

ПРО НЕВАЖНІСТЬ  
В НОВІМ ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНІМ

РОЗВІДКА  
З АВСТРИЙСКОГО ПРАВА ПРОЦЕСОВОГО

НАПИСАВ

Д-Р КОСТЬ ЛЕВИЦКИЙ

адвокат у Львові.



~~107758~~

У ЛЬВОВІ, 1900.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

107758

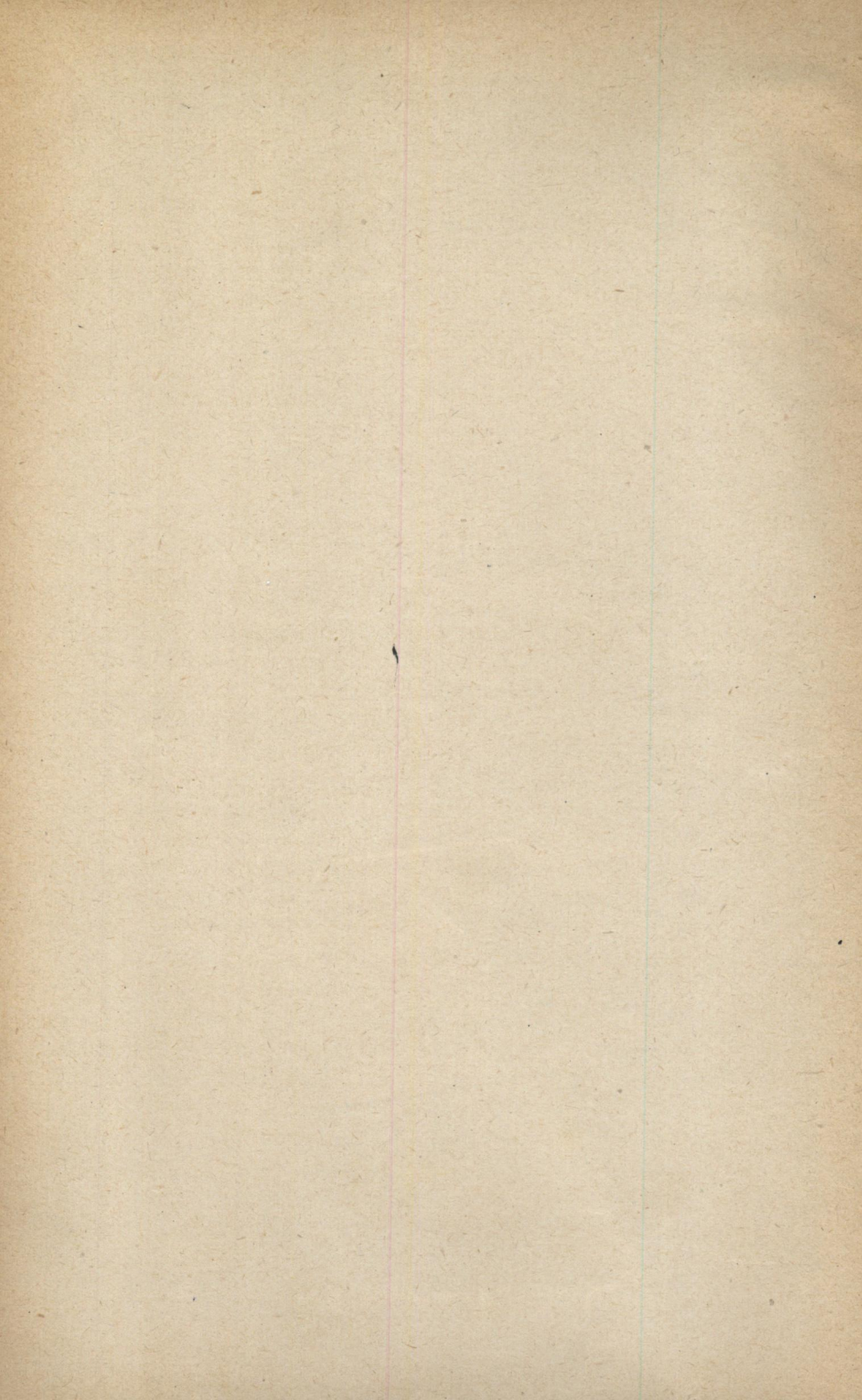


ЛННБ України ім.В.Стефаника



00826612 (P)

2006  
2014



ПРО НЕВАЖНІСТЬ  
В НОВІМ ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНІМ

написав

Др. Кость Левицький

---

107758

39.508

Л. 006

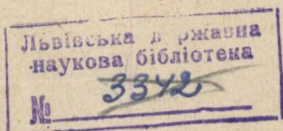
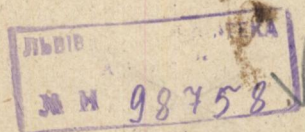
11  
-----  
И. 98758

Памяти Найдорожної Матери  
Костуні з Козоровских Левинської

присвячує

~~508~~

автор



## Вступ.

Новий устав цивільного процесу подає всі причини правні, задля яких виданий вирок судейський, або і переведене поступоване судове мають бути неважні. Тоті причини правні творять в собі замкнений систем неважності в австрійськїм процесї цивільнім, то виповняють тоту недостачу, яка була в давнім уставі процесу цивільного.

Загальний признак нашої цивільної неважності процесової основує ся на тім, що єї сути правної не творить блудне розпізнане дійсного стану справи або блудне примінене закону\*), але нарушене головних засад правильного переводу процесового. Чи дотичне ореченє судейске є справедливе або несправедливе, отсе уступає на друге місце, бо сам перевід процесовий був вельми хибний. Коли справу рішав судия, що є виключений від виконуваня судейского уряду в даній справі або єго ухиленє було оправдане; коли орікаючий суд не був правильно зложенїй; коли справу рішав такий суд, що безглядно є неприналежний для таких справ; коли сторонї віднято спромогу розправляти ся перед судом; коли сторона не була правно заступлена перед судом; коли оречено в такій справі, що взагалї не належить до дороги права; коли неоправдано виключено явність розправи; коли нарушено засаду устної розправи достатченєм готових протоколів розправи, або само уложенє вироку є так хибне, що єго розпізнане у висшїм судї є неможливе, тоді не ма тої визначної запоруки, якої суспільність інтересована має право жадати від державного вимїру справедливости, та тоді запавше ореченє судейске є формально неважне (§. 477 у. пр.).

---

\*) Інакше в карнім процесї. Пр. пор. §. 281, уступу 5) 9) і 10) уставу поступованя карного з 23. мая 1873, В. з. д. 118.

Та не тільки вироки можуть бути неважні, але також самі процесові ділання сторін, як також самі судейські ділання і ореченя перед виданєм вироку, то значить взагалі поступованє перед вироком стає неважне, як причина неважности его дотичить. Правно-процесове становище судії надає ему право і вкладає на него обовязок урядовий: не допускати неважности в процесї, та де отсе зайшло би, усувати єї надолуженєм залишеного. Тут належить постанова §. 6 у. пр., що з уряду узглядняє ся в кождім станї спору правного, брак спосібности процесової, законного заступства, як також потрібного осібного уповажнення до правованя, та як тота хїба може бути усунена, має суд видати потрібні прикази. Коли ті хиби не дадуть ся ухилити, то суд першої або висшої інстанції, перед котрим справа точить ся, має оречи неважність того поступованя, якого дотичить тота хїба (§. 7. у. пр.). Аби не допускати до розпочинаня неважних процесів може суд від разу відкинути позов задля неприналежности судової, неспосібности процесової або браку законного заступства по сторонї позиваючого або пізваного (§. 230 у. пр.).

Отсе вказує нам, що в часї спору у першій інстанції, як також у висших інстанциях зачіплене неважности наступити може з уряду, то є через сам суд без внеску сторони або наслідом внеску сторони „incidenter“ в тої процесу, або средством правним відкликаня, та ревізії (§. 503/1 у. пр.).

Вкінці впроваджує новий устав цивільного процесу осібне средство процесове, так званий позов неважности (*querela nullitatis*) по правосильнім порішеню спору, обмежуючи тоту інституцію процесову до двох случаїв: неспосібности судейскої і браку законного заступства сторони (§. 529 у. пр.). До неважности поміченої і допустимої по правосильнім закінченю поступованя належать також ті справи, де наше судовство або підсудність звичайних судів є виключена, то тоді на внесок найвисшої власти адміністраційної орікає найвисший трибунал судовий про неважність переведеного поступованя судового (§. 42 н. юр.).

З отсега загального представлення оказує ся, що законні причини неважности в нашім новім процесї цивільнім обнимають не тільки так звані вимоги до важного заєствованя процесу, знані в науці права процесового з давнійшої теорії Bülowa (*Die Lehre von den Prozesseinreden und Processvoraussetzungen*,

Giessen 1868), але також такі обставини процесові, що пригодились по важнім заправованю.

Трактуючи річ систематично, маємо до діла з неважностями, що їх помічено в процесі першої інстанції, відтак з такими, що їх помічено у вищих інстанціях, та в кінці з такими, що їх помічено по правосильнім порішеню справи. В самім своїм естві неважність має свій привід в отсих трох основних хибах процесових: *неспосібности сторін*, що є першим чинником в процесі, бо без сторін процесових нема процесу; в *неспосібности судейській*, бо без правильного судії нема суду, та в *нарушеню підстав правильного поступованя*, що становить за поруку державного виміру справедливости. —

## I.

### Неважності в першій інстанції.

#### 1) Процесова неспосібність сторін.

Внесенем позову має заістнувати процес поміж двома сторонами. Межи сторонами процесовими стає третій чинник, яким є судія в процесі, що рішає про оспорене право та вдоволяє або відказує суперечним жаданям сторін. В процесі одна зі сторін або обі частинно упадають зі своїм жаданем та установлене управнене материяльне, зглядно обовязок набирають сили правної правосильностию і викональностию ореченя судейского. Тим способом цивільний процес стає *новим відношенем правним*, бо тут окрім сторін спорових приступає ще судейский чинник, та кінцем того відношеня правного являє ся остаточне *ореченє судейске*, що є *обовязуючим актом правним* для всіх трох причасних чинників, який утримує ся в силі правній замітом справи осуженої („Bis de eadem re ne sit actio“).

Тому, хоч цивільний процес не витворює нових управнень ані зобовязань<sup>1)</sup>, завсе відділює своїм установленем права материяльного на користь одної або другої сторони. То, що сторона уважала перед процесом за своє, усуває ся з її розпорядимости по процесі, а то, чого сторона не мала перед процесом, переходить на її річ по процесі. А позаяк до кожного акту правного потрібна є спосібність до діланя правного, прото пер-

---

<sup>1)</sup> Пр. поп. Unger, System, II, на стор. 352: „das Recht enthält seinem Begriff nach die Möglichkeit, sich gerichtlich zur Anerkennung und Geltung zu bringen, es ist prinzipiell (vgl. §. 19 a. b. G. B.) ein klagbares Recht.“

шим услівем до важного заєствования процесу є конечна *спосібність процесова*. З уваги, що предметом процесу цивільного є права приватні, прото понятє спосібности процесової є тотожне з понятєм спосібности до ділань правних. Задля того устав нового процесу цивільного в першім реченю §. 1. покликуює ся на право цивільне вказуючи, що кожда особа о стілько є спосібна самостійно ділати перед судом яко сторона (спосібність процесова), о скілько може самостійно входити у важні зобовязаня. Наслідом тої постанови правової є, що особи неспосібні до самостійного діланя при зобовязанях (§. 865 закону цивільного), не можуть також самостійно ділати в процесі<sup>2)</sup>. Отсе дотичить в першім ряді нелітних, хорих на умі і марнотравних, та в другім ряді осіб правних, бо одні і другі мусять послугувати ся заступетвом правним. Крім того, де дотичні закони вимагають осібногo уповажнення до розпочинаня спорів, ще і то має бути виказане в позві<sup>3)</sup>.

Натомієць вимога спосібности процесової не має того значія правового, аби комунебудь відмовляла дороги права, бо по мысли §. 19 закону цивільного: кождий, що чуюєь нарушений у своїм праві, може єго доходити перед властїю законом покликаною.

Таким способом спосібність процесова стає тотожним понятєм правним зі спосібностию до ділань правних. Наслідом того є, що малолітні не потребуєть співділаня законного заступника в тих справах спірних, котрі мають за предмет лиш то, чим малолітний по мысли приписів §§. 151, 246 і 247 закону цивільного може свобідно розпоряджати (§. 2. у. пр.). Не будуть прото неважні тоті спори, де сам малолітний позиває або є заізвианий о такі вартости маєткови, що їх може покрити своїми

<sup>2)</sup> Пр. пор. §. 577 у. пр., де постановлено, що договір роз'ємний є правно важний, — як сторонне спосібні заключити угоду про предмет спору. Тут вимоги правні дотичать не тільки підметової сторони, але також предметової сторони спору, бо н. пр. в спорах про важність супружя обмежена є розпорядимість сторін.

<sup>3)</sup> Такого уповажнення вимагає припис §. 233 закону цивільного. Шо-до громад §. 305 закону громадского з 12. серпня 1866, В. з. кр. 19. Тут належить звернути увагу, що осібногo уповажнення жадає ся до виточеня процесу, але не вимагаєь того по стороні пізвианих. Значить, офензива процесова виріжнює ся від дефензиви процесової. Отець яко правний заступник своєї дитини не потребує уповажнення до виточеня спору.

