozumiałem, niedopuszczającem żadnej dwuznaczności i jako wpływ wolnej woli i rozwagi zgadzać się z istotną wolą przyznającego, powinno być uczynionem z zupełną świadomością szkodliwych skutków faktu przyznanego, i w tym celu, aby stronie przeciwnej służyło za dowód t. j. *cum animo confitendi*. Obojętną atoli jest rzeczą, czy fakt, stwierdzony przyznaniem, jest zgodnym z rzeczywistością lub nie. Stronie wolno przyznać fakt nieprawdziwy. Co do

skutków przyznania faktu nieprawdziwego, należy jednak rozróżnić, czy strona przyznała fakt nieprawdziwy z zupełną świadomością nieprawdziwości faktu, czy też skutkiem nieświadomości, będąc wprowadzoną w błąd co do faktu. Przyznanie uczynione przez błąd co do faktu dla braku animi confitendi, żadnego niema znaczenia i może być odwołaniem n. p. spadkobierca pozwany o wykreślenie z hipoteki wierzytelności intabulowanej na rzecz spadkodawcy i to na tej zasadzie, że dłużnik spłacił ten dług spadkodawcy, przyznaje spłatę tego długu, będąc w błąd wprowadzonym skutkiem nieświadomości, że dłużnik nie spłacił długu intabulowanego, lecz spłacił inny dług.

Jeżeli zaś strona przyznała fakt nieprawdziwy z zupełną świadomością jego nieprawdziwości, przyznanie takie, uczynione z zamiarem rozrządzenia swoim prawem (animo obligandi), przedstawia się nie tylko jako środek dowodowy, lecz zarazem jako formalna podstawa zobowiązania, jako akt dyspozycji.

O powyższym zamiarze nie można wątpić przy przyznaniu sądowem.

4. Nareszcie jeżeli przyznanie sądowe ma mieć moc dowodową, przedmiot przyznania niepowinien być wyjęty z pod wolnej dyspozycji stron, spór wiodących.

Co do niektórych przedmiotów prawo czynienia ważnych przyznań jest ograniczone, już to ze względów publicznych, już to ze względu na prawa trzecich osób. I tak:

- a) Małżeństwa nie można unieważnić, ani rozwiązać na podstawie przyznania małżonków, że istnieje prawna przeszkoda małżeństwa, lub prawny powód rozwiązania go; albowiem w procesie o uznanie nieważności, lub o rozwiązanie małżeństwa, nawet zgodne przyznanie obu małżonków nie stanowi dowodu istnienia przeszkody do małżeństwa, lub powodu rozwiązania związku małżeńskiego (§§. 99 i 115 U. c. i d. n. z 23. Sierpnia 1819, §§. 9, 13, 14).

- b) Ani przyznanie cudzołóstwa, ani twierdzenie matki, że dziecię jest nieślubnem, nie może samo przez się pozbawić dziecięcia praw dzieci ślubnych (§. 158 U. c.)
- c) Przyznanie męża, że posag odebrał, uczynione już po otwarciu upadłości, niczego nie dowodzi przeciw wierzycielom krydalnym (§. 1226 U. c.), uczynione zaś przed otwarciem upadłości, wtedy tylko stanowi dowód przeciw masie na korzyść żony, jeżeli nastąpiło albo przy odbiorze posagu, albo najpóźniej na rok przed otwarciem upadłości (§. 49 ustawy o upadłościach z 25. Grudnia 1868).
- d) Jeżeli ustawa ważność aktu prawnego czyni zawisłą od zachowania pewnych form, n. p. od wystawienia dokumentu, a w szczególności od zeznania aktu notaryalnego, od zeznania świadków i tym podobnych, w takim razie nie może przyznanie stanowić dowodu istnienia aktu prawnego, który z pominięciem form przepisanych zawarty został (§§. 934, 943, 956 U. c. i t. d.)
- e) Co jeden z kilku uczestników sporu sądownie przyznaje, to drugim szkodzić nie może, (§. 175 U. s.) a to z powodu, że nikt nie jest mocen rozrządzać prawami osób trzecich. Przyznanie więc, złożone przez jednego z kilku uczestników sporu, stanowi dowód jedynie przeciw przyznającemu, — przeciw innym zaś żadnego nie ma znaczenia, ponieważ jest tylko prostem poświadczeniem istnienia lub nieistnienia faktu, żadną przysięgą nie stwierdzonem, czyli świadectwem niezaprzysiężonem, a jako takie nie może stanowić dowodu. Ztąd też możemy wyprowadzić to zdanie: że jeżeli jeden z uczestników sporu przyznaje fakt, zaprzeczony przez drugiego, w takim razie może strona przeciwna powołać przyznającego się uczestnika na świadka i jego zeznaniem (przysięgą stwierdzić się mającem) tudzież własną przysięgą uzupełniającą przeprowadzić dowód prawdziwości faktu zaprzeczonego przez uczestnika

drugiego, — niema bowiem powodu niedopuszczania świadectwa jednego uczestnika przeciw drugiemu.

Wyjątkowo jednak może przyznanie jednego uczestnika oddziaływać także na innych, mianowicie:

α) W razie zaoczności. — Jeżeli bowiem jeden lub kilku uczestników sporu nie odpowiada, natenczas nie-odpowiadających należy uważać za zgadzających się z tym, który na pozew odpowiedział (d. n. z 23. Sierpnia 1799 i 4. Września 1801). Ztąd wynika, że jeżeli uczestnik odpowiadający przyznał fakt, naprowadzony przez przeciwnika, przyznanie to zarówno oddziała przeciw nieodpowiadającemu, jak zaprzeczenie broniącego się uczestnika idzie na korzyść tego, który się wcale nie bronił.

β) Przyznanie prawdziwości faktu, złożone przez jednego z uczestników sporu, dowodzi także przeciw drugiemu, aczkolwiek zaprzeczającemu, jeżeli między obydwojma zachodzi t. z. *identitas personarum* — n. p. przyznanie cedenta stanowi dowód przeciw cessyonaryuszowi. Albowiem skoro sędzia musi fakt, przyznany przez jednego uczestnika, uznać za prawdziwy, nie może on tego samego faktu uznać za nieprawdziwy w obec drugiego uczestnika, który z tamtym przedstawia jedną i tę samą osobę.

γ) Przyznanie uczynione przez jednego ze solidarnych współwierzycieli lub spółdłużników, stanowi dowód przeciw wszystkim innym uczestnikom sporu, solidarnie uprawnionym lub zobowiązanym. Wymaga tego istota solidarności, albowiem każdy ze współwierzycieli solidarnych ma prawo żądać całości wierzytelności, i skoro od dłużnika otrzymał zupełne zaspokojenie, inni współwierzyciele niczego więcej żądać nie mogą, a dłużnik w obec nich przestaje być odpowiedzialnym. Tak samo każdy ze spółdłużników solidarnych jest obowiązany do zaspokojenia całego długu i przez dopełnienie tego

obowiązku uwalnia pozostałych spółdłużników od wszelkiej w obec wierzyciela odpowiedzialności. Z tąd wynika, że każdy z osobna spółwierzyciel lub spółdłużnik jest przedstawicielem wszystkich innych spółwierzycieli lub spółdłużników solidarnych, jego więc przyznanie powinno oddziaływać na wszystkich będących w stosunku solidarności.

5. Co jest niemożliwem lub prawnie zabronionem, to nie może być przedmiotem ważnego przyznania.

6. Aby przyznanie sądowe miało moc dowodu, nie wymaga ustawa przyjęcia tego przyznania przez stronę przeciwną — można bowiem czynić ważne przyznanie nawet w nieobecności przeciwnika.

§. 28.

Skutki przyznania sądowego.

Skutki przyznania sądowego są następujące:

1. Fakt sądownie przyznany w toku procesu należy według §. 172 U. s. uważać za zupełnie dowiedziony (für vollkommen erwiesen) w tym samym procesie (in eben diesem Prozesse).

Ze słów §§. 173: „w tym samym procesie“ wynika, że przyznanie uczynione w jednym procesie, w drugim nie stanowi dowodu, chociażby ten drugi proces toczył się między temi samemi stronami. Postanowienie to jest ze wszech miar uzasadnionem; albowiem strona mogła w jednym sporze przyznać fakt, jedynie ze względu na małoważność sprawy; ztąd jednak nie można wnosić na prawdziwość tego samego faktu w innej sprawie, dla strony może już ważniejszej.

Z dalszych słów §. 173: „fakt przyznany należy uważać za zupełnie dowiedziony“, — popartych słowami §. 174: „to co... przyzna, za prawdziwe uważanem być ma“ — wypływa dalej, że przyznanie sądowe nie może być jednostronnie odwołanem w późniejszym piśmie procesowem

lub w wywodzie ustnym, i dowód przeciwności t. j. dowód przedmiotowej nieprawdziwości faktu poprzednio przyznanego, nie może być dopuszczonym. Niedopuszczalność dowodu przeciwnego w późniejszym piśmie lub wywodzie, przeciw przyznaniu, uczynionemu w poprzedzającym, wynika też z zasady przezorności, z którą późniejsze ofiarowanie odvodu nie dałoby się pogodzić. Wynika to dalej tak z analogii §. 329 U. s. niedopuszczającego apelacyi od wyroku wydanego na podstawie przyznania sądowego, jak z analogii §. 1342 U. c. według którego spłata długu, który się nie należy, dokonana ze świadomością, jest nieodwołalną. Wynika to nareszcie z natury rzeczy; albowiem jeżeli jedna strona przedstawia fakt, a druga oświadcza, iż fakt ten za prawdziwy uznaje, to obiedwie strony zgadzają się na to, aby fakt obustronnie za prawdziwy uznany, służył sędziemu za podstawę wyroku. To obustronne oświadczenie, stanowiące poniekąd ugodę, jest aktem obowiązującym obiedwie strony; jednostronnie więc nie może być wzruszonym, a zatem i prawne skutki ztąd wynikające, nie mogą już być cofnięte. Aczkolwiek strona, która złożyła przyznanie sądowe, nie może go odwołać nawet w razie nieprawdziwości faktu przyznanego, jednak nie byłoby to zgodnem ze sprawiedliwością, nie dopuścić dowodu przeciwnego w tym razie, jeżeli strona dowiedzie, że przyznała fakt nieprawdziwy, będąc w błędzie co do faktu przyznanego (§. 27).

2. Przyznanie sądowe faktu prawnego pociąga za sobą uznanie prawa na zasadzie tego faktu dochodzonego; jest więc nie tylko środkiem dowodowym, lecz może stać się zarazem bezpośrednią przyczyną zobowiązania, choćby fakt przyznany nie był prawdziwym (§§. 27, 32, 37).

3. Dalszy skutek przyznania sądowego objawia się w tem, iż od wyroku zapadłego stosownie do przyznania sądowego (in Gemässheit des Eingeständnisses) według §. 329 U. s. nie ma apelacyi.

Wszelako skutek ten nie odnosi się ani do wyroków

zaocznych, wydanych wskutek przyznania domniemanego (§. 329 U. s.) ani do wyroków rozstrzygających sprawę, w której pozwany wprowadził przyznał fakt, równocześnie jednak bronił się *excepcyjami*, — bo jeżeli sąd przyznał powodowi prawo, którego pozwany mimo przyznania faktu nie uznał, to nie można twierdzić, iż wyrok zapadł stosownie do przyznania sądowego.

4. Nareszcie pociąga przyznanie długu w procesie ten skutek za sobą, iż sąd winien natychmiast dozwolnić żądanej egzekucyi celem zabezpieczenia (§. 398 U. s. i d. n. 25. Maja 1839 l. 16699 i 25. Stycznia 1841 l. 137).

§. 29.

Przyznanie zasądowe.

Przyznanie zasądowe nie służy prawidłowo za dowód, a raczej nie uwalnia przeciwnika od dowodu (§. 176 U. s.). Często bowiem zdarza się, że przyznajemy coś pozasądownie jedynie dla żartu, przechwałki, wstydu lub z innych pobudek, nie mając bynajmniej zamiaru wyjawienia prawdy, nie mając też obowiązku przyznawania się po za sądem do praw lub obowiązków. Prawodawstwo więc nie mogło przyznaniu zasądowemu przyznać mocy dowodu zupełnego, bo gdyby w stosunkach życia codziennego każdy musiał się obawiać, iż lada wyrażenie, na pozór obojętne, może kiedyś służyć za dowód przeciw niemu, wpłynęłoby to nader szkodliwie na stosunki codziennego życia i obrotu. Przyznanie zasądowe, jako niepewny środek dowodowy, może więc pod pewnemi tylko warunkami uwolnić przeciwnika od obowiązku dowodzenia.

Warunki dowodności przyznania zasądowego są następujące:

1. Przyznanie zasądowe powinno pochodzić od samej strony, mającej prawo rozrządzania swojemi prawami. Prawny jej zastępca lub pełnomocnik nie może w jej imieniu czynić ważnych przyznań zasądowych. Że przyznanie zasą-

dowe, uczynione przez zastępcę lub pełnomocnika strony, żadnego przeciw niej nie stanowi dowodu, wynika ztąd, że ustawa sądowa mówiąc w §. 174 o przyznaniu sądowem, wyraźnie upoważnia zastępcę lub pełnomocnika strony do czynienia w jej imieniu ważnych przyznań sądowych; mówiąc zaś w §. 176 o przyznaniu zasądowem, nic już o tem nie wspomina.

2. Przyznanie zasądowe powinno być wyraźnem i jako objaw woli, wolnem i rozważnem. Milczącego czyli dorozumianego przyznania zasądowego t. j. wywnioskowanego z milczenia lub zaniechania odpowiedzi, nie zna ustawa sądowa — nikt bowiem nie ma obowiązku prawnego odpowiadać po za sądem i przyznawać się do praw lub obowiązków swoich (§. 176 U. s. i d. n. z 22 Lipca 1788 l. 860).

Przyznanie wyraźne może być bądź ustne bądź pisemne t. j. złożone w formie dokumentu n. p. listu, testamentu i t. p. Jeżeli dokument posiada wszystkie własności, wymagane ustawami, wtedy dokument jako taki, stanowi dowód prawdziwości treści w nim zawartej; jeżeli zaś tych własności nie posiada, w takim razie zawarte w nim przyznanie zasądowe stanowi o tyle dowód faktu przyznanego, o ile zachodzą wszystkie warunki dowodności przyznania zasądowego.

3. Ażeby przyznanie zasądowe stanowiło dowód przeciw przyznającemu, powinno być uczynione z tym zamiarem, aby drugiemu, interesowanemu co do faktu przyznanego, służyło za dowód t. j. *cum animo confitendi*. Dlatego też przyznanie zasądowe powinno być uczynione w obec tego, o którym przyznający wiedział, że mu zależy na tem, aby się dowiedział o prawdzie (§. 176); a zatem, w obec samego uprawnionego, lub jego opiekuna, kuratora, pełnomocnika, spadkobiercy, prawonabywcy, spółnika i t. p. Chociaż więc osoby, dopiero co wymienione, nie mogą czynić przyznania zasądowego, w imieniu tych, których zastępują, jednakowoż można w obec nich uczynić ważne przyznania zasądowe na korzyść tych, których oni zastępują.

Ustawa Jozefińska wymaga nadto, ażeby przyznanie zasądowe było uczynione na zapytanie tego, komu na tem zależy, aby się dowiedział o prawdzie. Ustawa galicyjska zaś nie wymaga tego; i warunek ten pominęła milczeniem.

4. Kto się powołuje na przyznanie zasądowe, winien udowodnić, nie tylko sam fakt przyznania zasądowego, lecz i te okoliczności, z których należy wnosić, że przyznający wiedział, iż temu, w obec którego czynił przyznanie, zależało na tem, by się dowiedział prawdy i że on uczynił to przyznanie w tym celu, aby ono służyło drugiemu za dowód.

Przyznanie zasądowe może być dowiedzione zwyczajnemi środkami dowodowemi n. p. przysięgą, świadkami, pismem. Jeżeli przyznanie było pismienne, dokument powinien być sporządzony w formie ustawą wymaganą, jeżeli jako taki ma stanowić dowód faktu przyznanego. Jeżeli zaś dokument nie zupełnie odpowiada formie ustawą przepisanej, nie stanowi on dowodu faktu przyznanego, lecz może dowodzić tej okoliczności, że wystawiciel uczynił przyznanie zasądowe, którego moc dowodową sędzia dopiero oceni według tego, czy to przyznanie pismienne odpowiada warunkom dowodności powyżej skreślonym n. p. jeżeli dłużnik w liście, cudzą ręką napisanym, lecz przezeń własnoręcznie tylko podpisanym, prosi wierzyciela, aby mu przedłużył termin do spłaty otrzymanej pożyczki 100 złr.; list ten, nie odpowiadający formie skryptu na pożyczkę, przepisanej w §. 182 U. s., nie stanowi wprawdzie dowodu faktu prawo tworzącego, t. j. zaliczenia pożyczki, lecz może służyć za dowód, że wystawiciel tego listu uczynił przyznanie zasądowe.

Tak w teorii, jak w praktyce utarło się zdanie: iż reguła, według której przyznanie zasądowe w takim tylko razie służy za dowód, jeżeli odpowiada wszystkim warunkom powyżej opisanym — doznaje wyjątku w sporze o ojcowstwo; względem którego §. 163. U. c. i d. n. z 5. Kwietnia 1822 l. 1858 stanowią, co następuje: „Kto w sposób

ustawą sądową przepisany, prawnie przekonany zostanie (überwiesen wird), że obcował z matką dziecięcia w czasie, od którego aż do jej porodu, najmniej sześć, a najwięcej dziesięć miesięcy upłynęło, lub kto choć tylko zasądownie to przyznaje (wenn auch nur ausser Gericht gesteht), przeciw temu przemawia domniemanie, że jest ojcem dziecięcia.“

Powołany §. 163 U. c. stanowi prawne domniemanie ojcostwa. Podstawą tego domniemania jest bezślubne obcowanie z matką dziecięcia w czasie powyżej określonym, które udowodnić należy. Ustawa cywilna w §. 163. wskazuje dwa sposoby dowodzenia nieślubnego obcowania; — raz za pomocą zwyczajnych środków przekonywania (Überweisungs-Arten) ustawą sądową przepisanych, powtóre przez przyznanie zasądowe. Skoro §. 163 w pierwszym ustępie wszystkie środki dowodowe, ustawą sądową wskazane, a zatem i przyznanie zasądowe za dopuszczalne uznaje, osobna o przyznaniu zasądowem wzmianka w drugim ustępie, byłaby zupełnie nie potrzebną. Jeżeli więc ustawy nie ma spotkać zarzut tautologii, należy przypuścić, że przyznanie zasądowe, o którym §. 163 U. c. mówi w drugim ustępie, nie jest przyznaniem w myśl §. 176 U. s., bo o tem jest mowa już w pierwszym ustępie §. 163. Należy więc przypuścić, że §. 163 w drugim ustępie mówi o przyznaniu innego rodzaju t. j. że przyznanie faktu obcowania z matką dziecka, choćby nie odpowiadało warunkom, powyżej wskazanym, stanowi domniemanie ojcostwa n. p. gdyby było uczynione w obec osoby trzeciej, której nie na tem nie zależało, aby dowiedzieć się prawdy. Zdanie to podziela także praktyka sądowa (wyr. Najw. Sądu z 29. Lipca 1857 l. 6946 i 26. Lutego 1861 l. 1237 zbiór Glasera 420 i 1278).

Musimy jednak nadmienić, że nie wszyscy procesualiści podzielają zdanie dopiero co wyłączone. Zwolennicy zdania przeciwnego twierdzą, że nie byłoby to zgodnem ze sprawiedliwością, skazać kogoś na ponoszenie przez całe życie ciężkich obowiązków ojcowskich za łada jakie częstokroć

nawet lekkomyślne, w obec osoby zupełnie obcej, uczynione przyznanie, że przyznający w pewnym czasie obcował z matką dziecięcia. Z uwagi, iż §. 163 w pierwszym ustępie mówi o środkach przekonywujących, do których przyznania nie można zaliczyć, nie mniej z uwagi dalszej, że §§. 310. 311. 312 i 479 U. s. i §. 543 U. c. przeciwstawiają przyznaniu, przekonanie (überwiesen werden), nie ma, według ich zdania żadnego powodu twierdzić, iż prawodawca w drugim ustępie §. 163 inny rodzaj przyznania zasadowego miał na myśli, mianowicie taki, który nie odpowiada warunkom, powyżej opisanym.

Ta różnorodność zdań w przedmiocie nader wielkiej doniosłości, powinnyby skłonić władzę prawodawczą do uchylenia wątpliwości, wypływających z niejasnej stylizacji §. 163 U. c. — jakoteż w ogóle do głębszego zastanowienia się nad kwestyą dopuszczalności skargi o ojcowstwo nieślubne, której nie wszystkie legislacje dopuszczają.

§. 30.

Skutki przyznania zasadowego.

Przyznanie zasadowe, które odpowiada warunkom w §. 29. poszczególnionym, uwalnia przeciwnika od dowodu (§. 176 U. s.); sędzia przeto musi uznać za prawdziwy fakt, który strona sama zdolna do rozrządzania swojemi prawami przyznała zasadownie w obec osoby, o której wiedziała, że jej zależy na tem, aby dowiedzieć się o prawdzie.

Przyznanie zasadowe stanowi jednak dowód tylko przeciw przyznającemu, nie stanowi zaś dowodu przeciw trzecim osobom, bo nikt prawami trzecich osób rozrządzać nie może. Dla tego też przyznanie i zapis długu, który się legataryuszowi od spadkodawcy należy (legatum debiti §. 665 U. c.) równie jak przyznanie i zapis sumy posagowej, pozostałej małżonce po śmierci męża, bez dowodu wypłacić się mającej (legatum dotis §. 669 U. c.) stanowią dowód przeciw spadko-

biercom, nie stanowią zaś dowodu przeciw wierzytelom spadkodawcy. Dlatego też i przyznanie męża, że posag odebrał, uczynione po otwarciu upadłości, nie dowodzi przeciw wierzytelom (§. 1226).

Nadmienić jednak wypada, że przyznanie zasądowe, tak ustne, jak pismienne, dopuszcza dowodu przeciwnego.

§. 31.

Przyznanie zupełne lub częściowe.

Strona, która opiera dowód jedynie na przyznaniu strony przeciwnej, winna je przyjąć w całości, bez najmniejszego ograniczenia, a zatem w tych samych wyrazach, w jakich je strona przeciwna w tym samym przedmiocie uczyniła. Jeżeli więc jedna strona chce korzystać z przyznania drugiej strony, powinna je albo całkowicie przyjąć, albo odrzucić; nie wolno jej zaś przyjmować tylko część przyznania, która stwierdza prawdziwość jej twierdzenia, a odrzucić drugą, która je osłabia lub niweczy, czyli innemi słowy: Przyznanie nie może być dzielone; przyznanie jest niepodzielne.

Zasadę niepodzielności przyznania (*die Untheilbarkeit des Geständnisses*) należy jednak pojmować z pewnem ograniczeniem, a mianowicie odróżnić dwa przypadki:

1. Jeżeli jedna strona naprowadza fakt, druga zaś fakt ten tylko w części przyznaje i celem bliższego określenia tego faktu przytacza nowe okoliczności, z owym faktem w sprzeczności będące, lub istotę czynu zmieniające, w takim razie zachodzi przyznanie częściowe czyli ograniczone. Przyznanie takie mieści w sobie zarazem zaprzeczenie, mianowicie zaprzeczenie pośrednie (*einen conträren Widerspruch* — *per positionem alterius ob. Mon. o p. c. §. 40*). Albowiem jeżeli jedna strona przyznaje fakt naprowadzony przez drugą, wszelako z pewnemi dodatkami, zmianami lub ograniczeniami, to tem samem przyznaje tylko jedną część faktu, drugiej zaś zaprzecza. W takim razie nie może prze-

ciwnik strony przyznającej, korzystać z tego przyznania częściowego, lecz musi albo przyjąć to przyznanie w całości, a zatem i dodatki, zmiany, lub ograniczenia w niem zawarte, albo odrzucić je w całości; czyli innemi słowy, nie może opierać się na przyznaniu okoliczności, uzasadniających jego żądanie, a równocześnie zaprzeczając prawdziwości dodatków, zmian lub ograniczeń, zwalić ciężar dowodzenia onychże na stronę przyznającą, lecz musi sam dowieść prawdziwości faktu, w skutek przyznania częściowego, pośrednio zaprzeczonego. Pod tym względem przyznanie jest niepodzielne. N. p. pozwany przyznaje, że pożyczkę 100 złr. zaliczoną otrzymał, wszelako z tem ograniczeniem, że ją nie dla siebie, lecz w imieniu i dla syna swego zaciągnął (wyrok Sądu najw. z 10. maja 1865 l. 3641 Zbiór Glasera 5172).

2. Jeżeli zaś jedna strona naprowadza fakt, a druga przyznaje go wprawdzie, wszelako przedstawia zarazem nowe fakta celem uzasadniania excepcyi, a zatem przyznanie łączy z excepcją, w takim razie podział przyznania jest możliwym i dozwolonym. Wolno więc przeciwnikowi strony przyznającej przyjąć przyznanie i na niem się oprzeć, a tem samem uwolnić się od obowiązku dowodzenia faktu, na który sam się powołał, a równocześnie zaprzeczyć prawdziwości owych faktów, które strona przyznająca celem uzasadnienia excepcyi naprowadziła i obowiązek dowodzenia tychże przenieść na stronę przyznającą; n. p. pozwany przyznaje, że pożyczkę 100 złr. zaliczoną otrzymał, twierdzi jednak, że w chwili zaciągniętej pożyczki był małoletnim, albo że ma wzajemną do powoda wierzytelność 100 złr., którą chce mieć skompenzowaną ze sumą pożyczoną 100 złr. i t. d.

Nowsze atoli legislacye (tak samo jak projekt do ustawy sądowej w §. 295) porzuciły zasadę niepodzielności przyznania z uwagi, że ona polega na mylnem pojęciu słuszności i nie koniecznie prowadzi do wykrycia prawdy. Zgodnie z zasadą wolnego oceniania dowodów, zostawiają one sędziemu zupełną

swobodę w osądzeniu: czy i o ile dodatki lub ograniczenia przyznania uwalniają przeciwnika od obowiązku dowodzenia faktu częściowo przyznanego.

§. 32.

Różnice między przyznaniem sądowem i zasądowem.

Przyznanie sądowe różni się od zasądowego w punktach następujących:

1. Przyznanie sądowe jest nie tylko środkiem dowodowym, a raczej uwalniającym od dowodu, lecz może być zarazem formalną przyczyną zobowiązania (ein formeller Verpflichtungsgrund) t. j. skutkiem przyznania sądowego może powstać zobowiązanie przyznającego, które przed tem nie istniało i bez przyznania nie byłoby wcale powstało (§. 27). Przyznanie zaś zasądowe uwalnia jedynie od dowodu zobowiązania już istniejącego, samo przez się zaś nie tworzy nowego zobowiązania.

2. Istnienie przyznania sądowego, jako w obec sądu w toku rozprawy uczynionego, nie potrzebuje dowodu. Istnienie zaś przyznania zasądowego zawsze dowiedzionem być musi.

3. Przy przyznaniu sądowem nie można wątpić o zamiarze wyznania prawdy (de animo confitendi), który przy przyznaniu zasądowem zaprzeczonym być może — dla tego też przyznanie sądowe nie dopuszcza dowodu przeciwnego i pozostaje zawsze dowodem zupełnym, który samym przeciwdowodem przedmiotowej nieprawdziwości faktu przyznanego, bez równoczesnego dowodu błędu co do faktu, wzruszonym być nie może. Przy przyznaniu zasądowem zaś jest dopuszczalny dowód przeciwny, jest więc dostatecznym dowód nieprawdziwości faktu przyznanego.

4. Przyznanie sądowe może być wyraźnem lub milczącym, zasądowe zaś milczącym być nie może.

5. Przyznanie sądowe może złożyć tak strona, jak prawny jej zastępca lub pełnomocnik bez szczegółowego upoważnienia; — zasądowego zaś nie może złożyć zastępca lub pełnomocnik strony.

§. 33.

U z n a n i e.

Poznawszy prawną istotę przyznania tak sądowego, jak zasądowego, wypada nam zastanowić się bliżej nad znaczeniem §. 177 U. s., który brzmi: Uznanie (Bekennntniss — agnitio) sądowe lub zasądowe, uczynione tym celem, aby drugiemu służyło za dowód, stanowi przeciw niemu dowód zupełny.

Aby pojąć myśl i znaczenie §. 177, należy przedewszystkiem zwrócić uwagę na to, że ustawa galicyjska z r. 1796 różni się od ustawy Józefińskiej z r. 1781 głównie tem, że do tekstu ustawy galicyjskiej wciągnięto wszystkie po ogłoszeniu ustawy Józefińskiej wydane ważniejsze postanowienia dodatkowe, zawarte w dekretach nadwornych, wydanych w czasie od r. 1781 do 1796. Prócz tego wzbogacono ustawę galicyjską niektórymi zupełnie nowymi przepisami. I tak umieszczono najpierw w rozdziale XII. traktującym o przyznaniu nowy przepis zawarty w §. 177, powyżej cytowanym. Oprócz tego dodano w §. 167 pierwszy ustęp który brzmi: „Nikt nie jest obowiązany czynić przyznanie co do swoich praw i obowiązków.“ Obu tych postanowień nie znajdujemy ani w ustawie Józefińskiej, ani w żadnym z późniejszych od r. 1781 do 1796 wydanych dekretów nadwornych. Nareszcie wypuszczono w §. 176 ustawy galicyjskiej wyraz: „Bekenner“ użyty w odpowiednim §. 110 ustawy Józefińskiej, który tak opiewa: Ein aussergerichtliches Geständniss befrei den Gegner von dem Beweise nicht; ausgenommen, wenn von dem Bekenner das Geständniss auf Befragen Jemandes geschehen ist, von dem er wusste, dass

ihm daran gelegen sei, die Wahrheit zu erfahren. Powyżej powołany §. 176 ustawy galicyjskiej zaś brzmi: Niemand ist schuldig, über seine Rechte und Verbindlichkeiten ein Geständniss abzulegen. Ward aber dennoch etwas aussergerichtlich eingestanden, so befreit doch dieses Geständniss den Gegner von dem Beweise nicht; es wäre denn, dass das Geständniss gegen Jemanden geschehen, von dem er wusste, dass ihm daran gelegen sei, die Wahrheit zu erfahren.

Prócz tego należy i na to zwrócić uwagę, że ustawa galicyjska w §. 177, aczkolwiek umieszczonym w rozdziale XII., traktującym o przyznaniu, nie używa wyrazu „przyznanie“ (Geständniss albo Eingeständniss) którym ustawa posługuje się we wszystkich poprzedzających §§-ach w tym rozdziale umieszczonych, lecz mówi o „uznaniu“ czyli „wyznaniu“ Bekentniss, podczas gdy ta sama ustawa w §. 176 widocznie z umysłu wypuściła wyraz: „Bekenner“ użyty w odpowiednim §. 110 ustawy Józefińskiej, a nawet nie zastąpiwszy go wyrazem: „der Gestehende“, dopuściła się tego błędu, iż poniżej użyte słowo „er“ (von dem er wusste) nie odnosi się do żadnego podmiotu.

Nareszcie i tę okoliczność podnieść należy, że §. 177 normując prawne skutki uznania, nie ma i nie może mieć na myśli przyznania. Albowiem uznanie może być według §. 177 albo sądowe albo zasądowe. Co się tyczy uznania sądowego, to §. 177 łączy z niem ten sam skutek, jaki §. 173 łączy z przyznaniem sądowym, t. j. że uznanie sądowe stanowi dowód zupełny, tak samo, jak przyznanie sądowe według §. 173. Gdyby więc §. 177 miał na myśli przyznanie sądowe, byłby zupełnie niepotrzebny, jako powtórzenie tego, co już poprzedzający §. 173 postanowił; nie można zaś przypuścić, aby ustawa w jednym i tym samym rozdziale, jedno i to samo chciała dwa razy powtarzać. Co się zaś tyczy uznania zasądowego, §. 177 skutki tegoż nieco inaczej określa, aniżeli §. 176 skutki przyznania zasądowego; bo gdy przyznanie zasądowe według §. 176 przeciwnika jedynie uwalnia

od dowodu, tak samo jak domniemanie prawne według §. 171, a zatem poniekąd tylko podstawę domniemania stanowi, uznanie zasądowe według §. 177 stanowi dowód zupełny.

Rozważywszy to wszystko, nie ulega wątpliwości, że ustawa galicyjska w §. 177 użyła z namysłu wyrazu odmiennego: „Bekenntniss“, aby przez to dać do poznania, że obok przyznania jest także uznanie środkiem dowodowym, a umieściła go w rozdziale XII, traktującym o dowodzie z przyznania, dla tego, aby wskazać, że obydwa te środki dowodowe jak najściślej są ze sobą złączone. Jednakże na pytanie: co ma znaczyć uznanie i czém różni się ono od przyznania, §. 177 żadnej nam nie daje odpowiedzi, nie określając ani pojęcia uznania, ani różnicy zachodzącej między uznaniem sądowym i zasądowym. Jest więc zadaniem nauki zbadać istotę tego oświadczenia strony, które ustawa, odróżniając od przyznania nazywa uznaniem.

§. 34.

Istota i pojęcie uznania.

Przyznanie jest według ustawy sądowej środkiem dowodowym, mającym przekonać sędziego o prawdziwości faktu prawnego. Ponieważ przedmiotem dowodu są tylko fakta, a nie prawa lub stosunki prawne, i odpowiednie im obowiązki (*facta probantur — jura deducuntur*), przeto za pomocą środków dowodowych, możemy jedynie sprawdzić fakta, z których strona wywodzi swoje prawo, lub na których opiera swoją obronę. Z tąd wynika, że i przyznanie, jako środek dowodowy, stwierdza jedynie prawdziwość faktu, naprowadzonego przez stronę przeciwną. Prawo więc lub stosunek prawny, i odpowiedni temu obowiązek nie jest i nie może być bezpośrednim przedmiotem przyznania.

Aczkolwiek, mówiąc językiem proceduralnym, strona nie przyznaje prawa przeciwnika lub swego obowiązku, mimo to może ona tak w toku procesu, jakoteż po za procesem

oświadczyć, że uznaje prawo strony przeciwnej, albo swój własny obowiązek. To oświadczenie strony, iż uznaje prawo przeciwnika albo swój własny obowiązek, nazywa się uznaniem (Bekennntniss, agnitio) — uznaniem prawa lub stosunku prawnego (Anerkennung eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses) albo uznaniem obowiązku, czyli przyznaniem się do obowiązku (Schuldbekennntniss).

Z tąd wynika, że przedmiotem przyznania jest tylko fakt, uznania zaś prawo, tak rzeczowe, jak osobiste, lub stosunek prawny n. p. ojcowstwo, albo obowiązek. Prawodawstwo austriackie odróżnia też przyznanie faktu (Geständniss) od uznania prawa lub obowiązku (Anerkennung eines Rechtes oder Schuldbekennntniss) we wielu ustawach; n. p. w §. 398 U. s. i najwyższych rozporządzeniach z 29. Grudnia 1838 i 5. Stycznia 1841, w §§. 665, 669, 1396 U. c. w dekr. nadw. z 15. Stycznia 1787, w ustawie z 25. Lipca 1871 §. 1 lit. b. w §. 33 ustawy z 27. Kwietnia 1873 o post. drobn. i t. d.

Uznanie prawa lub obowiązku może być uczynione, tak samo jak przyznanie, bądź to w toku procesu, bądź też po za procesem. W pierwszym przypadku zowie się sądownym, w drugim zasądownym uznaniem.

§. 35.

Czy uznanie prawa lub obowiązku jest środkiem dowodowym?

Uznanie stanowi dowód w tym tylko razie, jeżeli było uczynione tym celem, aby drugiemu służyło za dowód. Tak opiewa §. 177 U. s. Za dowód zaś może służyć uznanie prawa lub obowiązku w tym tylko razie, jeżeli było uczynione, bądź to w toku procesu, bądź też po za procesem, równocześnie z przyznaniem faktu, z którego strona przeciwna wywodzi to prawo swoje, lub odpowiedni temu obowiązek, i to w toku procesu równocześnie z przyznaniem faktu, bądź wyraźnem, bądź milczącym; po za procesem

zaś z przyznaniem wyraźnem. W procesie może strona, pomijając fakt milczeniem, a tem samem uznając go milcząco, oświadczyć ogólnikowo, że uznając prawo przeciwnika, przeciw jego żądaniu nic nie ma do zarzucenia.

Uznanie prawa lub obowiązku samo przez się bez przyznania faktu, nie może stanowić dowodu, ponieważ przedmiotem dowodu są tylko fakta. Samo więc uznanie prawa lub obowiązku jeszcze nie jest środkiem dowodowym, wszelako w połączeniu z przyznaniem faktu prawnego staje się dowodem spotęgowanym. W tém zapatrywaniu spoczywa ta zasada prawna, że uznanie prawa lub obowiązku uczynione czy to ustnie, czy w formie dokumentu, nie zawierające atoli tytułu prawnego (Rechts-Titel czyli tak zwanej causam debendi) t. j. bezpośredniej przyczyny powstania prawa lub obowiązku, — a za tem nie połączone z przyznaniem faktu, tworzącego prawo, nie ma mocy dowodowej, o czem poniżej w oddziale III przy rozbiorze dowodu z dokumentów obszerniej mowa będzie. (Wyroki Sądu najw. z 15. października 1856 l. 9449, z 25. Października 1859 l. 11679 i 11. Marca 1869 l. 1921 zbiór Glasera 228. 896. 3340).

Rozumie się zresztą samo przez się, że ważność uznania zależy od tych samych warunków, co ważność przyznania (§. 27 i 29).

§. 36.

Forma uznania.

Jak przyznanie faktu, tak też i uznanie prawa lub obowiązku, może być uczynionem ustnie lub na piśmie t. j. w formie dokumentu. Forma dokumentu ma tę korzyść, że czyni dalszy dowód tak przyznania, jak uznania niepotrzebnym; podczas gdy przyznanie lub uznanie ustne zawsze dowiedzionem być musi. Dokument, zawierający przyznanie lub uznanie, nazywają teoretycy w języku niemieckim Geständniss- oder Bekenntniss-Urkunden. Są atoli niektóre akty prawne,

zawierające uznanie prawa, lub obowiązku, które tylko na piśmie, niektóre zaś tylko w formie aktu notaryalnego sporządzone, za ważne uznane być mogą, n. p. uznanie długu między małżonkami (Schuldbekenntnisse zwischen Ehegatten — ustawa z 25. Lipca 1871 l. 76)

§. 37.

Skutki uznania.

Skutki uznania prawa lub obowiązku należy tak samo jak skutki przyznania faktu odróżnić formalne od materialnych.

Pod względem formalnym stanowi tak przyznanie jak uznanie sądowe, odpowiadające warunkom, powyżej w §§. 27 i 35 skreślonym, dowód prawdziwości treści przyznania lub uznania, bez względu na to, czy fakt przyznany jest prawdziwym lub nie i czy prawo uznane istnieje lub nie. Jeżeli bowiem jedna strona naprowadza fakt, a druga w toku sporu oświadcza, że fakt ten za prawdziwy, lub prawo z tego faktu wysnute, za istniejące uznaje, w takim razie zgodne te oświadczenia obu stron stanowią poniekąd ugodę stron co do dowodu, o której szczerości, jako w obec sądu czynionej, wątpić nie można. Sędzia więc musi fakt przyznany, uznać za prawdziwy, lub prawo za uznane, chociażby fakt obustronnie za prawdziwy uznany nie był prawdziwym lub prawo obustronnie uznane nie istniało; w procesie bowiem o prawo prywatne, jako prawo pozbędne, którem strony mogą dowolnie rozrządzać, nie zależy sędziemu na tem, by wiedział, czy strony zeznały prawdę, lecz tylko na tem, czy i jak zeznały. Z tąd wynika dalej, że skutkiem tak przyznania jak uznania sądowego może powstać zobowiązanie przyznającego, które przedtem nie istniało.

Podobnie skutki uznania zasądowego, połączonego z przyznaniem faktu, są te same, co skutki przyznania zasądowego.

Aczkolwiek tak przyznanie jak uznanie, odpowiadające warunkom powyżej wskazanym, jest dowodnem (beweiskräftig)

pod względem formalnym, nie idzie jednak za tem, aby było także ważnem i obowiązującym pod względem materialnym. Pytanie, czy treść przyznania lub uznania jest ważną i obowiązującą, pod względem prawa materialnego, które rozwiązuje ustawa cywilna, nie ma nic wspólnego ze stroną formalną t. j. z dowodnością przyznania lub uznania, Częstość już sama treść przyznania lub uznania (n. p. uczynionego przez obłąkanego) jest dowodem nieważności tego oświadczenia. Aby przyznanie lub uznanie było nie tylko dowodem, lecz także ważnem i obowiązującym, fakt przyznany powinien być faktem prawnym, a prawo przez ustawę uznanem. Ztąd też pochodzi, że sędzia pomimo przyznania faktu powinien rozważyć, czy z tego faktu wypływa prawo, którego strona dochodzi, czyli mówiąc słowami ustawy, winien osądzić, co z prawa wypada (was *Rechtsens ist*) §§. 25 32 38 i 43 U. s. — i jeżeli się przekona, że prawo, aczkolwiek przez stronę przeciwną uznane, nie wypływa z faktu, przez nią wyraźnie lub milcząco również przyznanego, prawa tego mimo uznania i przyznania, uznać i przysądzić nie może.

ODDZIAŁ III.

Dowód z dokumentów.

§. 38.

Znaczenie dokumentu.

Dokument w znaczeniu szerszem, jest to każde trwałe uzmysłowienie faktu przemijającego celem przechowania go w pamięci; a zatem tak pismo, jak pomniki, monumenta, do których należą także słupy, kamienie graniczne, herby, medale pamiątkowe i t. d. (§. 852 i 854 U. c.)

Dokument zaś w ściślejszem i właściwem znaczeniu, jest to pismo, sporządzone celem stwierdzenia faktu. W tem

znaczeniu pismo jest środkiem dowodowym (Urkunde, documentum).

Dokument, jako najpewniejszy i najtrwalszy środek sprawdzenia faktu zajmuje obok oględzin i przyznania sądowego, jedno z miejsc pierwszorzędnych między środkami dowodowymi; dlatego też wszystkie prawodawstwa, od najdawniejszych aż do najnowszych, zawsze przyznawały i przyznają moc zupełnego dowodu tak pismom publicznym, bo pod powagą władz publicznych sporządzonym, a tem samem na wiarę powszechną zasługującym, jako też pismom prywatnym, będącym wiernem odbiciem prawnej woli stron działających. Owe nawet prawodawstwa, które przyjęły zasadę wolnego oceniania dowodów (n. p. ustawa o postępowaniu drobnostkowym w §. 36) ograniczają wolność sędziego w ocenieniu dowodności dokumentów; i to słusznie, bo już zdrowy rozum nakazuje uznać to za prawdę, co strony same w formie dokumentu z namysłem sporządzonego, jako wolę swoją objawiły. Wymaga tego także wzgląd na kredyt powszechny, który runąćby musiał, gdyby strony, sporządzając dokument stosownie do przepisów ustawowych, nie miały tej pewności, że to, co wyraża pismo, przedstawiające niewątpliwą ich wolę, w razie sporu za prawdę uznanem będzie, gdyby w szczególności ani wierzyciel, ani dłużnik nie mieli tej gwarancyi prawnej, że dokumentem, należycie zeznanym udowodnią w razie procesu tak nabycie prawa, jak dopełnienie podjętych zobowiązań. Nadto trzeba i to uwzględnić, że pismo jest prostym i najłatwiejszym środkiem uzniesienia faktów przemijających, a przytem trwałym i po najdłuższym czasie wiernym przedstawicielem faktu dokonanego, który nie zostawiłby śladu, gdyby go za pomocą pisma nie przechowano dla przyszłości. Ważność i znaczenie dowodu z dokumentów uwydatnia się w szczególności przez porównanie go z dowodem ze świadków. Aczkolwiek dowód ze świadków ma tę zaletę, iż stosownem stawianiem pytań można wszystkie szczegóły faktu głównego należycie wyjaśnić, pod-

czas gdy dokument zawsze jedną tylko i tę samą daje odpowiedź, należy jednak z drugiej strony uwzględnić tę nader ważną okoliczność, że dokument przeżyje każdego świadka, a nawet po przeżyciu całego pokolenia przedstawi wiernie wolę stron, tak jak była powziętą; podczas gdy dowód ze świadków ginie z chwilą ich śmierci, a wiarygodność ich zeznań zależy przeważnie od pamięci, która różnym ulega wpływom i zmianom.

Nareszcie dokument, jako uzmysłowiony wyraz myśli i woli stron, nadaje sędziemu sposobność rozpatrzyć się dokładnie, jak gdyby za pomocą oględzin, w myśli i woli stron, ujętej we formę dokumentu, a tem samem przekonać się o właściwym znaczeniu i doniosłości oświadczenia woli stron działających.

Rozważywszy wszystko to, łatwo pojąć i zrozumieć myśl niektórych prawodawstw, mianowicie francuskiego, idącego tak daleko, że zmusza strony do nadania formy dokumentu niektórym aktom prawnym, mianowicie tym, których przedmiot przewyższa 150 franków, a dowód ze świadków za niedopuszczalny uznaje; stronę więc, która pogardziła dokumentem, ogranicza do przysięgi t. j. do owego środka dowodowego, do którego strona sama się ograniczyła, nie żądając dokumentu, lecz polegając jedynie na sumieniu przeciwnika. Temu powszechnemu użyciu dokumentów, jako środka dowodowego, zawdzięcza proces francuski swą nadzwyczajną szybkość.

Być może, że z czasem i nasza legislacja udzieli dokumentom przywileju środka dowodowego, więcej rozpowszechnionego, a dowód ze świadków, jako niepewny i niebezpieczny, ograniczy do przypadków wyjątkowych. Dziś atoli, nie chcąc się jeszcze rozstać z nawyknięciem, a przytem uważając przyms do użycia formy dokumentu, za zbyt wielkie opiekowanie się prawami prywatnemi, prawodawstwo austryjackie trzyma się zasady, wypowiedzianej w §. 883 U. c. „iż wszelkie umowy, tak ustnie, jak na piśmie, przy świadkach, lub bez

nich, zawarte być mogą“ i tylko w drodze wyjątku żąda dokumentu do ważności niektórych aktów prawnych. Pierwszy i ważniejszy krok, zmierzający poniekąd do celu, powyżej nadmienionego, uczyniła nowsza legislacya w ustawie z 25. lipca 1871 r.

Ustawy austryjackie nie ograniczają stron pod względem użycia środków dowodowych i w powszechności nie wymagają, ażeby strony praw swoich dowodziły dokumentami, pozostawiając im zupełną w tej mierze wolność (§. 883 U. c.) Wyjątkowo tylko żądają ustawy większej ostrożności, mianowicie żądają dokumentu, bądź to:

a) dla ułatwienia lub uzyskania prędszego i skuteczniejszego dowodu, n. p. w razie §. 518 U. c. albo w razie awizacyi (pat. z 16. listopada 1858) i t. d. bądź też

b) do ważności aktu prawnego.

