

UNIwersytet WROCLAWSKI  
Biblioteka Wydziału Prawa

65550

# NIĘWAŻNOŚĆ I ZARZUTY

W AUSTRYJACKIM PROCESIE CYWILNYM

PRZEZ

Dra AUGUSTA BALASITSA.

ODBIT. z "PRZEGLĄDU" KADU SĄD. I ADMINSTR.

L W O W

NAKLADEM REDAKCYI PRZEGLĄDU SĄD. I ADMIN.

z Drukarni Ludowej pod zarz. St. Baylego.

1887.



# NIEWAŻNOŚĆ i ZARZUTY

W AUSTRYJACKIM PROCESIE CYWILNYM.

PRZEZ

**DRA AUGUSTA BÁLASITSA.**

~~~~~  
ODBITKA Z „PRZEGLĄDU SĄD. I ADMINSTR.“  
~~~~~

**L W Ó W.**

NAKŁADEM REDAKCYI PRZEGLĄDU SĄD. I ADMIN.

*Z Drukarni Ludowej pod zarz. St. Baylego.*

1886.

65550<sup>1</sup>

**65550**

1976-K-19/16

## W S T Ę P.

---

Nie powinno się pisać monografii bez nowych pomysłów. Pierwszą nowością w obecnej jestznaczona w tytule łączność między nieważnością a t. z. zarzutami, do czego dodaję odmienne od dotychczasowego pojmowanie nieważności w procesie cywilnym, tudzież różnicy między excepcjami i zarzutami. Następnie porzucam teorię o t. z. warunkach zaistnienia procesu (*Processvoraussetzungen*), albo raczej ową dodatnią teorię Bülowa przemieniam na ujemną o przeszkodach procesowych. Za pole doświadczeń obieram austr. prawo proc. cyw., nietylko z przyczyny, że ono jest moim urzędowym przedmiotem i że podobne kwestye nie dadzą się rozwiązać zadawalniająco bez podkładu prawa pozytywnego<sup>1)</sup>, lecz jeszcze z innego powodu, nierównie ważniejszego. Jeśli bowiem słusznem i usprawiedliwionem jest nawoływanie do odromanizowania prawa i nauki w zakresie procesu cywil-

---

<sup>1)</sup> Schultze, *Privatr. u. Proc. in ihrer Wechselbeziehung*, t. I., str. 19.

nego<sup>2)</sup>, to prawo austriackie jeszcze w zeszłym wieku dzieła tego dokonało. Nasz proc. cyw. ma wybitnie indywidualną cechę; a ze wszystkich niemieckich najmniej w nim wpływów rzymskich i przesiąkniętej niemi doktryny niemieckiej, co już niejednokrotnie podnieść miałem sposobność<sup>3)</sup>.

---

<sup>2)</sup> Ibid. str. 14 i n.

<sup>3)</sup> W pracach moich: *O przysiędze stanowej z dodatkiem „o ile wiem i pamiętam“*, Lwów 1875; tudzież *O zaoczności* (Studia, t. I. artykuł II. str. 63 i n.)

---

## I. Przedmiot procesu cywilnego.

§. 1. Sprawa główna. W okresie rozpozna wczym<sup>4)</sup> nietylko prawa i stosunki cywilne są przedmiotem procesu cyw. W początku wszędzie istniał tylko jeden rodzaj sądów i jedyny przewód prawny dla wszelkich sporów w jakiegokolwiek bądź dziedzinie prawa, który z biegiem czasu rozszczylił się na kilka rodzajów, różnych pod względem przedmiotów i budowy<sup>5)</sup>. Lecz i obecnie, a w szczególności w prawie austr., nie każda sprawa, orzecznictwu sądów cyw. i traktowaniu w proc. cyw. przekazana, jest już przez to samo sporem o prawno-prywatne rozszczenia, czyli — sprawą cywilną. Ze stanowiska prawa pozytywnego jój pojęcie nie jest równoznacznem z pojęciem sprawy cywilnosądowej. Pomijając przypadki, w których istnienie i poczytalność czynów karogodnych, z powodu niedopuszczalności śledztwa karnego, musi być w proc. cyw. rozpoznane i rozstrzygnięte (d. n. z 9 czerwca 1885; §. 10. ust. z 28 stycznia 1881), lub gdy sprawa administracyjna prawomocnym

---

<sup>4)</sup> Przedmiotowy zakres postępowania egzekucyjnego jest znacznie obszerniejszy. W ogóle wszystko w niniejszej pracy odnosi się wyłącznie do okresu rozpoznawczego.

<sup>5)</sup> Wieding, *R. L. s. v. „Streitobjekt“*.

wyrokiem sądu cyw. przypadkowo, ale mimo to stanowczo bywa rozsądzoną (§. 12 ust. z 18 kwietnia 1869), poddają ustawy niektóre stosunki prawa publicznego sądom i procesowi cyw., jak np. niektóre spory patronackie (§. 1471 u. c.; §. 33 ust. z 7 maja 1874). Z drugiej znów strony nie wszystkie sprawy cywilne są zarazem sądowo-cywilnymi. Mamy także sprawy cywilno-karne i cywilno-administracyjne<sup>6)</sup>. Proces cyw. zatem nie tylko w sferze stosunków cywilnych pewność i wykonanie praw<sup>7)</sup> nam poręcza; nie tylko jest formą i środkiem urzeczywistnienia praw pryw.<sup>8)</sup>, lecz zarazem niektórych publicznych; i odwrotnie w procesie karnym i administracyjnym załatwiają się poniekąd spory cywilne. Ale jedno i drugie jest obecnie wyjątkiem. Budowa i urządzenie procesu cyw. są przystosowane do istoty uprawnień cywilnych, jego formalizm i ostrożności obmyślane ze względu na ich nieskończoną różnorodność i subtelność. Dla tego też wszelka sprawa prawnoprywatna powinna iść do sądu i procesu cywilnego. On też, z reguły, pozostaje stronie jako zwyczajna droga prawa cywilnego nawet wtedy, gdy o jej uprawnieniach prywatnych, sąd karny albo władza administracyjna już zdecydowały (§. 372 proc. k.; art. 15. ust. zas. o wł. sąd. państwa). Ale są uprawnienia publiczne i stosunki prawa publicznego, które jedynie i wy-

---

<sup>6)</sup> Menger, Syst. I. §. 17, Pann, *D. Verwaltungsjustiz*, Wiedeń 1876, str. 511; Bayer, *Civilp.* wyd. 10-te, §. 13.

<sup>7)</sup> Bulow, *Fiktionem*, A. f. c. P. 62, str. 75.

<sup>8)</sup> Wach, *Defensionspflicht*, Grünhut, t. VI. str. 533.



łącznie do procesu cywilnego należą, i co do których nigdy w tej mierze wyjątku nie było i nigdy nie będzie. Proces cywilny rozstrzyga również o istnieniu stosunków, prawem procesowym cyw. do życia powołanych, — o uprawnieniach tegoż podmiotów (§. 18.), i to nietylko w rozprawach ubocznych, w rozprawę główną wplecionych lub w ogóle z nią formalnie powiązanych (§. 2), lecz zarówno w procesie samodzielnym, który niezależnie od innego zaistniał i samodzielnie się rozwinął (§. 17.). Do tych ostatnich należą, między innymi: spory o zastępstwo (§. 51 u. s.), o wystawienie dokumentu dla udowodnienia prawa (§. 249 u. s.) lub zabezpieczenie środków obrony (§. 250 u. s.), o odnowienie dokumentu (§§. 205, 206 u. s.), o treść dokumentu zgubionego (§. 204 u. s.), niektóre spory restytucyjne i na skargę o unieważnienie wyroku prawomocnego<sup>9)</sup> (§. 29.). Wyróżniając w każdym prowadzonym procesie przedewszystkiem główny przedmiot takowego, z woli powoda jemu poddany, i na jego żądanie w wyroku końcowym załatwić się mający, uważają tę część rozprawy procesowej, która się bezpośrednio tego przedmiotu tyczy, i którą powód swoim wystąpieniem właściwie wywołać zamierza, sprawę główną. Ona tedy nie zawsze i niekoniecznie jest prawnoprywatną.

§. 2. Sprawy uboczne. Wydzielwszy z danej rozprawy procesowej — (na razie tylko mechanicznie) — sprawę główną (§. 1), pozo-

---

<sup>9)</sup> Kabat (*O proc. cyw. §. 100*) zalicza te spory do ubocznych. Odmienne zapatrywanie moje uzasadniam w §. 29.

staje cały szereg kwestyj, nad którymi się w procesie rozprawia i które sąd załatwia, a które się nie odnoszą bezpośrednio do sprawy głównej lecz do samego tylko procesu. Przedmiotem tych rozpraw jest stosunek prawno-procesowy, jaki między pewnymi podmiotami (oznaczonym sądem i stronami) zaistniał; w nich toczą strony walkę o utrzymanie praw, jakie w skutek utrwalenia się owego stosunku w danym procesie nabyły, (§. 16. 18). Dążność strony, w tych rozprawach zaczętnie występującej, jest różną. Albo się stara o uzyskanie prawa działania w rozprawie głównej, czyli mówiąc poprawniej: o uzyskanie sądowego uznania prawa do spełnienia pewnej czynności procesowej z powodu, że się prawem opisane warunki tegoż zaistnienia spełniły, jak n. p. o dozwolenie *novorum* w procesie pisemnym (§. 40. u. s.), o przedłużenie czasokresu lub odroczenie audyencji sądowej i. t. p.; albo też się stara o odzyskanie utraconego prawa do działania, znowu na tej samej podstawie: że mianowicie w przedstawionych warunkach faktycznych z ustawy jęj się to należy<sup>10)</sup>, jak np. we wszystkich sprawach restytucyjnych. W ten sposób powstają sprawy uboczne o uzyskanie prawa do działań procesowych. Cel i pożytek wygranej dla inicjatora zawsze jednakowe; lecz stósownie do towarzyszących okoli-

---

<sup>10)</sup> Powszechnie takie ma znaczenie t. z. w praktyce pozwolenie sądowe na spełnienie pewnej czynności. Nie ma nigdy mowy o łasce sądu, lecz o obowiązkowym przyznaniu należnego prawa.

czności w rozmaity sposób oddziaływają na proces i akty sądowe. Należy bowiem uczynić różnicę, czyli odpowiedni okres procesowy, w którym strona chce uzyskać lub odzyskać prawo do działania, jest już uchwałą sądową formalnie zamknięty lub nie. W tym pierwszym przypadku cel owój wygranej nie da się inaczéj osiągnąć, jak tylko przez uchYLENIE uchwały sądowej, chociażby ona już była prawomocną, co oczywiście ustawy w konsekwencyi muszą nakazać, jak n. p. zwykle w sprawach restytucyjnych, a niekiedy w sprawie odroczenia dnia sądowego (§. 16. now. z r. 1874).

Mamy jeszcze trzeci rodzaj spraw ubocznych, w których uchYLENIE niekorzystnych<sup>11)</sup> uchwał sądowych nie jest środkiem do celu, lecz samo w sobie bezpośrednim celem. Zasada wniosku, taką sprawę rozpoczynającego, jest istotną wadliwość formalną czyli nieważność zacepionéj uchwały sądowej. Wszelkie zaskarżenie nieważności jest skierowane przeciwko uchwałom sądowym (§. 4.), zaś prośba, poprzednie sprawy rozpoczynająca, tylko niekiedy od zapadléj uchwały sądowej zależy. W tém zatém nie ma między takowemi stałéj różnicy, ani też w tém, że tamte sprawy dążą do zapewnienia sprawiedliwości materialnéj, zaś dochodzenie nieważności tylko

---

<sup>11)</sup> Jest w ogóle zasadą procesową, z natury rzeczy wypływającą, że prawo żądania zmiany lub uchylenia uchwały sądowej służy tylko stronie, dla której ona jest niekorzystną (§§. 329, 342, 349, 489 i. i. u. s.).

do zapewnienia formalnej<sup>12)</sup>. Niemniej też wygrana w sprawie nieważności może doprowadzić do odzyskania swobody działania jak np. w przypadku §. 78. al. 6. u. drob. Lecz to znowu zależy od tej przypadkowej okoliczności, czyli uchwała sądowa zapadła na niekorzyść téj lub owéj strony. I tak n. p. jeśli powód wnosi zażalenie nieważności od wyroku, to mu powinno zależeć na tém, aby proces został powtórzony, lub też, co dla niego równą ma wartość, uzupełniony; zaś pozwanemu idzie tylko o jego usunięcie. Zresztą może się w danym przypadku rozchodzić, tylko o powtórne wydanie uchwały, bez dalszego działania stron, co ma miejsce w tych wszystkich przypadkach, gdy nieważność tkwi w samej uchwale, nie zaś w procedurze, którego jest wynikiem. Dalej i tego pominąć nie można, że jakkolwiek nieważność uchwały sądowej jest koniecznym warunkiem zaskarżenia nieważności, to znowu takowa nie jest bynajmniej przeszkodą do rozpoczęcia sprawy o uzyskanie lub odzyskanie prawa do działania, a wtedy uzyska się na téj drodze usunięcia uchwały nieważnej, nie zaskarżając wcale téj nieważności.

<sup>12)</sup> Takiemu zapatrywaniu przeczą najwyraźniej słowa §. 346 U. s „...*Nur sind diejenigen Gebrechen... i t. d.*“ Zawsze tedy chodzi o sprawiedliwość materialną, albo wyraźniej: o sprawiedliwe rozstrzygnięcie sprawy głównej. Wprawdzie rozchodzi się w prawie procesowym, w którym zwarty system nieważności panuje więcej o niesprawiedliwość *in abstracto* aniżeli *in concreto*, ale to nie zmienia istoty rzeczy (ob. §. 28)

W końcu nie ma i w tém stałej różnicy, iżte ostatnie sprawy obalają również uchwały prawomocne, a nawet że rozpoczęcie tego rodzaju sprawy zawiera w sobie uznanie prawomocności zacepionej uchwały, bo mamy przypadki zaskarżenia nieważności wyroków i uchwał prawomocnych (§. 29). Zasadnicza różnica polega na tém, czyli strona prosi o uchylene uchwały sądowej, czyli téż bez niej lub mimo niej żąda przyznania swobody działania. Od tego będzie zależało, czyli się rozwinie sprawa nieważności, czyli téż inna uboczna sprawa, jak w ogóle w procesie zależy wszystko od faktycznego wystąpienia strony (§. 12). We wszystkich tych sprawach, pierwszym i jedynym warunkiem ich dopuszczenia jest istniejąca po stronie inicjatora niekorzyść, a w szczególności uciążliwa uchwała sądowa (ob. n. 12). Rodzaj téj sprawy zależy od osnowy przedstawionego żądania. Wykazanie, że uchwała jest rzeczywiście nieważną a względnie krzywdzącą, nie jest warunkiem dopuszczenia i ustalenia się, lecz wygrania sprawy.

§. 3. Bliższe określenie pojęcia sprawy ubocznej. Zaznaczyłem poprzednio (§. 2), że rozumiem przez nią każdą, która obok głównej powstaje w ciągu okresu rozpoznawczego, a zatém między aktem zapozwania (§. 7.), a wyrokiem prawomocnym, przedmiotem której jest szczegółowa kwestya procesu bieżącego. Zwykle uważają za takowa tylko tę sprawę, z powodu której się oddzielna odbywa rozprawa obok lub pośród sprawy głównej, i osobna zapada uchwała. Pojęcie to jest i za obszerne i za ciasne. Za obszerne dla tego,

że sprawa excepcyi rzeczy osądzonej, jeśli ona w danym procederze może być deklinatoryjna, tyczy się bezwątpienia sprawy głównej, chociaż według tego pojęcia należałoby ją zaliczyć do spraw ubocznych; za ciasne zaś z téj przyczyny, że okoliczność czyli odpowiednia sprawa prowadzi się obok, pośród lub podczas rozprawy głównej, jakoteż dalsza, czyli ją sąd ułatwia osobną uchwałą lub dopiero w wyroku końcowym, zależy od urządzenia danego procederu i od przyjętego w niém porządku postępowawia. To wszystko zatem nie może być istotnym znamieniem takiej sprawy, bo skutek rozprawy i rozstrzygnięcia sądowego są zawsze jednakowe. Zaś ten skutek zależy od jakości przedmiotu, którym w sprawach tego rodzaju są zawsze tylko kwestye bieżącego procesu. Zatem sprawa uboczna różni się od głównej, jedynie i wyłącznie, pod względem przedmiotu. Z trzech rodzajów spraw ubocznych, wyżej scharakteryzowanych (§. 2.), będą nas tu zajmować tylko sprawy unieważnienia aktów procesowych.

## *II. Czynności i akty procesowe.*

§. 4 Pojęcie. Proces składa się z całego szeregu czynności, spełnianych naprzemian przez sąd i strony. Każdy akt działania z zamkniętą treścią jest dokonaną czynnością. Jednakowo nie każda oderwana czynność procesowa jest zarazem aktem prawnym, bo nie każda sama

przez się wywiera skutki prawne. Co się tyczy czynności stron spór wiodących, tak jedno- jak dwustronnych (zagoda sądowa), to wiadomo, że one tylko pod warunkiem przyjęcia przez sąd (*approbatio judicis*) są prawnie skuteczne.<sup>13)</sup> Natomiast każda czynność sądowa jest zarazem aktem procesowym w powyższém znaczeniu. Ztąd dla naszego tematu konsekwencya, że przedmiotem każdéj sprawy unieważnienia jest zawsze uchwała sądowa.

§. 5. Akty ściśle procesowe. Każdy akt procesowy wywiera zawsze pewien skutek na sam proces: albo mu daje prawny początek, albo go wprowadza w nowy okres rozwoju albo kończy formalnie. Jeżeli akt procesowy nie ma zarazem skutków w zakresie stosunku prawnego sprawy głównej, nazwać go można aktem ściśle procesowym. Do takich aktów należy też wyrok, uwalniający od instancji z przyczynili procesowych<sup>14)</sup>.

Niektóre z tych aktów procesowych mają odrębne i sobie właściwe skutki w zakresie sprawy głównej, a w szczególności spraw cywilnych, dla których przedewszystkiem proces cyw. istnieje.

<sup>13)</sup> W zwyczajnym proc. pisemnym objawia sąd aprobatę czynności stron osobnemi uchwałami, zaś w innych bądź w ten sam sposób, bądź dopiero w końcowym wyroku. Zresztą stanowcze przyjęcie może nastąpić dopiero w tej najbliższej po odnośnej czynności uchwale, która samoistnie prawocną stać się może.

<sup>14)</sup> Taki sam wyrok na excepcją dylatoryjną, jest merytorycznym, bo załatwia sprawę główną

Tyczy się to przede wszystkim aktu zapoznania, który jest podstawą procesu<sup>15)</sup>. To stanowcze jego dla zaistnienia procesu znaczenie, jest powodem, dla czego wywiera skutki w zakresie stósunku prawnego sprawy głównej. Lecz znowu z tego ostatniego powodu warunkom prawności aktów cywilnych odpowiadać musi (§. 12).

§. 5. Akty procesowe mieszane. Do nich należy wyrok merytoryczny, czyli wydany w sprawie głównej (ob. n. 14), tudzież akty dobrej woli stron spór wiodących, będące z pierwotnego swego przeznaczenia instytucjami sądownego załatwienia sporów, które prawo proc. cyw., z przyczyn wiadomych, jako instytucye procesowe sobie przyswoić było zniewolone, jakoto: zago

---

<sup>15)</sup> Między innemi wywiera spełniony akt zapoznania następujące skutki: przerwę zadawnienia i zasiedzenia (§. 1497 u. c.); przejście prawa unieważnienia małżeństwa na dziedziców małżonka (§. 94 i n. u. c.) i t. d. Zwykle przedstawiają te skutki tak, jak gdyby jedne przypisywali samemu wniesieniu pozwu, zaś inne jego doręczeniu, jak np. skutki z §§. 338, 1497 u. c. art. 80, 83 ust. weksl. Tymczasem skutki te zależą od spełnionego aktu zapoznania (§. 16), t. j. od prawomocnej dekretacyi pozwu, zaś dni wniesienia lub doręczenia są tylko czasowym tychże początkiem; co można i tak powiedzieć, że się takowe w owych dniach rozpoczynają pod warunkiem późniejszego przyjęcia pozwu przez sąd. Właściwie zaś są to korzystne dla powoda skutki, z odnośnego prawa jego wynikające, a zatem ostatecznie od wygranej w procesie zależne (§. 1499 u. c., Till, *Prawo prywatne austr.* I. §. 115). Oprócz aktu zapoznania, jeszcze obiona pozwanego wywiera skutki w zakresie prawa cywilnego (§§. 338, 376 i 377 u. c.). Nie są to jednakowo skutki procesowego wniesienia obrony, lecz jej osnowy (Unger, II, str. 549 n. 48).



i wyraźne zrzeczenie się prawa skargi, które to ostatnie, według naszego prawa pozytywnego, pod względem skutków swoich, z cofnięciem pozwu jest porównane. Co do tych aktów rzecz ma się odwrotnie aniżeli co do ściśle procesowych (§. 4). One działają na proces umarzająco z powodu że stanowczo załatwiają i pochłaniają (konsumują) sprawę główną, albo téż, co podobno wyjdzie na to samo, stają się nową i samoistną dla niej podstawą (Unger, II. str. 620; Till, I. str. 435), przez co i proces staje się bezprzedmiotowym.

§. 6. Porządek postępowania. Mimo niektórych różnic w zdaniach o pierwszorzędnej dla procesu cywilnego kwestyi porządku jego czynności<sup>16)</sup>, wszyscy się na to zgadzają i zgodzić muszą, że one ze sobą pozostają w przyczynowym związku, gdyż inaczej organiczne i celowe rozwinięcie procesu nie byłoby możliwem. Zawsze tedy jedna czynność jest prawnym skutkiem mniej<sup>17)</sup>;

---

<sup>16)</sup> Ob. Menger (*Syst.* I. §. 24 i n. 1.) *contra* Wetzell, a potem Wetzell (*Syst.*, wydanie 3-cie §. 69. n. 1.), *contra* Menger.

<sup>17)</sup> Unger, *Syst.* II. str. 347: „*Der Inbegriff dieses den gerichtl. Rechtsstreit u. die richterl. Entscheidung (resp. Exekution) herbeiführenden schrittweise vorzunehmenden u. zusammenhängenden Handlungen der Parteien und des Gerichts bildet d. gerichtl. Verf. in Streitsachen, den Civilprocess* . Nie idzie zatem koniecznie, iżby wszelkie czynności, będące przyczyną innych, wcześniej musiały być spełnione. To w ogóle wtedy tylko jest konieczném, gdy jakieś działanie dopiero wskutek przypadkowego zdarzenia prawnego może nastąpić, jak np. zgłoszenie się do spadku nie może nastąpić przed śmiercią spadkodawcy. Rozwój procesu zależy od

od prawności jednéj zależy skuteczność téj, którą wywołała; akt procesowy wadliwy udziela téj swojej choroby wszystkim innym, które od niego zależą; co jest konsekwencyą aktu nie ważnego, przez to samo jest nieważnem <sup>18)</sup>. Mamy wszakże

świadomego działania. Ztąd też jest zupełnie racjonalném, że niekiedy się antycypuje akt procesowy, gdy się rozumnie spodziewać należy, iż wszystko, co do jego spełnienia jest potrzebném, zostało dokonaniem i strony swoim działaniem żadnego więcej materiału procesowego nie będą w stanie przysporzyć. Na téj idei polega urządzenie procesów nakazowych. Prawomocny nakaz płatniczy zastępuje wyrok, wyrok jest z regułą wynikiem odbytej rozprawy. Lecz w warunkach, dla pozwu nakazowego przepisanych, zwykle nie ma żadnej rozprawy, lub też według supozycji prawodawcy, jéj się nie należy spodziewać. Jeśli zaś rozprawa nad nakazem będzie otworzona, wtedy tenże, gdy go wyrok zatwierdzi, nie jest jedynie skutkiem pozwu, ale zarazem całej, po jego wniesieniu, odbytej rozprawy.