зарібками, які має, не побираючи утримання від родичів, як також предметами відданими йому до ужитку, по укінченю літ доспілости, зглядно доходами полишеними до розпорядимости малолітньому, що скінчив двайцятий рік життя. Також не буде неважне вислуханє малолітнього яко сторони задля переведеня доказу в процесі, без огляду на предмет і вартість спору, бо тоді дотичний малолітець не розпоряджає предметом спору, але стає материялом доказовим для суду (§. 373 у. пр.)<sup>4)</sup>.

Неспосібність процесова, хоч би лиш одної сторони процесової, робить неважним цілий процес від початку, коли неспосібність істнувала від самого початку. Тому судия не може допускати до правованя осіб неспосібних, та як дослідить тоту суцну хибу процесову в самім початку процесу чи пізнійше, повинен би уневажнити все, що зділано в таким процесі, бо при тім стані річи нічо важного не могло стати ся, отже лишає ся нічо. Але можливий є спосіб ухиленя неважности, коли по стороні неспосібній стане її законний заступник, коли законний заступник викаже вимаганє уповажненє до виточеня спору (опікун, куратор, заступник особи правної), або як тим часом особа неспосібна викаже ся спосібностию процесовою (уповнолітненє), та узнасть свої попередні ділання за важні і правно обовязуючі. Тим чином наступає санація неважности процесу, що через то стає важний від самого початку. Отсю практичнійшу дорогу вибрав наш новий процес цивільний, постановляючи, що як хиба спосібности процесової, законного заступства або потрібного уповажненя до правованя дасть ся ухилити, то суд в тій цілі уділить вказані прикази і означить з уряду відповідний речинець до виконаня їх, та до того часу здержує ся рішати про наслідї поміченої хиби. Тим часом цілий процес є здержаний у своїм дальшій проведеню, доки не прояснить ся перша условина важного заєствованя правильного процесу, якою є спосібність сторін виступаючих в процесі. Але і в тій переходовій добі процесовій узглядняє закон можливість небезпечности провіолоки для сторони неспосібної до процесу, допускаючи її до піднятя конечних чинностей процесових під за-

---

<sup>4)</sup> Зовсім инше значінє мала присяга головна (*juramentum litis decisivum*) в давнім уставі судовім (§. 275), де могла бути вказана противникови через сторону, що має право годити ся про предмет спору. Пор. §. 99 закону цивільного і §. 8 розп. міністерства судівництва з 9. грудня 1897, В. з. д. 283, дотично спорів про уневажненє супружя.

стереженням усунення тої хиби процесової, (§. 6 у. пр.). Свобідне розпізнане судейске буде в таких разях мати на увазі правдоподібність усунення неспосібности процесової, та наглядний хо-сен для дотичної сторони.

Того роду фактичні обставини можуть промовляти також за повновластцем сторони спосібної до процесу, що хоче єї іменем виконати наглі чинности процесові, та не може зараз виказати ся формальною повновластію, і в тім разі закон (§. 38 у. пр.) не виключає можливости допущеня такого повновластця невикazanого до ділань в процесі, за обезпечкою коштів або і без неї, але під уелівем додаткового предложеня повновласти, зглядно одобреня сторони заступленої.

Коли хиба дотично спосібности процесової (також законного заступства або уповажнення до процесованя) не може бути усунена або єї не усунено в означенім речинци, тоді суд, в котрім справа точить ся, рішає ухвалою про неважність поступованя (§. 7 у. пр.), та цілий процес від початку буде неважний, як спосібність процесова хибувала від самого початку.

Утрата спосібности процесової може наступити також пізнійше, то є в тої процесу, що важно заєствував, та в тім разі конечно є перерва дальшого поступованя задля недопущеня до неважности. Тут виріжняє закон процесовий, чи дотична сторона була заступлена через процесового повновластця, чи сама виступала в процесі. Коли був в своїм часі важно установлений процесовий повновластець, то не наступає перерва поступованя (§. 158 у. пр.), бо в своїм часі важно уділена повновласть надає повновластцеві управненє до переведеня цілого процесу, хоч би в межичасі наступила фізична або правна смерть властедавця (смерть, утрата спосібности правної, усуненє опікуна або куратора і взагалі зміна законного або правного заступства, гл. §. 35 у. пр.), з вимком случаю відобрания повновласти процесової.<sup>5)</sup> Але і в тім

<sup>5)</sup> Осібні наслідки правні викликує в процесі отворенє конкурсу до маєтку одної зі сторін процесових по мысли закону з 25. грудня 1868, В. з. д. ч. 1 з р. 1869. Тоді на місце упавшого довжника яко позовника вступає маса конкурсова, о скілько предметом спору є права маєткові довжника (§§. 9 і 10 з. конк.). Коли упавший довжник є стороною пізваною, та справи не порішено в першій інстанції, то наступає перерва поступованя в цілі зголошеня правіжу в конкурсі (§§. 7 і 134 з. конк.).

разі, як сторона була в процесі заступлена через повновластця процесового, може зйти потреба перерви поступованя, коли дотичний повновластець умре або стане ся сам неспосібний до заступства сторони, та устав цивільного процесу допускає тоді перерву тільки в процесах адвокатських, — в інших процесах буде конечно завізане самої сторони до розправи, бо інакше був би неважний дальший перевід процесовий (§. 160 у. пр.).

На перший погляд може насунути ся питанє; чому так порішив законодавець отсе питанє, а не в инший спосіб. Розв'язанє питаня найдемо в засаді обосторонного вислуху сторін в процесі, без чого не дасть ся подумати правильне поступованє взагалі. Коли отже сторона виступає в процесі сама, то є без повновластця, та неспосібність діймає єї самої, то від тої хвилі не ма дотичної сторони в процесі, та задля того годі вести дальшого правованя з одною стороною аж до часу, як на єї місце вступить управнений правонабувець чи законний заступник. То само наступає тоді, як в процесі адвокатским приходить ся неспосібність по стороні адвоката, бо в тім процесі сама сторона є виключена від ділань процесових, то значить так, як би єї не було аж до часу, доки не буде установлений новий повновластець адвокатский. Натомісь не мож такого стану справи прийняти в інших процесах, де сторона виступала через повновластця, що в тої процесу став неспосібний, позаяк в тих процесах сама сторона дізнавши ся про неспосібність свого заступника, може особисто підняти дальші чинности процесові, супротив чого не ма потреби переривати дальшого поступованя, та хіба зайде потреба відроченя розправи і повідомленя про се дотичної сторони процесової<sup>6)</sup>.

Дальше важне є означенє особи процесової і тим самим спосібности процесової при так званих *особах правних* (juristische Personen), що наука права материяльного ділить на корпорації і фундації, і то по тому пониманю: чи маємо до діла зі сполученєм осіб в оден суцільий організм правний, чи знов маємо сполученє майна для певної ціли, то є в оден суцільний організм правний (universitas personarum і universitas bonorum). До корпорацій в значіню маєтково-правним зачисляємо: скарб державний (фіскус), краї (фонди краєві), повіти (фонди повітові), громади (адміністраційні, віроісповідні), со-

<sup>6)</sup> Пр. пор. Erläuternde Bemerkungen, на стор. 233 і 234.

бори капітульні, монастирі, цехи (Innungen, Zünfte), товариства і стоваришеня, та до фундацій причисляємо: парохії, маєтки церковні школи, шпиталі, стипендії, бібліотеки і музеї,<sup>7)</sup> та взагалі добродійні фонди. Полишивши поважні сумніви, які насувають ся при відріжнюваню одних від других, повстають не раз і такі сумніви, чи дотичний підмет правний є особою правною чи особою фізичною, чи взагалі не є особою в значіно правнім.

Тут належать передовсім *власти і уряди*, що ніяким способом не можуть уважати ся за особи правні, бо в дійсности власть яко така не має жадного майна, та оно належить до держави, краю, повіту або громади. Супротив того не мож уважати за особи спосібні до процесованя по мисли §. 1. уст. проц. анї суду, намістництва, староства, виділу краєвого, виділу повітового або ради повітової, старшини або ради громадської, анї обшару двірського, анї властей центральних яко таких, та можуть позивати або бути пізвані: скарб держави, фонд краєвий, фонд повітовий, громада або властитель обшару двірського<sup>8)</sup>. З'особна ріжниця межи обшаром двірським а громадою є в тім, що громада представляє особу правну (корпорацію)

<sup>7)</sup> Пр. пор. Krainz-Pfaff, Privatrecht, I, Wien 1894, стор. 163. Про управленя Прокураторії скарбу до заступства маєтк державного, завідованих фондів, основного маєтк церковного і властей шкільних, пор. розпор. цілого міністерства з 9. марта 1898, В. з. д. 41, і додаткове розп. міністерств з 7. червня 1898, В. з. д. 99.

<sup>8)</sup> Найв. трибунал судовий в своїм ореченю 30. січня 1895 ч. 940, нр. 15392, приступив до погляду висказаного в вироді Суду краєвого вишого в Берві з 28. падолиста 1894 ч. 8940: Der Ortsschulrath ist also nicht blos eine Aufsichtsbehörde, sondern auch eine gesetzlich constituirte Corporation, deren Bestimmung es ist, für die sachlichen Bedürfnisse der Schule vorzusorgen, und ist durch das Gesetz mit dem Bezuge der zur Erfüllung dieses Zweckes nothwendigen materiellen Mittel ausgestattet, daher als eine juristische Person anzusehen, welche demnach klagen und geklagt werden kann. Так само в ореченю з 27. вересня 1898 ч. 11528 (Gerichts-Zeitung № 48/1898):... weil nach dem Wortlaute des §. 1 C. P. O., wonach jede Person, die selbstständig giltige Verpflichtungen eingehen kann, processfähig ist, dem geklagten Bezirksausschusse die Processfähigkeit um so weniger abgesprochen werden darf, als er im vorliegenden Falle thatsächlich Verträge geschlossen hat. Отсим ореченем знесено рішеня Суду краєвого вишого у Львові з 4. липня 1898 Ч. Вс. I 147/98, котрим постановлено: Ueber Berufung des Belangten hat das Oberlandesgericht das erstrichterliche Urtheil sammt den vorangegangenen Verfahren als nichtig aufgehoben und die Zurückweisung der Klage ausgesprochen, weil nach §. 1. C. P. O. die Processfähigkeit nur eine physische oder juristische Per-

і тому може позивати та бути пізваною; натомісьць обшар двірський представляє посілість земску, що є вилучена зі звязи громадскої (§. 1. закону з 12 серпня 1866, В. з. кр. 20, і закону з 21. марта 1888, В. з. кр. 41), тому її приватний властитель є підметом в значію приватно-правнім, чого не змінє тота обставина, що обшар двірський має виповняти на своїй области всі обовязки і повинности громади (§. 7 покл. зак.).

*Брацтва церковні*, то є сполученє членів віроісповідної громади задля обслуги в церкві, покритя біжучих видатків богослужебних, та внутрішного утриманя (украшеня) церкви, як також інших цілий добродійних, доси не є зорганізовані — по більшій часті — яко товариства на підставі закону про товариства з 15. падолиста 1867, В. з. д. 134, але існують на підставі права церковного, та належить уважати їх за особи правні, понеже тото стале сполученє осіб фізичних має свою ціль дозволєну і маєток до осущеня сеї ціли (фондований або збираний в часі відправи богослуженя). Представителем церковного брацтва є кождочасний парох<sup>9)</sup>. Натомісьць *комітети конкуренційні* на підставі закону з 15. серпня 1866, В. з. кр. 28, вибрані сторонами конкуруючими до будованя та утримуваня будинків церковних і парохіяльних, є представителями дотичної громади віроісповідної, зглядно фонду конкуренційного, та тому властивою особою є тут не комітет конкуренційний, але фонд конкуренційний, що становить правну особу до позиваня і за-позиваня.

son im Sinne des §. 26 a. b. G. B. besitzt, der Bezirksausschuss weder eine physische oder juristische Person, auch nicht eine Körperschaft ist, die Vermögen besitzt; er ist blos ein Organ des Bezirksrathes, also eine autonome Behörde, welche da der Bau der Eisenbahnzufahrtsstrasse im Concurrrenzwege ausgeführt wird, gemäss des Landesgesetzes für Galizien vom 15. April 1881, L. G. Bl. 46, nur den öffentlichen im Concurrrenzwege entstandenen Fond verwaltet. Da die Klage nicht gegen die Concurrrenz des Baues der Zufahrtsstrasse, sondern gegen den Bezirksausschuss lautet, dieser aber processunfähig ist, so musste das erstrichterliche Urtheil sammt den vorangegangenen Verfahren als nichtig aufgehoben werden.

<sup>9)</sup> Розпорядженє міністерске з 28. червня 1856, В. з. д. 122, орєкло, що стоваришеня католиків засновані під проводом духовенства для цілий релігійних і добродійних підлягають затвердженю єпископа. Відтак розп. мініст. з 13. цвітня 1868 Ч. 1307, постановленє, що брацтва повинні засновувати ся на підставі закону з 15. падолиста 1867, В. з. д. 134. Пр. пор. Rittner, Prawo kościelne katolickie, II. Lwów 1879, стор. 390.