W pierwszym przypadku *ad a.*, akt prawny nie staje się bezskutecznym z powodu nie spisania dokumentu, bo dokument nie stanowi w tym razie istoty aktu prawnego.

W drugim zaś przypadku *ad b.* akt prawny, nie spisany w formie dokumentu, nie dochodzi wcale do skutku, bo wystawienie dokumentu jest w tym razie warunkiem ważności aktu prawnego. Należą tu t. z. umowy pisemne. (Literalverträge).

Ustawy żądają dokumentu do ważności następujących aktów prawnych:

1. umowy wekslowej (U. w. z 25. stycznia 1850)
2. darowizny na wypadek śmierci (§. 956 U. c.)
3. kontraktu spółki (§. 1178 U. c.)
4. umowy dziedziczenia (§. 1249 U. s.)
5. zapisu na sąd polubowny (§. 1391 U. c. i §. 359 U. s.)
6. Ustawa z 25 lipca 1871 l. 76 żąda nawet aktu

notaryalnego do ważności następujących umów i aktów prawnych:

- α) kontraktów przedślubnych (Ehepacten)
- β) kontraktów kupna, zamiany, o rentę i pożyczkę, zawartych między małżonkami, niemniej uznania długu (Schuldbekenntniss) uczynionego przez jednego z małżonków drugiemu.
- γ) potwierdzenie odbioru posagu, choćby innym osobom, a nie żonie wydanem było.
- δ) darowizny bez rzeczywistego wydania rzeczy (§. 943 U. c.)
- e) wszystkich dokumentów co do aktów prawnych między żyjącymi sporządzonych przez ślepych, lub głuchych, którzy czytać, lub niemych, którzy pisać nie umieją, o ile oni we własnej osobie akt prawny zawierają.

Jak z mocy ustaw, tak też z mocy umowy stron może dokument być potrzebnym w dwojakim kierunku:

- a) Strony mogą zawrzeć umowę ustną i zobowiązać się do spisania następnie tej umowy czyli do sporządzenia dokumentu jedynie celem uzyskania dowodu trwalszego. W takim razie dokument nie jest istotnym warunkiem ważności aktu prawnego, już ustnie ważnie zawartego, a §. 884 U. c. nie ma wtedy zastosowania. Strona, która z umowy ustnie zawartej nabyła prawa, może w razie niespisania dokumentu żądać od drugiej strony dopełnienia przyrzeczenia t. j. wystawienia dokumentu, jako środka dowodowego dla wiecznej pamięci (§. 248 U. s.); winna jednak dowieść w skardze tego, co stanowi bezpośrednią jej zasadę t. j. że strony umówiły się, aby spisano dokument jedynie celem lepszego dowodu i że dokument nie miał mieć wpływu na ważność umowy.
- b) Jeżeli zaś strony zobowiązały się wyraźnie do zawarcia umowy na piśmie, w takim razie dokument t. j. piśmienne zawarcie umowy należy do istotnych warunków ważności aktu prawnego, tak że umowa przed jej spisaniem i podpisaniem przez strony nie uważa się za zawartą (§. 884 U. c.). Jeżeliby powód wyniósł skargę

o dopełnienie umowy ustnie zawartej, pozwany zaś twierdził, że strony zobowiązały się do zawarcia umowy na piśmie, zachodzi pytanie: czy twierdzenie to jest zaprzeczeniem, iżby umowa przyszła do skutku, czy uzupełnieniem faktu lub excepcją. Jeżeli jest zaprzeczeniem, powód musiałby dowieść, że umowa ustnie zawartą, a wystawienie dokumentu jedynie celem uzyskania lepszego dowodu umówionem było, na ważność umowy zaś żadnego nie miało mieć wpływu. W razie przeciwnym t. j. jeżeliby powyższe twierdzenie należało uważać za uzupełnienie faktu skargi lub excepcją, wtedy byłoby rzeczą pozwanego dowieść tego twierdzenia, jako uzupełnienia lub excepcyi (§. 5 U. s.) — Wątpliwe to pytanie należy rozwiązać tak, jak rozwiązaliśmy kwestyą analogiczną: czy pozwany warunkowość, czy przeciwnie powód bezwarunkowość aktu prawnego udowodnić winien (zob. monog. o p. c. §. 51).

§. 39.

Różne rodzaje dokumentów.

I. Ze względu na osobę wystawiciela.

Rozróżniamy przedewszystkiem ze względu na osobę wystawiciela, czyli na pochodzenie dokumentu:

dokumentu publiczne i prywatne.

Dokument zowie się publicznym (pismem publicznem, aktem urzędowym) jeżeli sporządzony został przez urzędnika publicznego w granicach jego władzy urzędowej z zachowaniem formalności prawnych. Za urzędnika zaś ma być w myśl §. 101 U. k. ten uważany, kto na mocy bezpośredniego lub pośredniego zlecenia publicznego, związany lub niezwiązany przysięgą, sprawuje czynności rządowe. Do urzędników należą także notaryusze, parochowie, stręczyciele.

Według §. 180 U. s. uważać należy za dokumenta publiczne:

- a) pisma sporządzone w rzeczach sądowych przez urzędników tabularnych, sądowych lub innych, rządowych lub (dawniej stanowych — a dziś) wydziałowych, do wystawienia takich dokumentów szczególnie upoważnionych.

W szczególności należą tu:

- α) poświadczenia upoważnionych urzędników publicznych co do dokumentów znajdujących się w archiwach, registraturach lub innych urzędach (d. n. z 7. października 1793)
- β) certyfikaty (dawniej stanowych — dziś) wydziałowych metryk szlachestwa (pat. z 20. stycznia 1782 i rozp. gubern. z 3. Marca 1829.)
- γ) dokumenta wystawione przez konsulów austriackich w zakresie ich urzędowania (d. n. z 27. wrześ. 1834)
- δ) świadectwa ubóstwa, wystawione przez proboszcza, a zatwierdzone przez władzę polityczną (d. n. z 20. lipca 1840) w szczególności także te, które są wystawione w celu przyjęcia podrzutków (d. n. z 10. marca 1827)
- ε) świadectwa zdrowia, czyli dokumenta sanitarne (d. n. z 26. lipca 1831)
- ν) dokumenta legitymacyjne (rozp. min z 15. lutego 1857 l. 32)
- ζ) karty paszportowe (min. rozp. z 30. października 1859 l. 199)
- η) książeczki podróżne (wędrowne, Wanderbücher) d. n. z 16. paźdz. 1828
- ι) kartki loteryjne i oryginalne wykazy loteryi liczbowej (pat. z 13. marca 1813 i rozp. min z 20. lipca 1853 l. 159 i 6. marca 1854 l. 60)
- κ) rachunki i rejestra władz skarbowych (d. n. z 15. czerwca 1829)
- γ) metryki urzędowe, urbaryusze (opisanie gruntów),

księgi katastralne, wykazy podatków, księgi wodne, prowadzone według ustaw (d. n. z 21. października 1825).

- b) pisma sporządzone w rzeczach urzędowych przez zwierzchność (Obrigkeit t. j. przez dawniejsze władze dominikalne i magistraty) lub przez urzędników szczególnie upoważnionych do wykonywania czynności zwierzchniczych i wystawiania takich dokumentów.
- c) pisma sporządzone w krajach zagranicznych przez osoby upoważnione do wystawiania publicznych dokumentów urzędowych i zaopatrzone legalizacją w każdym kraju używaną.

Według dekretu nadw. z 3. lutego 1838 l. 249 dokumenta notaryalne i inne dokumenta publiczne wystawione za granicą, muszą być legalizowane przez poselstwo albo przez konsula państwa obcego, uznanego przez rząd austrijski, w obwodzie którego dokument wystawiono.

Dla uproszczenia toku spraw zawarła Austria z niektórymi państwami niemieckimi, mianowicie z Prusami, Bawaryą, Saxonią, nareszcie z cesarstwem Niemieckiem w l. 1863, 1865, 1866 i 1880 osobne traktaty pod względem legalizacji dokumentów, według których dokumenta sądowe żadnej nie potrzebują legalizacji, dokumenta notaryalne wymagają tylko legalizacji sądu pierwszej instancji, a dokumenta władz administracyjnych i skarbowych — jedynie legalizacji władzy przełożonej.

- d) protesta wekslowe i dokumenta przez notaryuszów podług przepisów sporządzone, o ile na mocy ustaw, w jednym lub drugim kraju obowiązujących jest do nich przywiązana moc dowodu publicznego.

Według ustawy notaryalnej z 25 lipca 1871 dokumenta sporządzone przez notaryuszów, akty notaryalne, protokoła, poświadczenia i wypisy są dokumentami publicznymi, o ile wszystkie istotne formalności zachowane były.

- e) Ustęp §. 180 lit. e., który opiewał: „księgi należycie mianowanych stręczycieli“ — został ustawą z 17. grudnia 1862 uchylony. Natomiast obowiązuje §. 77 ustawy handlowej następującej treści: Dziennik (Tagebuch) porządnie utrzymywany, tudzież karty umowne (Schlussnoten) stręczyciela handlowego stanowią w powszechności dowód zawarcia interesu i jego treści. Jednakże sędzia po rozważeniu wszelkich okoliczności według swego uznania ma osądzić, czy treści dziennika i kart umownych mniej wagi przyznać, czy przysięgi stręczyciela lub innych dowodów żądać należy.
- f) księgi urodzin, ślubu i zejścia prowadzone przez plebanów w formie przepisanej.

Na mocy rozp. min. z 30. stycznia 1849 l. 107 mają w Austrii wszystkie wyznania, prawnie uznane, prawo prowadzić samoistnie przez swoich duchownych, ustawami do tego szczególnie powołanych, księgi czyli metryki urodzin, ślubów i śmierci i wydawać z nich wyciągi (d. n. z 22. lipca 1787). Takie metryki i wyciągi mają być uważane za dokumenta publiczne, względem tych okoliczności, dla których stwierdzenia umyślnie sporządzone zostały, bynajmniej zaś co do okoliczności ubocznych, które opierają się jedynie na prostem podaniu — n. p. metryka urodzenia nie dowodzi szlachectwa (d. n. z 15. stycznia 1787).

Wyciągi z tych ksiąg czyli metryk mają być zaopatrzone pieczęcią urzędową parafialną, a nie pieczęcią prywatną parocha (d. n. z 10. Maja 1820).

Przepisy co do prowadzenia metryk katolików zawierają: pat. z 20. lutego 1784 i osobne instrukcje obwieszczone dekretemi nadw. z 23. paźdz. 1813, 13. stycznia 1814, 27. czerwca 1835, 19. lutego 1836 i 27. kwietnia 1843.

Pastorowie akatoliccy prowadzą księgi kościelne podług postanowień d. n. z 29. listopada 1829. Wyciągi z nich

mają moc dokumentów prawomocnych (rozp. min. z 23. stycznia 1865).

Metryki starozakonnych prowadzą izraelici ustanowieni przez władzę i przysięgli. Wyciągi z nich mają, jako dokumenta publiczne, zupełną moc dowodu (Ustawa z 10. lipca 1868 l. 12).

Księgi urodzin i zejścia osób bezwyznaniowych prowadzą starostwa. Wyciągi z nich mają moc dowodu dokumentów publicznych (ust. z 9. kwietnia 1870 l. 51).

Starostwa prowadzą nadto księgi ślubów cywilnych, z których wyciągi mają moc dowodu dokumentów publicznych. (Ust. z 25. maja 1868 l. 47. rozp. min. z 1. lipca 1868 l. 80 i ust. z 9. kwietnia 1870 l. 51).

Prócz pism, w §. 180 *a.—f.* wymienionych następujące jeszcze dokumenta są uznane za dokumenta publiczne:

- g)* księgi banku austr. węgierskiego i wyciągi z nich, zaopatrzone podpisem firmy banku, nie mniej dokumenta przezeń wystawione, mają moc dowodu dokumentów publicznych. Banknoty, akcye, zapisy długu i listy zastawne tego banku są zrównane z publicznymi papierami kredytowymi (Ust. z 28. czerwca 1878 §. 11 i Art. 94 i 96 l. 66).
- h)* listy zastawne galic. towarzystwa kredytow. ziemskiego (stat. z 3. listopada 1841 i 20. Maja 1868).
- i)* dokumenta instytutu kredytowego dla handlu i przemysłu (rozp. min. z 6. listopada 1855 l. 186).
- k)* ceduły kursu (Curszettel) giełd publicznych (ust. z 11. lipca 1854 l. 200 i 1. kwietnia 1875 l. 67); mianowicie umieszczone w urzędowej gazecie wiedeńskiej (d. n. z 20. maja 1808 i rozp. min. z 21. stycznia 1851).

Każde inne pismo, które nie ma znamion dokumentu publicznego, jest dokumentem czyli pismem prywatnem; a zatem nie tylko dokument wystawiony przez osobę prywatną, lecz także pismo, które wystawia osoba

do sporządzania dokumentów publicznych wprawdzie uprawniona, wszelako nie w rzeczach urzędowych, lecz prywatnych lub w sprawach nie należących do jej czynności urzędowej.

Prócz dokumentów publicznych i prywatnych istnieje jeszcze trzeci rodzaj dokumentów, które są czemś pośredniem między dokumentami publicznymi i prywatnymi. Są to dokumenta prywatne, spisane atoli w obec sądu lub notaryusza, które, choć nie są dokumentami publicznymi, różnią się jednak od dokumentów prywatnych pod względem mocy dowodowej, a pod względem dowodu autentyczności stoją na równi z dokumentami publicznymi.

§. 40.

Ze względu na treść dokumentów rozróżniamy:

I. dokumenta zawierające świadectwo (Zeugnisurkunden) lub zdanie biegłych o przedmiocie sporu (Befundurkunden).

II. dokumenta zawierające oświadczenie woli (Willenserklärungen) — które są dwojakiego rodzaju. Mogą one zawierać w sobie:

1. przyznanie faktu (Geständnissurkunden) albo uznanie prawa (Bekenntnissurkunden) — albo

2. akt rozporządzenia czyli akt prawny (dispositive-Urkunden).

Dokumenta zawierające świadectwo lub opinią znawców, odnoszą się do czynów lub spraw trzeciej osoby, nie pochodzą od strony spór wiodącej, lecz od osoby obcej procesowi i co do osoby wystawiciela żadnego nie mają skutku prawnego, bo nie działają ani na jej korzyść, ani przeciw niej.

Dokumenta zaś zawierające oświadczenie woli pochodzą od samej strony spór wiodącej, odnoszą się do jej czynów lub praw i pod względem jej osoby wywierają skutki prawne, bo działają przeciw niej.

Powyższy podział dokumentów polega na tem zapatrywaniu, że wystawiciel dokumentu może w niem objawić to, co wie, t. j. swoją wiedzę, lub to, czego chce t. j. swoją wolę. W pierwszym przypadku stwierdza wystawiciel dokumentu prawdziwość faktu lub wypowiada swoje zdanie o rzeczy spornej t. j. świadczy albo opiniuje; w drugim zaś przypadku stwierdza akt prawny, który go obowiązuje.

Z powyższego podziału dokumentów wynika, że dokument nie jest samoistnem i właściwem źródłem poznania prawdy, lecz jest tylko formą, i to formą piśmienną, w której nam się przedstawiają inne źródła poznania prawdy, inne środki dowodowe, jako to: przyznanie i uznanie, tak sądowe, jak zasądowe, zeznania świadków i zdania biegłych, a nawet przysięga stron w razie w §. 301 U. s. przewidzianym. Każdy więc dokument jest albo świadectwem lub zdaniem fachowem spisanem w cudzej sprawie, albo przyznaniem, uznaniem lub oświadczeniem woli, spisanem we własnej sprawie i stanowi poniekąd przeciwieństwo ustnego świadectwa lub zdania znawców, ustnego przyznania lub uznania, nie mniej ustnie uczynionego rozporządzenia woli czyli ustnie zdziałanego aktu prawnego.

§. 41.

Warunki dowodności i ważności dokumentów.

Przedewszystkiem wypada nadmienić, że dowodność czyli wiarygodność dokumentu odróżniamy od jego ważności. Dowodność odnosi się do formy zewnętrznej i wymaga ścisłego jej przestrzegania; ważność zaś odnosi się do formy wewnętrznej i wymaga, ażeby dokument warunkom wewnętrznym odpowiadał. Dokument może być dowodnym, wszelako nieważnym i odwrotnie może być ważnym, ale nie dowodnym. Warunki dowodności oznaczają po największej części ustawy procesowe, warunki zaś ważności ustawy cywilne.

Warunki, od których dowodność i ważność dokumentów zależy, są albo zewnętrzne, albo wewnętrzne.

Zewnętrzne t. j. te, których brak w oczy wpada, są następujące:

I. Osnowa czyli tekst dokumentu (Context der Urkunde).

II. Podpis wystawiciela (Unterschrift) i to podpis prawdziwy czyli autentyczny (echt).

III. Zachowanie formalności zewnętrznych prawem przepisanych.

IV. Niewadliwość dokumentu (Unbedenklichkeit).

Wewnętrzne zaś wymogi są następujące:

I. Uzdolnienie i uprawnienie wystawiciela do zeznania dokumentu, o który chodzi.

II. Ważność treści dokumentu (Inhalt der Urkunde).

§. 42.

Zewnętrzne warunki dowodności dokumentów.

I. Osnowa czyli tekst dokumentu.

Nie każde pismo jest dokumentem. Ażeby pismo stało się dokumentem, musi mieć osnowę, w której to, co ma być dowiedzionem, znajduje swój wyraz. W osnowie dokumentu mieści się treść dokumentu (Inhalt der Urkunde). Osnowa jest zewnętrzną, treść zaś wewnętrzną częścią dokumentu. O treści dokumentu będzie poniżej mowa przy rozbiorze wewnętrznych warunków ważności dokumentów.

Ponieważ osnowa dokumentu jest warunkiem jego dowodności, przeto pusty papier czyli blankiet (carta bianca) na którym znajduje się tylko podpis, nie jest jeszcze dokumentem; bo o tym, kto podpisał blankiet, nie można twierdzić, że swój podpis umieścił pod pismem, czyli że dokument podpisał.

Wyjątkowo tylko niektóre pisma, na których się podpis wystawiciela znajduje, żadnej nie potrzebują osnowy — jako to: indos niewypełniony, przyjęcie weksłu

(art. 11, 21 ust. weks.), indos niewypełniony na papierach handlowych, które można przenieść przez indosacyą (art. 305 i 182 ust. handl.) Na wekslu jednak musi podpis na pewnem miejscu być umieszczony, jeżeli osnowa ma być dorozumianą.

Co do języka, w jakim osnowa dokumentu ma być spisana, nie ma ogólnych przepisów. Dokumenta publiczne powinny być sporządzone w języku w sądzie lub w urzędzie używanym, (Amts- oder Gerichtssprache); u nas więc w języku polskim, jako języku urzędowym. (Najwyż. post. z 4. czerwca 1869). Co do dokumentów prywatnych, zależy od woli stron, w jakim języku chcą spisać dokument. Pod względem mocy dowodowej jest obojętnem, w jakim języku spisano dokument. Zabronionem jest jedynie używanie języka i pisma hebrajskiego, które pociąga za sobą nieważność dokumentu (d. n. z 2. stycznia 1782 i 22. paźdz. 1814 l. 1106). Wszelako pismo jednostronnie obowiązujące, wystawione przez cudzoziemca na korzyść obywatela austriackiego w języku hebrajskim uchodzi za ważne (d. n. z 19. lipca 1816 l. 1226). Podpis wystawiciela dokumentu literami hebrajskimi może być uważany za znak ręczny (Handzeichen d. n. z 19. lutego 1846 l. 938).

Robiąc użytek sądowy z dokumentów, które ani w języku w sądzie używanym, ani w żadnym z języków krajowych są wystawione, należy przedłożyć uwierzytelnione tłumaczenie na język urzędowy lub krajowy, (d. n. z 22. grud. 1835 l. 109).

§. 43.

II. Podpis wystawiciela.

Pismo staje się dokumentem dopiero przez podpis wystawiciela. Dlatego też zapiski domowe, notatki spisane dla pamięci, rachunki gospodarskie i t. p. nie opatrzone podpisem, nie należą do rzędu dokumentów. Podpisując dokument stwierdza wystawiciel, że treść dokumentu zawiera jego istotną

wolę. Ponieważ wystawiciel przez podpis odpowiada za treść dokumentu, w szczególności za przyjęte w nim zobowiązania; subscriptio tenet subscribentem; przeto podpis powinien być prawdziwym czyli autentycznym (echt). Dokument jest prawdziwym, jeżeli pochodzi od osoby, która na nim jako wystawiciel jest podpisana; w razie przeciwnym jest dokument nieprawdziwy czyli fałszywy. (unecht, falsch). Prawdziwość czyli autentyczność podpisu (Echtheit, Autenticität) jest pierwszym i najważniejszym warunkiem dowodności dokumentu.

Dla łatwiejszego dowodu prawdziwości podpisu służy legalizacya. Legalizacya jest to poświadczenie urzędnika lub funkcyjaryusza publicznego, iż pismo, a względnie podpis wystawiciela pochodzi rzeczywiście od niego t. j. że wystawiciel podpisał je własnoręcznie w obecności urzędnika lub funkcyjaryusza, czyli że dokument jest prawdziwy. Legalizacyą może przedsiębrać sąd (§ 92 N. J.) albo notaryusz (§. 79 Ust. notar.); po za granicą państwa ambasador albo kenzul. Klauzula legalizacyi umieszczona na dokumencie, jako poświadczenie urzędowe własnoręczności czyli prawdziwości podpisu, jest dokumentem publicznym, stanowi więc dowód zupełny autentyczności dokumentu, jednakże sama przez się nie nadaje pismu prywatnemu, choć legalizowanemu, charakteru dokumentu publicznego (§. 39).

Podpis uskutecznia się przez własnoręczne piśmienne skreślenie nazwiska wystawiciela przy końcu pisma, a przynajmniej pod osnową pisma. Ztąd też pochodzi wyraz: „podpis“ t. j. pod pismem — Unterschrift t. j. unter der Schrift. Podpis samego nazwiska jest dostateczny, jeżeli ustawa sama nie żąda nadto podpisu imienia, n. p. przy firmie handlowej, która zawiera imię i nazwisko. Podpis zaś samego imienia nie jest dostatecznym, wyjąwszy, jeżeli już sama treść dokumentu dostatecznie wskazuje wystawiciela n. p. twój brat Józef.

Dokument można podpisać także znakiem ręki (Handzeichen), jeżeli zeznający nie jest w stanie podpisać nazwiska

(§§. 185 U. s.; 886 U. c.; §§. 68 i 73 ust. not. i art. 4 ust. weks.)

Wyciśnięcie stampilii nie jest ani pismem ani podpisem. Wszelako na dokumentach publicznych spostrzegamy często odcisnienie stampilii zamiast podpisu i nie wątpimy o ich prawdziwości.

Gdzie firma zastępuje nazwisko, podpis firmy ma ten sam skutek, co podpis nazwiska.

Co do podpisu dokumentu przez zastępcę prawnego imieniem osoby zbiorowej należy zastosować przepisy ustawy cywilnej o pełnomocnictwie i ustaw specjalnych, dotyczących się zastępstwa gmin, товариств i innych osób zbiorowych. I tak dokument, którym gmina przyjmuje zobowiązanie względem osób trzecich, musi być podpisany przez naczelnika gminy i dwóch asesorów. Jeżeli do zawarcia interesu potrzeba przyzwolenia rady gminnej lub wyższego zatwierdzenia, dokument podpisany przez naczelnika gminy i dwóch radnych musi odwołać się do powyższego przyzwolenia lub zatwierdzenia i być zaopatrzony pieczęcią gminy (ust. kraj. z 12. sierpnia 1866).

Dokumenta sporządzone przez klasztory winny być zaopatrzone własnoręcznym podpisem przełożonego kapituły klasztornej (d. n. z 27. marca 1787).

Pismo, na którem znajduje się prawdziwy podpis wystawiciela, jest pierwopisem czyli oryginałem (Urschrift, Originalurkunde). Ogólną jest zasada: że dokument tylko w pierwopisie może służyć za dowód. Odpis, choćby uwierzytelniony, nie ma mocy dowodowej. Pierwopisem jest nie tylko pierwszy egzemplarz dokumentu spisane w formie należytej, lecz także każdy dalszy, w którym strony dokumentu podpisujące, pierwotny akt sporządzenia powtórzyły. Jeden i ten sam dokument może więc być sporządzonym w jednym lub w kilku egzemplarzach, z których każdy jest pierwopisem — (duplikaty). Pierwopisami są także dokumenta, które bywają sporządzone na podstawie istniejących

wpisów, protokołów i t. d. w odmiennie od tychże formie i z innemi podpisami; n. p. wyciągi hipoteczne, wypisy notaryalne, świadectwa chrztu, ślubu, śmierci i t. p.

Odpisy zaś, czyli kopie (Abschriften) są tylko odbiciem pierwopisu. Pierwopis i odpis mogą się znachodzić na jednym i tym samym dokumencie n. p. odpis weksłu, na którym znajduje się indos oryginalny. Pierwopis może być legalizowanym albo nielegalizowanym; odpis zaś może być tylko uwierzytelnionym (widymowanym) albo niewierzytelnionym czyli prostym odpisem, (vidimirte oder einfache Abschrift). Zawierzytelnienie (widymowanie) jest to urzędowe lub notaryalne poświadczenie, że odpis porównano z pierwopisem, z którego zdjęty został i że z nim w całej osnowie jest dosłownie równobrzmiącym. Klauzula uwierzytelnienia umieszcza się na odpisie i jest jako świadectwo urzędowe, dokumentem publicznym; kopii jednak nie nadaje wiarygodności oryginału, albowiem nie poświadcza autentyczności dokumentu, lecz jedynie zgodność odpisu z okazanym pierwopisem.

Odpis, choćby uwierzytelniony, żadnego nie stanowi dowodu według ustawy sądowej, obecnie obowiązującej. Zaprojektowana atoli ustawa sądowa, która przyjęła zasadę wolnego oceniania dowodów, pozostawia w §. 347 uznaniu sędziego, czy w razie niemożności przedłożenia przez stronę pierwopisu, odpis, choćby nie uwierzytelniony, dla swej dawności, pochodzenia lub dla innych znamion zasługuje na uwzględnienie.

Od uwierzytelnienia różni się *koramizacja* (Vidirung), którą nieraz spostrzegamy na dokumentach wyrażoną temi słowy: „coram me“ albo „vidi“ z podpisem urzędnika poświadczającego. Według d. n. z 28. sierpnia 1841 *koramizacja* nie ma być uważaną ani za świadectwo, ani za legalizację.

Powyżej wspomniana reguła: że pismo dopiero przez podpis staje się dokumentem, doznaje wyjątku co do ksiąg

handlowych i przemysłowych, które są dokumentami, mającemi osnowę, wszelako żadnego podpisu; ustawa bowiem handlowa nie wymaga podpisu ksiąg handlowych. Kupiec ma tylko inwentarz i bilans podpisać (art. 28 i 30 U. h. i §. 22 ustawy z 9. kwietnia 1873).

§. 44.

III. Zachowanie formalności zewnętrznych prawem przepisanych.

Prócz osnowy i podpisu wystawiciela wymagają ustawy co do niektórych i to ważniejszych dokumentów, innych jeszcze formalności zewnętrznych, i to dlatego, ażeby zapobiedz lub przynajmniej utrudnić podejsia przy sporządzaniu dokumentów, a tamę położyć aktom lekkomyślnym i nierozważnym. Nadto wymagają ustawy nierównie więcej formalności od dokumentów publicznych, aniżeli prywatnych, mianowicie więcej podpisów lub jednego podpisu i pieczęci i t. p. a to dlatego, aby tem łatwiej poznać dokument, jako publiczny i zapewnić jego autentyczność.

Formalności te są następujące:

A. Co do dokumentów publicznych.

Pod względem formy zewnętrznej dokumentów publicznych rozróżniamy:

I. dokumenta publiczne, sporządzone przez urząd lub władzę (Amt oder Behörde) w rzeczach urzędowych. Pisma urzędowe tego rodzaju wymagają podpisu naczelnika urzędu lub władzy, albo urzędnika szczególnie do tego upoważnionego i pieczęci urzędowej (d. n. z 19. kwietnia 1799). Prócz tego pisma urzędowe bywają datowane i liczbą dziennika (protokołu podawczego) oznaczone, aby tem łatwiej można się przekonać o autentyczności dokumentu przez porównanie z oryginalnym referatem (konceptem) w aktach registratury złożonym.

Postanowienia szczegółowe co do dokumentów sądowych zawiera instrukcja sądowa z 3. Maja 1853 w §§. 211 i 212.

Wyroki sądowe w szczególności zaczynają się od słów: „W Imieniu Cesarza“ — „Im Namen Seiner Majestät des Kaisers“ (ust. zasad. z 21. grudnia 1867 i rozp. min. z 11. stycznia 1868)

II. dokumenta sporządzone przez funkcyonaryuszów publicznych co do aktów prywatnych, jako to przez notaryuszów, stręczycieli, prowadzących metryki, księgi hipoteczne i t. d.

Szczegółowe w tym względzie przepisy zawierają:

1. co do aktów notaryalnych — ustawa notaryalna z 25. lipca 1871 w §§. 2, 76, 100.

2. co do ksiąg hipotecznych — ustawa hipoteczna z 25. lipca 1871 w §§. 26, 27, 31.

3. co do aktów stanu cywilnego (Civilstandregister) t. j. co do ksiąg urodzin, ślubów i zejścia — dekreta nadworne z 20. lutego 1784, 21. paźdz. 1813, 13. stycznia 1814, 27. czerwca 1835, 19. lutego 1836, 27. kwietnia 1843, 5. kwietnia 1844, 26. listopada 1829, rozp. min. z 23. stycznia 1865, ustawa z 10. lipca 1868, 25. maja 1868, min. rozp. z 1. lipca 1868 i ustawa z 9. kwietnia 1870.

4. co do ksiąg stręczycieli — ustawa handlowa w art. 71 i 73.

B. Co do dokumentów prywatnych:

Pod względem formy zewnętrznej dokumentów prywatnych, prócz osnowy własnoręczny podpis wystawiciela jest w powszechności dostatecznym (§. 182 U s.). Ażeby dokument prywatny miał moc dowodu, ustawy nie wymagają prócz podpisu innych formalności; a zatem ani własnoręcznego spisania osnowy dokumentu, ani daty i miejsca wystawienia, ani pieczęci, ani podpisu świadków, ani legalizacy i t. d.

Wyjątkowo jednak wymagają niektóre rodzaje dokumentów prywatnych, osobnych formalności, bądź to dla swej

dowodności, bądź też dla ważności lub przydatności do pewnych celów prawnych (n. p. do uzyskania wpisu do ksiąg hipotecznych). W szczególności:

I. Niektóre dokumenta muszą być własnoręcznie pisane i podpisane przez wystawiciela, lub jeżeli wystawiciel osnowy dokumentu sam nie pisał, mają być nie tylko przez niego, lecz także przez świadków podpisane; mianowicie:

1. skrypt na pożyczkę, nie spisany własnoręcznie — przez dwóch świadków (§. 182 U. s.). Paragraf 182 U. s. mówi wprawdzie w ogóle o zapisach długu (Schuldverschreibungen), a ustawa cywilna używa wyrazu: Schuldschein, Schuldverschreibung także w znaczeniu szerszem dla oznaczenia pisma, zawierającego zobowiązanie pochodzące z jakiegobądź tytułu. (§§. 227, 229, 371, 663, 677, 985, 990, 1379, 1393, 1428). Zważywszy jednak, że §. 183, będący w związku z §. 182, mówi o zarzucie niezaliczonych pieniędzy, o którym tylko przy pożyczce mowa być może, rozpatrzywszy się nadto w osnowie §§. 1001 i 883 U. c. nie można wątpić, że przepis §. 182 U. s. odnosi się jedynie do zapisu długu pochodzącego z tytułu pożyczki.

2. oświadczenie ostatniej woli, spisane przez trzecią osobę na żądanie spadkodawcy — przez trzech świadków (§. 579 U. c.); z wyjątkiem rozporządzeń ostatniej woli uprzywilejowanych, co do których jest dostateczny podpis dwóch świadków (§. 598 U. c.)

3. umowa dziedziczenia — przez trzech świadków (§. 1249 U. c.)

4. darowizna na przypadek śmierci, jako zapis — przez trzech świadków (§. 956 U. c.)

5. oświadczenie zezwolenia na małżeństwo — przez dwóch świadków (§§ 75, 77, 88 i 127 U. c.)

6. dokument prywatny, którego wystawiciel podpisać nie może (bo pisać nie umie lub dla ułomności

ciała podpisać nie może, §. 886 U. c.) ma być podpisany przez dwóch świadków, z których jeden podpisze imię i nazwisko (według §. 886 U. c. tylko nazwisko) wystawiciela, wystawiciel zaś stwierdzi ten podpis przez położenie znaku ręki (§. 185 U. s.). Dokumenta zaś wekslowe krzyżem lub innym znakiem ręki podpisane, wtedy tylko mają moc wekslową, jeżeli te znaki sądownie lub notaryalnie są uwierzytelnione (art. 94 ust. weks.).

Świadek nie potrzebuje znać treści dokumentu (§. 186 U. s. i d. n. z 30. stycznia 1785), jednakże nikt nie powinien pod odpowiedzialnością i karą podpisywać się jako świadek na dokumencie, jeżeli mu wystawiciel nie oznajmił, że dokument wystawiony zgadza się z jego wolą (§. 186 U. s. i d. n. z 14. czerwca 1784, 4. września 1784 i 13. stycznia 1785 i §. 579 U. c.).

Wyjątkowo winni świadkowie znać treść dokumentu w następujących razach:

- a) jeżeli spadkodawca, oświadczający ostatnią wolę, nie umie czytać, świadkowie winni przejrzeć ośnowę pisma (§. 581 U. c.)
- b) jeżeli ma być sporządzony akt notaryalny dla ciemnego, niemego lub głuchoniemego, świadkowie aktu powinni być obecnymi tak w chwili, gdy strony objawiają postanowienia, do aktu wciągnąć się mające, jako też przy odczytaniu całej ośnowy dokumentu — (§. 59 ustawy notaryal.)

Do podpisania dokumentów można takich tylko świadków przybrać, których ustawa sądowa uznaje za wiarygodnych (d. n. z 23. lipca 1789). Co do niektórych dokumentów żądają ustawy prócz wiarygodności świadka jeszcze innych jego przymiotów, jako to:

- α) przy rozporządzeniu ostatniej woli nie mogą być świadkami osoby wymienione w §§. 591—595 i 597 U. c.

β) świadkami aktu notaryalnego mogą być tylko osoby wymienione szczegółowo w §. 57 ustawy notar.

γ) świadkami dokumentu tabularnego tylko mężczyźni być mogą (§. 434 U. c.)

II. Rozporządzenia na przypadek śmierci jako to: darowizna na przypadek śmierci, (§. 956 U. c.) piśmienne rozporządzenie ostatniej woli (§§. 578—581) i umowa dziedziczenia (§ 1249) wymagają do swej ważności prócz pisma i podpisu jeszcze innych formalności, które w paragrafach dopieroco powołanych są przytoczone.

III. Formę wekslu oznaczają art. 4 i 96 ustawy wekslowej, innych zaś deklaracji wekslowych, art. 11, 12, 21, 66, 70, 85, 87, 88 i 94 ust. weksl.

IV. Formalności ksiąg handlowych oznacza art. 32 ustawy handlowej. Przepisy §§. 188 i 189 U. s. odnoszące się do dowodności ksiąg kupieckich zostały zniesione §. 22 ustawy z 17. grudnia 1862. Przepisy zaś co do ksiąg przemysłowców, zawarte w §. 191 U. s. pozostały niezmienione.

V. Do ważności niektórych aktów prawnych wymagają ustawy aktu notaryalnego, mianowicie:

a) do ważności kontraktów i czynności prawnych wymienionych w ustawie z 25. lipca 1871, już powyżej w §. 38 poszczególnionych

b) co do kontraktów spółki przy spółce komandytowej i akcyjnej ma być sporządzony akt sądowy lub notaryalny (art. 174 i 208 U. h.).

VI. Niektóre dokumenta muszą być legalizowane; wprawdzie nie dlatego, jakoby ich ważność lub dowodność od legalizacji zależała, lecz dlatego, aby ich można użyć do innych celów sądowych, mianowicie:

a) dokumenta tabularne, aby na ich podstawie uzyskać wpis do ksiąg publicznych (§. 31 ust. hipot.)
Sprawa, tyżająca się zniesienia przymusu legalizacyjnego co do dokumentów tabularnych, jako rzekomo zbyt

uciażliwego, toczy się w Radzie państwa już od dłuższego czasu. Jaka ostatecznie zapadnie uchwała, trudno przewidzieć w obec dwóch wręcz sobie przeciwnych opinij.

Co do innych formalności dokumentów tabularnych (tabularfähige Urkunden) zawiera ustawa hipoteczna w §§. 26, 27, 31 i 32 szczegółowe przepisy.

- b) Dokumenta, na podstawie których strona chce uzyskać nakaz zapłaty (Zahlungsauftrag); z wyjątkiem weksłów (ces. rozp. z 21. maja 1855 i rozp. minist. z 18. lipca 1859).
- c) Co się tyczy legalizacyi dokumentów, wystawionych za granicą, należy odróżnić dokumenta publiczne od prywatnych. Dokumenta publiczne, wystawione za granicą, muszą być legalizowane według §. 180 lit. c. i d. n. z 3. lutego 1838 l. 249. Dokumenta prywatne, wystawione za granicą lub nawet w Monarchii, wszelako poza obrębem kraju koronnego, w którym sąd ma swoją siedzibę, muszą również być uwierzytelnione, jeżeli mają mieć w obec sądu moc dowodu w sprawach niespornych. Przy bardzo ważnych dokumentach może sędzia według uznania swego żądać uwierzytelnienia nawet w tym razie, jeżeli one są wystawione wprawdzie w tym samym kraju koronnym, wszelako poza siedzibą sądu (pat. z 9. sierpnia 1854 §. 8). Dokument zaś prywatny, choćby za granicą wystawiony, nie potrzebuje legalizacyi, aby miał moc dowodu w sprawach spornych, bo tego żadna ustawa nie wymaga; a to dlatego, ponieważ w procesie cywilnym uznanie przez przeciwnika autentyczności dokumentu czyli podpisu, zastępuje uwierzytelnienie; w razie zaś zaprzeczenia autentyczności dowód jej stosownie do przepisów ustawy sądowej przeprowadzić należy.

Dokumenta sporządzone w granicach monarchii austriackiej, jeżeli za granicą mają być użyte, gdzie legalizacya

obcych dokumentów jest wymagana, należy po przeprowadzonej przez sąd lub notaryusza legalizacji, przedłożyć wyższemu sądowi krajowemu w celu dalszej legalizacji podpisów sądu lub notaryusza (d. n. z 9. paźdz. 1807, 11. listopada 1825 i 10. maja 1848); a przez wyższy sąd krajowy ministrowi sprawiedliwości, który udziela dokumentu ministrowi spraw zagranicznych w celu uwierzytelnienia podpisów poprzedzających (d. n. z 10. maja 1848).

Prócz tego istnieją przepisy, które orzekają, że metryki stanu cywilnego, a raczej wyciągi z nich t. j. świadectwa urodzin, ślubu i śmierci muszą być legalizowane, jeżeli w innym kraju koronnym mają mieć moc zupełnego dowodu, a mianowicie dokumenta katolickich urzędów parafialnych przez ordynaryat (d. n. z 10. maja 1820), izraelitów zaś przez władzę miejscową (d. n. z 22. grud. 1837 i 19. marca 1846).

Nadmienić tu wypada, że prawną formę dokumentu należy osądzić według ustaw obowiązujących w czasie i w miejscu, w którym został wystawiony (*locus regit actum*) (d. n. z 6. czerwca 1791 i art. 85 i 86 ust. weks.)

§. 45.

IV. Niewadliwość dokumentu.

Ażeby dokument miał moc dowodu, musi być niewadliwym czyli niepodejrzanym (*unbedenklich*) t. j. wolnym od wad widocznych, z których możnaby wnosić na jego podrobienie, sfałszowanie. W razie przeciwnym dokument jest wadliwy, podrobiony, sfałszowany (§§. 195, 196, 198 i 200 U. s.). Dokument wadliwy może być prawdziwym, a nieprawdziwy może być niewadliwym. Kiedy należy uznać dokument za wadliwy, ustawa nie oznacza. Wynika jednak z natury rzeczy, że do wad zewnętrznych wpadających w oczy (*vitia visibilia*) należy zaliczyć: podskrobanie, poprawki, przekreślenie, nieczytelność, rozmaitość pisma, atramentu, dodatki na boku lub między wierszami, odległość podpisu wystawi-

ciela od tekstu. W szczególności dokument jest wadliwy, jeżeli nie jest sporządzony według §. 184 U. s. który stanowi: Jeżeli dokument składa się z kilku arkuszy, należy je przewlec nicią lub sznurkiem; obydwie końce tejsze umocnić twardym lakiem i na tym wycisnąć pieczęć wystawiciela; w razie przeciwnym arkusz, który mógłby być podsuniętym, nie zasługuje na wiarę.

§. 46.

Warunki wewnętrzne.

Warunki wewnętrzne, od których przedewszystkiem ważność i prawna skuteczność dokumentu zależy, są następujące:

I. Uzdolnienie i uprawnienie wystawiciela do zeznania dokumentu, o który się rozchodzi.

Co do dokumentów publicznych, polega to uzdolnienie i uprawnienie na stanowisku urzędowym wystawiciela i na jego obowiązku wzmocnionym przysięgą.

Co się tyczy dokumentów prywatnych, uzdolnienie i uprawnienie do ich zeznania z mocą dowodową zależy od istoty i treści dokumentu, a mianowicie od tego, czy dokument zawiera w sobie świadectwo lub zdanie fachowe, czy przyznanie lub uznanie, czy obowiązujące oświadczenie woli, a więc od tego, czy wystawiciel jest zdolnym i uprawnionym do złożenia ważnego świadectwa lub opinii technicznej, do czynienia przyznania lub uznania, lub do oświadczenia woli prawnie obowiązującego, czyli do rozporządzania swojemi prawami.

II. Ważność treści dokumentu.

Ażeby dokument publiczny pod względem treści był ważnym, musi być sporządzony w przedmiocie należącym do urzędowego zakresu działania urzędu lub władzy, sporządzających dokument.

Co się zaś tyczy dokumentu prywatnego, warunki ważności jego pod względem treści są następujące:

1. Treść dokumentu prywatnego, która w jego osnowie znajduje swój wyraz i najrozmaitszą być może, zawisła w powszechności od woli wystawiciela. Wyjątkowo jednak ustawa sama oznacza treść niektórych dokumentów. I tak ustawa wekslowa oznacza treść wekslu, ustawa cywilna w §§. 552 i 553 treść testamentu i kodycyłu, w §. 956 treść darowizny na przypadek śmierci, w §. 1001 treść skryptu na pożyczkę. W tych wyjątkowych przypadkach powinna treść dokumentu zawierać to, czego ustawa wymaga; w razie przeciwnym dokument pod względem treści będzie nieważnym.

W szczególności powinien każdy dokument prywatny, zawierający zobowiązujące oświadczenie woli, zawierać w sobie tak zwaną *causam debendi*. (§§. 35 i 47)

2. Ażeby treść dokumentu była ważną, powinna być stanowczą, jasną, zrozumiałą, dokładną i nie zawierać żadnych dwuznaczności lub sprzeczności. W szczególności nie powinien dokument nic takiego w sobie zawierać, coby pod względem stylu i języka, opisanych faktów lub skreślonych stosunków wskazywało, że z innych czasów pochodzi, a nie z tych, których datę nosi.

Ponieważ dokument powinien być wiernym i dokładnym przedstawicielem wiedzy i woli wystawiciela, przeto pismo, powołujące się na treść innego dokumentu, wszelako nie przedłożonego, nie zasługuje na wiarę, jeżeli co do stanowczych okoliczności nie zawiera w sobie dokładnego i zupełnego wyjaśnienia. *Referens sine relato nihil probat* (§. 128 ust. węg.)

3. Głównie zaś powinien dokument w taki sposób i pod takimi okolicznościami być sporządzony, iżby się przedstawiał jako niewątpliwy akt wiedzy i wolnej woli wystawiciela. Treść dokumentu powinna być wyrazem istotnej i prawdziwej woli osoby, zeznającej dokument. Zgodność treści dokumentu z wiedzą i wolą wystawiciela jest

niezbędnym warunkiem jego ważności. Dlatego też ustawa notaryalna w §. 52 wkłada na notariusza obowiązek, ażeby przy sporządzaniu aktu notaryalnego zbadał nie tylko zdolność osobistą i uprawnienie każdej strony do załatwienia sprawy, ale nadto przekonał się, czy strony mają istotną i prawdziwą wolę zawarcia aktu. Na tym warunku polega także przepis § 168 U. s. według którego nikt nie powinien podpisać dokumentu jako świadek, jeżeli mu wystawiciel nie oznajmił, że dokument zgadza się z jego wolą. Jeżeli dokumentowi zbywa na tej zgodności jego treści z wolą wystawiciela t. j. jeżeli istotna wola wystawiciela nie znalazła wyrazu w treści dokumentu, ważność jego wzruszoną być może. W których to przypadkach może mieć miejsce, należy osądzić według przepisów ustaw cywilnych.

§. 47.

Documenta indiscreta.

Rozbiór warunków ważności dokumentu nasuwa pytanie: czy ważność dokumentów, zawierających zobowiązujące oświadczenie woli, (dispositive Urkunde) wymaga, ażeby w nim wyrażono nie tylko zobowiązanie, lecz także istotę faktu, z którego to zobowiązanie wypływa, czyli prawny tytuł zobowiązania, tak zwaną *causam debendi*, *causam obligandi*, n. p. kupno, zamianę, pożyczkę i t. d. (Rechtsgrund oder Verpflichtungsgrund) — a zatem, czy dokumenta wyrażające wprawdzie zobowiązanie, wszelako niezawierające faktycznej zasady tego zobowiązania, tak zwane *documenta indiscreta*, *ex quibus causa debendi discerni nequit*. są ważne i dowodne? u. p. dokument, zawierający oświadczenie wystawiciela, że Piotrowi 100 guldenów winien i je dnia tego i tego zapłacić zobowiązuje się, albo dokument tej treści, podpisany przez Pawła: Za zwrotem tego pisma zapłacę Piotrowi albo okazicielowi 100 guldenów.