<sup>18)</sup> Z powodu, że mi to później będzie potrzebném, zaznaczam, że w procesie nie ma uchwał sądowych, wydawanych z urzędu, t. z. bez odpowiedniego żądania strony. Albo uchwała sądowa jest wywołana odrębnem żądaniem, co odpowiada ściślej zasadzie wolnej rozprawy, albo ona się łączy z żądaniem pozwu, chociaż nie zapada bezpośrednio po nim. I tak np. gdy sąd, już po prawomocnej dekretacji pozwu, całe postępowanie łącznie z owym dekretem znosi, ma to takie znaczenie, jak gdyby zaraz po wniesionym pozwie dekretacji odmówił. Że zaś ta ostatnia odmowna uchwała jest wywołaną żądaniem pozwu o wprowadzenie procesu (prośbą procesową, *Processbitte*), nie ulega żadnej wątpliwości. Cały tedy proces, a szczególnie sprawy jego uboczne, o ile się nie opierają na odrębnem wystąpieniu strony, mają swe źródło w skardze, §. 1. u. gal. bowiem postanawia: „*Der Richter soll nur auf eine vorläufige Klage, und niemals von Amtswegen verfahren...*“ Zastrzeżenie: „*ausgenommen, da er hierzu durch die Gesetze angewiesen wird*“, nie ustanawia wyjątków od owéj reguły, lecz tylko od ściślej zasady wolnej rozprawy, której potrzeba istnieje jedynie dla cywilnej

jeden akt procesowy, który jest przyczyną prawną wszystkich innych, czyli przyczyną prawnego

---

sprawy głównej, i wynika, jak wiadomo, z istoty uprawnień prywatnych, będących głównym przedmiotem procesu cywilnego (§. 1). Co się zaś tyczy spraw ubocznych, to prośba procesowa, która zresztą, chociaż niewyrażona, zawsze w główném żądaniu pozwu się mieści, jest sumą wszelkich żądań procesowych o uchwały i zarządzenia, z zwykłego przebiegu procesu wynikających. Wszystko bowiem, co sąd ze swój strony w tym celu ma uczynić, jest niezmiennie prawem przepisane, a spełnienie tegoż obowiązkiem sędziowskim zapewnione (§. 18). Sąd nie z urzędu, lecz wskutek prośby procesowej pozew udziela pozwanemu do obrony, wprowadza i przeprowadza dowody bez prośby osobnej, wydaje wyroki przedstanowcze i t. d. Tylko niewłaściwie pojęta, i do sprawy ubocznej przystosowana zasada wolnej rozprawy, chociaż to się z jój istotą nie zgadza, doprowadziła w tój mierze do zboczeń prawodawczych i nieporozumień naukowych. (Ob. moje *Studya nad procesem cyw.* I, str. 139 i n.).

Co się w szczególności tyczy uchwał unieważniających, nie wydanych na osobne żądanie (§§. 58, 346 gal. u. s.), gdy nie obejmują całego procesu łącznie z pozewem, to one również są spowodowane prośbą procesową. Tam bowiem powód żąda wyroku po przeprowadzonym postępowaniu, dla odnośnej sprawy przepisaniem, i w porządku, ustawą nakazanym. Gdyby zaś ta jego prośba z prawem się nie zgadzała, to wiadomo, że ona zawsze w tegoż granicach, a mianowicie także pod względem swobodnego wyboru postępowania, jest prawnie skuteczną i przez sąd uwzględnioną być winna. Otóż gdy się pokaże, iż proces w niewłaściwem odbył się postępowaniu, lub też ono nie tak się odbyło, jak prawo przepisuje, a zarazem z powodu tego rodzaju wadliwości nieważność jest zagrożona, wtedy sąd nie z urzędu, lecz na skutek prośby procesowej, bo zgodnie z jój konieczną osnową, znosi postępowanie i odnowienie takowego zarządza. W ogóle tedy należy zawsze mieć na uwadze, że sąd w procesie nigdy nie działa z urzędu, gdyż proces i wszystko co się w nim dzieje, zależy od wniesie-

zaistnienia i rozwoju całego procesu. Z tego też powodu musi on wszystkie inne wyprzedzić. Jest nim akt zapozwania.

### *III. Akt zapozwania.*

§. 7. Spełnienie. Akt zapozwania przychodzi do skutku z chwilą prawomocnego przyjęcia pozwu przez sąd, co się u nas powszechnie zowie dekretacją pozwu. Zatem potrzeba: 1) wniesienia pozwu, 2) przyjęcia go przez sąd, 3) oznajmienia go pozwanemu<sup>19)</sup> razem ze sądowym dekretem, 4) prawomocności tego dekretu t. z. aby już rekuresem nie mógł być zacepiony.

§. 8. Osnowa dekretu na pozew. Przyjęcie pozwu wyraża sąd wprowadzając przepisane

---

nia skargi i jest tegoż prawnym skutkiem. Tak związkowość aktów procesowych pojmując, dadzą się uniknąć błędy i nieporozumienia w dziedzinie nauki o zasadzie wolnej rozprawy. A gdy już powtórnie wspomniałem o nieporozumieniach, to dla uniknięcia mylnego zrozumienia tego, co wyżej powiedziałem, dodaję, że to wszystko się odnosi jedynie do zwykłego przebiegu procesu. Gdy się strona np. domaga wprowadzenia dowodów, którymi sąd nie rozporządza, gdy żąda uznania wyjątkowych praw procesowych, korzystanie z których zależy od jej woli, lub gdy żąda unieważnienia z przyczyn, które sądowi nie mogą być wiadome, lecz osobno muszą być udowodnione, wtedy oczywiście potrzeba osobnego wystąpienia strony interesowanej. Nadto w sprawach o nieważność, inicjatywa strony jeszcze i wtedy jest niezbędna, gdy przedmiotem tychże są uchwały prawomocne (choćby tylko podmiotowe), co znowu wynika z istoty i skutków prawomocności.

<sup>19)</sup> Przez dręczenie lub, gdzie to prawo uznaje, przez ustne oznajmienie. jak np. w przypadku §. 15 u. drob.

postępowanie; albo ustawą bezwzględnie nakazane, albo przez strony zgodnie wybrane, albo téż obrane jednostronnie przez powoda ze skutkiem dla pozwanego obowiązującym (§ 592 u. s.), albo w końcu przez powoda zażądane, a raczój zaproponowane, o ile ustawy pozwalają na przemianę postępowania w trakcie sporu (§. 17 u. s.). Wprowadzenie postępowania niewłaściwego nie jest odmówieniem procesu, lecz tylko pewnego rodzaju procederu. Pozostaje tu jedynie wątpliwą kwestya, w jakim proces będzie traktowany postępowaniu. I dla tego téż rekurs od téj części dekretu na pozew, nie wstrzymuje tegoż prawomocności, a tem mniej w przypadkach, gdy jest wręcz zabroniony (§. 46 p. s.).

Sąd jednakowo ma obowiązek dekretowania pozwu tylko wtedy, gdy ku temu nie zachodzą żadne przeszkody procesowe.

#### VI. Przeszkody procesowe.

§ 9. Teorya warunków procesowych Bülowa (*Processvoraussetzungen*). Wspomniany autor w znanem słynném dziele<sup>20)</sup>, dwie ważne i żywotne dla procesu porusza kwestye: 1) że na mocy prawa procesowego cyw. powstaje w szczególówój sprawie spornój między spółdziałającymi w procesie podmiotami (stronami i sądem) odrębny i od istnienia stosunku prawnego, sprawę główną tworzącego, niezawisły stosunek prawny, natury wy-

---

<sup>20)</sup> Dr. Osk. Bulow, *Die Lehre von den Processurtheilen und Processvoraussetzungen Giesen 1868.*

łącznie prawno-procesowej, i 2) że tenże w konsekwencji opiera się na odrębnej zasadzie faktycznej. Otóż owe warunki faktyczne, które Bülow pożytywnie stara się ująć i wyliczyć, obejmuje on nazwą „*Processvoraussetzungen*”<sup>21)</sup>“.

§. 10. Teorya Bülowa w obec nauki. Pomysł Bülowa o samoistności stosunku procesowego nie jest oryginalnym ani w nauce<sup>22)</sup> ani w ustawach (§. 12); zaś w obec jego teorii warunków procesowych, dwaj najznakomitsi processualiści austriackiej nowszej szkoły, na pozór odmienne, ale w rzeczywistości obydwoj odporne zajęli stanowisko. A. Menger przyjmuje wyraz „*Processvoraussetzungen*“, ale zarzuca pojęcie, jakie mu Bülow nadaje. Mniema bowiem, że te warunki faktyczne, przez Bülowa jako procesowe podane (Ob. n. 21), można określić jedynie jako faktyczne warunki procesowego uprawnienia do żądania w prowadzenia postępowania w instancyi pierwszej. Uczony ten głównie dla téj przyczyny nie zgadza się z Bülowem, bo nie podziela jego zdania, że w procesie istnieje tylko jeden i jedyny stosunek

---

<sup>21)</sup> Wyraża się o nich raz, że to są „*die Erfordernisse für die Zulässigkeit, als die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Processrechtsverhältnisses*“, lub też je określa jako „*die constitutiven Elemente des Processrechtsverh.*“ (str. 6) Warunkami temi mają być. 1) właściwość, zdolność i bezstronność sądu, 2) zdolność procesowa stron spór wiodących, 3) sprawa cywilno-sądowa, 4) pozew formalnie niewadliwy i należyte jego doręczenie; 5) zachowanie ustawowego porządku między kilkoma procesami (str. 5).

<sup>22)</sup> Puchta, *Inst.* §. 150. stawia tezę, że celem postępowania *in jure* jest „*die Begründung des Processverhältnisses*“.

prawno-procesowy. Nie uznając zatem jedyne go i spólnego, przez wszystkie studia procesowe się ciągnącego stosunku, nie może też Meng er znać spólnych dla całego procesu warunków jego zaistnienia <sup>23</sup>).

§. 11. Teorya Bülowa w obec nauki (ciąg dalszy). Teorya przeszkód procesowych. Heyssler przyjął i wyraz i pojęcie Bülowe <sup>24</sup>), lecz zdaje mi się, że tylko pozornie. Chwali systematyczną i dogmatyczną ścisłość Bülową, tudzież wybór wyrazu, mającego wybitną cechę nazwy technicznej, ale tuż potem zupełnie trafną czyni uwagę, że teorya ta, dla jój autora i w jego pracy (n. 20), nie tyle głównym jest celem, ile już z góry jest przeznaczoną do służenia mu za broń w celu zwalczania tradycyjnej nauki o excep cyach procesowych (l. c. str. 115). I dostrze-

---

<sup>23</sup>) „*In Wahrheit ist es aber eine charakteristische Eigenthümlichkeit jedes Civilrechtsstreites, dass in demselben regelmäßig nur ein, selten mehrere, immer aber nur eine begrenzte Zahl von materiellen Rechtsansprüchen geprüft und festgestellt werden; wogegen sich die processualische Cognition auch in dem einfachsten Civilprocess auf die Thatbestände einer grossen Zahl von selbständigen processualischen Ausprüchen erstreckt, welche dem Process in seiner Totalität ebenso wie die Voraussetzungen des Ladungsanspruches dienen, und die deshalb gleichfalls als Processvoraussetzungen zu betrachten sind*“. I tak naprzykład należyte urządzanie i oznajmienie obrony trzeba w tém znaczeniu uważać jako warunek procesowy, a nie jak twierdzi Bülow (n. 21.), jedynie pozwu (Menger, *Syst. I.* str. 292 i n. 50) Do zdania Mengera przystąpił Ullmann (*Das österr. Civilprocessrecht.* str. 182).

<sup>24</sup>) W dziele: „*Die Processvoraussetzungen nach österr. Recht*“, — Grünhuta *Zeitschr.*, t I. str. 114 i n.

gamy na odnośnej pracy Heysslera (n. 24), gdy wykrycie Bülowowskich warunków procesowych w austr. prawie proc. cyw. za główny cel sobie postawił, że już od początku z niemi bierze rozbrat. Chcąc wypróbować ich racjonalności i przydatności w procesie austriackim, stosuje Heyssler metodę patologicznego badania procesu chorego czyli wadliwego, by tą drogą poznać warunki żywotności i siły procesu zdrowego czyli niewadliwego. Według jego zdania ta tylko metoda do zadawalniających na tem polu doprowadzi rezultatów, która poprzednio zbadała wadliwości, by z nich wyprowadzić wnioski o pozytywnych warunkach procesu, w powyższym sensie niewadliwego, czyli z objawów takiego anormalnego procesu i zbadanych przyczyn tychże, o tych potrzebach dodatnich procesu normalnego, które właśnie Bülow obejmuje nazwą „*Processvoraussetzungen*“. W dalszym ciągu swęj pracy, Heyssler ciągle wraca do tego wyrazu, lecz nie do rzeczy. Jako bezpośredni rezultat badania według powyższej metody podaje wyczerpująco wszelkie braki procesowe, z powodu których następuje odrzucenie pozwu *ex primo decreto*, zastanowienie postępowania. *absolutio ab instantia* lub nieważność wyroku. Bülowa „*Voraussetzungen*“ okazują się nam w tem przedstawieniu jako odwrotna strona medalu, na którym po jednéj wypisano wszelkie wadliwości postępowania, będące przeszkodami doprowadzenia procesu do wyroku w sprawie głównej, lub też do wyroku ważnego; — są one zatem jedynie dalszemi konsekwencyami owego bezpośredniego rezultatu metody Heysslera.



Użycie téj metody usprawiedliwia Heyssler (str. 116) tém, że aż do Bülowa, ani nauka ani praktyka nie były świadome potrzeby pozytywnego określenia warunków procesowych i téż naprózno byśmy czegoś podobnego szukali w ustawach. Wszędzie tam natrafiamy tylko na kwestye wadliwego stanu rzeczy w procesie i tegoż dla szczegółowego procesu konsekwencye prawne.

Zachodzi tedy pytanie, czyli istnieje potrzeba zburzenia téj pięknej harmonii między tymi trzema, w każdym prawie decydującymi czynnikami? Mnie się wydaje, że nie. Nie zmusimy przez to praktyki do posłuszeństwa, a dla nauki nic nie zyskamy. Za jedynie racjonalną uważam teorię przeszkód procesowych, której zaród tkwi w metodzie i przedstawieniu Heysslera<sup>25)</sup>.

§. 12. Teorya Bülowa w obec pozytywnego prawa austriackiego. Teorya przeszkód procesowych. §. 1. U. s., wyliczając wiadome trzy przypadki odrzucenia (*verwerfen*) wniesionego pozwu<sup>26)</sup>, i określając takowe

---

<sup>25)</sup> Z autorów austriackich teorią Bülowa przyjął Canstein (l. c §. 12), Z autorów niemieckich godzą się na nią: Wetzell (*Syst* wyd. trzecie, 1878, str. 136 i n.), Schwalbach (*A. f. c. P.* 63, str. 391 i n.), który twierdzi, że teorya Bülowa stała się programową dla prawa nowożytnego; Planck (*K. V.* 11, str. 160. i n.). Wystąpił przeciwko niej: Bar (*A. f. c. P.* 22, str. 431 i n.), a najsilniej Schultze (ob. n. 1).

<sup>26)</sup> Pod względem sposobu odrzucenia pozwu i osnowy odpowiedniej uchwały, czyni tu ustawa różnicę między pierwszemi dwoma przypadkami (niezdolności do działań procesowych i niewłaściwości sądu) z jednéj, a brakiem przepisanych dla pozwu formalności z drugiéj strony. W pierwszych dwóch przy-

ujemnie, traktuje rzecz całą ze stanowiska zachodzących przeszkód. Zaś w §. 14. p. s. czytamy: „*Steht der Einleitung des Processes kein Hinderniss*

---

padkach, sąd pozew odrzuca natychmiast (*sogleich*), zaś w ostatnim zwraca do formalnego uzupełnienia, co się równa odrzuceniu warunkowemu. Dla powstania procesu jest to obojętnym, bo w gruncie rzeczy nie ma żadnej absolutnej przeszkody procesowej. I w tamtych dwóch przypadkach proces będzie, i to w tej samej szczegółowej sprawie, gdy prawny zastępca niezdolnego wnieśnie ten sam pozew do sądu właściwego. Można by nawet twierdzić, że owszem przeszkoda, z braku formalności pozwu wynikająca, jest silniejszą i cechy więcej absolutnej, gdyż pozew taki pod żadnym warunkiem i w żadnym sądzie nie powinien być przyjęty. O ile zaś ta przeszkoda, odnośnie do procesu samego, przynajmniej równiej co każda inna jest siły, to dla sprawy głównej nie będzie szkodliwą, gdy powód dotrzyma terminu porządkowego, do wniesienia pozwu poprawionego zakresłonego. Pod tym bowiem warunkiem, skutki materialne, do wniesienia pozwu przywiązane (n. 15), z dniem podania pierwszego pozwu się rozpoczynają, gdy w dwóch pierwszych przypadkach pozew odrzucony tak się uważa, jak gdyby go nigdy nie było. I to jest właściwe znaczenie słów końcowych §. 1. ust. sąd. („*im dritten aber auf die gesetzmässige Einrichtung anzuweisen*“) w przeciwieństwie do słów „*sogleich zu verwerfen*“ zdania poprzedzającego. W późniejszym prawie i dla innej sprawy, aczkolwiek nie tyle ważnej, rzecz ta została jaśniej wyłożoną (§. 7. now. z r. 1874). Dla procesu samego i stosunku procesowego, czas jego początku jest zupełnie obojętnym. Stosunek ten zawsze powstaje dopiero z dniem prawomocnej dekretacji i z tym dniem proces się rozpoczyna (§. 16). Skutki materialne są właściwie przywiązane do prawnego początku procesu. Lecz gdy takie idealne urządzenie procesu, aby sąd jeszcze tego samego dnia rozpoczął postępowanie, jest w ogólności niemożliwe, i chociaż je poniekąd ustawy nakazują (§. 6. post. prow.; §. 14. ust. drob.) nie zawsze wykonalne, przeto nie pozostaje nic innego, jak tylko czas ten wstecz posunąć do dnia faktycznego rozpoczęcia postępowania.

*entgegen etc...*"<sup>27)</sup>. Mamy tu wyraz, ale rzecz jeszcze niezupełnie. W celu jój dokładnego poznania musimy przedewszystkiem rozpatrzeć zasadnicze w tój mierze postanowienie §. 19. U. c., które opiewa: „*Jedem, der sich in seinem Rechte gekrankt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen.*“ (Każdemu, który mniema, iż jest w prawach swych pokrzywdzonym, wolno jest wnieść skargę do władzy, przez ustawy do tego przeznaczonój).

Mamy tu do czynienia z t. z. prawem skargi w znaczeniu procesowém (Till, l. c. I. §. 112), niezależném od istnienia prawa, którego się w skardze dochodzi, czyli od t. z. materialnego prawa skargi. To ostatnie dopiero w procesie ma być udowodnioném, a w wyroku stwierdzoném. Gdyby było inaczej, nie mielibyśmy wyroków uwalniających. Do rozpoczęcia procesu nie potrzeba zatém *a priori* wykazania swego prawa; wystarczy proste powołanie się na prawo<sup>28)</sup>. Widzimy zatém, że upoważnienie do zgło-

---

<sup>27)</sup> Odnoszący się do tego przepisu ustęp poprzedzającego §. 13 opiewa: „*Will der Klager die Klage mündlich anbringen, so hat das Gericht vor allem in Überlegung zu ziehen, ob der Gerichstand gegründet, der Klager sich selbst zu vertreten fähig und wenn er im Namen eines dritten auftritt, zur Klage berechtigt sei. Ist in diesen Rücksichten die Klage unzulässig... etc*“ Wstęp ten nie ze wszystkim koresponduje z §. 14., z powodu, że wyliczenie przeszkód nie jest wyczerpującém.

<sup>28)</sup> Instytucyi tój wymaga prawny porządek w państwie i interes powoda. Zabraniając pomocy własnej, winno jój państwo udzielić, gdzie jój potrzeba, tudzież aby się o tój potrzebie przekonać, przyjąć

szenia skargi u władzy, opiera się na prawie cywilném. I oto mamy jeszcze jeden powód wię-  
cej (§. 4.), dla którego warunki tego wystą-  
pienia pozywającego w prawie procesowém,  
przedewszystkiem według zasad odpowiedniego  
prawa cywilnego pozytywnego oznaczyć należy.  
Z jego stanowiska do wykonania tego prawa  
potrzeba:

1. własnowolności powodu i pozwa-  
nego. Prawo procesowe może być pod tym wzglę-  
dem więcej wymagającym (§. 56 U. gal.), lecz  
nigdy mniej (§. 5. d. n. z 23 sierpnia 1819; §. 9.  
U. drob.; §. 34. U. z 14. Maja 1869). Kto nie po-  
siada przynajmniej własnowolności cywilnej, temu  
i zdolność do działań procesowych przyznana być  
nie może <sup>29)</sup>. Tęj zdolności nietylko się od po-

---

i zbadać każde odpowiednie wezwanie. Dlatego też ten sam  
§ 19 k. c., który zabrania pomocy własnej, procesowe prawo  
skargi określa. Degenkolb (*Einlassungszwang und Urtheils-  
norm*, str. 32), prawo to zowie „*subjektives publicistisches Klag-  
recht*“. Z powodu jego niezależności od uprawnienia merytorycznego,  
ma ono być prawem samem przez się (*Recht an sich*),  
któremu odpowiada obowiązek pozwanego poddania się zapoznaniu  
(*Klagzwang*). Tak przeciwko istnieniu, jakoteż potrzebie pod-  
miotowego prawa do procesu, oświadczył się Plösz  
(*Theorie des Klagrechts*, 1880, str. 543), który w każdym razie  
w tém ma słuszność, iż wobec pozwu nie może być mowy  
o obowiązku poddania się po stronie pozwanego, lecz tylko  
o przyjęciu tegoż przez sąd, co też z §. 19 k. c. wprost wynika.  
Degenkolb zresztą skuteczność pozwu czyni zawisłym od  
tego, aby był uczyniony w dobrej wierze, co również jest myl-  
nym (ob. n. 30).

<sup>29)</sup> Należy odróżnić zdolność sądową (*Gerichtsfähig-  
keit*) od zdolności procesowej, czyli zdolności do  
działań sądowych w procesie cyw. (*Processfähigkeit*—

wodu wymaga, lecz zarówno od pozwanego (Heyssler, str. 136). Niepodobna prowadzić procesu z osobą, która nie jest zdolną ani do ważnego uznania swego obowiązku, ani do zaprzeczenia prawa powoda (§§. 1. lit. a. i 56. u. s.).

2. skargi z żądaniem i faktycznym tegoż uzasadnieniem. Przepisy §§. 3 i 7 u. s. wynikają wprost z §. 19. u. c. Żądanie określa osnovę prawa powoda, na które on się powołuje i jest wyrazem jego mniemania, iż się czuje pokrzywdzonym<sup>30)</sup>; faktyczne uzasadnienie jest koniecznym do oznaczenia indywidualnej cechy prawa; bez żądania nie wiedziałby sędzia, czego powód chce, zaś bez faktycznej zasady, dla czego

---

*persona legitima standi in iudicio*). Pierwsza, którą posiada każdy człowiek i każda osoba prawna, jest zdolnością być podmiotem stosunków procesowych, i zawsze się schodzi z ogólną zdolnością prawną. Druga upoważnia do spełnienia aktów procesowych, bądź we własnej osobie bądź przez zastępcę, własną wolą ustanowionego, czyli przez pełnomocnika procesowego. Zdolność do działań prawnych zasadowych bywa obszerniejsza, jak np. u nas. (ob. także Mengera, *Lehre von den Streitparteien im öst. C. P.*, Grünhuta *Zeitschr.* VII., str. 651).