Так само всякі інші комітети зложені на підставі права публичного (н. пр. комітети для будови школи) або права приватного (н. пр. комітети лютерийні, прогулькові) не є особами, що мають спосібність процесову, та сторонами процесовими тут можуть бути або дотичні фонди публичні, зглядно сторони конкуруючі, або всі члени приватних комітетів, що мають право самостійно зобов'язувати ся.

Вкінці в науці права цивільного є оспорене питанє чи *необнята спадщина* (*hereditas jacens*)<sup>10)</sup> є особою правовою. З хвилию смерти спадкодавця маємо до діла з необнятою масою спадковою, що треває аж до хвилі як спадкоємець прийме спадщину, то є зголосить ся до прийнятя і суд прийме то заявлене спадкоємця, та від тої хвилі спадкоємець представляє особу спадкодавця що-до єго прав і обов'язків (§. 531 зак. цив.). За сей час, від смерти спадкодавця до прийнятя через спадкоємця впроваджує закон цивільний в §. 547. фікцію правну того змісту, що перед прийнятем спадкоємця уважає ся, мов би спадщина була під владою спадкодавця. Тим способом творить закон відношенє правне, що ніякий маєток не може бути безпідметовий, бо тривкий оборот суспільний не зносить зірваня відносин економічних, хоч би наслідом смерти дотичного підмету. Але все таки небіщик спадкодавця не оживє і фізично не може ділати, тому для єго маси маєткової та до ділань процесових заходить конечно потреба установити куратора (декр. надв. з 19. січня 1790, Зб. з. с. 1094). З огляду на той стан перехідний годі витворювати другу фікцію правну, суперечну до першої, уважаючи масу необняту за якусь особу правну. В самій річи маємо тут анальоїчний случай з тим, коли сторона процесова не є невідома з життя і місця побуту (§§. 115 і 116 уставу пр.), та ріжниця у формальнім поступованю заходить тота, що установляючи куратора необнятої маси спадкової злишне є оголошенє едиктальне, бо єще не знати хто буде спадкоємцем до того маєтку спадкового.

Практичне значінє може мати питанє про законне заступство маси спадкової, зглядно спадкодавця, в спорах *о уневаженє розпорядженя послїдної волї*. Тут іде річ про уневаженє акту правового зділаного спадкодавцем, отже мусить бути заступлена ціла маса спадкова, то значить, що причасними

<sup>10)</sup> Unger, System, I, стор. 317 і д.

сторонами мусять бути в такім процесі всі спадкоємці і всі записоємці, бо уневажнене розпорядження послідної волі відділює також на їх права набуті,

З представленого оказує ся, що спосібність сторін до процесованя є першим вихідним услівем (розвязуючим) до важного заєствованя процесу. Про сю вимогу процесову заміщує новий устав цивільного процесу перші свої постанови (§§. 1—10), та відтак підносить єї поновно поміж причинами неважності (§. 477/5 у. пр.). —

## 2) Процесова неспосібність судейска.

Звичайні суди виконують судоводство на підставі наданя правом державним. Монарх яко представитель верховолі державної, хоч нервісно покликаний виконувати судовство, особисто не бере участи при виконуваню державного виміру справедливости, та в єго імени виконують судоводство державне установлені ним самостійні і незалежні судії (закон основний з 21. грудня 1867, В. з. д. 144). Наслїдом того організація і принадлежність судів є вислїдом права державного, та становлять *jus cogens* не тільки для сторін, але також для самої власти судейскої.

З'осібна з того погляду мусимо розпізнавати постанови норми юрисдикційної, що означує підсудність звичайних судів (*ordentliche Gerichte*) супротив судів права публичного, якими називають ся трибунали: державний і адміністраційний яко суди надзвичайні.

Звідси маємо постанову §. 42 норми юрисдикційної, де установлено: *Коли виточена справа є винята з'під судоводства* нашої держави або *звичайних судів*, має дотичний суд в кождім станї поступованя сейчас ухвалою оречи свою неприналежність та неважність *попередного* поступованя. То само має статись в судах висших інстанцій, як тота хїба аж тут виявить ся. — Коли тота хїба виявить ся аж по правосильнім закінченю поступованя, має найвисший трибунал судовий на внесок найвисшої власти адміністраційної оречи неважність переведеного поступованя судового. — Ореченє по мисли уступів 1 і 2 на може наступити, як єму протистоїть що-до при-

чини неважностей ще обов'язує рішення, що запало в тім самім або в яким иншій суді. Постанови уступів 1 і 3 мають також тоді приміняти ся, як в неспорівім поступованю виточено таку справу перед судом, що не становить предмету добровільного судоводства.

Неважність поступованя має тут своє жерело в *безглядній неприналежності* властей судових до порішення справи (absolute Incompetenz). Запобігчи такій неважності мають право в першій ряді самі власті судові, не допускаючи до жадного поступованя судового або орікаючи неважність уже переведеного поступованя. Другим степенем є виточенє спору компетенційного перед трибуналом державним по мисли §. 12. закону з 18. цвітня 1869, В. з. д. 44, як *перед правосильним порішенням справи* власть адміністраційна зголосила перед судом своє право приналежності до справи дотичної, та відтак начальна власть адміністраційна зажадає в речинци 60ти днів осудженя спору компетенційного (bejahender Kompetenzconflict) через трибунал державний<sup>11)</sup>. Третім степенем усуваня неважності є, коли безглядна неприналежність судова виявить ся аж *по правосильнім осудженю справи*, та тоді уже не трибунал державний, але найвисший трибунал судовий, на предложене дотичного міністерства або виділу краєвого, має орікати остаточно про неважність поступованя судового. У всіх тих случаях і де про *ухиленє неважності задля предметової неспосібности судейскої* в даній справі (§. 477|6 у. пр.).

*Другий рід предметової неспосібности* судейскої заходить тоді, коли дотична справа належить до судоводства звичайних судів нашої держави, але до тої справи законом покликаний є инший суд, а не той, до котрого внесено справу.

В тім предметі постанови норми ворисдикційної означують приналежність судів та всякі справи цивільні розділюють межі поодинокі суди, але тим чином ще не є виключене виразне порозумліне сторін інтересованих в тім напрямі, що певну справу поміж ними має рішати инший суд, що з огляду на відносини тих сторін є для них більше догідний як суд зако-

---

<sup>11)</sup> Такий спір порішив трибунал державний 4. липня 1899 до ч. 199, орікаючи, що суди є покликані рішати про важність умови заключеної межі управою державною а громадою міською що-до чинить-6 на утриманє гімназії (Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums, XVIII, 1899).

ном покликаний. Отсе наступає на підставі так званого *forum contractus*, коли сторони письменною умовою постановляють, що їх договір має бути доповнений в певнім означенім місці, та що в тім місці доповнення управнені будуть також вносити позви з того договору (§. 88 норми юрисдикційної). То само відносить ся до місця заплати векселя (§. 89 нор. юр.), як також взагалі до случаїв виразного постановлення умовою, що сторони свої спори з певного відношення правного піддають судоводству иншого суду, а не того, що є законом означений (§. 104/1 нор. юр.). Наслідом такої умови сторін тратить одна сторона або обі сторони свою загальну підсудність, що іде за місцем замешканя (осідку) пізаного, то значить піддають ся судови иншого місця, або знов піддають ся судови того самого місця, але вибирають собі инший рід суду першої інстанції.<sup>12)</sup>

Окрім такої виразної пророгації суду може судити неприналежний суд в тих случаях, коли пізваний в своїм часі не підносить заміту неприналежности та розправляє ся в самій річі, хоч мав право жадати, аби справу розсудив суд законом покликаний, бо позовник блудно запізвав его перед судом неприналежним (§. 104/3 нор. юр.).

Але одно і друге має свої границі, поза котрі не мож вступити з огляду на висший інтерес публичний. І так умовою сторін не вільно переказати звичайним судам тих справ, що є виняті з круга діланя судів звичайних; справ загального судоводства не вільно поредавати судам торговельним або морским, або сенатам торговельним або гірничим; відтак справ приділених виключно трибуналам першої інстанції не мож nereказувати судам повітовим (§. 50/2 нор. юр.), та вкінци справ, що законно належать до судів повітових, не мож передавати трибуналам першої інстанції (§. 104/2 нор. юр.).

Як би отже який з тих законом виключених судів рішав справу, то дотичний процес був би також *неважний задля безглядної неприналежности судової*, що становить предметову причину неспосібности судейскої (§. 477/3 у. пр.).

При тих предметових причинах неспосібности судейскої виріжнює устав процесовий недопустимість дороги права від

<sup>12)</sup> Пр. нор. Dr. Maurycy Allerhand, O prorogacyi miejscowej własności sądu i jej stosunku do prorogacyi rzeczowej własności, Reforma sądowa, III, стр. 132 і д.

~~прочих причин, бо коли першу з них каже~~ кожного часу з уряду узглядняти, то прочі має сам суд з уряду узгляднити перед визначенєм розправи, а відтак полишає дотичній сторонї право заміту неприналежности суду (§§. 230/2 і 240/2 і 3. у. пр.), що може бути піднесений через цілий час процесу в першій інстанції та у вишній інстанції переходить в причину неважності з §. 477/3 у. пр.

Неспосібність судейска може мати свою *причину в самім підметі орїкаючїм*, що по обовязуючому закону не має права видавати ореченя судейского.

Тут належить означена постановами §§. 7, 8 і 9/1 норми юрисдикційної *обсада сенатів орїкаючих* приписаним числом судиїв, та занедбанє єї витворює причину неважності з §. 477/2 у. пр. задля нарушеня приписаного устрою колегіяльного судоводства, що становить запоруку певнійшого виміру справедливости.

Вкінці належать тут ті случаї, коли справу рішав *судия*, що силою закону є *виключений* від виконуваня уряду судейского в тій справі, або коли єго *ухиленє було оправдане* по приводу сумніву що-до єго безсторонности. В першїм разї, судия законно виключений не може мати участі в рішаню справи, бо є законом узнаний за неспосібного судию в тїм спорї, та задля того причини виключеня судиї мож кожного часу підносити в процесї. Натомієць в другїм разї сторона процесова повинна навести дотичні обставини на виказанє сумнівої безсторонности дотичного судиї, перед приступленєм до розправи (§§. 20, 19/2 і 21 норм. юр.), а опісля може бути узгляднене право ухиленя лиш тоді, як дотична сторона буде в силї виказати імовірно, що причина ухиленя зайшла пізнійше або сторона аж по тому довідала ся про причину ухиленя (§. 22 норм. юр.)<sup>13)</sup>.

В самїй річі обї тоті причини узасаднюють неважність поступованя і виданого вироку, бо як не було судиї безсторонного, то анї провід судовий анї видане ореченє судейске не можуть уважати ся діланями того чинника, що має витворювати право межі сторонами процесовими (§. 477/1 у. пр.). —

<sup>13)</sup> Пр. пор. яснійшу сталїзацию §. 513/3 німецкого уставу цивільного процесу: wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniss der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war.

### 3) *Нарушенє основ поступованя.*

Побіч двох головних чинників в процесі, якими є спосібні сторони і спосібний судія, виступає в процесі яко безпека правильного виміру справедливости також сам основний провід справи, що має сторонам уможливити свободне доходжене і безпечну оборону права, а судії висшому провірене правне заповного ореченя судейского в низшій інстанції, наслідом зачіпленя єго допустимим средством правним.

Нарушенє основ правильного поступованя судового<sup>14)</sup> викликує по новому уставу процесову неважність передовсім в тім случаю, коли *сторони відмято можливість розправляти ся перед судом* яким небудь незаконним поведенем, з'осібна занедбанем дорученя (§. 477/4 у. пр.). Тою хибою процесовою усуває ся першу і природну основу всякого правильного процесу: *audiatur et altera pars!* Поняте вислуханя обох сторін в процесі дає нагоду до оборони против правіжу противника та до виказаня оспорених подій в ціли усталеня правди материяльної, що становить мету новочасного процесу. Тому всяке незаконне усуненє сторони від процесу є актом, що впроваджує аномалію односторонного правованя і є загрожений неважністю.

Отсе вказує, що загроза з §. 198 у. пр. не може бути строго і безглядно інтерпретована в тім значіню, аби по видаленю сторони приступати в кождім разі до виданя вироку заочного.

Занедбанє дорученя є не лиш тоді, як сторона взагалі не була завізвана до розправи, але як візвано до розправи куратора особи мнимо невідомої, хоч єї місце було відоме судови або стороні противній, або як розправлявано з куратором необнятої маси спадкової, хоч були уже зголошені і відомі спадкоємці, котрих зголошенє суд спадковий приняв до відомости, бо такими способами віднімає ся стороні спроможність розправляти ся перед судом.

---

<sup>14)</sup> Canstein, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses, Wien 1877, стор. 3, виріжнює принципи (засади): обосторонного вислуханя, правди материяльної і свободного розізнаня доказів, та основи структури процесу: устність, непосредність, явність, систем средств правних і організацію судову.