Pytanie to jest w ścisłym związku z tem, cośmy przy

rozbiorze §. 177 u. s. wyłożyli, t j. że uznanie prawa (Anerkennung des Rechtes) lub obowiązku (Schuldbekenntniss) ma w tym tylko razie skutek prawny, jeżeli jest równocześnie połączone z przedstawieniem faktu, z którego uznane prawo lub uznany obowiązek wypływa. Już ztąd wynika, że t. z. documenta indiscreta nie są ważne i dowodne. Wypływa to nadto z uwag następujących:

Przedewszystkiem musimy na to zwrócić uwagę, że powyższe pytanie nie odnosi się do dokumentów publicznych, które, jak to z natury rzeczy wypływa, bezwarunkowo dowodzą i obowiązują, nawet bez wyrażenia przyczyny zobowiązania; n. p. wyrok skazujący pozwanego na zapłacenie sumy oznaczonej lub na spełnienie pewnej czynności dowodzi i obowiązuje, choćby nie oznaczył prawnego tytułu obowiązku zapłacenia lub świadczenia; tak samo obligacya czyli zapis długu państwowego (Staatsschuldverschreibung) nie zawiera causam debendi; jest jednak dokumentem ważnym i dowodnym.

Co się zaś tyczy dokumentów prywatnych, powyższe pytanie nie odnosi się, ani do dokumentów, zawierających świadectwo lub orzeczenie techniczne, ani do tych, które zawierają przyznanie faktu prawnego; bo każde świadectwo lub zdanie fachowe, jako też każde przyznanie faktu, zawsze zawiera w sobie i musi zawierać poświadczenie faktu lub faktycznego stanu rzeczy; n. p. kwit, jako świadectwo dopełnionego obowiązku bliżej oznaczonego (§. 1426 ust. ces.)

Powyższe pytanie ogranicza się więc jedynie do dokumentów rozporządzających, w których wystawiciel czyni zobowiązujące oświadczenie woli, zeznając akt prawny, ustawą cywilną unormowany (Dispositiv-Urkunde).

Za ważnością dokumentów rozporządzających, nie zawierających atoli causam debendi, przemawiałoby to jedynie, że ustawy wyraźnie nie żądają wyjawienia prawnej zasady zobowiązania; jedyne zaś wyjątki, jakie istnieją, co do skryptu

na pożyczkę w §. 1001 U. c., co do dokumentów tabularnych w §. 435 U. c. i w §. 26 ustawy hipotecznej i co do dokumentów notaryalnych w §§. 53 i 68 ustawy notaryalnej, należy jako wyjątki ściśle tłumaczyć.

Wszelako przeciw ważności dokumentów tego rodzaju, silniejsze przemawiają argumenta; albowiem

1. Dokument jest środkiem dowodowym. Celem dowodu jest, przekonać sędziego o istnieniu prawa. Ażeby ten cel osiągnąć, trzeba sędziemu przedstawić fakt, z którego wypływa z jednej strony prawo, z drugiej odpowiedni jemu obowiązek. Jeżeli więc dokument nie nadmienia o fakcie, z którego wywiązał się dług, czyli zobowiązanie i prawo jemu odpowiednie t. j. jeżeli nie zawiera prawnej przyczyny zobowiązania, sędzia nie może osądzić i nabyć przekonania, czy obowiązek wyrażony w dokumencie jest w prawie uzasadnionym, lub nie. Dla tego też §. 3. ustawy notaryalnej wymaga, ażeby w każdym akcie notaryalnym tytuł prawny był wyrażony; dlatego też wymaga także §. 1001 u. c. ażeby skrypt na pożyczkę przedmiot i ilość pożyczki dokładnie wyraził.

2. Wynika to także z §§. 3 i 170 u. s., według których fakt ze wszystkimi okolicznościami dokładnie przedstawić i dowieść go należy; dług zaś czyli obowiązek, nie jest faktem, lecz tylko wynikiem, który się przedstawia przez podciągnięcie faktu pod ustawę.

3. Rozporządzenie ministeryalne z 7. listopada 1855 l. 9671 i §. 127 ustawy węgierskiej, którą za wyraz myśli prawodawstwa austriackiego uważać należy, poparte mnogimi orzeczeniami sądu najwyższego (powyżej w §. 35 powołanemi), orzekają, że dokument, w którym szczegółowy powód prawny (*der specielle Rechtsgrund*) nie jest wyrażony, nie stanowi dowodu zobowiązania czyli długu. Dokument taki może więc dopiero wtedy służyć za dowód, jeżeli prawna zasada zobowiązania innemi środkami dowodowemi dowiedziona zostanie.

4. Nareszcie nadmieniliśmy już powyżej w §. 41, że dowodność dokumentu, zależną od podpisu wystawiciela, umieszczonego pod osnową dokumentu, i od zachowania formalności zewnętrznych, co do niektórych dokumentów szczegółowymi ustawami wymaganych, należy odróżnić od ważności dokumentu, zawisłej przeważnie od zachowania formalności wewnętrznych, odnoszących się do treści dokumentu. Pytanie więc: czy dokument dowodzi tego, co w sobie zawiera, t. j. treści dokumentu, różni się od pytania: czy to, czego dokument dowodzi t. j. treść dokumentu jest ważną pod względem prawa materialnego, czy i jakie skutki prawne pociąga za sobą, mianowicie czy uzasadnia prawa i obowiązki wyrażone w dokumencie. Pierwsze pytanie należy rozwiązać według prawa procesowego, drugie według prawa materialnego. Jeżeli dokument jest autentyczny i posiada wszystkie prawem procesowym wymagane formalności zewnętrzne, w takim razie jest on dowodnym t. j. dowodzi treści dokumentu, lecz prócz tej treści niczego więcej nie dowodzi, a zatem nie dowodzi tego, czego wcale nie zawiera. Ztąd wynika, że dokument, który zawiera w sobie uznanie prawa lub przyznanie się do obowiązku, lecz nie wyraża prawnej podstawy tego prawa lub obowiązku, dowodzi wprowadzie abstrakcyjnego aktu prawnego t. j. abstrakcyjnego przyrzeczenia czyli zobowiązania, wszelako nie dowodzi prawnej jego przyczyny, bo nie może dowodzić tego, czego wcale nie zawiera. Czy z takiego aktu wynika zobowiązanie, na to odpowiada ustawa cywilna — a gdy ustawa cywilna nie uznaje zobowiązania abstrakcyjnego, którego tytuł prawny nie jest oznaczony, więc i dokument, nie wyrażający prawnej podstawy zobowiązania, nie może służyć do uzasadnienia i udowodnienia zobowiązania, jest więc dokumentem nieważnym, a tem samem, jako środek dowodowy, w celach dowodowych nieprzydatnym; bo nie dowodzi tego, co jest właściwie stanowczem i na rozstrzygnięcie sporu jedyny wpływ wywiera, nie dowodząc prawnie uzasadnionego

zobowiązania. Zatem idzie, że nieważność dokumentu według prawa materalnego oddziałuje na jego dowodność według prawa procesowego.

Wyjątki od powyższej zasady stanowią niektóre dokumenta, co do których wola abstrakcyjna: być zobowiązanym (der abstracte Verpflichtungswille) czyli abstrakcyjny (formalny) akt zobowiązania niezależny od tytułu prawnego (w przeciwstawieniu do zobowiązania materalnego) jest dostatecznym, aby powstały prawa i obowiązki. Dokumentami takimi są:

- a) Weksle. We wekslu objawiająca się wola stanowi przyczynę zobowiązania. Kto na wekslu swój podpis umieszcza, tem samem oświadcza, iż z wekslu chce być obowiązany; i to bez względu na prawny tytuł zobowiązania.
- b) Przekazy kupieckie (Anweisungen) i listy zobowiązania (Verpflichtungsscheine) przez kupców wystawione, których ważność nie zależy od wyrażenia przyczyny zobowiązania (art. 301 U. h.)
- c) Dokumenta opiewające na okaziciela, a nie na pewną osobę lub na zlecenie (Ordre) t. j. takie, któremi wystawiciel obowiązuje się do pewnego świadczenia każdemu, kto je przedłoży (Inhaberpapiere); Należą tu w szczególności papiery kredytowe lub pieniężne (Credit- oder Geldpapiere) najrozmaitszego rodzaju, obligacye udziałowe (Partialobligationen) wydane przez państwo, stowarzyszenia, a nawet przez osoby pojedyncze celem zaciągnięcia znaczniejszej pożyczki, obligacye pożyczki loteryjnej, akcye, priorytety, banknoty itd.

§. 48.

Dowód zaprzeczonej dowodności lub ważności dokumentu.

Ponieważ dowodność i ważność dokumentu zależą od zachowania formalności zewnętrznych i wewnętrznych, następuje się pytanie: Kto ma w razie zaprzeczenia dowodności

lub ważności dokumentu dla braku formalności zewnętrznych lub wewnętrznych, dowodzić, że dokument odpowiada formalnościom ustawą wymaganym, lub że im nie odpowiada?

Przedewszystkiem wypada nadmienić, że stosownie do zasady swobodnej między stronami rozprawy, sędzia nie może z urzędu uwzględniać braku formalności dokumentu, lecz musi wyczekiwać zarzutu i wniosku strony, przeciw której dokument był przedstawiony t. j. t. z. produkta, (d. n. z 6go października 1783 l. 197). Jest więc rzeczą produkta wystąpić z zarzutami przeciw dowodności lub ważności dokumentu przedłożonego przez producenta (Beweiseinreden).

Przy rozwiązaniu pytania: czy w razie uczynionego przez produkta zarzutu, iż przy sporządzeniu dokumentu nie zachowano owych formalności, od których dowodność lub ważność jego zależy, on sam (t. j. produkt) ma go udowodnić, czy przeciwnie obowiązek dowodzenia, że dokument odpowiada owym formalnościom, ciąży na producencie — należy rozróżnić: czy produkt występuje z zarzutami przeciw dowodności, czy przeciw ważności dokumentu, i z jakimi zarzutami w szczególności.

§. 49.

I. Dowód zarzutów przeciw dowodności dokumentu.

Jeżeli produkt występuje z zarzutami przeciw dowodności dokumentu, z powodu braku formalności zewnętrznych i brak ten już z dokumentu samego się okazuje, w takim razie wystarczy proste zaprzeczenie istnienia tych formalności, czyli wytknięcie wad dokumentu w oczy wpadających. A gdy brak warunków zewnętrznych n. p. brak podpisu wystawiciela, lub świadków, albo wadliwość dokumentu w oczy wpada, tedy sędzia, przekonawszy się naocznie o ich istnieniu, nie może pisma takiego uważać za dokument dowodny, jeżeli producent nie uspra-

wiedliwi wytkniętego braku formalności zewnętrznych. Ztąd wynika w szczególności:

1. że w razie zaprzeczenia dowodności dokumentu z powodu jego wadliwości, (§. 45) jest rzeczą producenta udowodnić, że dopiski, przekreślenia, podskrobania i t. p. przez samego wystawiciela lub za jego zezwoleniem przedsięwzięte zostały;

2. Ponieważ prawdziwość podpisu wystawiciela należy także do zewnętrznych warunków dowodności dokumentu, (§. 43) czego dowodem jest ta okoliczność, że prawdziwość podpisu między innymi także przez porównanie pism dowiedziona być może (§. 208 U. s.), a zatem jest czemś zewnętrznym, w oczy wpadającym, przeto nasuwa się pytanie: czy w razie zaprzeczenia prawdziwości podpisu wystawiciela, produkt zaprzeczający ma dowodzić nieprawdziwości, czy producent prawdziwości podpisu?

Zachodzi tu różnica między dokumentami publicznymi i prywatnymi.

Kto dokument publiczny przedstawia (producent) nie potrzebuje dowodzić prawdziwości podpisu. Dokument publiczny należy tak długo uważać za prawdziwy, dopóki przeciwnik, t. j. strona, przeciwko której ten akt urzędowy jest stawiany, (produkt) nie dowiedzie przeciwnieństwa t. j. nieprawdziwości podpisu. Dokument publiczny nie potrzebuje poprzedniego przyznania autentyczności przez stronę przeciwną; producent więc jest wolny od dowodu prawdziwości dokumentu publicznego. Kto bowiem przedstawia dokument, mający pod względem formy i treści wszelkie znamiona pisma publicznego, za tym przemawia domniemanie, że pismo to jest publicznem, że więc tak długo za prawdziwe uchodzić musi, dopóki produkt nie dowiedzie nieprawdziwości jego, t. j. że pismo, przedstawione jako dokument publiczny, jest fałszywe. Ponieważ sfałszowanie dokumentu publicznego stanowi czyn karygodny, przeto w razie uczynionego przez produkta zarzutu nieprawdziwości podpisu, umieszczonego na

dokumencie publicznym, sprawa cywilna powinna być odeślana na drogę procesu karnego; tymczasem zaś należy proces cywilny przerwać i dopiero po załatwieniu procesu karnego rozstrzygnąć, (ob. monog. o. p. c. §. 111).

Ustawa sądowa nie orzeka wprawdzie: że dokument publiczny ma za sobą domniemanie autentyczności; wynika to jednak z następujących uwag:

- a) §§. 207 i 208 U. s., jedyne przepisy traktujące o obowiązku producenta dowodzenia autentyczności dokumentu, odnoszą się tylko do dokumentów prywatnych; one bowiem wkładają obowiązek udowodnienia autentyczności jedynie na stronę prowadzącą dowód z dokumentu prywatnego.

Ztąd wynika, że nie było zamiarem prawodawcy wkładać ten obowiązek także na stronę prowadzącą dowód z dokumentu publicznego.

- b) Jeżeliby producent dokumentu publicznego musiał dowodzić zaprzeczonej jego autentyczności, musiałby również w razie zaprzeczenia dowodzić prawdziwości klauzuli legalizacyjnej, która jest dokumentem publicznym (§. 43). W takim razie stałaby się legalizacja dokumentów prywatnych, i wogóle cała instytucja legalizacji zupełnie niepotrzebną.

Aczkolwiek producent dokumentu publicznego nie ma obowiązku dowodzenia, że pismo przezeń przedstawione jest dokumentem publicznym, bo własność ta okazuje się już z zewnętrznych jego znamion, wszelako domniemanie autentyczności nie przemawia za dokumentami publicznymi, wystawionymi za granicą, których legalizacji ustawy (§ 180 U. s. i d. n. z 3. lutego 1838) wyraźnie wymagają, a to dla tego ponieważ nie można żądać od sądów krajowych, ażeby były obeznane z prawodawstwami państw obcych, a w szczególności zewnętrznymi znamionami autentyczno-

ści dokumentów zagranicznych i odnośnemi urządzeniami państw obcych.

§. 50.

II. Dowód zarzutów przeciw ważności dokumentów.

Jeżeli produkt występuje z zarzutami przeciw ważności dokumentu z powodu braku warunków wewnętrznych n. p. z powodu, że wystawiciel dokumentu był małoletnim, obłąkanym, do podpisania dokumentu zmuszonym i t. d., w takim razie zarzuty te przeciw ważności dokumentu są właściwie excepcjami przeciwważności samego aktu prawnego, w dokumencie określonego; bo zarzuty te polegają na faktach wstrzymujących powstanie prawa (ob. monog. o. p. c. §. 42). Jest więc rzeczą produkta, broniącego się zarzutem nieważności dokumentu, dowieść braku wewnętrznych warunków jego ważności, a w szczególności dowieść:

- a) że wystawiciel nie ma zdolności lub uprawnienia do zeznania dokumentu n. p. z powodu małoletności, chorobliwego stanu umysłu i t. d. — lub też
- b) że treść dokumentu nie zgadza się z wiedzą i wolą wystawiciela, n. p. z powodu simulacyi czyli zawarcia aktu pozornego lub wymuszonego lub spisanego pod wpływem obłądu.

Przechodząc do niektórych szczegółów ważniejszych, winniśmy zastanowić się jeszcze nad pytaniami następującemi:

1. kto ma dowodzić zaprzeczonej treści dokumentu,
2. kto ma dowodzić, że treść dokumentu wypełniona w blankiecie zgadza się z wolą wystawiciela, nareszcie 3. że świadkowie, podpisani na dokumencie są wiarygodnymi i że wystawiciel oznajmił im, iż dokument zgadza się z jego wolą?

§. 51.

1. Dowód zaprzeczonej treści dokumentów.

Dokument, posiadający wszelkie warunki zewnętrzne, od których jego dowodność zależy, jest środkiem dowodowym, który przeciw wystawicielowi stanowi dowód treści w nim zawartej. Nie można więc żądać od producenta dokumentu, którym już dowiódł treści w nim wyrażonej, dalszego jej dowodu (§. 172 U. s.); tak samo, jak od posiadacza skryptu na pożyczkę nie można żądać, ażeby dowiódł tego, czego już treść skryptu dowodzi t. j. zaliczenia pożyczki (§. 183 U. s.)

Skoro ustawa przepisuje pewne formalności dokumentów i w razie ich zachowania uznaje je za dowodne, nie podobna przypuścić, aby przeciwnikowi było wolno, prostem zaprzeczeniem treści dokumentu zważyć na producenta ciężar jej dowodzenia, lecz, jeżeli mniema, że treść dokumentu nie jest prawdziwą, jeżeli twierdzi, że osnowę dokumentu inaczej mu odczytano, jak ona jest spisana, albo że mu podstępem przedłożono inne pismo do podpisu, a nie to, które sam odczytał, lub które mu odczytano, w takim razie może obalić treść dokumentu, jedynie dowodem przeciwnym t. j. dowodem przeciwieństwa treści dokumentu lub dowodem excepcyi, n. p. podstęp, błąd i t. d.

§. 52.

2. Dowód zgodności treści dokumentu, wypełnionego w blankiecie, z wolą wystawiciela.

Jeżeli producent przedstawia dokument zupełnie wypełniony, a produkt twierdzi, że tylko blankiet podpisał, tedy winien on t. j. produkt tego dowieść; od producenta bowiem, który przedstawia dokument zupełnie wypełniony i przez wystawiciela podpisany, a zatem pod względem formy zewnętrznej zupełnie dowodny, nie można już żądać dalszego dowodu (§. 172 U. s.)

Zachodzi jednak dalsze pytanie: czy produkt prócz dowodu tej okoliczności, że tylko blankiet podpisał, ma nadto dowieść, że blankiet podpisał, wszelako nie w celu wypełnienia go tą treścią, jako dokument przedstawiony zawiera, lecz w innym celu, że więc treść dokumentu przedstawionego nie zgadza się z jego wolą; czy przeciwnie nie jest to raczej obowiązkiem producenta dowieść, że wystawiciel podpisał blankiet właśnie w celu sporządzenia dokumentu tej treści, jaką przedstawiony dokument zawiera, że zatem wypełnienie blankietu nastąpiło zgodnie z wiedzą i wolą wystawiciela?

W tym względzie mogą być zdania podzielone — sądźmy jednak, że produkt, jako wystawiciel blankietu, winien dowieść, nie tylko, że blankiet podpisał, lecz nadto, że treść blankietu wypełnionego t. j. treść dokumentu przedstawionego nie zgadza się z jego wolą, a to dlatego, że blankiet inne miał według jego woli przeznaczenie. Skoro bowiem producent przedstawia dokument już wypełniony i mający pod względem formy zewnętrznej moc dowodu zupełnego, nie ma on już na mocy §. 172 U. s. obowiązku stawiania dalszego dowodu na to, że dokument także pod względem form wewnętrznych t. j. zgodności treści dokumentu z wolą wystawiciela jest ważny. Albowiem skoro blankiet, przez wystawiciela podpisany, wypełniony został, przedstawia się on na zewnątrz jako dokument, dokumenta zaś zalicza ustawa sądowa w rozdziale XIII do środków dowodowych i przyznaje im w §§. 181 i 182 zupełną wiarę przeciw wystawicielowi. Każdy więc dokument, sporządzony pod względem formy zewnętrznej stosownie do ustaw, stanowi przeciw wystawicielowi dowód treści, w nim zawartej, której wystawiciel prostem zaprzeczeniem nie może pozbawić mocy dowodowej. Jeżeli produkt zaprzecza, iżby treść wypełnionego blankietu odpowiadała umowie czyli woli wystawiciela, tedy winien on to zaprzeczenie udowodnić, t. j. winien przeciwstawić przeciw dowodowi z dokumentu dowód przeciwny na to, że na

treść wypełnionego blankietu nigdy się nie zgodził, i że blankiet według umowy inną treścią miał być wypełniony. Za tem zdaniem przemawia także analogia §. 183 U. s., nie mniej następująca uwaga.

Powód, dochodzący prawa swego z aktu prawnego, nie ma obowiązku dowodzenia, że zachodzą wszystkie ogólne warunki, ustawą wymagane, od których ważność tego aktu prawnego zawisła, a w szczególności, że zachodzi zgodność woli z oświadczeniem; albowiem każde oświadczenie woli, objawione w jakiejby formie, uchodzi na zewnątrz i musi uchodzić w dziedzinie prawa za wolę rzeczywistą. Jeżeli przeciwnik twierdzi, że aktowi prawnemu, z którego powód wywodzi swoje prawo, zbywa na którymkolwiek z ogólnych warunków ważności, a w szczególności na zgodności woli z oświadczeniem, tedy winien on tego dowieść t. j. winien broniąc się excecpcją nieważności aktu prawnego, przedstawić i udowodnić owe fakta, z których wynika, że z przedstawionego aktu prawnego dla braku tego lub owego ogólnego warunku jego ważności, prawo poszukiwane nie powstało. (ob. monog. o. p. c. §. 27). To sama da się zastosować do kwestyi powyżej poruszonej. Jak powód, wywodzący swoje prawo z aktu prawnego, nie ma obowiązku dowodzenia ważności tego aktu, tak też i producent dokumentu, streszczającego akt prawny, nie jest obowiązany dowodzić istnienia wewnętrznych warunków ważności tego dokumentu, a w szczególności zgodności jego treści z wolą wystawiciela; zwłaszcza, że dokument jest tylko wyrazem aktu prawnego.

§. 40.

3. Dowód wiarygodności świadków i ich świadomości, że dokument zgadza się z wolą wystawiciela.

Zbadać wreszcie należy i to pytanie: czy producent ma dowodzić zaprzeczonej przez produkta wiarygodności świadków podpisanych na dokumencie, jako też tej okoliczności,

że wystawiciel stosownie do §. 186 U. s. oznajmił świadkom, iż dokument, przedłożony im do podpisu zgadza się z jego wolą — czy przeciwnie nie jest to rzeczą produkta udowodnić przeciwieństwo? Ustawa i na to pytanie żadnej nie daje odpowiedzi; dla tego też zdania w tej mierze są podzielone. Przychylamy się do zdania; że produkt winien dowodzić niewiarygodności i nieświadomości świadków o zgodności treści dokumentu z wolą wystawiciela; a to dla tego, że wiarygodność świadka i jego świadomość o zgodności treści dokumentu z wolą wystawiciela odnoszą się do wewnętrznej, a nie do zewnętrznej formy dokumentu w oczy wpadającej (§. 50); i że twierdzenie produkta, jakoby świadkowie na dokumencie podpisani, nie byli wiarygodnymi, lub nieświadomymi zgodności treści dokumentu z wolą wystawiciela, stanowi zarzut a jako taki winien przez produkta być dowiedzionym (§§. 5 i 6 U. s.), a to tem więcej, ile że w razie przeciwnym producent, chcąc w szczególności dowieść wiarygodności świadków, musiałby przeprowadzić dowód na to, że świadkowie podpisani na dokumencie, nie należą do żadnej kategorii świadków, bądź to według §§. 214, 215 i 216 U. s. niedopuszczalnych, bądź też według §§. 217 i 218 wątpliwych (bo ten tylko jest świadkiem wiarygodnym, kto do żadnych z tych kategorii nie należy); dowód zaś tego rodzaju byłby prawie niemożliwym. Zważyć nareszcie wypada, że już w samym podpisie świadków tkwi to milczące ich zeznanie, iż o zgodności treści dokumentu z wolą wystawiciela przez niego byli zawiadomieni, tem więcej, że nie należy przypuszczać, iżby świadkowie, którym ustawa w razie przekroczenia przepisu §. 186 U. s. zagraża karą i własną odpowiedzialnością, mieli lub chcieli naruszyć ustawę.

§. 31.

Moc dowodu dokumentów publicznych.

Dokument, odpowiadający wszystkim, powyżej skreślonym warunkom, od których jego dowodność zależy, stanowi

zupełny dowód treści, w nim zawartej. Wszelako zachodzą niektóre różnice pod względem rozciągłości tej mocy dowodowej, a mianowicie pod względem pytania: przeciw komu ma dokument moc dowodu?

Należy tu odróżnić dokumenta publiczne od dokumentów prywatnych.

Co do dokumentów publicznych, zawiera §. 179 U. s. to ogólne prawidło, że należy im dać zupełną wiarę pod względem faktów, dla stwierdzenia których sporządzone zostały.

O ile treścią dokumentu publicznego jest orzeczenie urzędu lub władzy t. j. nakaz urzędowy, rozporządzenie albo rozstrzygnięcie, o tyle stanowi on pod względem tej swojej treści dowód zupełny, niewzruszalny, nie dopuszczający dowodu przeciwnego. Treść aktu urzędowego tego rodzaju może jedynie w skutku odwołania się do wyższej władzy na drodze toku instancyi (im Wege des Instanzenzuges) być zmienioną.

Jeżeli dokument publiczny zawiera świadectwo wydane w rzeczach należących do urzędowego zakresu działania, a spostrzeżonych własnymi zmysłami urzędnika lub funkcyonaryusza, natenczas on stanowi pod względem tej treści dowód zupełny przeciw każdemu — n. p. protokół sądowy, protokół egzekucyi przedsięwziętej, poświadczenie doręczenia (Zustellungsurkunden) protesta wekslowe, świadectwa tabularne, świadectwa urodzeń, ślubu lub śmierci i t. p.

Nareszcie jeżeli akt urzędowy poświadcza fakta jedynie na podstawie oświadczeń lub świadectw samych stron, a urzędnik lub funkcyonaryusz, sporządzający akt urzędowy, nie przekonał się własnymi zmysłami o prawdziwości tych faktów, w takim razie oświadczenie to i świadectwo osób prywatnych nie zmieniają istoty swej skutkiem tego, że zawierają się w dokumencie publicznym.

Okoliczność jednak, iż oświadczenia te i świadectwa złożone zostały i to przez osoby wymienione w akcie urzędowym, w sposób tam wskazany i przed urzędem lub władzą sporządzającą akt urzędowy, musi wobec każdego uchodzić za prawdę (§. 38 ust. not.) Akt urzędowy tego rodzaju jest zupełnym dowodem, iż wszystkie fakta w nim przedstawione tak rzeczywiście, a nie inaczej przedstawione były w obec urzędu lub władzy przez strony przyjmujące w nim udział; a to dowodem nie tylko dla stron samych, lecz i dla trzecich osób, które przy owym akcie żadnego nie miały udziału.

Dokument publiczny stanowi więc dowód zupełny przeciw każdemu, że urzędnik lub funkcjonaryusz, sporządzający akt urzędowy, wiernie przedstawił tak fakta, przy których był obecnym, jako też oświadczenia lub świadectwa stron, które od nich słyszał. Dokument publiczny ma moc dowodu bezwarunkową, powszechną przeciwko każdemu.

Atoli przeciw aktom urzędowym, zawierającym oświadczenia lub świadectwa stron, jest dopuszczalny dowód przeciwny t. j. dowód nieprawdziwości ich treści; ponieważ jest rzeczą możliwą, iż urzędnik lub funkcjonaryusz, sporządzający akt urzędowy mylnie lub niedokładnie potwierdził oświadczenia lub świadectwa stron bądź z umysłu, bądź to przez pomyłkę, bądź przez mylne zrozumienie, przez niedosłyszenie, niedokładne tłumaczenie, lub skutkiem niezwykłego dyalektu i t. p. Nareszcie i to przypuszczenie jest możliwem, że w obec urzędnika lub funkcjonaryusza, inna osoba złożyła oświadczenie lub świadectwo, a nie ta, która w akcie urzędowym wymienioną została. Dowód nieprawdziwości treści aktu urzędowego winien przeprowadzić produkt t. j. przeciwnik strony, która ten akt przedstawiła.

§. 55.

Moc dowodu dokumentów prywatnych.

Według różnorodności dokumentów prywatnych, jest różnorodną ich moc dowodowa. I tak:

1. Dokumenta prywatne, zawierające świadectwo trzeciej osoby, nie mającej udziału w procesie, nie mają z reguły mocy dowodowej. Wystawiciel bowiem takiego dokumentu jest właściwie świadkiem, którego świadectwo spisane pozasądowo w formie dokumentu, wszelako ani ustnie w obec sądu zeznane, ani przysięgą stwierdzone nie ma mocy dowodu (§§. 232 i 233 U. s.) Jednakże dokumentów tego rodzaju można użyć do przeprowadzenia dowodu sumarycznego ze świadków, jeżeli zachodzą warunki w §§. 254 — 258 U. s. postanowione.

Takie same znaczenie i skutek mają dokumenta, zawierające orzeczenie biegłych, sporządzone pozasądowo; ponieważ biegły winien zdanie swoje objawić w sądzie i pod przysięgą (§§. 266 i 267 U. s.).

2. Co się tyczy dokumentów prywatnych, zawierających oświadczenie woli, ustawa sądowa postanawia w §§. 187, 181, 182 i 183 następujące reguły dowodowe:

- a) Dokument prywatny, sporządzony jednostronnie, żadnego nie stanowi dowodu na korzyść tego, kto go wystawił (§. 187). *Scriptura privata nihil probat pro scribente*; a to dlatego, ponieważ nikt nie może świadczyć na swoją własną korzyść (*quia nullus idoneus testis in re sua intelligitur*).

Wyjątku od tej reguły dopuszczają ustawy:

- a) co do ksiąg handlowych i rzemieślników, które według art. 32 i 34 u. h. i §. 191 U. s. stanowią zazwyczaj dowód niezupełny, dający się uzupełnić przysięgą lub innym środkiem dowodowym, którym wszelako sędzia, według swego

uznania, może większą lub mniejszą dowodność przyznać.

- β) co do ksiąg spółek zarobkowych i gospodarczych, którym, jeżeli są utrzymywane podług przepisów ustawy handlowej, służy moc dowodu według miary przyznanej księgom handlowym artykułem 34 u. h. i §§. 19, 20, 21 i 22 ustawy z 17 grudnia 1862, dla udowodnienia wierzytelności spółki wynikłych z czynności prawnie jej dozwolonych. (Ustawa z 9 kwietnia 1873 l. 70).
- γ) co do ksiąg głównych banku autsryjacko-węgierskiego we Wiedniu, jako hipotecznego (rozp. min. z 20go marca 1856) — dalej austr. banku kredytowego ziemskiego (österreichische Bodencreditanstalt; rozp. min. z 1. czerwca 1864 i. 99) i banku hipotecznego w Czechach rozp. min. z 26. grudnia 1864) które co do ilości wierzytelności stanowią dowód zupełny.
- δ) co do ksiąg innych zakładów kredytowych podlegających nadzorowi rządu, które mają tę samą moc dowodu, co księgi handlowe (rozp. min. z 28. października 1865).

Ponieważ §. 187 U. s. odmawia jedynie dokumentom, jednostronnie sporządzonym, mocy dowodowej na korzyść wystawiciela, przeto dokumenta, dwustronnie sporządzone, dowodzą na korzyść i niekorzyść każdej strony, która dokument wspólnie podpisała; n. p. kontrakt kupna — sprzedaży, podpisany przez kupiciela i sprzedającego, dowodzi na korzyść kupiciela przeciw sprzedającemu i odwrotnie na korzyść sprzedającego przeciw kupielowi.

- b) Dalszą regułą dowodową zawierają §§. 181 i 182 U. s. według których dokumentom prywatnym, sporządzonym według form wymaganych ustawami szczegółowymi dla

pism pewnego rodzaju, ma być dana wiara przeciw temu, kto je wystawił, chociażby je tylko własnoręcznie podpisał. *Scriptura privata probat contra scribentem.*

A więc dokument prywatny, jeżeli jest wiarygodny t. j. przez wystawiciela podpisany i sporządzony według form ustawami przepisanych, stanowi dowód zupełny przeciw wystawicielowi.

Tę samą moc dowodu, którą ma dokument przeciw wystawicielowi, ma on także przeciw wszystkim tym, którzy z wystawicielem przedstawiają jedną i tę samą osobę w znaczeniu prawnym, niemniej przeciw tym, którzy winni akt prawny, zdziałany przez wystawiciela, uznać za skuteczny i obowiązujący. Dlatego też w szczególności:

α) dokument, wystawiony przez spadkodawcę, dowodzi przeciw spadkobiercom (§§. 547, 531 U. c.).

β) dokument wydany przez cedenta odnośnie do wierzytelności odstąpionej, dowodzi także przeciw cesjonariuszowi (§. 1394 U.).

γ) przekaz (*assignatio*) przeciw dłużnikowi przekazanemu;

δ) indos na wekslu lub papierach handlowych, które mogą być indosowane, przeciw tym, którzy do zapłaty są obowiązani lub wezwani (art. 36 ustawy weksl. i art. 305 U. h.);

ε) dokument zeznany przez pełnomocnika w granicach pełnomocnictwa dowodzi przeciw mocodawcy (§. 1017 U. c.);

ζ) oświadczenie męża, za posag odebrał, uczynione przed otwarciem upadłości i to albo w czasie odbioru posagu, albo najpóźniej w rok przed otwarciem upadłości, zeznane w formie aktu notaryalnego, dowodzi na korzyść żony lub jej prawnych następców przeciw masie rozbiorowej (§. 1226

U. c. §. 49 ustawy o upadł. z 25. grudnia 1868 i ust. z 25. lipca 1871).

Co do dokumentów, zawierających obowiązujące oświadczenie woli, czyli akt dyspozycji, musimy podnieść tę nader ważną okoliczność, że one stanowią zupełny dowód zawarcia tego aktu prawnego i jego treści, nie tylko przeciw wystawicielowi i osobom dopiero pod α — § wskazanym, lecz także przeciw każdej trzeciej osobie. — Skoro bowiem dokument, zawierający akt prawny, sporządzony bądź jednostronnie bądź dwustronnie, n. p. kontrakt kupna, darowizny, cessya, testament i t. d. stosownie do przepisów prawnych został spisany, tedy nikt nie może zaprzeczyć, że między stronami, które go podpisały, zawarty został akt prawny, opisany w dokumencie wiarygodnym, i to tej treści, jaką dokument przedstawia. (Wyroki sądu najw. z 13. listopada 1860 l. 12670 Zbiór Glas. 1227 i z dnia 23. kwietnia 1861 l. 2794, Zbiór Glas. 1309).

Wszelako dokumenta tego rodzaju stanowią dowód zawarcia aktu prawnego i jego treści przeciw osobom trzecim, o tyle tylko, o ile są wyrazem oświadczenia woli, czyli aktu dyspozycji. O ile one zawierają nadto jeszcze inną treść, n. p. co do daty t. j. co do czasu wystawienia dokumentu, treść tego rodzaju, nie zawierająca w sobie żadnego rozporządzenia, ma jedynie charakter przyznania albo świadectwa spisanego na własną korzyść (§. 187) i dlatego winna być ocenioną według tych prawideł, które odnoszą się do dokumentów, zawierających przyznanie lub świadectwo t. j. że w obec osób trzecich nie stanowi dowodu.

Na tem zapatrywaniu polega przepis §. 49 ustawy o upadłości z 25. grudnia 1868, według

którego data dokumentu, potwierdzającego odbiór posagu, sama przez się nie stanowi dowodu co do czasu odbioru posagu. Powód tego postanowienia jest ten, że antydatowanie dokumentu, to jest położenie daty wcześniejszej na dokumencie jest niebezpiecznym środkiem naruszania praw osób trzecich mianowicie wierzycieli. Ponieważ atoli ustawa z 25go lipca 1871 r. l. 76 wymaga aktu notaryalnego do ważności dokumentu potwierdzającego odbiór posagu, który to akt, jako dokument publiczny, stanowi dowód także co do czasu, w którym sporządzony został, przeto powyżej powołany §. 49 może dziś być zastosowanym jedynie do dokumentów tego rodzaju, wystawionych przed wejściem w życie pomienionej ustawy z 25. lipca 1871 r.

3. Dokumenta zawierają w sobie częstokroć tak świadectwo, jak akt rozporządzenia. W takim razie należy co do każdego rodzaju tych dokumentów z osobna zastosować odpowiednie powyżej wyłuszczone prawidła.

§. 56.

P r o c e d e r d o w o d o w y.

Stawianie, podjęcie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów.

Stawiamy dowód z dokumentów, dołączając je do pisma procesowego lub do protokołu w procesie protokolarnym. Tem przedłożeniem dokumentu nie tylko stawiamy, lecz zarazem podejmujemy i przeprowadzamy dowód z dokumentów. Stawianie (ofiarowanie) więc, podjęcie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu następują równocześnie (§. 12 U.s.) Dowód z dokumentów jest dowodem antycypowanym t. j. wprowadza się bez poprzedniego wyroku, któryby orzekał o jego dopuszczal-

ności i bez względu na to, czy przeciwnik przyzna lub nie przyzna faktu, dokumentem dowieść się mającego.

Przedłożenie dokumentu w odpisie jest dostatecznem; jedynie dla uzyskania nakazu zapłaty winna strona przedłożyć pierwopis.

Dokument trzeba dołączyć w całości, a nie urywkowo w pojedynczych tylko ustępach; jeżeli więc dokument został wyjęty z księgi, zawierającej w sobie wiele różnych czynności, nie będących z sobą w związku, wówczas należy przedłożyć odpis całego ustępu, odnoszącego się do przedmiotu sporu (§. 192 U. s.).

Jeżeli dokument nie jest wystawiony w języku krajowym lub niemieckim, należy dołączyć tłumaczenie uwierzytelnione.

Dokument staje się od chwili przedłożenia go, spólnym obu stron dokumentem; nie wolno go więc cofnąć.

Ponieważ tylko pierwopis dokumentu ma moc dowodu, do pism procesowych zaś, lub do protokołu, załącza się jedynie odpis, przeto produkt ma prawo żądania przedłożenia mu pierwopisu, a producent obowiązany jest okazać go. Czynność ta nazywa się przeglądem pierwopisów (*Urschrifteneinsicht*, *Einsicht der Originalien*, *inspectio originalium*), o którym §§. 193 — 200 U. s. zawierają następujące postanowienia:

Przegląd pierwopisów czyli rozpoznawanie dokumentów jest to rozpatrzenie się w oryginale przez przeciwnika strony, promadzącej dowód z dokumentu, dla przekonania się o istnieniu, a względnie o autentyczności i niewadliwości dokumentu, niemniej o zgodności odpisu z pierwopisem.

Przegląd może się odbywać w sądzie lub poza sądem — jest więc dwojaki, sądowy i pozasądowy.

Przeglądu pierwopisów żąda produkt; a winien go żądać w terminie, oznaczonym w §. 193 U. s.

Jeżeli produkt nie żąda przeglądu pierwopisów w terminie oznaczonym w §. 193, uważa się dokument za

niewadliwy; produkt więc nie może już wytykać dokumentowi wad widocznych; może jednak czynić wszelkie inne zarzuty przeciw dowodności i ważności dokumentu, w szczególności przeciw autentyczności i treści dokumentu; a zatem i ten, że dokument jest nieprawdziwy (d. n. 5. paźdz. 1791).

Sąd nie może z urzędu odrzucić spóźnionego żądania przeglądu pierwopisów, lecz winien wyznaczyć termin do przeglądu, przy którym wolno producentowi odmówić okazania pierwopisu.

2. Jeżeli produkt żąda pozasądowego przeglądu pierwopisów, należy postąpić podług §. 194 U. s.; producent jednak może odmówić żądaniu przeglądu pozasądowego, bez obawy szkodliwych następstw, a produktowi służy prawo żądania sądowego przeglądu w trzech dniach po upływie połowy terminu wyznaczonego do wniesienia pisma procesowego.

Jeżeli produkt żąda sądowego przeglądu pierwopisów, może to uczynić:

- a) albo natychmiast, bez poprzedniego żądania pozasądowego przeglądu — albo
- b) celem przejrzenia oryginałów, które przy przeglądzie pozasądowym uznano za wadliwe i które opieczętowano (§. 195); w takim razie musi odbyć się przegląd sądowy, gdyż w razie przeciwnym uchodziłby dokument za niewadliwy, (§. 196) — albo nareszcie:
- e) z powodu odmówienia przeglądu pozasądowego.

W procesie piśmiennym należy prosić o wyznaczenie terminu do przeglądu pierwopisów, w przypadku pod *a* przytoczonym w połowie terminu, wyznaczonego do wniesienia pisma procesowego (§. 193); w przypadkach zaś pod *b* et *c* w trzech dniach po upływie połowy terminu określonego do wniesienia pisma procesowego (§. 196). W procesie zaś protokolarnym przed wniesieniem odpowiedzi, azatem niekoniecznie na pierwszym terminie (d. n. z 24 lipca 1801).

Sąd wyznacza termin dla przeprowadzenia przeglądu pierwopisów (§. 197).

- α) Jeżeli na tym terminie żadna strona się nie stawia, w takim razie sąd uwiadamia o tem obie strony z tym dodatkiem, że na żądanie jednej lub drugiej strony wyznaczy nowy termin (§. 26).
- β) Jeżeli producent nie stawia się, lub w razie stawienia się, nie okaże pierwopisu, sąd uzna na żądanie przeciwnika pierwopis za nie okazany (pro non producto). Dokument uważa się za nieistniejący i przy rozstrzygnięciu sprawy nie będzie uwzględnionym (§. 197).
- γ) Jeżeli produkt, żądający przeglądu nie stawia się, pierwopis będzie na żądanie producenta za niewadliwy uznany (§. 197).
- δ) Jeżeli obiedwie strony stawiają się, odbywa się przegląd pierwopisów. Produkt ma do protokołu oświadczyć, które dokumenta za wadliwe uznaje. Jeżeli żadnego nie daje oświadczenia, dokument uznaje się za niewadliwy. Sąd uwiadamia strony o wyniku przeglądu pierwopisów mocą uchwały, która wymienia dokumenta uznane za wadliwe lub za nieokazane. Na terminie wyznaczonym do przeglądu pierwopisów można dokument uznać za wadliwy bez szczegółowego wymienienia wad (d. n. z 5. maja 1826); wszelako powody uznania dokumentu za wadliwy należy wymienić i uzasadnić w najbliższem piśmie procesowem; w razie przeciwnym uznanie to będzie bezskutecznem.

Produkt ma prawo żądać, ażeby dokument wadliwy wzięto w przechowanie sądowe (§. 198). W razie sprzeciwiania się producenta powstaje spór uboczny, który sąd rozstrzyga (d. n. z 13. stycznia 1797); a dokument tymczasem zatrzymuje

(§. 199). Od tego orzeczenia sądu nie ma apelacji (§. 329). Dokument uznany za wadliwy, należy dołączyć do rotułu; w razie przeciwnym wady uważane będą za istniejące. (§. 200).

Jeżeli pierwopis znajduje się w sądzie wyroku-jącym lub w innym sądzie lub urzędzie, winien sąd na żądanie producenta podnieść oryginał z registratury albo zawezwać inny sąd albo urząd o nadesłanie go (d. n. z 2. i 28. grudnia 1825 i 15. lutego 1836).

Jeżeli przegląd dawnych polskich aktów grodzkich lub ziemskich okaże się potrzebnym, a proces toczy się w innym sądzie, nie lwowskim, winien ów sąd udać się do sądu krajowego we Lwowie z wezwaniem, aby w obce niego odbył się przegląd tych dawnych aktów polskich, (d. n. z 12. września 1797).

§. 57.

Amortyzacya dokumentów.

Przez amortyzacyą, umorzenie, uśmiercenie dokumentu, (Amortisirung, albo według §. 1428 Ust. ces. Tödtung der Urkunde) rozumiemy orzeczenie sądu, iż dokument, który zaginął, stracił wszelką moc i prawną skuteczność przeciw wystawicielowi. Amortyzacya jest środkiem uchylającym szkodliwe skutki zagubienia dokumentu i zapobiegającym możliwym nadużyciom ze strony osób trzecich. Ona ochrania dłużnika od pociągnięcia go do powtórnego wypełnienia obowiązku, wypływającego z dokumentu zgubionego, a wierzyciela od utraty prawa dla braku dowodu.

Przedmiotem amortyzacyi mogą być tylko dokumenta, które bez śladu zaginęły, tak iż niewiadomo, u kogo się znajdują.

Uprawnionym do żądania amortyzacji jest tylko właściciel dokumentu, który atoli własność swoją w tym tylko razie ma wykazać, jeżeli dokument nie opiewa na jego imię.

Z amortyzacji dokumentu nie wynika utrata prawa, lecz jedynie zniszczenie mocy dowodowej dokumentu.

Żądający amortyzacji dokumentu winien w swej prośbie o uznanie dokumentu zgubionego za umorzony, opisać go dokładnie. Sąd wzywa najpierw wystawiciela dokumentu do oświadczenia się. Jeżeli wystawiciel dokumentu zgadza się na amortyzację, sąd wprowadza postępowanie amortyzacyjne; t. j. wzywa edyktem możliwych posiadaczy dokumentu, ażeby donieśli sądowi o posiadaniu dokumentu. Jeżeli zaś wystawiciel dokumentu, nie zgadzając się na amortyzację, występuje z zarzutami, sąd ma ocenić, czy zarzuty jego są uzasadnione lub nie. W razie uznania bezzasadności zarzutów, sąd wprowadza postępowanie amortyzacyjne — w razie zaś przeciwnym. orzeka, że postępowanie amortyzacyjne nie ma miejsca. Trudno jednak przypuścić, ażeby wystawiciel dokumentu miał prawny interes sprzeciwiać się jego amortyzacji i ażeby mógł czynić jakiekolwiek zarzuty uzasadnione. Jeżeli po wprowadzeniu postępowania amortyzacyjnego posiadacz dokumentu zgłosił się w terminie edyktalnym, w takim razie ustaje dalszy proceder amortyzacyjny, ponieważ ustał prawny jego powód. Jeżeli zaś nikt się nie zgłosi, sąd uzna dokument za umorzony. (§§. 201 — 203 U. s.).

O amortyzacji zapisów długu państwowego i innych papierów wartościowych, wydanych przez spółki akcyjne lub komandytowe, stowarzyszenia, zakłady przedsiębiorstwa i t. p. zawierają szczegółowe postanowienia: pat. z 28. marca 1803, 15. sierpnia 1817 i 23 lipca 1819, d. n. z 10 lutego 1838, min. rozp. z 28. maja 1850 i 9. grudnia 1854 i ustawa z 3. maja 1868.

§. 58.

Dowód treści dokumentu zagubionego.

Kto zgubił dokument bez winy przeciwnika, ten może prawnie dowodzić treści tego dokumentu na innej drodze (t. j. za pomocą wszelkich środków dowodowych, dozwolonych ustawą); w tym tylko razie, gdyby z winy przeciwnika (t. j. tego, przeciw któremu dokument miał służyć za dowód) dokumentu pozbawiony został, a jego treść przez żadną stronę w inny sposób (n. p. przez świadków) nie dałaby się udowodnić, wtedy sąd może mu (t. j. temu, który z dokumentu wyprowadza swe prawa) dozwolić, aby treść jego zaprzysiągł (t. j. przysięgą własną stwierdził. (§. 204 U. s.).

