

Г 12

Губернатору в Ярославле

*Анастасию Владимировну
Кочу*

В. А. ГАГЕНЪ *отъ издателя*
Ординарный профессоръ Донского Университета.

*Чашкина и Курбо
Благодарного
автора
25/IV 1921.*

219391 адм. пр.

УЧЕБНИКЪ АДМИНИСТРАТИВНАГО ПРАВА.

Выпускъ первый.



1919 г.

Типографія Т-ва С. С. Сивожелъзовъ и К^о
Ростовъ на Дону.

Замѣченныя погрѣшности и опечатки.

| Страница: | Строка: | Напечатано: | Слѣдуетъ читать: |
|-----------|---------|----------------------------|---------------------|
| 2 | 5 сн. | называть | называетъ |
| 35 | 17 сн. | регулируется | регулируются |
| 38 | 10 сн. | устанавливаютъ | устанавливаетъ |
| 43 | 16 сн. | объявляютъ | объявляетъ |
| 44 | 19 сн. | полномочіи | полномочій |
| 44 | 19 сн. | съ другими | съ другими |
| 46 | 15 сн. | коллективный | коллективный |
| 55 | 23 сн. | рукавъ | рукахъ |
| 56 | 8 сн. | государства ³⁾ | государства |
| 67 | 7 сн. | und | und |
| 69 | 14 сн. | нихъ | о нихъ |
| 69 | 20 сн. | Das Recht | (Das Recht |
| 74 | 9 сн. | у публичнаго | и публичнаго |
| 75 | 4 сн. | fundamentali | fondamentali |
| 76 | 10 сн. | русскихъ | русскихъ |
| 79 | 1 сн. | конституціоннымъ | конституціоннымъ |
| 85 | 23 сн. | имѣющей | имѣющей |
| 93 | 15 сн. | провосудіи | правосудіи |
| 101 | 19 сн. | Policeywssenschaft | Policeywissenschaft |
| 102 | 4 сн. | Тараповскій | Тарановскій |
| 103 | 11 сн. | 1818 | 1819 |
| 106 | 16 сн. | тоже | то же |
| 114 | 10 сн. | ему (вверху) ⁴⁾ | ему ⁴⁾ |
| 119 | 10 сн. | озолированно | изолированно |
| 128 | 8 сн. | на не | на нее |

ВВЕДЕНІЕ.

Общество, государство и право.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Общество¹⁾.

§ 1. Государство, несомнѣнно, является плодомъ общенія людей, совмѣстнаго проживанія ихъ на опредѣленной территоріи, совмѣстнаго преслѣдованія ими общихъ цѣлей и задачъ, которыя не могутъ быть выполнены однимъ человекомъ или группами людей. Нельзя представить себѣ человека, который бы жилъ совершенно изолированно отъ другихъ, не нуждаясь въ общеніи съ ними въ минуты радости или горя, въ повседневной трудовой жизни. Человеку присущъ инстинктъ общности въ различныхъ стадіяхъ развитія человечества. Его можно встрѣтить у первобытныхъ племенъ и у современныхъ культурныхъ народовъ: разница заключается только въ формахъ общенія и въ его интенсивности. Это общеніе нельзя понимать какъ плодъ соглашенія или договора, который заключили люди между собой. Такова точка зрѣнія доктрины естественнаго права. Но и въ будущемъ, вопреки утверженію нѣкоторыхъ новѣйшихъ социологовъ, это общеніе не будетъ покоиться на договорномъ основаніи. Оно вызывается жизненными потребностями, которыя коренятся въ природѣ человека и заставляютъ людей объединяться въ различные союзы и группы. Послѣдніе для достиженія высшихъ общихъ цѣлей объединяются въ болѣе крупные союзы. Однако, всѣ эти соединенія людей дѣйствуютъ не изолированно другъ отъ друга, но между ними устанавливается сотрудничество, солидарность. Такая связанность всѣхъ этихъ объединеній людей даетъ возможность говорить о нихъ, какъ о чемъ то цѣломъ, единомъ, крѣпко спаянномъ, и даже называть его „обществомъ“. Слѣдовательно, подъ обществомъ можно понимать *совокупность людей, которые сгруппированы и объединены въ различныя формы союзовъ, возникающихъ вслѣдствіе совместной жизни людей для достиженія общихъ цѣлей*²⁾.