Сумніва є питанє, чи спізнєне дорученє візваня до розправи становить неважність з §. 477/4 у. пр., позаяк устав цивільного процесу приписує вправді час дорученя завізваня до розправи процесової (§§. 231, 257, 436, 480/1 і 509/2 у. пр.), та приказує судови з уряду відрочувати розправу задля спізнєного дорученя (§. 139 у. пр.), але виразно під неважністю не приписує вчасного дорученя, так як то установлено в процесі карнім.<sup>15)</sup>

З'осібна занедбанє дорученя є одним з можливих незаконних поведень супротив сторони процесової, та коли то дорученє не наступило в своїм часі — як закон приказує, тоді оно є незаконне і повинно би служити за причину неважности, але до сего дасть ся піднести, що як сторона через пізнє дорученє візваня не могла ставити ся до розправи, то єї прислугує право жадати привернення дня судного до первісного стану та тим чином запобічи всім шкідним наслідом свого нествавленя, а коли она сего не зробила в своїм часі, то утратили средство оборонне против пригоди неухилимої і непередвидженої (§§. 146 і 147 у. пр.).

Другим нарушенєм основи правильного поступованя судового є *неоправданє виключенє явности розправи* (§. 477/7 у. пр.). Устність і явність розправ перед судиєю орікаючим в справах цивільних і карних заповіджено артикулом 10. закону основного з 21. грудня 1867, В. з. д. 144, про власть судейску, та осущєнє засади явности наступило в новім уставі цивільного процесу під застереженнями з §§. 171—175 у. пр. Явність має причинити ся до поважного трактованя справи перед судом як також до контролі діяльности самого суду. Неоправданє ухилєнє єї не може наступити навіть на згіднє предложенє обох сторін процесових, та порушенє сеї засади права публичного спроваджує неважність процесову.<sup>16)</sup>

До того роду неважности належить також нарушенє заборони з §. 210/2 у. пр., тим чином, що сторони або їх повновластці складають до актів уложені через них начерки прото-

<sup>15)</sup> Пор. §. 221 устату поступованя карного з 23. мая 1873, В. з. д. 118.

<sup>16)</sup> В первіснім предложеню правительства була постанова §. 186: Die Öffentlichkeit ist auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien, von amtswegen aber dann auszuschliessen, wenn durch sie die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint... (§. 172 у. пр.).

колів розправ, то значить коли суд сам не виладжує протоколу розправи, але приймає готовий протокол від сторони або її повновластця (§. 477/8 у. пр.). Таке поступоване суду орікаючого вказує на *поминенє засади устности і непосредности розправи спорової*, супротив чого заходить вельми діймаюче занедбанє такої форми процесової, що її брак віднімає ореченю судейському всяку підставу процесову і тому такий провід судовий мусить уважати ся за правно неістнуючий або неважний.

Вкінци до нарушеня основ правильного поступованя судового належить також причина з §. 477/9 у. пр., по приводу хибного уложеня вироку.

Кожда сторона процесова має право жадати, аби оречене судейске обнімало докладне означенє предмету спору, — аби рішенє було ясне і вичерпуюче, та узаasadнене обставинами подійсними приміненими до законних приписів. Коли отже виготовлений вирок судейский є так хибний, що суд висшої інстанції не може его безпечно піддати своїй критиці правній, — коли вирок сам в собі є суперечний або не подає жадного узаasadнення, то отсеї засадничі хиби викликають неважність ореченя судейского.<sup>17)</sup>

Що докладне означенє предмету спору є конечним услівем всякого ореченя судейского, се само про себе зрозуміле, та що ореченє судейске мусить бути льогічно узаasadнене, отсе супротив засади свобідного розізнаня доказів є річю тим більше потрібною, бо свобода переконаня не може переходити в самоволю, але мусить бути у всякім разі виправдана фактичними обставинами. Проте у своїм вироці мусить суд ствердити, які події приймає за доказані або недоказані, та напровадити ті обставини і розваженя, що витворили дотичне переконанє судейске (ореченє найв. трибуналу судового з 30. червня 1899 ч. 6810 нр. 126). З блудним приміненєм права дасть собі раду суд висшої інстанції, але де суд орікаючий не ствердив основних подій, на котрих опер свій вирок, там его ореченє упадає браком сущної основи.

<sup>17)</sup> §. 513/7 німецкого уставу цивільного процесу: wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

Више піднесені три ряди неважностей вичерпують всі допустимі причини неважности, які прийняв устав цивільного процесу. Поміж ними не находимо давних двох замітів процесових: вчаснішого *заправованя* (*Streitanhängigkeit*) і *правосильного* порішення справи (*Rechtskraft*), що постанова §. 240/3 у. пр. приказує не тільки на внесок сторони узглядняти, але навіть з уряду.<sup>18)</sup>

Коли суд першої інстанції прийме оден з тих замітів за істнующий, то звертає позов і то само наступити може у висшій інстанції, як суд першої інстанції орікав про оден з сих замітів (§. 471/6 у. пр.), але на тім кінчить ся звичайна охорона процесова, бо суд висший не має права з уряду доходити сих замітів (ореченє найв. трибуналу судового з 21. червня 1899 ч. 9373 пр. 102). Остаточну охорону для заміту справи правосильно осуженої дає уже тільки позов о зновленє поступованя (§. 530/6 у. пр.), натомісьць заміт заправованя, як в своїм часі не здержав другого процесу, то тим самим став ся зовсім безпредметовий за порішенням того спору. —

---

<sup>18)</sup> Пр. Gem. Ber. стр. 10: Die Gründe, welche degegen sprechen, dass dieselbe Rechtssache zu gleicher Zeit verhandelt oder über denselben Anspruch wiederholt entschieden werden dürfe, sind wesentlich publicistischer Natur: es sind Rücksichten der Rechtspflege und Rechtssicherheit, Erwägungen aus der staatsrechtlichen und socialen Funktion der Rechtssprechung geschöpft, denen gegenüber der privatrechtliche Gedanke des Anspruchsverzichts ganz verschwindet. В німецькім процесі зачислено заміт заправованя (*die Einrede der Rechtsabhängigkeit*) до замітів зупинюючих процес (§. 247. Prozesshindernde Einreden).

## II.

### Неважності у висших інстанціях.

#### 4) Поміченє неважності з уряду.

Поміченє неважності з уряду у висшій інстанції становить виємок від засади з §. 462/1 у. пр., що суд відкличний провірює рішенє суду першої інстанції в границях внесків відкличних, так як дальші постанови (§§. 471/7 і 494 у. пр.) допускають узглядненє причин неважності і в тих случаях, коли жадна сторона не піднесла причини неважності против запавшого вироку або поступованя переведеного в першій інстанції, то є коли сторона дотична не знала про те або не хотіла підносити причини неважності у своїм письмі відкличнім.

Постанова §. 462/1 у. пр. означує обєм діланя суду відкличного: внески і причини подані на їх узасадненє (§. 467/3 у. пр.), але неважності „ipso jure“ належуть до орікаючої области суду відкличного без огляду на дотичні внески сторін, а з уваги на публичний інтерес правильного судоводства.

Згадане номіченє може наступити через предсеідателя сенату відкличного і тоді справу рішає сам сенат без розправи устної, або аж на розправі відкличній і тоді справу рішає сенат по переведеній розправі відкличній, при котрій сторона процесова може також піднести зачіпленє вироку задля неважності, хоч би тої причини не подала в письмі відкличнім та противник процесовий спротивив ся тій новості.

Дуже зближені до неважності є сличаї передвиджені в §. 496 у. пр., коли зачіпленим вироком (осудом кінцевим) не порішено всіх внесків річевих, — коли поступованє в першій інстанції діймають суцні хиби, що перепинили вичерпуюче ви-

яснене або основне осуджене справи, та коли події рішаючі зовсім не були виявлені в першій інстанції. Тоті причини відкличні не є неважностями процесовими, отже формально до них не має примінення постановою §. 494 у. пр., то значить, що суд відкличний не має обовязку з уряду їх помічувати і з уряду зносити вирок першої інстанції без дотичного внеску сторони процесової, хоч предметово річ беручи не мож відмовити судови відкличному права виданя розпорядженя в тім напрямі, аби поступоване в першій інстанції було доповнене докладним порішенем і виясненем подійеного стану справи<sup>19)</sup>, як інакше суд відкличний не може приступити до осудженя справи.

Так іде справа до другої інстанції, та в *третьій інстанції* (ревізійній) маємо загальну постанову закону з §. 504/1 у. пр., що суд ревізійний пересмотрює вирок суду відкличного в границях внесків ревізійних, з чого слідує, що той суд узглядняє причини неважности лиш тоді та о стілько, о скілько тоті причини були поднесені в письмі ревізійнім.<sup>20)</sup> В тім предметі наш закон процесовий не є досить ясний та зовсім льогічно переведений. Вистане порівнати дуже певні вискази §§. 6 і 7 у. пр., що неспосібність процесову, хибуюче заступство законне або осібне уповажнене процесове належить з уряду узгляндити в кождім стані процесу, — та відтак дальшу постанову §. 240/3 у. пр., що недопустимість дороги права, вчаснійше запровадане і правосильність вироку належить кождого часу з уряду узгляндити, але отсю постанову мож відносити до поступованя в першій інстанції.

Klein (l. cit.) утверджує, що неважности і тільки неважности має інстанція ревізійна з уряду помічувати, покликуючи ся на постанову § 510 у. пр., та рівночасно виводить, що коли закон взагалі установляє, аби вчаснійше запровадане і право-

<sup>19)</sup> Належить відрізнити тут: обовязок суду відкличного, а право того суду до узгляденя з уряду причин з §. 496 у. пр. Пр. пор. строгу інтерпретацию у Klein'a, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, Wien, 1900, стр. 258. і наст.

<sup>20)</sup> Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, Leipzig, 1878, стр. 783: Häufig wird sich freilich die Nichtigkeit schon aus dem Urtheil selbst oder aus den Acten ergeben (nullitas manifesta s. notoria); dadurch aber wird die Beweislast nicht geändert, sondern nur der Beweis unnöthig gemacht oder erleichtert. Die Anfechtung eines nichtigen Urtheils ist demnach als ein selbständig zu begründender Angriff anzusehen.

сильність з уряду були узгляднені, то тим обнимає природно також потрібне вказане для висших інстанцій.<sup>21)</sup> В тих висказах автора нашого нового процесу цивільного стрічаємо таку саму неясність як в самім законі процесовім, бо той ані вчаснійшого заправованя ані правосильности не причислює до причин неважности. Натоміць §. 471/6 у. пр. згадує тільки про зачіпленє ореченя замітом неприналежности, заправованя або правосильности, що був піднесений в першій інстанції. Аргументувати можна на користь замітів вчаснійшого заправованя і правосильности зглядами публичними, але такими самими выводами мож поперти примінене з уряду постанови §. 496 у. пр., так як знов з другого боку можна вказати на інтерес правний сторін процесових, аби справа була осуджена помимо вчаснійшого заправованя або правосильности.

В кінці і стилізація §. 510/2 у. пр. на двоє ворожить, бо дотичний зворот словний „wegen einer schon in erster Instanz unterlaufenen, von amtswegen wahrzunehmenden Nichtigkeit“ вказує на то, що все таки мусить бути внесок ревізійний або що найменше, що тут іде річ про неважности, які суд першої інстанції по мисли §§. 6, 7 і 240/3 у. пр. з уряду повинен був помітити!

Остаточним вислѣдом того розбору можна приймати:

а) що неважности вичислені в §. 477 у. пр. суд відкличний має з уряду помічувати і узглядняти;

б) що заміти вчаснійшого заправованя і правосильности не є узнані за причини неважности і тому так як заміти взагалі мусять бути піднесені уже в першій інстанції і в письмі відкличнім;

в) що суд ревізійний мусить узгляднити неважности виразно піднесені поміж причинами ревізійними, а не є обовязаний помічувати з уряду таких неважностей, що не були піднесені через дотичну сторону в єї письмі ревізійнім. —

<sup>21)</sup> Klein (я. в.) на стр. 259: Wenn das Gesetz allgemein festsetzt, dass die Streitanhängigkeit und Rechtskraft von amtswegen zu berücksichtigen sind, enthält dies natürlich zugleich die erforderliche Anweisung auch für das Rechtsmittelverfahren... Aber nur Nichtigkeiten hat die Revisionsinstanz von amtswegen wahrzunehmen (§. 510).

### 5) *Порішення неважності в висшій інстанції.*

Уже попередно було сказано, що неважність може бути помічена і узглядна в суді відкличнім на неявнім засіданю сенату відкличного перед визначенем розправи відкличної, або на підставі переведеної устної розправи відкличної. Натомісьць в суді ревізійнім правильно відбуває ся порішене ревізії на не явнім засіданю без попередної розправи устної (§. 509|1 у. пр.).

Коли суд відкличний є того погляду, що дійсно заходить неважність піднесена в письмі відкличнім або з уряду єї помітити, то без визначеня розправи устної приступає до виданя рішеня відкличного (§. 473 у. пр.), а коли суд відкличний є тої гадки, що в даній справі не ма піднесеної неважності, то порішивши єї відмовно визначає устну розправу відкличну в цілі порішеня дальших причин відкликаня, та як би таких не було, то не ма потреби визначувати розправи відкличної (§. 480|2 у. пр.), і тільки відкидає ся відкликане на підставі того вступного поступованя відкличного (Vorverfahren). Наслідом вступного поступованя відкличного може бути прото *знесенє вироку першої інстанції* задля неважності, *відкиненє відкликаня* або *визначенє устної розправи відкличної*.