Kto dokument zgubił, utracił tylko środek dowodowy, lecz przez to jeszcze nie utracił prawa, nie ustał więc i obowiązek wystawiciela określony w dokumencie (§§. 700, 722, 1393 i 1428 U. c.); dlatego też §. 204 U. s. dozwala dotychczasowemu posiadaczowi dokumentu dowodzić jego treści innemi środkami dowodowemi.

Fakt, że dokument istniał i zaginął, i to bez różnicy, czy zaginął przypadkowo, czy z winy posiadacza, czy przeciwnika, należy zawsze udowodnić.

Aby dowieść treści dokumentu zagubionego, trzeba udowodnić:

- a) że dokument istniał i zaginął; w razie zgubienia dokumentu, musi poprzednio nastąpić jego amortyzacja.
- b) nadto trzeba udowodnić treść dokumentu zagubionego; a jeżeli ustawy dla dowodności i ważności dokumentu wymagają jeszcze osobnych formalności, należy dowieść zachowania tych formalności zwyczajnemi środkami dowodowemi.

§. 59.

Odnowienie dokumentu.

Postępowanie sądowe odbywające się w celu odnowienia dokumentu, (które procesualiści nazywają w języku niemieckim „das Exemplifications-Verfahren) ma miejsce w następującym przypadku :

Jeżeli dokument staje się nieczytelny, w takim razie służy posiadaczowi jego, tak samo jak każdej stronie interesowanej, prawo żądać sądowego odnowienia tego dokumentu. Należy jednak zawezwać wszystkich, przeciw którym dokument ma służyć za dowód (§. 205 Ust. s.). Jeżeli wezwani żadnych nie wniosą zarzutów, dokument ma być odnowionym, a odnowiony będzie miał przeciw nim moc oryginału. Jeżeli zaś zarzuty będą wniesione, sąd ma je rozstrzygnąć (§. 206).

Przepisy obu tych §§. 205 i 206 mają zastosowanie nie tylko w tym razie, gdy dokument staje się nieczytelny, lecz i w tym, gdy dokument przypadkowo uległ zepsuciu, n. p. podarł się; w ogóle w każdym razie, gdy dokument w skutku przypadkowego uszkodzenia, podpada zepsuciu, albo też na swej wiarygodności utracić i wątpliwym stać się może.

Sądowego odnowienia dokumentu należy żądać w drodze skargi. Jeżeli wyrok zapadł na odnowienie dokumentu, a obowiązany czyli skazany nie chce wyrokowi zadość uczynić, wtedy może sam wyrok zastąpić dokument, odnowić się mający, jeżeli do wyroku wciągnięto treść tego dokumentu; może też powód, który wyrok pomyślny uzyskał, w drodze wykonania jego, przedłożyć sądowi dokument nieczytelny lub zepsuty tudzież odpis jego i żądać, ażeby odpis ten na mocy wyroku *uznano za oryginał* (§. 212 instr. sąd. z 3. maja 1853 r.).

§. 60.

Dowód autentyczności dokumentu.

Jeżeli ktoś zaprzecza, iżby dokument jego własną ręką był pisany, wtedy winna strona przeciwna odeprzeć ten zarzut bądź to porównaniem dokumentu z innym znanym pismem własnoręcznem zaprzeczającego, bądź też na innej drodze, a nawet wskazaniem przysięgi (§. 207 U. s.). Jeżeli jedna strona twierdzi, że dokument przedstawiony jest pismem własnoręcznem osoby już zmarłej, a druga, przeciw której dokument stawiano, temu zaprzecza, natenczas dowodiciel winien udowodnić swoje twierdzenie porównaniem pism albo wskazaniem przysięgi lub też na innej drodze (§. 208). O ile porównanie pism zasługuje na wiarę, o tem sądzić należy według zachodzących okoliczności (§. 209).

Kto stawia dowód z dokumentu prywatnego, (producent) winien dowieść jego prawdziwości, gdy jej strona przeciwna (produkt) zaprzeczy, t. j. winien dowieść, że pismo pochodzi od wystawiciela. Producent jednak nie jest obowiązany, równocześnie z przedstawieniem dokumentu, ofiarować także dowód jego prawdziwości, lecz dopiero wtedy, gdy przeciwnik jej zaprzeczy, i to w tym tylko razie, jeżeli dokument nie jest legalizowanym; gdyż legalizacya jest już dowodem prawdziwości.

Autentyczności dokumentu można dowodzić wszelkimi środkami dowodowemi, azatem w szczególności także przysięgą główną. Oprócz zwyczajnych środków dowodowych wprowadza ustawa sądowa nadto osobny środek dowodowy t. j. dowód z porównania pism w procesie zwyczajnym; w procesie zaś sumarycznym, niemniej we wszystkich tych procesach, w których według przepisów patentu sumarycznego postępować należy, jest nadto dopuszczalnym osobny rodzaj przysięgi t. j. przysięga na nieprzyznanie podpisu (juramentum

diffessionis, der Diffessions oder Ableugnungs-Eid) §. 37 pat. sum.

Projekt do ustawy sądowej z r. 1881 dopuszcza jeszcze innego sposobu sprawdzenia prawdziwości lub nieprawdziwości podpisu jednej ze stron spór wiodących. Sposób ten polega na tem, że sędzia może stronie, o której podpis chodzi, dozwolić lub też nakazać, ażeby w obec sądu pewną ilość słów spisała.

Sposoby sprawdzenia autentyczności pism prywatnych są następujące:

1. Porównanie pism (*comparatio litterarum*, *Vergleichung der Handschriften*) t. i. porównanie pisma co do podpisu zaprzeczonego z innemi pismami, niewątpliwie pochodzącemi od osoby, która na piśmie zaprzeczonem jako wystawiciel jest podpisaną. Do takiego porównania mogą służyć przedewszystkiem dokumenta spisane w obecności sądu, urzędu lub notaryusza, mianowicie protokoła sądowe, rewersa doręczeń, dokumenta prywatne legalizowane lub takie, których autentyczności strona przeciwna nie zaprzecza.

Dowód z porównania pism należy stawiać w owem piśmie procesowem, które z kolei następuje po piśmie, zawierającym zaprzeczenie podpisu. Strona dowodząca winna dokumenta mające służyć do porównania, przedłożyć w odpisach w swoim piśmie, w którym dowód ten stawia, i złożyć je w pierwopisach do rotułu aktów. Jeżeli zaś dokumenta te znajdują się w sądzie lub w innym urzędzie publicznym, wystarczy opisanie tych dokumentów i wymienienie sądu lub urzędu, w którego posiadaniu się znajdują, a sąd postara się o ich nadesłanie (d. n. z 2. grudnia 1825 l. 2150).

Porównanie pism i osądzenie autentyczności można pozostawić samemu sędziemu; w takim razie dowód ten jest rodzajem oględzin sądowych — lub też można przybrać znawców, a dowód ten będzie dowodem z orzeczenia biegłych. W procesie sumarycznym sąd sam porównywa pisma i tylko w przypadkach wątpliwych może przy-

wołać biegłych dla ocenienia technicznego nasuwających się wątpliwości. (§. 43 pat. sum.).

Ponieważ ostatecznie od uznania sądu zależeć będzie, czy z porównania pism uzyskano dowód zupełny lub tylko półdowodu, lub może wcale żadnego (§. 209), przeto nakazuje przezorność, ażeby strona równocześnie z dowodem przez porównanie pism, ofiarowała także przysięgę uzupełniającą, a nawet, wskazała przeciwnikowi przysięgę główną.

2. Wskazanie przysięgi głównej.

Przysięga na potwierdzenie prawdziwości podpisu, o której mówią §§. 207 i 208, jest rodzajem przysięgi głównej; gdyż paragrafy te mówią o wskazaniu przysięgi, a oprócz przysięgi wyjawienia, może być wskazaną przeciwnikowi jedynie przysięga główna. Wypływa to także z d. n. z 16. maja 1842 l. 610.

Przysięga ta jest odkazalną, jak każda przysięga główna. W razie odkazania wykona ją producent na prawdziwość podpisu; jeżeliby jej wykonać nie mógł, mianowicie jeżeli nie był obecnym przy podpisaniu dokumentu, wtedy może żądać, ażeby produkt ją wykonał, jako przysięgę nieodkazalną, bo wrazie przeciwnym podpis za prawdziwy będzie uważany. (§. 278 U. s. i d. n. z 16. maja 1842 l. 600). Produkt winien przysięgę tę w procesie zwyczajnym wykonać w tę rotę: że dokument według jego wiedzy i pamięci jest nieprawdziwym.

W procesie zaś sumarycznym winien produkt:

- a) wykonać przysięgę nieprzyznania pisma (Diffessionseid), jeżeli on sam jest wystawicielem dokumentu, którego autentyczności zaprzeczył. Przysięgę tę, która nie może być odkazaną, winien produkt wykonać w tę rotę: że ani on sam, ani też nikt inny za jego wiedzą i zezwoleniem nie podpisał dokumentu, i to bez dodatku: „według wiedzy i pamięci“,
- b) jeżeli zaś produkt nie jest wystawicielem pisma, pochodzącego od trzeciej osoby, wtedy ma przysiąc, że do-

kument według swojej najlepszej wiedzy uważa za nieprawdziwy. (§. 37 pat. sum.).

3. Nareszcie można autentyczność dokumentu udowodnić także innemi środkami dowodowemi, mianowicie przyznaniem pozasądowem lub świadkami, którzy przy podpisaniu dokumentu byli obecnymi i widzieli, jak wystawiciel pisał lub podpisał dokument (*recognitio documentorum per testes*), a w razie potrzeby świadkami i przysięgą uzupełniającą.

§. 61.

Obowiązek wydania lub udzielenia dokumentu.

Jeżeli strona posiada dokument, z którego w procesie robi użytek, winna go przedstawić przeciwnikowi do naoczego obejrzenia (§. 193). Jeżeli zaś strona nie posiada dokumentu, z którego mogłaby w procesie wysunąć swoje prawo, lub na którym mogłaby oprzeć swoją obronę, w takim razie należy rozróżnić następujące przypadki:

1. Jeżeli strona ma prawo, choćby warunkowe, przeciw trzeciej osobie, nie ma atoli od niej żadnego na to dokumentu, w takim razie może na mocy §. 248 U. s. żądać od tej osoby obowiązanej wystawienia dokumentu dla wiecznej pamięci (*Ausstellung einer schriftlichen Urkunde*); chociażby osoba obowiązana nie zobowiązała się do wystawienia dokumentu.

2. Jeżeli strona posiadała wprawdzie dokument, lecz go już nie posiada, bo go zgubiła, natenczas może na mocy §. 201 żądać amortyzacji dokumentu i dowieść treści jego; sposobem wskazanym w §. 204 U. s.

3. Jeżeli strona nie posiada dokumentu, na którym mogłaby w procesie oprzeć dowód swego prawa lub obrony, a dokument ten znajduje się w rękach przeciwnika lub osoby trzeciej, zachodzi pytanie: czy strona może żądać od przeciwnika lub od osoby trzeciej wydania lub

udzielenia dokumentu? (Edition der Urkunden, editio vel comportatio documentorum).

Strona z reguły nie ma do tego prawa, azatem i przeciwnik nie ma obowiązku wydania lub udzielenia dokumentu, z którego sam w procesie żadnego użytku robić nie zamierza. Takiego obowiązku nie zna ustawa sądowa. Ustawa sądowa (§. 232) wkłada wprawdzie obowiązek na świadka do złożenia świadectwa ustnego, który to obowiązek jest publicznym, powszechnym i wymuszalnym, którego nie dopełnienie pociąga za sobą nawet odpowiedzialność w miarę postanowień ustawy cywilnej; prawo procesowe jednak nie zmusza przeciwnika do wydania dokumentu, uważając przymus tego rodzaju za nieusprawiedliwione naruszenie prawa wolnej dyspozycji, które służy posiadaczowi dokumentu. Analogia obowiązku świadczenia i wydania dokumentu nie ma miejsca; świadek bowiem, skoro zezna pod przysięgą, że nic nie wie, może się uwolnić od dalszych pytań i dochodzeń, posiadacz dokumentu zaś musiałby wydać dokument, chociażby ten nie zawierał w sobie nic stanowczego.

Prawo żądania wydania dokumentu może się jedynie zasadzać na szczególnym tytule prawno-prywatnym, a tym może być: albo prawo wyłącznej lub wspólnej własności zażądanego dokumentu (§. 844 U. c.), albo stosunek obligacyjny, skutkiem którego osoba, posiadająca dokument, jest obowiązana go wydać. Na podstawie takiego tytułu może uprawniony żądać wydania dokumentu tak od przeciwnika, jak od każdego posiadacza, i to skargą zwyczajną, mianowicie skargą wydobywczą (§§. 366 i 372 U. c.) lub wypływającą z dotychczasowego stosunku zobowiązania. I tak, na mocy jednego z tych tytułów może uprawniony żądać wydania dokumentu od opiekuna (§. 263 U. c.) od spółspadkobiercy (§. 844) od depozytariusza (§. 962) od pełnomocnika, spółnika i t. p. tudzież od każdego znajdującego się w nieprawnej jego posiadaniu — i to zwyczajną, a nie osobną skargą procesualną tak zwaną *actione ad edendum* (Edictionsklage).

Wyjątek od powyższego pravidła zachodzi jedynie w sporach handlowych. Sędzia bowiem może w toku procesu na skutek żądania strony nakazać przedłożenie ksiąg handlowych stronie przeciwnej. Jeżeli przedłożenie nie nastąpi, należy uważać przedstawioną ośnowę ksiąg za udowodnioną na szkodę odmawiającego (Art. 37 ust. hand.).

4. Jeżeli zaś dokument stanowczy pod względem dowodu, jest w przechowaniu władzy publicznej, sędzia na wniosek strony zarządzi, co potrzeba w celu dostarczenia go, a władze publiczne nie odmówią temu żądaniu, bo jest to ich obowiązkiem publicznym, wspierać sądy w wymiarze sprawiedliwości (§. 235 instr. sąd. z 3. maja 1834 l. 81, d. n. z 2. grudnia 1825 l. 2150, §. 3. pat. sum. i §. 39 U. o. p. d.).

Również notaryusze i stręczyciele handlowi mają obowiązek publiczny, przedłożenia sądowi w toku procesu ksiąg swoich (Ust. not. §. 50 i art. 79 ust. handl.).

Aczkolwiek obowiązek procesualny wydania lub udzielenia dokumentów nie istnieje w procesie zwyczajnym z wyjątkiem sporu handlowego, zaprowadziła go jednak ustawa z 27. kwietnia 1872 l. 66 w postępowaniu drobnostkowem. Ustawa ta orzeka w §. 38: że sędzia ma wezwać przeciwnika do przedłożenia dokumentu stanowczego pod względem dowodu, jeżeli strona dowodząca twierdzi, że przeciwnik jest w posiadaniu takiego dokumentu i jeżeli on nie zdoła przeciw temu twierdzeniu naprowadzić dostatecznych powodów. Jeżeli przeciwnik zaprzecza posiadaniu dokumentu, sędzia może na uczyniony wniosek dla zbadania prawdy tego zaprzeczenia, tudzież dla wysłедzenia, czy dokumentu umyślnie nie usunięto, by stronę dowodzącą onegoż pozbawić, lub do użycia niezdatnym uczyniono, zarządzić przesłuchanie przeciwnika pod przysięgą jako świadka. Jeżeli zaś przeciwnik nie zastosował się do nakazu złożenia dokumentu, którego posiadanie przyznał, albo gdy odmawia zeznania pod przysięgą co do dokumentu, którego posiadaniu zaprzecza, albo gdy z tego zeznania wypływa, że dokument umyślnie

usunięty lub nieprzydatnym uczyniony został, natenczas sędzia oceniwszy należyście wszystkie okoliczności orzeknie, o ile w tych przypadkach twierdzenie dowodzącego co do osnowy dokumentu za udowodnione uważać należy.

Podobne postanowienia zawiera także projekt do ustawy sądowej z r. 1881 w §§. 336 — 346; wszelako z niektórymi zmianami. Podczas gdy ustawa o. p. d. uprawnia stronę dowodzącą do żądania od strony przeciwnej lub osoby trzeciej, wydania lub udzielenia dokumentu w każdym razie, gdy dokument jest stanowczym pod względem dowodu, ustawa zaprojektowana ogranicza to prawo strony dowodzącej; albowiem zniewala przeciwnika lub osobę trzecią do przedstawienia dokumentu tylko w następujących trzech przypadkach, a mianowicie:

- a) jeżeli strona przeciwna lub osoba trzecia są według ustawy cywilnej obowiązane do wydania lub udzielenia dokumentu;
- b) jeżeli dokument, znajdujący się w posiadaniu strony przeciwnej lub osoby trzeciej, jest według swej osnowy obu stronom spółnym, t. j. jeżeli w interesie obu stron był sporządzony, lub poświadcza ich wzajemne stosunki prawne, lub odnosi się do rokowań piśmiennych, które zawarcie aktu prawnego poprzedzały; nareszcie
- c) jeżeli przeciwnik sam w toku ustnej rozprawy lub w piśmie przygotowawczem celem dowodzenia powołuje się na dokument, znajdujący się w jego posiadaniu.

Strona, żądająca od swego przeciwnika wydania lub przedstawienia dokumentu, powinna dokładnie opisać żądany dokument, wskazać powody, z jakich wnioskuje, iż dokument znajduje się u jej przeciwnika, i przedstawić owe okoliczności, z których obowiązek przeciwnika do wydania lub udzielenia dokumentu wynika. Żądanie to, uczynione w toku ustnej rozprawy powinno być zapisane do protokołu i wywołuje ono bez

wyniesienia osobnej skargi o przedstawienie dokumentu, spór uboczny w procesie głównym.

Żądając atoli przedstawienia dokumentu od osoby trzeciej nie wchodzącej do sporu, winna strona dowodząca przeciw niej wynieść skargę zwyczajną przed sąd właściwy, i żądać odroczenia rozprawy głównej aż do uzyskania żadanego dokumentu.

Ustawa zaprojektowana nie oznacza skutków, jakie mają nastąpić, gdy przeciwnik lub osoba trzecia zaprzeczają posiadania dokumentu, lub gdy odmawiają złożenia znajdującego się u nich dokumentu, niezaprzeczając posiadania go, a w szczególności nie postanawia, iż fakta, na poparcie których powołano się na ten dokument, za udowodnione uznane być mają, lecz ocenienie tych skutków pozostawia sędziemu.

ODDZIAŁ IV.

D o w ó d z p r z y s i ę g i.

§. 62.

Znaczenie przysięgi.

Przysięga (Eid, juramentum) w ogóle jest to uroczyste stwierdzenie prawdy złożonego zeznania z powołaniem się na Boga, jako świadka i sędziego prawdy. Przysięga jest aktem religijnym (jusjurandi religio) i cywilnym zarazem. Religia stanowi istotę przysięgi; ona jedynie nadaje jej wewnętrzne znaczenie

Pomimo tej uroczystej cechy religijnej, przysięga stron (Parteieneid), jako środek dowodu, często nadużywany, jest nader wątpliej wartości. Strona bowiem stwierdza przysięgą swoje zeznanie, uczynione we własnej sprawie, stwierdza własne świadectwo złożone na swoją korzyść

(pro se), i tym aktem jednostronnym, pochodzącym od siebie, jako od osoby w sprawie bezpośrednio interesowanej, zapewnia sobie zwycięstwo w procesie. Podczas, gdy świadectwo trzeciej osoby, obcej procesowi, i w nim ani bezpośrednio, ani pośrednio interesowanej, aczkolwiek także przysięgą stwierdzone, nie stanowi dowodu zupełnego, jako zeznanie jednego tylko świadka; zeznanie strony samej, w sprawie bezpośrednio interesowanej, (która, gdyby była świadkiem, byłaby świadkiem wątpliwym, §. 216 u. s.) uchodzi za wiarygodne i stanowi dowód zupełny względem faktów jej przysięgą stwierdzonych. Nadto zważyć trzeba, że sędzia ma prawo i obowiązek zbadania i ocenienia wiarygodności świadka i jego zeznań, a ustawa podaje mu ku temu sposobność, upoważniając go do zadawania świadkowi pytań ogólnych, a szczególności do dochodzenia źródła, z którego świadek czerpał to, co zeznał; zeznanie zaś strony stwierdzone przysięgą, musi sędzia uznać za prawdziwe, nie mając prawa oceniania wiarygodności tego zeznania, albowiem strona, składając przysięgę nie potrzebuje wskazywać źródła swojej wiedzy, ani też przez sędziego o to pytaną być nie może.

Cała moc przekonywująca o prawdzie zeznania strony, stwierdzonego jej przysięgą, polega jedynie na jej sumienności i poczuciu religijnem i na bojaźni kary doczesnej, ustanowionej w prawie za krzywoprzysięstwo. Wszelako powody te nie zawsze pobudzają do zeznania prawdy. Smutne doświadczenia pouczają nas niestety, że wydarzają się dość częste wypadki krzywoprzysięstwa. W każdej bowiem społeczności znajdują się tacy, którzy żadnej nie mając religii, żadnej wiary w przyszłość, zdolni są przytłumić głos sumienia, byle odnieść korzyść materialną, lub zaspokoić namiętność, zemstę lub nienawiść; znajdują się także tacy, którzy krzywdząc bliźniego, łudzą się nadzieją, że następnie żalem, skruchą i dobrymi uczynkami potrafią przebłagać Najwyższego Sędziego. A gdy nadto zważymy, że przysięga zazwyczaj tylko w braku wszelkich innych środ-

ków dowodowych bywa dopuszczaną i że właśnie dlatego niebezpieczeństwo wykrycia krzywoprzysięstwa, a tem samem i obawa kary doczesnej odpada, nie więc dziwnego, że zwłaszcza w czasach wzmagającego się materyalizmu, w walce między sumieniem a korzyścią przeważa interes i podnieca do krzywoprzysięstwa.

Pominąwszy powyższe uwagi, i przypuściwszy nawet, że cała społeczność składa się jedynie z ludzi pojmujących należycie doniosłość przysięgi, niepodobna przecież przypuścić, iżby wszyscy stali na równi także pod względem wykształcenia intelektualnego, i należycie zrozumieli i pojęli prawne znaczenie przysięgi, iżby w szczególności zrozumieli, że strona przysięgą swoją stwierdza jedynie fakt prawny, a nie prawo, i że ocenienie, czy z tego faktu wynika prawo lub nie, nie jest jej rzeczą lecz rzeczą sędziego. Dowodzi zaś doświadczenie, że prawie każdy, kto szuka wymiaru sprawiedliwości na drodze sądowej, ma to wewnętrzne przeświadczenie, że ma prawo za sobą i w tem przekonaniu mało wagi i znaczenia przywiązując do faktu, nieraz w najlepszej wierze stwierdza przysięgą fakta, aczkolwiek nieprawdziwe, a tem samem dopuszcza się, choć nie podmiotowego, przecież zawsze przedmiotowego krzywoprzysięstwa.

Nareszcie nie można pominąć milczeniem tej także uwagi, że jak z jednej strony niejasność ustaw pod względem znaczenia przysięgi, wykonywanej z zastrzeżeniem: „o ile wiem i pamiętam“; tak z drugiej strony mylne w teorii pod tym względem tłumaczenia nie mało się przyczyniły i przyczyniają do wykonywania przysięgi lekkomyślnej.

Z tych to powodów przysięga stron przedstawia się nam jako niepewny i niebezpieczny środek dowodu. Ztąd też pochodzi, że niektóre prawodawstwa wcale nie dopuszczają przysięgi stron, jako środka dowodowego. I tak ordynacja sądowa obowiązująca w Zurychu nie zna przysięgi stron w procesie cywilnym, a mimo to prawo prywatne nie doznaje tam żadnego uszczerbku. Możemy śmiało nazwać

szczęśliwym ów naród, który stanął już na tak wysokim stopniu moralności, iż może się obejść bez przysięgi, a mimo jej wykluczenia, prawo nie ginie, dla braku dowodu.

Podobnie ustawa o postępowaniu sądowem z dnia 20go listopada 1864, obowiązująca obecnie tak w Rosyi, jak w Królestwie Polskiem, (w którem procedura francuska przedtem obowiązywała) wykluczyła wprowadzić przysięgę stron z rzędu dowodów i w tym tylko razie wyjątkowym uznała ją za dopuszczalną, gdy obie strony, się na nią zgodzą — wszelako wykluczyła ją nie z powodu dopiero wyżej przytoczonego, lecz, jak motywa prawodawcze opiewają — z powodów następujących, które tu ze względu na ich oryginalność dosłownie przytaczamy:

1. z powodu religijnego — ponieważ przysięga jako dowód przeżyła się i należy do historii;

2. z powodu prawnego — ponieważ niebezpieczną jest rzeczą tworzyć dla strony położenie, stawiające ją w walce między sumieniem a korzyścią i podniecać niejako do krzywoprzysięstwa;

3. z powodu praktycznego — ponieważ powód winien udowodnić swoje powództwo; jeżeli więc nie ma żadnych dowodów, to sędzia ma zupełne przekonanie, iż powództwo jest bezzasadnem, i że wreszcie akta, oraz badanie świadków przedstawiają dostateczne środki dowodu — narreszcie:

4. z powodu historycznego — ponieważ dowód z przysięgi nie jest właściwym ruskiej procedurze.

Inne prawodawstwa a mianowicie niemiecka ustawa sądowa z 30 stycznia 1877, nie uchyliły wprowadzić przysięgi stron, wszelako wprowadziły różne ograniczenia i ostrożności, oznaczając ściśle warunki dopuszczalności, przedmiot i formę przysięgi, i wykluczając w szczególności lub z pewnem tylko ograniczeniem dopuszczając przysięgę wykonywaną z zastrzeżeniem: „o ile wiem i pamiętam“.

Inne nareszcie, mianowicie prawodawstwa angielskie i amerykańskie nie znają przysięgi stron w formie dotychczasowej, lecz natomiast nadają stronie prawo występowania w procesie w charakterze świadka we własnej sprawie, lub przywołania przeciwnika jako świadka. Idąc za wzorem obu tych legislacyj, oswaja się nowsza procesulistów nauka z myślą wykluczenia przysięgi głównej z procesu cywilnego i zastąpienia jej zaprzysiężonem świadectwem stron. Myśl tę przeprowadziło już najnowsze prawodawstwo austriackie w postępowaniu drobnostkowym, (ustawa z 27. kwietnia 1873 n. 53) i według projektu do przyszłej ordynacy sądowej (§, 413) zamierza ją przeprowadzić także w zwyczajnem postępowaniu sądowem.

Skoro przysięga stron przedstawia się nam, jako środek dowodowy wątpliwej wartości, nasuwa się mimowolnie pytanie: cóż skłoniło tak dotychczasowe prawodawstwo austriackie jak niemal wszystkie dawniejsze legislacje europejskie, z rzadkimi tylko wyjątkami, a nawet w najnowszych czasach, bo w roku 1877 legislacją niemiecką, iż przyjęły przysięgę stron do rzędu środków dowodowych?

Powody są następujące:

- a) Przysięga stron jest częstokroć jedynym środkiem dowodu. Usunięcie dowodu z przysięgi pozbawiłoby nieraz uprawnionego możliwości udowodnienia praw swoich, a tem samem naraziłoby go na niebezpieczeństwo utraty onychże jedynie dla braku dowodu. Dotknęłoby to szczególnie ludzi niepiśmiennych, zawierających umowę najczęściej w dobrej wierze, we wzajemnem do siebie zaufaniu. Zachodzi tu i ten dalszy wzgląd, że w niektórych przypadkach przy sporządzaniu aktu prawnego, a szczególnie przy doznanych uszkodzeniach, przywołanie świadków lub spisanie dokumentu nie zawsze jest możliwem, a nawet w tych przypadkach, gdzie ono byłoby możliwem, świadkowie mogą wymrzeć, lub dokumenta zaginąć.

- b) Uchylenie przysięgi stron oddziaływałoby bardzo szkodliwie na codzienny ruch interesów i tamowałoby zawarcie niejednego aktu prawnego, bo nie zawsze można mieć świadków na zawołanie, lub spisywać dokumenta, a przynajmniej nie bez znacznej straty czasu i kosztów; gdy przeciwnie sama myśl, że w razie ostatecznym może przysięga służyć za dowód, ułatwia rozwój stosunków prawnych.
- c) W czasie ogłoszenia ustawy sądowej, religia była szanowaną, a moralność w społeczeństwie nie podupadła tak dalece, iżby należało się obawiać częstych nadużyć przysięgi, jako środka dowodowego. Zresztą sama możliwość nadużycia nie pociąga za sobą konieczności usunięcia instytucji, uznanej prawie powszechnie za potrzebną.

§. 63.

Różne rodzaje przysięgi.

I. Przysięga sądowa i zasądowa. Przysięgę wykonaną w obec sądu i z jego polecenia celem ustanowienia dowodu nazywamy sądową — każda inna zowie się zasądową.

II. Przysięga stron (Parteieneid) i przysięga świadków (Zeugeneid). Przysięga stron stwierdza zeznanie uczynione w własnej sprawie przysięgającego; przysięga zaś świadków stwierdza zeznanie uczynione w sprawie osoby trzeciej.

III. Przysięga stwierdzająca (Versicherungs- oder Betheuerungseid, juramentum assertorium) i przyrzekająca, (Versprechungseid, juramentum promissorium). Przysięga jest stwierdzającą, gdy nią stwierdzamy fakta]teraźniejsze lub przeszłe, czyli twierdzenie: „tak jest“ albo „tak było“. Ona odnosi się do czasu teraźniejszego lub przeszłego. Przysięgą zaś przyrzekającą jest ta, która się odnosi do przyszłych czynności przysięgającego, t. j. którą stwierdzamy

przrzeczenie dopełnienia obowiązku, czyli gdy obiecujemy „tak będzie“; n. p. przysięga urzędnika przy obejmowaniu urzędu, przysięga przy zawarciu małżeństwa i t. d.

Przysięga tak stron, jak świadków jest przysięgą stwierdzającą. Chociaż sąd odbiera przysięgę od świadków przed ich zeznaniem (§. 233 U. s.); przez co ona nabiera formy przysięgi przyrzekającej -- mimo to jest ona w istocie przysięgą stwierdzającą.

Z powyższego podziału przysięgi wypływa różnica między krzywoprzysięstwem (Meineid) i złamaniem przysięgi (Eidbruch). Krzywoprzysięstwo jest przysięgą fałszywą czyli fałszem lub kłamstwem popełnionem w chwili składania przysięgi; złamanie zaś przysięgi może nastąpić dopiero po jej złożeniu. Krzywoprzysięstwo więc odnosi do przysięgi stwierdzającej, złamanie przysięgi zaś do przysięgi przyrzekającej.

IV. Przysięga stron może być dobrowolną; wyjątkowo zaś nakazaną jest tylko przysięga szacunkowa (§. 290 U. s.) i w procesie sumarycznym przysięga szacunkowa i uzupełniająca (§. 35 pat. sum.).

Przysięga dobrowolna jest albo umowna (conventioneller, verabredeter Eid) albo nieumowna (nicht conventioneller Eid) — umowna t. j. ustanowiona na mocy dobrowolnej umowy stron; która także w tym kierunku może być zawartą, aby jedna ze stron wykonała przysięgę na prawo — przysięgę nieumowną zaś można wykonać jedynie na fakta.

V. Przysięga stron jest albo główną albo podrzędną (Haupt- oder Nebeneid, Formalitaetseid, juramentum principale aut minus principale) według tego, czy wywiera wpływ na rozstrzygnięcie sporu, lub odnosi się jedynie do formy albo toku postępowania. Do ostatniej należy n. p. przysięga na ubóstwo (§. 539 U. s.).

VI. Przysięgę stron dzielimy dalej na przysięgę imienne nazwaną czyli z pewną nazwą i przysięgę bez nazwy (benannte und unbenannte Eide). Ustawa sądowa nadaje

pewną nazwę jedynie niektórym rodzajom przysięgi wymienionym w §§. 275 — 312; wszelkie inne rodzaje przysięgi uznaje w ogóle tylko za dopuszczalne, nie wymieniając ich imiennie.

Rodzaje przysięgi z nazwą są następujące:

1. przysięga główna, stanowcza albo rozstrzygająca spór, (Haupteid, Schiedseid, decisorischer Eid, juramentum litis decisivum).

2. przysięga uzupełniająca (Erfüllungseid, suppletorischer Eid, juramentum suppletorium);

3. przysięga szacunkowa (Schätzungseid, juramentum in litem), która zawiera w sobie:

a) przysięgę szacunkową w znaczeniu właściwym (juramentum in litem) §§. 280—290;

b) przysięgę na ilość (juramentum quantitalis) §§. 291—29;

4. przysięga wyjawiająca (Offenbarungs- oder Manifestationseid- juramentum manifestationis).

Do kategorii przysięgi bez nazwy należą następujące:

a) przysięga nierozmyślnego zatajenia (Eid der nichtgeflissentlichen Verschweigung, oder Legungseid) §§. 40, 45 i 305 U. s. i d. n. z 30. paźdz. 1788. Przysięga ta jest rodzajem przysięgi na słuszność sprawy (Gefährdeid, juramentum calumniae), którą przysięgający stwierdza, że nie występuje przeciw swemu przeciwnikowi w tym celu, aby go nękać. Przysięga ta znana u Rzymian pod nazwą juramentum calumniae jest dopuszczalną według ustawy Józefińskiej w przypadkach przewidzianych w paragrafach dopieroco powołanych. Ustawa galicyjska nie zna tej przysięgi.

b) przysięga własna na treść dokumentu, którego posiadacz z winy przeciwnika pozbawiony został (§. 204 Ust. sąd.).

c) przysięga nieprzyznania podpisu według §. 37 patentu sum.; Diffessionseid (§. 60).

- d) przysięga na wydanie dokumentu (Editionseid) wskazana pozwanemu na to, że pisma żadanego nie posiada i nie wie gdzie ono się znajduje (§. 61).
- e) przysięga na ubóstwo (Armuthseid, juramentum paupertatis §. 539 U. s.)

Niektóre z tych rodzajów przysięgi dają się podciągnąć pod pojęcie przysięgi imiennie nazwanej, i podlegają pod względem formalnym tym samym przepisom zasadniczym; inne zaś stanowią odrębny rodzaj przysięgi.

VII. Przysięga stron jest albo ofiarowaną, albo defelowaną czyli wskazaną. Przysięgą ofiarowaną, czyli własną, (angebotener Eid, Eigeneid juramentum offeribile) jest ta. którą strona dowodząca celem sprawdzenia własnych twierdzeń sama chce wykonać i oświadcza się z gotowością jej wykonania. Do rzędu przysięgi ofiarowanej należą: przysięga uzupełniająca i szacunkowa. Przysięgą defelowaną czyli wskazaną (aufgetragener, zugeschobener Eid, juramentum deferibile) nazywamy tę, którą strona dowodząca deferuje czyli wskazuje swemu przeciwnikowi, z wezwaniem, ażeby ją wykonał, jeśli chce się uwolnić od jej żądań. Strona, która swemu przeciwnikowi deferuje przysięgę, nazywa się deferentem, deferującym (der Deferent); przeciwnik zaś, któremu deferuje się przysięgę, delatem (der Delat). Deferent jest stroną dowodzącą (der Beweisführer); ponieważ deferent jest stroną, która twierdzi, delat zaś jest stroną, która przeczy; a kto twierdzi, ten też dowodzi. Przysięgą defelowaną jest przysięga stanowcza i przysięga wyjaśniająca.

Przysięga defelowana jest albo odkazalną (zurückschiebbarer Eid, juramentum referibile) albo nie odkazalną (unzurückschiebbarer Eid, juramentum irreferibile); według tego, czy delatowi służy lub nie służy prawo wyboru przyjąć i wykonać wskazaną mu przysięgę lub też odkazać czyli referować ją deferentowi t. j. pozostawić deferentowi możność wykonania jej tym celem, aby nią stwierdził przeciwieństwo

tego, co delat stwierdzić miał. Deferent zaś nie ma wyboru między deferowaniem i własnem wykonaniem i mieć go nie może, bo w razie przeciwnym, przysięga stanowcza stałaby się rodzajem przysięgi własnej deferującego (Eigeneid). Przysięga stanowcza jest prawidłowo przysięgą odkazalną, przysięga zaś wyjawiająca jest nieodkazalną.

VIII. Najważniejszem jest odróżnienie przysięgi wykonanej na mocy §. 279 U. s. bez zastrzeżenia od tak zwanej przysięgi wykonanej z zastrzeżeniem wiedzy i pamięci (der Eid seines Wissens und Erinnerns). Powołany §. 179 brzmi jak następuje: Strona, która przysięgę stanowczą przyjęła, jest jedynie obowiązana (ist nur schuldig) zaprzeczyć pod przysięgą według wiedzy i pamięci (seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen) okoliczności naprowadzone przez przeciwnika. Jeżeliby zaś miała stwierdzić przysięgą okoliczności, które sama naprowadziła, winna wykonać przysięgę bez wszelkiego dodatku.

Przysięga stanowcza może na mocy tego przepisu być wykonaną bez żadnego zastrzeżenia, albo z tem zastrzeżeniem: „według wiedzy i pamięci“ czyli: „o ile wiem i pamiętam“. Bez zastrzeżenia ma przysięgać deferent t. j. ten, kto naprowadza fakt, który przysięgą ma być stwierdzony; z powyższem zaś zastrzeżeniem, delat t. j. ten, kto zaprzecza pod przysięgą prawdziwości faktu naprowadzonego przez stronę przeciwną (deferenta).

Ustawa sądowa nie określa znaczenia i doniosłości powyższego zastrzeżenia, czyli słów dodatkowych „o ile wiem i pamiętam“. I to też dało powód do różnorodnego pojmowania i tłumaczenia istoty i znaczenia przysięgi wykonywanej z tem zastrzeżeniem. Powstały więc w teorii najrozmaitsze zapatrywania. Różnorodność zdań, z których jedno nie licuje z drugim, spowodowało jak największy zamęt w pojęciach prawników, a mylne nauki nie mało przyczyniły się, do wykonywania przysięgi lekkomyślnej. I tak twierdzą niektórzy prawnicy, że przysięga z dodatkiem: „według wiedzy i pa-

mieci“ jest przysięgą na prawdę, przysięgą wiadomości, przysięgą przekonania. Inni zaś utrzymują, że ona jest przysięgą niewiadomości; inni znowu upatrują w niej przysięgę na wiarę i to bądź w formie dodatniej, bądź też ujemnej.

Najsprzeczniesze te zdania, które się wyłoniły w teorii, wpłynęły także na zdanie sądów; czego dowodem są wyroki zapadające nawet w instancyi najwyższej, wręcz sobie przeciwne.

W obec tak różnorodnych zdań, uważamy następujące rozróżnienie za najodpowiedniejsze:

I. Przysięga na prawdę (*Wahrheitseid*, *juramentum veritatis*) jest to stwierdzenie prawdziwości faktu rozstrzygającego spór, oparte na własnem przeświadczeniu.

1. Jeżeli przysięgający stwierdza prawdziwość faktu, spostrzeżonego przezeń bezpośrednio własnymi zmysłami, a tem samem swoją wiedzę empiryczną o jego rzeczywistości, to wykonywa on przysięgę wiadomości (*Wissenseid*, *juramentum scientiae*).

2. Jeżeli zaś przysięgający na podstawie pewnych danych czyli faktów, spostrzeżonych własnymi zmysłami, po dokładnem dochodzeniu i sumiennem zbadaniu wszystkich okoliczności towarzyszących, nabył na drodze wniosku logicznego, wiedzy racjonalnej, a zatem przekonania niezachwianego, że się fakt rozstrzygający spór rzeczywiście wydarzył lub nie wydarzył, i to przekonanie swoje stwierdza przysięgą, tedy przysięgę tę nazywamy przysięgą przekonania (*Ueberzeugungseid*, *juramentum convictionis*). I tak n. p. depozytaryusz pozwany o wydanie papierów wartościowych, u niego złożonych, broniąc się tem, że w jego nieobecności spłonął dom do szczytu, w którym mieszkał, że wszystkiem, co się w nim znajdowało, w szczególności także z kasą, od której klucze u niego się znajdowały, a w której owe papiery wartościowe były przechowane, może sumiennie wykonać przysięgę na to, że wspomniane papiery stały się pastwą płomieni t. j. może wykonać przysięgę przekonania.

Tak przysięga wiadomości, jak przekonania jest przysięgą na prawdę, bo tak w jednym, jak w drugim przypadku stwierdza przysięgający, że się fakt sporny wydarzył lub nie wydarzył. Różnica polega jedynie na tem, na jakiej drodze nabył przysięgający przeświadczenia o istnieniu lub nie istnieniu faktu; czy na drodze empirycznej t. j. bezpośredniego zmysłowego spostrzeżenia, czy na drodze racjonalnej t. j. wniosku logicznego wypływającego z koniecznością z danych faktów zmysłowo spostrzeżonych.

Przysięgą na prawdę możemy stwierdzić prawdziwość faktu spornego nie tylko wtedy, gdy ów fakt spostrzeżliśmy bezpośrednio własnymi zmysłami, lecz także w tym razie, gdy z innych faktów zmysłami spostrzeżonych nabyliśmy przekonania o istnieniu lub nieistnieniu faktu spornego. (§. 9). Nie jest więc rzeczą konieczną, ażeby przysięgający na prawdę był zawsze świadom prawdziwości faktu spornego w skutku własnego zmysłowego spostrzeżenia tego faktu; i ten może wykonać przysięgę na prawdę, kto był w położeniu bezpośredniego spostrzeżenia innych faktów, z których fakt sporny za pomocą wniosku logicznego wypływa z nieubłąganą koniecznością.

III. Wręcz przeciwną przysiędze na prawdę, a to tak przysiędze wiadomości, jak przysiędze przekonania — jest przysięga niewiadomości (*Eid des Nichtwissens*, *Ignoranzeid*, *juramentum ignorantiae*) t. j. ta, którą przysięgający stwierdza, że nie wie, ażali fakt sporny wydarzył się lub nie czyli, którą przysięgający zaprzecza znajomości faktu spornego.

Przysięga niewiadomości jest dwojakiego rodzaju:

1) przysięga zupełnej niewiadomości faktu spornego t. j. stwierdzenie zaprzeczenia wszelkiej wiadomości o fakcie spornym. (*se nec scire, nec reminisci, quod factum accidit vel non accidit*).

2. przysięga na wiarę (*Glaubenseid*, *juramentum credulitatis*) t. j. ta, którą przysięgający stwierdza, iż fakt sporny, o którym ani na drodze empirycznej, ani racjonalnej,

żadnej nie nabył wiadomości, z powodów li podmiotowych, przedmiotowo wszakże niesprawdzonych, za prawdopodobny uznaje lub go też nie uznaje. Przysięga na wiarę mogłaby być wykonaną w formie dodatniej (*juramentum credulitatis, affirmative conceptum: se credere, quod factum accidit vel non accidit*), albo w formie ujemnej (*juramentum credulitatis, negative conceptum: se non credere, quod factum accidit vel non accidit*).

Oba te rodzaje przysięgi ad 1 & 2 stoją prawie na równi; bo zgadzają się w tem, że przysięgający w obu razach nie ma o fakcie spornym ani wiadomości nabytej własnymi i bezpośrednimi spostrzeżeniami, ani wewnętrznego sumiennego przekonania, a zatem nie wie, czy fakt sporny wydarzył się lub nie — różnią się tylko tem, że przysięgający na wiarę, uznając fakt za prawdopodobny, opiera tę swoją wiarę na podmiotowych powodach prawdopodobieństwa, z kąd wynika, że przysięga na wiarę ma o tyle nieco więcej znaczenia od przysięgi zupełnej niewiadomości, że wykonujący tę ostatnią przysięgę nie ma nawet podmiotowych powodów uznania faktu za prawdopodobny.

Przysięga niewiadomości jest w tym tylko razie dopuszczalną, jeżeli właśnie wiadomość lub niewiadomość o fakcie stanowi przedmiot dowodu, n. p. okoliczność, że strona o zatajeniu majątku spadkowego nic nie wie, jest przedmiotem przysięgi wyjawiającej §. 294 U. s.)

Z wyjaśnienia tego wynika, że w procesie cywilnym tylko przysięga na prawdę jest dopuszczalną, bo ona jedynie daje pewność prawną; przysięga zaś niewiadomości albo przysięga na wiarę jest bezwzględnie niedopuszczalną bo nie dowodzi tego, czego przysięga, jako środek dowodu, dowieść powinna, t. j. istnienia lub nieistnienia faktu spornego wywierającego wpływ stanowczy na rozstrzygnięcie sporu. W procesie cywilnym rozchodzi się jedynie o to, czy istnieje lub nie istnieje fakt rozstrzygający spór, naprowadzony przez jedną, a zaprzeczony przez drugą stronę, równie jak o udo-

wodnienie tego faktu celem przekonania sędziego o jego istnieniu lub nieistnieniu. Przysięga więc, będąc środkiem dowodnym, może jedynie do tego służyć, ażeby stwierdziła istnienie lub nieistnienie faktu spornego; ona powinna być dla sędziego źródłem poznania faktu, tak, iżby sędzia mógł z powodów przedmiotowych nabyć przekonania o jego istnieniu lub nieistnieniu. To zaś może wtedy tylko nastąpić, jeżeli strona przysięga na wiadomość lub na przekonanie, a zatem na prawdę, że się fakt sporny z wszelką pewnością, lub przynajmniej według niezachwianego przekonania strony wydarzył lub nie wydarzył. Sama wiara, jako wyższy stopień mniemania czyli domysłu, tak samo jak wyraźne oświadczenie strony, że o fakcie spornym nic nie wie, nie może i u sędziego nic innego wywołać, jak tylko wiarę, mniemanie lub zupełną niewiadomość faktu. A gdy sędzia wtedy tylko może wydać wyrok sprawiedliwy, jeżeli ma pewność, że się fakt prawo tworzący lub je niszczący wydarzył, więc nie mógłby wydać wyroku sprawiedliwego, jeżeliby strona sama chciała na wiarę tylko lub na zupełną niewiadomość wykonać przysięgę.

Z powyższego wyłuszczenia wynika, że przysięga nie mogłaby delatowi być nakazaną, jeżeliby się już z samych przedłożeń deferenta lub z całej rozprawy sądowej okazywało, że delat o fakcie spornym żadnej nie ma wiadomości i że nawet nie miał sposobności, by jej nabyć. Delat mógłby co najwięcej wykonać przysięgę niewiadomości faktu, która, jak to już wyżej nadmieniono, nie jest dopuszczalną. Nie mogłaby więc być dopuszczoną przysięga delata n. p. na fakta, które się wydarzyły przed urodzeniem delata.