Потребности людей, ради которыхъ они сплачиваются въ различные союзы, могутъ быть матеріальными, фізіологическими или духовными, психическими (интеллектуальными и моральными). Эти потребности переплетаются тѣсно другъ съ другомъ, оказываютъ взаимное вліяніе, при чемъ особенно замѣтно преобладаніе потребностей фізіологическаго характера, а именно потребностей въ самосохраненіи и въ сохраненіи рода. Но это преобладаніе нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что только однѣ фізіологическія потребности человека кладутъ неизгладимую печать на жизнь общества, на всѣ явленія соціальной жизни, и что духовныя потребности играютъ второстепенную роль и даже опредѣляются фізіологическими потребностями. Между тѣмъ именно эту точку зрѣнія развиваетъ современная доктрина историческаго матеріализма, творцами которой

¹⁾ Prof. O. Ranalletti, Principii di diritto amministrativo, стр. 3—46. Volume I. Napoli, 1912.

²⁾ Ranalletti, ц. соч., стр. 6.

являются Карль Марксъ и Энгельсъ, а послѣдователями такіе ученые, какъ Лоріа, Лабріола и др.¹⁾ и даже проф. Оріу²⁾. Эти ученые придаютъ экономическому фактору первенствующее значеніе, считая, что именно онъ лежитъ въ основаніи общественной жизни человѣчества и что другіе факторы духовнаго характера, вродѣ искусства, науки, религіи и пр. являются производными и опредѣляются всецѣло экономическимъ факторомъ. Такая доктрина справедливо вызываетъ отрицательное отношеніе къ себѣ. Конечно, въ нѣкоторыхъ случаяхъ экономическій факторъ играетъ видную, а иногда и исключительную роль, но изъ этого нельзя дѣлать вывода, что духовные факторы не опредѣляютъ жизни человѣчества и не воздѣйствуютъ на экономическую жизнь культурныхъ странъ.

Въ обществѣ люди преслѣдуютъ не только свои, индивидуальныя, интересы, но еще и общіе, которые затрогиваютъ всѣхъ людей или большинство ихъ и при томъ не только тѣхъ, кто живетъ въ данное время, но и будущія поколѣнія. Такія общія цѣли вполне объясняются той связью, которая существуетъ между группами и союзами людей, той солидарностью, которая сплачиваетъ человѣческія организаціи. Между индивидуальными и общими цѣлями устанавливается самая тѣсная связь.

Итакъ, общество мыслится какъ цѣлое, у котораго есть свои цѣли, желанія, воля. Но общество нельзя представлять себѣ въ видѣ цѣлага, облученнаго въ матеріальную форму, какъ конкретизированную величину. Общество—величина идеальная, абстрактная, объединенная формальнымъ признакомъ—цѣлью, слѣдовательно величина телеологическая. Но, тѣмъ не менѣе, эта идеальная величина носитъ организованный характеръ, потому что у нея есть свои, коллективные, интересы и цѣли, которымъ подчиняются индивидуальныя интересы людей, живущихъ въ обществѣ. Однако эта организованность не дѣлаетъ изъ общества естественнаго организма въ біологическомъ смыслѣ слова: у него нѣтъ ни ограниченнаго тѣла, ни фізіологической ни психологической жизни. Развитие общества, болѣзненные явленія въ немъ, его упадокъ происходятъ совсѣмъ не въ томъ порядкѣ, какой установленъ природой для живыхъ существъ³⁾.

§ 2. Итакъ, человѣкъ, живущій въ обществѣ, преслѣдуетъ свои *личныя, эгоистическія* цѣли, имѣетъ въ виду удовлетворить *свои личные* интересы и потребности. Этотъ эгоистическій мотивъ является главнымъ стимуломъ человѣческой дѣятельности. Онъ выдвигаетъ впередъ энергичныхъ и талантливыхъ людей, обезпечивая имъ средства къ жизни, ихъ благосостояніе. Конечно, человѣкъ озабоченъ тѣмъ, чтобы общество обезпечило пользованіе плодами его трудовъ, чтобы развитію его дѣятельности не ставились ненужныя препятствія.

¹⁾ Ranelletti, цит. соч., стр. 12 слѣд.

²⁾ По словамъ проф. Оріу (Naugio, Principes de droit public, стр. 107 прим. 1. Paris, 1916), наиболѣе важными являются экономическіе феномены, политическія же явленія находятся какъ бы на службѣ у нихъ, вродѣ того, какъ тѣло служитъ душѣ. Однако взгляды Оріу отклоняются отъ теоріи Карла Маркса въ томъ отношеніи, что онъ видитъ въ господствѣ экономическаго фактора не материализмъ, а только историческій спиритуализмъ. Поэтому экономическими онъ называетъ тѣ явленія, которыя проникнуты экономическими цѣлями и находятся подъ влияніемъ богатства, собственности, услугъ, но отнюдь не тѣ, на которыя воздѣйствуютъ способы производства (ср. его разсужденія о юридическомъ оборотѣ—commerce juridique цит. соч., стр. 173—196).