Суд відкличний може аж на самій розправі відкличній переконати ся, що дійсно заходить в даній справі неважність, передше непомічена або неузглядна, та тоді дотичне рішене западає по переведеній устній розправі відкличній (§. 494 у. пр.). Думаю отже, що *запанше відмовне рішенє сенату відкличного перед розправою* не може бути перепоною, щоби суд відкличний не мав права узгляднити неважності, яку вказала устна розправа, так як інакше річ понимаючи наражає ся сторони на непотрібну страту часу і коштів інстанції ревізійної.<sup>22)</sup>

В самій річі порішене неважності через суд відкличний може мати такий наслід, що наступає *зверненє позову* або *переказанє справи до першої інстанції*. В першім разі таким рішенєм є процес залагоджений формально, в другім вертає

<sup>22)</sup> Наші суди відкличні по відмовнім рішеню сенату, запавшим на неявнім засіданю, не допускають підношеня неважності на устній розправі відкличній.

справа зараз до поновної розправи і осудження перед судом першої інстанції, хіба, що в рішеню відкличнім застережено вижидати правосильности того рішення (§. 479/1 у. пр.).

Як суд відкличний узгляднить неважність *задля браку спосібности процесової* (браку заступства в процесі) по котрій небудь зі сторін процесових, то наступає зверненє позову і уневажненє цілого процесу разом з вироком запавшим, а як би по одній стороні в процесі виступало більше спілників спору і тота хіба дотичить тільки декого з них, то уневажненє поступованя і запавшого вироку як також зверненє позову не наступають в цілости, але лиш що-до тих осіб, що їх діймає тота неважність. Натомісь як осуджено таку справу, що *не належить до дороги права*, то завсе наступає зверненє позову з уневажненєм всего, що доси відбуло ся.

Про отсі оба случаї виразно згадано в §. 478/1 у. пр. (§. 477/5 і 6 у. пр.). Найвисший трибунал судовий в своїм доброміню<sup>23)</sup> додав еще третій случай з §. 477/3 у. пр., то є як *узгляднено неприналежність безгядну*, що умовою сторін не може бути ухилена, опираючи ся на тім, що дотичний позов повинен був суд перший від разу звернути (§§. 230/2 і 435 у. пр.). Такому пониманю річи противить ся по перше тота обставина, що в §. 478/1 у. пр. покликано виразно тільки §§. 477/5 і 6 у. пр.; — по друге тота обставина, що анальоґічний припис §. 475/2 у. пр. наказує переказувати справу перед суд приналежний, а по трете тота обставина, що постанови §§. 230/2 і 261 у. пр. дотичать тільки поступованя в першій інстанції.

Відтак виріженє причини неважности з §. 477/5 у. пр. від причини неважности з §. 477/4 у. пр. може насунути певні сумніви. Як стороні не доручено завізваня до розправи спорової, тоді безперечно заходить відняте її можности розправляти ся перед судом і то незаконним поведенєм, яким є занедбанє дорученя, та тої причини неважности може сторона дотична доходити відкликанєм, оспорюючи рівночасно допущенє заочности по мысли §. 471/4 у. пр., і як суд відкличний узгляднить одно або друге, то за уневажненєм або ухиленєм вироку першої інстанції перекаже справу судови процесовому першої інстанції до поновної розправи і завирокованя. Але як підступ-

<sup>23)</sup> Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Processgesetze vorgelegt wurden, Wien 1897, стр. 85.

но доручено завізане до розправи кураторови особи мнимо невідомої з місця побуту або кураторови необнятої маси спадкової, хоч місце побуту тої сторони або заявлені спадковміці були знані, то мож сказати, що тота сторона зовсім не була заступлена в процесі (§. 477/5 у. пр.), та тоді по узглядненю неважності через суд відкличний наступило би звернене позову, а не переказане справи судови процесовому до поновної розправи і завірокованя.<sup>24)</sup>

Против того рішучого погляду дасть ся з успіхом піднести, що припис §. 477/4 у. пр. взагалі має на меті: охорону правну засади обосторонного вислуханя сторін, та установляє неважність процесову завсе, де тільки незаконно віднято стороні спромогу розправляти ся зі своїм противником процесовим, а не творить жадної ріжниці: *чи незаконне поведене вийшло від суду безпосередно чи посередно наслідом заподаня блудного зі сторони противника процесового*. В тім згляді мусимо іти простою дорогою льогічної інтерпретації, та не вільно нам сего виріжнювати, чого сам закон не виріжнює. Дальше годі допускати, аби неважність сягала аж до звернення позову, так як особа Н. Н. не перестає бути тою самою особою, хоч була заступлена через куратора, та годі утверджувати, що она зовсім не була заступлена, коли єї заступав куратор, а на-томісь мож лиш то сказати, що дотичній особі незаконним установленем киратора віднято можність розправляти ся в процесі, і томú ухиленем цілого процесу аж до позову она відзискує можливість оборони своїх прав процесових, на дорозі безпосередного вислуханя єї самої.

Інакше річ представляє ся тоді, коли в процесі виступає особа, що не має спосібности процесової, або що не є особою процесовою (§. 477/5 у. пр.), бо тоді не ма з ким провадити

<sup>24)</sup> Klein (l. cit.) на стр. 239:... denn nur Gesetzesverletzungen des Gerichtes, nicht solche, die sich die Parthien zu Schulden kommen lassen, begründen Nichtigkeit. Letzteres Kriterium fehlt ebenso, wo die Bestellung eines Curators für den Beklagten (§§. 115/1, 116) durch eine Irreführung des Gerichtes erschlichen wurde. Das Verfahren ist allerdings nichtig. Jedoch nicht gemäss §. 477/4, denn das Gericht ist gesetzmässig vorgegangen, es wurde nur über den Thatbestand der richtig angewendeten Rechtsnorm getäuscht. Die Nichtigkeit ist vielmehr darin begründet, dass der Beklagte im Verfahren gar nicht vertreten war (§. 477/5); die Vertretung durch den Curator ist keine gesetzliche, für den Beklagten wirksame, sobald die gesetzliche Bedingung der Curatorbestellung in Wahrheit nicht gegeben ist.

розправи в суді процесовім, та знесене неважного поступованя обнимає також звернене позову.

З того слідує, що намагані розширення не дадуть ся виправдати постановами уставу процесового, та що тільки наслідом неважності з §. 477/5 і 6 у. пр. наступає звернене позову, а при всіх прочих неважностях відослане справи до суду процесового першої інстанції. Як причиною неважності була підметова неспосібність судейска, то суд відкличний може переказати справу до поновної розправи иншому судови свого округа замість первісного суду процесового (§§. 477/1) і 2), 478/3 у. пр.).

Також обом сторонам процесовим вільно в речинци вісьмох днів по дорученю рішеня відкличного поставити внесок в суді відкличнім, аби сам суд відкличний по переведеню потрібної нової розправи орік в самій справі, і тоді суд відкличний зносить своє попередне переказане справи до суду першої інстанції (478/4 у. пр.), очевидно в тих случаяв, де не було відкинення позову.

Иншим способом відбуває ся порішене неважності *в інстанції ревізійній*, так як тут не ма поступованя вступного, бо суд ревізійний правильно рішає тільки на неявних засіданях без устної розправи та в приписі §. 510/1 у. пр. висказано стремліне, *аби суд ревізійний рішав в самій річи без відсилення справи до суду відкличного*. Від того правила допускає устав цивільного процесу отєї виємки:

а) як суд ревізійний уневажняє вирок суду відкличного з причини віднятя стороні процесовій можливости розправи або з причини браку заступства в поступованю відкличнім (§. 477/4 і 5 у. пр.), або як зносить вирок суду відкличного з причини недокладности поступованя відкличного (§. 503/2 у. пр.), та як уважає, що заходить конечна потреба нової розправи, то має справу переказати судови відкличному до поновної розправи (§. 510/1 у. пр.);

б) з того слідує, що як в поступованю відкличнім зайшли инші причини неважності (з уступів 1) 2) 3) і 6)—9) §. 477 у. пр.), то суд ревізійний зносить хибний вирок відкличний і рішає рівночасно в самій річи;

в) як суд ревізійний дослідить неважність якунебудь, що зайшла уже в першій інстанції, то має переказати справу до першої інстанції (§. 510/2 у. пр.), — при чім покликане §. 478,

уступів 2) і 3) у. пр. вказує, що суд ревізійний може відослати справу до іншого суду першої інстанції задля підметової неспосібности судейскої. —

### 6) *Одобренє неважних ділань процесових.*

Як в першій інстанції так і в другій інстанції не є виключена можливість ухилення деяких причин неважности. Але як в першій інстанції суд процесовий має час і нагоду запобігти і не допустити до неважности в поступованю або в самім вирощі, так знов в другій інстанції являє ся викінчений матеріял процесовий, та наслідом того неважність мож тут усунути лиш в деяких разях.

До тих случаїв належить постанова §. 477/5 у. пр., що *хиба заступства процесового* становить лиш тоді причину неважности, як дотична сторона не узнала тих неважних ділань процесових за важні та єї правно обовязуючі. З'осібна по кінцевому уступу §. 477 у. пр. пізнійше одобренє ділань процесових, що були неважні задля браку заступства, наступає тим чином, що законний заступник в другій інстанції не підносить тої неважности, але вдає ся в поступованє відкличне внесенем письма відкличного або відповіди відкличної.

Отсей спосіб санації неважности звертає на себе увагу з двох сторін. По перше, маємо тут *вилім із засади процесової, що неважности з уряду узглядняти належить* (§§. 471/7 і 494 у. пр.), так як таке догадне зреченє сеї причини неважности зі сторони законного заступника не тільки судови відкличному віднімає право уневажнати попередній провід процесовий, але також сам той заступник правний дотичної сторони процесової, зглядно сама сторона процесова по відзисканю спосібности процесової не має уже права підносити сеї причини неважности на розправі відкличній. По друге, припис §. 477/5 у. пр. обнимає дві причини неважности: одну, коли сторона процесова зовсім не була заступлена, н. пр. задля браку повновласти процесової у заступника процесового (§. 37 у. пр.), та другу, коли сторона, що не має самостійної спосібности процесової, виступала в процесі без свого заступника законного (вітця яко законного заступника, матери яко опікунки, опікуна або куратора), та догадне одобренє причини неважности задля браку заступства в першій інстанції наступити може

тільки в тім остатнім разі, як не було заступства законного, *натомісць не може то наступити в тім разі, як сторона спосібна до самостійних ділань процесових не була заступлена в першій інстанції*, хоч льотіка правна що найменше так само промовляє за догадним зреченєм неважності в однім як і в другім разі. Причини того належить шукати в первіснім предложеню правительства, де постанова §. 495/5 (тепер §. 477/5 у. пр.) обнімала тільки другий уступ теперішного §. 477/5 у. пр.<sup>25)</sup>.

Інтерпретуючи прото постанови §. 477/5 з кінцевим уступом §. 477 у. пр. дійти мусимо до того висліду, що сама сторона процесова, котра в першій інстанції зовсім не була заступлена, *мусить ті неважні діланя суду процесового першої інстанції виразно одобрити в інстанції відкличній*, та аж тоді відпадає тота причина неважності, а законний заступник самим приступленєм до поступованя відкличного без заміту неважності з §. 477/5 у. пр. приводить дотичну сторону до утрати того заміту неважності, а навіть до цілковитого ухиленя тої причини неважності, що з уряду не може бути помічувана і узгляднена. Отсе *дотичить також осіб правних*, так як они в процесі мусять виступати через своїх законних заступників, та припис §. 477/5 у. пр. обнімає не тільки ті случаи, де особа неспосібна до самостійного діланя в процесі виступала без свого законного заступника, але також ті случаи, де виступав такий заступник іменем дотичної особи, що не був її законним заступником.

Практична ріжниця буде визначувати ся тім, що сама сторона процесова, котра в першій інстанції не була заступлена, хоч би тої причини неважності не піднесла в письмі відкличнім (відповіді відкличній), — може на розправі відкличній з успіхом покликати ся на тоту причину неважності, бо тоді не ма єї правильного одобреня попередного процесу першої інстанції.

<sup>25)</sup> Regierungsvorlage, стр. 141: §. 495/5: wenn eine Partei, die eines gesetzlichen Vertreters bedarf, im Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war.

А кінцевий уступ був до того параграфу: Die Aufhebung unterbleibt in dem unter Z. 5 bezeichneten Falle, wenn der gesetzliche Vertreter, ohne den Mangel der Vertretung geltend zu machen, durch Erstattung der Berufungsschrift oder eines vorbereitenden Schriftsatzes in das Berufungsverfahren eingetreten ist.

Заступник законний особи неспосібної до самостійного діланя в процесі або заступник законний особи правної може на розправі відкличній удержати ся з замітом тої неважности тільки в тих случаях, коли сей заміт підніє в письмі відкличнім або коли зовсім не вносив відповіді відкличної та на самій розправі відкличній не одобрих ділань процесових в першій інстанції, але піддержав тоту причину неважности, або не станув на розправі відкличній та суд відкличний з уряду узгляднив отсю неважність процесову.

Другою причиною неважности, що в інстанції відкличній може бути одобрена, а радше ухилена є *хибне виготовлене вироку* з §. 477/9 у. пр.