Po tem wyjaśnieniu możemy przystąpić do roztrząśnienia pytania: do której kategorii przysięgi z przedstawionych powyżej, zaliczyć należy przysięgę wiedzy i pamięci.

Już sama ta okoliczność, że strona przy wykonaniu przysięgi z dodatkiem: „o ile wiem i pamiętam“ odwołuje się do swojej wiedzy i pamięci, dowodzi, że przysięga

ta nie jest i nie może być przysięgą niewiadomości t. j. ani przysięgą zupełnego braku wiedzy, ani przysięgą na wiarę (§. 9).

a) Że przysięga wiedzy i pamięci nie jest przysięgą niewiadomości, dowodzą nadto uwagi następujące:

Kto fakt naprowadza, winien według §. 279 wykonać przysięgę bez najmniejszego zastrzeżenia, t. j. winien z własnego przeświadczenia stwierdzić przysięgą istnienie lub nieistnienie faktu, z którego wywodzi swoje prawo, lub na którym opiera swoją obronę. I to słusznie: bo kto żąda od sądu wymiaru sprawiedliwości, bądź to przyznania prawa, bądź też uwolnienia od obowiązku, ten musi być świadom rzeczywistości tych faktów, na których zasadza swoje żądanie; musi mieć własne przeświadczenie i wszelką pewność o ich istnieniu lub nieistnieniu. Tę pewność musi mieć każda strona, która fakt naprowadza, tak powodowa, która na zasadzie pewnego faktu żąda uznania prawa, jak pozwana, która broniąc się na zasadzie pewnych faktów, stanowiących excepcją, żąda oddalenia powoda, i to bez różnicy, czy naprowadza czyn własny, czy obcy. Kto fakt naprowadza, winien go w razie zaprzeczenia dowieść (§. 170). Jeżeli więc strona, mająca obowiązek dowodzenia, chce dowodzić przysięgą prawdziwości faktu naprowadzonego, winna stwierdzić nią istnienie lub nieistnienie tego faktu, równie jak wiadomość albo przeświadczenie o rzeczywistości tego faktu (wyrok sądu najw. z 20. sierpnia 1863 l. 5169 w zbiorze Glas. 1774), bez różnicy, czy doszła do tego przeświadczenia na drodze zmysłowego spostrzeżenia, czy na drodze wniosku logicznego, (wyrok sądu najw. z 20. paźdz. 1863 l. 5761 w zbiorze Glas. 1815) a zatem winna wykonać przysięgę na prawdę, i to bądź przysięgę na wiedzę, bądź też przysięgę na przekonanie.

Co się zaś tyczy przeciwnika strony, naprowadzającej fakt, ustawa w §. 279 nie żąda od niego,

ażebym wykonał przysięgę bez żadnego zastrzeżenia, t. j. tę samą przysięgę, której ustawa żąda od strony naprowadzającej fakt, innemi słowy: ustawa nie żąda od niego, ażeby złożył przysięgę na prawdę, czy to na wiadomość, czy na przekonanie, dla stwierdzenia nieistnienia faktu, naprowadzonego przez dowodzącego, a przezeń zaprzeczonego. Ustawa zadowalnia się przysięgą przeciwnika, wykonaną z pewnem ograniczeniem t. j. z dodatkiem: o ile wiem i pamiętam.

Aby odgadnąć znaczenie tego zastrzeżenia, trzeba zbadać prawdopodobne powody względniejszego traktowania strony przeciwnej dowodzącego, broniącej się zaprzeczeniem faktów przezeń naprowadzonych. Ustawa sądowa w §. 5. upoważnia przeciwnika strony, która fakt naprowadziła, do zaprzeczenia tego faktu; nie żąda atoli od niego, ażeby to zaprzeczenie było wynikiem jego wewnętrznego przekonania o nieprawdziwości faktu zaprzeczonego. Wolno mu zaprzeczyć prawdziwości faktów, przywiedzionych przez drugą stronę, aczkolwiek o ich istnieniu lub nieistnieniu żadnej nie ma wiadomości, żadnego przekonania. Ustawa, nie żądając tej wiadomości lub tego przekonania od strony zaprzeczającej, niczem nie ogranicza jej prawa zaprzeczenia. Przyczyna tkwi w tej okoliczności, że ustawa według wszelkiej słuszności nie może i nie powinna wymagać od strony zaprzeczającej, ażeby zwracała szczególną uwagę na wszystkie fakty, które się wydarzają, i z których sama dla siebie żadnych praw nie wywodzi; zwłaszcza, jeżeli nie wie i nawet przewidzieć nie może, że ktoś trzeci z tych faktów wyprowadzi przeciwko niej prawne żądania i pociągnie ją do odpowiedzialności prawno-prywatnej; ustawa nie może już wcale wymagać od niej tej nieustannej czujności i bacności w tym razie nieprzewidzianym, jeśli ktoś trzeci

z czynów obcych n. p. spadkodawcy wywodzi swoje prawa lub prawne do niej pretensye.

Jeżeli zaś strona przedstawiająca fakt, wskazuje przysięgę główną przeciwnikowi swemu, następuje się pytanie: czy prawo przeciwnika stwierdzenia przysięgą swego zaprzeczenia jest równie nieograniczonem, jak prawo prostego zaprzeczenia, nie popartego przysięgą, które nie musi być koniecznym wynikiem jego wiedzy i przekonania o nieprawdziwości faktu zaprzeczonego — a zatem, czy może przeciwnik zaprzeczyć pod przysięgą istnieniu faktu, o którym żadnej nie ma wiadomości (zob. monog. o. p. c. §. 40).

Jeżeli deferent naprowadza fakt, a delat nie wiedząc, czy się ten fakt wydarzył, zaprzecza jego istnieniu pod przysięgą (eidlich widerspricht) t. j. zaprzecza, powołując się na Stwórcę, jako świadka prawdy tego zaprzeczenia swego, w takim razie już samo to zaprzeczenie pod przysięgą faktu zupełnie nieznanego, jest bluźnierstwem, którego się delat zaprzeczający dopuszcza, bo fakt przedstawiony przez deferenta mógł się być wydarzyć, aczkolwiek delat nic o nim nie wie. Prawodawca nie może wprowadzić zabronić stronom prawa nieograniczonej negacyi w procesie, aby przezto zmusić przeciwnika do przeprowadzenia dowodu prawdy, wszelako żadne ustawodawstwo nie może z bluźnierstwem łączyć skutków prawnych, nie może więc uznać prawa powołania się na Boga, jako świadka prawdziwości zaprzeczenia, lekkomyślnie, bo bez żadnej podstawy czynionego. Ztąd wynika, że prawo zaprzeczenia pod przysięgą musi ulegać pewnemu ograniczeniu, wypływającemu z istoty przysięgi, t. j. że delat, zaprzeczający pod przysięgą, musi mieć albo wiadomość o nieistnieniu faktu zaprzeczonego, albo musiał mieć przynajmniej sposobność na-

bycia o tem wiadomości (wyrok sądu najw. z 10. stycznia 1868 l. 11473 w zbiorze Glas. 2968).

Dowodzi nadto już sama formuła przysięgi „o ile wiem i pamiętam“ że strona przysięgająca ze względu na czas i miejsce, w którym, i na okoliczności, pod jakimi fakt sporny się wydarzył, musiała mieć sposobność powzięcia o nim wiadomości, że musiała być w tem położeniu, iż o ziszczeniu się lub nieziszczeniu tego faktu mogła się była przekonać i musiałaby o nim wiedzieć, gdyby się był w istocie wydarzył. O fakcie bowiem, który się po za obrębem naszych spostrzeżeń wydarzył, możemy wprowadzić twierdzić, że nie o nim nie wiemy; nie możemy jednak utrzymywać, że go sobie nie przypominamy. Przypomnienie bowiem jest tylko reprodukcją mianych już wyobrażeń: to tylko możemy sobie przypomnieć, cośmy własnymi zmysłami byli spostrzegli; o przypomnieniu więc nie może być mowy, gdzie nie było poprzedniego spostrzeżenia. Kto więc ma przysięgać z dodatkiem: „o ile wiem i pamiętam“; ten musiał być w położeniu bezpośredniego spostrzeżenia faktu, przezeń zaprzeczonego pod przysięgą; w przeciwnym bowiem razie owe słowa dodatkowe nie miałyby żadnego znaczenia. Jeżeli więc strona zaprzeczająca nigdy nie miała sposobności nabycia wiadomości o fakcie spornym i nie jest jego świadomą, nie może wykonać przysięgi według wiedzy i pamięci.

Nareszcie potwierdza to zdanie, także ustawa węgierska, która w §. 235 lit. b. stanowi ogólną zasadę: że niedopuszczalną jest przysięga strony, która z jakichkolwiek powodów nie byłaby w stanie stwierdzić z wszelką pewnością i z własnego przekonania tego, co przysięga ma być stwierdzonem. Z wszelką zaś pewnością i z własnego przekonania ten tylko może poświadczyć, że się pewny fakt wydarzył lub nie wydarzył, kto miał spo-

sobność dostrzedz go bezpośrednio, lub dojść do jego wiadomości na drodze racjonalnej. Ustawa węgierska nie obowiązuje nas wprawdzie, wyraża jednak myśl prawodawstwa austriackiego; może więc służyć za autentyczną interpretację ustawy galicyjskiej; (co też uznał najwyższy trybunał sprawiedliwości w swym wyroku z 15. października 1856 l. 9449 w zbiorze Glas. 228). Możemy więc śmiało twierdzić, że i według ustawy galicyjskiej nie tylko deferent, przedstawiający fakt, lecz także delat, zaprzeczający pod przysięgą prawdziwości owego faktu, musiał mieć sposobność nabycia o nim wiadomości, jeżeli ma wykonać przysięgę z powyższem zastrzeżeniem.

- b) Przysięga z zastrzeżeniem wiedzy i pamięci nie jest też przysięgą na wiarę. Prócz powodów, powyżej przytoczonych, przemawia za tem i ta okoliczność, że według najw. postan. z 1. paźdz. 1844 l. 836 przysięga uzupełniająca nie jest dopuszczalną na podstawie prostych domniemań, lub samych powodów prawdopodobieństwa. Skoro przysięga, mająca tylko uzupełnić dowód początkowy, jest niedopuszczalną, jeżeli się nie opiera na wiedzy, lecz jedynie na mniemaniu, tem bardziej należy przysięgę, która spór stanowczo rozstrzyga, uważać za niedopuszczalną, jeżeli nie wiedza stanowi jej podstawę, lecz jedynie wiara, która jako wyższy stopień mniemania, polega jedynie na podmiotowych powodach uznania czegoś za prawdę, które nie dla wszystkich są jednakowo ważne, bo w co wierzy jeden, o tem często wątpiewa drugi. Zważywszy nadto, że wiara dopuszcza mnogich stopniowań w miarę większej lub mniejszej doniosłości powodów podmiotowych, nie dających się żadną miarą dostrzedz, że więc osądzenie, czy i kiedy może strona przysiąc na wiarę, zależałoby w każdym danym razie jedynie od indywidualności przysięgającego, zwróciwszy nareszcie uwagę

i na to, jak często wiara człowieka podpada złudzeniu, na jakie więc niebezpieczeństwa narażonoby nietylko prawa prywatne, lecz także religijność i moralność przypuszczeniem przysięgi na wiarę, nie moglibyśmy odważyć się doradzać stronie, mającej wykonać przysięgę z dodatkiem: „o ile wiem i pamiętam“, by ją pojmowała w duchu zwolenników zdania, iż przysięga z powyższem zastrzeżeniem jest jedynie przysięgą na wiarę.

Zwolennicy zdania przeciwnego powołują §. 37 patentu sumar. „dass er die Urkunde nach seinem besten Wissen für unecht halte“ a mianowicie słowa: „für unecht halte“ z których wyprowadzają wniosek, że przysięga z powyższem zastrzeżeniem jest przysięgą na wiarę. Wszelako słowa te nie tylko nie popierają, lecz przeciwnie zupełnie obalają przeciwne to zdanie, albowiem słowa: „für unecht halte“ należy rozumieć w związku z słowami dalszemi: „nach seinem besten Wissen, według najlepszej wiedzy, które właśnie przeciwieństwo wiary wyrażają, bo wiedzieć lub wcale mieć najlepszą wiadomość o czemś, nie jest przecież to samo, co wierzyć.

- c) Że przysięga z powyższym dodatkiem nie jest przysięgą na prawdę, a w szczególności przysięgą wiadomości, dowodem tego jest ta dalsza okoliczność, że ustawa w §. 279 właśnie tym dodatkiem chciała uwydatnić różnicę zachodzącą między przysięgą wskazaną delatowi i przysięgą odkazaną deferentowi, która to ostatnia, jak to wyżej wykazano, jest niewątpliwie przysięgą na prawdę, t. j. chciała dobitnie wykazać, że przysięga wskazana delatowi nie jest rodzajem przysięgi na prawdę, lecz przysięgą innego znaczenia.
- d) Pozostaje więc tylko przysięga na przekonanie, i nasuwa się pytanie: czy przysięga z dodatkiem „o ile wiem i pamiętam“ jest przysięgą na przekonanie?

Przysięga wiedzy i pamięci zbliża się najwięcej do przysięgi przekonania, wszelako nie jest z nią identyczną. Różni się bowiem najpierw tem, że przysięgający na przekonanie nie zna faktu spornego z własnego spostrzeżenia; jego przysięga polega jedynie na wiedzy racjonalnej, powziętej na drodze rozumowania logicznego; przysięgający zaś z dodatkiem „o ile wiem i pamiętam“ musiał mieć sposobność bezpośredniego spostrzeżenia faktu spornego. Dalsza różnica polega na tem, że formuła przysięgi: „o ile wiem i pamiętam“ nie obowiązuje przysięgającego do dochodzenia prawdziwości faktu spornego, bo odsyła go jedynie do własnej pamięci; przysięga zaś przekonania wkłada na przysięgającego obowiązek dochodzenia, czy fakt przezeń zaprzeczony wydarzył się lub nie.

Skoro najznakomitsi teoretycy nadaremnie łamią sobie głowę nad znaczeniem przysięgi, mającej się wykonać z powyższem zastrzeżeniem, skoro sądy wszech instancyi najrozsmaiciej pojmują jej istotę (czego dowodem są najsprzeczniejsze wyroki sądów) — skoro nareszcie nawet ustawodawcy nadaremnie szukają odpowiedniej formuły dla jej dokładnego i zrozumiałego określenia — czy można żądać od strony nieświadomej praw, ażeby wiedziała, w jakim rozumieniu ma wykonać przysięgę w mowie będącą. Każdy tłumaczy sobie jej znaczenie tak, jak tego wymaga własny jego interes. Lekkomysłny i mniej sumienny wykona ją bez namysłu, sumienny zaś, nie mając pewności, jak ją ma rozumieć, woli się zrzec swego prawa, niż złożyć przysięgę, której istoty nie pojął i pojąć nie może. Jeżeli nadto zważymy, że sędzia nie ma nawet możliwości przekonania się, czy strona, która złożyła przysięgę, ma wiadomość lub przekonanie o rzeczywistości faktu przysięgą stwierdzonego, czy była w położeniu nabycia o nim wiadomości, czy dochodziła jego prawdziwości i nabyła przekonania o jego istnieniu lub nieistnieniu — jeżeli dalej zważymy, że sędzia nie ma nawet prawa docho-

dzenia, na czem strona opiera swoje zeznanie stwierdzone przysięgą; bo nie ma prawa zapytać ją o źródło jej wiedzy — jeżeli nareszcie zważymy, że strona wykonaniem przysięgi spór właściwie rozstrzyga — przeto reforma radykalna wykluczająca przysięgę stron i zaprowadzająca w jej miejsce badanie stron jako świadków, już w postępowaniu drobnostkowem ustawą z 27. kwietnia 1872 zaprowadzona, byłaby nader pożądaną i należałoby życzyć sobie, aby ta reforma w przyszłym postępowaniu sądowem przeprowadzoną została; bo tym tylko sposobem mogą być usunięte wszystkie powyżej dotknięte wątpliwości i niebezpieczeństwa, na jakie instytucya przysięgi stron naraża prawa prywatne; zwłaszcza, że właśnie przez badanie stron, jako świadków, podanoby sędziemu możność dotarcia do źródła prawdy i poznania prawdziwej istoty sprawy.

Najgłówniejszy zarzut przeciw tej radykalnej reformie (dla którego właśnie niemiecka ustawa sądowa z 30. stycznia 1877 do niej się nie przychyliła) polega jedynie na obawie, że w skutku przypuszczenia obu stron do przysięgi pomnożą się krzywoprzysięstwa. Zważywszy jednak, że przy postępowaniu ustnem i bezpośrednim, rzadko kiedy nastąpi potrzeba zaprzysiężenia obu stron, zwłaszcza gdy sędzia ma prawo zadawać stronom pytania dla wyjaśnienia sprawy i ocenić wynik całej rozprawy; zważywszy dalej, że strona wie o tem, iż jej przysięga jeszcze nie rozstrzyga sporu, bo i przeciwnik pod przysięgą może być badany, a nawet ma prawo żądania ażeby sędzia i od niego odebrał przysięgę; zważywszy na koniec, że nie tylko sędzia, lecz także strona przeciwna ma prawo żądania od drugiej strony wszelkich wyjaśnień, a w szczególności wykrycia źródła prawdy — nie należy się obawiać mnożenia się wypadków przysięgi fałszywej — czego dowodem praktyka dotychczasowa w postępowaniu drobnostkowem.

Niemiecka ustawa sądowa z 30. stycznia 1877 uznała, jak to już wyżej nadmieniono, wspomnianą reformę za nie-

stosowną i niebezpieczną, z uwagi, że ta nowa instytucja prowadzi nie tylko do śledztwa urzędowego, sprzeciwiającego się istocie procesu cywilnego, lecz nadto do mnogich zawikłań, które nie dadzą się rozwikłać, jeżeli sędzia wysłucha pod przysięgą obie strony, a przysięga jednej strony stanie przeciw przysiędze drugiej. Prawodawstwo niemieckie zatrzymało więc nadal dotychczasową instytucję przysięgi stron, jako środka dowodowego, zaprowadziwszy jedynie niektóre ograniczenia, w szczególności zaś uznało przysięgę główną, wskazaną delatowi, za przysięgę na przekonanie (Uiberzeugungseid). W tym względzie rozróżnia ustawa niemiecka, czy delat ma wykonać przysięgę na czyny własne, czy na obce. Jeżeli delat ma stwierdzić przysięgą czyny własne, a według okoliczności zachodzących nie można żądać od niego, ażeby złożył przysięgę na prawdę, w takim razie może mu sędzia nakazać, ażeby złożył przysięgę w rotę następującą: „że po dokładnem zbadaniu i dochodzeniu nabył przekonania o prawdziwości lub nieprawdziwości faktu“. Jeżeli zaś delat ma wykonać przysięgę na czyny obce, przysięga jego ma opiewać, jak następuje: że po dokładnem zbadaniu i dochodzeniu nabył lub nie nabył przekonania o prawdziwości faktu.

§. 64.

Przysięga główna.

Istota przysięgi głównej.

Przysięga, którą strona dowodząca (deferent) w toku procesu wskazuje swemu przeciwnikowi (delatowi) na przeciwieństwo faktu udowodnić się mającego i którą przeciwnik albo przyjąć i wykonać, albo stronie dowodzącej odkazać może -- nazywa się przysięgą główną, stanowczą, spór rozstrzygającą.

Już wyżej wykazano, że każda przysięga stron jest środkiem dowodu wątpliej wartości. Przysięga główna w szczególności wznieca już w pierwszej chwili, gdy strona

robiąc z niej użytek, wskazuje ją przeciwnikowi, pewne przeciw sobie podejrzenie. Jeżeli bowiem fakt przedstawiony przez deferenta jest prawdziwym, wskazanie przysięgi na przeciwieństwo przedstawia się jako wezwanie delata do krzywoprzysięstwa; jeżeli zaś jest nie prawdziwym, wtedy wskazanie przysięgi mieści w sobie oświadczenie deferenta, że w razie odkazania przysięgi wykona ją na fakt nieprawdziwy; jest więc ofiarowaniem przysięgi fałszywej. Dlatego też każde prawodawstwo dopuszcza przysięgę główną jedynie z konieczności, i to w tych tylko przypadkach, w których strona, pozbawiona wszelkich innych środków dowodowych, musiałaby się rzec swego prawa, gdyby jej nie było wolno, dowieść go przysięgą. Wszelako przysięga główna jest tylko względem sędziego posiłkowym środkiem dowodu (ein subsidiäres Beweismittel) t. j. jeżeli strona oprócz przysięgi ofiarowała także inne dowody, wtedy sędzia winien tym innym dowodom dać pierwszeństwo; jego bowiem jest zadaniem, dochodzić prawdy na drodze najpewniejszej; nie powinien więc dopuścić przysięgi, jako środka dowodu niepewnej wartości, skoro ma sposobność przekonania się o prawdzie zapomocą innych dowodów przez stronę ofiarowanych.

Co do strony samej przysięga główna nie jest środkiem posiłkowym; wolno jej wskazać przeciwnikowi przysięgę, chociaż posiada jeszcze inne środki dowodowe, a może śmiało uczynić to w tym razie, jeżeli o sumienności przeciwnika jest przekonaną. Główną bowiem, a może jedyną zaletą dowodu z przysięgi jest właśnie to, że przeprowadzenie tego dowodu nie wiele kosztów za sobą pociąga i w czasie jak najkrótszym da się uskutecznić. Zresztą jeżeli strona mimo, że posiada inne środki dowodowe, przeciwnikowi wskazuje przysięgę, przez to samo nie pogorsza jego położenia; przeciwnie byłoby ono nierównie gorszem, gdyby deferent zamiast dowodu z przysięgi, prowadził dowód z dokumentów

lub świadków; bo w takim razie musiałby przeciwnik albo przeprowadzić dowód przeciwny, albo upaść w sprawie, jeśliby go przeprowadzić nie mógł.

§. 65.

Podmiotowe warunki dopuszczalności przysięgi głównej.

Z uwagi, że przysięga główna nie jest środkiem dowodu ze wszech miar bezpiecznym, dopuszczalność jej jest zawisłą od istnienia pewnych warunków. Warunki te są podmiotowe i przedmiotowe.

Podmiotowe warunki dopuszczalności przysięgi głównej są następujące:

1. Przysięga główna ma miejsce tylko między stronami, spór wiodącemi, którym służy prawo godzenia się o rzecz sporną (§. 275 U. s.). Ona może być deferowaną tylko przez stronę spór wiodącą i tylko stronie prawującej, się; nie może więc być wskazaną osobie trzeciej, która nie jest stroną spór wiodącą. O ile wyjątkowo jest dopuszczalną przysięga główna trzeciej osoby, która nie jest stroną prawującą się, o tem w §§. 67 i 68 mowa będzie.

2. Dalszym warunkiem dopuszczalności każdej przysięgi a więc w szczególności także przysięgi głównej, jest zdolność strony do przysięgi (Eidesfähigkeit). Ustawa sądowa nie zawiera żadnego postanowienia co do kwestyi kto ma zdolność do przysięgi; dopiero dekret nadworny z 31. sierpnia 1798 l. 430 uznał niedojrzałych t. j. tych, którzy jeszcze nie skończyli 14 lat życia, za niezdolnych do przysięgi. Do nich możemy analogicznie zaliczyć także szalonych, obłąkanych i niedołężnych (§§. 21 i 865 U. c.) zwłaszcza, że oni nie mogą przewidzieć skutków swoich czynności i godzić się o rzecz sporną (§. 275 U. s.).

Niezdolnymi do przysięgi są:

- a) niedojrzali t. j. ci, którzy w czasie, gdy się fakt wydarzył, przysięga stwierdzić się mający, nie skończyli

lat 14; chociażby w czasie, w którymby przysięgę wykonać mieli, już byli dojrzałymi (§. 235 ust. węg.).

- b) szaleni, obłąkani i niedołążni — azatem umysłowo słabi w czasie, gdy mają złożyć przysięgę, lub gdy wydarzył się fakt przysięgą dowodzić się mający. (§. 41 i 54 u. o. p. d., i wyrok z najw. sądu z 2. kwietnia 1856 l. 3.135 i z 15 marca 1877 l. 14011 w zbiorze Glas. 182 i 6414). Niezbywa atoli na wyrokach, dopuszczających przysięgę główną pomimo umysłowej choroby strony, a to z powodu, że choroba umysłowa, jako przypadek, który dotknął osoby, nie może szkodzić przeciwnikowi (§. 1411 U. c.) i pozbawić go prawa dowodzenia przysięgą, które służy każdej stronie (Wyr. sądu najw. z 11. stycznia 1859 l. 148, z §. października 1861 l. 6366, i 8. kwietnia 1869 l. 1224 w zbiorze Glas. 704, 1379, 3368).
- c) w postępowaniu drobnostkowym ci, którzy za fałszywe świadectwo lub za fałszywą przysięgę skazani byli (§. 43 u. o. p. d.).

Wszyscy inni, których ustawa wyraźnie nieuznaje za niezdolnych, mogą być dopuszczonymi do złożenia przysięgi głównej; a zatem w szczególności:

- α) głuchoniemi, jeśli mają potrzebne wykształcenie, aby pojąć istotę przysięgi i mogą za pomocą znaków stać się zrozumiałymi; bo w razie przeciwnym staliby na równi z niedołążnymi,
- β) zbrodniarze, a nawet o krzywoprzysięstwo przekonani (z wyjątkiem postępowania drobnostkowego — jak wyżej ad c.); bo nie ma niestety przepisu, któryby im odmówił prawa wykonania przysięgi. (Wyrok sądu najw. z 12. czerwca 1866 l. 5335 w zbiorze Glas. 5521,
- γ) osoby bezwyznaniowe, które wykonują przysięgę podług formuły, przepisanej w §. 1. ustawy

z 3. maja 1868 l. 33 (wyrok sądu najw. z 1. maja 1872 l. 4310 umieszczony w księdze wyroków l. 73 Judicatenbuch).

§. 66.

Przedmiotowe warunki dopuszczalności przysięgi głównej.

Przedmiotowe warunki, od których zawisła dopuszczalność przysięgi głównej, wynikają z jej istoty i są następujące:

1. Pierwszym warunkiem dopuszczalności przysięgi głównej jest wskazanie jej przeciwnikowi (delatowi), a tem samem podanie mu pierwszeństwa w wykonaniu jej na rotę przeczącą t. j. na przeciwieństwo twierdzenia deferenta. (die Auftragung des Haupteides, delatio juramenti). Żadne ustawodawstwo nie może i nie powinno dozwolić, aby strona naprowadzająca fakt dla uzasadnienia prawa swego stwierdziła go przysięgą własną (Eigeneid), która właściwie nie jest czem innem, jak świadectwem we własnej sprawie; przez to bowiem umożliwiłoby się dochodzenie roszczeń najniesprawiedliwszych, wtedy zwłaszcza, gdy strona przeciwna nie posiada środków przeciwdowodowych. Pozostawieniem delatowi wolności przyjęcia i wykonania wskazanej mu przysięgi uchyla się wprawdzie z jednej strony niebezpieczeństwo poszukiwania przeciw niemu pretensyj nieuzasadnionych, wszelako z drugiej strony naraża się deferenta na niebezpieczeństwo pozbawienia go nieraz pretensji sprawiedliwej przez krzywoprzysięstwo delata. Jeżeli bowiem deferent prócz przysięgi nie posiada żadnego innego środka dowodowego, mógłby delat nie obawiając się dowodu krzywoprzysięstwa, wykonaniem przysięgi fałszywej uwolnić się od zobowiązania swego. Wszelako niebezpieczeństwo to, zagrażające deferentowi w tym tylko wyjątkowym przypadku, gdyby właśnie jego przeciwnik był zdolnym do krzywoprzy-

sięstwa, niczem nie jest w obec owego niebezpieczeństwa, któreby zagrażało ogółowi w każdym razie, jeżeliby wolno było deferentowi własną przysięgą dowodzić twierdzeń swoich, nawet zmyślonych. Należy i to uwzględnić, że deferentowi, nie mającemu innych dowodów, będzie zawsze pożądaniem użycie środka dowodowego, choćby mniej pewnego, niż zrzeczenie się prawa, którego dla braku dowodu nie mógłby dowieść.

2. Wskazanie przeciwnikowi przysięgi nie dałoby się jednak usprawiedliwić, gdyby połączone było z przymusem jej wykonania, ponieważ w takim razie obowiązek dowodzenia, który właściwie ciąży na deferencie, naprowadzającym fakt, spadłby na delata. Z tego też powodu nie może ustawa żądać od delata, ażeby przyjął i wykonał deferowaną sobie przysięgę, lecz musi mu pozostawić wolność odkazania jej deferentowi. Drugim więc warunkiem dopuszczalności przysięgi głównej jest możliwość odkazania przysięgi wskazanej delatowi. (Wyrok sądu najw. z 16. marca 1871 l. 13102 i z 15. września 1875 l. 7748 w zbiorze Glass. 4097 i 5854).

Jedyny wyjątek stanowi §. 38 pat. sum., według którego nie wolno delatowi, który jest wystawicielem dokumentu, odkazać deferentowi przysięgi na nieprzyznanie podpisu (§. 60).

Z powyższego wywodu wypływa ta zasada: że dowodzieciel winien przysięgę główną wskazać przeciwnikowi swemu, a temu wolno odkazać ją dowodzicielowi. Wskazywanie i odkazywanie przysięgi głównej stanowią więc jej istotę.

Z tej zasady wypływają pravidła następujące:

- a) Przysięga główna nie jest dopuszczalną, jeżeli delat jest bezwzględnie niezdolnym do przysięgi (§. 65). Przysięga bowiem pod tym tylko warunkiem może być dopuszczoną, jeżeli delatowi jest możliwym wybór między jej przyjęciem i odkazaniem. Wskazywanie przysięgi delatowi, niezdolnemu do jej wykonania, właściwie nie jest czem innem, jak zaofia-

rowaniem przysięgi własnej (dle Anbietung eines Eigen-eides) czyli świadectwa we własnej sprawie, ta zaś jest niedopuszczalną. Ztąd wynika, że przysięga główna nie może być wskazaną osobom niedorośliym, tudzież szaleńcom, obłąkanym i umysłowo niedo-
 łężnym.

Mogą się wprawdzie nieraz wydarzyć przypadki, w których najsprawiedliwsze pretensye do osób dopieroco wymienionych dla braku innych dowodów i przy niedopuszczalności przysięgi głównej przepaść muszą; wszelako nie można przypuścić, ażeby prawodawstwo dla udowodnienia pretensyi przeciw osobom, nie mogącym się nawet bronić, własną przysięgą deferenta uznało za dopuszczalną; bo w takim razie obrona niektórych tylko osób znajdujących się w takim wyjątkowym położeniu pociągnęłaby za sobą niebezpieczeństwo dla wszystkich innych.

Ustawa sądowa dopuszcza wprawdzie przysięgę uzupełniającą, która jest przysięgą własną dowodziciela; wszelako dopuszcza ją w tym tylko razie, jeżeli dowodiciel postawił już połowę lub więcej niż połowę dowodu (§. 286 U. s.). Gdzie zaś strona co do faktu rozstrzygającego rzecz sporną albo wcale żadnego nie ma dowodu albo ma mniej niż połowę dowodu, tam o własnej jej przysiędze mowy być nie może.

W obec uderzającej surowości tej zasady, pozbawiającej stronę możności udowodnienia prawa swego przeciwko osobie niedoroślej lub umysłowo słabej, a nie dającej się pogodzić z zasadą równości stron w obec prawa, byłoby wielce pożądanem postanowienie ustawowe, któreby w razie, gdy strona uprawdopodobni twierdzenie swoje, upoważniło sędziego, po należytem ocenieniu wszystkich okoliczności dopuścić stronę do wykonania przysięgi własnej w sporze przeciw osobom, niezdolnym do przysięgi.

- b) Przysięga główna jest niedopuszczalną nie tylko w razie zupełnej niezdolności delata do jej wykonania, lecz także wtedy, gdy delat o fakcie rozstrzygającym sprawę sporną nie tylko nic nie wie, lecz nawet nic wiedzieć nie mógł i nie może, jeżeli więc nigdy nie był w tem położeniu, iżby mógł dowiedzieć i przekonać się o istnieniu lub nieistnieniu faktu naprowadzonego przez deferenta, a skutkiem tego nie mógłby go stwierdzić przysięgą, nawet z tym dodatkiem: „o ile wiem i pamiętam“.

Delat atoli nie może żądać niedopuszczenia przysięgi z powodu niewiadomości czynów własnych; te bowiem muszą mu być wiadome. Może się wprawdzie wydarzyć, że własny czyn delata z powodu, że się wydarzył w zbyt odległej przeszłości, lub też dla swej nieprzewidzianej niedoniosłości nie utkwiał głęboko w pamięci delata; wszelako i w tym przypadku nie może się delat uchylić od przysięgi, zasłaniając się niewiadomością własnego czynu; zwłaszcza, że ustawa nie żąda od niego, ażeby wykonał przysięgę na prawdę, lecz zadawalnia się jego przysięgą złożoną z zastrzeżeniem „o ile wiem i pamiętam“.

Odmienne zachodzi położenie rzeczy względem czynów obcych (*facta aliena*), których nieświadomością delat może się zasłonić i żądać niedopuszczenia przysięgi. Delat nie może się wprawdzie uchylić od przysięgi na czyny obce, prostem twierdzeniem, że nic nie wie o fakcie spornym, który ma być dowiedzionym; bo każdy delat uchyliłby przysięgę samem zaprzeczeniem wiadomości faktu obcego. (Wyrok sądu najw. z 1. lipca 1857 l. 5832 w zbiorze *Glas.* 402). Jednakże, jeżeli z rozprawy okaże się niewątpliwie, że delat nie mógł i nie może mieć wiadomości o czynie obcym, że więc według okoliczności, w danym przypadku zachodzących, nie może potwierdzić czynu trzeciej osoby z własnego

przeświadczenia lub przekonania, w takim razie należy przysięgę główną uznać za niedopuszczalną, bo istota jej polega właśnie na tem, iżby delatowi przyjęcie i wykonanie jej było możliwem. Zasadność tego zdania potwierdzają mnogie wyroki sądu najwyższego, jako to: z 28. września 1859 l. 5433, z 3. lutego 1860 l. 596, z 19. czerwca 1860 l. 5591, z 10. stycznia 1868 l. 11411, z 22. listopada 1871 l. 5937, z 4. kwietnia 1872 l. 2774, umieszczone w zbiorze Glas. pod l. 874, 1076, 1151, 2967, 4332, 4553 i 4599)

Aczkolwiek przysięga główna na czyny trzeciej osoby, delatowi zupełnie niewiadome, z reguły nie jest dopuszczalną, należy ją jednak wyjątkowo dopuścić w tym razie, jeżeli ta trzecia osoba, której czyny przysięgą mają być sprawdzone, przedstawia wraz z delatem jedną i tę samą osobę w znaczeniu prawnem n. p. spadkodawca — lub jeżeli delat jest odpowiedzialnym za jej czyny. Wymaga tego z jednej strony zachodząca między delatem i osobami dopieroco wskazanymi prawnicza jedność osób — z drugiej zaś wzgląd na bezpieczeństwo ruchu prawnego i stosunków prawnych, zawiązujących się częstokroć jedynie w obopólnem zaufaniu, któreby się mocno zachwiało, gdy delat jako następca wchodzący w prawa poprzednika swego, mógł zaprzeczyć pod przysięgą prawdziwości czynów dokonanych przez poprzednika, a zaprzeczenia tego z powodu niewiadomości nie musiał stwierdzić przysięgą nawet z tem zastrzeżeniem: „ile wiem i pamiętam“. Wyjątek ten da się też usprawiedliwić tą uwagą, że bezpośredni ten stosunek, jaki zachodzi między delatem i jego poprzednikami każe się domniemywać, że ich czyny nie mogą mu być zupełnie nieznane (§§. 27, 69).

- c) Prócz tego przysięga główna jest z reguły niedopuszczalną także w tym razie, gdy sam deferent nie jest zdolny do przysięgi lub gdyby nie mógł jej wykonać

w razie odkazania. Albowiem deferent nie może wskazać przysięgi, którejby przeciwnik nie mógł odkazać, i wskazaniem przysięgi nieodkazalnej zmusić przeciwnika do dowodzenia, do czego on nie jest obowiązany. Zresztą kto fakt naprowadza, i chce go dowieść przysięgą, musi być świadom tego faktu, a tem samem w możności stwierdzenia go przysięgą w razie odkazania.

Reguła ta nie jest bez wyjątku; albowiem mogą się wydarzyć przypadki, w których strona (n. p. spadkobierca) nie jest w stanie dowieść praw swoich żadnym środkiem dowodowym, ani przysięgą własną. Aby więc strony nie pozbawić możności dochodzenia praw swoich, dozwala jej ustawa wyjątkowo, aby przeciwnikowi wskazała przysięgę na fakta, których sama przysięgą stwierdzić nie byłaby w stanie. Jak dalece w tym przypadku, w którym odkazanie przysięgi deferowanej jest niemożliwem, strona przeciwna do jej przyjęcia zobowiązana być może, o tem winien sąd według okoliczności za wyrokować; a jeżeli sąd orzeknie, że przeciwnik winien przysięgę złożyć, ona wtedy bez wszelkiego wyjątku wykonaną być musi (§§. 278 U. s. i d. n. z 20. kwietnia 1842).

Warunki nieodkazalności przysięgi głównej są następujące:

- a) jeżeli deferent nie jest w możności wykonania przysięgi w razie odkazania,
- β) jeżeli zachodzą okoliczności tego rodzaju, iżby mogły skłonić sędziego do uznania przysięgi za nieodkazalną, a zatem do bezwarunkowego zobowiązania Jelata do jej wykonania.

Ustawa sądowa nie postanawia żadnych prawideł, według których sędzia ma orzec, ażali dopuszczalną jest przysięga nieodkazalna; można atoli przyjąć za ogólne prawidło: że wskazanie przysięgi nieodkazalnej wtedy tylko może mieć miejsce, jeżeli przeciw deferentowi nie

zachodzi nie takiego, coby wskazywało, że poszukuje zysku nieprawego lub jeżeli wcale zachodzą powody przemawiające za prawdopodobieństwem faktu przezeń przedstawionego. (Wyrok sądu najw. z 18. paźdz. 1854 l. 10295 umieszczony w księdze wyroków l. 10). O wyjątku w procesie sumarycznym pod względem przysięgi nieprzyznania pisma, była już mowa w §. 60.

- d) Skoro przysięga główna jest niedopuszczalną tak w tym razie, gdy fakt sprawdzić się mający, delatowi nie może być wiadomym, jak w owym, gdy deferent sam żadnej o nim nie ma wiadomości, to już wcale nie można jej dopuścić, jeżeli według okoliczności zachodzących w danym przypadku, ani deferent ani delat o fakcie dowieść się mającym, żadnej nie mają wiadomości (wyrok sądu najwyż. z 17. marca 1853 l. 2219 w zbiorze Gläsera l. 528).
- e) O dalszych warunkach dopuszczalności przysięgi głównej będzie mowa przy rozbiorze podmiotu i przedmiotu przysięgi głównej.

§. 67.

O podmiocie przysięgi głównej.

Pod względem podmiotu przysięgi stanowczej należy rozwiązać dwa główne pytania:

1. kto może deferować przysięgę główną i komu ona może być deferowaną;
2. czy może trzecia osoba, która nie jest stroną spór wiodącą, wykonać przysięgę główną w zastępstwie samej strony?

W odpowiedzi na pierwsze pytanie twierdzimy, że uprawnionym do deferowania przysięgi głównej jest tylko strona spór wiodąca, uzdolniona do przysięgi w razie jej odkazania i mająca prawo godzenia się o rzecz sporną (§. 275 U. s.). Tak samo można wskazać przysięgę główną tylko

stronie spór wiodącej, uzdolnionej do przysięgi i mającej prawo godzenia się o rzecz sporną. Przysięga główna jest więc dopuszczalną tylko między stronami, które się prawują.

W zastępstwie strony spór wiodącej może deferować przysięgę jej pełnomocnik, ojciec, mąż, opiekun, kurator, zastępca prawny osoby zbiorowej, nie mniej prokuratora skarbu; wszelako pod następującymi tylko warunkami, mianowicie:

- a) pełnomocnik — jeżeli dane mu pełnomocnictwo mieści w sobie zarazem szczegółowe umocowanie do wskazywania, odkazywania lub przyjmowania po zapadłym wyroku przysięgi nakazanej (§. 1008 U. c.); albo jeśli strona sama podpisała własnoręcznie pismo procesowe, zawierające w sobie wskazanie lub odkazanie przysięgi (d. n. z 28. maja 1789). Przyjęcie przysięgi w toku procesu t. j. przed wydaniem wyroku, nie wymaga szczegółowego umocowania, delat bowiem może po zapadłym wyroku odkazać przysięgę, którą przyjął w toku procesu (§§. 277, 282—284 U. s.) Przeciwnie ma się rzecz w procesie sumarycznym (§. 36 pat. sum.) Wszelako przyjęcie przysięgi po zapadłym już wyroku wymaga szczegółowego umocowania, chyba że strona sama podpisze podanie zawierające zgłoszenie się do złożenia przysięgi.

Jak wskazanie, tak odkazanie przysięgi wymaga szczegółowego upoważnienia, ponieważ odkazanie przysięgi mieści w sobie jej wskazanie. Delat przez odkazanie przysięgi staje się deferentem; kto więc nie ma prawa do deferowania przysięgi, nie może jej odkazać.

- b) mąż imieniem żony — jeżeli się wykaże podobnem umocowaniem szczegółowem; mąż bowiem ma tylko ogólne uprawnienie do zastępowania żony; potrzebuje więc szczegółowego upoważnienia do spraw w §. 1008 U. c. wymienionych (§§. 91, 1034, 1237 i 1238 U. c.)

c) ojciec, opiekun lub kurator — jeżeli ich sąd opiekuńczy lub kuratelarny do deferowania przysięgi upoważni (§§. 275 u. s. i 233, 282, 149 i 152 u. c. i dekr. nadw. z 11. września 1784, z 3. listopada 1789 i 6. września 1821). Wszelako do przyjęcia lub odkazania przysięgi nie potrzebuje ojciec, opiekun lub kurator szczegółowego upoważnienia sądu, ponieważ przyjęciem nie naruszają praw małoletniego lub kuranda, a do jej wykonania sąd ani ich zmusić, ani też żadnej rady udzielić im nie może w sprawie zawisłej jedynie od ich świadomości faktu i sumienia. (Wyrok sądu najw. z 31. marca 1853. l. 3133 umieszczony w zbiorze wyroków l. 19).

d) prokuratora skarbu imieniem skarbu państwa — jeżeli od właściwej władzy administracyjnej szczegółowe otrzyma upoważnienie (rozp. min. z 25. kwietnia i 14. maja 1856).

Ponieważ prawo wskazywania, przyjmowania lub odkazywania przysięgi służy tylko tej stronie, która ma prawo godzenia się o rzecz sporną, przeto wyłoniło się ztąd zdanie, że przysięgę główną należy uważać za rodzaj ugody, jaką strony między sobą w tym kierunku zawierają, iż deferent zrzeka się swego prawa pod warunkiem wykonania przez delata przysięgi na przeciwieństwo twierdzenia deferenta (sub conditione juris jurandi). Zdanie to o tyle jest prawdziwem, o ile strony ugodą sądownie zawartą, niedopuszczając do wyroku sądowego, wynik toczącego się między nimi sporu czynią zawisłym od złożenia przysięgi. Uгода tego rodzaju może tylko w obec sądu być zawartą (d. n. z 4. lutego 1800 i 5. marca 1839). Pozasądowa umowa na przysięgę nie ma żadnego skutku i nie daje stronie prawa żądania od drugiej, która ją przyjęła, ażeby ją wykonała. Przysięga pozasądownie nawet wykonana nie miałaby skutku przysięgi w obec sądu złożonej i mogłaby uchodzić jedynie za przyznanie pozasądowe, ponieważ ustawa sądowa nie dopuszcza przysięgi pozasądowej,

a nawet sędziemu polubownemu nie nadaje prawa odbierania przysięgi.

Powyższe atoli zdanie jest bezpodstawnem, jeżeli strony używają przysięgi, jako środka dowodu. Jeżeliby przysięga główna miała cechę ugody, musiałby delat, któremu deferent zrobił tę propozycją ugody, mieć wolność przyjęcia jej lub odrzucenia, a w razie odrzucenia należałoby propozycją ugody uważać za nie była. Skoro zaś przysięga wskazaną została, przyjęcie lub nieprzyjęcie jej nie zależy już od woli delata, lecz sąd rozstrzyga, czy przysięga ma być nakazaną lub nie, nie zważając wcale na zarzuty jej niedopuszczalności, czynione przez delata. Sąd może dopuścić przysięgę nawet wbrew woli delata. Przysięga główna ma cechę propozycji do ugody tylko w pierwszej chwili jej wskazania zawisłego od woli deferenta.

§. 68.

Osoba trzecia, nie będąca stroną prawującą się, nie może w zastępstwie strony wykonać przysięgi głównej.

Ponieważ przysięga główna tylko między stronami spór wiodącymi jest dopuszczalną (§. 67), przeto sędzia w wyroku stanowczym może tylko stronie spór wiodącej, nakazać przysięgę. Przysięgi przeto nie można nakazać trzeciej osobie, która nie jest stroną prawującą się (§§. 275 i 284 U. s.) -- a to z powodów następujących:

- a) Kto nie jest stroną prawującą się, ten mógłby tylko jako świadek być przywołanym i badanym; a gdy ustawa sądowa w §. 211 wymaga zaprzysiężonego zeznania przynajmniej dwóch świadków, aby stanął dowód zupełny, przeto nie jest dopuszczalną przysięga, wykonana przez jedną tylko osobę, niewchodzącą do sporu. Przyopuszczenie do przysięgi osoby trzeciej, jako przedstawiciela lub zastępcy strony, byłoby obejściem ustawy, niedopuszczającej do świadectwa jednego tylko świadka.

Byłoby nawet niedorzecznem twierdzenie, że zeznanie jednej i tej samej osoby stanowi dowód, jeżeli ona je złożyła w zastępstwie strony, to samo zaś zeznanie staje się bezdowodnem, jeżeli owa osoba zeznawała jedynie w charakterze świadka.