³⁾ Ranelletti, цит. соч. стр. 18.

Поэтому всякій общественный строй, который нарушает эти принципы, должен ослаблять энергію отдѣльных лицъ и значительно понижать благосостояніе какъ индивидовъ, такъ и самого общества. Такія перспективы, вѣроятно, и ожидаютъ человѣка въ будущемъ социалистическомъ или коммунистическомъ строѣ, когда будетъ уничтожена индивидуальная собственность, закрѣпляющая, по мнѣнію социалистовъ, индивидуальныя неравенства, исчезнетъ обмѣнъ и моментная система, какъ факторы, содѣйствующіе неравенству людей¹⁾. При этомъ строѣ само общество, коллективъ, возьметъ въ собственность все орудія производства, чтобы они не попали въ собственность отдѣльнаго человѣка. Оно само будетъ распредѣлять рабочій урокъ между своими членами, будетъ выдавать имъ вознагражденіе особыми трудовыми бонами. Общество будетъ открывать коллективныя лавки. Плата за трудъ будетъ, по возможности, одинаковой для всѣхъ. Во избѣжаніе накопленія трудовыхъ боновъ они будутъ подвергаться періодическому уничтоженію, которое и помѣшаетъ накопленію сбереженій. Результатомъ такого строя явится паденіе производительности труда, въ чемъ согласны все экономисты, будетъ уничтожена свобода и ее замѣнитъ трудовая повинность. Будутъ упрощены вкусы, пища, одежда, жилище, обстановка, будетъ царить обязательная монастырская простота. Однако такой строй рисуется только въ отдаленномъ будущемъ. Всякая попытка насадить его въ современномъ государствѣ дастъ ужасающіе результаты. Глубоко вѣрно замѣчаніе проф. Оріу, что варвары не смогли бы разрушить Западную Римскую Имперію, если бы она не была обезсилена внутренними язвами и распространеніемъ идей коллективизма²⁾.

Итакъ, основаніемъ современнаго общественнаго строя является обезпеченіе отдѣльному человѣку возможности свободнаго развитія дѣятельности, безпрепятственнаго пользованія плодами своихъ рукъ. Однако, обезпеченіе такой возможности *всемъ людямъ* встрѣчаетъ немалыя трудности и допустимо лишь при условіи допущенія *нѣкоторыхъ ограниченій* для свободной дѣятельности людей и для свободы пользованія плодами своихъ трудовъ. Безъ такихъ ограниченій совмѣстная жизнь людей приведетъ къ печальнымъ результатамъ. Въ самомъ дѣлѣ, столкновеніе ничѣмъ неограниченныхъ противоположныхъ интересовъ вызоветъ въ обществѣ разладъ, отъ котораго будутъ страдать честные и трудолюбивые люди, нерѣдкѣ поставленные въ жизни въ худшія условія, чѣмъ люди менѣе способные, но одаренные способностью не брезговать средствами въ достиженіи своихъ эгоистическихъ цѣлей. Въ борьбѣ за существованіе гибнутъ болѣе слабые люди.— Далѣе, каждый человѣкъ въ отдѣльности не въ состояніи обезпечить себѣ нормальныхъ условий жизни въ смыслѣ санитаріи, полнаго развитія экономической дѣятельности, культуры и пр. Должно выступить общество, которое, для обезпеченія такихъ условий, требуетъ нѣкоторыхъ жертвъ со стороны своихъ членовъ. Наконецъ, и это особенно важно, общество состоитъ изъ людей, обладающихъ въ различной мѣрѣ духовными и физическими способностями.

¹⁾ Naugion, Principes de droit public, стр. 432 слѣд. Paris, 1916.

²⁾ Naugion, цит. соч., стр. 438. Эти слова проф. Оріу особенно примѣнимы къ Россіи въ ея современномъ положеніи, когда она рѣшилась на національное самоубійство во время величайшей міровой войны и занялась вмѣсто борьбы съ врагомъ разными экспериментами въ духѣ социализма и коммунизма.