<sup>30)</sup> Czyli ono jest rzetelnym lub udanym, rzecz to prawnie obojętne. Z podobnego wystąpienia należy się domniemywać, że ono pochodzi z krzywdy, prawdziwie odczutej. I tój tylko, zupełnie naturalnej supozycji daje wyraz §. 19. Degenkolb, odnośnie do swój teorii o publicznym prawie skargi (ob. n. 28), czyni je zawisłym od „*gutgläubige, erhebliche Klagebehauptung*“ — Należy jednakowo mieć zawsze na uwadze, że strony w procesie nie powinny być obowiązane do prawdomowności, lecz tylko do działania bez pienięctwa i swawoli (*calumnia, malitia, temeritas litigandi*, — §. 347 u. gal.;

on chce właśnie tego, czego żąda; bez jednego i drugiego nigdzie i nigdy nie było skargi cywilnej <sup>31)</sup>. Na skargę bez żądania albo bez zasady faktycznej <sup>32)</sup>, wyrok i pomoc sądowa niemożliwe, przeto i proces niedozwolony. Tak samo rzecz się ma, gdy skarga jest niezrozumiałą (*libellus obscu-*

---

Menger, j. w. str. 653; co do pojęcia p. Canstein, str. 152). Ztąd też nie powinno być kary za kłamstwo jako takie. W dawniejszym prawie austr. jej nie było (§ 409. u Józ.), lecz mamy ją w późniejszym (§ 504. ust. gal.), a nawet pojawiła się w ustawodawstwie najnowszych czasów (art. 567. ust. wirttembergskiej). W ogólności zaś rozwijał się proces w tym kierunku, że coraz więcej uchylano środki przewencyjne (*juramenta de calumnia* i kaucye), tudzież represyjne, przez co obowiązek rzetelnego i lojalnego postępowania stawał się coraz bardziej obowiązkiem sumienia. W szczególności od wykonania przysięgi *de calumnia* już tylko bardzo wyjątkowo zależy prawo do działania (jak np. prawo prowadzenia dowodu *pro vitando perjurio* według d. n z 30 października 1788 r. lit. b.), zaś prawo żądania sądowego przyjęcia skargi już dzwono od niej wolne.

<sup>31)</sup> Potrzeba żądania nigdy nie była wątpliwą. Co do zasady faktycznej w klasycznym procesie rzymskim, to podobno mylnie dotąd utrzymywano, że w spotęgowaniu *in jure* tylko twierdzenia prawne, nie zaś faktyczne były dopuszczone (Schultze, l. c. str. 9 i n.); *Legis actiones* nie miały postępowania rozpoznawczego, więc też nie miały skargi (Schultze, l. c. str. 439 i n.), podobnie starogermański proces egzekutywny (Janowicz, *Historja prawa niemieckiego* I, str. 137 i n.).

<sup>32)</sup> Inna kwestya, czyli prawo żąda wyczerpującego poszczególnienia faktycznej zasady (§. 3. u. s.), czyli też, podobnie jak prawo Justyniańskie, ogólnego oznaczenia faktu prawnego, co ostatnie wystarcza dla wszystkich naszych procederów, za wyjątkiem procesów nakazowych i pisemnego. Niedostateczny pod tym względem pozew, może być na audyencji sądowej

rus<sup>33</sup>). Bez pozwu nie ma sądu (*nemo iudex sine actore*); nie ma go prawnie, choćby się nawet faktycznie odbył.

§. 19. U. c. przekazuje skargę władzy, z ustawy dla niej przeznaczonej. Tem samem nakłada na tę władzę obowiązek przyjęcia i rozpatrzenia téj skargi. Już tedy Ustawa cywilna opisuje zasadę obowiązku sędziowskiego (*officium iudicis*). Bliższe jej określenie należy do prawa procesowego, od czego też nasza Ustawa sądowa zaczyna.<sup>34</sup>)

Tyle prawo cywilne. Określa ono powyższe warunki procesu po stronie powoda, do których prawo procesowe zastosować się musi. Takowe są niezbędnie potrzebne, aby dany proces był przydatny do stanowczego załatwienia sprawy głównej. Czy one są tak samo konieczne do załatwienia sprawy ubocznej, okaże się później (§. 30).

Oznaczenie przedmiotowej kompetencji władz, do rozstrzygania spraw spornych powołanych, nie należy specjalnie do żadnej osobnej gałęzi prawa

---

uzupełniony, ale w każdym razie przed rozprawą (§. 21 u. ust. s.), albo jeszcze przed dekretycją (§. 17 p. s.; §. 13 u. drob.). Dopóki to się nie stanie, pozew i zapozwanie nie istnieją, co się w tém objawia, iż cofnięcie pozwu przedtém, z powodu niepodobiestwa oznaczenia sformułowanego w niem prawa, nie może być uważane jako zrzeczenie się prawa (§. 16).

<sup>33</sup>) W odróżnieniu od *libellus ineptus*, gdy mianowicie żądanie się logicznie nie zgadza z zasadą prawną i faktyczną. W postępowaniach protokółowanych winien sąd się starać o usunięcie téj niezgodności (ob. cytaty w n. 32).

<sup>34</sup>) §. 1. ust. gal.: „*Der Richter soll... etc.*“

pozytywnego. Wiemy, jakie sprawy należą do sądów cywilnych.

Organizacja władz sądowych i rozdzielenie jurysdykcji między sądy cywilne, należy do ustaw sądowych. Do nich również należy określenie ich absolutnej zdolności do wykonywania jurysdykcji w ogólności (§§. 1—3, 32 instr. sąd.), lub względnej, od bezstronności sędziego (§§. 52—57 instr. sąd.), lub też od wewnętrznej organizacji sądów zawisłej (§. 48. n. j.).

Sąd niezdolny nie jest żadnym sądem i żadnej mu przeto nie wolno wykonywać jurysdykcji, ani w zakresie sprawy głównej, ani ubocznej.

Mamy tedy następujące pozytywne warunki skuteczności procesu w zakresie sprawy głównej:

*A) Z ustawy cywilnej:*

Zdolność stron do działań prawnych i odpowiednia skarga.

*B) Z ustaw sądowych:*

Absolutna i względna zdolność sądu.

*C) Z ustaw w ogólności:*

Kwalifikacja sprawy jako cywilno-sądowej.

Na razie stawiam tezę: że do ważnego rozstrzygnięcia sprawy ubocznej, z tych warunków, potrzeba tylko sądu cywilnego, a zatem władzy do wykonywania jurysdykcji cywilnej uzdatnionej (j. w. *B.*), tudzież obydwóch stron, chociażby niezdolnych; nic więcej. Myśl tę rozwinę później (§. 30).



Co się zaś tyczy sprawy głównej, to z reguły, wyrok, nawet prawomocny, braku tych warunków nie usuwa. Tylko pozew niezupełny i sprawa administracyjna stanowią w tej mierze wyjątek (§. 29). Atoli trzeba między niemi jeszcze jedną uczynić różnicę.

Gdy niektórym z tych warunków zadość się nie stanie, potrzeba unieważnienia procesu za pomocą uchwały sądowej, która znowu niekiedy następuje dopiero na zarzut, zażalenie lub skargę nieważności. Uchwałę sądową musi poprzedzić postępowanie, którego ona jest załatwieniem. Zatem rozpoznanie tychże i rozstrzygnięcie odpowiedniej sprawy ma miejsce w procesie i przez proces (§§. 20, 23, 29). Inne znowu są takiej mocy, iż wyrok, mimo nich wydany, nigdy w moc prawo urość i wykonalnym stać się nie może; on będzie nieważnym sam przez się i bez formalnego unieważnienia (§. 29). Są to dwa następujące warunki:

- 1) zdolność (bezstronność) sądu, bo sąd niezdolny nie jest żadnym sądem;
- 2) legitymacya zastępcy powoda, bo w braku téjże nie ma pozywającej strony procesowej <sup>35)</sup>.

<sup>35)</sup> Legitymacya zastępcy strony (pisemne pełnomocnictwo albo dekret sądowy) jest koniecznym warunkiem prawnego istnienia i uznania zastępstwa procesowego. Jeśli zastępca powoda jój w sądzie nie złożył, natenczas nie było ani powoda ani pozwu. Inaczéj ma się rzecz co do pozwanego, a to wskutek przepisu §. 505 ust. s., nakazującego doręczenie pozwu do rąk własnych pozwanego. Dopóki to nie nastąpi, nie ma w ogóle mowy o procesie, bo dotąd nie ma zapozwania i pozwanego. Doręczenie według §. 512 u. s. nie stanowi wyjątku, bo kurator nieobecny jest jego legalnym zastępcą, a zatóm doręczenie na

Chociaż stronie interesowanej w tych przypadkach, ani działanie w kierunku unieważnienia wzbronioném (§§. 28, 29), ani téż uchwała unieważniająca odmówioną być nie może, to zawsze ogromna panuje różnica między tém, co jest prawnie konieczném, a co tylko nie jest zabronioném, — między tém, co w powyższym celu stać się musi, a co tylko stać się może. W szczególności co do zarzutów, ma to wpływ stanowczy. Nie ma bowiem ani zarzutu sędziego niezdolnego (stronnego), ani zarzutu braku legitymacyi do procesu (§. 20).

Te dwa warunki ważności procesu są warunkami kardynalnými, *conditiones sine quibus non*, rzeczywistými warunkami procesowemi. — W tém ograniczeniu możnaby się zgodzić na teorią Bülowa.

Niedostatki procesu dla braku wszelkich innych warunków, leczy bądź prawomocność, bądź zadawnienie skargi nieważności. Ale co na razie

---

jego ręce jest tak samo ważne, jak gdyby było uczynione do rąk jego własnych. Jeśli zaś same ustanowienie kuratora nie było ważném, natenczas w celu dopełnienia aktu zapoznania, doręczenie musi być powtórzonem, i dopiero od chwili należytego jego skutecznienia, wymieniony w skardze pozwany jest stroną procesową i podmiotem stósunku procesowego. Potém zaś jest dla procesu obojętném, czyli pozwany bierze udział w procesie lub nie, czyli zastępca jego się wylegitymuje lub nie. A mianowicie w przypadku, gdy pozwany ani sam nie działa, ani téż w jego imieniu należycie wylegitymowany zastępca, proces będzie zaocznie załatwiony. Zaoczność może być z reguły za skarżoną i dopuszczoną po uprzedniém wezwaniu, a względnie unieważnieniu czynności samowolczego zastępcy, zaś w procesie wekslowym natychmiast (§. 21 min. rozp. z 25 stycznia 1850).

nas tu przede wszystkim zajmuje, to wyżej podniesiona różnica, iż za wyjątkiem owych dwóch przypadków, w celu sprowadzenia skutków nieważności, okazuje się potrzeba albo rozprawy ubocznej w tym samym procesie, albo osobnego procesu.

Skutki te odnoszą się bądź tylko do aktu zapoznania, bądź do późniejszych okresów i aktów procesowych. Skoro zaś w tym celu potrzeba postępowania i uchwały sądowej, a ta uchwała, żeby była skuteczną, oczywiście tylko w ważnym postępowaniu i sama przez się ważne zapaść musi, to już nie można powiedzieć, iż te warunki są procesowymi. Bez czego bowiem proces, faktycznie i prawnie się obchodzi, to nie jest warunkiem jego zaistnienia, rozwoju i załatwienia. Nie ma tu nic do rzeczy, że w takich razach proces, aktem zapoznania ustalony, obraca się się tylko w zakresie sprawy ubocznej. Mimo to bowiem, że on do załatwienia sprawy głównej dojrzeć nie może i nie powinien, toczy się proces rzeczywisty <sup>36)</sup>.

Atoli właśnie dla tej ostatniej przyczyny, gdy załatwienie sprawy głównej jest właściwym celem procesu, proces do tego nieprzydatny, nie powinien być rozpoczęty. Z tej też przyczyny prawo pozytywne zabrania sądowi wprowadzenia procesu, gdy którego z tych warunków nie dostaje. Lecz gdy sąd mimo to pozew przyjmie i dekretacja pozwu prawomocną się stanie, proces będzie, i, jak nadmieniałem, właśnie w celu wy-

---

<sup>36)</sup> Wykazanie czego jest jednym z głównych celów niniejszej pracy (§§. 26 i nast.)

krycia braku istotnego warunku, w zakresie sprawy ubocznej przeprowadzonym być musi.

Z tego wszystkiego wynika, że dla braku istotnego warunku do załatwienia sprawy głównej, proces nie jest ani niemożliwym, ani zbytecznym. Warunki te zatem nie są procesowymi. Brak tychże wtedy tylko ma wpływ stanowczy, gdy sędzia z tej przyczyny do procesu nie dopuści, a zatem wtedy, jeśli i o ile brak ten jest przeszkodą procesową<sup>37)</sup>.

---

<sup>37)</sup> Bülow (l. c. str. 9), obok „*processbegründende Voraussetzungen*“, przyjmuje jeszcze podział na „*processhindernde*“ i „*processvernichtende V.*“ Różnica między ostatniemi dwoma rodzajami ma być taka, jaka zachodzi między wzbraniającemi i zrywającemi przeszkodami małżeństwa, t. j. że z powodu jednych *judicium* tylko nie powinno przyjść do skutku, zaś z powodu drugich ważnie do skutku przyjść nie może (*processvernichtende V.*). Właściwemi warunkami procesowemi (*Processbegründende V.*) mają być te fakty, które spełnić się muszą, aby zaistniał stósunek procesowy. Podobnie Heysler: „*Complex der Thatsachen, welche eintreffen müssen, damit der Process als solcher rechtsgültig eingeleitet (d. Processverhältniss rechtlich begründet) sei*“ (l. c. str. 116). Obydwaj jednakowo przyjmują, że proces wtedy tylko jako ustalony uważać należy, gdy tenże do ważnego załatwienia sprawy głównej jest przydatny. Bülow rozwija i uzasadnia swą teorię ze stanowiska klasycznego procesu rzymskiego, przyjmując, że postępowanie *in jure* nie jest jeszcze procesem właściwym, lecz tylko rozprawą przygotowawczą, w której wszystkie kwestye formalne muszą być załatwione. Proces właściwy ma miejsce dopiero *in judicio*. Pomijając okoliczność, że przeciwko takiemu pojmowaniu wzajemnego stósunku między *jus a judicium*, bardzo poważne dadzą się uczynić zarzuty (ob. n. 45), nie ulega wątpliwości, że ani w procesie niemieckim, ani w naszym, nie ma postępowania przy-

§. 13. Pojęcie i rodzaje przeszkód procesowych. Przeszkody procesowe są to formalne braki zapoznania, z powodu których prawo pozytywne zabrania sądowi dekretacyi pozwu.

Przedewszystkiém należą tu braki, które, gdy w akcie zapoznania zachodzą, sprowadzają nieważność wyroku w sprawie głównej.

Braki, które nietylko w zakresie sprawy głównej mają skutek unieważniający, lecz zarówno w zakresie sprawy ubocznej, nie są przeszkodami. Do tej kategorii należą: niezdolność sądu i brak legitymacyi zastępcy powoda (§. 12). To już nie są tylko braki procesu, lecz czemś o wiele gorszem. Wtedy nietylko, że nie ma ważnego procesu, lecz — jak wyżej zaznaczyłem — nie ma albo sądu albo strony procesowej. I dlatego właśnie, że braknie jednego lub drugiego podmiotu procesowego, nie było żadnego procesu (§. 12). Gdzie zaś nie ma procesu, tam też o przeszkodach procesowych mowa być nie może. Proces, chociażby się nawet odbył zewnątrznie, nie będzie żadnym procesem, a wyrok w nim wydany, czy on załatwi sprawę główną czy uboczną, nie będzie wyrokiem. W tych dwóch przypadkach, i to tylko w tych

---

gotowawczego, lecz odrazu proces się rozpoczyna, na co też Heyssler wyraźnie zwraca uwagę (str. 138). Jeśli zatem kwestye procesowe, po prawomocności aktu zapoznania pozostałe, są przedmiotem rozprawy i uchwał sądowych, a nawet wyroków, to już chyba trudno wątpić o tém, że proces się odbył, jakkolwiek do załatwienia sprawy głównej nie doprowadził. Jakimże cudem bowiem mogły strony rozprawiać, być narażone na prekluzye i zaoczność, na koszta i egzekucyę kosztów, jeśli nie było procesu? (Bliżej o tém w §. 16 i n.).

dwóch jedynych, zachodzi nieważność, ogarnająca obydwie sprawy procesowe: główną i uboczną. Nieważność jest wtedy zupełna. Do jej stwierdzenia nie potrzeba ani postępowania, ani uchwały unieważniającej (§. 29).

Wszystkie inne przeszkody, c których wyżej była mowa nietylko że nie sprowadzają nieważności w sprawie ubocznej, ale nadto proces w jej zakresie do ich wykrycia i sądowego sformalizowania skutków unieważniających, jest poniekąd niezbędnie potrzebny (§. 12). Lecz proces taki nie powinien wydać wyroku w sprawie głównej z powodu, że gdyby on nawet prawomocnie zapadł, pewnym być nie może. By temu, ile możliwości z góry zapobiedz, zabraniają ustawy sądom rozpoczęcia procesu w tych przypadkach.

Oprócz tego zakazują ustawy wprowadzenia procesu z powodu braku takich formalności pozwu, które do gruntownej instrukcyi sprawy uważają za potrzebne, chociaż niezawsze do tych braków przywiązują skutków nieważności (§§. 27 i 28).

W końcu nie wszystkim sądom i sędziom, zdolnym i bezstronnym, pozwalają ustawy przyjmować wszelkiego rodzaju sprawy. Ze względu na różnice w wewnętrznej organizacyi, tudzież w interesie odpowiedniego rozdziału czynności między sądy, a zatem w interesie sądownictwa, niemniej téż w interesie pozwanego, jakoteż w interesie sprawy samój, opisują ustawy t. z. właściwość sądów, z mocy której sprawę szczegółową tylko jeden

sąd lub tylko ograniczona liczba sądów przyjąć jest upoważniona <sup>38)</sup>.

Lecz sąd może być obowiązany do odmówienia dekretacyi skargi z powodu zachodzących braków tylko wtedy, gdy mu odpowiedni brak formalny, przy dekretacyi skargi jest i może być wiadomy.

Wkońcu za przeszkodę procesową nie może być poczytany brak warunku do wprowadzenia pewnego rodzaju procederu, gdy sędzia mimo to do wprowadzenia procesu, jakkolwiek innego rodzaju, jest obowiązany, jak np. w przypadku §. 3. ces. rozp. z 21 maja 1855 <sup>39)</sup>.

Uwzględniając to wszystko, pozostają jako rzeczywiste przeszkody procesowe następujące braki zapoznania:

1) Ustawowa niewłaściwość sądu, tak bezwzględna (§. 48 u. j.), jakoteż względna, atoli pod warunkiem, że ona w sądzie jest urzędownie wiadomą czyli notoryjną. Oprócz tego przypadku, sąd, badając i oceniając swą kompetencję, winien się opierać na gołosłownych twier-

---

<sup>38)</sup> Sąd osobowy jest ustanowiony ze względu na interes pozwanego (*actor sequitur forum rei*), sąd rzeczowy na to, aby sąd procesowy znajdował się blisko przedmiotu sporu, a zatem w interesie samej sprawy. Z tej samej racyi są zaprowadzone sądy szczegółowe z §§ 37. 40. 43 i. i. n. j.

<sup>39)</sup> Z tej samej przyczyny, jakkolwiek ona wobec innej, w tekście rozwiniętej, znika, nie może być stronność sędziego za przeszkodę procesową uważana. Z powodu téjże nietylko ze się powodowi procesu nie odmawia, lecz owszem w tym celu zarządza substytucję lub delegację (§§. 57. 133. 135. instr sąd.).

dzeniach skargi <sup>40)</sup> (antycypacyjny system zaoczności, — ob. §. 21.; Menger, str. 187.; §. 1. b) u. s.; §§. 1. 2. n. j.);

2) niezdolność procesowa powoda albo pozwanego (§. 12), pod tym samym warunkiem (§. 1. lit. a) u. s.);

3) brak zewnętrznych formalności pozwu, o ile one w szczegółowych procederach są pod rygorem odrzucenia pozwu przepisane;

4) niezgodne z przepisami wewnętrzne urządzenie pozwu, co ma miejsce w następujących przypadkach;

---

<sup>40)</sup> Między innemi zachodzi niewłaściwość sądów cywilnych, gdy sprawa jest na sąd polubowny zapisana. Przeszkodą procesową byłaby ona wtedy, gdyby z treści pozwu lub jego alegatów była widoczna. Powstaje kwestya, czyli w takim razie sędzia skargę *ex primo decreto* ma odrzucić? Zdaje mi się, że nie. Bo nawet wtedy, gdy się strony w zapisie kompromisarskim zrzekły zwyczajnej drogi prawa cywilnego (§. 362 ust. sąd.), zyskuje pozwany jedynie prawa odrzucenia procesu sądowego, z którego mu we formie zarzutu wolno zrobić użytek lub nie. Skoro bowiem, według naszego prawa, droga cywilnosądowa, mimo zapisu kompromisarskiego nie jest zabronioną, przeto strony, chociażby się jęj zrzekły, mogą z prawa odrzucenia téjże ważnie zrezygnować, a względnie nie robić z niego żadnego użytku. Gdy zatem w takim razie nie jest rzeczą pewną, iż sąd jest niewłaściwym, przeto mu nie wolno skargę odrzucić, lecz musi czekać na odpowiedni zarzut (§. 2. n. j.). Zupełnie to samo się stósuje do wyraźnej prorogacyi innego sądu (§. 47. n. j.), chociażby ona była sądowi na pewne wiadomą. Należy tedy ograniczyć przeszkodę procesową z niewłaściwości wynikającą, jedynie do przypadków niewłaściwości ustawowej, co téż ze słów §§. 1. 2. n. j. wprost wynika



a) gdy pozew jest albo niezupełny, albo *libellus obscurus* <sup>41)</sup> (§. 12 i n.).

b) niedozwolone przedmiotowe łączenie skarg (§. 4. u. s.; §§. 12. 24. u. drob.); zwrócenie pozwu w tym przypadku *ad separandum*, ma taki sam skutek, jak zwrócenie go do uzupełnienia w przypadku pod 4. a) (n. 26.); równa się zatem odmówieniu procesu.

Dekretacja pozwu, mimo tych przeszkód przez sąd uchwalona, może być zaczepiona rekurssem.

#### V. Rekurs od dekretu na pozew.

§. 14. W ogólności. Stałym i zasadniczym warunkiem prawa rekursowania jest uchwała, zewnętrznie krzywdząca czyli formalnie niekorzystna

---

<sup>41)</sup> *Libellus ineptus* (ob. nr. 33.), tudzież skargi, w których brakuje wykazania powództwa (*legitimatio ad causam*, ob. Kabat, l. c. §. 28), lub też którym zbywa na prawnej zasadzie, czyli t. zw. skargi bezzasadne, nie są proceduralnie niedopuszczalnymi (Kabat, l. c. §. 11). Wynika to z niezawisłości stósunku procesowego od istnienia stósunku sprawy głównej (§. 17), i jest wyraźnie postanowione (d. n. 26 października 1783: „*Der Richter kann... nicht... in das Innerliche der Schriften eingehen*“; d. n. z 31 października 1785: „*uber eine vorkommende schriftliche Klage könne sich zwar der Richter in das Innerliche des Geschäfts und ob die Klage wohl oder übel instruiert sei, nicht einmengen...*“). Jednakowo w praktyce N. T. zdarzały się przypadki odrzucenia pozwu dla braku wykazania powództwa i z powodu niezaskarżalności roszczenia. Takowe podaje i omawia Heyssler (l. c. str. 120), który nadto twierdzi, że *libellus obscurus* jest skargą niedopuszczalną (str. 146).

(§. 349. ust. s.). Jako niekorzystną w tém znaczeniu uważa się uchwała dla strony, która ją swém żądaniem wywołała wtedy, gdy żądania tego w zupełności lub w części nie uwzględnia, zaś dla drugiej strony wtedy, gdy dla proszącego jest w części lub w zupełności korzystną, bez względu na to, czyli żądanie przeciwne było postawione lub nie, choćby nawet przeciwnikowi proszącego służyło do tego prawo. Uchwała bowiem, dla jednej strony korzystną, tém samém dla drugiej niekorzystną być musi. Od tego warunku zależy formalne prawo rekursowania, czyli prawo żądania przyjęcia i merytorycznego załatwienia rekursu.