- b) Przeciw przypuszczeniu do przysięgi osoby trzeciej mówi dalej i ta okoliczność, że prawny przymus do wykonania przysięgi jest możliwym tylko między stronami spór wiodącemi. Deferent bowiem ma prawo żądania, a delat ma obowiązek przyjęcia i wykonania, lub odkazania przysięgi, a niedopełnienie tego obowiązku pociąga za sobą następstwa szkodliwe. Trzecia zaś osoba, nie wchodząca do sporu, nie ma tego obowiązku i do wykonania przysięgi nie może być zmuszoną. Przypuściwszy zaś, że przysięga trzeciej osoby jest dopuszczalną nawet wbrew woli strony przeciwnej, nie dałoby się to żadną miarą usprawiedliwić, aby niewykonanie przez nią przysięgi spowodowało szkodliwe dla przeciwnika następstwa.
- c) Deferent wskazując przysięgę przeciwnikowi swemu, odwołuje się do jego sumienia i od jego sumienności czyni zawisłem rozstrzygnięcie co do prawa swego. Wskazanie przysięgi jest aktem zaufania, którym deferent daje do poznania, iż delata uważa za tak sumiennego, że się nie waha obrać go sędzią we własnej sprawie. Nie można zaś żądać od deferenta, ażeby rozsądzenie sprawy uczynił zależnem od sumienności osoby trzeciej, którą delat w swoim zastępstwie przedstawia; również i delat nie jest obowiązany przyjąć propozycji deferenta, aby ktoś trzeci w jego (deferenta) zastępstwie złożył przysięgę główną.

§. 69.

Wyjątki od powyższej zasady.

1. Przysięga trzeciej osoby, przedstawiającej stronę spór wiodącą.

Zasada: że przysięga trzeciej osoby w zastępstwie strony prawującej się, nie jest dopuszczalną, ma niektóre wyjątki, i to następujące:

Stroną spór wiodącą może być bądź to osoba jedna bądź też osoba zbiorowa, niekiedy może nawet więcej osób razem przedstawiać stronę spór wiodącą, tak iż każda z nich ma udział bezpośredni w sporze. W niektórych atoli sporach może jedna osoba bezpośrednio, druga zaś tylko pośrednio być interesowaną. Bezpośrednio interesowanymi są powód i pozwany; pośrednio zaś ci, którzy są odpowiedzialnymi stronie bezpośrednio interesowanej, gdyby ta prawem pokonaną została; jako to: ewiktor z powodu obowiązku do ewikcyi, cedent z powodu odpowiedzialności za wierzytelność odstąpioną, dłużnik w obec ręczyciela z powodu regresu, pełnomocnik w obec mocodawcy z powodu odpowiedzialności wynikającej ze stosunku umocowania. (§§. 62, 64 i 74 monog. o proc. cyw.).

Ze względu na ten pośredni stosunek trzecich osób do przedmiotu sporu, zachodzą następujące wyjątki od powyższej zasady:

- a) Przysięgę główną można nakazać trzeciej osobie, która nie jest stroną spór wiodącą (Eidesleister), jeżeli osoba ta co do faktu, który przysięga ma być stwierdzonym, przedstawia stronę prawującą się, i tworzy z nią jedną osobę w znaczeniu prawnym, i jeżeli fakt ten tylko tej trzeciej osobie, a nie samej stronie spór wiodącej, jest wiadomym; a zatem, gdy strona sama nie jest w możności wykonania przysięgi, przysięga tej trzeciej osoby jest jedynym środkiem dowodowym. Jest

więc dopuszczalną przysięga główna trzeciej osoby, w której prawa wstąpiła strona prawująca się. Przykład wyjaśni rzecz: Spadkobierca dłużnika, pozwany przez cessionariusza o spłatę długu spadkodawcy, twierdzi w swojej obronie, że już jego spadkodawca spłacił ten dług cedentowi i dowodzi tego przysięgą główną wskazaną cessionariuszowi, wszelako przez cedenta wykonać się mającą z powodu, że cessionariusz zasłania się niewiadomością o spłacie długu. Przysięga ta może być nakazaną cedentowi, chociaż on nie jest stroną spór wiodącą, ponieważ cedent i cessionariusz przedstawiają jedną osobę w znaczeniu prawnem. I jak własnoręczny kwit cedenta, jako dokument, zawierający poświadczenie zapłaty (§. 1426 U. c.), chociaż nie stwierdzony przysięgą, stanowi dowód przeciw cessionariuszowi (§. 55), tak też, i tem więcej dowodzi przeciw niemu zeznanie cedenta, stwierdzone przysięgą (§. 238 ust. węg. i wyrok sądu najw. z 16. kwietnia 1856 l. 1883 w zbiorze Glas. l. 190). Za dopuszczalnością przysięgi cedenta przemawia nadto ta uwaga, że pierwotny stosunek prawny, jaki istniał między dłużnikiem i cedentem, jako wierzycielem, przez to jedynie nie uległ zmianie i nie mógł jej uleść, a więc i środki dowodowe, które dłużnikowi służyły, przez to jedynie nie mogą mu być odjęte, że w miejsce tego, z którym dłużnik zawiązał pierwotny stosunek prawny, wstąpił cessionariusz. Ztąd też pochodzi owa zasada prawna, że zlewek praw nie pozbawia dłużnika owych excepcyi, któremi mógłby się bronić przeciw cedentowi, jako wierzycielowi swemu. Można więc słusznie twierdzić, że dłużnik, zapożyczony przez cessionariusza o dług przezeń cessyą nabyty, może żądać od cedenta przysięgi celem udowodnienia owych excepcyi, które dłużnikowi już przeciw cedentowi służyły, tak samo, jak mógł być żądać od niego przysięgi, gdyby był przez niego samego pozwany. (Wyrok

sądu najw. z 4. stycznia 1877, l. 10868 w Zbiorze Glasera 6342).

- b) Równie jest dopuszczalną przysięga główna trzeciej osoby w tym także razie, jeżeli strona spór wiodąca w skutku jej czynności nabyła prawa lub stała się zobowiązaną; a zatem w szczególności jeżeli mocodawca przez swego pełnomocnika, firmanta, buchaltera, kupczyka i t. d. przyjął prawne zobowiązania. (Wyrok sądu najw. z 11. stycznia 1860 l. 14875 w zbiorze Glas. 1056); n. p. pożyczyłem przez pełnomocnika swego Piotrowi 100 guldenów, zaliczonych Pawłowi, jako pełnomocnikowi Piotra, wszelako bez skryptu i bez świadków. Piotr pozwany o oddanie 100 guldenów zaprzecza, iżby mu Paweł zaliczył tę sumę pożyczkową. Chcąc dowieść, że Pawłowi, jako pełnomocnikowi Piotra, zaliczyłem 100 guld. jako pożyczkę, musiałbym obydwóch pełnomocników powołać na świadków; lecz gdy przed wyniesieniem skargi zmiera mój pełnomocnik, nie pozostaje mi nic innego, jak wskazać Piotrowi przysięgę główną, którą w razie odkazania miałyby wykonać pełnomocnik jego Paweł. Bo tak, jak skrypt wystawiony przez Pawła, jako pełnomocnika Piotra, stanowiłby dowód przeciw Piotrowi (§. 55), tak samo, a nawet jeszcze silniejszy przeciw niemu dowód musi stanowić przysięga Pawła na pożyczkę zaliczoną jemu, jako pełnomocnikowi Piotra.

W tych wyjątkowych przypadkach, w których przysięga główna przez osobę trzecią (Eidesleister) ma być wykonaną, mogłaby ta trzecia osoba wejść do sporu w skutek interwencji, a mianowicie w skutek zapowiedzenia sporu i żądania zastępstwa t. j. mogłaby przystąpić do sporu lub przyjąć wyłącznie na siebie przeprowadzenie procesu w każdym jego okresie (§. 50 U. s. i d. n. z 8. lutego 1809); w którym to razie ta trzecia osoba stałaby się właściwie stroną spór wiodącą,

a zatem do wykonania przysięgi uprawnioną; gdyż to właśnie jest głównym celem interwencji czyli przywołania osoby trzeciej do sporu. (Wyrok sądu najw. z 25. lipca 1866 l. 6672 w zbiorze Glas. l. 2559 i z 13. września 1876 l. 10855 w zb. Glas. 6236).

Wszelako i w tym razie, gdyby osoba trzecia, w sporze pośrednio interesowana, nie przystąpiła do procesu, może jej sędzia nakazać przysięgę główną, ponieważ jej obowiązek wykonania przysięgi polega nie na interwencji, lecz na jej pośrednim stosunku do przedmiotu sporu, i obowiązek ten istniał już, nim się spór rozpoczął. Zresztą, ponieważ osoba trzecia, w sporze pośrednio interesowana, przedstawia jedną osobę ze stroną prawującą się, bezpośrednio interesowaną, przeto przysięga jej zasługuje nie mniej na wiarę, jak przysięga strony spór wiodącej, wykonana w interesie własnym. Wreszcie ustawa sądowa nie wzbrania wyraźnie takiej przysięgi, a ustawa węgierska uznaje ją za dopuszczalną — z czem zgadza się także praktyka sądu najwyższego.

§. 70.

2. Przysięga trzeciej osoby, zastępującej w procesie stronę spór wiodącą, nie mającą zdolności do przysięgi.

Kto prowadzi proces, nie w imieniu własnym, lecz na rzecz trzeciego, ten może według §. 280 U. s. wykonać przysięgę główną w zastępstwie strony, lecz tylko na własne czyny. Może ją więc wykonać ojciec w zastępstwie dzieci, opiekun lub kurator w zastępstwie pupila lub kuranda; n. p. ojciec może w procesie syna, nie mającego zdolności do przysięgi, wykonać przysięgę na to, że imieniem syna wypłacił dług stronie przeciwnej. Wszelako wykonanie przysięgi przez

ojca, opiekuna lub kuratora jest tylko posiłkowem t. j. o tyle dopuszczalnem, o ile osoby przez nich zastąpione nie mogłyby jej wykonać. Małoletni, który w czasie, gdy fakt nastąpił, już przekroczył wiek niedojrzałości, może wykonać przysięgę główną (d. n. z 31. sierpnia 1798 l. 430, i wyrok sądu najw. z 21. lipca 1881 l. 4367 umieszczony w przeglądzie sądowym i administracyjnym l. 4. ex 1882).

W procesie sumarycznym może prawny zastępca lub kurator, który prowadzi proces w imieniu trzeciego, wykonać przysięgę na to, że dokument, którego prawdziwości zaprzecza, według swej najlepszej wiedzy uważa za nieprawdziwy (§. 37 pat. sum.)

§. 71.

3. Przysięga trzeciej osoby zastępującej osobę moralną.

Ustawy procesowe pokryły milczeniem pytanie: Kto ma wykonać przysięgę imieniem osoby moralnej, jako to: państwa, kraju, powiatu, gminy, kościoła, klasztoru, szkoły, szpitali, zakładów dobroczynnych i innych osób zbiorowych n. p. spółek, stowarzyszeń i t. p. (§§. 26, 646, 694, 778 U. c.)

Nie ulega wątpliwości, że osoby moralne mają prawo wskazywania lub odkazywania przysięgi, ponieważ to prawo służy każdemu, kto ma prawo wolnej dyspozycji, a w szczególności prawo godzenia się o rzecz sporną, tego zaś prawa żadna ustawa nie odmawia osobom moralnym; a kto ma prawo wskazania lub odkazania przysięgi, ten musi mieć także prawo wykonania jej. Ponieważ atoli tylko osoba fizyczna może stawać w sądzie i wykonać przysięgę, przeto w zastępstwie osoby zbiorowej, która dla tego jedynie, że nie jest osobą fizyczną, nie może stawać w sądzie, działają w procesie prawni jej zastępcy, (ob. mon. o. p. c. §. 63) i jej imieniem wykonują przysięgę. Kto zaś jest prawnym zastępcą osób moralnych, należy osądzić według ustaw

lub statutów, normujących prawne ich na zewnątrz stosunki.

Szczegółowe postanowienie w tej mierze zawiera tylko ustawa handlowa, która w artykule 232 orzeka: że przysięgi w imieniu spółki wykonywa dyrekcyja. To postanowienie możemy analogicznie zastosować we wszystkich tych przypadkach, w których dyrekcyja na mocy statutów zawiaduje sprawami osoby zbiorowej i zastępuje ją na zewnątrz.

Jeżeli dyrekcyja składa się z kilku członków, wystarczy przysięga jednego z nich, według zasady: że nie należy pomnażać przysięgi bez potrzeby koniecznej. Jeżeli stroną jest jedna osoba fizyczna, to przysięga tej jednej osoby stanowi dowód zupełny — dla czegożby przysięga jednego członka dyrekcyi nie miała dowodzić, mianowicie tego jej członka, który właśnie z faktem przysięgą stwierdzić się mającym jest obznajmiony. Żądanie, ażeby wszyscy członkowie dyrekcyi złożyli przysięgę, pozbawiłoby bardzo często osobę zbiorową możliwości dowodzenia przysięgą, mianowicie we wszystkich tych przypadkach, w których nie wszyscy członkowie dyrekcyi nabyli wiadomości o fakcie spornym.

Jeżeli zaś ani ustawy, ani statuta nie wskazują owego zastępcy prawnego, który w imieniu osoby moralnej ma wykonać przysięgę, w takim razie winien deferent wymienić osobę, która ma ją złożyć; delatowi zaś powinno służyć prawo przedstawienia zarzutów przeciw proponowanemu wykonawcy przysięgi, a sąd rozstrzyga, czy proponowany wykonawca przysięgi ma ją wykonać lub nie.

Zachodzi jednak pewna wątpliwość i trudność w oznaczeniu tej osoby, która ma wykonać przysięgę, osobliwie w tym razie, gdy prawnym zastępcą osoby moralnej nie jest osoba fizyczna, lecz osoba moralna, jako taka niezdolna do złożenia przysięgi n. p. reprezentacyja gminna, wydział krajowy i powiatowy, prokuratora skarbu i t. d. zastępujący gminę, kraj, powiat, skarb państwa lub inne instytucye.

Co się tyczy przysięgi głównej, przez gminę lub gminie deferowanej, należy rozróżnić, czy chodzi o sprawdzenie faktu, przy którym uczestniczył przełożony gminy, lub też faktu dokonanego bez jego spółudziału. W pierwszym przypadku może przełożony gminy w jej imieniu, jako jej prawny reprezentant na zewnątrz, wykonać przysięgę; w drugim zaś winien deferent przedstawić kilku członków reprezentacyi gminnej, obznajomionych z faktem mającym się stwierdzić przysięgą, którzy ją wykonać mają; stronie zaś przeciwnej służy prawo czynienia zarzutów przeciw członkom przedstawionym, a sędzia po rozważeniu wszelkich okoliczności, orzeknie: którzy z przedstawionych członków mają ją wykonać. Zdanie to, aczkolwiek nie wypowiedziane w ustawie sądowej, da się jednak uzasadnić; odpowiada bowiem przedewszystkiem tej zasadzie, że w procesie cywilnym należy unikać przysięgi niekoniecznie potrzebnej i ją o tyle tylko dopuszczać, o ile tego wymaga niezbędna konieczność celem wykrycia prawdy. Słusznem więc jest zdanie, że nie wszyscy, lecz tylko niektórzy członkowie reprezentacyi gminnej mają wykonać przysięgę. Równie słusznem jest nadanie deferentowi prawa wyboru czyli wskazania owych członków reprezentacyi gminnej, którzy mają przysięgać; bo skoro deferent, wskazując delatowi przysięgę, ostateczny wynik sprawy czyni zawisłym od sumiennosci przeciwnika, jest słusznem, iżby miał prawo niedopuszczenia do przysięgi tych, o których sumiennosci nie ma przekonania. Jeżeli gmina sama jest deferentem, nie można jej odmówić prawa przedstawienia członków, którzyby przysięgę w razie odkazania złożyć mieli; ona bowiem wie najlepiej, którzy członkowie jej reprezentacyi o stosunkach spornych posiadają wiadomość najpewniejszą, a zatem są w stanie złożyć przysięgę wiadomości o fakcie. Zastrzegając nareszcie delatowi prawo czynienia zarzutów przeciw członkom przez deferenta proponowanym, a sędziemu nadając prawo osądzenia, którzy członkowie do przysięgi mają być dopuszczonymi (*judici fit*

probatio), czyni się zadość wszystkim warunkom słuszności. Za tem zdaniem idzie praktyka sądowa (wyrok sądu najw. z 10. grudnia 1873 l. 11341 umieszczony w zbiorze orzeczeń 65) — a ustawa węgierska w §. 241 wyraźnie je zatwierdza.

Trudniejszym do rozwiązania jest pytanie: jakie skutki prawne pociąga za sobą wykonanie przysięgi przez jednych, a niewykonanie przez drugich członków reprezentacyi gminnej, na których przysięga wyrokiem nałożoną została?

Dopóki ustawa, hołdująca zasadzie stałych prawideł dowodowych, nie rozwiąże tego pytania, pozostanie zawsze wątpliwem,

- a) czy fakt sporny, który przysięgą miał być stwierdzony, złożeniem przysięgi przez jednego tylko lub niektórych członków reprezentacyi gminnej, ma być uznany za dowiedziony, bez względu na jej niewykonanie przez innych, którym mocą wyroku została nakazana,
- b) lub też, czy z powodu, że wyrokowi w zupełności nie stało się zadość, nie należałoby raczej uważać gminę „qua nolens jurare“ a przysięgę za niewykonaną, a zatem fakt sporny za niedowiedziony, zwłaszcza że wynik procesu spoczywał w rękach gminy, jeżeli ona sama na wykonawców przysięgi proponowała własnych członków swojej reprezentacyi, jako świadomych faktu spornego i że tak samo jak wykonanie przysięgi przez wszystkich członków byłoby jej zapewniło zwycięstwo w procesie, tak też odwrotnie niewykonanie jej przez niektórych, i powstająca ztąd wątpliwość, ażali fakt sporny jest prawdziwy, powinny spowodować jej upadek w sprawie —
- c) lub nareszcie, czy w takim razie nie należałoby według analogii §. 221 U. s. przyznać gminie prawo przedstawienia nowych członków reprezentacyi gminnej w miejsce tych, którzy się wahali złożyć przysięgę;

zwłaszcza, że według analogii §. 64 ustawy, z 27. kwietnia 1873 można członków reprezentacji gminnej po-niekąd uważać za świadków faktu, dokonanego przez gminę.

Jeżeli stroną w procesie drobnostkowym jest gmina, stowarzyszenie, spółka, towarzystwo lub inna tego rodzaju osoba zbiorowa, natenczas niestosują się do niej przepisy o przesłuchaniu stron jako świadków, lecz przepisy o dowodzie ze świadków (§. 64 ustawy o. p. d.).

Powyżej wypowiedziane zasady dadzą się także zastosować w tym przypadku, gdy kraj lub powiat ma wykonać przysięgę.

Nieco więcej trudności przedstawia rozwiązanie pytania, kto ma wykonać przysięgę w zastępstwie państwa, mianowicie skarbu publicznego; zwłaszcza gdy ani prokuratorya skarbu, ani władze administracyjne lub skarbowe nie mogą jej wykonać. Przysięgę w zastępstwie państwa może wykonać tylko osoba fizyczna mająca prawną zdolność do złożenia przysięgi i zaznajomiona z faktem spornym, mającym wpływ stanowczy na rozstrzygnięcie sprawy. Może nią być naczelnik urzędu lub urzędnik, który załatwiał czynność, z której się spór wywiał, lub trzecia osoba, od której państwo nabyło prawa, albo skutkiem jej czynności stało się zobowiązaniem. Dlatego też deferent wskazując lub delat odkazując przysięgę winien wymienić ową osobę, która w zastępstwie państwa ma złożyć przysięgę, bo w razie niewymienienia tej osoby, musiałoby państwo, jako delat pozbawione możliwości przyjęcia przysięgi, odkazać ją, co się sprzeciwia istocie przysięgi głównej. (32 pat. sum.). Wyrok sądu najw. z 24. lipca 1872 l. 7036 umieszczony w zbiorze orzeczeń 7, tudzież z 15. września 1875 l. 7748 i z 19. listopada 1772 r. l. 10566 umieszczone w zbiorze Glas. 5854 i 4780.

§. 72.

Przysięga uczestników sporu.

Przy tej sposobności wypada zastanowić się nad pytaniem, którego rozwiązanie nastrocza niejaki trudności, a mianowicie czy w razie zachodzącego uczestnictwa w sporze jest dostatecznem wskazanie i odkazanie przysięgi głównej jednemu lub niektórym tylko, a nie wszystkim uczestnikom sporu; dalej, czy w razie wskazania lub odkazania jej wszystkim uczestnikom sporu, wszyscy mają wykonać przysięgę, lub tylko niektórzy, albo wcale jeden tylko z nich, nareszcie, jakie skutki prawne pociąga za sobą przyjęcie przysięgi przez jednego lub kilku uczestników sporu, a odkazanie jej przez drugiego lub resztę uczestników?

W prawie procesowem nie znajdujemy odpowiedzi na powyższe pytania; jest więc zadaniem nauki zbadać je i rozwiązać. Nauka jednak mimo wszechstronnego i gruntownego rozpatrzenia się nie doprowadziła do pewnego rezultatu. W nader bogatej literaturze, poświęconej zbadaniu tej kwestyi, rozbiegli się procesualiści na różne strony, zapatrując się na nią głównie z dwóch stanowisk.

Jedni trzymają się zasady: że w procesie cywilnym nie należy pomnażać przysięgi bez koniecznej potrzeby, i twierdzą, że w razie zachodzącego uczestnictwa w sporze jest dostateczną przysięgą jednego z pomiędzy kilku uczestników sporu, osobiście wtedy, gdy on przysięgą na prawdę stwierdza fakt, z którego wspólne uczestników prawo lub wspólny ich obowiązek wypływa. Zdanie to popierają tym argumentem, że fakt przysięgą stwierdzony musi w procesie za prawdziwy być uznany i to co do wszystkich stron, jako wspólny środek dowodu; bo nie uchodzi, aby w jednym i tym samym sporze pewny fakt co do jednej osoby uznano za prawdziwy, a co do drugiej za nieprawdziwy; n. p. Jan pozywa Piotra i Pawła o zapłacenie sumy 100 złt., którą

obydwom razem pożyczyl. Piotr twierdzi, że całą sumę 100 zł. w nieobecności Pawła Janowi spłacił. Jeżeli Jan wskazaną mu przysięgę odkaże Piotrowi i Pawłowi, wykonanie przysięgi przez Piotra samego będzie dostatecznem. (Wyroki sądu najw. z 25 października 1860 l. 12460, z 28. listopada 1866 l. 10366 i z 5. grudnia 1877 l. 8206 umieszczone w zbiorze Glas. 1215, 2670, 6687).

Inni zaś opierają się na zasadzie niezawisłości czyli samoistności uczestników sporu i są tego zdania, które uważać należy jako do prawdy najwięcej zbliżone, iż w razie zachodzącego uczestnictwa w sporze, którego przedmiotem jest rzecz podzielna, wszyscy uczestnicy sporu winni wykonać przysięgę główną. Uczestnicy bowiem nie przedstawiają jednej osoby w znaczeniu prawnem; każdy z nich przedstawia tylko siebie samego. Gdzie zachodzi uczestnictwo sporu, tam występuje tyle osób spór wiodących, ile uczestników sporu, z których każdy z osobna mógł być skarżyć lub być pozwany, i którzy złączyli się razem, jako jedna strona spór wiodąca, jedynie w tym celu, aby równocześnie przeprowadzić jedną rozprawę sądową, jeden proces zamiast kilku. To zjednoczenie się czyli połączenie kilku uczestników sporu w celu ściśle formalnym, nie pociąga za sobą żadnych następstw materalnych t. j. pod względem praw w tem zjednoczeniu poszukiwanych lub bronionych. Każdy uczestnik sporu zachowuje zupełną niezawisłość działania w procesie i niezależność od drugiego uczestnika, tak jak gdyby każdy z nich działał na własną rękę na drodze osobnego procesu. Każdy więc może z osobna się bronić według własnej woli, nie oglądając się na drugiego i użyć środków dozwolonych według własnego wyboru, słowem, może wszystko to czynić, co każda strona w procesie samoistnie działająca uczynićby mogła; a co jeden z uczestników sporu zdziała, to innym ani korzyści, ani szkody przynieść nie może (ob. monog. o. p. c. §. 72).

W szczególności wypada nadmienić, że jeżeli przedmiotem sporu jest rzecz podzielna, każdy uczestnik sporu może niezależnie od innych rozrządzać swoją częścią, może nie brać udziału w sporze lub nieoglądając się na innych uczestników odstąpić od sporu albo pojednać się z przeciwnikiem. Może więc co do swojej części przyjąć przysięgę i wykonać, albo odkazać ją; przez to jednak innym uczestnikom ani pomaga, ani szkodzi (§. 889 U. c.).

Z powyżej wymienionej zasady samoistności każdego uczestnika sporu wynika, że pomimo połączenia się kilku w celu przeprowadzenia jednej rozprawy sądowej, wolno każdemu uczestnikowi sporu wskazać, odkazać, wykonać lub niewykonać przysięgi głównej. W skutku tego mogą zapaść wyroki różnobrzmiące, odmienne co do każdego uczestnika, a skutki wykonania lub niewykonania przysięgi, wyrokiem nakazanej, trafiają tego tylko, który przysięgę przyjął i wykonał albo jej niewykonał. (Wyroki sądu najw. z 2. lipca 1857 l. 6448, z 28go grudnia 1864 l. 9948, z 14go marca 1866 l. 2077, 16go kwietnia 1868 l. 3229, z 29go kwietnia 1869 l. 3398 umieszczone w zbiorze Glas. 1025, 2036, 2418, 3039, 3358).

Wynika stąd dalej, że przysięgę główną należy wszystkim uczestnikom sporu wskazać lub odkazać — z tym jedynym wyjątkiem, jeżeli obiedwie strony zgodzą się na to, aby przysięga jednemu tylko lub kilku z pomiędzy wszystkich uczestników sporu wskazaną lub odkazaną była. Albowiem jeżeliby deferentowi lub delatowi wolno było, bez zezwolenia strony przeciwnej wskazać lub odkazać przysięgę jednemu tylko lub kilku z pomiędzy wszystkich uczestników sporu, w takim razie miałyby ten jeden lub kilku moc rozrządzenia pod pewnym względem prawami reszty uczestników sporu; od niego bowiem lub od tych kilku zależałby ostateczny wynik sporu, a tem samem los wszystkich innych, osobliwie wtedy, gdyby nie wykonał lub niewykonali nakazanej im przysięgi; czego jednak nie można dopuścić w obec analogii

§. 175, według którego przyznanie jednego z uczestników sporu szkodzi jemu tylko, a nie innym.

Można więc przyjąć za regułę, że w razie zachodzącego uczestnictwa w sporze, którego przedmiotem jest rzecz podzielna, winien każdy z uczestników sporu złożyć wyrokiem nakazaną sobie przysięgę.

Jeżeli zaś stosunek prawny jest tego rodzaju, iż w obec wszystkich uczestników sporu tylko jednolicie ustalonym być może, co w szczególności ma miejsce w razie niepodzielności stosunku prawnego albo przedmiotu sporu, (ob. monog. o. p. c. §. 72), a więc wyrok w obec wszystkich jednolitym być musi, w takim razie jest dostateczną przysięgą jednego z uczestników sporu — a to z powodów, już powyżej w §. 27 przytoczonych (§§. 892 i 893 U. c.). (Wyrok sądu najw. z 5. grudnia 1865 l. 9623 w zbiorze Glas. 2329).

Nakoniec nadmienić wypada, że jeżeli przysięga wyrokiem wszystkim uczestnikom sporu nakazaną została, a do jej wykonania jeden tylko lub kilku z nich zgłosiło się, inni zaś albo wcale się nie zgłosili, albo ją odkazali, sędzia winien uznać przysięgę za odkazaną — i to po części dlatego, że w takim razie nie stało się zadość warunkom wyroku, po części zaś, ponieważ sędzia nie może dopuścić, aby równocześnie delat wykonał wskazaną mu przysięgę na nieprawdziwość, a deferent odkazaną mu przysięgę na prawdziwość tego samego faktu spornego, (wyroki sądu najwyż. z 12. stycznia 1859 l. 14384, z 17. lutego 1863 l. 890 i z 17. lutego 1869 l. 1375 w zbiorze Glas. 706, 1654, 3294).

Ustawa węgierska zawiera w §. 241 postanowienie następujące: Deferujący przysięgę winien w toku procesu oświadczyć, który z uczestników sporu wykona przysięgę, sędzia zaś ma rozważyć wszystkie stosunki zachodzące między uczestnikami sporu i rozstrzygnąć, któremu z nich ma być przysięga nakazaną, przyczem winien baczyć na to, aby przysięgi

bez potrzeby nie pomnażano i temu tylko przysięgę nakazano, który ją według własnej wiedzy może wykonać.

Zaprojektowana ustawa sądowa (§. 416), zamierza zamiast przysięgi stron wprowadzić badanie stron jako świadków, a opierając się na zasadzie wolnego ocenienia dowodów, pozostawia sędziemu do osądzenia, którzy z pomiędzy uczestników sporu mają być badani, upoważniając go zarazem do badania wszystkich, jeżeli tego uzna potrzebę.

§. 73.

o przedmiocie przysięgi głównej.

Przedmiotem przysięgi stanowczej są tylko fakta. Strona może przysięgą stwierdzić tylko istnienie lub nieistnienie pewnego czynu albo zdarzenia, z którego wypływa prawo lub obowiązek, bynajmniej zaś istnienie lub nieistnienie samego prawa lub stosunku prawnego, albo obowiązku (najw. post. z 1. października 1844), n. p. że rzecz sporna jest, albo stała się jej własnością, lub że ona była w jej posiadaniu, albo że pozwany nie jest obowiązany powodowi zapłacić dług (d. n. z 26. lutego 1846 l. 935). Również nie może być przedmiotem przysięgi głównej ważność aktu prawnego, dobra lub zła wiara posiadacza, zamiar, bojaźń, przymus i t. p.; ani też ta okoliczność, że strona przy zawarciu aktu prawnego była małoletnią, ponieważ małoletność nie jest faktem, lecz tylko wnioskiem wyprowadzonym z dwóch premis, jako to: z prawnej, t. j. z wieku do wieloletności ustawą wymaganego i z faktycznej t. j. z chwili urodzenia.

Jest jednak rzeczą obojętną, czy przysięga stanowcza w formie twierdzącej, czy przeczącej została wskazaną, (najw. post. z 31 marca 1846 l. 953) t. j. czy przedmiotem przysięgi jest fakt dodatni czy ujemny. Jeżeli więc ktoś twierdzi, że nabył prawa z powodu, że pewien fakt prawny nie ziścił się, w takim razie wskazuje on delatowi

przysięgę na to, że fakt ten ziścił się, a w razie odkazania winien deferent wykonać przysięgę na to, że fakt ten nie wydarzył się.

Z §. 275 U. s., który stanowi, że deferent może wskazać stronie przeciwnej przysięgę stanowczą na te okoliczności, których prawdziwości przeciwnik zaprzecza, wynika, że tylko ta strona, która fakt naprowadza, czyli twierdzi, że się coś stało, albo że się nic nie stało, może wskazywać przysięgę, a nie strona przecząca; albowiem przysięga stanowcza może być deferowaną tylko na fakta zaprzeczone przez stronę przeciwną.

Ztąd wynikają pravidła następujące:

1. Przedmiotem przysięgi głównej mogą być tylko fakta, naprowadzone przez jedną, a zaprzeczone przez drugą stronę, azatem fakta sporne (*streitige Thatfachen*).

2. Fakta sporne, które przysięgą mają być stwierdzone, winne być stanowczemi (*erhebliche, facta relevantia*); fakta bowiem niestanowcze, nierozstrzygające sporu, w ogóle nie mogą być przedmiotem dowodu (§. 22) np. jeden z kilku dłużników solidarnych, pozwanych o spłacenie pożyczki nie mógłby deferować przysięgi pozywającemu wierzycielowi na to, że pożyczka nie była mu zaliczoną, ponieważ okoliczność ta nie jest stanowczą. Zarzut niezaliczonej waluty mógłby jego, jako pozwanego spółdłużnika solidarnego, w tym tylko razie uwolnić od obowiązku spłacenia długu, jeśliby stanął dowód, że zaliczenie waluty wcale nie nastąpiło, azatem waluta ani jemu, ani innym spółdłużnikom nie była zaliczoną, (wyrok sądu najwyższego z 12go grudnia 1854 l. 8711 w zbiorze Glas. 53).

3. Nadto fakt, za pomocą przysięgi stwierdzić się mający, musi być tego rodzaju, iżby stronom wolno było godzić się o prawo wypływające z tego faktu; w razie przeciwnym nie jest dopuszczalną przysięga. Z tego powodu nie ma miejsca przysięga stanowcza w sporach małżeńskich w celu udowodnienia przeszkody małżeństwa lub przyczyny

rozvodu (§§. 99 i 115 U. c. i d. n. z 23go sierpnia 1819 l. 1595).

Ustawy nie dopuszczają przysięgi głównej także w tych sprawach, w których interes publiczny nie dozwala wyjawienia tajemnicy urzędowej — jakoto w razie zapoznania sędziego na mocy ustawy z 12go lipca 1872 l. 112 §. 16; jakoteż w sprawach wynikłych z naruszenia posiadania, w których roznamiętnienie stron mogłoby łatwo spowodować krzywoprzysięstwo (rozp. ces. z 27. paźdz. l. 12).

W sprawach drobnostkowych nie ma miejsca przysięga główna, którą ustawa z 27. kwietnia 1873 l. 66. zniosła, zastąpiwszy ją nową instytucją t. j. przesłuchaniem stron jako świadków.

4. Przedmiotem przysięgi mogą być tak własne, jak obce czyny (§. 280). Kto prowadzi proces we własnym imieniu, temu można wskazać przysięgę nie tylko na jego własne lecz także na obce czyny; jeżeli zaś prowadzi ktoś proces nie w imieniu własnym, lecz na rzecz trzeciego, wówczas przysięga tylko na jego własne czyny jest dopuszczalną. Czyn zaś obcy musi być tego rodzaju, iżby strona była w stanie nabyć o nim wiadomości własnym spostrzeżeniem lub żeby przynajmniej mogła zaprzeczyć prawdziwości owych czynów według własnej wiedzy i pamięci; w razie przeciwnym nie mógłby sędzia dopuścić przysięgi (§. 866).

5. Spornem jest pytanie: czy czyn karygodny przeciwnika może być przedmiotem przysięgi głównej?

W ustawach proceduralnych nie znajdujemy wyraźnej wskazówki, podług której moglibyśmy rozwiązać powyższe pytanie; ztąd też pochodzi różnorodność wyroków sądowych, nawet w instancyi najwyższej. Za dopuszczalnością przysięgi głównej na czyn karygodny przemawia najpierw ta okoliczność, że ustawa nie wyklucza przysięgi na czyny karygodne, która w sprawach tego rodzaju jest najczęściej jedynym środkiem dowodu. Przemawia za tem i ten wzgląd, że ustawa w sprawach o wynagrodzenie za szkodę,

wynikłą z czynu karygodnego, odseła poszkodowanego na drogę procesu cywilnego w tym razie, gdy sąd karzący nie jest w możności oznaczyć wynagrodzenie albo gdy poszkodowany nie chce poprzestać na wynagrodzeniu, przez sąd karzący wymierzonym (ob. monog. o. p. c. §. 112). Odsełając poszkodowanego na drogę procesu cywilnego, tem samem uznaje ustawa za dopuszczalne wszystkie środki dowodowe, w procesie cywilnym ordynacją sądową dozwolone, a więc i przysięgę główną. Nareszcie przemawia za tem i ta uwaga, że skoro deferent sam, nie mając innego środka dowodowego, dowód spełnienia lub niespełnienia czynu karygodnego, czyni zawisłym od sumienia przeciwnika, ustawodawca nie ma powodu niedopuszczenia przysięgi; (wyroki sądu najw. z 31. października 1865 l. 9146, z 24. lipca 1860 l. 7873 i 1. października 1872 l. 4166 w zbiorze Glas. 2305, 1162 i 4717). Przeciw dopuszczalności przysięgi na czyn karygodny przeciwnika przemawia zaś nie tylko to, że sędzia nie powinien dopuścić przysięgi, gdy zachodzi tak wielka pokusa do krzywoprzysięstwa, jak w danym przypadku, lecz także analogia §. 287 U. s., która wyklucza z rzędu środków dowodowych t. z. przysięgę usprawiedliwiającą czyli oczyszczającą (Reinigungseid, juramentum purgatorium), za rodzaj której można uważać przysięgę na czyn karygodny, t. j. ową przysięgę, za pomocą której oczyszcza się strona z zarzutu prawdopodobieństwa faktu naprowadzonego przeciwko niej przez stronę przeciwną. (Wyroki sądu najw. z 15. października 1868 l. 9117 i z 12. grudnia 1866 l. 10227 w zbiorze Glas. 3140 i 3627).

Projekt do przyszłej ordynacji sądowej dopuszcza przysięgę na czyny karygodne, ponieważ w §§. 421 i 381 dozwala delatowi uchylić się od przesłuchania pod przysięgą na pytania tego rodzaju, iżby odpowiedź na nie hańbiła lub narażała na niebezpieczeństwo dochodzenia sądowego na drodze karnej, jego lub jego małżonka, lub osobę, z którą on w linii prostej, albo w linii pobocznej aż do drugiego stopnia jest

spokrewniony lub spowinowacony lub przez adopcją skojarzony.

6. Jeżeli jedna strona zaoferowała lub złożyła dowód na prawdziwość faktu przez się naprowadzonego, wówczas nasuwa się pytanie: czy też strona przeciwna może jej wskazać przysięgę stanowczą celem przeprowadzenia dowodu przeciwnego?

Regułą jest, że przysięga stanowcza nie może być środkiem przeciwdowodowym. Od dowódciciela bowiem, który fakt rozstrzygający spór już udowodnił, nie można według zasad rozumnej teoryi dowodowej żądać dalszego dowodu faktu już dowiedzionego, a mianowicie nie można żądać od niego przysięgi. Actor, qui plene probavit, non debet compelli jurare.

W szczególności jest niedopuszczalną przysięga stanowcza celem przeprowadzenia dowodu przeciwnego; a mianowicie:

a) przeciw dowodom wykluczającym wszelki dowód przeciwny (§. 19); jako to: przeciw przyznaniu sądowemu (§§. 173 i 174 U. s.) przeciw dokumentom publicznym, zawierającym orzeczenie urzędu lub władzy publicznej (§. 54), przeciw orzeczeniu biegłych (§. 272 U. s.), domniemaniu z prawa niezachwianemu i fikcyi prawnej (§. 14).

b) przeciw dowodowi ze świadków; kto bowiem stawia dowód ze świadków, ten tem samem już naprzód uchyla dowód z przysięgi, antycypując dowód przeciwny, czy to celem ulżenia sumieniu swemu (§. 276 U. s.) czy też celem zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu (§. 305 U. s.). Niedopuszczalność przysięgi głównej przeciw dowodowi ze świadków, wynika także ztąd, że ustawa sądowa daje w razie zachodzącej kolizyi między przysięgą i innemi środkami dowodowymi, tym ostatnim pierwszeństwo, uważając przysięgę za środek dowodowy wprawdzie konieczny, lecz tylko posiłkowy; czego dowodem są właśnie §§. 276 i 305 U. s.

- c) przeciw przysiędze stanowczej, jako dowodowi pierwszemu, jest niedopuszczalną przysięga stanowcza, jako bezpośredni dowód przeciwny; jest bowiem zupełnie zbyteczną. Skoro deferent wskazuje delatowi przysięgę stanowczą celem udowodnienia faktu przez się naprowadzonego, natenczas delat nie mógłby deferentowi wskazać przysięgi stanowczej celem udowodnienia prostego przeciwieństwa; wolno mu bowiem przyjąć deferowaną sobie przysięgę na przeciwieństwo faktu naprowadzonego przez deferenta. Jednakże dla przeprowadzenia pośredniego odwołu na fakt odwrotnie przeciwny, przysięga główna jest dopuszczalną.
- d) Pozostaje jeszcze do rozwiązania pytanie: czy dowód przeciwny z przysięgi głównej jest dopuszczalnym przeciw dowodowi z dokumentów, bądź publicznych (z wyjątkiem powyżej pod *a* wskazanym) bądź prywatnych, mianowicie przeciw treści dokumentu, a w szczególności: czy jest dopuszczalną przysięga główna celem udowodnienia t. z. excepcyi nie zaliczonej waluty? (die Einwendung des nicht zugezählten Geldes, exceptio non numeratae pecuniae).

Powód powątpiewania o dopuszczalności przysięgi przeciw treści dokumentu tkwi po części w tem, że prawo deferowania przysięgi służy tylko stronie twierdzącej, a nie stronie przeczącej, nie służy więc dłużnikowi pozwanemu, który zaprzecza, iżby otrzymał walutę, po części w tem, że przysięga wtedy tylko ma miejsce, jeżeli nie ma postawionego przeciwdowodu celem ulżenia sumieniu (§. 276 U. s.). Dowód zaś z dokumentu jest właśnie takim, już napróżd złożonym przeciwdowodem. Zresztą fakt raz dowiedziony, nie potrzebuje dalszego dowodu; a gdy producent już dokumentem dowiódł treści nim objętej, a w szczególności skryptem dowiódł zaliczenia waluty, nie można więc żądać od niego, ażeby nadto stwierdził przysięgą to, czego już dowiódł dokumentem.

Wszelako powody, dopieroco wyłuszczone, nie mogą nas przekonać o niedopuszczalności przysięgi przeciw treści dokumentu. Albowiem nie można wprowadzić zaprzeczyć trafności zdania, że to, co jest już dowiedzionem, nie potrzebuje dalszego sprawdzenia — wszelako tylko ze strony producenta dokumentu jako dowodziciela, a nie ze strony produktu t. j. przeciwnika strony przedstawiającej dokument. Wynika zaś z istoty przysięgi głównej, że w razie jej deferowania dowodzącym jest deferent, a nie delat. Nie można więc twierdzić, że przeciwnik strony produkującej dokument, wskazując jej przysięgę, zmusza ją do dalszego dowodzenia, zwłaszcza, że wolno jej, jako delatowi, odkazać przysięgę. Również pozornym jest argument wyprowadzony z §. 275, ponieważ dłużnik zapozwany z dokumentu, zaprzeczając jego treści, a w szczególności zaprzeczając, iżby otrzymał walutę, nie jest stroną zaprzeczającą, lecz przeciwnie jest stroną twierdzącą; on bowiem twierdzi, że to się nie stało, co według treści dokumentu stać się miało, a mianowicie, że nie otrzymał waluty, której zaliczenie poświadczył skryptem.

Za dopuszczalnością przysięgi, celem przeprowadzenia odvodu przeciw treści dokumentu, przemawia głównie ta okoliczność, że ustawa sądowa nie tylko nie wyklucza przysięgi, jako środka przeciwdowodowego, lecz nie mogła nawet jej wykluczyć, ponieważ przysięga stanowcza jest częstokroć jedynym dla dłużnika środkiem dowodu na to, że treść dokumentu nie zgadza się z prawdą — n. p. jedynym środkiem dowodu zawarcia aktu prawnego na pozór (wyrok sądu najw. z 24. lipca 1860 l. 7873 w zbiorze Głäsera 1162). Gdyby nie dopuszczono przysięgi dla przeprowadzenia odvodu przeciw treści dokumentu, pozbawionoby nie raz dłużnika możliwości bronięcia się od niesprawiedliwych roszczeń rzekomego wierzyciela, zwłaszcza, gdy w życiu codziennem wydarza się bardzo często, iż dokument antycypuje czyn t. j. poświadcza czyn, który się jeszcze nie wydarzył; n. p. gdy dłużnik przed odebraniem pożyczki, wierzycielowi już wręczył skrypt

(rozp. min. z 4. kwietnia 1856 l. 22487 i wyrok sądu najw. z 18. paźdz. 1854 l. 10295 umieszczony w księdze wyroków l. 10 tudzież z 25. paźdz. 1865 l. 8716 i 19. listopada 1872 l. 10328 umieszczone w zbiorze Glas. 2300 i 4779).

§. 74.

Zastąpienie przysięgi głównej innym dowodem, mianowicie dowodem w celu ulżenia sumieniu swemu lub zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu.

Z uwagi, że przysięga główna jest niepewnym środkiem dowodu, ustawa sądowa poddaje stronom możliwość uchylenia i zastąpienia jej innym środkiem dowodowym. Dowodem uchylającym przysięgę, może być, bądź to:

1. dowód w celu ulżenia sumieniu swemu, (Gewissensvertretung, Ablehnung des deferirten Eides, probatio pro exoneranda conscientia, vel remedium declinandi juramenti per probationem) [§. 276 U. s.] — bądź też:

2. dowód w celu zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu (Beweis zur Verhinderung des Eides, probatio pro vitando perjurio) §. 305 u. s.

ad 1. Delat, który przysięgi wskazanej nie chce ani przyjąć, ani odkazać, może w toku procesu ofiarować inny dowód celem uchylenia przysięgi głównej, czyli może ją zastąpić innym rodzajem dowodu, a tem samem ulżyć sumieniu swemu. Temi środkami dowodowymi mogą być dokumenta, świadkowie, przysięga uzupełniająca i przyznanie zasądowe. Wynika zaś z istoty rzeczy, że tym środkiem dowodowym nie może być ani przysięga stanowcza, przez delata wskazana deferentowi, ani przysięga szacunkowa lub wyjawiająca. Jeżeli delat ofiarował dowód ze świadków, dowód ten winien być dopuszczonym wyrokiem przedstanowczym i przez delata podjętym, jeśli ma być mowa o dowodzie, który ma zastąpić przysięgę w myśl §. 276 U. s. Jeżeli dowód ze świadków wypadł pomyślnie dla delata, t. j. jeżeli świadkowie zeznali

to, co delat miał stwierdzić przysięgą, w takim razie przysięga nie może już mieć miejsca. W razie przeciwnym, t. j. jeżeli dowód ze świadków wypadł na korzyść deferenta, a zatem świadkowie stwierdzili fakt przezeń naprowadzony, w takim razie nie mógłby delat ani przyjąć, ani odkazać przysięgi, lecz fakt przedstawiony przez deferenta, musiałby za prawdziwy być uznany. Jednakże, jeżeli sędzia nie dopuścił dowodu ze świadków, lub delat go nie podjął, lub nareszcie zeznania świadków badanych nie stanowiły żadnego dowodu ani prawdziwości ani nieprawdziwości faktu spornego, w takim razie służyłoby jeszcze delatowi prawo przyjęcia lub odkazania przysięgi; ponieważ w tym tylko przypadku nie niemógłby ani przyjąć, ani odkazać przysięgi, jeśliby w dowodzie ze świadków upadł (im Falle dieser Beweis nicht rechtsbeständig ausfiel); co w przypadkach dopieroco wymienionych, nie nastąpiło. Zatem przemawia także d. n. z 23. maja 1835, według którego wynik dowodu ze świadków nie wiąże sędziego przy ostatecznem zawyrokowaniu, niemniej ta okoliczność, że ofiarowanie dowodu dla ulżenia sumieniu, nie mieści w sobie zrzeczenia się przysięgi.

Te same zasady mają zastosowanie także w tym przypadku; jeżeli delat dokumentami chce zastąpić przysięgę.

ad 2) Tak deferentowi, jak delatowi wolno nawet po zapadłym wyroku, przed wykonaniem przysięgi przez przeciwnika, złożyć inny dowód lub odwód w celu uchylenia przysięgi, a tem samem zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu, wszelako tylko pod warunkami wskazanymi w §. 305 t. j. jeżeli deferent lub delat odkrył nowe środki dowodowe i nie zataił ich dla przedłużenia lub zawikłania sprawy (§. 40 u. s.)