Коли там при неважности з §. 477/5 у. пр. від волі стори або її законного заступника залежить одобрене неважности процесу першої інстанції і надане тому проводови сили важного процесу, то при тій другій причині неважности з §. 477/9 у. пр. ухилене неважности залежить від суду відкличного. Але воля суду відкличного є тут обмежена предметовими обставинами. Вирок суду першої інстанції, що є неважний задля хибного укладу та не надає ся до розпізнаня в другій інстанції; що є сам з собою суперечний або не має ніякого узасаднення, може бути привернений до сили правно-процесової спростованем по мысли §. 419 у. пр., якого доконує суд відкличний, однак то спростоване може відносити ся до усуненя блудів писарских і рахункових або інших очевидних похибок, та знов не в силі оно надати головної основи правної вирокови першому, якої там зовсім не ма або усунути простої суперечности самого ореченя в собі або створити узасаднення, якого суд перший зовсім не подав.

О скільки вирок суду першого є недокладно узасаднений, то суд відкличний може подати своє узасаднене за або против і тоді нема неважности з §. 477/9 у. пр.; о скільки в узасадненю не подав суд першої інстанції рішаючих обставин, на котрих упер своє ореченє, отсе не надає ся зовсім до спростованя, так як суд відкличний не може знати, котрі з рішаючих обставин суд процесовий приняв за доказані або правдиві, чи за неправдиві; о скільки само ореченє суду першого є в собі суперечне, то спростоване може дотичити тільки позірної суперечности, але ніколи льогічної суперечности, а вже майже не дасть ся подумати спростоване неможливої основи ореченя су-

дейского, що з першої інстанції мусить вийти в певній установленій формі правній.

Тому як рідкі є случаї неважности з §. 477/9 у. пр., так еще рідші будуть случаї санації неважности, то звичайно хибні вирокі суду першої інстанції задля недокладности ореченя стрінуть ся з постановами §. 496 у. пр.

Можливість одобрена неважних ділань процесових та ухилене неважности зі сторони суду кінчать ся в другій інстанції. Найвисша інстанція ревізійна не знає анї одобрюваня сторін процесових анї простованя вироків хибно виладжених, та лиш орікає в самій справі або переказує єї низшим судам. —

### III.

#### Неважності по закінченю процесу.

##### 7) Правосильність супротив неважності.

Остаточним порішенням спору, що не може дальше точити ся звичайними средствами правними, dokonує ся правосильність справи (*res judicata*). Формальна правосильність то означає, що дотичне ореченє судейске не може бути оспорюване звичайними средствами процесовими, як відкликанє або ревізія, та відклик. Она становить конечне услівє так званої материяльної правосильности, що витворює зі спірного відношеня сторін процесових *відношенє правно усталене* (*jus facit inter partes*) або новий акт правний що-до порішеного права материяльного, то значить: правильний процес своє зробив та дальша чинність сторін відбуває ся на области ексекутиви дотичних управнень чи зобовязань сторін процесових.<sup>26)</sup> Але тим способом єще не є виключена незвичайна дорога процесова, що може повалити запавше ореченє судейске та довести до уневажнення того нового акту правного, який заїстнував поміж сторонами наслідом переведеного процесу.

---

<sup>26)</sup> Пр. пор. Unger, System, II, стр. 671; Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1885, стр. 128; Schultze, Privatrecht und Process, I, 1883, стр. 582: Das richterliche Urtheil unter Herrschaft des Gesetzes-Privatrechts, auch das sog. condemnatorische Urtheil ist lediglich ein Act der Feststellung; sofern es ein condemnatorisches ist, ein Act der Feststellung einer vom Gesetz gebotenen und kraft des Gesetzesbefehls erzwingbaren Leistungspflicht.; Kohler, Recht und Process в Zeitschrift Grünhut'a з р. 1887, на стр. 1—32.

Res judicata викликає не тільки той стан процесовий, що того самого правіжу не вільно другий раз підносити (exsertio rei judicatae) до тої самої сторони, але надає сторонам процесовим супротив себе безпосередно, а супротив третих осіб посередно певні управненя материяльні, та безпечність правильного виміру справедливости вимагає сего, аби той стан був дійсно правний, то є ненарушимий.<sup>27)</sup> В тій точці виступає бажанє, аби новочасний процес не був хиткий і видане оречене судейске по правосильности не було предметом дальшого оспорюваня, але знов з другого боку не мож поминути тої обставини, що годі допускати до безглядної сили правної такі ореченя судейскі, що є очевидно несправедливі і замість вимірювати право кривдять тих, що шукали справедливости. Тому має зарадити *інституція* процесова зновлення поступованя, широко допущена в нашім новім процесі цивільнім (§. 530 у. пр.). Інша є річ при неважности поступованя судового.

Коли очевидна несправедливість, хоч би доведена аж по правосильнім закінченю процесу наказує подати стороні покривдженій всякі можливі способи до ухилення того з чим бере ся вимір справедливости, то є допомогчи до досяженя ідеалу правди материяльної, то сама формальна неважність супротив res judicata мусить уступати на друге місце, так як сторони процесові і чинники судейскі досить мали нагоди в часі самого процесу дослідити неважности, та зарядити лиху, а як сего не зділано в своїм часі і місци, то res judicata своєю повною силою покриває тоті формальні хиби, що зайшли в часі проводу судового.

Але процес се акт правний межі судом і сторонами, та з того діланя правного може наступити важне усталене права лиш тоді, як *взагалі заходять конечні умовини до повстаня важного акту правного*. Такими конечними вимогами є спосібність ділаючих чинників і можливість *чинитьби*, та де не було тих принципіальних умовин, там не міг заістнувати важний акт правний, то значить: де був суд неспосібний або сторона процесова неспосібна, або де предмет спору не надаєсь до процесу, що називаємо дорогою права, там не може бути правосильности дотичного акту правного, та тоді *правосильне ореченє судейске, як кождий акт правний, ставєсь предметом*

<sup>27)</sup> Res judicata pro veritate accipitur. Ulp. l. 207, D. de r. j. 50, 17.

*оспорення*, і супротив сих причин уступити мусить правосильність, захитана в самих основах.

На підставі висказаного належить відріжнити наслід печний правосильности, що викликає погаснене права позивана силою самого істнованя вироку в дотичній справі, від наслід рішучого, що основує нове відношене облігаційне межі причасними чинниками процесовими.<sup>28)</sup> Той другий наслід правний може бути оспорений в тім напрямі, що тото нове відношене облігаційне правно не могло заістнувати, отже оречене судейске правно не істнує та не може мати сили права, — без огляду на се, чи дотичне оречене є справедливе або ні, але задля хибуючих условин до правного заістнованя зобовязана взагалі.

Отсей погляд правний не був чужий уже римському правознавству, що допускало неважність вироку з причини неспосібности або некомпетенції судії, та процесової неспосібности або неприсутности сторони.<sup>29)</sup>

Вкінці годить ся зазначити, що при оспореню материяльної правосильности стрічають ся з особою право цивільне (материяльне) з правом процесовим, так як право цивільне дає установи правні про значіне вироку для набутя прав приватних<sup>30)</sup>, натомісць право процесове постановляє про можливість зачіплення вироку і єго формального оспореня. Як довго судія процесовий рішав спір в правильнім тоці, так довго входив в саму суть справи правної, але коли уже перейшла правосильність, то суд процесовий не входить в само єство справи, та лиш рішає: чи сам вирок стійний чи правно неможливий, бо сторона річева покрита правосильним вироком і як довго

---

<sup>28)</sup> D. de peculio 15, 1, l. 3, §. 11: nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati veluti obligationem.

<sup>29)</sup> D. quo quisque juris, 2, 2, Ulp. 1. §. 2: Et ideo, si inter eos quis dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit: quoniam pro nullo hoc habetur, nec est ulla sententia.

D. de re jud. 42, 1, Paul. 45 §. 2: Contra indefensores minores tutorem vel curatorem non habentes, nulla sententia proferenda est.

Paul. V. 5a §. 6: Ea, quae altera parte absente decernuntur, vim rerum iudicatarum non obtinent.

<sup>30)</sup> Krainz-Pfaff, System, I, стр. 414—419.

не здойме ся тої заслони правної, так довго не вільно власти орікаючій вдруге рішати справи самої. —

### 8) *Неважність задля хибуючого судоводства.*

Як довго точить ся справа перед судом, так довго суд кождої інстанції має право та обовязок помічувати хибу безглядної неприналежності і сторони також в кожній інстанції можуть її підносити з успіхом, аби тим способом не допускати до неважності поступованя судового.

Хибуюче право судоводства уміщено в новім уставі процесу цивільного поміж причинами неважності (§. 477/3 і 6 у. пр.) і то як бачимо в двох окремих уступах: коли суд навіть виразною умовою сторін не може стати приналежним для порішення дотичної справи, та коли суд має орікати про справу, що не належить до дороги права. Осторогою до обох сих причин неважності є постанова §. 104 норми юрисдикційної, що замість неприналежності до дороги права згадує про виключенє справи з круга діланя звичайних судів.<sup>31)</sup> Тото все має свою межу в правосильнім вироці, бо тоді устає вже можливієть так помічуваня суду орікаючого як також підношеня внесків сторін в тоці споровім, що скінчив своє діло, та мож би сказати: *res judicata jus facit inter partes*, і справі кінець.

Але нова норма юрисдикційна передвиділа допустимість неважності по правосильнім закінченю справи і то задля хибуючого судоводства, однак не перенесла тут всіх дотичних причин неважності з §. 477/3 і 6 у. пр., а тільки один случай: коли *справа не приналежить до звичайних судів* та причинила єще другий случай, про який зовсім не згадує ся в уставі цивільного процесу: коли *справа взагалі не належить до нашого державного судоводства*, то є на підставі установ міжнародного права приватного приналежить до заграниці або до країв корони угорської (§. 42 нор. юр.).<sup>32)</sup>

Отсе значить, що в сих случаях *res judicata* мусить уступити з тої причини, бо наші *звичайні суди не мають розпо-*

<sup>31)</sup> Трудно розпізнати: чим різнять ся тоті оба понятя правні від себе, бо справа, що не належить до дороги права, також не належить до спорового судоводства звичайних судів, та знов справа, що належить до дороги права, може не належати до звичайних судів, але н. пр. до трибуналу державного або суду роз'ємного.

<sup>32)</sup> Пр. пор. арт. I—X закону вповідного до норми юрисдикційної.

*рядимости судейскої над предметом спору*, супротив чого на підставі їх вироку не могло заїстнувати усталене відношенє правне поміж дотичними сторонами.

Рішати про таку неважність по правосильности має право тільки найвиший трибунал судовий, так як він є найвишим звичайним судом орікаючим в державі, та задля того представляєсь найбільше покликаним до того, аби відняти силу правну ореченям судейским, що дійшли до *res judicata*.

При тім треба мати на увазі два можливі случаї: чи дотична хиба судоводства була помічена і порішена в тої спору, чи ні. Як в дотичнім спорі піднесено хибуюче судоводство наших звичайних судів, та спір дійшов до найвишого трибуналу судового і той порішив отсе питанє на користь звичайних наших судів, тоді зовсім відпадає можливість уневажненя (§. 42/3 нор. юр.).

Коли в правильнім тої інстанцій справа була предметом ореченя найвишого трибуналу судового, але тоді не помічено сеї неважности або єї не піднесено, та томú тота неважність не була предметом попередного рішеня найвишого трибуналу судового, то на внесок міністерства зглядно виділу краєвого, по правосильности може найвиший трибунал оречи неважність цілого попередного поступованя судового задля тепер поміченої неважности з причини хибуючого судоводства. То само буде тоді, як правосильність наступила в першій або другій інстанції, де отся неважність не була предметом рішеня.

Натомісь сумніве є питанє в тих разях, коли отсю неважність піднесено в першій або другій інстанції і тут наступила правосильність, але сеї неважности не узгляднено. Тут причина неважности була відома низшим судам, а найвиший трибунал не мав нагоди рішати єї, так як справа не ішла до інстанції ревізійної, отже тепер по правосильности міг би прихилити ся до тої неважности. За таким пониманєм річи промовляє тота обставина, що неважність задля хибуючої підсудности є характеру публично-правного, та по правосильности можуть єї підносити тільки публичні власти. Против допустимости рішеня найвишого трибуналу судового промовляє неясний зміст постанов §. 42/2 і 3 нор. юр., з котрих уступ 2/. взагалі допускає надзвичайне рішенє найвишого трибуналу лиш тоді, коли хибуюче судоводство *виявить ся* (*offenbar wird*) *по правосильности*, а тут було оно відоме перед правосильностию, та

уступ 3/. не допускає ореченя неважности, задля хибуючого судоводства, по правосильности в тих всіх разях, коли що-до тої підстави неважности протистоїть важне (noch bindende!) рішенє того самого або иншого суду, отже або рішенє найвисшого трибуналу судового або правосильне рішенє низшого суду. На се вказують нам також приводи законодагні, які подала комісія палати панів до зміни §. 43 (предложеня правительства) і створеня теперішного §. 42 нор. юр.<sup>33)</sup>

Коли власть адміністраційна мала нагоду перед правосильностию користати з припису §. 12 закону з 18. цвітня 1869, В. з. д. 44, і зажадати від трибуналу державного, аби порішив спір компетенційний, то залишивши того способу не може покликувати ся, мов би аж по правосильности стала явна неважність про хибуюче судоводство.