Есть люди, нормально развитые и способные самостоятельно удовлетворять свои потребности трудом своих рук или ума. Но есть многочисленная группа людей, не обладающих такими качествами, вроде дѣтей, престарѣлыхъ, немощныхъ, безработныхъ и пр. Общество не можетъ оставить такихъ людей на произволь судьбы. Оно должно взять ихъ на свое попеченіе, извлечь, по мѣрѣ возможности, изъ состоянія нищеты и бѣдности и сдѣлать ихъ полезными гражданами. Вопросъ о призрѣніи такихъ людей въ теченіе многихъ вѣковъ и притомъ во всѣхъ культурныхъ странахъ составлялъ предметъ особаго вниманія со стороны какъ общества такъ и законодателя.

§ 3. Въ XIX в. и въ началѣ XX столѣтія эта социальная проблема разрѣшалась различно подѣ влияніемъ двухъ могучихъ научныхъ и общественныхъ движеній, извѣстныхъ подѣ именемъ *либерализма* и *коллективизма* и противоположныхъ другъ другу по своимъ основнымъ положеніямъ. Эти оба направленія оказали громадное влияніе на законодательство культурныхъ странъ. Но въ то время какъ либеральная доктрина властвовала въ теченіе первой и большей части XIX в., доктрина коллективизма получила преобладаніе въ послѣднія десятилѣтія XIX в. и особенно въ началѣ XX вѣка.—Основнымъ положеніемъ либеральной доктрины является тотъ взглядъ, что человѣческое общество управляется естественными законами, которые не могутъ быть измѣнены во-первыхъ потому, что они—не дѣло рукъ человѣческихъ, а во-вторыхъ потому, что они хороши ¹⁾. Видный представитель либеральной доктрины экономистъ Леруа Боле утверждаетъ, что законы, регулирующие образованіе капитала, заработной платы и распределеніе богатства, вполне хороши и не подлежатъ измѣненію. Но эти естественные законы не противны человѣческой свободѣ, напротивъ, они являются выраженіемъ тѣхъ отношеній, которыя устанавливаются между людьми, живущими въ обществѣ, предоставленными самимъ себѣ и свободными дѣйствовать согласно собственнымъ интересамъ. Хотя человѣческіе интересы по внѣшности и могутъ быть противоположны другъ другу, но въ сущности между ними царитъ полная гармонія. Исходя изъ этихъ посылокъ, либеральная доктрина сводила роль законодателя, желающаго обезпечить социальный порядокъ и прогрессъ, къ возможно большому развитію индивидуальной инициативы, устраненію препятствій, мѣшающихъ ея проявленію, а также всего того, что вызвало бы столкновеніе инициативы со стороны нѣсколькихъ лицъ. Однимъ словомъ, вмѣшательство власти должно быть сведено къ минимуму, необходимому для обезпеченія безопасности каждаго и всѣхъ, къ возможно полному осуществленію принципа „laissez faire“. Либеральная доктрина получила сильное подкрѣпленіе въ лицѣ социолога Герберта Спенсера и его послѣдователей. Этотъ ученый, съ легкой руки Чарльза Дарвина, создавшаго теорію подбора и законъ борьбы за существованіе, перенесъ законы біологіи въ область общественныхъ (социальныхъ) явленій. Провозгласивъ, что человѣчество совершенствуется по мѣрѣ теченія естественнаго закона о подборѣ, осуществляемаго путемъ борьбы за существованіе, Спенсеръ считалъ нормальнымъ явленіемъ побѣду сильныхъ существъ надъ слабыми и обрушивался на всякую попытку вмѣшательства госу-

¹⁾ См. мою статью. „Обязательное призрѣніе бѣдныхъ какъ отрасль управленія“, стр. 141—142 (Право, 1909, № 3).