Materyalne prawo rekursowania, czyli wygrana w sprawie rekursowej zależy od tego, aby zacepiona uchwała była zarazem materyalnie krzywdząca. Uchwała, pozew odrzucająca, będzie taką, gdy nie zachodziła żadna przeszkoda procesowa; zaś dekret na pozew będzie niekorzystnym, gdy z pominięciem zachodzącej przeszkody został wydany. Gdyby rekurent tego nie wykazał, natenczas rekurs jego, jakkolwiek formalnie dopuszczalny, będzie bezzasadnym.

Atoli wygrana w sprawie rekursowej zależy jeszcze od tego, aby zasada materyalnego prawa rekursu była w aktach pierwszej instancji wykazaną. W téj sprawie bowiem nie wolno przedstawiać nowych faktów i dowodów (arg. §. 333. u. s.). Rekurs zatem pomoże tylko wtedy, gdy wedle aktów pierwszej instancji jako uzasadniony się przedstawia.

Jednakowo sąd (pierwszej instancji) w niektórych przypadkach opiera się także na notoryjności

(§. 13. al. 1. i 2.). Może tu oczywiście być mowa jedynie o notoryjności urzędowej, powziętej z innej sprawy i aktami owej sprawy potwierdzonej. Lecz gdy wzmianka o niej dostała się do motywów odnośnej uchwały, wtedy ona, razem z udowadniającymi ją aktami, należy zarówno do tej sprawy, w której owa uchwała zapadła. Jest zatem dozwolony rekurs z powodu mylnie przyjętej notoryjności. Wtedy będzie obowiązkiem sądu pierwszej instancyi przedłożyć sądowi *ad quem* rekurs razem z aktami sprawy rekursowej i odnośnymi aktami tej drugiej sprawy, z których rzekoma notoryjność faktu zasadniczego zarekursowanej uchwały została zaczerpnięta.

§. 15. Rekurs powoda i pozwanego. Stósownie do powyższego (§. 14), będzie powodowi służyło formalne prawo rekursu od każdej uchwały sądowej pozew odrzucającej, lub też od takiej, która wprawdzie procesu nie odmawia, ale nie uwzględnia szczegółowej prośby procesowej o wprowadzenie pewnego rodzaju postępowania. Pozwanemu zaś służy to prawo od dekretu na pozew zawsze, i będzie zawsze materialnie uzasadnione, gdy zdoła wykazać aktami pominięcia przeszkody procesowej <sup>42</sup>).

---

<sup>42</sup>) Każda strona może się domagać, aby normy prawa procesowego cywilnego były ściśle stósowane do jej przeciwnika, bo tego wymaga zasada równouprawnienia stron w obliczu sądu. Tak uzasadnia N. T. swą uchwałę, polecającą w pewnej sprawie, na rekurs pozwanego, zwrócenie pozwu, niezaopatrzonego w sygnaturę adwokata, i do tego dodaje: *weil das Gericht gesetzlich nicht zu der Beurtheilung berufen ist, ob die Ver-*

Nie ulega téż żadnej kwestyi, że niewłaściwość sądu może być zasadą rekursu, jeśli z faktycznych podań skargi inny sąd jako właściwy się przedstawia, gdyż dopiero po za tym przypadkiem, pozwany do zarzutu niewłaściwości sądu uciec się jest zniewolony (§. 2. n. j.).

### *VI. Skutki prawomocnego zapozwania.*

§. 16. Zaistnienie i utrwalenie procesu. Prawomocnym dekretem na pozew spełnia się ostatecznie akt zapozwania. W dekrete tym Sąd wprowadza proces. Prawomocność uchwały, to jój wykonalność. Prawo żądania wykonania służy stronie, na rzecz i korzyść której uchwała sądowa zapadła, a zatém w tym przypadku powódowi<sup>43)</sup>. Odpowiednie żądanie (prośba procesowa) już w pozwie było wyraźnie przedstawione, a w każdym razie mieści się w żądaniu główném (n. 18). Oprócz tego prawomocność każdej uchwały, w ciągu okresu rozpoznawczego w celu t. z. formalnego kierownictwa procesowego wydanój, obawiazuje sędziego do jój natychmiastowego wykonania, bez osobnej prośby (§. 17). Dla tego téż dekret na pozew jest

---

*letzung der Processform die Gerechtsame des Gegentheils be-  
ruhre oder nicht*<sup>44)</sup>. (G.U.W. 551.)

<sup>43)</sup> Prawomocną jest uchwała, która żadnym zwyczajnym środkiem prawnym dewolutywnym wzruszoną być nie może, zatém dekret na pozew, gdy już od takowego nie ma żadnego rekursu.

dozwoleniem, a zarazem wprowadzeniem procesu.

Prawomocność ma cechę stanowczą. A zatem mamy wtedy proces stanowczo wprowadzony czyli utrwalony.

Po prawomocnym zapoznaniu, proces już trwale istnieje. Co się po nim dzieje w sprawie, tak w zakresie głównej jak ubocznej, to się odbywa i załatwia w procesie i przez proces.

Tak się nam rzecz ta już zewnątrz przedstawia <sup>44</sup>).

---

<sup>44</sup>) Wetzell (str. 136) utrzymuje, że gdy się sędzia nawet już po l. c. o braku istotnego warunku procesowego przekona, wtedy ma miejsce *absolutio ab instantia*, „wie wenn Insinuation und Einlassung nicht in der Mitte lagen“. Bez doręczenia pozwu, a według niego, także bez lityskontestacji, nie ma procesu. Gdy zaś procesu nie było, z kąd się wziął wyrok, uwalniający od instancyi?! Znać w tém wpływ mylnéj i mylącej teorii warunków procesowych: że bez nich nie ma i nie było procesu, choć już się faktycznie odbył, a nawet do wyroku sądowego doprowadził. Pojęcie przeszkody procesowej usuwa niepewność w téj mierze. Ona wzbrania sądowi wydania dekretu. Lecz gdy mimo niéj zapadł prawomocnie, to ona znika bezpowrotnie i proces się odbędzie. Inna kwestya, że co tu jest przeszkodą procesową, może się później pojawić jako przyczyna nieważności (§. 27). — Również nie mogę się zgodzić na opinię Heyslera (str. 138), że w takim razie *judicium* nie jest ukonstytuowane stanowczo, lecz tylko prowizorycznie. Prawomocność i prowizoryczność tak się ze sobą nie zgadzają, jak ogień i woda. Co jest prawomocnym, musi stanowczo wejść w wykonanie. Osobna znowu kwestya u nieważnienia aktów prawomocnych i cofnięcia ich skutków, choćby już urzeczywistnionych. Nie ulega wątpliwości, że nawet wyrok prawomocny może być nieważniony (§. 29). Więc

Nasze prawo procesowe nigdzie o lityskontestacyi nie wspomina. Zatem jęj nie potrzeba do

tęż może być mowa o unieważnieniu dekretu na pozew; i tęż jedynie o tém, gdy już stał się prawomocnym (§. 31).

Przedstawiłem opinię dwóch znakomitości, która jest powszechną w nowszej literaturze. Pochodzi to z niewłaściwego pojęcia nieważności procesowej, o czém później (§. 30). Dawniej bywało inaczej. Oto co nam mówi stary G ö n n e r, zastanawiając się nad pojęciem i nazwą t. zw. *exceptionum litis ingressum impediendum*: „*Gut und passend war dieser Name nicht, und den rechten Gesichtspunkt hatte man auch nicht gefasst, wenn man ihn auf eine Befreiung von der Einlassung auf die Klage hinführte. Denn wo der Beklagte Einreden vorschützt, da muss doch unter den Parteien irgend ein Process vorhanden sein; wie konnte man vom Process hindern sprechen, wie alle Einlassung auf die Klage, d. h. alle Prüfung des Klagrechtes für nicht existierend erklären?*“ Podkreśliłem jedynie to, co G ö n n e r podkreślił (*Handb.* IV. str. 216). Mowa tu o ekscpepcjach *rei judicatae, transactae seu finitae*, które prawo kanoniczne jako deklinatoryjne zdefiniowało (*cap. 1. de Lit. cont. in VI-to. I. 3.*). One nie są zarzutami procesowými, lecz ekscpepcjami prawa materyalnego (§. 25). Jednakowo uważają takowe jako ekscpepcye mieszane, na poły materyalne, na poły procesowe (Menger, GZ. z r. 1877, str. 138). Lecz to samo należy zastosować do zarzutów wyłącznie procesowych. Wszak i te są zaprzeczeniem prawa skargi, chociaż nie materyalnego, to zawsze procesowego (§. 12). To ostatnie dla zaistnienia procesu nieodzownie potrzebne, zaś tamte jest zupełnie zbyteczne (§. 17). Pod względem procesowego traktowania są one zupełnie porównane. Na ekscpepcją sprawy osądzonęj taki sam odbywa się proceder i w tęj samęj załatwia się formie, jak na zarzut niewłaściwości sądu (d. n. z 7 listop. 1820). Nikt się nie poważy utrzymywać, że tamta ekscpepcya (sprawy osądzonęj) nie traktuje się i nie załatwia w procesie, boć co najmniej do połowy jest prawa materyalnego i wymaga merytorycznego orzeczenia w sprawie głównej. Tak się G ö n n e r o wi rzecz przedstawiała, chociaż lityskontestacyą do zaistnienia procesu za potrzebną

zaistnienia i utrwalenia procesu <sup>45)</sup>. Więc nie dopiero zaprzeczające w danie się w sprawę

uważa. A cóż dopiero nam, cośmy się od tego błędu otrzęśli! (ob. u. 45).

<sup>45)</sup> Czy też naprawdę w procesie rzymskim postępowanie przed lityskontestacją było tylko przygotowawczem (*Vorverfahren*), zaś właściwy proces dopiero po niej się rozpoczynał? Utrzymują, że ona była umową prawa publicznego, przez którą sąd obejmował obowiązek zbadania i rozstrzygnięcia szczegółowej sprawy, a strony obowiązek spółdziałania w procesie i poddania się wyrokowi sądowemu. (Bülow, *Processeinreden etc.* str. 285 i n.; ob. moje *Studia*, I. str. 72). Pomijam wszelkie w tej kwestyi wątpliwości. Z tegoby tylko wynikało, że co najwięcej stwarzała stosunek procesowy (§. 27), — jedynie dla *judicium*. Ale czy postępowanie *in jure* nie było już procesem? — Bülow (*ibid.*) twierdzi, że podział na *jus* i *judicium* istniał dlatego, aby *in jure* załatwić to, co on nazwał „*Processvoraussetzungen*“ i wyobraża sobie (zgodnie z Puchta), że oprócz tego strony przedstawiały *in jure* tylko swe żądania prawne (*Rechtsbehauptungen*). A zatem załatwiały się tam jedynie formalności *ad litem ordinandam et praeparandam* (Glück, VI. str. 145). Przeciwno temu zdaniu wystąpił naprzód Planck (*K. V. XI. 171*) o tyle, że przyczyny tego podziału procesu klasycznego na dwa okresy nie upatruje w różnicy materiału rozpraw (*Gegensatz des Verhandlungsstoffes*), ale przeciwnie ten podział miał to sprawić, że tak a nie inaczej materiał procesowy między obydwoma okresami rozdzielono. Lecz jak zdanie Puchty w swoim czasie przyjęto w milczeniu, a nawet z uznaniem, tak teraz, gdy je Bülow ogłosił, walka zawrzała na całej linii. Wystąpienie Planck'a było pierwszym i niekoniecznie celnym strzałem. Bar zaatakował go już na dobre: „*Statt der lebensvollen der Entwicklung fähigen Verbindung von „jus“ und „judicium“ gibt uns die neue von Bülow vertretene Ansicht einen zwar anscheinend festen Begriff, wenn sie dem Magistrat lediglich die Prüfung der Voraussetzungen des „judicium“ zuweist. Aber diese Theilung des Verfahrens beschränkt den Magistrat auf eine ziemlich klägliche Rolle, bei welcher sein Einfluss auf die Rechtsbildung ein völlig unerklärlicher*

(*Streiteinlassung, litis contestatio*) rodzi to, co zowiemy lityspendencya, ale już zapozwanie (*Klagerhebung* <sup>46</sup>).

*wird. Er hat mit der Prüfung der Competenz, der Fähigkeit des iudex, der Processfähigkeit der Parteien etc. genug. Im ubrigen versieht er nur den Posten des Vorstandes eines grossen Bureaus zur fast mechanischen Anfertigung von Processformeln.* (A. f. c. P. 52. str. 450). I w samej rzeczy, nie ma pozytywnych dowodów na zdanie Bülowa. Dowiódł tego Schultze, który w nader bystrym i przekonującym wywodzie wykazuje, że nietylko Pretor *in jure* kwestye procesowe rozstrzygał, lecz że spora ich liczba pozostała również dla *judicium*, jakoto: kwestya formalnej dopuszczalności szczegółowych aktów procesowych, skutków zaoczności i t. d. (I. c. str. 274); że zatem Bülow zupełnie dowolnie ogranicza *judicium* do rozprawy w rzeczy głównej, i ztąd jedynie *a contrario* wnosi, iż takowa *in jure* była wyłącznie formalną. Gdyby tak być miało rzeczywwiście, natenczas cały ten okres postępowania byłby beztreściwym i bezpłodnym, gdy przeciwnie tam właśnie tworzyło się *jus honorarium* (sti. 249). Według przekonania Schultzego, formuła pretorska była czem święcącą, aniżeli w słowa ujętemi żadaniami prawnymi stron spór wiodących; to był wyrok warunkowy (*hypothetisches Urtheil*), wydany na podstawie wyczerpującej rozprawy, obejmującej żadania i fakty, który to wyrok sędzia, po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym, przemieniał na wyrok bezwarunkowy (*thetisches Urtheil*, str. 9 i n.). Jeszcze przed Schultzem zwrócił się przeciwko Bülowowi w tym samym duchu Menger (I. c. str. 330). Z tegoby wynikało, że proces i *judicium* nie są jednoznaczniemi pojęciami, — że tedy proces istniał od początku postępowania *in jure*, jeszcze *ante litem contestatam*, — od pierwszej chwili, gdy się strony zjawiły *in jure*, a wiadomo, że *in jus vocatio* mogła być przymusowem przystawieniem pozwanego wykonana (Bethmann-Hollweg, II. str. 197). Źródła téż niejednokrotnie oznaczają wyrazem „*judicium*“ cały proces od początku (Glück, *ibid*) I nietrudno zrozumieć, dlaczego nie potrzeba wcale lityskontestacyi do zaistnienia stósunku procesowego *in jure*, — dlaczego tu wyrok Pretora (jak mniema Schultze) obowiązywał strony



Poznajemy to po wewnętrznej sile prawnej aktu zapoznania, która się objawia w następujących dla procesu i prawa spornego skutkach:

bez wyraźnego poddania się jego jurysdykcji. *Quippe judicare munus publicum est* (Paulus in fr. 78 D. 5. 1), co się tu nie odnosi do *judex datus*, lecz do magistratury. Otóż jurysdykcja jej w zakresie sądownictwa cywilnego była prawnopństwowa, której każdy poniewolnie ulegał (ob. Büff, Lindego *Zeitschr.* 15. str. 253). Jak dziś sąd się nie pyta, czy pozwany wyrok jego przyjmie lub nie, tak samo nie potrzebował tego Pretor dla zapewnienia skuteczności swoim orzeczeniom i zarządzeniom.— Inne sprzeczne między sobą zdania o *jus i judicium*, i o wzajemnym tychże stosunku u Bekkera, Bethmann-Hollwega, Kellera, Wiedinga i Muthera, zebrał Schultze (l. c. str. 230 i n.). — *Litis contestatio*, a względnie *formula*, miała jeszcze skutek, dawną obligacyę pochłaniający, który odpadł za procesu Justyniańskiego (Vangerow, Pand. wyd. VII. t I. §. 160). Gdy nadto już nie była potrzebna ani *ad constituendum judicium*, ani do zapewnienia wyrokom mocy obowiązującej, bo sądy cesarskie były magistraturami, to powstaje kwestya, jakie ona wtedy pełniła zadanie? Na razie niepodobna jej stanowczo rozwiązać, bo nie mamy jeszcze jasnego poglądu na zasadę i budowę procesu Justyniańskiego. Bethmann-Hollweg (III, str. 224) i Schultze (str. 16. 17) utrzymują, iż się fundamentalnie różnił od klasycznego. Lecz każdy z nich tę radykalną zmianę innej przypisuje przyczynie; pierwszy uchyleniu instytucji sędziów przysięgłych i zlaniu się *juris i iudicii*, zaś drugi ustaleniu się prawa materialnego, wskutek czego proces przestał być instytucją prawo tworzącą, a zatem mając odąd jedynie zastosowanie prawa ustalonego na celu, nie potrzebował magistratury z władzą prawodawczą, lecz tylko sędzięgo. Przeciwnie Wieding stara się wykazać, że proces cesarski nie przedstawia żadnych zmian istotnych, lecz tylko w szczegółach, — że mianowicie podział na dawne dwa okresy, to jest na pierwszy z treścią formalną i drugi z treścią materialną, pozostał nietknięty, — że w końcu lityskontestacya, przeniesiona z końca pierwszego okresu na początek drugiego, dawniej swój istoty nie

rozumnie i sprawiedliwie rygor ten jedynie wtedy może być zastosowany, gdy stronie fachowy i wypróbowany doradca zawsze, i obowiązkowo jest dodany (przymus adwokacki). A więc w procesie pisemnym i wekslowym <sup>48)</sup>. Gdzie sędzia, którego pomoc dopiero podczas rozprawy możliwa, spełnia funkcje prawnego doradcy, tam podobny przepis nie dałby się zachować <sup>49)</sup>.

B) w zakazie cofnięcia skargi pod utratą prawa. Odstąpienie od procesu (*renuntiatio liti facta*), uważa się z ustawy jako zrzeczenie się prawa (*renuntiatio causae facta*). Jednostronne odstąpienie od procesu pociąga za sobą utratę materiału o prawa skargi. Przeciwno skardze wznowionej służy pozwanemu *exceptio litis finitae* <sup>50)</sup>.

(ob. n. 49). Opinia, że w pomienionem postępowaniu skargi nie wolno zmienić po lityskontestacji (Canstein, l. c. str. 147), nie ma żadnej podstawy. — Co do interpretacji powyższych paragrafów pod względem rozciągłości zakazu zmiany skargi, istnieje spór oddawna. Horak utrzymuje, że tylko równoczesna zmiana w zasadzie i żądaniu jest zabroniona, lecz nie w jednej z tych części z osobna (Wagnera czasop. z r. 1830. I. str. 30 i n.). Wagner jednakowoż i, zdolali obionić pełnego rygoru owych przepisów (ibid. z r. 1832. II. str. 288). Ullmann poszedł za tém ostatniem zdaniem (l. c. str. 248).

<sup>48)</sup> §§. 15. i 17. p. s. nie obowiązują w postępowaniu wekslowém (§. 13 p. weksl.). §. 25 p. s. nadaje sędziemu prawo powtórnego wezwania i przesłuchania stron, po rozprawie formalnie zamkniętej, jedynie w celu uzupełnienia rozprawy, nie zaś skargi.

<sup>49)</sup> Czego najlepszym dowodem §. 21. ust. Józ., zakazujący zmiany skargi w postępowaniu ustném, gdy takową na piśmie podano. Okazała się konieczność uchylenia tego przepisu, co też nastąpiło w d. n. z 15 stycznia 1787 r.

<sup>50)</sup> Kabat (*O procesie cyw.* §. 38). Tam znajdują czytelnicy rzecz tę znakomicie wyłożoną i przytoczone odpowiednie

Już tedy zapozwanie wiezi powoda w procesie, co, jak niemal powszechnie sądzą, według prawa rzymskiego miało miejsce dopiero po lityskontestacyi (ob. n 45).

§ 17. Istota stósunku procesowego. „*In einer Zeit, da die materiellen Rechtsbegriffe erst in schwachen Umrissen für uns sichtbar werden, begegnet uns der Process bereits in ausgebildeter und pracisirter Gestalt, und bildet einen der ältesten Gegenstände der Gesetzgebung*“<sup>51)</sup> Prawa materyalnego tak dobrze jak nie było, a proces już istniał. W tym, juz nie pierwotnym, bo nawet dalszym okresie praw rozwoju, proces dwojakię spełniał zadanie: tworzenia i zastósowania prawa materyalnego I długo trwało, zanim przestał funkcyonować jako machina prawo tworząca. Nastąpiło to w czasach późniejszych, po wiekach całych, gdy po dłuęiej i żmudnej pracy sądów, prawodawców i uczonych, prawo materyalne drogą ciągłego zwyczaju się ustaliło lub skrzepiło w kodeksach. W owych czasach, zaistnienie stósunku procesowego z pewnością było niezależne od swego

---

przepisy ustaw naszych, tudzież osnowe popiérającego to zdanie O. N. T. z 4 listopada 1879 l. 12239. W innym oizeczeniu N. T. oswiadczył się w duchu wrecz przeciwnym (GUW nr 4894). Według nowej ustawy niem. następuje zakaz zmiany skargi z chwila zapozwania (§. 235 i nast.), zas cofnięcia pozwu dopiero po lityskontestacyi (§. 243 i 1). Przedstawienie odpowiednich przepisow u Bolgiana (l. c. str. 94 i nast.), krytyka ujemna u Schultzego (l. c. str. 7 n. 1) Tak samo było według ust. węgierskiej z r. 1852. (Schuster, *Die Civilprocessordnungen für die Königreiche Ungarn etc.*, Wieden 1854, str. 117, i nota).

<sup>51)</sup> Ihering, *G. d. r. R.* III. 17.

głównego przedmiotu, to jest: od istnienia stósunku prawa materalnego, co do którego poniekąd aż do samego wyroku zachodziła wątpliwość, czyli w ogóle jako prawny uznany będzie. Niezawisłość procesu od jego przedmiotu i po dziś dzień stanowi istotną jego cechę. Tak samo jak procesowe prawo skargi nie jest zależnym od skargi materalnej, tak też stósunek procesowy odchyła się w zupełności od stósunku prawnego, który mu jako przedmiot poddano. Zatem proces był, rozwinął się i skończył obowiązującym wyrokiem, chociaż sąd, uwalniając pozwanego, prawo powoda za nieistniejące uznał. Bez tej swój niezawisłości nie byłby proces dobrym środkiem do celów, którym służy.

Do tego należy dodać, że gdy przedmiotem procesu jest z reguły stósunek prawa prywatnego, sam proces opiera się na prawie, należącym do praw publicznych. Prawo procesowe cywilne określa upoważnienia i obowiązki, służące sądowi i stronom w ich wzajemnym stósunku, który w całości jest *juris publici*, a to z przyczyny, że w procesie rozchodzi się o funkcyę urzędników państwowych, jakotéż zarówno działalność stron procesowych jedynie o tyle ma prawne znaczenie, że się zespala z czynnością sądową (§. 4). Dlatego bynajmniej nie uchodzi odróżniać stósunek między stronami od stósunku stron do sądu. Można to uczynić w myśli, ale w rzeczywistości stósunek procesowy między stronami trwa tak długo, jak stósunek do sądu<sup>52)</sup>. Z tego stosunku, będą-

<sup>52)</sup> Bulow, *Voraussetz.* str. 3., Menger, *Grundriss Zeitschr.* VIII. str. 651.

cego znowu przedmiotem sprawy ubocznej (§. 1), wynikają odrębne prawa i obowiązki, które ze sprawą główną nie mają nic do czynienia, jak np. obowiązek zwrotu kosztów, złożenia kaucyi powództwa, zapłacenia grzywny za pientactwo i t. d.