А вкінци не мож поминути зміни уступу 3/. первісного предложеня правительства, де замість первісних слів „eine von demselben oder von einem höheren Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht“ уміщено в §. 42/3 нор. юр. слова „eine von demselben oder von einem anderen Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht.“ Правда, що отєя зміна була вислідом перенесеня сеї надзвичайної власти орікаючої виключно на найвисший трибунал судовий, чого не було в первіснім предложеню правительства, але при тїм належало звернути увагу на докладність і ясність самого вислову законного, чого не зділано, та тим помрачено провідну гадку самої річи. —

### 9) Позов неважности.

Крім замітів в процесі і помічуваня з уряду задля ухилєня неважности, та окрім звичайних средств правних против запавших вироків, де incidenter піднести можна заміт неваж-

<sup>33)</sup> Пр. нор. Gem. Ber. crop. 23: Die Herrenhauscommission konnte sich dem Bedenken, welches die unbedingte Anfechtbarkeit eines richterlichen Spruches wegen Zugehörigkeit der Sache zur Competenz einer Administrativbehörde erweckt, nicht verschliessen, erkannte jedoch andererseits auch für nothwendig, eine Anfechtung in jenen Fällen zu gestatten, die nicht schon durch den §. 12 des Gesetzes über das Reichsgericht gedeckt sind. Die beiden sich hier gegenüberstehenden Interessen wurden durch die am zweiten Absätze vorgenommenen Aenderungen auszugleichen versucht.

ности, та надзвичайного средства адміністраційного задля хибуючого судоводства, впроваджує новий устав процесу цивільного еще *надзвичайне, але правильне средство процесове* до уневажнення правосильного рішення судового, яким є позов неважности (*querela nullitatis*) з §. 529 у. пр.

Римська *querela nullitatis* яко самостійне зажаленє надзвичайне<sup>34)</sup> не розвинула ся в процесі канонічнім, але противно майже зовсім вийшла з ужиття. Тій обставині належить приписати, що в давнім уставі австрійского процесу цивільного отсе средство процесове в дійсности не існувало, та лиш згадує ся там про зажаленє неважности яке рівнобіжне понятє з апеляцією або ревізією,<sup>35)</sup> хоч не перестало оно існувати в процесі французкім<sup>36)</sup>. Але в давнім нашім австрійскім уставі цивільного процесу була постанова §. 59, що давала можливість уневажнення правосильного вироку, коли в поступованю виступала сторона неспосібна (декрет надв. з 4. червня 1789, 36. з. с. 1015 і декрет надв. з 14. жовтня 1803, 36. з. с. 629), та постанова §. 48 давньої норми юрисдикційної що-до хибуючого судоводства.

В нашім новім уставі процесовім прийнято за німецьким уставом цивільного процесу осібне средство процесове позову неважности яко *querela insanabilis nullitatis* по правосильнім порішеню спору, тільки в двох случаях. Оден такий случай є тоді допустимий, як орікаючий судия був виключений силою закону (§. 20 нор. юр.) від виконуваня уряду судейского в дотичнім спорі правнім, та другий тоді, як сторона в поступованю зовсім не була заступлена, або як сторони, що потребує законного заступника, не заступав єї законний заступник, о скілько веденє процесу не було відтак правильно одобрене (§. 529/1 і 2 у. пр.).

Само про себе зрозуміле, що позов неважности яко надзвичайне средство процесове не може бути допущений в тих всіх разях, коли дотична сторона звичайними средствами в тоці процесу або средствами правними боронила ся против тої неважности, але без успіху, то є задля виключеного судії, задля

<sup>34)</sup> Пр. пор. Wetzell (l. cit.) стор. 785 і д.

<sup>35)</sup> Пр. пор. Dr. Arthur Skedl, Die Urtheilsnichtigkeit im österreichischen Processrecht, w Grünhut'a Zeitschrift з р. 1887, стор. 81 і д.

<sup>36)</sup> J. Heinrich Schlink, Commentar über die französische Civil-Prozess-Ordnung, III, Coblenz 1843, стор. 481 і д.

неспосібности процесової або хиби законного заступства. То само примінено і до того случаю, як сторона була в можности піднести причину виключеня судії перед правосильним порішенням спору, але сего не зділала в своїм часі ані замітом в тої спору в першій інстанції ані ередством правним.

Отсі обі підстави позову неважности є одинокими причинами, задля яких сторона процесова може зрушити правосильність ореченя судейского, віднимаючи єму безпосередний фундамент до створеня усталеного відношеня правного, так як оспорене задля хибуючого судоводства прислугує тільки начальним властям адміністраційним (§. 42 нор. юр.).<sup>37)</sup>

Коли всі тоті три причини неважности зведемо до систематичної цілости, то оказує ся, що фундаментальні причини неважности дотичать *хиби судоводства взагалі, неспосібного (виключеного законом) судії і браку сторони процесової або її спосібности*, то значить, що акт процесовий не міг стати ся актом правним, бо орікаючий чинник судейский не мав права до чинитьби або був неспосібний, або сторони процесової зовсім не було при тім акті або була неспосібна сторона, супротив чого сам акт правний не міг заїстнувати.

З того становиєка правного трактуючи сю річ доходимо до приналежности позову неважности. Коли має бути оспорене важне заїстнованє ореченя судейского яко акту правного, то про те повинен рішати найменше той суд, що орікав в послідній інстанції, бо інакше суд низший рішав би про поступованє правно-процесове суду висшої інстанції. Але причина неважности може дотичити тільки ореченя суду низшого, н. пр. задля виключеного судії, та тоді той суд буде покликаний рішати на позов неважности. В случаю оспореня вироків кількох інстанцій є приналежний найвисший суд з'поміж них (§. 532 у. пр.), де приходить *позов неважности так як звичайний позов до поступованя спорового* в цілі рішеня на знесенє правосильного вироку або ореченя.

Цілію позову неважности є виеднаги ореченє судейске, що формально правосильне рішенє судейске правно не істнує, то є ухилити формальну правосильність, через що упадає також

<sup>37)</sup> Тут належить звернути увагу, що на інших основах правних наступає знесенє вироку наслідом приверненя справи до первісного стану (§. 159 у. пр.), та наслідом зновленя поступованя (§§. 530 і 531 у. пр.).

материяльна стійність попереднього ореченя, бо она не може істнувати без формальної правосильности. Тому в позві неважности мусить бути поставлений передовсім внесок на *усунене зачіпленого ореченя*, але рівночасно також дальший внесок, якого рішеня в справі головній жадає сторона позиваюча (§. 536/5 у. пр.). З того слідує, що остаточне порішенє позову неважности не тільки може формально знести попередне ореченє судейске, але також може викликати нове осудженє предмету попереднього спору.<sup>38)</sup>

Понимаючи процес як ділання правні сторін, а оречене судейске як новий акт правний, представить ся нам позов неважности інституцією процесовою, що стремить до того, аби виказати, що той акт правний не міг заістнувати з причин формальних, як також вказати чи взагалі може тут заістнувати який важний акт правний межі сторонами, так як сего вимагає правильне уладженє відносин правних межі сторонами, що не терпить непевности.

Тота непевність відношеня правного межі сторонами процесовими дає привід до того, аби означити *речинці, в котрих стороні нарушеній прислугує право внести позов неважности в цілм уневажненя формального акту процесового*.

В тім предметі обовязаний є позвник дотримати законного речинця коначного і внести позов *в часі одного місяця* числячи від тої хвилі, коли мож було вносити позов неважности. З'осібна при неважности з причини виключеного судії, від того дня числячи, коли дотична сторона довідала ся про причину виключеня. Як сторона знала про тогу причину в часі поступованя в першій інстанції або перед правосильностию могла єї піднести средством правним, тоді взагалі відпадає дорога позову неважности, так як дотична сторона тоді мала нагоду піднести свій заміт неважности з сеї причини (§. 22/4 нор. юр. і §. 529/4 у. пр.). А як сторона дізнала ся про причину виключеня по тім часі, але перед правосильностию, то сей речинець числить ся від дня правосильности, так як перед правосильностию не могла сторона вносити позову неважности. Вкінци, як сторона довідала ся про причину неважности аж по правосильности,

<sup>38)</sup> Wetzell, (l. cit.) стр. 792: Der Zweck dieses Rechtsmittels besteht zunächst in der Nichtigklärung, Annullation, des angefochtenen Urtheils, ausserdem aber in dessen Ersetzung durch ein neues Urtheil.

то конечний речинець 30. днів до внесеня позову числить ся від часу, коли она дізнала ся про причину виключеня (§. 534 у. пр.). В случаю неважности з тої причини, що сторона в процесі не була заступлена числить ся той речинець від хвилі, коли дотичне рішенє доручено стороні або єї законному заступникови, але не скорше як від хвилі правосильности, то значить, що отсеї причини неважности може сторона доходити позовом неважности навіть тоді, коли могла піднести сей заміт *средством правним звичайним*, але єго не піднесла в своїм часі (arg. кінцевий уступ §. 529 і §. 534/2 у. пр.).

З того показує ся, що сторона процесово неспосібна може в процесі промовчати свою неспосібність і відтак через свого заступника або сама по наступившій спосібности процесовій вносити позов неважности; так само заступник правний, що звичайним средством правним не закинув попередного браку заступства правного, або сторона незаступлена, що по дорученю єї дотичного рішеня не піднесла сего заміту звичайним средством правним, та тих хиб не помічено з уряду.

Поминаючи то виріженє, обі згадані причини неважности узнає закон за такі хиби, що їх сторони можуть важно зречи ся, бо залишенє сего речинця процесового також годі уважати чимсь иншим, як догаданим зреченєм надзвичайного средства правного.<sup>39)</sup>

Коли сторона процесова знає, що єї справу рішав судия законом виключений, або що єї справу суджено не зважаючи на то, що она не була заступлена в процесі або законний заступник сторони проте дізнає ся і не робить ужитку з остаточного средства правно-процесового в конечнім речинци, то звідси випроваджує ся догад правний, що така сторона пристає на запавше рішенє спорове і тим чином *годить ся на акт правний*, який заістнував наслідом рішеня судейского, а з того показує ся, що *в процесі цивільнім не ма таких замітів неважности, що їх сторони процесові не могли би утратити!*

<sup>39)</sup> Ullmann, Das österr. Zivilprozessrecht, 1885, стр. 354: Die Geltendmachung der Nichtigkeit kann nicht ausgeschlossen werden in den Fällen, wo der Fehler auch durch Verzicht der Parteien nicht behoben werden kann, also das im Urtheil festgestellte Recht durch einen Vertrag nicht rechtsbeständig geschaffen werden könnte.

Але дотична сторона може про те все нічого не знати, що она зовсім не була заступлена, або що її не заступав законний заступник, або що судия був законно виключений від виконування уряду судейского в її справі. На такий случай впроваджує новий устав цивільного процесу *безглядний речинець десяти літ*<sup>40)</sup> від хвилі правосильности ореченя судейского (кінцевий уступ §. 534 у. пр.), та знов сей речинець не дотичить неважности з §. 529/2 у. пр., що може бути піднесена позовом неважности і по десяти роках. Як довго відтак сторона має право виточити позов неважности з причини хибуючого заступства її в процесі, коли дотичного рішеня судового не доручено ані стороні процесовій ані її законному заступникови, про се не згадує закон, полишаючи свободу оборони без ніякого обмеження,<sup>41)</sup> так як акт правно-процесовий ніколи не може мати сили обовязуючої для тої сторони, що в нїм не брала участі і єго не одобрила ані виразно ані мовчки.

Закон цивільний зачисляє ореченя судейскі до титулів набутя права (§§. 317, 424, 449, 480 з. ц.), на рівні з актами правними, та приписує речинці до доходженя прав під загрозою задавнення, а закон процесовий ставить вимоги і речинці до ухилення правоважности оречень судейских під загрозою безглядної ексекутиви.

В тої процесу замітами сторін і помічуванєм з уряду та відтак средствами правними против оречень запавших усувають ся неважности процесові, одна по другій; найглубше закорінені вириває позов неважности або узнанє сторін, а всі переживає хибуюче заступство сторони, бо без другої сторони нема процесу, та процес є актом двоеторонним —

---

<sup>40)</sup> Pauli S. R. V. 5a) §. 8: Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, et inter absentes vicennii computatur.

<sup>41)</sup> Erläuternde Bemerkungen, стр. 317: Diese Erwägungen konnten es aber nicht auch begründen, nach Ablauf von zehn Jahren jemand an ein Urtheil zu binden, welches nur scheinbar gegen ihn ergangen, in Wahrheit gar nicht gegen ihn erflossen, sondern ihm völlig fremd ist.

### 10) Наслїди неважности по правосильности.

Маю тут на гадці головно наслїди неважности ствердженої на підставі позову неважности, та підношу їх осібно для того, бо наш устав цивільного процесу зовсім поминає отсе питанє, полишаючи єго анальоїї законній і науці права процесового.

Передовсім надзвичайна поміч правна внесеного позову неважности, хоч би оправданого, не здержує *ipso facto* викональности ореченя судейского яко титулу ексекуційного,<sup>42)</sup> але що-до річи самої може мати всїлякий наслїд правний (§. 547/2 у. пр.).

Узгляднена неважність задля хибуючого судоводства наших судів звичайних виклукує *уневажненє цілого поступованя судового разом з вироком або ореченєм* (§. 42 нор. юр.). Тим чином з давного процесу судового не лишає ся нічого; позову так як би не було, заправованє ухилене, поступованє і порішенє зовсім скасоване, та звідси сторони не можуть для себе випроваджувати жадних прав.