Prawo ofiarowania innego rodzaju dowodu w miejsce przysięgi, celem uchylenia jej dla zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu służy tak deferentowi, jak delatowi, i to deferentowi dla ofiarowania innego dowodu (Beweis) w miejsce przysięgi, którą sam wskazał; delatowi zaś dla ofiarowania

odwołu przeciw przysiędze, którą jemu wskazano. Prawo to służy obydwom nie tylko w toku procesu, lecz nawet po zapadłym wyroku.

a) Że prawo to służy deferentowi i to:

α) po zapadłym wyroku pod warunkami oznaczonymi w §. 305, wynika niewątpliwie z tego samego §. 305, który przypuszcza stronę do przeprowadzenia dowodu t. j. dowodu pierwszego (zur Führung seines Beweises), a zatem deferentowi, jako dowodzicielowi, dozwala ofiarować w miejsce przysięgi, inny pierwszy dowód przed wykonaniem przysięgi przez stronę przeciwną t. j. przez delata przyjętej.

β) prawo to służy deferentowi także w toku procesu przed wydaniem wyroku t. j. deferent może w późniejszym piśmie procesowym odwołać przysięgę, którą w poprzedzającym wskazał przeciwnikowi swemu i ofiarować natomiast inny dowód pod warunkami §. 305, które w prośbie o wprowadzenie nowości wykazać winien (§. 40 U. s.). Niewątpliwem jest, że prawo to służy deferentowi w toku procesu; albowiem skoro jemu wolno zapobiedz wykonaniu przysięgi przez przeciwnika po zapadłym już wyroku, tem bardziej powinno mu służyć to prawo w toku rozprawy sądowej, bo niedozwolenie przeprowadzenia nowego dowodu w toku toczącego się sporu na podstawie §. 40 U. s., które po zapadłym wyroku na mocy §. 350 musiałyby mu być dozwolonem, nie miałyby żadnego celu i dałyby jedynie powód do niepotrzebnego przedłużenia sprawy.

b) Że prawo to służy także delatowi, i to:

α) po zapadłym już wyroku, pod warunkami wskazanymi w §. 305, wypływa również z §. 305, który dopuszcza stronę do przeprowadzenia od-

wodu (zur Führung des Gegenbeweises), a zatem delatowi, jako odwozicielowi (Gegenbeweismführer) dozwala przeprowadzić dowód przeciwny przed wykonaniem przez przeciwnika (t. j. deferenta) przysięgi, którą delat deferentowi odkazał.

- β) prawo uchYLENIA przysięgi przez złożenie dowodu przeciwnego służy delatowi także w toku rozprawy sądowej. Chociaż delat w piśmie procesowym przyjął wskazaną sobie przysięgę, wolno mu w piśmie następującem odwołać przyjęcie przysięgi i zaofiarować dowód w celu ulżenia sumieniu (§. 276); ponieważ przysięga główna, aczkolwiek w toku rozprawy przyjęta, tak przed, jak po zapadłym wyroku odkazaną być może (d. n. z 12. marca 1789). Może więc delat przez późniejsze odkazanie przysięgi, którą w toku procesu już przyjął, stać się przeciwnikiem tego, który ma ją wykonać; może się więc postawić w to położenie, w którym według §. 305 już nie deferent do złożenia przysięgi odkazanej, lecz on (delat) do przeprowadzenia dowodu przeciwnego musi być dopuszczonym. Skoro §. 305 dozwala delatowi ofiarować odwód celem zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu nawet po zapadłym już wyroku, nie można mu zaprzeczyć tego prawa w toku procesu w celu ulżenia sumieniu swemu.

Inaczej rzecz się ma w procesie sumarycznym §. 38 pat. sum. stanowi bowiem: że kto chce uniknąć przysięgi, lub przeszkodzić wykonaniu przysięgi przez stronę przeciwną, winien już w toku rozprawy sądowej przedstawić wszelkie ku temu zamierzające środki dowodowe. Po skończonej rozprawie ani dowód w celu ulżenia sumieniu, ani przeciwdowód w celu zapobieżenia krzywoprzysięstwu miejsca mieć nie może; i to bardzo słusznie, ponieważ ofiarowanie nowych dowodów po zapadłym już wyroku, sprzeciwia się

zasadzie przezorności i służy najczęściej za prawny środek przedłużania sprawy.

Obiedwie instytucje prawne t. j. ofiarowanie innego dowodu w miejsce przysięgi w celu ulżenia sumieniu i zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu, zgadzają się w tem, że obie dążą do uchylenia przysięgi. Różnią się atoli w punktach następujących:

1. Ofiarowanie przeciwdowodu w celu ulżenia sumieniu ma na celu:

- a) uwolnić się od złożenia przysięgi
- b) mianowicie przysięgi głównej
- c) służy tylko delatowi
- d) w toku toczącego się sporu, przed zapadłym wyrokiem — bo jeżeliby delat dopiero po wyroku znalazł nowe środki dowodowe, mógłby do przeprowadzenia dowodu w celu ulżenia sumieniu być dopuszczonym tylko na drodze restytucji (§. 489 U. s.)
- e) i nie jest zawisłem ani od pewnych warunków (§§. 40 i 305) ani od zezwolenia sądu.

2. Ofiarowanie zaś innego dowodu lub przeciwdowodu w celu zapobieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu ma na celu:

- a) przeszkodzić wykonaniu przysięgi przez stronę przeciwną
- b) bądź przysięgi głównej, bądź uzupełniającej lub szacunkowej
- c) służy tak delatowi, jak deferentowi
- d) nie tylko w toku procesu, lecz nawet po zapadłym już wyroku
- e) wszelako jest zawisłem od istnienia warunków wskazanych w §. 305 i od zezwolenia sądu.

§. 75.

Proceder dowodowy.

Proceder dowodowy, czynność proceduralna, ściśle formalna, nie wymaga rozbioru umijętnego, wystarczy więc odwołanie się do odnośnych paragrafów ustawy sądowej i dodatkowych przepisów, normujących postępowanie sądowe w każdym jego okresie z osobna -- i tak w szczególności:

I. Co do ofiarowania dowodu z przysięgi głównej, należy zachować przepisy §§. 12, 275, 278, 280 u. s. i d. n. z 31. paździer. 1785 l. 489, 28. maja 1789 l. 1012, i 18. lutego 1746 l. 935 i najw. post. z 19go czerwca 1847 l. 1068.

II. Co do dopuszczenia przysięgi głównej, obowiązują przepisy §§. 277 — 281 u. s. i d. n. z 19. października 1792, z 15. grudnia 1794 i 26. kwietnia 1842 l. 610 i najw. post. z 19. czerwca 1847).

W szczególności nadmienić tylko wypada, że sędzia dopuszcza przysięgę główną wyrokiem stanowczym warunkowym (*bedingtes Endurtheil*) rozstrzygającym o prawach i obowiązkach stron ewentualnie t. j. z uwzględnieniem możliwych wypadków wykonania lub niewykonania przysięgi nakazanej wyrokiem. Ponieważ wyrok, dopuszczający przysięgę, zawiera jedynie warunkowe orzeczenie co do prawa lub stosunku spornego, przeto z jego osnowy nie można jeszcze wiedzieć, kto zwyciężył, a kto pokonanym został. Czy powód ma prawo żądania, a pozwany obowiązek świadczenia lub nie, pytanie to wyjaśni dopiero następne orzeczenie, czyli uchwała sądu, zawiadamiająca strony o wykonaniu lub niewykonaniu przysięgi.

Na treść wyroku dopuszczającego przysięgę wpływają okoliczności następujące:

1. czy delat w toku procesu przyjął lub odkazał przysięgę, lub wcale żadnego nie dał oświadczenia. Jak zaś wyrok ma opiewać w tym przypadku, postanawia §. 277 u. s.

2. czy przysięga główna jest odkazalną lub nieodkazalną — §. 278.

3. czy przysięga główna z dodatkiem: „o ile wiem i pamiętam“ czy bez tego zastrzeżenia ma być wykonaną — §. 279.

4. czy przysięgę główną mają wykonać same strony, czy zaś trzecia osoba, nie wchodząca do sporu. (§. 280 i 281) — nareszcie

III. Co do podjęcia dowodu z przysięgi głównej t. j. co do zgłoszenia się strony do wykonania przysięgi i skutków nie złożenia jej zawierają §§. 282—285 u. s. szczegółowe postanowienia.

§ 76.

Przysięga uzupełniająca.

Przysięga uzupełniająca jest to przysięga dowodziciela, stwierdzająca prawdziwość faktu przezeń naprowadzonego, której dowodziciel nie zdołał dowieść w zupełności, wszelako dowiódł przynajmniej w połowie.

Przysięga uzupełniająca nie jest przysięgą deferowaną czyli wskazaną przeciwnikowi, lecz ofiarowaną czyli własną przysięgą dowodziciela (Eigeneid) nie wskazaną przeciwnikowi. Wykazaliśmy już powyżej w §. 66, że własna przysięga dowodziciela według zasad teorii dowodowej nie jest dopuszczalną, głównie z powodu niebezpieczeństwa, na jakie narażanoby prawa prywatne, gdyby każdemu było wolno przysięgą własną stwierdzać fakta, nieraz zmyślane. Gdzie nie ma obawy takiego niebezpieczeństwa, tam własna przysięga dowodziciela może być dopuszczoną. Nie ma zaś tej obawy wtedy, gdy już inne powody przemawiają za prawdopodobieństwem faktu, przysięgą stwierdzić się mającego, a w szcze-

gólności w tym razie, gdy dowodziciel już ofiarował dowód początkowy t. j. połowę lub więcej niż połowę dowodu, ponieważ w tym razie odpada powód, który przysięgę własną czyni wątpliwą. Dlatego też ustawa w powyższem przypuszczeniu uznaje przysięgę własną za dopuszczalną. Przysięga uzupełniająca różni się od przysięgi głównej tem tylko, że przysięga główna najpierw przeciwnikowi wskazaną być musi, gdy przeciwnie przysięga uzupełniająca jest własną przysięgą dowodziciela, który jej nie wskazuje przeciwnikowi. Pomijawszy tę różnicę nie ma żadnej innej między jedną i drugą. Obiedwie składają się w ten sam sposób, i nie ma żadnego powodu, dla któregoby przysięga uzupełniająca zasługiwała na mniejszą wiarę, aniżeli stanowcza. Ofiarujący przysięgę uzupełniającą nie dowodzi mniej od deferenta przysięgi głównej; on domaga się jedynie prawa wykonania przysięgi bez poprzedniego jej wskazania przeciwnikowi swemu, a to z powodu, że już ofiarował dowody przemawiające za prawdopodobieństwem twierdzenia swego, które nadto własną przysięgą chce stwierdzić.

Warunki dopuszczalności przysięgi uzupełniającej są następujące:

1. ofiarowanie dowodu początkowego to jest przynajmniej półdowodu. Któreymi środkami dowodowemi można przeprowadzić dowód początkowy, wykazaliśmy powyżej w §. 15. Do nich zaliczyliśmy także każdy dowód pośredni, a w szczególności tak zwany dowód ze zbiegu okoliczności w znaczeniu powyżej w §. 13 określonym, który jeszcze nie był tak silnym, iżby już sam przez się mógł zupełnie przekonać sędziego o prawdziwości faktu spornego. (Wyroki sądu najw. z 31. marca 1857 l. 1973, z 11. listopada 1857 l. 10774 i 29. września 1857 l. 8645 w zbiorze Glas, 325, 469 i 626). Dlatego też pierwszą połowę dowodu, przeprowadzoną w szczególności dokumentami wprawdzie wiary godnymi, wszelako jeszcze niedostatecznymi do ustalenia dowodu zupełnego, może uzupełnić własna przysięga do-

wodziciela. Że zaś dokumentami tego rodzaju można przeprowadzić dowód początkowy, nie ulega wątpliwości, raz dlatego, że ustawy nie tylko nie wyłączają dokumentów z rzędu środków póldowodowych, lecz przeciwnie ustawa sądowa w §§. 188 — 191, i ustawa handlowa w §. 34 wymieniają dokumenta, któremi dowód początkowy da się przeprowadzić; powtóre dlatego, że ustawa sądowa w §. 179, 181 — 185 mówi o dokumentach, którym ma być dana zupełna wiara, z czego wynika, że mogą także istnieć dokumenta wprowadzające wiarygodne, wszelako same przez się jeszcze niedostateczne, aby sędziego o prawdziwości faktu spornego przekonać w zupełności. Należy przytem i to uwzględnić, że ustawa sądowa w §. 286 pozostawia ocenieniu sędziego, czy dowodziciel przeprowadził pierwszą połowę dowodu, którą chce własną przysięgą uzupełnić n. p. powód żądający od spadkobiercy dłużnika spłaty pożyczki 300 złt., zaliczonej spadkodawcy, dowodzi zaliczenia tej pożyczki listem spadkodawcy w którym go prosi o pożyczenie 300 złt. — dalej listem własnym (powoda) adresowanym do spadkodawcy i znalezionym pomiędzy papierami pozostałymi po spadkodawcy, którego treść dowodzi, że powód przesłał spadkodawcy żądaną sumę 300 złt. i przedłożonym rewersem pocztowym na 300 złt. — nareszcie blankietem wekslowym na 300 złt. opatrzonym własnoręcznym akceptem spadkodawcy, przesłanym przezeń powodowi, jako poświadczenie otrzymanej pożyczki 300 złt. Przeprowadzony w ten sposób dowód pośredni z dokumentów, aczkolwiek nie rodzi zupełnej pewności zaliczenia powyżej wspomnianej pożyczki, może jednak sędzia uznać za dowód początkowy, lub nawet za silniejszy od połowy dowodu i dopuścić przysięgę uzupełniającą. (Orzeczenie sądu najw. z 20. lipca 1877 l. 1236, umieszczone w zbiorze orzeczeń 94).

2. Prócz tego wszystkie inne okoliczności powinny się zgadzać z twierdzeniem przysięgą stwierdzić się mającem i uczynić je wiarygodnem (§. 286 U. s.).

Zdawałoby się, że drugi ten warunek w obec pierwszego nie jest koniecznym; ponieważ w razie zachodzących okoliczności, które niszczą prawdopodobieństwo twierdzenia dowodziciela, nie może być mowy o istnieniu pierwszego warunku t. j. dowodu początkowego. Jednakże warunek ten ma swoje znaczenie, albowiem rzeczą sędziego jest osądzić, czy przysięga uzupełniająca może być dopuszczoną, sędzia winien uwzględnić wszystkie okoliczności, razem wzięte, mianowicie stosunki osobiste stron i właściwość przedmiotu sporu, i jeżeli one twierdzenia dowodziciela nie czynią wiarygodnym, może sędzia nie dopuścić do przysięgi uzupełniającej, n. p. jeżeliby dowodziciel chciał stwierdzić przysięgą to, co się wydarzyło w czasie jego wieku niedojrzałego lub w jego nieobecności, albo jeżeliby przysięgę własną zaofiarował dowodziciel, który za krzywoprzysięstwo już był karany.

Przysięga uzupełniająca jest przysięgą dobrowolną, nie można jej przeto narzucić z urzędu. Dowodziciel winien ją ofiarować i to równocześnie z przedstawieniem faktu; nie może jej więc ofiarować dopiero w replice lub duplice dla stwierdzenia faktu, w skardze lub obronie naprowadzonego; tak jak przysięgę główną (d. n. 11. maja 1784 l. 287). Wyjątek w procesie sumarycznym (§. 21).

Przysięga uzupełniająca, ofiarowana przez dowodziciela na fakta przez niego samego naprowadzone, jest przysięgą na prawdę, i przysięgę tę winien on wykonać bez żadnego zastrzeżenia (§. 63).

Kto jest niezdolnym do przysięgi w ogóle (§. 65), ten jest też niezdolnym do złożenia przysięgi uzupełniającej. Ustawa uwzględnia dostatecznie dowodziciela, dozwalając mu, aby we własnej sprawie sam wykonał przysięgę, niepodobna więc dopuścić jeszcze większego uwzględnienia przez dopuszczenie do przysięgi osoby do tego niezdolnej.

Ponieważ przysięga uzupełniająca tak samo, jak przysięga stanowcza jest dla sędziego tylko posiłkowym środkiem

dowodu, przeto nie jest ona dopuszczalną, jeżeli dowodziciel zaofiarował nadto jeszcze inne środki dowodowe, które mogą stanowić dowód zupełny. Sędzia nie mógłby więc z pomiędzy kilku świadków wiarygodnych, przez dowodziciela powołanych, dopuścić do świadectwa jednego tylko świadka i nakazać dowodzicielowi, ażeby dla uzupełnienia tego półdowodu wykonał przysięgę uzupełniającą.

Ustawa w §. 287 orzeka, że przysięga oczyszczająca czyli usprawiedliwiająca (*Reinigungseid*, *juramentum purgatorium*) nie ma miejsca. Jest to przysięga (zaprowadzona prawem kanonicznem), którą sędzia назнача przeciwnikowi dowodziciela w tym razie, gdy ten (t. j. dowodziciel) twierdzenie swoje uprawdawnił, wszelako połowy dowodu nie dostarczył, a to w tym celu, aby przeciwnik zaprzysiągł, że fakt przez dowodziciela przedstawiony, aczkolwiek uprawdopodobniony, nie jest jednak prawdziwym i aby tym sposobem przeciwnik oczyścił się od zarzutu, jakiby mógł przeciw niemu powstać z prawdopodobieństwa faktu przez dowodziciela niezupełnie dowiedzionego.

§. 77.

Przysięga szacunkowa.

Przysięga szacunkowa (*Schätzungseid*, *Würderungseid*, *juramentum in litem*, seu *aestimatorium*) jest to przysięga, którą powód dowodzi wartości rzeczy, mianowicie wysokości szkody lub ilości pretensyi już dowiedzionej. Przysięga ta służy tylko powodowi.

Pod nazwą przysięgi szacunkowej obejmuje ustawa sądowa dwa rodzaje przysięgi, jako to:

I. przysięgę szacunkową w ścisłym tego słowa znaczeniu (*Schätzungseid im engeren Sinne*, *juramentum in litem*) t. j. tę przysięgę, którą poszkodowany dowodzi wysokości szkody, jaką mu pozwany z namysłu wyrządził czyli jej wartości pieniężnej (§. 288—290 U. s.).

II. przysięgę na ilość (Quantitätseid, juramentum quantitatis) t. j. tę przysięgę, którą powód dowodzi ilości (quantum) pretensyi pochodzącej nie z tytułu wynagrodzenia za szkodę, lecz z innego tytułu prawnego (§§. 291, 292 u. s.).

Ustawa sądowa dopuszcza więc przysięgę szacunkową w dwóch przypadkach:

I. na wysokość szkody umyślnie wyrządzonej;

II. na ilość pretensyi, nie z tytułu doznanej szkody, lecz z innego tytułu pochodzącej.

I. O przysiędze szacunkowej w znaczeniu ściślejszem.

Ustawa sądowa dopuszcza przysięgę szacunkową tylko w trzech, sposobem wyczerpującym (taxative) w §. 288 pod a. b. c. wyliczonych przypadkach poniesionej szkody, mianowicie:

- a) w razie gwałtu bezprawnie popełnionego na osobie n. p. cielesnego uszkodzenia,
- b) w razie rozmyślnego uszkodzenia cudzej rzeczy; nareszcie
- c) w razie niedopełnienia z namysłu kontraktu lub wyroku.

We wszystkich tych przypadkach przypuszcza ustawa, że pozwany wyrządził powodowi szkodę z umysłu, że jest więc in dolo, i dlatego pozwala poszkodowanemu powodowi, aby sam oszacował wyrządzoną sobie szkodę i jej wysokość udowodnił własną przysięgą, to jest szacunkową.

We wszystkich innych przypadkach uszkodzenia, nie objętych § 288, t. j. uszkodzenia nie z umysłu dokonanego, winien powód żądający wynagrodzenia za szkodę, dowieść jej wysokości zwyczajnymi środkami dowodowymi, mianowicie oszacowaniem biegłych.

Ustawa węgierska idzie dalej, bo dopuszcza zaprzysiężenia wysokości szkody nawet z winy (culpa) pochodzącej, postanawiając w §. 273 to ogólne правило

że ktokolwiek według ustaw cywilnych może żądać wynagrodzenia za szkodę lub zupełnego zadośćuczynienia, może być dopuszczonym do zaprzysiężenia wysokości szkody, o ile ona innym sposobem nie może być dowiedziona lub z natury rzeczy nie wypływa.

Różnorodne przypadki uszkodzenia, które uzasadniają prawo żądania wynagrodzenia szkody lub zadośćuczynienia, wylicza ustawa cywilna w rozdziale XXX, niemniej w innych §§. jako to w §§. 305, 306, 335, 371, 376 908, 919, 966, 970.

Przysięga szacunkowa jest przysięgą ofiarowaną, azatem własną dowodziciela przysięgą. Dopuszczalność przysięgi szacunkowej, jako własnej, da się tem usprawiedliwić, że ona wtedy dopiero może być dopuszczoną, gdy zostało udowodnionem, że przeciwnik z umysłu wyrządził szkodę. Skoro to zostało dowiedzionem, nie da się zaprzeczyć, że szkoda zrządzona musi mieć pewną wartość. Jeżeli więc powód dowiódł, że pozwany z umysłu wyrządził szkodę, natenczas wymaga już sama słuszność, ażeby powód jako pokrzywdzony, dla samego ukarania wyrządzającego krzywdę był przypuszczony do zaprzysiężenia wysokości szkody, zwłaszcza, że w tym razie, gdy pokrzywdzony może żądać zupełnego zadośćuczynienia, już nikt inny, tylko on sam może szkodę oszacować i przysięgą stwierdzić. Ponieważ przysięga szacunkowa jest własną przysięgą pokrzywdzonego, słusznie więc ustawa sądowa w §. 290 nadaje sędziemu prawo znizienia ilości szkody, jeśli ją poszkodowany za wysoko oszacował.

Sędzia może według okoliczności z urzędu nakazać przysięgę szacunkową, w procesie tak zwyczajnym, jak sumarycznym, chociaż strona jej nie ofiarowała.

Przedmiotem przysięgi szacunkowej jest ilość (quantum) czyli wartość szkody, co do jakości (quale) już dowiedzionej. Przysięgą szacunkową stwierdza powód

własne oszacowanie wartości szkody czyli własny sąd o wartości rzeczy, jaką rzecz ta ma dla niego. Przy przysiędze szacunkowej nie chodzi więc o sprawdzenie faktu, lecz jedynie o stwierdzenie własnego ocenienia wartości szkody. Ztąd też pochodzi, że przy przysiędze szacunkowej nie ma mowy o krzywoprzysięstwie.

Według §. 288 winna strona oznaczyć i zaprzysiądz ilość szkody. Nie można zaś oznaczyć ilości szkody w inny sposób, jak przez zestawienie dwóch czynników t. j. ilości i jakości przedmiotów uszkodzonych i ich wartości. Przy każdym bowiem oszacowaniu szkody należy uwzględnić rodzaj uszkodzenia i wartość pojedynczych części uszkodzonych. Jedno i drugie stanowi przedmiot przysięgi szacunkowej. Przysięga szacunkowa służy więc nie tylko jako środek dowodzący wartości szkody, lecz służy także do dokładniejszego oznaczenia jakości szkody, w części tylko dowiedzionej. To zdanie popiera §. 966 u. c. według którego deponent, który dał do przechowania rzeczy zamknięte lub opieczętowane, może w razie naruszenia zamku lub pieczęci stwierdzić przysięgą nie tylko wartość rzeczy, których zabrakło, lecz także ich ilość. Wynika to także z §. 288 u. s który żąda jedynie udowodnienia faktu, uzasadniającego prawo żądania wynagrodzenia za szkodę, a nie wymaga, ażeby uszkodzenie w całym rozmiarze było dowiedzionem. Jeżeli n. p. powód dowiódł, że pozwany podpalił stodołę i w skutek tego spaliło się zboże tam złożone, natenczas dopuszczalną jest przysięga szacunkowa nie tylko na wartość, lecz także na ilość zboża, które w ogniu spłonęło.

Co do pytania, czy przysięga szacunkowa ma być nakazaną powodowi w razie zaoczności pozwanego, zdania procesualistów są podzielone.

Jedni twierdzą, że w razie zaoczności pozwanego powód nie ma obowiązku dowodzenia przysięgą szacunkową wartości wyrządzonej sobie szkody. Powód bowiem, który żąda wynagrodzenia za szkodę, naprowadza dwa fakta: 1) że szkoda zrządzona została i 2) że szkoda ta, sięga pewnej wysokości. Kto fakt naprowadza, winien go dowieść. Powód więc winien udowodnić obydwie te fakta, a w szczególności wartość szkody przysięgą szacunkową, jeżeli pozwany zaprzeczy prawdziwości obu tych faktów (*probatio tantum contra negantem facienda*). A gdy pozwany w razie zaoczności nie przeczy, (*qui tacet, consentire videtur*) przeto powód w takim razie jest wolny od obowiązku dowodzenia obu tych faktów. Na poparcie tego zdania odwołują się nadto na §. 1336 u. c. według którego sędzia nie może z urzędu to jest w razie niesprzeciwiania się dłużnika zmniejszyć kary umownej.

Przeciwnie zaś zdanie, przeważające w praktyce, da się tem uzasadnić, że sędzia w razie zaoczności może tylko fakt naprowadzony przez stronę przeciwną, uznać za milcząco przyznany, a zatem za prawdziwy, a nie zdanie przeciwnika ściśle podmiotowe czyli jego przekonanie o wartości przedmiotu sporu, gdyż zdanie to nie jest faktem, a sędzia może je nawet z urzędu zmodyfikować, jeżeli je uzna za przedmiotowo nieuzasadnione t. j. jeżeli oszacowanie wartości uważa za przesadzone, (§. 290). Co do dowodu wartości stanowi ustawa w §. 290 wyjątek od reguły: *probatio tantum contra negantem facienda*; albowiem nadaje sędziemu prawo do znizienia wartości szkody, obliczonej przez poszkodowanego, jeżeli ją za wysoko oszacował. Zniżenie to powinno nastąpić nie tylko wtedy, gdy pozwany twierdzi, że powód za wysoko oszacował szkodę, lecz także w tym razie, gdy pozwany nie zaprzecza wartości szkody obliczonej przez powoda, jednakże sędzia sam uznaje oszacowanie szkody

przez powoda za przesadzone. Niemożna więc przypuszczać, że pozwany w razie zaoczności przyznaje powodowi żądane przezeń wynagrodzenie za szkodę nawet bez zaprzysiężenia jej wartości; przeciwnie należy sądzić, że pozwany, chociaż nie odpowiada, daje do poznania, że nic nie ma do zarzucenia przeciw oświadczeniu gotowości powoda zaprzysiężenia wysokości szkody i że jest gotów wynagrodzić powodowi szkodę w ilości, na jaką wykona przysięgę szacunkową. Pozwany mógł nawet śmiało, polegając z zupełnem zaufaniem na postanowieniu §. 290, dopuścić zaoczności, licząc na to, że sędzia nawet bez jego wyraźnego żądania zniży przesadzoną wartość szkody i z urzędu zażąda od powoda ażeby przysięgą stwierdził ilość szkody, chociażby ten nie ofiarował przysięgi szacunkowej; n. p. jeżeliby powód obliczył na tysiące ilość szkody wynikłej ztąd, że pozwany pozbawił go jednej krowy, a to z powodu, że z niej miałby pewną ilość mleka i śmietanki, masła i sera, cieląt i krów i t. d. Nareszcie nie da się tu zastosować powyżej powołany §. 1336. Przepis zawarty w tym §-ie odnosi się jedynie do kary umownej, mocą kontraktu ustanowionej, której знижение z urzędu nie dałoby się usprawiedliwić, według zasady: *volenti non fit injuria*; tu zaś jest mowa o wysokości szkody, żadną umową stron nie ustanowionej, lecz przez poszkodowanego jednostonnie oznaczonej.

Przysięga szacunkowa w znaczeniu ściślejszem nie jest posiłkowym środkiem dowodu; poszkodowany może ją ofiarować, chociażby posiadał inne środki dowodowe. Pozwanemu atoli wolno przeszkodzić wykonaniu przysięgi szacunkowej przez powoda, ofiarowaniem innych dowodów n. p. oszacowaniem przez biegłych właściwej wartości szkody (§. 1236 u. c.); chyba że poszkodowany z mocy ustawy ma prawo żądania nadzwyczajnej nagrody czyli tak zwanego *pretium affectionis*,

bo pozwany nie mógłby mu natomiast narzucić zwyczajnej wartości, chociażby jej dowiódł.

II. O przysiędze na ilość.

Przysięgę na ilość może ofiarować, kto nie poszukuje wprawdzie wynagrodzenia za szkodę, lecz dochodzi pretensyi pochodzącej z innych zasad prawnych i ją udowodnił, wszelako co do jej ilości niedostarczył dostatecznych dowodów, n. p. lekarz, który dowiódł, że leczył chorego, może przysięgą na ilość dowieść tak ilości odwiedzin, jako też należącego mu się za każdą wizytę wynagrodzenia. Kto sprawował cudze interesa, może stwierdzić przysięgą na ilość, ile wydatków poniósł z własnych funduszków. Kto komu świadczył pewne usługi, może ich ilość i wartość stwierdzić przysięgą na ilość.

Szczegółowe postanowienia co do przysięgi na ilość zawierają §§. 291 i 292 U. s.

Różnice między przysięgą główną i szacunkową są następujące:

1. przysięga główna jest przysięgą deferowaną, szacunkowa zaś przysięgą ofiarowaną;

2. przysięgę główną może wskazać każda strona, tak powód, jak pozwany — szacunkową zaś może tylko powód ofiarować;

3. przedmiotem przysięgi głównej jest tylko fakt; szacunkowej zaś nie fakt, lecz podmiotowe zdanie pokrzywdzonego o wartości przedmiotu sporu; dlatego też przy przysiędze szacunkowej niema mowy o krzywoprzysięstwie.

4. przysięga główna, jest przysięgą dobrowolną, szacunkowa zaś może także z urzędu być nakazaną.

§. 69.

Przysięga wyjawiająca.

Przysięgą wyjawiającą stwierdza strona rzetelność wykazu stanu majątku czynnego lub biernego albo też tę okoliczność, że o zatajeniu majątku nie wie.

Przysięga wyjawiająca jest więc dopuszczalną w dwóch przypadkach:

1. jeżeli jest ktoś obowiązany wyjawić dłużi lub majątek, to winien na żądanie strony przeciwnej stwierdzić przysięgą rzetelność swego wyjawienia (§. 293 u. s.).

Obowiązek do wyjawienia majątku może powstać z różnorodnych stosunków prawnych. Mogą go mieć spółspadkobiercy, spółnicy, opiekunowie, kuratorowie zarządcy i t. p. względem administrowanego przez się majątku wspólnego albo obcego. Najczęściej mogą się wydarzyć przypadki tego rodzaju w upadłościach (§§. 66, 96, 97 i 99 ust. z 25 grudnia 1868) i w sprawach spadkowych; n. p. jeżeli mniemany spadkobierca przyjął spadek bez dobrodziejstwa inwentarza i samowładnie albo nawet za przyzwoleniem sądu objął posiadanie majątku spadkowego, później jednak inny spadkobierca występuje przeciw niemu, zaprzeczając mu prawa do spadku (§. 823 U. c.).

Wyjawienia majątku żąda się przez skargę. Wskardze o złożenie przysięgi wyjawiającej winien powód dowieść faktycznej zasady, z której wypływa obowiązek pozwanego do wyjawienia majątku i żądać: ażeby pozwany wyjawiał majątek, o który się rozchodzi i wyjawienie to stwierdził przysięgą.

2. Kto według prawdopodobieństwa powinienby wiedzieć o zatajeniu majątku, winien na żądanie powoda wyjawić wszystko, co mu o tym majątku wiadomo i wyjawienie swoje stwierdzić przysięgą (§. 294 U. s.).

Powód żąda przez skargę wyjawienia majątku z powodu prawdopodobnego zatajenia, niepotrzebuje atoli dowodzić, że majątek zatajono, i że pozwany wie coś o zatajeniu. Do uzasadnienia skargi wystarczy naprowadzenie poszlaków, z których zatajenie majątku i wiadomość o tem zatajeniu z prawdopodobieństwem wypływa (d. n. z 4 lipca 1846 l. 22315).

Żądanie skargi opiewa: pozwany winien zaprzysiądz, co mu wiadomo o zatajeniu majątku, i z czego składa się ma-

jątek według jego wiadomości, albo że nie wie nic o zatajeniu, lub że tylko tyle wie, co zezna, a nic więcej.

§. 79.

O przysiędze w ogólności.

Ustawa sądowa w rozdziale XXIII postanawia o przysiędze niektóre ogólne reguły, mianowicie, że przysięgę należy wykonać:

- I. osobiście (§. 297),
- II. w sądzie z zachowaniem formalności ustawą przepisanych (§§. 298, 299 i 303).
- III. w obecności strony przeciwnej (§§. 300 i 304),
- IV. zgodnie z rotą czyli formułą oznaczoną wyrokiem (§§. 281 i 299) — nareszcie
- V. należy przysięgę wykonać rzeczywiście (§§. 296, 301, 306 i 407).

I. Przysięgę należy wykonać osobiście.

Strona winna składać przysięgę we własnej osobie; przez pełnomocnika nie może jej ważnie wykonać (§. 297). Nawet spadkobierca nie może złożyć przysięgi głównej w zastępstwie zmarłego spadkodawcy, którego sąd wyrokiem zobowiązał do wykonania przysięgi (wyrok sądu najw. z 1. kwietnia 1873 l. 3148 w zb. Glas. 4924).

Wyjątkowo mogą trzecie osoby w zastępstwie strony wykonać przysięgę, mianowicie:

1. w zastępstwie osoby moralnej lub zbiorowej, przeznaczony gminy lub członkowie reprezentacji gminnej, dyrekcyja spółki akcyjnej, urzędnik administracyjny lub skarbowy i t. d. (§. 71).
2. prawny zastępca imieniem osoby, którą zastępuje (§. 280), jako to ojciec, opiekun, kurator (§. 270)
3. ewiktor, do zastępstwa sądowego wezwany (§. 69) wyrok sądu najw. z 11. stycznia 1860 l. 14875 i z 19. listopada 1872 l. 11827 w zb. Gl. 1056 i 4781.

4. spadkobierca może zamiast spadkodawcy wykonać przysięgę szacunkową (§. 77).

II. Przysięgę należy wykonać w sądzie, z zachowaniem uroczystości ustawą przepisanych.

Blizsze w tym względzie postanowienia zawierają §§. 295, 298, 299, 303, 304, 235 i 236 U. s.; d. n. z 28. września 1842 l. 644 i ustawa z 3. maja 1868 l. 33.

III. Przysięgę należy wykonać w obecności strony przeciwnej, według postanowień §§. 300 i 304 U. s.; wszelako niewezwanie strony przeciwnej, aby była obecną przy składaniu przysięgi, nie pociąga za sobą nieważności procederu (d. n. z 11. września 1784 l. 334).

IV. Strona winna wykonać przysięgę zgodnie z formułą (Eidesformel) wyrokiem oznaczoną (§§. 281 i 299 U. s.)

Wydarzają się jednak przypadki, iż strona mająca wykonać przysięgę, żąda przed jej złożeniem zmiany rotы przysięgi wyrokiem oznaczonej. Tu nasuwa się pytanie: czy sędzia może dozwolnić zmiany rotы przysięgi i odebrać ją od strony na rotę zmienioną, rozumie się za poprzedniem przesłuchaniem strony przeciwnej. Dekreta nadw. z 19. paźdz. 1792 l. 63 i z 29. września 1794 l. 195 dopuszczają możliwości zmiany rotы przysięgi, jeżeli żadna nie zachodzi przeszkoda lub opozycja, a w szczególności jeżeli zaszła w rocie przysięgi pomyłka w przepisaniu. W ogóle można zmianę rotы przysięgi uznać za dopuszczalną pod względem okoliczności, nie mającej żadnego wpływu na rozstrzygnięcie sporu, a w szczególności można sprostować owe ustępy, które polegają na pomyłce w rachunku, albo na oczywistym przeoczeniu lub błędzie, albo które zawierają w sobie okoliczności, niezgodne z aktami albo nie należące do rzeczy. (Orz. sądu najw. z 23. lutego 1876 l. 2165 w zbiorze Glas. 6047 i z 28. kwietnia 1863 l. 2186 umieszczone w zb. wyr. 54). W razie dopuszczenia zmiany w rocie przysięgi powstaje pytanie, czy

przysięga wyrokiem dopuszczona ma być uznana za wykonaną? Pytanie to rozstrzyga sędzia osobną uchwałą.

V. Przysięgę należy rzeczywiście wykonać.

Wyjątkowo jednak zastępuje miejsce przysięgi wykonanej:

1. pismienne zapewnienie zamiast przysięgi członków domu panującego. (rozp. min. z 14. maja 1854).

2. Uroczyste zapewnienie zeznania prawdy dane przez członków owych sekt religijnych, którym ich religia nie dozwala przysięgać — jako równoważne z przysięgą; n. p. Menonici (d. n. z 10. stycznia 1816).

3. Uwolnienie strony do przysięgi zobowiązanej od jej wykonania, przez stronę przeciwną. (§. 296).

4. Jeżeli strona przed wykonaniem przysięgi przez stronę przeciwną, wprowadziła dowód lub odwód celem zapobieżenia krzywoprzysięstwu, wszelako go nie przeprowadziła, wtedy przysięga, którą strona przeciwna wykonać miała, ma być uważana za wykonaną. (§. 306)

5. Jeżeli strona sądownie ofiarowała przysięgę, która wyrokiem dopuszczoną została, jednakże jej wykonanie przez śmierć strony przerwanem zostało, wówczas przysięga bez różnicy, czy śmierć przed, czy po wyroku nastąpiła, ma być uważana za wykonaną, jeżeli strona nie przewlekała jej wykonania przez założenie apelacyi lub w inny sposób (§. 307)

Przepis ten odnosi się do każdej przysięgi stron t. j. do przysięgi głównej, uzupełniającej i szacunkowej (d. n. z 15. stycznia 1737 i 26. kwietnia 1792).

Wszelako postanowienie to, według którego przysięga wyrokiem dopuszczona, lecz z powodu śmierci strony niewykonana, za wykonaną uznaną być ma, nie da się, jako wyjątek od reguły powyżej pod V. wyrażonej, zastosować do innych analogicznych przypadków, mianowicie do tych, w których wykonanie przysięgi z innych powodów, n. p. z powodu choroby umysłowej stało się niemożliwem. (Orzec. sądu najw.

z 24. grudnia 1872 l. 11090, umieszczone w zbiorze orz. 34 i z 25. lutego 1873 l. 1487 w zbiorze wyr. 79).

6) Nareszcie może podpisanie rotę przysięgi w razie przewidzianym w §. 301 zastąpić miejsce przysięgi, wszelako tylko tymczasowo, t. j. jeżeliby odebranie przysięgi w drodze rekwizycji było niemożliwem, wówczas wystarcza, jeśli strona, która ma wykonać przysięgę, własnoręcznie podpisze i potwierdzi rotę przysięgi; wiuna jednak w 14 dniach po usunięciu przeszkody wnieść prośbę o wyznaczenie terminu do złożenia tej przysięgi. Nadesłana rota przysięgi, przez stronę podpisana, ma ten sam skutek, co przysięga wykonana, i to tak długo, dopóki trwa przeszkoda do jej wykonania. Strona, której to dotyczy, wstępuje w prawa wynikające z wyroku. Stronie zaś przeciwnej służy według okoliczności prawo żądania kaucyi na ten przypadek, jeżeliby po usunięciu przeszkody nie wykonano przysięgi (§. 302.)

§. 80.

Środki prawne w razie krzywoprzysięstwa.

Krzywoprzysięstwa w procesie cywilnym może się dopuścić tak strona spór wiodąca, jako też świadek. Jeżeli się jedna ze stron spór wiodących dopuści krzywoprzysięstwa, tedy stronie przeciwnej służą środki prawne, wskazane w §§. 309 i 310; jeżeli zaś świadek złoży fałszywą przysięgę, wtedy strona, która na tej podstawie proces przegrała, może użyć środków prawnych, wskazanych w §§. 311 i 312 U. s.

O D D Z I A Ł V.

O d o w o d z i e z e ś w i a d k ó w.

§. 81.

Znaczenie dowodu ze świadków.

Przepisy ustawy sądowej odnoszące się do dowodów w ogóle, a w szczególności do dowodu ze świadków, opierają się na ustawowej teorii dowodów t. j. na stałych regułach dowodowych, które orzekają: kto może być świadkiem w procesie cywilnym?

Ustawa sądowa nie każdego uznaje za zdolnego być świadkiem w procesie cywilnym; dzieli więc świadków na różne kategorie: na świadków wiarygodnych, bezwzględnie i względnie niedopuszczalnych i na świadków wątpliwych (§§. 214—219). Dalszem tego podziału następstwem jest uprawnienie strony przeciwnej dowodziciela do sprzeciwiania się dopuszczeniu świadków, według ustawy niewiarygodnych, czyli prawo wyłączenia od świadectwa tych, których ustawa zalicza do kategorii niedopuszczalnych albo wątpliwych (das Recusationsrecht des Beweisgegners). Naturalnym tego skutkiem jest umniejszenie ilości świadków dopuszczalnych. Umniejszwszy w ten sposób ilość świadków dopuszczalnych, widział się prawodawca w konieczności zmuszać bezwarunkowo każdego świadka dopuszczalnego do złożenia pod przysięgą świadectwa i to bez względu na to, czy zeznanie świadka narazi jego lub jego najbliższych krewnych na niebezpieczeństwo dochodzenia sądowego w drodze karnej, albo na bezpośredni uszczerbek w prawach majątkowych, lub też czy świadek przez to naruszy obowiązek milczenia, który powołanie nań wkłada. Co świadkowie według ustaw dopuszczalni poświadczą, to sędzia za prawdę przyjąć musi, choćby nie

miał przekonania o prawdziwości faktu stwierdzonego, lub nawet o jego przeciwieństwie był przekonany.

Dowód ze świadków jest dowodem nader wątpliwej wartości. Świadek bowiem ma stwierdzić fakt prawny (*eine juristische Thatsache*) t. j. fakt tworzący prawo lub je niszczący albo ubezwładniający. Jeżeli zeznanie świadka ma przekonać sędziego o istnieniu lub nieistnieniu faktu prawnego, powinien był świadek dokładnie go rozpoznać i zrozumieć, zwrócić całą swoją uwagę na jego całość, na wszystkie choćby najdrobniejsze szczegóły, na pojedyncze nawet wyrazy lub słowa i t. p., bo wiemy, że nieraz jedno słowo zmienia całą istotę rzeczy; powinien był nadto fakt spostrzeżony z wszystkimi, na pozór może drobnymi, w istocie zaś stanowczymi szczegółami, wiernie zachować w swej pamięci i wszelkie spostrzeżenia jak najwierniej przedstawić, żadnego nie zataiwszy szczegółu. Nie możemy atoli twierdzić, iżby dowód ze świadków, choćby według ustawy wiarygodnych, był dowodem ze wszech miar pewnym. Przedewszystkiem bowiem fakt prawny, który jest przedmiotem świadectwa w procesie cywilnym, nie jest w powszechności zdarzeniem lub czynem, tak łatwym do rozpoznania i pojęcia, jak fakt, który jest przedmiotem dowodu w procesie karnym, jak czyn karygodny, który już jako taki, dostępny dla każdego pojęcia, wywiera zwykle silne wrażenie na umysł postrzegającego i w pamięć trwale się wbija, już dla tego samego, że postrzegający wie, iż czyny tego rodzaju pociągają za sobą utratę życia lub wolności. Powtóre zważyć należy, że świadek w procesie cywilnym, nie tak jak w karnym zaraz lub wkrótce po czynie dokonany bywa badany, lecz zazwyczaj dopiero po upływie dłuższego czasu, mianowicie po przeprowadzeniu rozprawy sądowej i wydaniu wyroku przedstanowczego, że więc nie jedną okoliczność szczegółową mógł być łatwo zapomnieć. Nareszcie trzeba zwrócić uwagę i na to, że pod względem faktów prawnych, które nie powstają od razu w jednej chwili, lecz jak n. p. przy umowach przez dłuższy czas

trwają — świadek nieraz, mimo rzetelnej chęci wypowiedzenia prawdy, nie przedstawia faktu prawnego tak, jak się w istocie spełnił. — Ztąd wynika, że sędzia wydając wyrok jedynie na zasadzie zeznania świadków, nie zawsze może mieć tę pewność, że fakt stwierdzony zeznaniem świadków jest prawdziwy; zwłaszcza pod wpływem stałych prawideł dowodowych; albowiem moc przekonywająca o prawdzie zeznań świadka zawisła od wiarygodności jego zeznań, ta zaś nie da się ocenić według prawnych naprzód obmyślanych prawideł. Czy świadek jest wiarygodnym lub nie, czy jego zeznanie zasługuje na wiarę lub nie, może tylko bystre i doświadczone oko sędziego ocenić, zwłaszcza przy bezpośredniem badaniu świadka, a za skazówkę może mu służyć jego zachowanie się, mina, ton, pewność odpowiedzi lub wahanie się i t. p.

Z tych to powodów nowsze legislacye, a w szczególności już ustawa o postępowaniu w sprawach drobnych odstąpiły od legalnej teorii dowodów i przyjęły zasadę wolnego przez sąd oceniania zeznań świadków.

Ustawa o p. d. znosi więc wszystkie reguły dowodowe, zawarte w rozdziałach 14, 15 i 16 ustawy sądowej. Znosząc wszystkie prawidła dowodowe, przepisane ustawą sądową, znosi ona tem samem w szczególności i tę regułę, że do zupełnego dowodu potrzeba jednozgodnego zeznania przynajmniej dwóch świadków wiarygodnych. Sędzia może więc w postępowaniu drobnostkowem uznać nawet zeznanie jednego świadka za dowód dostateczny (§. 33 U. o. p. d.). Ustawa o p. d. znosi nadto podział świadków na kategorie, nie wyłączając nikogo od świadectwa, z jedynym wyjątkiem tych, których w §. 41 wyklucza ze względów publicznych, jako bezwzględnie do świadectwa niedopuszczalnych, jako też tych, którzy są niezdolni do udzielania swoich spostrzeżeń, lub którzy w czasie, do którego ich zeznanie ma się odnosić, byli niezdolnymi do spostrzegania faktu dowodzić się mającego; dalej duchownych względem tego, co im objawiono na spowiedzi, nareszcie urzędników rządowych, jeżeliby swoim

zeznaniem mieli naruszyć tajemnicę urzędową, do której zachowania są obowiązani. Nakoniec znosi pomieniona ustawa prawo przeciwnika wyłączenia świadków, według dziś obowiązującej ustawy niedopuszczalnych lub wątpliwych.