Dalszą właściwością jest to, że, co się tyczy podmiotowych warunków działania, skuteczność takowego w zakresie sprawy głównej i rozprawy ubocznej, nie zależy od tych samych przymiotów osobistych (§. 12). I tak np. sędzia niewłaściwy decyduje ważnie o swój niewłaściwości; strona niezdolna ważnie popiera swą niezdolność odpowiednim zarzutem i t. d (§§ 30, 31).

Co się zaś w ogóle tyczy działań procesowych, czy one sprawę główną czy uboczną mają na celu, to prawna ich skuteczność w tém się różni od działań zasądowych w zakresie prawa materalnego, że jest wyłącznie zawisłą od pewnych przymiotów działającego i od zewnętrznego działania. O skuteczności aktu procesowego rozstrzyga wyłącznie oświadczenie woli. Wewnętrzne warunki działania, zamiar i wola, są tu zupełnie obojętne <sup>53)</sup>. Pomyłka, pod-

<sup>53)</sup> Bulow „*Im Civilpn findet eine uberaus strenge Zurechnung statt, es gibt ein objectives Princip rechtlicher Verantwortlichkeit*“. Zapatrywanie to szerzy się nawet w nauce prawa cywilnego. Zwiększa się poczet zwolenników opinii, którzy cały nacisk kładą na oświadczenie woli. Ono powinno mieć skutek prawny według tej woli, która podług powszechnego rozumienia, a względnie według rozumienia drugiego kontrahenta wyraża, chociażby ta wola w rzeczywistości niebyła wolą osoby działającej (Pietak, *Prawo spadkowe* t. I str 251 n 15). Nastąpiłoby tedy zbliżenie prawa cyw do procesu cyw, gdyby się ta teoria przyjęła w ustawach.

stęp, przymus <sup>54)</sup>, symulacja <sup>55)</sup> nie są przyczynami nieważności, co się najlepiej uwydatnia w t. zw. przyznaniu sądowém (§ 173 ust. gal.). Wszelkie uprawnienie procesowe zależy od odpowiedniego zewnętrznego wystąpienia <sup>56)</sup>. Przez to właśnie proces zyskuje na sile i samoistności, i staje się dzielnym środkiem stanowczego załatwienia sporów.

Dodajmy do tego, że spory o prawa i obowiązki, ze stosunku procesowego wynikające, znowu przez sam proces, a przeważnie obok sprawy głównej są załatwiane, — że niejako proces cyw. sam siebie chroni i broni, a będziemy mieli przed sobą wierny szkic istotnych znamion stosunku procesowego.

§. 18. Osnowa stosunku procesowego: *Judicium accipitur actus ad minus trium personarum, actoris intendentis, rei intentionem evitandis, judicis in medio cognoscentis. Quod vero, ut juris sortiatur effectus, spectatur forma iudicii, judicis vis ac*

---

<sup>54)</sup> Oczywiście pod warunkiem, że podstęp i przymus są w danym przypadku obojętne prawu karnemu, gdyż inaczej proces karny zwali to, co cywilny zbudował. Prawo i proces karny stanowią w ogóle rafe, o którą, pod grozą rozbicia, zawadzić nie wolno; stoją na straży czynności wszelkich władz i osób prywatnych, i tylko one wyłączają sobie wzajemnie wystarczają-

<sup>55)</sup> Wykazałem gdzieś indziej, że proces fikcyjny jest dozwolony (*Studya*, I. str. 86).

<sup>56)</sup> „*Der Rechtsgang setzt die Parteien in den Stand, ihre Beweismittel und Rechtsgründe geltend zu machen, und den Richter, sich in die Kenntniss der Sache zu setzen. Die Schritte sind selbst Rechte*“ (Hegel, *Phil. d. R.* §. 222).

*potestas*<sup>57)</sup>. Stosunek procesowy obejmuje tedy trzy podmioty: dwie strony i sąd orzekający czyli procesowy, t. j. ten sąd, który wskutek prawomocności aktu zapoznania stał się dla sprawy właściwym (*judex causae*; — *Nov. 115 c. 2*).

Abstrakcyjna władza sądownicza, przyznana urzędowi sądowemu, objawia się względem odnosnej sprawy jako konkretny obowiązek zbadania téjże w procesie (*officium judicis*, — *Tit. Inst. de off. jud. 4. 17*). Co do wykonywania tego obowiązku, należy uczynić różnicę między sprawą główną a uboczną. W zakresie pierwszej, o ile w niej się rozwija spór o fakty i prawa, (osnowę ostatnich zawierają żądania), to sędzia w swem działaniu jest zależnym od objawionej woli stron; bada fakty i żądania, które i o ile je strony przedstawiły. Dzieje się tak z mocy sterującej zasady t. z. wolnej między stronami rozprawy (*principium instruendi processus ad instantiam partium* — *Verhandlungsmaxime*), która jedynie w zakresie sprawy głównej panuje w całej pełni. Co się zaś tyczy sprawy ubocznej, to o ile przedmiotem téjże jest nieważność aktów procesowych, obowiązuje wręcz przeciwna zasada postępowania z urzędu (*Officialmaxime*). Atoli płynie z natury rzeczy że sąd jest w stanie wkroczyć z urzędu i wydać odpowiednie zarządzenie, gdy przyczyna nieważności treścią rozprawy jest stwierdzona. W przeci-

---

<sup>57)</sup> Bulgarus (1166), *Summa de iudicis*, § 8 (Ed. Wunderlich). Jestto pierwsze dzieło systematyczne o procesie cywilnym z wieku 12-go.

wnym razie, sąd musi z konieczności czekać na odpowiednie wystąpienie strony interesowanej. Jedną z form takiego wystąpienia są zarzuty. Tak w zakresie sprawy głównej jak ubocznej może się odbyć rozprawa dowodowa, i to zawsze według tych samych przepisów, bo prawo dowodowe jest jednakiem dla całego procesu. Mając na względzie całe nasze prawo procesowe cywilne, a nie tylko ustawę galicyjską, to się przekonamy, że upoważnienie sądu do działania w tej rozprawie jest unormowane na zasadzie, skombinowanej z jedną i z drugą z owych dwóch zasad, t. z. że mamy dowody ofiarowane obok z urzędu wprowadzonych. W ustawach nowszych (jak n. p. w ust. o postępowaniu drob. z r. 1873) przeważa zasada postępowania z urzędu.

Obowiązek sędziowski przeto na tém polega, że sądowi ze stosunku procesowego, jaki w skutek aktu zapoznania między nim a stronami zaistniał (§§. 7, 8), przypadł w obec nich obowiązek wykonania władzy sądowniczej w sprawie szczegółowej.

Obowiązek ten przeto odpowiada korespondującym uprawnieniom stron procesowych, którym służy prawo zniewolenia sądu do spełnienia tego obowiązku należytem wystąpieniem. W obec sądu zatem strony zajmują stanowisko uprawnionych. W szczególności nie mają żadnego obowiązku do działania, lecz jedynie są do tego uprawnione. Nawet gdy uchwała albo wyrok zasądzający zapadnie, to prawem przekonany nie staje się dłużnikiem sądu, bo nie





między nim a sądem, lecz między stronami powstaje *obligatio iudicati*.

Teza ta, z jednej strony wymownie broniona, lecz z drugiej zarówno silnie atakowana<sup>58</sup>), da się łatwo usprawiedliwić. Rozważmy naprzód stanowisko powoda. Wniesienie skargi jest jego prawem, jak również dalsze jej popieranie w replice i t. d., bo jest wprawdzie obowiązany wytrwać w procesie, ale nie wobec sądu lecz pozwanego (§ 16). Między powodem znowu a pozwanym tylko ta zachodzi różnica, że ten ostatni poniewolnie wchodzi w stosunek procesowy. Skoro stał się raz jego podmiotem, to mu równe przysługują prawa. Równouprawienie stron w obliczu sądu jest koniecznym postulatem sprawiedliwości. Gdy w procesie nowożytnym nie ma mowy o przymusowym stawiennictwie *ad contestandam litem*, pozostało pozwanemu tylko prawo do obrony. Zaniechanie téjże nie ściąga na niego żadnej kary, jeśli tylko zechcemy należycie pojąć istotę zaoczności, której zresztą nie on tylko sam ulega. Prawo do działania stron w procesie musi być czasowo ograniczone, bo inaczej nie byłoby końca sporom. Zasada utraty prawa działania w procesie w sku-

---

<sup>58</sup>) Bulow, *Fictionen*, str 54 i n., przeciwnie Wach, *Defensionspflicht und Klagrecht*. (Grunhut, VI. str. 593 i n.) utrzymuje, że pozwany ma obowiązek wdania się w spor i obrony. Tak samo Wetzell, *Syst.* str 95 i n. — Bulowa popiera Kohler, K. V XXII, str 367 — Błądy Wacha i popierającego go Degenkolba, najdosadniej wykazał Schultze (ob. n 1), wspominając o Gonnerze, który pierwszy uczył, że obrona jest jedynie prawem pozwanego, które, jak każde inne, traci się wskutek prekluzji (*Handb.* I. str. 99, 102 i n. 131)

tek upływu terminu fatalnego, tak samo się zgadza z istotą uprawnień i nie może być uważana jako nałożenie obowiązku do działania, jak się zgadza instytucya zadawnienia z prawem skargi.

§. 19. Rozwój i koniec stósunku procesowego. Powód żąda w skardze wyroku. Zadaniem tedy procesu do tego doprowadzić. Stósunek, na którym proces polega, musi być tak urządzony, żeby się w tym kierunku mógł rozwinąć, — żeby w końcu jego przebiegu sędzia nie tylko był obowiązany, lecz zarazem był w stanie wydać wyrok. Proces rzymski odpowiadał w tej mierze, ile się to uczynić dało, idealnym wymaganiom sprawiedliwości. *Eremodicium* i odmówienie wyroku pod przysięgą „*sibi non linquere*“, były szczytem tego wzniosłego pojmowania sądownictwa. Obecnie *officium judicis* pod tym względem jest absolutném; *eremodicium* zastąpiła *zaoczność*. Tak tedy do całego procesu nie potrzeba nic więcej oprócz skargi i wyroku. Wszystko nadto może i powinno mieć doniosłe skutki dla wyroku, lecz tylko co do treści materialnej; formalnie bowiem wyrok *zaoczny* tak dobry jak *kontradyktoryjny*. Ta *zaoczność* procesu nowożytnego nadała mu właściwą cechę i znaczenie jego odmieniła. Proces klasyczny był wprawdzie *fabryką prawa materialnego* (§. 18), czém już nie był Justyniański i nie jest nowoczesny. Ale nie w tém szukać owój różnicy. Ona głównie na tém polega, że to, co sędzia za prawo uznał, czy z własnego przekonania, czy w myśl ustawy, przyznawał powodowi tylko pod warunkiem tegoż udowodnienia (*eremodicium*), a nawet dalszym, że dowody te

jego rzeczywiście przekonali (przysięga „*sibi non loquere*“). Inaczej obecnie, gdy sędzia w każdym razie wyrok ferować obowiązany, choćby tylko opierając się na faktach, bez wszelkiego dowodu za prawdziwe przyjętych (§§ 11 i 25 ust. gal.) Proces ten zatem, tak samo jak Justyniański, nie może stworzyć prawa przedmiotowego, ale za to nieistniejące przed nim podmiotowe. A wtedy on bynajmniej nie służy celom praw cywilnych, ale raczej sobie samemu. Nasz proces niezawsze rozwija się w tym kierunku, aby położyć — sprawiedliwy koniec sporom o prawo, lecz by w każdym razie był — koniec procesu. Z tym faktem należy się nam koniecznie pogodzić, bo tak już być musi z różnych przyczyn<sup>59)</sup> I mała w tém pociecha, że przecie zależy od pozwanego zmusić powoda do dowodów i samemu wprowadzić je w pole; że prawo procesowe jest napisane dla ludzi, którzy umia strzedz swoich interesów; że proces jest „walką o prawo“. To nie wystarcza do zaspokojenia sumienia prawniczego, czego dowodem, że sądy chętnie i łatwo pozwalają na restytucye i to nietylko u nas, ale wszędzie. Widocznie im z trudnością przychodzi sądzić bez dowodów.

Z tego wszystkiego ten wynika rezultat że proces nasz wprawdzie rozwinąć się musi do wyroku, ale w tym swoim rozwoju większą, aniżeli w innych kierunkach, (§. 17), bo największą okazuje niezawisłość od swego przedmiotu. Proces bowiem w tym celu nietylko że nie potrzebuje przechodzić wszystkich stadyów badania, ale nawet

---

<sup>59)</sup> Stadya, I. str. 84.

może się obejść bez badania spornego stósunku, i najważniejszego w tym względzie okresu dowodowego. Można by temu zarzucić, że to nie często się dzieje, a gdy się wydarzy, to chyba dla tego, że pozwany bronić się nie chce albo obronić nie potrafi! Niezawodnie; ale na to mamy odpowiedź: że gdy się to stanie, nie będzie to niczem wyjątkowém, lecz owszem *pr a w i d ł o w é m*, bo *l e g a l n é m*.

Zwykle uczą, że proces jest stósunkiem postępującym, który się krok za krokiem rozwija<sup>60)</sup>, jak gdyby on, między zapozwaniem a wyrokiem, musiał przebiegać przez pewne stadya pośrednie, gdy tymczasem częstokroć bywa takim, żeby go snadnie można oznaczyć jako skargę bez rozprawy wyrokiem załatwioną.

Zdaje mi się, że według tego *minimum*, którego prawo do rozwiązania procesu wymaga, należy badać jego istotę i prawa jego rozwoju. Obrona, rozprawa, dowód, wszystko to jest bardzo pożądaném dla prawa i sprawiedliwości; proces powinien być tak urządzonym, aby to wszystko znalazło właściwe miejsce i miało zabezpieczone odpowiednie warunki rozwoju; ale w końcu trudno nieprzyznać, że *litis contestatio* i wszystko co za nią idzie, tak dla zaistnienia stósunku procesowego (§. 16), jakoteż dla jego załatwienia jest zbytecznym. Co tedy względem procesu w jego najprostszym okazy, składającego się li ze skargi i wyroku, jest prawdą, to musi być prawdą na wszelkie wypadki.

<sup>60)</sup> Bettmana-Hollwega, *Civilpr* I. str. 22; Bulow, *Voraussetzungen* str. 3.

Otóż prawdą jest:

1) że był i proces i stósunek procesowy, jakkolwiek nie było sporu; że zatém spór (o fakty i dowody) w procesie, do jego zaistnienia i rozwoju nie jest koniecznym wymagany; że więc identyfikowanie obydwóch tych wyrazów i pojęć nie jest właściwem;

2) że role stron spór wiodących w niczem się nie zmieniły i pozostały takimi, jakimi je stworzył akt zapozwania;

3) że przeto i stósunek procesowy, jak długo istniał, t. z. przed wyrokiem, żadnej nie uległ zmianie.

Drugą i trzecią tezę poznamy bliżej

O ile mi wiadomo, to pierwszy Bülow zwrócił na to uwagę, że stósunek procesowy, raz ustalony, pozostaje tym samym przez wszystkie stadya procesowe, czyli i w jakikolwiek bądź sposób oneby się rozwinęły. Wzajemny stósunek stron i sądu nie ulega zmianie aż do końca czyli do wyroku. Przeciwno niemu wystąpił Men<sup>g</sup>er<sup>61)</sup>, który zdanie Bülowa o jedynym i spólnym, przez wszystkie stadya się ciągnącym stósunku, nazywa wprost mylném. Z tego jednakowo, co o mnogości stósunków w procesie mówi (ob. nr. 23), zdaje się wynikać, że nieporozumienie to łatwo da się usunąć.

Nie ma bowiem wątpliwości, że procesowa kognicya odnosi się „*auch in dem einfachsten Civil-processe auf die Thatbestände einer grossen Zahl von*

---

<sup>61)</sup> *Syst.* str. 202 i n. Odpowiednie miejsce zacytowano dosłownie w n. 23.

*selbständigen processualischen Ansprüchen*“, ale te wszystkie „*Ansprüche*“, wynikają z jednego i tego samego stósunku procesowego podobnie jak np. z jednego i tego samego stósunku prawa materialnego różne mogą wynikać skargi i każda z odrębną zasadą faktyczną.

Najlepiej to się uwydatnia na stánowisku pozwanego. Gdy tenże skutek prawomocnego aktu zapoznania został mimowolnie podmiotem stosunku procesowego<sup>62</sup>), to on już tém samym nabył od téj chwili wszelkie prawa do działania odpornego; odtąd on natychmiast jest upoważniony: 1) do obrony w sprawie głównej, przez co może wywołać rozprawę główną, 2) do obrony w sprawie ubocznej przez wniesienie zarzutu procesowego, w skutek czego się rozwinie rozprawa o istnienie procesu. Do wszystkiego tego jest on upoważniony w swoim charakterze pozwanego tylko dla tego, że jako taki nabył odpowiednie prawa do działania, raz na zawsze, na przeciąg całego procesu. On w trakcie procesu może nawet wystąpić zaczepnie (np. z prośbą restytucyjną); lecz i wtedy nie opuszcza owego stánowiska jako pozwanego; przepisy, odnoszące się do zapoznania do niego się nie stosują; między in-

---

<sup>62</sup>) Kohler (*Recht und Process*, Grünhuta Zeitschr. t. 14. str 1 i n.): „*Die Eigenart des Processes ist daher die, dass durch publiken Akt der Partei (pozew) ein publikes Parteiverhältniss begründet wird...*“ Popiera przeto zdanie o zbyteczności lityskontestacji. Rozprawa ta pojawiła się już po wydrukowaniu odpowiedniej części niniejszej pracy (§. 16), w skutek czego dopiero tutaj mogę z niej zrobić użytek.

nemi nie może być zniewolony do złożenia kaucyi powództwa <sup>63)</sup>).

Pozwany tedy jest upoważniony do nadania procesowi wystąpieniem swoim odpowiedniej treści, do przemienienia go na rozprawę, na walkę o prawo i proces; ale gdy z tego prawa swojego nie skorzysta, to mimo to proces się odbędzie i zakończy z tym samym dla niego obowiązującym skutkiem, jak gdyby w nim był czynny brał udział, a to właśnie z mocy téj zasady, że stósunek procesowy jest jednolitym od początku do końca procesu, i jakikolwiek proces weźmie obrót, zawsze do wyroku doprowadzić może, gdy taką pozostanie woła interesowanych <sup>64)</sup>. Nie ma bowiem wątpliwości, że wbrew woli uprawnionego postęp procesu niemożliwy. Lecz to znowu jest pewnym, że do rozwikłania procesu, czynny spółdziałł p o w o d a i s ą d u

<sup>63)</sup> Menger, *Lehre von den Streitparteien* (n. 29), str. 651

<sup>64)</sup> Kohler (j. w. n 62. §. 13): „*Der Process ist ein Rechtsverhältniss, und zwar ein einheitliches, aber zugleich ein complicirtes Rechtsverhältniss, welches allerdings, wie alle complicirten Rechtsverhältnisse, durch neue Rechtsacte beeinflusst werden kann.*“ Nie objaśnia nas wszakże Kohler, co rozumie pod nazwą „*complicirte Rechtsverhältnisse*“. Mojem zdaniem, stósunek ten bardzo prosty; tylko rozprawa nad nim, jeśli się wskutek wniesionego zarzutu procesowego rozwinie (§. 20), może być obszerną i zawiłką, czemu jednakowo zapobiega instytucja zarzutów deklinatoryjnych (§. 22). Trafnie téż w téj mierze zauważył Gluck (*Pand.* VI. 149). że proces w tym celu się rozpoczyna, aby został rozstrzygnięty i zakończony. W tém się jednakowo myli, że w definicyi swojej charakteryzuje go jako rozprawę przed sędzią właściwym. Że do procesu nie potrzeba rozprawy, właśnie była mowa, jak również i o tém, że przed sądem niewłaściwym wazny proces odbyć się może (n. 27), do czego jeszcze powrócę (§§. 27 30. 31).

wystarczy. Widzieliśmy wyżej (§. 18), jako powód wobec sądu występuje w roli uprawnionego, gdy swe prawo należytém wystąpieniem uzasadnił. Dla tego też o b o w i ą z e k s ę d z i o w s k i, ten obowiązek, który zmusza sąd do wykonania jurysdykcji sądowo-procesowej w sprawie szczegółowej<sup>65)</sup>, jest ową siłą pędzącą, która proces naprzód popycha ku jego przeznaczeniu. Ten obowiązek sędziowski, do odpowiedniego, z prawem zgodnego działania, zapewnia procesowi skutek, chociażby potém, — po ustaleniu i utwierdzeniu jego, — pozwany, a we-

---

<sup>65)</sup> Kohler (j. w. n. 62) temu przeczy w słowach: „...*Und die Beziehungen zwischen Partei und Gericht sind nicht etwa so, als ob die Partei einen Anspruch gegen das Gericht hätte auf den Vollzug derjenigen Acte, welche zur Fortbildung und Erledigung des Processes führen; vielmehr fungirt das Gericht im Process lediglich in seiner Eigenschaft als ein Glied des staathlichen Organismus, und indem es im Process mitwirkt, erfüllt es seine Staatsaufgabe*“. Następnie oznacza wniesienie pozwu jako *publiken Akt*, tudzież, że proces się dalej rozwija „*durch weitere Parteiakte, als auch durch staatliche Akte*“. Zdaje mi się, że w tém wszystkim to jest stanowczém, że tak akty stron spór wiodących, jakoteż sądowe, są akty prawa publicznego. Nietylko w zakresie prawa procesowego prywatny staje wobec organów rządowych w roli uprawnionego, a państwo wobec niego w roli zobowiązanego a w szczególności zawsze wtedy, gdy się obywatel domaga sądu wyrażonego mu bezprawia. Słuchac władzy sądowej każdy obowiązany tak poza procesem, jak podczas procesu. W szczególności podczas procesu nietylko jako strona lecz również jako świadek lub znawca. Ale podczas procesu ta walna w zwykłych między obywatelem a władzą stosunkach zachodzi odmiana, że władza do pomocniczego działania w sprawie szczegółowej jest obowiązana. Zresztą wiele o tém już pisano i zapewne jeszcze niejedno się napisze.



dług okoliczności, nawet powód czynnego w nim udziału odmówili.

Gdy jednakowo ustalenie i utwierdzenie procesu jest z chwilą prawomocności aktu zapozwania dokonane, przeto z tą chwilą jest już rzeczą pewną że stosunek procesowy zaistniał, i co się odąd obędzie, to wszystko będzie już procesem. Założy to, jak wskazałem, od milczenia lub wystąpienia pozwanego. Wystąpienie zaś jego może być dwojakim. Gdy odpowie w sprawie głównej, będzie spór o prawo, w żądaniu skargi sformułowane; gdy bez tego lub obok tego zaatakuje akt zapozwania jako taki, będzie zadaniem procesu załatwić kwestyą własnego istnienia w rozprawie ubocznej.

Wystąpienie takie pozwanego w odpowiedniej treści i formie zowie się zarzutem procesowym (§. 20).

Widzimy tedy, że akt zapozwania, niby szczep żywotny, dwie wypuszcza gałęzie: sprawę główną i uboczną. Czy obydwie, czy tylko jedna z nich okryje się liściem i zakwitnie, zawsze zrodzi owoc: rozstrzygnięcie sądowe, które stanowczo proces załatwi. Dla końca procesu obojętną jest forma tego rozstrzygnięcia: zwykłej uchwały czy wyroku. Gdy sąd załatwi sprawę główną, tém samém i procesowi kres położy (§. 5); gdy tylko sprawę uboczną, jedynie procesowi<sup>66)</sup>. W każdym razie stosunek procesowy przestał istnieć.