Инша є річ тоді, як справу рішав судия законом виключений. Тут внесенє позову і заправованє не тратять своєї сили правної та лиш ті чинности стають неважні, які виконав судия виключений, то значить дотичне ореченє разом з попередним поступованєм, що приналежить до него. За уневажненєм такого ореченя наступить поновне переведенє ухиленого поступованя і поновне порішенє справи, що знов може бути таке саме як попереднє або відмінне, бо сторони процесові і сама справа лишили ся тоті самі, а тільки вступив тут правильний чинник судейский.<sup>43)</sup>

<sup>42)</sup> Пр. пор. §. 42 уставу ексекуційного.

<sup>43)</sup> Wetzell (l. cit.), стр. 800: Wenn die Nichtigkeit ihren Sitz im Verfahren hat, die merita causae aber nicht berührt, so sollen die vorigen Prozesse der blossen Unförmlichkeit wegen als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache erkannt werden, was Recht ist.

Glaser, Beiträge zur Reform des österr. Civilprocesses, Wien 1883, стр. 215: Der Gegensatz zwischen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde liegt darin, dass erstere vollen, auf dem Recht der Partei, wiederholte Verhandlung und Entscheidung der Sache zu begehren, beruhenden Devolutiveffect hat, die zweite Instanz innerhalb der Schranken der relativen Rechtskraft zum ordentli.

Коли в процесі сторона не була заступлена, то належить відрізнити, чи хиба заступства зайшла по стороні позовника чи по стороні пізаного. Як заступник позиваючої сторони не має уповнавлесненя, взагалі не є правним заступником позиваючої сторони, то тоді по уневажненю запавшого ореченя також *уневажняє ся цілий перевід процесовий разом з позовом*. Всякі діланя процесові сторін і суду уважає ся за небувші: nihil actum est!

Крім мнимих заступників позиваючої сторони може пригодити ся таке, що сторона позиваюча дійсно внесла позов, та єї не завізвано до розправи на внесений позов первісний, але неуправненого заступника або яку иншу особу. В такім разі не мож казати, що тут не було зовсім позовника; він був, але тільки зовсім не був заступлений, та задля сего може наступити *уневажненє процесу найдальше до первісного позову*, так як всякі чинности процесові остануть важні, де сторона тота була або могла бути заступлена, але з сего не користала.

Як по стороні пізаній нема уповновласненя, то нема заступства сторони пізаной, але є сторона пізвана. В тім случаю *внесенє первісного позову буде важне* і тільки дальші чинности первісного процесу будуть уневажнені, скільки їх дотичить тота хиба процесова. Як би внесено позов против необнятої маси спадкової, а відтак показало ся, що тота маса була в тій хвилі обнята, то мож би сказати, що пізваной особи зовсім не було, та оречи уневажненє цілого попередного процесу разом з первісним позовом.

Хибуюче заступство сторони процесової може дотичити поступованя *у висших інстанциях*, та в тих случаях оречене першої інстанції або й другої не буде оспорене сею неважністю, але *сам висший перевід процесовий*. Тут по уневажненю дотичного ореченя висшої інстанції наступить поновне поступованє відкличне або ревізійне (§. 535 у. пр.).

Але і тут виступає осібне виріженє при хибуючим заступстві. Коли в низших інстанциях заступство було правильне,

chen Richter macht, während die Nichtigkeitsbeschwerde (wenigstens soweit sie reine Nichtigkeitsbeschwerde ist) auf dem Gedanken beruht, dass die ergangene Entscheidung an sich einer Überprüfung nicht unterliegt, dass sie jedoch ihre Kraft verliert, wenn sich Gebrechen nachweisen lassen, die ihre Verlässlichkeit erschüttern und dass sie dann aufzuheben und eine nochmalige Entscheidung in der Sache selbst zu bewilligen sei...

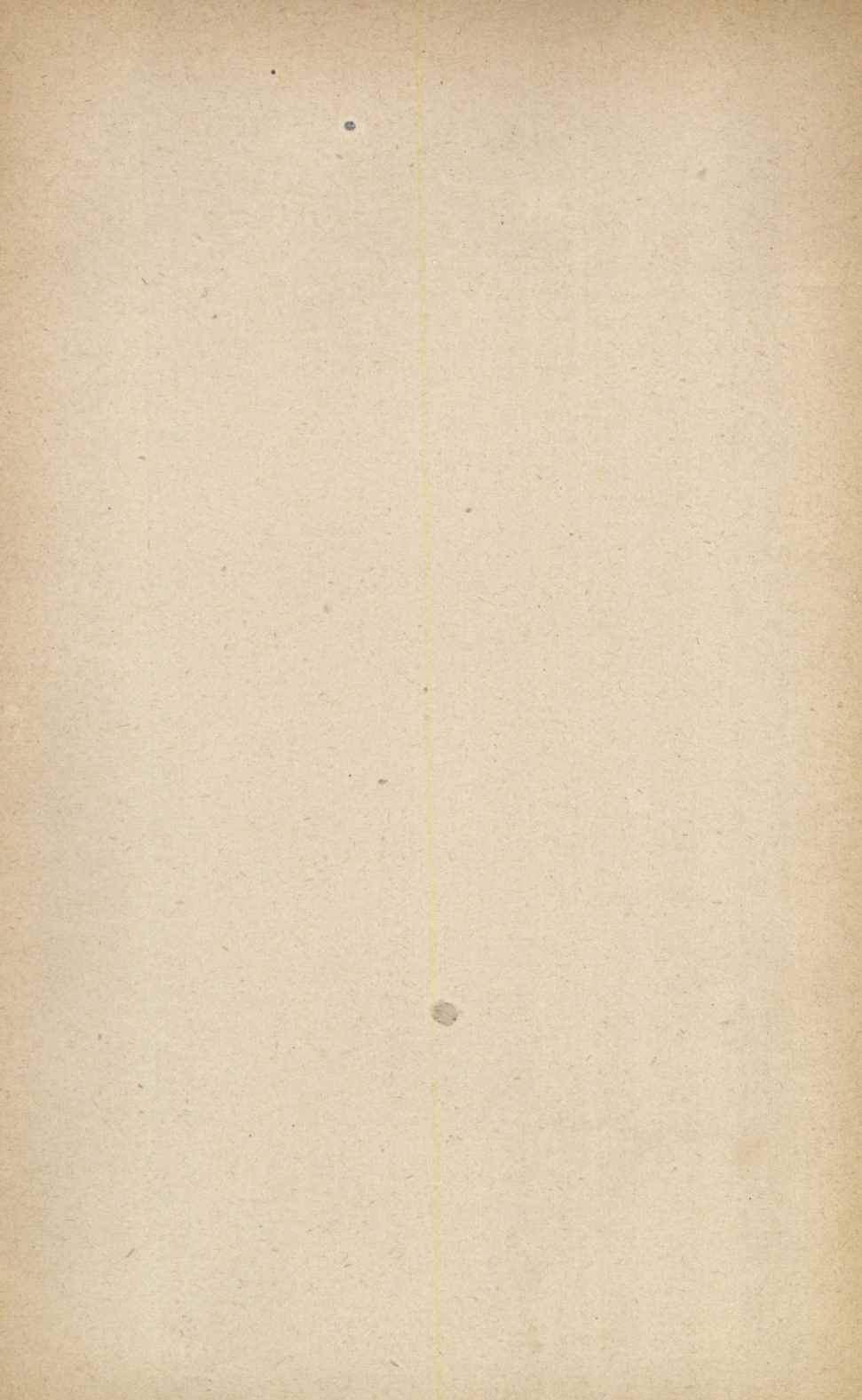
а средство правне внесла особа неуправнена, то не вистане відкинути ёго по правосильности, але треба *ухилити ціле висшосудове поступованє* разом з ореченєм, яке тут запало, аби дати можність розправи стороні властивій або ёї правному заступникови, або полишити в правній силі оречене низшосудове, против котрого управнені сторони процесові не ужили средства правного в своїм часї. Але як уже в низшій інстанції не було заступства строни процесової, та належить уневажнити *також низшосудове оречене разом з поступованєм аж доки сягає тота неважність*. Коли брак заступства сторони доходить аж до позову, то неважність відразу ухиляє цілий процес, а як она так далеко не сягає або пригодить ся по стороні пізваній, то наслідом ухилення неважного переводу процесового відбуде ся *новий перевід в другій або першій інстанції*, так як інстанція ревізійна не знає безпосередного устного процесу (§. 540/3 у. пр.).

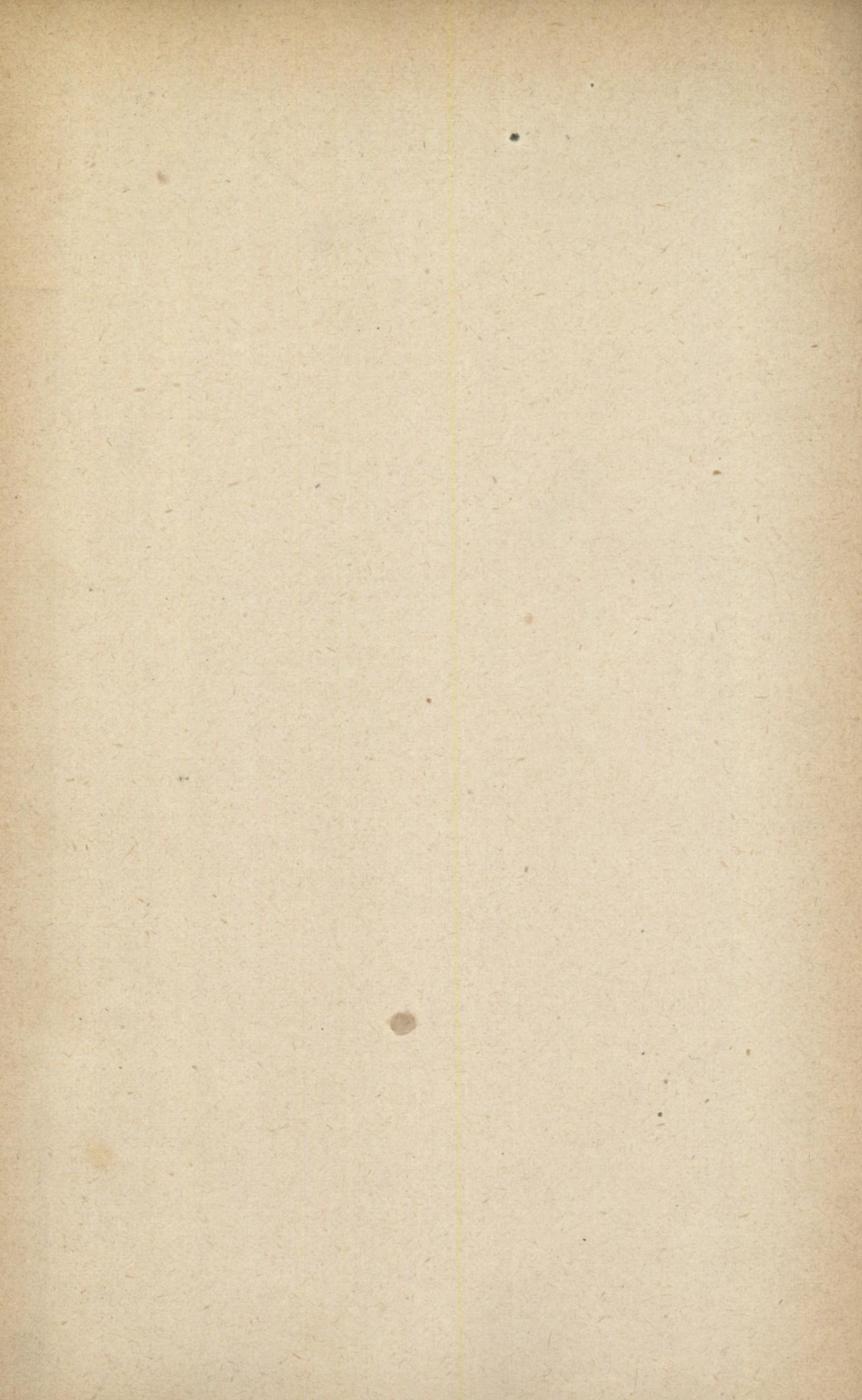
З того всего показує ся, що наслідом узаasadненого позову неважности ухиляє ся *res judicata*, та замість неї вступає нова *res judicata*, або ствердженє, що *res judicata взагалі не могла заїстнувати* задля хибуючих условин до заїстнованя важного акту правно-процесового, та що *позвом неважности оспорює ся важність акту правно-процесового*, — без огляду на ёго зміст. —











471928

1,38 (19)

II  
И 98.758

Ціна 1 корона.



З друкарні Наукового Товариства імени Шевченка  
під варядом К. Беднарського.

107758

ПРО НЕВАЖНІСТЬ

# В НОВІМ ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНІМ

РОЗВІДКА

З АВСТРИЙСКОГО ПРАВА ПРОЦЕСОВОГО

НАПИСАВ

Д-Р КОСТЬ ЛЕВИЦКИЙ

адвокат у Львові.



~~107758~~

У ЛЬВОВІ, 1900.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