Natomiast nadaje ustawa o p. d. niektórym świadkom prawo odmówienia zeznania (*Verweigerung des Zeugnisses*) na pytania poszczególnione w §. 42; a mianowicie:

- a) na pytania tego rodzaju, iżby odpowiedź na nie hańbiła lub narażała na niebezpieczeństwo dochodzenia sądowego w drodze karnej, świadka, jego małżonka lub osobę, z którą tenże w linii prostej albo w linii pobocznej aż do drugiego stopnia jest spokrewniony lub spowinowacony, lub przez adopeyą skojarzony.
- b) na pytania tego rodzaju, iżby odpowiedź na nie narażała świadka albo kogoś z osób pod *a* wymienionych, na bezpośredni uszczerbek w prawach majątkowych.
- c) co do faktów, o których świadek nie mógłby zeznawać bez naruszenia obowiązku milczenia, który powołanie nań wkłada.

Prawo odmówienia zeznania w przypadkach dopieroco przytoczonych da się usprawiedliwić; bo skoro świadek w podobnych przypadkach ma prawo wymawiania się od świadectwa w procesie karnym, w którym już sam interes publiczny wymaga wykrycia prawdy, tem słuszniej powinno to prawo służyć świadkowi w procesie cywilnym, w którym rozchodzi się jedynie o prawa prywatne; nie można bowiem żądać od świadka, ażeby dla prywatnego tylko interesu majątkowego trzeciej osoby narażał siebie samego lub najbliższych w rodzinie na niebezpieczeństwo śledztwa karnego lub straty majątkowej.

Nareszcie wypada nadmienić, że ustawa o p. d. upoważnia sędziego w niektórych razach (§. 43) do przesłuchania świadka bez przysięgi.

Podobne postanowienie zawiera także projekt do przyszłej ustawy sądowej.

§. 82.

Warunki dowodności świadectwa.

Świadek jest to osoba trzecia nie wchodząca do sporu, która udzielając sądowi swoich spostrzeżeń, ma go przekonać o rzeczywistości faktu spornego. Zeznanie świadka zowie się świadectwem (Zeugniss, testimonium).

Dowodność świadectwa zawisła:

1. od wiarygodności świadka. Którzy świadkowie są wiarygodnymi, ustawa nie orzeka; ona jedynie postanawia, którzy świadkowie są niedopuszczalnymi, bądź bezwzględnie, bądź względnie, lub którzy są wątpliwymi. Ztąd wnosimy, że świadkiem wiarygodnym jest ten, kto według ustawy nie jest ani niedopuszczalnym, ani wątpliwym.

Ustawa więc stanowi tylko wyjątki od reguły: Quivis praesumitur integer, donec probetur contrarium (§§. 214—217).

2. od wiarygodności świadectwa. Zeznanie powinno być stanowcze i dokładne, bez sprzeczności i opierać się na własnem bezpośredniem spostrzeżeniu faktów; powinno więc pochodzić od świadka bezpośredniego czyli naoczego t. j. od świadka, który sam widział, lub od świadka nausznego t. j. od świadka, który sam słyszał to, co poświadcza. Zeznanie świadka pośredniego czyli świadka z posłuchu (mittelbarer Zeuge, Zeuge vom Hörensagen) żadnego nie stanowi dowodu (§§. 226, 229).

3. od zachowania pewnych formalności t. j. od złożenia i zaprzysiężenia świadectwa w obec sądu (§. 233) nareszcie

4. od zgodności zeznań kilku świadków (§. 211).

§. 83.

Proceder dowodowy.

W razie wprowadzenia dowodu ze świadków proceder sądowy staje się nader rozwlekłym, a tem samem dochodzenie praw utrudnionem; zwłaszcza wtedy, gdy strona dowodząca nadużywa tej instytucji jedynie celem przewleczenia sprawy i powołuje na świadków osoby, albo wcale nie żyjące, albo o fakcie spornym nie mające żadnej wiadomości, albo w miejscach bardzo odległych lub wcale poza granicami Europy mieszkające. Ten wzgląd spowodował między innemi prawodawstwo francuzkie do wykluczenia dowodu ze świadków z rzędu środków dowodowych; z jedynym wyjątkiem spraw, których przedmiot nie przewyższa sumy 150 franków.

Proceder dowodowy w procesie zwyczajnym rozpada się na 6 okresów; mianowicie na:

I. ofiarowanie czyli wprowadzenie dowodu ze świadków (Anbietung des Beweises)

II. dopuszczenie dowodu wyrokiem przedstanowczym (Zulassung des Beweises mit Beiurtheil)

III. podjęcie dowodu czyli zgłoszenie się do dowodzenia (Antretung des Beweises)

IV. przeprowadzenie dowodu czyli przesłuchanie świadków (Zeugenverhör)

V. ogłoszenie zeznań świadków i wywody stron z zeznań ogłoszonych (Disputationsverfahren)

VI. wyrok stanowczy (Endurtheil).

§. 84.

I. Ofiarowanie dowodu ze świadków.

Ofiarowanie dowodu ze świadków jest to oświadczenie strony uczynione w piśmie procesowym lub wywodzie ustnym, iż chce dowodzić faktu spornego zeznaniem świadków, w którym

to celu wymienia świadków i załącza artykuły dowodowe (Weisartikel) t. j. szczegółowe pytania, zadawane świadkowi co do pojedynczych okoliczności faktycznych, które razem wzięte stanowią całą treść faktu spornego.

Stronę, która wprowadza dowód ze świadków, nazywamy w teorii producentem (der Producent), stronę przeciwną produktem (der Produkt).

Skoro producent ofiarował dowód ze świadków, służą produktowi prawa następujące:

1. prawo sprzeciwiania się dopuszczeniu tego lub owego świadka, i to:

- a) przed wyrokiem przedstanowczym, a zatem w toku rozprawy, prawo czynienia zarzutów przeciw dopuszczalności dowodu ze świadków w ogóle, a w szczególności przeciw dopuszczalności świadków przedstawionych ze względu na brak ich wiarygodności, niemniej przeciw treści artykułów dowodowych.
- b) po zapadłym wyroku przedstanowczym może produkt żądać wykluczenia od badania tych świadków, o których nieudolności później dopiero dowiedział się, jeżeli na to zaraz złoży dowody — w razie przeciwnym byłaby mu tylko droga restytucji otwartą.
- c) po wysłuchaniu świadków może produkt w pismach dowodowych takie tylko czynić zarzuty, które wypływają ze zeznań świadków; n. p. że świadek był niedojrzałym w czasie ziszczenia się faktu (§§. 244).

2. Prawo zadawania pytań, odnoszących się do każdego artykułu (Fragestücke, interrogatoria) w chwili badania świadka, bądź bezpośrednio, bądź za pośrednictwem sędziego, bez poprzedniego ich udzielenia producentowi, w celu wyświecenia lub uzupełnienia zeznań świadków (§. 233 ust. sąd. i ust. z 14 maja 1874).

3. Prawo wprowadzenia samoistnego odwołu ze świadków (§§. 19, 241, 242).

§. 85.

II. Dopuszczenie dowodu ze świadków.

Sędzia dopuszcza dowód ze świadków wyrokiem przedstanowczym (Beiurtheil, Interlocut: sententia interlocutoria); w procesie sumarycznym tylko uchwałą (§. 39 pat. sum.)

Warunki dopuszczalności dowodu ze świadków są według §. 212 następujące:

1. Sędzia może dopuścić wyrokiem przedstanowczym dowód ze świadków w tym tylko razie, gdy okoliczności udowodnić się mające, rozstrzygają spór. Ztąd wynika, że dowód ze świadków jest niedopuszczalnym, jeżeli ustawa do udowodnienia lub do ważności pewnego aktu prawnego wymaga dokumentu n. p. gdy spór dotyczy darowizny lub innych aktów prawnych, do ważności których niezbędnym jest akt piśmienny.

2. Ofiarowany dowód ze świadków powinien być tego rodzaju, iżby sam przez się, lub w połączeniu z innymi środkami dowodowymi za zupełny mógł być uważanym. Kiedy zaś dowód ze świadków jest zupełnym, o tem mówi §. 211 U. s. (§. 15).

Co wyrok przedstanowczy zawierać powinien, postanawiają §§. 213, 220 i 326 u. s. i d. n. z 9. sierpnia 1833 l. 2625, z 22. czerwca 1835 l. 42 i ust. z 16. maja 1874 l. 69.

Sędzia może jednym i tym samym wyrokiem dopuścić dowód ze świadków wyrokiem przedstanowczym, a równocześnie co do innych punktów, niezawisłych od dowodu ze świadków, wydać wyrok stanowczy, bądź bezwarunkowy, bądź warunkowy, zawisły od przysięgi (d. n. z 12. września 1837 l. 4875)

Jeżeli sędzia niższy, nie uwzględniając ofiarowanego dowodu ze świadków, wydał wyrok stanowczy, sędzia wyższy zaś uznał potrzebę dopuszczenia dowodu ze świadków i wydał

wyrok przedstanowczy, w takim razie sędzia niższy winien przeprowadzić badanie świadków i powtórnie wydać wyrok stanowczy. Przy ostatecznem atoli zawyrokowaniu sędzia nie jest związanym wyrokiem przedstanowczym (d. n. z 22. czerwca 1835 l. 42).

Od wyroku przedstanowczego nie ma osobnej apelacyi (ust. z 16. maja 1874).

§. 86.

III. Podjęcie dowodu ze świadków.

O podjęciu dowodu ze świadków mówi §. 220 u. s. Postanowienie tego §. uległo jednak zmianie pod względem terminu, w jakim strona ma podając ten dowód t. j. wnieść prośbę do sądu o wyznaczenie terminu do wysłuchania świadków — albowiem ustawa z 16. maja 1874 l. 69 nie dopuszcza apelacyi od wyroku przedstanowczego, który przeto staje się od razu prawomocnym; zachodzi więc pytanie: w jakim terminie ma strona dowodząca zgłosić się z prośbą o badanie świadków, czy w 3, czy w 14 dniach po doręczeniu wyroku? Za trzydniowym terminem przemawia wprawdzie d. n. z 22. czerwca 1835, według którego można było wnieść powyżej wspomnianą prośbę w 3 dniach po prawomocności wyroku przedstanowczego. Ponieważ atoli w tym razie, gdy wyrok przedstanowczy zapadł w ostatniej instancyi, od którego dalsze odwołanie nie ma miejsca, według §. 220 należy w 14 dniach zgłosić się z prośbą o badanie świadków, więc to samo i teraz analogicznie zastosować należy. Tak też rozstrzygnął tę kwestyą najwyższy Trybunał decyzją z 16. lutego 1875 udzieloną sądom do zastosowania się rozporządzeniem minist. z 16. marca 1875. To samo orzeka także decyzya sądu najw. z 26. stycznia 1875 umieszczona w zbiorze orzeczeń 77. Należałoby więc wykreślić w §. 220 słowa: „jeżeli żadna ze stron . . .“ aż do słów: „dni 14“.

Jeżeli który ze świadków dopuszczonych wyrokiem przed-

stanowczym umarł przed wysłuchaniem, a strona stawiająca dowód ze świadków mogłaby innego lub kilku innych postawić w miejsce zmarłego, wówczas wolno jej prosić o przesłuchanie świadka lub świadków przedstawionych, w terminie do podjęcia tego dowodu wyznaczonym. Sąd winien wyznaczyć termin do audyencji i po wysłuchaniu stron orzec co do tego żądania (§. 221 u. s. i d. n. z 18. września 1844 l. 830 i 13. lutego 1845 l. 868).

§. 87.

IV. Badanie świadków.

Ustawa sądowa normuje w §§. 222 do 240 postępowanie sądowe przy badaniu świadków. Niektóre z tych postanowień zostały zmienione lub bliżej określone ustawami z 3. maja 1868 l. 33 i 16. maja 1874 l. 69.

Ponieważ przepisy dopieroco powołane nie wymagają bliższego rozbioru i objaśnienia, przeto ograniczymy się jedynie do kilku uwag:

1. Sędzia winien ocenić wiarygodności świadków i dowodność ich zeznań. Na to ocenienie wpływają okoliczności, które zapomocą pytań ogólnych (allgemeine Fragstücke), przytoczonych w §. 224 wyjaśnione być mogą. Sędzia winien je zadawać z urzędu. Zaniechanie tych pytań jest przekroczeniem wyraźnego przepisu ustawy (§ 224) i uchybieniem formalności, uwłaczającym gruntowności wyroku, a tem samem powodującym jego nieważność (wyrok sądu najw. z 3. listopada 1864 l. 8540 w zbiorze Glas. 2008).

2. Przeciwnik dowodziciela może świadkom zadawać pytania szczegółowe (besondere Fragstücke, interrogatoria) w tym celu, aby wykryć możliwe sprzeczności w ich zeznaniach i przekonać się z odpowiedzi, czy świadek dokładnie rozpoznał fakt, o którym świadczy i czy chce powiedzieć prawdę (§. 223).

3. Każdy świadek winien zeznanie swoje stwierdzić przysięgą. Ustawa sądowa nie zna zeznań świadków niezaprzysiężonych, których atoli dopuszcza ustawa o p. d. (§§. 44, 48) nie mniej projekt do przyszłej ordynacyi sądowej (§. 387).

Zwolnieni są od tej przysięgi:

- a) członkowie rodziny cesarskiej, których zeznanie pismienne zamiast przysięgi (an Eidesstatt) ma znaczenie istotnej przysięgi i te same skutki (§. 31 statutu familijnego rodziny cesarskiej z 3. lutego 1839 i rozp. min. z 14. maja 1854 l. 8346)
- b) osoby, które według zasady swojej religii nigdy nie przysięgają, u których wystarczy potwierdzenie podaniem ręki; n. p. Menonici (d. n. z 10. stycznia 1816 l. 1201 i 3. maja 1868 l. 33).

4. Przepis §. 237, według którego świadek ma być badanym w nieobecności stron, został zniesiony ustawą z 16. maja 1874, dozwalającą stronom być obecnymi podczas przesłuchania świadków; pozostał atoli nietknięty dalszy przepis, według którego świadek ma być badany w nieobecności drugich świadków. Ztąd wynika, że każdy świadek ma być z osobna badanym i to dlatego, aby nie uległ wpływowi innych świadków i nie stosował swoich zeznań do zeznań innych już poprzednio złożonych.

5. Z §. 237, według którego zeznania świadków mają być zapisywane własnymi ich wyrazami, wynika, że świadek ma ustnie złożyć swoje zeznanie; nie wolno ich więc składać na piśmie. Sędzia przesłuchujący świadka dyktuje protokolantowi to, co świadek zeznał na pytania, które mu były stawiane. Spisany protokół przesłuchania świadków (Zeugen-verhørs-Protocoll) zawiera ich zeznania.

W procesie drobnostkowym należy zeznania świadków, na audyencyi przesłuchanych, wciągnąć w streszczeniu do protokołu rozprawy. Wciągnięte należy świadkom odczytać (§ 48 u. o p. d.).

6. Strona, która stanęła dla przysłuchania się zeznaniu świadka, może za pośrednictwem sędziego, lub za jego przyzwoleniem bezpośrednio zadawać mu takie pytania, jakie uzna za potrzebne dla wyświecenia lub uzupełnienia jego zeznań. Przeciwnikowi dowodziciela służy to prawo, chociażby zaniedbał przedłożyć na piśmie pytania szczegółowe.

Sędzia winien odrzucić tak pytania, jak przedłożone interogatoria, które uzna za niestosowne, albo które wyrokiem przedstanowczym były wyłączone (ust. z 16. maja 1874).

7. Jeżeli świadek chce zmienić swoje zeznania, wolno mu to uczynić przed ukończeniem badania i to wciąga się do protokołu (§. 238). Po skończonem zaś badaniu niewolno ani stronie (§. 172) ani świadkowi, pod pozorem dokładniejszego przypomnienia, żądać powtórzenia badania (d. n. z 30. listopada 1810 l. 492). Albowiem z zaprzysiężonego zeznania świadków strona nabyła już prawa, tak dalece, że gdyby nawet świadek przyznał się, że fałszywą złożył przysięgę, strona, która na tej zasadzie wygrała proces, nie jest stronie przeciwnej do żadnego wynagrodzenia obowiązana (§. 311) i w tym tylko razie byłaby winną zwrócić przeciwnikowi to, co otrzymała, jeżeliby świadek o krzywoprzysięstwo był przekonany (überwiesen), a inne środki dowodowe nie stanowiły nawet połowy dowodu (§. 312).

8. Jeżeliby przesłuchanie świadków przeciągało się zbyt długo, z powodu nieprawdziwego lub niedokładnego wskazania miejsca ich pobytu lub dla innych przeszkód n. p. z powodu pobytu w Australji, z którą nasze sądy nie są w związku sądowniczym, w takim razie mógłby produkt żądać, ażeby sąd wyznaczył czas, do którego badanie świadka ma być przeprowadzone, gdyż w razie przeciwnym będzie postępowanie dowodowe uznanem za zamknięte, i wyrok stanowczy wydany. Produkt może więc żądać, ażeby uznano świadka, jako wcale nie przedstawionego, tak samo jak przy dokumentach (für nicht producirt); nikt bowiem nie powinien doznawać zwłoki

w dochodzeniu praw swoich. (Postanowienie takie zawiera §. 179 ust. węg.)

9. Nieco odmienny proceder dowodowy zachodzi:

- a) w sprawach małżeńskich według d. n. z 3. sierpnia 1819.
- b) w procesie drobnostkowym według ust. z 27. kwiet. 1873.
- c) w procesie sumarycznym według pat. sum.
- d) w sporach wynikających z kontraktu dzierżawy lub najmu, według ustawy z 16. listop. 1858.
- e) w razie dowodzenia śmierci zaginionego według d. n. z 17. lutego 1827.

§. 88.

V. Ogłoszenie zeznań świadków i wywody stron z zeznań ogłoszonych.

Dalszy proceder dowodowy po wysłuchaniu wszystkich świadków, polega na ogłoszeniu ich zeznań i na wniesieniu pism dowodowych (Beweisschriften — Weisungsschriften) t. j. pisma dowodowego, którego celem jest wykazać, że to dowiedzionem zostało, co świadkami dowiedzionem być miało — i obrony dowodowej (Beweiseinrede), której celem jest wykazać, że dowodzicielowi nie udał się dowód ze świadków, albo że dowód ten, choć wyrokiem dopuszczony, nie był potrzebnym lub dopuszczalnym. Jeżeli badanie odwodowe miejsce miało, wtedy wolno stronie, która przeprowadziła dowód przeciwny, wnieść pismo odwodowe (Gegenbeweisschrift) a przeciwnikowi obronę odwodową (Gegenbeweiseinrede) — Proceder ten opisują §§. 243 do 247 u. s. i d. n. z 16. grudnia 1851 l. 258.

§. 89.

VI. Wyrok stanowczy.

Jeżeli strona ofiarowała dowód ze świadków, wtedy zapadają w procesie dwa wyroki, najpierw przedstanowczy, a

następnie po przesłuchaniu świadków i po wywodach dowodowych, jeśli były wniesione, wyrok stanowczy. Wyrok ten może być bezwarunkowy lub warunkowy t. j. zawisły od przysięgi (§. 326 U. s.). Jeżeli n. p. dowód ze świadków stanowi tylko półdowodu, natenczas sędzia przypuszcza w wyroku stanowczym przysięgę uzupełniającą.

§. 90.

Dowód dla wiecznej pamięci.

Dowód dla wiecznej pamięci (Beweis zum ewigen Gedächtnisse, probatio in perpetuum rei memoriam) jest to dowód w toku procesu, lub nawet przed jego rozpoczęciem tym celem prowadzony, aby stronie nie ubyło środka dowodowego, który z czasem może jej być potrzebnym. Dowód ten nie jest osobnym rodzajem dowodu, lecz jedynie odrębnym sposobem dowodzenia.

Dowód dla wiecznej pamięci ma miejsce:

1. celem uzyskania dokumentu, bądź to:
 - a) dla udowodnienia prawa (§§. 248 i 249), bądź też:
 - b) dla zapewnienia sobie środków obrony (§. 250).

W obu przypadkach żąda strona wystawienia dokumentu przez skargę; a może go żądać, aczkolwiek strona przeciwna do tego się nie zobowiązała. Od prawa żądania wystawienia dokumentu (Ausstellung einer Urkunde) należy odróżnić prawo żądania wydania dokumentu (Edition der Urkunde §. 61) i prawo żądania odnowienia dokumentu (Erneuerung der Urkunde §. 59).

ad a. Jeżeli powód żąda wystawienia dokumentu dla udowodnienia prawa, winien dowieść, że mu służy prawo przeciw pozwanemu; n. p. że ma pretensyą z kontraktu pożyczki

ad b. a jeżeli go żąda dla zapewnienia sobie środków obrony, winien dowieść, że dopełnił obowiązku; n. p. że zapłacił czynsz dzierżawny.

Powód, żądając wystawienia dokumentu, winien jego treść przedstawić w skardze.

Jeżeliby pozwany nie wydał mu dokumentu, do wystawienia którego wyrokiem został skazany, może powód przeciw niemu prowadzić egzekucyą na podstawie §. 410 U. s. albo też może wyrok, opisujący dokument, zastąpić miejsce dokumentu.

2. celem zapewnienia sobie dowodu ze świadków. W tym razie nie potrzebuje strona wynosić skargi; dostateczną jest prosta prośba o wysłuchanie świadków dla wiecznej pamięci. Proceder dowodowy opisują §§. 251, 253 i 254 u. s. Nareszcie

3. celem uzyskania dowodu z biegłych (§. 260 U. s.).

ODDZIAŁ VI.

Dowód z opinii biegłych.

§. 91.

Oględziny sądowe i opinia biegłych.

Z postanowień ustawy sądowej, zawartych w §§. 270 i 274 wynika, że oględziny sądowe czyli naoczne obejrzenie (Augenschein - inspectio occularis) i dowód z opinii biegłych (Beweis durch Kunstverständige, Experten, probatio per artis-peritos) nie stanowią dwóch odrębnych środków dowodowych, lecz są ze sobą zawsze ściśle związane. Są one poniekąd jednoznaczącemi pojęciami (synonima). Nie ma oględzin sądowych bez udziału biegłych. Każde oględziny przedsięwzięte są przywołując biegłych tj. osoby trzecie, nie mające udziału w procesie, które posiadają dostateczne uzdatnienie do oceny właściwości rzeczy spornej.

Przez oględziny rozumiemy obejrzenie przedmiotu sporu zapomocą władz zmysłowych. Najczęściej odbywają się

ogłędziny zapomocą zmysłu widzenia; niekiedy jednak także zapomocą innych zmysłów, jako to: słuchu, dotykania, smaku i powonienia. W każdym atoli razie nazywamy to obejrzeniem naocznozem, bo *denominatio fit a potiori*; zmysł widzenia jest czynnym przy każdym obejrzeniu.

Jeżeli sędzia ogląda przedmiot sporu w celu czynności urzędowej, mówimy o oględzinach sądowych (*gerichtlicher Augenschein*). Przy oględzinach sądowych poznaje sędzia przedmiot sporu bezpośrednio przez własne zmysłowe spostrzeżenia; dlatego też oględziny co do mocy przekonywującej idą przed wszystkimi innemi środkami dowodowemi.

Oględziny sądowe mogą w powszechności albo same przez się, albo tylko w połączeniu z orzeczeniem biegłych uchodzić za środek dowodowy w procesie cywilnym. Ustawa sądowa atoli nie uznaje oględzin sądowych samych przez się za środek dowodowy, lecz z powodu, że sędzia nie może i nie powinien być zarazem świadkiem, wymaga ażeby biegli przy oględzinach zawsze brali udział; nawet w tym razie, gdy nie ma potrzeby zasięgać zdania mężów fachowych, a zdrowe zmysły są dostateczne, aby poznać i ocenić prawdziwy stan rzeczy, będący przedmiotem sporu i celem obejrzenia.

Oględziny sądowe bez przywołania biegłych mają moc dowodu tylko wyjątkowo, a mianowicie przy porównaniu pism celem sprawdzenia prawdziwości podpisu (§§. 207 i 209); równie jak przy osądzeniu; czy dokument ma wady zewnętrzne, które mu zarzucono (§. 200). Prócz tego dopuszczalnym jest dowód z oględzin sądowych bez przywołania znawców w postępowaniu prowizoryalnym; albowiem według patentu z 27 października 1849 § 7 zależy wyłącznie od uznania sędziego, czy chce zarządzić oględziny na miejscu z przybraniem znawców lub nie, w szczególności celem przekonania się naocznego o stanie przedmiotu sporu, o naruszeniu posiadania i t. d.

Dopiero ustawa o p. d., oparta na zasadzie wolnej teorii dowodowej, odróżnia dowód ze znawców od dowodu z oględzin sądowych. Według niej stanowi każdy z nich osobny rodzaj dowodu czyli osobny środek dowodowy. W postępowaniu drobnostkowym może sędzia dla wyjaśnienia sprawy zarządzić oględziny nawet z urzędu i jeżeli okaże się potrzeba, przywołać znawców. Zależy więc od uznania sędziego, czy oględziny sądowe już same przez się są dostatecznymi, aby sprawdzić faktyczny stan rzeczy, lub też czy samo orzeczenie znawców wystarczy, czy nareszcie obydwóch tych środków dowodowych równocześnie użyć należy t. j. czy naoczne przekonanie się sędziego o stanie rzeczy i zaciągnięcie od biegłych wiadomości technicznych, okażą się razem potrzebnymi. Postanowienie to jest ze wszech miar uzasadnionem; pominąwszy bowiem, że równoczesne użycie obu środków dowodowych znaczne za sobą pociąga koszta, zasiągnięcie zdania biegłych jest zupełnie zbytecznem, jeżeli rozpoznanie i sprawdzenie stanu rzeczy prócz zdrowych zmysłów niczego więcej, mianowicie żadnych wiadomości technicznych nie wymaga, azatem okoliczności sporne już przez samo naoczne przekonanie się sędziego wyjaśnić się dadzą; n. p. we wszystkich sprawach posesoryjnych, granicznych lub dotyczących się przedsiębiorstw wykonywanych na gruncie albo w budowlach i. t. p. gdzie już samo zejście na grunt i naoczne oglądanie przedmiotu sporu jest dostatecznem, aby nabyć przekonania o stanie, w jakim się rzecz sporna znajduje.

Celem oględzin sądowych jest sprawdzenie istniejącego stanu rzeczy po dokładnem obejrzeniu i opisanu przedmiotu sporu w obecności i pod kierunkiem sądu, (*Be-fund — visum et repertum*); celem zaś przybrania biegłych jest wyprowadzenie wniosku ze sprawdzonego stanu rzeczy i udzielenie opinii o istnieniu lub nieistnieniu pewnych własności przedmiotu sporu, oparte na zasadach umiejętności, sztuki lub na specjalnych wiadomościach technicznych, czyli opinia, relacja, wywód, orzeczenie biegłych (*Gutachten, parere*).

§. 92.

Dowód z opinii biegłych bez oględzin.

Ponieważ oględzin sądowych nie można przedsięwziąć bez udziału biegłych, oględziny zaś wymagają, ażeby istniał przedmiot sporu, który jest celem obejrzenia, przeto nasuwa się pytanie: czy odwrotnie dowód z opinii biegłych bez oględzin jest możliwym i dopuszczalnym?

Nie ulega wątpliwości, że dowód z biegłych bez oględzin sądowych jest dopuszczalnym w tym razie, jeżeli się rozchodzi jedynie o udzielenie opinii technicznej, a nie ma potrzeby oglądania przedmiotu sporu; n. p. jeżeli o to jedynie chodzi, aby ocenić, ile czasu lub zachodu wymagałoby wykonanie pewnego dzieła umówionego między stronami, lecz niedokonanego, lub czy takowe przez trzecią osobę równie dobrze wykonanem być może, albo jeżeli między stronami toczy się spór o właściwe znaczenie pewnego wyrazu w dokumencie spisany w obcym języku.

§. 93.

Dowód ze świadków biegłych.

Odmienne rzecz się przedstawia przy rozwiązaniu pytania: ażali dowód z biegłych w celu dania opinii technicznej jest dopuszczalnym w tym razie, gdy udzielenie opinii wymaga koniecznie obejrzenia przedmiotu sporu, którego właściwość przez biegłych ma być ocenioną, a przedmiot sporu już wcale nie istnieje, azatem obejrzanym być nie może, albo przynajmniej nie istnieje w takim stanie, w jakim go strony przedstawiły w procesie, gdy więc chodzi o sprawdzenie stanu faktycznego z czasu już upłynionego, czyli innemi słowy; ażali zdanie biegłych może służyć za dowód stanu faktycznego, który za pomocą oględzin nie da się już sprawdzić?

Czynność biegłych polega według przepisów ustawy sądowej zawartych w rozdziale XVII, na obejrzeniu przedmiotu sporu w obecności sędziego lub jego delegata i na objawieniu o nim zdania swego. Jeżeli więc chodzi o sprawdzenie faktu lub stosunku z czasu przeszłego, którego rozpoznanie specjalnych wymagało wiadomości, który atoli obecnie z powodu nieistnienia swego za pomocą oględzin już sprawdzić się nie da, w takim razie dowód z biegłych miejsca mieć nie może.

Aby jednak dowieść dawniejszego stanu rzeczy, nie pozostaje nic innego, jak powołać tych za świadków, którym dawniejszy stan rzeczy z własnych spostrzeżeń był znany, dla udowodnienia owych faktów lub stosunków, które każdy mógł spostrzedz, kto ma zdrowe zmysły.

Jeżeli świadkowie ci są zarazem biegłymi; w takim razie mogą oni stwierdzić owe fakta lub stosunki, spostrzeżone własnemi zmysłami i równocześnie objawić swoje zdanie co do ówczesnego stanu rzeczy. Ten sposób dowodzenia nazywamy dowodem ze świadków biegłych (*Beweis durch sachverständige Zeugen*). Wszelako dowód ten nie jest właściwym dowodem z biegłych; albowiem między biegłymi i świadkami biegłymi zachodzi ta różnica, że biegli są doradcami sędziego (*Gehilfen des Richters, judices facti*), którzy wyprowadzają wnioski z teraźniejszego stanu rzeczy, sprawdzonego naocznem obejrzeniem; świadkowie zaś biegli stwierdzają swoje spostrzeżenia co do faktów już minionych i na nich opierają swoje wnioski. Zatem idzie, że w razie ofiarowania dowodu ze świadków biegłych, mają zastosowanie przepisy ustawy sądowej o dowodzie ze świadków, zawarte w rozdziale XIV, że więc artykuły dowodowe przedłożyć i świadków biegłych wymienić należy; nie mają zaś zastosowania przepisy o dowodzie z biegłych, zawarte w rozdziale XVII (wyrok sądu najwyż. z 3. listopada 1869 l. 12453 i z 29go maja 1872 l. 3723 w zbiorze Głos. 3554 i 4919).

Ofiarując dowód ze świadków biegłych winien dowodzić tak ułożyć artykuły dowodowe, aby świadkowie, jako znawcy, w zeznaniach swoich objawili zdanie techniczne, i prosić o dopuszczenie tego dowodu w ten sposób, iżby zawarty w artykułach dowodowych wywód oględzin już poprzednio przez nich przedsięwziętych (Befund) i swoje zdanie (Gutachten) na audyencji w obec sądu i stron do protokołu zeznali.

Dowód ze świadków biegłych może być ofiarowany w przypadkach następujących:

1. jeżeli ktoś twierdzi, że spadkodawca w czasie rozporządzenia ostatniej woli nie był przy zupełnych zmysłach, i odwrotnie, że spadkodawca uznany sądownie za obłąkanego, w czasie rozporządzenia ostatniej woli był zupełnie przytymnym (§§. 566 i 567 U. c.), wtedy może on złożyć dowód prawdziwości swego twierdzenia, powołując na świadków owych lekarzy, jako biegłych, którzy przy rozporządzeniu ostatniej woli byli obecnymi;

2. gdy bydlę zachoruje lub padnie w ciągu 24 godzin po odebraniu go, wtedy przemawia domniemanie prawne za tem, że ono już przed oddaniem było chorem (§. 924 U. c.); jednakże ten, co takie bydlę odebrał, wtedy tylko może się odwołać do tego domniemania, gdy oddawcę natychmiast uawiadomił o wadzie dostrzeżonej lub w jego nieobecności doniósł o tem sądowi miejscowemu albo znawcom i postarał się o naoczne obejrzenie, (§. 926 u. c.). Nie jest atoli koniecznem, ażeby oględziny przez biegłych były przeprowadzone w formie ustawą sądową dla oględzin sądowych przepisanej, a w szczególności w obecności sędziego. Wystarczy, jeżeli odbiorca doniesie biegłym o wypadku, a ci spiszą, wywód oględzin, chociażby bez zawezwania sprzedawcy, jako ewiktora, do uczestniczenia przy oględzinach i bez wezwania i pośrednictwa sądu;

3. jeżeli chodzi o sprawdzenie wartości rzeczy, jaką ta miała w czasie już upłynionym (§§. 794, 934, 951, 964, 1228, 1229 u. c.).

Jeżeli zaś świadkowie, którzy spostrzegli fakt lub stosunek z czasu upłynionego, którego rozpoznanie wymaga wiadomości fachowych, nie są biegłymi, w takim razie winien dowodziciel połączyć dowód ze świadków z dowodem z biegłych t. j. winien powołać jako świadków, tych, którzy owe fakta w oczy wpadające spostrzegli i przedstawić im w artykułach dowodowych fakta pojedyncze, które każdy spostrzedz może, kto ma zdrowe zmysły; a prócz tego winien ofiarować dowód z biegłych, i po dopuszczeniu obu tych dowodów wyrokiem przedstanowczym, zeznania tych świadków przedłożyć biegłym, którzy mają orzec, czy z owych faktów, dowiedzionych zeznaniem świadków, wypływa według zasad nauki lub sztuki to, co dowodziciel twierdzi. Po dopuszczeniu wyrokiem przedstanowczym obu tych dowodów, winien je dowodziciel podjąć, żądać przede wszystkim przesłuchania świadków, a termin do badania biegłych tak długo odraczać, dopóki świadkowie swoich zeznań nie złożą.

§. 94.

Warunki dowodności opinii biegłych.

Warunki, od których zależy dowodność orzeczenia biegłych, są następujące:

1. Fachowe wykształcenie biegłych t. j. specjalne uzdolnienie do ocenienia stanu rzeczy będącej przedmiotem sporu (§. 259). Według różnorodności sprawy spornej biegły powinien być medykiem, chemikiem, tłumaczem, budowniczym, gospodarzem wiejskim i t. p.

2. Wiarygodność biegłego. Wiarygodnym znawcą jest ten tylko, kto jako świadek w tej samej sprawie nie należałby do kategorii świadków bądź niedopuszczalnych, bądź wątpliwych; n. p. biegły, który jest krewnym lub powinowa-

tym strony dowodzącej, nie jest wiarygodnym. Świadek nie-dopuszczalny lub wątpliwy może być przypuszczonym do świadectwa pod warunkami oznaczonymi w §§. 214 — 217 u. s.; nigdy zaś biegły. Przyczyna tego tkwi w tem, że biegłego może zastąpić drugi, bynajmniej zaś świadka.

3. Orzeczenie biegłych powinno być pod względem treści należycie uzasadnionem. Aby świadek zaśługiwał na wiarę, powinien wskazać źródło swojej wiedzy, (*rationem scientiae*, §. 226); tak samo winien znawca oprzeć swoje zdanie na zasadach umiejętności, sztuki lub wiedzy technicznej (§. 214 ust. węg.); w razie przeciwnym orzeczenie znawcy, jako wyrok samowolny, nie stanowiłby dowodu; n. p. zdanie znawcy, że okazaną mu maszynę uznaje za nieprzydatną bez wskazania wad i w ogóle bez przytoczenia powodów.

4. Nareszcie wymaga ustawa (§. 268) jednozgodnego zdania dwóch biegłych, lub w razie ich niezgodności przybrania trzeciego, a jeżeli i ten nie zgadza się z żadnym z nich, przywołania innych znawców (§. 269). Zdanie to winni znawcy ułożyć po obejrzeniu przedmiotu sporu, równocześnie przedsięwziętem w obecności sędziego i po wspólnej między sobą naradzie.

§. 95.

Postępowanie dowodowe.

W razie ofiarowania dowodu z biegłych rozpada się proceder dowodowy, podobnie jak przy wprowadzeniu dowodu ze świadków, na okresy następujące:

I. Ofiarowanie dowodu z oględzin i biegłych (§. 12).

II. Dopuszczenie dowodu bądź to wyrokiem przedstawczym (§. 259) bądź też uchwałą sądową (§. 260).

III. Podjęcie dowodu (§§. 261—264).

IV. Przeprowadzenie dowodu t. j. naoczne obejrzenie i zdanie sprawy (§§. 265 — 271).

V. Ogłoszenie zdania biegłych (§. 272) — nareszcie

VI. Wyrok stanowczy — (§. 326).

Powołane tu paragrafy i ustawa z 16. maja 1874 normują całe to postępowanie dowodowe.

§. 96.

Porównanie dowodu z biegłych z dowodem ze świadków.

Aczkolwiek dowód z biegłych zbliża się pod wielu względami do dowodu ze świadków, znaczne jednak między nimi zachodzą różnice; a te są następujące:

1. Świadek stwierdza zeznaniem swoim fakta już przeszłe; i poświadcza to, co się stało, na podstawie tego, co widział lub słyszał; biegły zaś zawezwany do naocznego obejrzenia przedmiotu sporu, udziela sędziemu swego zdania co do teraźniejszego stanu rzeczy. Pod tym względem zbliża się zadanie biegłych do powołania sędziego rozstrzygającego spór; ztąd też pochodzi, że procesualiści nazywają biegłych doradcami sędziego (*judices facti*).

3. Przy badaniu świadków sąd lub strona odwołuje się jedynie do pamięci świadków co do faktu spornego; przy badaniu biegłych zaś zasięga sąd ich zdania opartego na specjalnej znajomości przedmiotu sporu, jakiej sędziowie zazwyczaj nie mają.

4. Świadków powołuje strona sama; biegłych zaś mianuje sędzia z urzędu, jeżeli się strony na wybór biegłych nie zgodzą. Ztąd też pochodzi, że pozasądowe świadectwa lub orzeczenia biegłych (*Gutachten*) co do właściwości rzeczy, będącej przedmiotem sporu, nie stanowią żadnego dowodu (§. 15), chociażby pochodziły od znawców, publicznie ustanowionych i przysięgłych, a nawet na skutek rozporządzenia władz lub urzędów administracyjnych złożone zostały.

5. Strona dowodząca, ofiarując dowód ze świadków, przekłada artykuły dowodowe, na które świadkowie

badani być mają; ofiarując zaś dowód z biegłych nie dołącza artykułów dowodowych, lecz wskazuje jedynie przedmiot sporu, który ma być oglądanym i owe okoliczności, lub ów stan rzeczy, który opinią biegłych ma być dowiedziony; sędzia zaś oznacza wyrokiem przedstanowczym przedmiot oględzin i owe okoliczności, względem których biegli mają mu udzielić swego zdania.

6. Świadek niedopuszczalny lub wątpliwy może być badanym za przyzwoleniem strony przeciwnej (§§. 215 — 217); biegły zaś jest już z mocy ustawy wyłączony (§. 263).

7. Sprzeczne zeznania świadków znoszą się nawzajem; w razie niezgodności zdania biegłych rozstrzyga większość (§. 268).

8. Świadek może być zniewolonym do złożenia świadectwa (§. 232), a nie znawca, chyba że do tej czynności urzędownie został ustanowiony (§. 261); byłoby bowiem niedorzeczne zmuszać znawcę, który sobie samemu nie ufa, do dania opinii; zresztą uchylenie się biegłego od wypowiedzenia zdania swego nie może szkodzić stronie, bo są jeszcze inni znawcy.

9. Dowód z biegłych nie dopuszcza dowodu przeciwnego (§§. 272 i 273).

10. Dowód z biegłych jest dowodem pojedynczym; nie ma pół dowodu, ani dowodu niezupełnego. Uzupełnienie zdania jednego znawcy przysięgą uzupełniającą nie ma miejsca.



T R E Ś Ć.

O dowodach w procesie cywilnym.

ODDZIAŁ I.

O dowodach w ogólności.

	str.
Doniosłość nauki o dowodach	1
Konieczność dostarczenia dowodu prawdy	2
Środki dowodzenia	4
Teorya dowodów	7
Ustawowa teorya dowodów	8
Wolna teorya dowodów	9
Różnice między stałą a wolną teoryą dowodów	10
Która teorya dowodów jest odpowiedniejszą?	13
Bliższe określenie przekonania	17
Czy i gdzie istnieje jedna lub druga z tych teoryj w całej swej odrębności?	21
Nowsze legislacje przyjmują zasadę wolnego oceniania dowodów	25
Podziały dowodów	27
Dowód bezpośredni i pośredni, i dowód ze zbiegu okoliczności	28
Dowód z domniemań	35
Dowód zupełny i niezupełny	40
Dowód pojedynczy i złożony	44
Dowód zwyczajny i sumaryczny	45
Dowód doraźny i niedoraźny	45
Dowód i odwód	45
Dowód dodatni i ujemny	53
Dowód ofiarowany, dopuszczony, podjęty i przeprowadzony.	56
Przedmiot dowodu. Czego trzeba dowodzić?	58
Podmiot dowodu, czyli kto ma obowiązek dowodzenia	67

ODDZIAŁ II.

Dowód z przyznania.

Określenie przyznania	71
Istotne znamiona przyznania , , , ,	74

	str.
Różne rodzaje przyznania	75
Przyznanie sądowe. Warunki dowodności	77
Skutki przyznania sądowego	85
Przyznanie zasądowe	87
Skutki przyznania zasądowego	91
Przyznanie zupełne lub częściowe	92
Różnice między przyznaniem sądowym i zasądowym	94
Uznanie	95
Istota i pojęcie uznania	97
Czy uznanie prawa lub obowiązku jest środkiem dowo- dowym?	98
Forma uznania	99
Skutki uznania	100

ODDZIAŁ III.

Dowód z dokumentów.

Znaczenie dokumentu	101
Różne rodzaje dokumentów	106
I. Ze względu na osobę wystawiciela.	106
II. Ze względu na treść dokumentów	111
Warunki dowodności i ważności dokumentów	112
Zewnętrzne warunki dowodności dokumentów	113
I. Osnowa czyli tekst dokumentu	113
II. Podpis wystawiciela	114
III. Zachowanie formalności zewnętrznych prawem prze- pisanych	118
IV. Niewadliwość dokumentu	124
Warunki wewnętrzne	125
I. Uzdolnienie i uprawnienie wystawiciela do zeznania do- kumentu	125
II. Ważność treści dokumentu.	126
Documenta indiscreta	127
Dowód zaprzeczonej dowodności lub ważności dokumentu	131
I. Dowód zarzutów przeciw dowodności dokumentów	132
II. Dowód zarzutów przeciw ważności dokumentów	135
1. Dowód zaprzeczonej treści dokumentu	136
2. Dowód zgodności treści dokumentu, wypełnionej w blankiecie, z wolą wystawiciela	136
3. Dowód wiarygodności świadków i ich wiado- mości, że dokument zgadza się z wolą wysta- wiciela	138
Moc dowodu dokumentów publicznych	139

	str.
Moc dowodu dokumentów prywatnych	142
Proceder dowodowy.	146
Amortyzacja dokumentów	150
Dowód treści dokumentu zagubionego	152
Odnowienie dokumentów	153
Dowód autentyczności dokumentu	154
Obowiązek wydania lub udzielenia dokumentu.	157

ODDZIAŁ IV.

Dowód z przysięgi.

Znaczenie przysięgi.	161
Różne rodzaje przysięgi	166
I. Przysięga sądowa i pozasądowa	166
II. Przysięga stron i świadków	166
III. Przysięga stwierdzająca i przyrzekająca	166
IV. Przysięga dobrowolna i nakazana	167
V. Przysięga główna i podrzędna	167
VI. Przysięga z pewną nazwą lub bez nazwy	168
VII. Przysięga ofiarowana i deferowana	169
VIII. Przysięga bez zastrzeżenia lub z zastrzeżeniem wie- dzy i pamięci	170
Przysięga na prawdę, mianowicie przysięga wiadomości i przekonania	171
Przysięga niewiadomości, mianowicie przysięga zupełnej nie- wiadomości i przysięga na wiarę	172
Przysięga główna	183
Podmiotowe warunki dopuszczalności przysięgi głównej	185
Przedmiotowe warunki dopuszczalności przysięgi głównej	187
O podmiocie przysięgi głównej	193
Osoba trzecia nie będąca stroną prawującą się, nie może w zastępstwie strony wykonać przysięgi głównej	196
Wyjątki od powyższej zasady	198
1. Przysięga trzeciej osoby, przedstawiającej stronę spór wiodącą	198
2. Przysięga trzeciej osoby, zastępującej w procesie stro- nę spór wiodącą, nie mającą zdolności do przysięgi	201
3. Przysięga trzeciej osoby zastępującej osobę moralną	202
Przysięga uczestników sporu	207
O przedmiocie przysięgi głównej.	211
Zastąpienie przysięgi główną innym dowodem, mianowicie dowodem w celu ulżenia sumieniu swemu lub zapo- bieżenia możliwemu krzywoprzysięstwu	218

	str.
Proceder dowodowy	223
Przysięga uzupełniająca	224
Przysięga szacunkowa	228
Przysięga wyjawiająca	234
O przysiędze w ogólności	236
Przysięgę należy wykonać:	
I. osobiście	236
II. w sądzie z zachowaniem formalności ustawą przepi- sanych	237
III. w obecności strony przeciwnej	237
IV. zgodnie z rotą czyli formułą przysięgi	237
V. przysięgę należy złożyć rzeczywiście	238
Środki prawne w razie krzywoprzysięstwa	239

ODDZIAŁ V.

Dowód ze świadków.

Znaczenie dowodu ze świadków	240
Warunki dowodności świadectwa	244
Proceder dowodowy	245
I. Ofiarowanie dowodu ze świadków	245
II. Dopuszczenie dowodu ze świadków	247
III. Podjęcie dowodu ze świadków	248
IV. Badanie świadków	249
V. Ogłoszenie zeznań świadków i wywody stron z zeznań ogłoszonych	252
VI. Wyrok stanowczy	252
Dowód dla wiecznej pamięci	253

ODDZIAŁ VI.

Dowód z opinii biegłych

Oględziny sądowe i opinia biegłych	254
Dowód z opinii biegłych bez oględzin	257
Dowód ze świadków biegłych	257
Warunki dowodności opinii biegłych	260
Postępowanie dowodowe	261
Porównanie dowodu z biegłych z dowodem ze świadków	162

J. Kurzyca
Introligator
Siemiatowice

Biblioteka Śląska w Katowicach
ID: 0030001560401



II 640392