Lecz zapytać się godzi, co dalej? Wszak

---

<sup>66)</sup> I tak np wyrok odrzucający skargę *ob instantia* z przyczyn li procesowych, kończy tylko proces.

mamy jeszcze jeden okres procesowy: postępowanie egzekucyjne. Atoli ani egzekucya jest koniecznym epilogiem wyroku, ani téż konieczną atrybucyą i zadaniem sądów. Tylko ze stanowiska prawa austriackiego i dawniejszego niemieckiego rzecz ta zewnątrznie i pozornie inaczej nam się przedstawia, a w szczególności postępowanie egzekucyjne jako równorzędny okres procesowy, bo tam wyrokowanie i wykonanie wyroków zarówno sądom przekazano. Tymczasem właściwém zadaniem sądu i procesu jest tylko orzeczenie *quod juris est*. Sprowadzenie zgodności tego z tém *quod facti est* przez użycie odpowiedniego przymusu, na to niekoniecznie potrzeba sądu. Ale gdy się to sądom powierza, to już sąd inne wobec uprawnionego zajmuje stanowisko, aniżeli przed wyrokiem. Również i stronom odmienną wobec niego prawo wskazuje pozycyą. Słowem, to już nie jest stósunek procesowy, lecz zupełnie inny, bo inna jego zasada: przedtém było nią zapozwanie, obecnie mamy już *rem judicatam* <sup>67)</sup>.

### VII. Zarzuty procesowe.

§ 20. Pojęcie. Nie bez wahania przystępuję do rozbioru przedmiotu, tyle spornego w nauce, począwszy od nazwy jego, a już wcale pod względem jego pojęcia; przedmiotu, którym ustawy mało się zajmują, wszystko prawie zostawiając sądom i nauce. Nietylko tę jedną żywotną kwestyę

---

<sup>67)</sup> *Schrotka-Rechtenstam, Ueber das Rechtsverhältniss zwischen Executionssucher und Executionsorgan, Grunhuta Zeitschr. t. 13.*

procesową pozytywne prawo procesowe nauce powierza. Jest ich więcéj, jakoto: określenie zasady skargi; najważniejsze pojęcia prawa dowodowego a między niemi obowiązku dowodzenia; skutki i granice prawomocności itd. Zwykła praca nauki w zakresie prawa jest wspierającą i objaśniającą; ale często gęsto uzupełniająca i tworzącą jak same prawo<sup>68)</sup>. Oto właśnie dotykamy instytucyi, co do której ona jest taka.

Jedni wprost negują istnienie zarzutów procesowych<sup>69)</sup>; zaś u tych, którzy takowe uznają, nie ma dotąd zgody co do jéj pojęcia.

---

<sup>68)</sup> Schultze *l. c.* str. 3.

<sup>69)</sup> Bülow, *Voraussetzungen* (ob. nr. 20). Praca ta Bülowa w tém się streszcza: że nie ma żadnych zarzutów procesowych, bo ich nie było w rzymskim procesie formularnym. Zdaniem jego *exceptio fori* była tam niemożliwa, w czém zapewne ma słuszność, zaś *exceptio procuratoria, cognitoria, rei residuae* i *litis dividuae* były excepcjami prawa materyalnego. Wręcz przeciwnie zdanie objawił i z niezwykłą uzasadnił bystrością Schultze (*l. c.* str. 282 i. n., 326 i. n.) Mniej więcéj w tym samym duchu, chociaż nie tak ostro i dobitnie wystąpił drzeciwno niemu Bar (*A. f. c. P.* 52 str. 432 i. n.). Planck (*K. V.* 3 str. 175 i. n.) o tyle zgadza się z Bülowem, że ten ostatni dowiódł rzeczywiście, iż w procesie formularnym nie było zarzutów do formuły należących, ale za tém nie idzie, iżby w procesie w ogóle żadnych nie było zarzutów. Pojęcie zarzutu proc. będzie tam usprawiedliwione, ale nie można go identyfikować z pojęciem excepcyi procesu formularnego. Oczywiście mylném jest, wszystko uważać za zarzut procesowy, co pozwany przedstawia przeciwko formalnej dopuszczalności pozwu, podobnie jak nie wszystko jest excepcją co jest skierowane przeciwko prawu skargi. Dáléj wywodzi Planck, że instytucja zarzutów procesowych opiera się na prawie germańskiem, a w szczególności powstała z prawa pozwanego do *Weren*. Dla tych *Weren* przy-

Pochodzi to ztąd, że odwołując się ciągle do prawa rzymskiego, tém samém co *excepcye* (*Sacheinreden*) częstują je mianem (*Processeinreden*) i chcą koniecznie zestawić z excepcyami, chociaż te ostatnie z zarzutami nie mają nic wspólnego, a upatrują różnicę tam, gdzie jój wcale nie ma (§. 25).

Poza tém jednak jest rzeczą pewną, że zarzut należy do sprawy ubocznej, a zatem opiera się na prawie procesowém.

Jest on dalój — nad czém również nie ma sporu — skierowany przeciwko aktom procesowym, a cel jego bezpośredni: uchylenie zaczepionego aktu procesowego.

---

jęto z prawniczego języka łacińskiego wyraz *exceptiones dilatoriae iudicii*, który potem przetłumaczono na *processverzögerliche Einreden*. Spólną cechę owych *Weren* i późniejszych zarzutów w następującém określa zdaniu: *Ein Bedürfniss gerade diese Vertheidigungsform des Beklagten hervorzuheben, und abgesehen von ihrer inneren Struktur zusammen zu fassen, lag jedenfalls vor, und hegt noch heute vor. Das zeigt sich in den wichtigen Processrechtssätzen, die ihnen allen gemein sind, und nur ihnen zukommen. Auf Grund derselben hat der Beklagte nicht nur das Recht, die Aburtheilung der Hauptsache auszuschliessen, sondern auch ihre vorgangige Verhandlung und Entscheidung vor allem ubrigen Streitmaterial zu verlangen, ja sogar die Verhandlung uber die letztere zu verweigern. Und wenn auch die letzte Wirkung durch die Fortentwicklung der Eventualmaxime im gemeinen Process fast vollständig verkummert ist, so darf doch deren Wiederherstellung in Verbindung mit dem wieder belebten Prinzip der Mundlichkeit unzweifelert erwartet werden.*

Mimo to praca Bülowa ma wielką zasługę około wyświecenia kwestyi istnienia i pojęcia zarzutów procesowych. Heyssler (l. c. str. 129) ją w tém upatruje, że się obecnie témbardziej odczuwa potrzebę śledzenia i badania kwestyi, czyli i jakie mamy zarzuty procesowe?

Pozwolę sobie ograniczyć jego nazwę i pojęcie do tych wystąpień strony spór wiodaczej, które zniszczenie aktu zapoznania mają na celu.

Chcąc zatem utworzyć pojęcie zarzutu, należy obrać za punkt wyjścia akt zapoznania, jako fundament i początek procesu (*fundamentum et exordium litis*) ze stanowiska prawa austriackiego.

Nie uchodzi bowiem mięsząc wystąpienia strony przeciwko aktowi zapoznania z innymi, które są przeciw innym aktom procesowym wymierzone, bez których proces obejść się może. Zarzut przeciwko obronie, replice, czynnościom dowodowym itd. nie wstrząsa procesem w jego posadach; budowa jego pozostaje niewzruszoną. Nastąpi jedynie prekluzja tej czynności lub zaoczność. Uważam zatem, że zarzuty nawet nie powinny mieć wspólnej nazwy z temi ostatnimi wystąpieniami stron spór wiodących (§. 26).

W konsekwencji tego, zarzut procesowy jest czynnością pozwanego, który przez nią stara się obronić od skutków aktu zapoznania. Lecz nie od wszystkich, bo tylko od wyroku w sprawie głównej (§. 23).

Prawo zarzutu służy pozwanemu zawsze, gdy istnieje ku temu prawna zasada (§. 21), nawet w przypadkach, gdy sędziego było obowiązkiem odmówić dekretu na pozew. Czyli tu sędzia nie był w stanie poznać przeszkody procesowej (§. 2 n. j), czyli ją przeoczył, to w obec formalnych skutków prawomocności aktu zapoznania wyjdzie na jedno. Gdyby nawet przeszkoda procesowa nie została tą prawomocnością uchylona,

i nadto była tego rodzaju, że bez zarzutu pozwanego, przez sąd uwzględnioną być powinna, czyli inaczej: gdyby ta przeszkoda była przyczyną nieważności całego procesu (§. 27); mimo to oparty o nią zarzut pozostaje prawem pozwanego obok odpowiedniego obowiązku sądu. Nie widzę przyczyny, dla którejby jedno i drugie miało się wzajemnie wykluczać. Dopóki sędzia nie spełnił swego obowiązku, dopóty strona ma prawo o to się upomnieć. Zaś ten obowiązek ciąży na sądzie dopiero od tej chwili, gdy przyczyna nieważności jest stwierdzoną. Wtedy ma strona prawo przyłączenia do tego swego zarzutu. Gdy jednakowo rzecz się tak nie ma, to i wtedy nie zawsze jest obowiązana przedstawić i udowodnić jego zasadę (§. 22).

W każdym zatem przypadku zarzut jest samodzielnym prawem pozwanego; zaś uchwała sędziego, w przewidzianym przypadku, bez uprzedniego zarzutu (z urzędu) wydana, czyni go tylko zbytecznym.

Mojem zdaniem, w ocenieniu istoty zarzutów, obojętną jest rzecz, czyli one przed lub też podczas rozprawy mogą być wniesione. Zarzuty deklinatoryjne są tylko rodzajem zarzutów (§. 22). Cel bowiem i skutek pozostają zawsze te same: uchylenie aktu zapozwania i udaremnienie wyroku w sprawie głównej.

I to nie ma nic do rzeczy, czyli na zarzut rozwinię się rozprawa incydentalna, jak na zarzuty deklinatoryjne w procesach zwyczajnych, czyli też ona się odbywa *pari passu* z rozprawą główną. Różnica ta bowiem nie wynika z odmiennej istoty zarzutów, lecz z innych przyczyn (§. 22).

Nie można też przywiązywać żadnej wagi do formy uchwały sądowej, która sprawę zarzutu załatwia. Czy nią jest zwykła uchwała czy wyrok, to przecie wyjdzie na jedno, zwłaszcza, że to zależy jedynie od rodzaju postępowania lub od tego, czyli rozstrzygnięcie zapada przed lub po zamknięciu rozprawy (§. 26 post. sum.).

Z niektórymi zarzutami jest połączone t. z prawo złożenia skargi (*Klagruckerlag* — *restitutio libelli*). Może się nie pomyłę, uważając takowe jako czysty formalizm bez żadnego znaczenia. Ma on znaczyć tyle, że obecnie pozwany czyni to, co sąd powinien był przedtém uczynić. Jednakowo jeżeli gdzie, to z pewnością w tym przypadku można się powołać na zasadę: *si duo faciunt idem, non est idem*, albo: *quod licet etc.* Nadto ma pozwany do czynienia z prawomocnym dekretem na pozew, którego mu nie wolno po prostu odrzucić, lecz tylko zacząć w celu uzyskania sądowego tegoż zniesienia. Zresztą, według naszych ustaw, prawo to nie jest połączone z każdym zarzutem i nie we wszystkich istnieje postępowaniach, chociaż każdego zarzutu skutek jednakowy. Oprócz tego bowiem jest ono połączone z excepcją sprawy zakończonej (*exc. rei finitae*). Najlepszy dowód, że ten proceder nie ma nic do czynienia z wewnętrzną istotą zarzutów, skoro w dwóch tak różnych przypadkach się powtarza. Ono jedynie jest niejako wykonaniem zarzutów deklinatoryjnych. Lecz przymiot deklinatoryjności tak samo nie wpływa na istotę i pojęcie zarzutu, jak się nie zmienia pojęcie i istota excepcyi sprawy zakończonej, gdy jest lub nie jest jako deklinatoryjna użytą (§. 22).

Lecz za to ważnym jest i stanowczym dla pojęcia zarzutu, żeby odpowiednie wystąpienie strony w samym procesie i uchwałą sądu procesowego zostało załatwione. Zatem żądanie strony, jakkolwiek w procesie przedstawione, gdy takowe wywołuje zarządzenia, po za procesem wydane, nie jest zarzutem, chociażby się opierało na przeszkodzie procesowej. Ważnym bowiem w tej mierze jest to, aby żądanie pozwanego spowodowało sprawę uboczną w procesie. Zarzut jest zatem wnioskiem strony procesowej do sędziego procesowego, aby tenże sędzia rozpoznał go i rozstrzygnął. Za tem idzie, że podobnie jak skarga jest początkiem sprawy głównej, tak zarzut jest początkiem pierwszej jaka się w procesie nadarzyć może, sprawy ubocznej. Z tych przyczyn wnioski o wyłączenie sędziego jest tylko wtedy zarzutem, gdy się opiera na §. 53 instr. sądowej. We wszystkich bowiem innych przypadkach niezdolności sędziego, następuje wyłączenie sędziego po za procesem (§§. 53 i 135 instr. sąd.).

Zatem liczba zarzutów procesowych nie stosuje się do liczby możliwych przeszkód procesowych.

Dalsze umniejszenie liczby zarzutów w porównaniu z ilością przeszkód procesowych pochodzi jeszcze stąd, że niektóre z nich nadają jedynie prawo do rekursu (§§. 14 i 24).

§. 21. Zasada zarzutów. Zasada zarzutu procesowego jest zawsze jakaś przeszkoda procesowa (§§. 21, 25), która oczywiście w procesie dowodnie stwierdzoną być musi, jak w ogóle wszelka



faktyczna praw zasada. Jeśli pozwany, broniący się zarzutem, nie jest w stanie powołać się w tej mierze na akty sądowe z powodu, że ona tam nie jest widoczną, natenczas nie pozostaje mu nic innego, jak tylko przedstawić i udowodnić fakt odpowiedni. Jestto bowiem charakterystycznym znamieniem zarzutów, że w danym przypadku nie potrzeba ani przedstawienia ani udowodnienia faktycznej tegoż zasady. Wystarczy jedynie uczynienie odpowiedniego wniosku. Lecz to ostatnie zawsze jest konieczne <sup>70)</sup>, a to z tej prostej przyczyny, że zarzut jest uprawnieniem procesowym pozwanego, a uprawnienie niewykonane nie może mieć żadnego znaczenia. Jedną z form takiego wykonania jest złożenie pozwu.

Ta walna między zarzutem a ekscypcją różnica powinna była już dawno przekonać procesualistów, że wszelka między niemi analogia jest poprostu niemożliwą (§. 24).

Mamy także zarzuty, opierające się li na zaprzeczeniu faktów, przez przeciwnika przywiezionych. Zaprzeczenie samo przez się jest osobnym rodzajem samoistnej obrony, tak w zakresie sprawy głównej jak ubocznej. Lecz co do tej ostatniej, jest ono nadto zasadą odpowiedniego zarzutu, tj. iż samo przez się pozbawione wszelkich skutków, w sprawie ubocznej nabiera ich dopiero w połączeniu z żądaniem, zarzut formułującym. I tak np. gdy skargę wniesiono do sądu kontraktu, zaprzeczenie faktów, sąd kontraktu uzasadniających, samo przez się nie wystarczy do zaistnienia

---

<sup>70)</sup> Ménger, *G. Z.* z r. 1877 str. 137.

zarzutu niewłaściwości sądu, lecz musi być z odpowiednim wnioskiem połączone. Z tego przykładu téż widoczna, w których to przypadkach zarzut na zaprzeczeniu się opiera; oto wtedy, gdy jeden i ten sam fakt skargi, jest zasadą materalnego i procesowego prawa powoda.

Mamy w tém dalszą różnicę między zarzutem a ekscepcyą, która to ostatnia z zaprzeczeniem nigdy nie może mieć nic wspólnego, bo zaprzeczenie i ekscepcyja wzajemnie się wykluczają.

Otrzymujemy tedy, z tego punktu widzenia rzeczy, trojakiemu rodzaju zarzuty:

1. powołujące się na fakty już stwierdzone;
2. z faktyczną zasadą, którą pozwany dopiero przedstawia i ewentualnie udowodnić będzie obowiązany;
3. oparte na zaprzeczeniu.

Tylko zarzuty pod 2) są podobne do ekscepcyj. Lecz ztąd o żadnej zasadniczej spólności między nimi mowa być nie może, bo jeden i ten sam zarzut, stósownie do okoliczności, a zatém zupełnie przypadkowo, może się pojawić w jednej z tych trzech konstrukcyj, jak np. zarzut niewłaściwości sądu.

§. 22. Zarzuty deklinatoryjne. Z historii naszego procesu cywilnego, o ile ona dotychczas jest zbadaną <sup>71)</sup>, dowiadujemy się, że cesarzowa Marya Teresa, między innymi, i dla téj

---

<sup>71)</sup> Ob. znakomite wydanie ordynacyi procesowej czeskiej z r. 1753, dokonane przez Dr. M. Fryderyka Maasburga (*Die Process-Ordnung fur Bohmen vom 23. Janner 1753*, Wiedeń, 1886), z którego rzecz niniejszą zaczerpnałem.

przyczyny zdecydowała się na wydanie nowej ustawy sądowej dla królestwa czeskiego (w roku 1753), ponieważ strony i tychże doradcy prawni, wszczynają niepotrzebne spory *incydentalne*, które są głównym powodem zwłoki i pieniactwa. Dlatego też rzeczona ustawa zabrania w zasadzie osobnych rozpraw nad ekscepcjami dylatoryjnymi, zaś co do ekscepcyi *fori declinatoriae* stanowczo nakazuje: „*dass diese dilatorische exceptio mit in den Exceptionssatz super causa principali eingezogen, folgar darüber kein besonderes Verfahren gestattet werden solle*“ (*Articulus VI.*). Do tej myśli, jak wiadomo, powrócono znowu w postępowaniu sumarycznym z r. 1845, zaś w procesach zwyczajnych pozostał ten zarzut deklinatoryjnym t. z., że ma być przedstawiony *ante litem contestatam* i traktowany w osobnej rozprawie incydentalnej<sup>73)</sup>.

W procesach tych zatem, ma ten zarzut, oprócz zwykłych skutków każdego zarzutu (§. 23), jeszcze i ten, że sprawa *uboczna*, którą on spowodował, prowadzi się w osobnej rozprawie incydentalnej. Stało się to, raz dla tego, aby dojść co prędzej do pewności pod względem prawności aktu zapoznania, a następnie, aby ten punkt sporny można było przekazać do szybszego postępowania<sup>74)</sup>.

Zatem instytucya zarzutów deklinatoryjnych zmienia wewnętrzne urządzenie, budowę procesu, ale nie zmienia istoty owych zarzutów (§§. 20. 23).

---

<sup>73)</sup> T. z. zarzuty sprawy osądzonej (lepiej zakończonej). nie są zarzutami, lecz ekscepcjami.

<sup>74)</sup> D. n. z 7 listopada 1820 i z 25 stycznia 1822. — Ob Gönner l. c. IV, str. 223

§. 23. Skutek zarzutów. Zarzut jest zaczepką aktu zapozwania, przeto środkiem prawnym przeciwko dekretoowi na pozew, a skutkiem jego, gdy go pozwany zdoła podtrzymać, że zapozwanie nie doprowadzi do wyroku w sprawie głównej (§. 20). On tedy, mimo prawomocności aktu zapozwania, udaremni zamierzony przezeń skutek, bo celem tegoż jest sądowe rozstrzygnięcie sprawy głównej. Lecz na co bym zwrócił szczególną uwagę, to na to, że zarzut nie tylko, że nie uchyla procesu, lecz że przeciwnie sprawa zarzutu bez procesu rozstrzygniętą być nie może.

Jeśli jaki zarzut w daném postępowaniu jest deklinatoryjnym, natenczas odbywa się osobna nad nim rozprawa, jużci tylko procesowa, zakończona wyrokiem (ustawy cyt. w uw. 73). Gdy on takim nie jest, to się ona odbywa nawet w zakresie sprawy głównej, i to niezawodnie ściśle według przepisów proceduralnych. Nie inaczéj też się dzieje, gdy nie ma żadnej rozprawy po wniesionym zarzucie (§. 21 liczba 1), gdyż ona wtedy już przed nim się odbyła i czego do jego uzasadnienia potrzeba, już dostarczyła. Niech nas również nie myli, że w tym jakoteż w innych przypadkach, nie ma właściwie tego, coby rozprawą nazwać można. Widzieliśmy bowiem jak mało w téj mierze do zaistnienia i rozwoju procesu w ogólności potrzeba (§ 19) Może nie najlepszym ale najbardziej w oczy bijącym dowodem na to jest okoliczność, że nie ma zarzutu, któryby w danym razie nie mógł być załatwiony wyrokiem<sup>74)</sup>.

<sup>74)</sup> Że nawet zarzut niezdolności strony doprowadzić może do wyroku uwalniającego *ab instantia*, dowiódł Heysler l. c.

Wprawdzie ten wyrok będzie uwalniającem od instancyi (*absolutio ab instantia*) czyli od zapozwania. Ale to jest rzeczą pewną, że gdzie jest wyrok, tam proces być musiał<sup>75)</sup>

Bacząc na ten skutek powszechny zarzućów, to możemy powiedzieć, że w ogóle każdy zarzut jest z natury swojej uchylającym czyli deklinatoryjnym<sup>76)</sup> Tylko że zarzut, któremu tę ostatnią nazwę zazwyczaj nadajemy, uwalnia od rozprawy w sprawie głównej, a nietylko od wyroku.

§. 24 Zarzuty i ekscepce. Należy nam jeszcze bliżej i ostatecznie zaznaczyć granice między zarzutem i ekscepceya. Jako ekscepceya w znaczeniu procesowem pojmuje większość procesualistów wszelkie faktyczne twierdzenia, które pozwany przeciwko faktom skargi przedstawić i w razie potrzeby udowodnić jest obowiązany, aby uzyskać uwolnienie od skargi<sup>77)</sup>.

Z tego punktu widzenia możnaby co najwięcej tylko zarzuty ze samoistną zasadą faktyczną (§ 21 l. 2) jako ekscepceye uważać, ale oczywiście jako ekscepceye prawa procesowego (*Processumreden*) Należy bowiem zaznaczyć, że zarzut opiera się zawsze i koniecznie na prawie procesowem, bo jego zasadą jest i może być jedynie przeszkoda procesowa

---

<sup>75)</sup> Ob n. 44.

<sup>76)</sup> Ustawa Terezyañska, jakkolwiek znosi rozprawę incydentalną dla zarzutu niewłaściwości sądu, nie przestaje go nazywać *exce fori declinatoria* — Ob Maasburg (n. 71) str 29.

<sup>77)</sup> Menger *G. Z* z r 1877, str 137

Zatém wszelkie wystąpienie strony na podstawie prawa materialnego nigdy nie jest zarzutem.

Z téj przyczyny nie jest zarzutem, lecz ekscepcyą, t. zw. *exceptio rei finitae* we wszystkich swoich odmianach, jakoto: *exc. rei judicatae, transactae*, jakotéż ekscepcya skargi cofniętej z §. 8 ust. galic. (ob. n. 50). O tém, że te akty, jakkolwiek w procesie zdziałane, pod względem skutków prawnych są przedewszystkiém prawa materialnego, była już mowa (§. 5). Przeto też wystąpienie strony, na nich się opierające, nie kwalifikuje się jako zarzut <sup>78)</sup>.

Niejako uzupełnieniem ekscepcyi sprawy osądzonej jest obrona pozwanego na zasadzie lityspencyi <sup>79)</sup>, która nam się w dwojakim znaczeniu przedstawia: raz jako zarzut niewłaściwości sądu <sup>80)</sup>, gdy ta sama sprawa toczy się

<sup>78)</sup> Uznał to również N. T. w O. 7383 G. U. W.

Ekscepcye te należą do deklinatoryjnych. Ale między niemi i téj saméj nazwy zarzutami ta zachodzi różnica, że one są takiemi nie z prawnej konieczności, lecz woli pozwanego (§ 53 ust. gal. słowa. „so steht ihm frei..“).

<sup>79)</sup> „Die eine gleichsam der vorausgeworfene Schatten der anderen, die zweite, die erste ablosend beide zusammen erst den Schutz herstellend bis de eadem re ne sit actio“. (Schwalbach, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung* VII (XX) z r. 1886, str. 137.

<sup>80)</sup> Mimo to, według naszego prawa, niewłaściwość sądu, z lityspencyi wynikająca, nie jest przeszkodą procesową, chociażby ona sądowi była ze skargi lub notoryjnie znana, Heyssler utrzymuje, że ten zarzut jest z téj przyczyny jedyną „*Processemrede*“, ale swoją drogą potępia zasadę nieuwzględniania téj niewłaściwości z urzędu (l. c. str. 150 i n.) Pierwsze zdanie Heysslera uważam za mylne (ob. n. 81).

w innym sądzie <sup>81)</sup>, i znowu jako ekscepcya, gdy tę samą skargę po raz drugi do jednego i tego samego sądu podano <sup>82)</sup>.

Obrona pozwanego na podstawie wadliwój treści skargi, jest tylko wtedy zarzutem, gdy wadliwość ta jest przeszkodą procesową.

Z podobnych wadliwości dwie tylko są przeszkodami procesowemi: skarga niezupełna i niezrozumiała (*libellus obscurus*) (§§. 12, 13). Mamy zatem z tej przyczyny dwa tylko zarzuty <sup>83)</sup>.

---

<sup>81)</sup> Z powodu, że sąd pierwszy stał się dla sprawy wyłącznie właściwym (§. 6 n. j.). Według ust. gal. podchodzi zatem ten zarzut pod §. 33 jako zarzut niewłaściwości sądu. Każda niewłaściwość z aktów lub notoryjnie sądowi wiadoma, z urzędu uwzględniona być musi, przeto nie waham się wystąpić przeciwko zdaniu Heysslera (n. 80). Zdaje się, że z tej przyczyny ust. galic. o tym zarzucie milczy, chociaż ust. Józ. wyraźnie o nim wspomina (§. 40). Wszelako na to zważać potrzeba, że wniesienie skargi samo przez się jeszcze nie uzasadnia lityspendencyi. Dalsze jój warunki są: właściwość sądu od początku (§. 6 n. j. słowo: „*rechtmässigerweise*“) lub prorogacją sprowadzona. N. T. przyjął w O. 5341 (G. U. W.), że się rozpoczyna od doręczenia skargi.

<sup>82)</sup> Zarzut jest silniejszym środkiem obrony od ekscepcyi. Pierwszy bowiem uwalnia od wszelkiego wyroku w sprawie głównój, zaś drugi tylko od wyroku zasądającego. Dlatego też obrona zarzutem czyni ekscepcyą zbyteczną i ją wyklucza. Gdy zatem, jak w obecnym przypadku, z jednego i tego samego faktu, stósownie do okoliczności, zarzut albo ekscepcya wynikają, to on wtedy, gdy zarzut wytworzył, przestaje być zasadą ekscepcyi. Tak się rzecz ma w pierwszym przypadku. Zaś w drugim występuje lityspendencya jako początek iowiązek *rei iudicatae* (ob. n. 79), a zatem w znaczeniu prawa materyalnego, i dlatego wystąpienie pozwanego jedynie jako ekscepcya pojęte być może.

<sup>83)</sup> *Libellus ineptus* (nr. 33), tudzież skarga bezzasadna (n. 41) nie tworzą ani zarzutu ani ekscepcyi. Praktyka mylnie

Snując dalej niniejszy temat, przechodzę do kwestyi, którą, o ile mi wiadomo, po raz pierwszy dotygam.

Zarzuty opierają się na prawie procesowém, i dlatego je téż nazywają ekscepcjami procesowemi (*Processeinreden*) w przeciwstawieniu do ekscepcyj materialnych (*Sacheinreden*). Z reguły rozumieją przez nie ekscepcye prawa cywilnego, jako zwykłego i naturalnego przedmiotu procesu cywilnego. Atoli równie naturalnym, a nawet koniecznym przedmiotem procesu cywilnego są stosunki publicznego prawa procesowego. One również mogą być treścią sprawy głównej, która wskutek wniesionej skargi, li na tém prawie opartej, samoistnie się rozwija (§. 1). W takim sporze obrona w sprawie głównej, gdy się na samoistnym opiera fakcie, będzie również ekscepcją, ale już nie prawa cywilnego. I tak np. na skargę restytucyjną *ob noviter reperta*, należycie urządzoną, rozwinię się proces, w którym tak sprawa główna jak uboczna będą procesowemi; pozwany może się przeciwko zapozwaniu bronić zarzutami (jak np. niewłaściwości sądu z §. 36 n. j.); lecz gdy się zwraca przeciwko treści skargi i tę swoją obronę na samoistnym opiera fakcie (z którego np. wynika, że powód wiedział o istnieniu dowodów, albo był w stanie je odszu-

---

uważa je jako przeszkody procesowe (n. 41). Przegrana powoda nastąpić tu winna bez wszelkiej obrony, na zasadzie ustaw (*jura nocet curia*); chyba, że pozwany widzi się spowodowanym do odpowiedniego wyrozumowanego wyводу prawnego. Obacz Schultze, l. c. str. 342—344, który skargi, w ten sposób wadliwe, zalicza do kategorii *libellorum obscurorum*.



kać — § 489 lit. b.) ust. gal.), to obrona ta nie będzie zarzutem, lecz ekscepcją

Pomijając nawet, że jeszcze inne stosunki prawa publicznego mogą być przedmiotem procesu cywilnego (§. 1), zaznaczam, że obok ekscepcyj prawa cywilnego istnieją zupełnie téj saméj natury ekscepcyje prawa procesowego. Są niemi, jak się rzekło, tego samego rodzaju obrony w zakresie sprawy głównej, gdy przedmiotem téjże jest stosunek prawa procesowego. I sędzę, że dla tych to obron wyłącznie, powyższa nazwa (ekscepcya procesowa, *Processenrede*) jest właściwą. To, co dotąd konsekwentnie nazywałem zarzutem procesowym (*Processinwand*) nigdy nie powinno być nazywaném ekscepcją, a to dla uniknienia różnych dziwactw, myłek i niepozozumień, w które dawniejsza i obecna nauka obfitują.

Mamy zatém ekscepcyje prawa cywilnego i procesowego, zas obok nich zarzuty procesowe. Pierwsze są obronami w sprawie głównej, drugie w sprawie ubocznej; pierwsze atakują skargę, drugie tylko jéj dekretacją (akt zapozwania).

Wspomniałem wyżej, że ekscepcyje cywilne i procesowe są tego samego rodzaju. Rozumiem przez to, że jedne i drugie mogą być peremptoryjnymi i dylatoryjnymi. I tak np. ekscepcyje procesowe, w przytoczonym podane przykłady są peremptoryjne. Tymczasem wszelkie zarzuty są dylatoryjne, bo żadna przeszkoda procesowa trwałą być nie może.

§. 25. Zarzuty i rekurs. Poznaliśmy na inném miejscu (§§. 14 i 15), że dekret na pozew, z pominięciem przeszkody procesowej wydany, uzasadnia materialne prawo rekursu, które w tym przypadku służy pozwanemu. Zarzut procesowy jest tedy dalszym środkiem prawnym przeciwko aktowi zapozwania. Należy nam obecnie zdeterminować wzajemny stósunek obydwóch tych środków prawnych, a w szczególności, czyli one służą pozwanemu kumulatywnie, czyli alternatywnie czyli téż ekluzywnie.

Nietylko zasada tych środków w przewidzianym przypadku jednakowa, lecz zarazem dążą one do tego samego celu: do zniesienia aktu zapozwania. Ztąd konsekwencya, że ich kumulacya niestósowna i nieracyonalna. Jedna i ta sama przeszkoda procesowa, nie może być równocześnie użytą za podstawę rekursu i zarzutu, a zatem obydwa środki prawne wzajemnie się wykluczają, czyli kumulacya tychże niedozwolona. Również i alternatywny, od upodobania strony zależny wybór jednego lub drugiego środka prawnego, nie dałby się prawnie usprawiedliwić. Dowolność taka doprowadziłaby do niepewności, której porządek procesowy nie znosi. Więc albo rekurs albo zarzut. Ztąd wniosek, że zarzut jest uznaniem prawomocności dekretu na pozew. Lecz wszelkie środki prawne, przeciwko prawomocnym uchwałom sądowym skierowane, zaliczają się z natury rzeczy, do nadzwyczajnych środków i są tam dozwolone, gdzie zwyczajny środek albo nie wystarcza albo nie jest możliwy. Przyjąć tedy można jako zasadę i regułę wzajemnego stósunku

tych środków prawnych: w przypadkach, w których rekurs jest możliwy, tam zarzut wzbroniony. Dla pozwanego, któremu zawsze służy formalne prawo rekursu, jest on możliwy, gdy albo zasada jego z aktów jest widoczna (§ 14) albo też gdy mu wolno ją przedstawić jako *novum*, i gdy on nadto jest w stanie ją płynnie udowodnić. To ostatnie jest mu dozwolone, gdy odpowiednia przeszkoda procesowa jest zarazem przyczyną nieważności procesowej (arg. §. 344 ust. gal.) Lecz w tym ostatnim przypadku, on mimo zaniechanego rekursu nie traci prawa zarzutu, o czém poniżej będzie mowa.

Pozostaje zatem: gdzie rekurs na podstawie aktów możliwy, tam z reguły nie ma zarzutu.

Jeśli uczynimy przegląd wszelkich przeszkód procesowych, to trzymając się tej zasady, dojdziemy przede wszystkim do tego rezultatu, że nie ma zarzutu braku zewnętrznych i wewnętrznych formalności skargi, bo te wadliwości są widoczne, i mogą być w drodze rekursu zaskarżone. Zatem nie ma zarzutu z powodu braku sygnatury adwokackiej (ob. u. 42), niedostatecznej liczby okazów itd, a w szczególności nie ma zarzutu niedozwolonego łączenia skarg<sup>85)</sup>.

Niemniej też nie ma zarzutu niewłaściwości sądu, gdy ona z faktycznych podań skargi wynika (§. 15).

Wszakże te reguły nie mają wtedy zastosowania, gdy odpowiednia przeszkoda procesowa jest

---

<sup>85)</sup> §. 4 Ust. gal. — N. T. wypowiedział to w dwóch orzeczeniach ll. 186 i 642 G U. W.

zarazem przyczyną nieważności całego procesu łącznie z wyrokiem. Rekurs, oczywiście i w takich wypadkach dozwolony, nie jest wtedy środkiem ekluzywnym, lecz alternatywnym, co wynika z istoty nieważności (§. 27 i n.) Zatem np. z powodu pozwu niezupełnego, w przypadkach niewłaściwości z §. 48 jn. albo niezdolności strony i t. p., służy pozwanemu wolny wybór między rekurssem a zarzutem.

§. 26. Zarzuty procesowe i zwykłe. Przyjąłem nazwę zarzutu procesowego dla wiadomego wystąpienia pozwanego przeciwko aktowi zapozwania. Inne wystąpienia stron spór wiodących, powoda i pozwanego, które nie dotyczą aktu zapozwania, lecz są wymierzone przeciwko innym aktom procesowym, i przeto procesu obalić nie mogą, należy odmienną objąć nazwę, np. zarzutu zwykłego. Między temi niepoślednią odgrywają rolę zarzuty niedopuszczalności ofiarowanych dowodów czyli zarzuty dowodowe.

### VIII. Nieważność.

§. 27. Nieważność przed wyrokiem (procesowa). Mamy dwojaki system nieważności w prawach pozytywnych. Pierwszy z nich polega na tem, że nieważność ma miejsce tylko z przyczyn, wyraźnie i wyczerpująco w ustawach wymienionych. Można go nazwać systemem wartym. Według naszego prawa panuje on w procesie drobiazgowym (§. 78 ust. drob.)

Wprawdzie nie ma ustawy procesowej, która by braku tego, co jako pozytywny warunek

skuteczności procesu lub istnienia większej wagi przeszkody procesowej, nie karciała nieważnością. Ale poza tymi przypadkami może ustawa pozostać uznaniu sędziego, czyli w danym razie także innego rodzaju nieformalność nie kwalifikuje się jako przyczyna nieważności. I tak §. 345 ust. gal. uważa wszelkie uchybienie, któreby w danym razie, wedle uznania sędziego, mogło być szkodliwe sprawie głównej, jako istotne, i przeto jako przyczynę nieważności. Taki system nieważności w odróżnieniu od poprzedniego, nazwać można wolnym, chociaż on w rzeczywistości jest mieszanym. Mamy tu bowiem przypadki, w których nieważność bezwarunkowo nastąpić musi, obok takich, w których ją sąd orzeknie tylko pod warunkiem, że w danych okolicznościach uchybienie formalne grozi niebezpieczeństwem niesprawiedliwego wyroku w sprawie głównej czyli inaczej: jeśli niesprawiedliwość formalna może stać się przyczyną niesprawiedliwości materialnej.

System zwarty panuje w całym procesie drobiazgowym, tak po wyroku (§. 78) jakoteż przed wyrokiem (§. 85).

Co się zaś tyczy wszystkich innych postępowań, to zdaje się być rzeczą niezawodną, że sąd pierwszej instancji w przypadkach, w których w ogóle o tém może być mowa, jest upoważniony do orzeczenia nieważności i zarządzenia tego co za tém idzie, tak względem postępowania jakoteż wyroku (§. 59 ust. gal.; d. n. z 4 czerwca 1789 i 14 października 1803), jedynie z przyczyn, w ustawach wyraźnie oznaczonych. Sędziego

pierwszej instancji obowiązuje system zwarty. Ustawa bowiem tylko sędziego instancji wyższej upoważnia do unieważnienia wyroku i rozprawy z powodu uchybień, według jego uznania istotnych (§. 346 ust. gal). System wolny istnieje zatem dopiero w postępowaniu drugiej i trzeciej instancji. I tak n. p. gdy sędzia pierwszej instancji zadekretował pozew, zawierający niedozwoloną kumulacją skarg, albo też jakiegokolwiek bądź pismo procesowe, chociaż nie było sygnowane przez adwokata, to jemu nie wolno potem z tej samej przyczyny orzec nieważność, lecz tylko sędziemu wyższemu (§. 28).

I jest wtem słuszna racya, która tkwi w zasadzie t. z. prawomocności formalnej, wedle której uchwała wydana obowiązuje instancję, t. j. nie może być zmieniona przez tego sędziego, który ją wydał<sup>86)</sup>, chyba że go ustawa do tego wyraźnie upoważnia

Co się tyczy szczegółowych przyczyn nieważności w okresie przed wyrokiem pierwszej instancji, to należy je podzielić na dwie kategorie, t. j. na przyczyny, które się odnoszą:

I. do aktu zapoznania;

II. do późniejszej rozprawy.

Ad I. Należą tu przeszkody procesowe, które w myśl przepisów prawa pozytywnego, przez zaniechanie rekursu lub zarzutu nie zostały uchylone, jakoto:

1) przedmiotowa niewłaściwość sądu według §. 48 n. j.;

---

<sup>86)</sup> *Ullmann*, l. c. §. 54.

2. niezdolność sądu, za wyjątkiem stronności z §. 53 inst. sąd.;
3. niezdolność jednej lub drugiej albo też obydwu stron spór wiodących;
4. brak legitymacyi do procesu u zastępców;
3. skarga niezupełna.

Za wyjątkiem tej ostatniej są to, jak widzimy, same przyczyny podmiotowe, bo tyżące się działających w procesie podmiotów (sądu i stron procesowych).

Ad II. Przyjmując że zdolność pozwanego jest warunkiem ważności aktu zapoznania, pozostałyby dla tej kategorii przyczyn jedynie same przedmiotowe, t. j. uchybienia procederowe

By je poznać i ocenić jako przyczyny nieważności, należy rozglądać się osobno w zwyczajnym procesie pisemnym z jednej a w innych procesach pisemnych czyli protokolowanych z drugiej strony.

Zwyczajny proces pisemny rozpada się na stadya z zamkniętą treścią, a to z mocy zasady przezorności. W celu należytego jej przeprowadzenia są te stadya przegrodzone uchwałami sądowymi, które zawsze wydane być muszą, i z których każda z osobna staje się prawomocną dla instancyi. Cała tedy rozprawa składa się z szeregu samoistnych procederów, osobnemi załatwianych uchwałami.

Nadto w tym procesie odbywa się zamknięcie rozprawy aktem ściśle formalnym (rotulem aktów) ze skutkiem obowiązującym.

Nie ma mowy o zniesieniu (rozwiązaniu) rotuła aktów, chyba co najwięcej o jego uzupełnieniu.

Co się zaś tyczy procesów protokolowanych to nie ma w nich stadyów, lecz tylko jedna i jednolita rozprawa. Uchwały, które tu sąd w celu przeprowadzenia téjże wydaje, nie są rozstrzygającymi lecz jedynie kierującymi, i w tym charakterze niezdolne do prawomocności formalnej, instancją obowiązującą. Są one więcéj przypadkowemi, z powodu, że jak wiadomo, w duchu odpowiednich ustaw, każda rozprawa powinna się właściwie odbyć na jednéj audyencji, w którym to przypadku wszelkie pośrednie uchwały odpadają. Stosuje się to oczywiście do uchwał powyższego rodzaju t. j. jedynie do kierownictwa procesu przeznaczonych, ale bynajmniej do uchwał, rozstrzygających sporne kwestye procesowe lub na uprawnione żądanie strony wydanych (np. wyroki w sprawie incydentalnej na zarzut procesowy, uchwały dopuszczające zaoczność etc). Nadto akt zamknięcia rozprawy (spis czyli konsygnacja aktów), nie ma skutku formalnie obowiązującego. Sędzia przed wydaniem wyroku jest nietylko upoważniony ale nadto obowiązany akt ten rozwiązać i zarządzić uzupełnienie rozprawy, gdyby się przekonał o istnieniu procederowych nieformalności. A wiadomo, że obowiązek sędziowski w tych postępowaniach obejmuje nietylko sprawę uboczną, lecz w równéj mierze instrukcją sprawy głównej. Niezgodne z prawem zarządzenia lub zaniechania w okresie jednéj lub drugiéj sprawy są uchybieniami procesowemi; a lekarstwem na nie



rozwiązanie spisu aktów i uzupełnienie rozprawy.

Z tego widzimy: że uchybienia proceduralne czyli przedmiotowe nieformalności, po prawomocnym zapozwaniu popełnione, nie mogą nigdy sprowadzić skutków nieważności przed wyrokiem; czyli inaczej: nie upoważniają sędziego pierwszej instancji do zniesienia albo przerwania swjej własnej rozprawy. Atoli to stosuje się jedynie do przyczyn ad II).

Co się zaś tyczy przyczyn ad I), to sędzia jest do tego upoważniony i obowiązany, lecz nie we wszystkich przypadkach, bo tylko w tych, w których to ustawa wyraźnie nakazuje. Należą tu przypadki cd 1—4.

Wszakże to, co wyżej ad II) było powiedziane, odnosi się do przypadków, gdy proceder, z ustawy odpowiedni, w dekrecie na pozew wprowadzony został. Gdyby zaś prawomocny dekret na pozew odmienny proceder zarządził, to przemiana ta postępowania również sędziego pierwszej instancji obowiązuje. O tém zaś, czyli ona obowiązuje strony, a względnie czyli i o ile stanowi nieważność, będzie później mowa (§. 28).

Idźmy dalej i przedstawmy sobie, że mamy przed sobą rotuł, po formie sporządzony, albo spis aktów, którego sędzia już nie może rozwiązać, a zatem sporządzony na zakończenie rozprawy, proceduralnie niewadliwej. Wyobraźmy sobie dalej, że przystępując do rozstrzygnięcia sprawy, sędzia się przekona o istnieniu przyczyny nieważności (wyżej ad I). Nie ma wątpliwości, że w takich razach wyrok zapaść musi, chociaż to

będzie wyrok uwalniający od instancji<sup>87)</sup> (*absolutio ab instantia*).

Gdyby zaś sędzia spostrzegł nieważność przed formalnym zamknięciem rozprawy, natenczas przerwie i zniesie postępowanie, i to w każdym bez wyjątku procesie, we formie zwykłej uchwały.

Zatém jest rzeczą pewną, że są przypadki istniejącej nieważności, w których wyrok nietylko jest dopuszczony ale nawet konieczny

Nieważność tedy w okresie postępowania w pierwszej instancji jest *sui generis*. Postępowanie zowie się nieważnym, ale wyrok jest, więc był chyba proces, ale nieważny. Z tej przyczyny nazwałbym ją nieważnością procesową. O tém, jaka jój istota, będzie później mowa (§. 30).

§. 28. Nieważność wyroków nieprawomocnych. Mamy zatém wyroki w sprawie głównej i w sprawie ubocznej. Pierwsze mogą zawierać albo kondemnatę albo uwolnienie pozwanego, które to ostatnie może być albo stanowcze (na ekscepcyę peremptoryjną) albo jedynie *ab instantia* (na ekscepcyę dylatoryjną) Wyroki w sprawie ubocznej są zawsze uwalniające, i to zawsze *ab instantia*. Wszakże uwolnienia takie w sprawie ubocznej z jednej, a w głównej z drugiej strony, jakkolwiek pod względem formy jednakowe, różnią się między sobą istotnie (ob. tekst i notę 84)

<sup>87)</sup> arg § 324 ust. gal. „*Jeder Richter hat durch Urtheil zu entscheiden*“ D. n. z 16 lipca 1819. „*das Urtheil nur über eine Einwendung gegen die Formlichkeit geschöpft*“, §. 26 p. s. Ob. *Heysler* l. c.

Nie ulega wątpliwości, że wyroki tak w sprawie głównej jak ubocznej mogą być nie ważne, bo jeden i drugi może być zniesiony<sup>88)</sup>.

Kiedy pierwszy, a kiedy drugi? Pierwszy wtedy, gdy on sam w sobie jest istotnie wadliwy lub gdy takim było postępowanie, które go wydało; drugi zaś albo z tej pierwszej przyczyny, albo gdy postępowanie było zupełnie niewadliwem<sup>89)</sup>. Przyczyną tego zjawiska jest to, że właśnie zasadą tego wyroku jest wadliwość postępowania<sup>90)</sup>.

Choćby zatem już z tej jednej przyczyny należy ściśle odróżnić nieważność procesową, (§. 29) od nieważności w wyroków, w rzeczy samej i nazwie.

Środkiem prawnym dochodzenia nieważności wyroków jest zażalenie nieważności (§. 342 i n. ust. gal), które prawu rzymskiemu nie było znane. Ono się pojawiło naprzód w prawie longobardzkim, wykształciło we włoskim prawie miejskim, i po różnych przejściach w doktrynie rzymsko-kanonicznej, nareszcie w p. prawie

<sup>88)</sup> Co do wyroków *ab instantia*, w sprawie ubocznej wydanych, wypowiada to wyraźnie d n z 16 lipca 1819.

<sup>89)</sup> Gdyby wyrok *ab instantia* z powodu nieważności, wprawdzie nie był uzasadniony w swoich motywach, ale mimo to postępowanie z innej przyczyny było wadliwe, natenczas sędzia wyższy go potwierdzi, a zmieni tylko motywa.

<sup>90)</sup> Zwracam uwagę na ogólną, obydwu te przypadki obejmującą stylizacją § 342 ust. sąd „. . . *dass der geschopfte Spruch eine offenbare Nullität enthält . . .*“ Ustawa zatem wspomina tylko o nieważności wyroku, nie zaś o tém, gdzie należy szukać jej przyczyny, która bądź wynika z wyraźnego przepisu, bądź, jak w obecnym przypadku, z analogu lub *argumento a contrario*.

niemieckim, i w ogóle w prawach kontynentalnych utrwaliło<sup>91)</sup>.

Podstawą tego środka prawnego jest idea, że prawomocność uchyla nieważność, w czém się proces nowożytny istotnie różni od rzymskiego pierwowzoru (§. 29).

Szczegółowe przyczyny nieważności wyroku dadzą się na różne podzielić kategorie:

I. na te które się odnoszą do samego aktu wyrokowania (nieodpowiedni skład senatu; sędzia niezdolny; wadliwa redakcja wyroku itd)

II. na te, które się do wcześniejszego odnoszą okresu. O tych ostatnich była już mowa, jakoteż o podziale tychże na podmiotowe i przedmiotowe, czyli procederowe (§. 27). Tu jeszcze na dwie okoliczności radbym zwrócić uwagę:

1) że niedokładność instrukcyi sprawy głównej, w procesach protokolowanych, jakkolwiek nie jest przyczyną nieważności procesowej (§. 27), może być uznana jako przyczyna nieważności wyroku nieprawomocnego (§§ 21, 346 ust. gal., § 49 p. s.;

2) że co się tyczy przemiany postępowania, dekretem na pozew dokonanej (§. 27), to w zakre-

---

<sup>91)</sup> Dr. Artur Skedl, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*. Lipsk, 1886. Dzieło oparte na głębokich i sumiennych studyach historycznych, a rezultaty z niezwykłą wypowiedziane bystrością. Nadto chlubnie się odznacza jasnością i ujmającą prostotą wykładu. Dziełem tém stawał młody uczonec od razu w pierwszym szeregu poważnych badaczy procesu cywilnego.

sie postępowań pisemnych, wprowadzenie doskonałego postępowania z wyciecznego zamiast procederu summarycznego nie może nigdy stanowić nieważności; odwrotnie zaś wtedy, gdy strony się temu sprzeciwiły<sup>92)</sup>, tudzież gdy w szczególnym procesie wyszło to na niekorzyść sprawy głównej<sup>93)</sup>.

§. 29. Nieważność wyroków prawomocnych. Przystępując do téj ważnej i spornej kwestyi, należy nam przedewszystkiém ograniczyć tezę, wyłączając te przypadki, w których prawomocny wyrok cywilny, jak każdy inny akt prawny zostaje unieważnionym z woli prawa karnego (§§. 309, 311 ust. gal.; §. 371 proc. kar.; §. 9 ust. z 28 maja 1881).

Prawo dyscyplinarne można w pewnej mierze uważać za gałąź karnego. Atoli sądom dyscyplinarnym nigdzie nie jest przyznane prawo kasacyi wyroków cywilnych. Z drugiejj jednak strony zdaje się być rzeczą pewną, że tak absolutna niezdolność wyrokującego na urząd sędziowski, jakotéż bezwzględna stroniłość sędziego (§. 52 instr. sąd.), jedynie w drodze dyscyplinarnej stwierdzone być mogą. W pierwszym bowiem przypadku, nierównie ważniejszym, jest to wyraźnie postanowioném (§. 36 ust. z 21 maja

<sup>92)</sup> §§. 6 i 25 p. c. D. n. z 2 lutego 1845 i O. 121.

<sup>93)</sup> *Da kein Grund vorhanden ist, die blosse Form des summarischen Verfahrens zu beanstanden, weil ja auch das mündliche Verfahren von dem Richter geleitet, und dessen Gang von Amtswegen überwacht wird, somit dem Rechte der Partei in keiner Weise präjudicirt werden kann* (O. 365), §. 49 p. s — Ullmann, l. c. §. 144.

1868), a zatem nic innego w mniej ważnych przypadkach stronności obowiązywać nie może. Pozostawiając na teraz na uboczu kwestyą nieważności wyroków prawomocnych, wydanych li przez sędziego nominalnego lub stronnego, zaznaczam na razie, że ona formalnie tylko na wyroku dyscyplinarnym opierać się może.

Przechodząc do powyższej kwestyi, należy nam zawsze mieć przed oczyma, że prawomocność wyroku znaczy tyle co jego ważność, i odwrotnie. *Res judicata* i formalna prawomocność to jedno; prawo jest formą, a forma jest prawem<sup>94</sup>). Z reguły nie ma tedy ani wyroków *ipso jure* nieważnych<sup>95</sup>), ani w ogóle nieważności, któraby

<sup>94</sup>) Skedl, l. c. str. 5. nazwał tę zasadę prawa nowożytnego „*Princip der Formalkraft des Urtheils*“.

<sup>95</sup>) W p. r. prawomocność nie usuwała nieważności. Wyrok niezaapelowany pozostał nieważnym *ipso jure*. *Actionem* lub *exceptionem judicati* można było ubezwładnić odpowiednią ekscypcją lub repliką. Nie było ani zażalenia nieważności, *quaerela nullitatis* (ob. n 96), a już wcale apelacya do uchylenia skutków takich wyroków nie były potrzebne („*Apellare necesse non est*“ L. 1. D. 49. 8, C. 7. 44). Jako wyrok nieważny w tém znaczeniu uznano prawo rzymskie nie tylko wyrok formalnie nieważny (*sententia nulla*), lecz zarówno materyalnie niesprawiedliwy (*sententia iniqua*), atoli jedynie w tym przypadku, gdy się nie zgadzał z prawem przedmiotowém (*jus in thesi*), czyli, jak się źródła wyrażają, gdy *sententia* była *expressim contra juris rigorem data* (L. 19 D. 49. 1). Zatem mylne zastosowanie prawa obowiązującego do faktycznej zasady skargi, czyli pokrzywdzenie prawa podmiotowego (*jus in hypothesis*), nie czyniło wyroku nieważnym, i musiało być zaskarżone przez apelacyą w należytych terminach. Przypadki nieważności według p. r. u Schwalbacha (*Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, VII (XX) str. 113 i n.)

prawomocnością nie mogła być uchyloną <sup>96)</sup>. Mimo to nie jest wykluczoną kwestya: czyli to co w szczegółowej sprawie jako wyrok się przedstawia, rzeczywiście jest wyrokiem?

Naturalne warunki istnienia takiego aktu sądowego, bez których o nim mowa być nie może, są następujące:

1) odpowiednie pisemne rozporządzenie woli sądu, zawierające zrozumiałe i niedwuznaczne orzeczenie, i wydane po formie (§. 314 i n. ust. gal. d. n. z 10. września 1847);

2) aby to rozporządzenie pochodziło od sądu zdolnego, nietylko absolutnie zdolnego, lecz zároveň w myśl prawa bezstronnego <sup>97)</sup>;

---

<sup>96)</sup> *Nullitas insanabilis* według p. p. n w odróżnieniu od *sanabilis*, którą to ostatnią prawomocność uchylała; zaś pierwszą można było dochodzić za pomocą *quaerela nullitatis* aż do zadawnienia téj skargi, czyli przez lat 30. Przypadki *nullitatis insanabilis* u *Gonneral* c. III. str. 394 i n.

<sup>97)</sup> *Heyssler*, l. c. str. 134, utrzymuje, że według naszego prawa, stronność sędziego nie czyni wyroku nieważnym po prawomocności. Pozwolę sobie być zdania przeciwnego, w którym mnie umacnia §. 324 ust. gal., który stanowi, że tylko sędzia sprawę ozstrzygnąć może, tudzież §. 52 inst. sąd., który przepisuje, że sędziemu stronnemu w odpowiedniej sprawie nie wolno brać udziału. Utrzymuję tedy, że sędzia stronny nie jest żadnym sędzią (§. 12), i że przeto wyrok, przez niego ferowany, nie jest wyrokiem. Wprawdzie §. 156 instr. sąd al. I wspomina jedynie o kasacyi takich wyroków w drodze instancyi, ale ztąd nie można jeszcze wnosić *a contrario*, że bez takiej kasacyi wyrok absolutnie skutecznym się staje; zaś al. 2. odnosi się do innych uchybień przeciwko §. 147 i n instr. sąd. Gdyby tak być miało, to natenczas byłby to, jak się trafnie *Heyssler* wyraża, skandal sądowy, o jakim prawodawcy z pewnością nie myśleli.

3) aby wyrok był rzeczywiście wydany dla stron tego procesu, który załatwia. W konsekwencji zatem nie ma wyroku, gdy zastępca powoda nie wykazał się legitymacją, albo gdy pozew nie został doręczony pozwanemu (ob. n. 35).

W tych trzech przypadkach nie ma i nie może być żadnego wyroku. Nie potrzeba zatem żadnego działania strony interesowanej w celu uzyskania unieważnienia takich pozornych wyroków. One są i według naszego prawa tak samo *ipso jure* nieważne, jak *sententia nulla* w prawie rzymskiem. Na ekscepcją *rei judicatae* służy interesowanej odpowiednia replika; od egzekucyi takiego wyroku może się egzekut obronić rekursem, skargą o restytucyą tego, co egzekwent z egzekucyi takiego wyroku otrzymał. Możnaż bowiem przypuścić, żeby ten, co nigdy nie pozywał lub nie był pozwanym, a przeto i sam w drodze instancyi bronić się nie był w stanie, mógł być prawnie zniewolonym do poddania się takiemu wyrokowi?!

Strony procesowe wchodzą w stósunek procesowy czyli stają się stronami przez zapozwanie. Dlatego to, co wyżej powiedziano, stósowałoby się również do tego, co prawda bardzo niezwykłego przypadku, gdy nie było wcale żadnego pozwu.

Jednakowo inna rzecz, gdy był pozew, jakkolwiek wadliwy (niezupełny) albo były strony spór wiodące, jakkolwiek jedna z nich lub téż obydwie nie posiadały zdolności do działań procesowych, lub w końcu Sąd był tylko niewłaściwym. Tu wprawdzie nie było tego, czego do zaistnienia procesu racjonalnie wymagać należy, ale gdy on mimo to



zaistniał, zniesienie prawomocnego aktu zapoznania albo wcale nieważność po prawomocności wyroku nie dałoby się usprawiedliwić.

Doktryna prawa niemieckiego, trzymając się w początku wiernie zasady prawa rzymskiego o absolutnej bezskuteczności wyroków nieważnych, doszła do przekonania, że ograniczenie nieważności do czasu nieprawomocności jest tém więcej racjonalném, ile że wyrok prawomocny, jakkolwiek materialnie niesprawiedliwy, nie mniejszą wyrządza krzywdę od takiegoż wyroku, tylko formalnie wadliwego.<sup>98)</sup> Ztąd téż wyrobiła się zasada, że zażalenie nieważności tak samo jak apelacya jest z wycza jnym środkiem prawnym i ze między niemi nie ma istotnej różnicy<sup>99)</sup>. Tak materialna jakoteż formalna niesprawiedliwość *ipso jure* nie istnieją, lecz tylko nadają prawo do ich zaskarżenia, i to jedynie w drodze instancyi. Wyroki absolutnie nieważne przemieniły się na zaskarzalne (*Anfechtbarkeit*).

To téż przypadki, w których ustawy mimo to pozwalają na unieważnienie wyroków prawomocnych, muszą być zaliczone do *wyjątkowych*.

Mamy dwa takie przypadki, w wyraźnie postanowione :

a) zastępca prawny strony niewłasnowolnej jest upoważniony do żądania kasacyi wyroku, je-

---

<sup>98)</sup> A. W. S. Franke, *Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde*, A. f. c. P. XIX. str. 410.

<sup>99)</sup> Skedl, *Die Urtheilsnichtigkeit im osterr. Process*, w *Grünhuta Zeitschr.* XIV. str. 93.

dnakowo tylko tak długo, jak długo trwa niewłasnowolność (§. 58 ust. gal.);

b) wyrok w sprawie małżeńskiej, wydany przez Sąd przedmiotowo niewłaściwy, ma być zniesiony na żądanie Sądu właściwego <sup>100)</sup>.

W obydwóch przypadkach ma miejsce unieważnienie bez formalnego procesu.

Nasuwa się kwestya, czyli oprócz tego jeszcze są przypadki, w których nieważność z wyjątkiem skargą dochodzoną być może? A mianowicie, czyli strona, w czasie procesu niewłasnowolna, po osiągnięciu własnowolności, tą drogą i z tej przyczyny nieważności wyroku zaskarżyć ma prawo?

Kwestya ta może powstać tylko wtedy, gdy strona osiągnęła własnowolność po prawomocnym ukończeniu procesu. Przedtém bowiem, przez to samo, że albo nie przestała być czynną w procesie, albo téż zaniechała zażalenia nieważności, akces swój do procesu objawiła a względnie utraciła prawo zaskarżenia nieważności. Gdyby zaś strona później dopiero stała się własnowolną, natenczas służy jej skarga nieważności <sup>101)</sup>.

Mamy zatem nieważność absolutną, która nie kończy się z nieprawomocnością wyroku, obejmuje obydwie sprawy jego, tak główną jak uboczną; mamy dalej wyroki prawomocne, z powodu nieważności zaskarżalne. Lecz co w tym ostatnim względzie powiedziano, to się odnosi tylko do wyroków w sprawie głównej (§. 30).

<sup>100)</sup> §. 48 nj. Natomiast prawomocny wyrok sądu cywilnego w sprawie administracyjnej wydany, pozostaje niewzruszony (§. 12 ust. z 18 kwietnia 1869).

<sup>101)</sup> Ullmann l. c. §. 37 III.

### IX. Nieważność i zarzuty.

§. 30. Istota nieważności. Rzecz o istocie nieważności absolutnej już wyżej została wyczerpana (§. 29). Pozostaje nieważność procesowa (§. 27) i wyroków (§. 28). Przypominam, że wszystko w tej mierze było powiedziane z zastrzeżeniem, że się odnosi do postępowania i wyroku w sprawie głównej. Zaś przedtem jeszcze postawiłem tezę, że do prawności wyroku w sprawie ubocznej, ustawy nic więcej nie wymagają, jak tylko sądu i strony (§. 12), a w szczególności obojętną jest rzecz, czyli sąd orzekający jest lub nie jest właściwym, a strona jest lub nie jest procesowo zdolną. Mimo to (zawsze tylko w zakresie sprawy ubocznej) postępowanie się odbywa, i ważne, bo skuteczne zapadają uchwały i wyroki. Myśl tę przewodnią niniejszej pracy ciągle powtarzałem, i w kilku miejscach z różnych punktów widzenia po krótko uzasadniłem <sup>102)</sup>. Obecnie wypada mi jeszcze uzupełnić powyższe objaśnienia i zebrać rezultaty.

Mamy przedewszystkiém nieważność wyroków, tak w sprawie głównej jak ubocznej (§. 27). Gdy one nie są absolutnie nieważnemi (§. 29), natenczas nie mogą być przez Sąd tak bez wszystkiego uchylone, bo gdyby się potem ich ważność okazała, to znowu uchylenie to stałoby się nieważném.

Ich nieważność zatém może i powinna być orzekaną tylko w odpowiedniém i przydatném do tego postępowania, które się odbywa albo pod-

---

<sup>102)</sup> §§. 13 16 i n. 27 a w szczególności noty 37. i 44.

czas odnośnego procesu (sprawa uboczna) albo w procesie osobnym (§. 29). Zupełnie to samo da się zastosować do rozstrzygnięć i zarządzeń, nie wydanych we formie wyroku, która częstokroć, a w szczególności w sprawie zarzutu, jest tylko przypadkową (§. 27).

To postępowanie zawsze się odbywa, czy ono zostało spowodowane szczegółowém żądaniem, czy nie, bo należy mieć ciągle na uwadze, że w gruncie rzeczy, nic się w procesie z urzędu nie odbywa (n. 18).

Co się w szczególności tyczy spraw nieważności i zarzutu, to sprawy te w razie wygranej dążą do zniesienia tego co się w sprawie głównej stało, postępowania lub wyroku. I z natury rzeczy płynie, że to co się w tym celu w sprawach tych ubocznych odbyło, nie może być prawnie bezskuteczne czyli nieważne, skoro ma wydać skuteczną uchwałę unieważniającą. Tymczasem, co niemniej z natury rzeczy wynika, w sprawach tych zawsze brakuje i brakować musi, przynajmniej jednego z warunków, który jako do ważności niezbędny się uważa. I tak między innymi:

1) w sprawie nieważności aktu zapoznania z powodu niewłaściwości sądu, sprawę sąd niewłaściwy skutecznie rozstrzyga; ta niewłaściwość może obejmować i sąd drugiej instancji, gdy np. sąd pierwszej instancji dla téj sprawy właściwy, znajduje się w innym okręgu apelacyjnym;

2) w sprawie nieważności dla braku zdolności procesowej, może strona niezdolna skutecznie

wnieść zarzut albo zażalenie nieważności, i w tych sprawach rozprawiać i ważne spełniać czynności dowodowe.

Z tą wniosek, że co jest przeszkodą procesową, a w dalszym ciągu przyczyną nieważności w sprawie głównej to (zawsze poza nieważnością absolutną), nie jest przyczyną nieważności sprawy ubocznej. I dla tego wracam do tezy, poprzednio sformułowanej: do ważności procesu w zakresie sprawy ubocznej nie potrzeba nic więcej jak tylko sądu cywilnego i dwóch stron spór wiodących, chociażby niezdolnych (§. 12). Tak jest przynajmniej *in abstracto*. Do konkretnego użytku trzeba rzecz tę pod tym jeszcze względem bliżej określić, że w szczegółowej sprawie ubocznej nieważności lub zarzutu, tylko ta wadliwość zachodzić może, która jest zasadą owej sprawy. I tak np. niezdolny może tylko skutecznie wnieść zarzut swój niezdolności, nie zaś zarzut niewłaściwości sądu.

Z tego wszystkiego, co do istoty tego, co powszechnie nieważnością zwiemy, ten wynika rezultat, że ona znaczy tyle, co nieprzydatność przeprowadzonego procesu w zakresie sprawy głównej<sup>103</sup>).

---

<sup>103</sup>) Sprawy restytucyjne i dowodowe są samoistne procesowe, i dla tego co do nich to samo się stosuje, co do rozprawy głównej. Że takimi są sprawy restytucyjne, które po wyroku powstały, nie ma wątpliwości. Zaś tak zwana restytucja procesowa *ob lapsum terminum*, w trakcie procesu rozpoczęta, jest tylko rodzajem tamtych. Co się zaś tyczy sprawy dowodowej, to ona jest trzecią w procesie sprawą, obok główną i uboczną, albo raczej

Że tak się rzecz ma, a mianowicie, że przeszkody procesowe i nieważność, obecnie w procesie są traktowane i przez proces załatwione, pochodzi naprzód ztąd, że sam proces nie ma stadyum przygotowawczego z inkwizycją nieformalną w celu wykrycia i usunięcia przeszkód procesowych, a następnie, że odmiennie od procesu rzymskiego, w którym nie było żadnego badania nieważności wyroków, ono obecnie z reguły w trakcie tego samego procesu odbyć się musi<sup>104)</sup>.

§. 31 Istota zarzutów procesowych. O ile nieważność pochodzi z wadliwości aktu zapoznania, to jój zasadą jest zawsze przeszkoda procesowa (§§. 27, 29). Zatem nie ma pod tym względem różnicy między zarzutem a nieważnością, chyba ta nieistotna, że niektóre przeszkody procesowe, zarzut uzasadniające, nie są zarazem przyczynami nieważności. Ztąd jednakowo ten tylko da się wywodzić wniosek, że nie wszystko, co może posłużyć do obalenia aktu zapoznania, służy zarówno do obalenia procesu i wyroków. Bo w końcu jak się wyżej pokazało, skutek zarzutu jest zniesienie aktu zapoznania (§. 23).

Ztąd definicya istoty zarzutu będzie taka: że on jest środkiem prawnym przeciwko aktowi zapoznania, na zasadzie tegoż nieważności, czyli zaskarżeniem nieważności aktu zapoznania.

---

sprawą, która tak w zakresie głównej jak ubocznej powstać może, i poniekąd odrębnym podlega przepisom.

<sup>104)</sup> Heyssler l. c. str. 150.

### Domówienie.

Praca niniejsza, która w czasie rozpoczęcia jej druku jeszcze nie była zupełnie napisana, doznała niemiłej przerwy z przyczyn, od autora niezależnych. Mając z tego powodu za mało miejsca w roczniku „*Przeglądu sądowego i administracyjnego*“ z r. 1886, musiał autor, zaczynając od rozdziału VI, poczynić różne skrócenia, a co gorsza, nie był w stanie zużytkować w tekście i notach, obficie nagromadzonego materiału historycznego, w skutek czego nie jedno nie tak wypadło, jak sobie to autor wyobrażał. Prosi zatem autor Publiczność i Krytykę, by niniejszą rozprawę zechciały uważać i ocenić jako szkic do obrazu, który dopiero w drugiem wydaniu będzie wykonany. Nie ręczy też autor za to, że wtedy niektóre szczegóły inny otrzymają koloryt lub nawet zostaną przemalowane.

---

# T R E Ś Ć.

	Strona.
Wstęp . . . . .	III.
I. Przedmiot procesu cywilnego . . . . .	1
§. 1. Sprawa główna . . . . .	1
§. 2. Sprawy uboczne . . . . .	3
§. 3. Bliższe określenie pojęcia sprawy ubocznej . . . . .	7
II. Czynności i akta procesowe . . . . .	8
§. 4. Pojęcie . . . . .	8
§. 5. Akty ściśle procesowe . . . . .	9
§. 5. (b) Akty procesowe mieszane . . . . .	10
§. 6. Porządek postępowania . . . . .	11
III. Akt zapozwania . . . . .	14
§. 7. Spełnienie . . . . .	14
§. 8. Osnowa dekretu na pozew . . . . .	14
IV. Przeszkody procesowe . . . . .	15
§. 9. Teorya warunków procesowych Bülowa . . . . .	15
§. 10. Teorya Bülowa wobec nauki . . . . .	16
§. 11.     "     "     "     " (C. d.) . . . . .	17
§. 12. Teorya Bülowa wobec pozytywnego prawa austriackiego. Teorya przeszkód procesowych . . . . .	19
§. 13. Pojęcie i rodzaje przeszkód procesowych . . . . .	31
V. Rekurs od dekretu na pozew . . . . .	35
§. 14. W ogólności . . . . .	35
§. 15. Rekurs powoda i pozwanego . . . . .	37



	Strona.
VI. Skutki prawomocnego zapozwania . . . . .	38
§. 16. Zaistnienie i utrwalenie procesu . . . . .	38
§. 17. Istota stósunku procesowego . . . . .	46
§. 18. Osnowa stósunku procesowego . . . . .	49
§. 19. Rozwój i koniec stósunku procesowego . . . . .	53
VII. Zarzuty procesowe . . . . .	61
§. 20. Pojęcie . . . . .	61
§. 21. Zasada zarzutów . . . . .	67
§. 22. Zarzuty deklinatoryjne . . . . .	69
§. 23. Skutek zarzutów . . . . .	71
§. 24. Zarzuty i ekscepcye . . . . .	72
§. 25. Zarzuty i rekurs . . . . .	77
§. 26. Zarzuty procesowe i zwykle . . . . .	79
VIII. Nieważność . . . . .	79
§. 27. Nieważność przed wyrokiem . . . . .	79
§. 28. Nieważność wyroków nieprawomocnych . . . . .	85
§. 29. Nieważność wyroków prawomocnych . . . . .	88
IX. Nieważność i zarzuty . . . . .	94
§. 30. Istota nieważności . . . . .	94
§. 31. Istota zarzutów procesowych . . . . .	97
Domówienie . . . . .	98



## Sprostowanie omyłek drukarskich.

- Strona 2 w uwadze 7 zamiast *Fiktionem* czytaj *Foktonen*.
- \* 3 tekstu, wiersz 7 od góry zam *rozpauę* czytaj *rozprawę*.
- " 6 w uwadze 12 zamiast *piawle* czytaj *prawie*.
- " 9 tekstu wiersz 6 od dołu zam. *przyczynli* czyt. *przyczyn li*.
- " 11 tekstu, wiersz 1 od dołu zam. *mniej* czyt *innej*.
- " 15 tekstu, wiersz 10 od dołu zam *VI*. czyt. *IV*.
- " 24 w uwadze 30 zam §. 504 czyt. §. 540.
- " " " " *dzwno* czyt. *dawno*.
- " " " 31 , *spotęgowaniu* czyt. *postępowaniu*
- " 35 " 41 " *libellus ob me securus* czyt *libellus  
obscurus me*.
- " 54 tekstu, wiersz 12 od góry, zam *położyc* — *sprawiedliwy*  
czyt *położyc sprawiedliwy*
- " 63 tekstu, wiersz 6 od góry, zam. § 25 czyt. § 24.
-