дарства въ различныя стороны общественной жизни, какъ то въ народное образованіе, призрѣніе бѣдныхъ и пр. Въ этомъ отношеніи очень характерны нѣкоторыя мѣста изъ сочиненій Спенсера, посвященныя критикѣ дѣйствовавшихъ въ его время въ Англіи законовъ объ обязательномъ призрѣніи бѣдныхъ. По его выраженію¹⁾, эти законы „превращаютъ бальзамъ въ ядъ. вмѣсто нѣжныхъ и симпатичныхъ отношеній, какія должны бы существовать между богатымъ и бѣднымъ, является холодный, безжизненный механизмъ, связанный регламентами и сухими писанными на пергаментѣ актами. вмѣсто сладкаго, гармоническаго голоса чувствъ, возбужденныхъ благотворными дѣлами, мы слышимъ рѣзкій, нестройный крикъ, исходящій изъ среды, которая можетъ производить только фальшивыя звуки; каждое дѣйствіе, выходящее изъ этого источника—начиная сборомъ денегъ и кончая ихъ распредѣленіемъ—производитъ ропоть, неудовольствіе и озлобленіе. Это—источникъ, порождающій ссоры изъ за власти, споры о правахъ, мрачныя взгляды, зависть, тяжбы, подкупы, мошенничество, ложь, неблагодарность. Это—средство, замѣняющее и, слѣдовательно, усыпляющее благородныя свойства человѣческой души и поощряющее низкія“. Въ другомъ мѣстѣ²⁾ Спенсеръ утверждаетъ, что „филантропія, которая предупреждаетъ бѣдствія въ настоящемъ и тѣмъ причиняетъ большія несчастія будущимъ поколѣніямъ, не менѣе ложна. Всѣ защитники закона о бѣдныхъ должны быть причислены къ этого рода людямъ. Горькая нужда есть самый сильный стимулъ для лѣниваго, самая могучая узда для безразсуднаго, и этого то стимула друзья бѣдныхъ хотятъ лишить нищую братію потому только, что онъ тамъ и сямъ порождаетъ жалобы. Они слѣпы къ тому факту, что по естественному ходу вещей общество постоянно извергаетъ нездоровыхъ, тупоумныхъ, лѣнивыхъ, безхарактерныхъ и безчестныхъ членовъ. Эти немыслящіе, хотя и благонамѣренные люди защищаютъ вмѣшательство, которое не только мѣшаетъ очистительному процессу, но еще увеличиваетъ вырожденіе расы. Они абсолютно поощряютъ размноженіе легкомысленныхъ и неспособныхъ людей, предлагая имъ непремѣнно обезпеченіе; они мѣшаютъ размноженію способныхъ и предусмотрительныхъ, увеличивая затрудненія при содержаніи семейства. Заботясь о предупрежденіи въ сущности полезныхъ страданій, какими мы окружены, они оставляютъ потомству постоянно возрастающее бѣдствіе“.

Либеральная доктрина оказала громадное вліяніе на законодательство культурныхъ странъ. слѣды его можно подмѣтить во многихъ актахъ, касающихся различныхъ сторонъ народной жизни—въ рабочемъ законодательствѣ, призрѣніи бѣдныхъ, народномъ образованіи и пр. Даже въ такихъ странахъ, какъ Англія, гдѣ напр. законодательство о призрѣніи бѣдныхъ издавна было построено на началѣ обязательности, всетаки многіе важные законы, въ періодъ времени съ 1825 г. до 1870 г., были проникнуты духомъ бентамизма или индивидуализма. По словамъ проф. Дайси, автора извѣстныхъ „Лекцій о взаимныхъ отношеніяхъ законодательства и общественнаго мнѣнія Англіи въ теченіе XIX столѣтія“³⁾, однимъ изъ положеній, выдвинутыхъ бентамизмомъ, являлось слѣдующее: „каж-

¹⁾ Гербертъ Спенсеръ. Соціальная статика, стр. 366. С.-Петербургъ, 1906 г.

²⁾ См. его Соціальную статистику, стр. 369.

³⁾ A. V. Dicey, Lectures on the relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century, стр. 146. Reprinted second edition. London, 1917.

дая личность, въ видѣ общаго правила, является наилучшимъ судьей въ дѣлѣ собственнаго благополучія. Поэтому законодательство должно стремиться къ удаленію всѣхъ тѣхъ ограниченій свободной дѣятельности индивида, которыя оказываются ненужными для обезпеченія свободы его сосѣдей“¹⁾).

Однако эта доктрина, несмотря на свое продолжительное господство, въ концѣ концовъ должна была потерять свое значеніе и вліяніе въ обществѣ въ силу цѣлаго ряда нижеслѣдующихъ причинъ. Прежде всего, общество не могло остаться равнодушнымъ къ участи подросткающаго поколѣнія, оно должно было обратить свое вниманіе на соотвѣтствующую физическую и духовную подготовку юношества. Только при условіи выполнения этого требованія общество и могло рассчитывать на дальнѣйшее преуспѣяніе человѣчества.—Далѣе, обществу нельзя было закрывать глаза и на положеніе нуждающихся, а именно больныхъ, увѣчныхъ, престарѣлыхъ, неразвитыхъ физически и умственно и безработныхъ, не нашедшихъ себѣ работы. Общество не могло бросить на произволъ судьбы безработныхъ потому, что они часто лишались работы не по доброй волѣ, а вслѣдствіе экономическихъ кризисовъ, выбрасывавшихъ ихъ на улицу и являвшихся результатомъ несовершенства экономической организаціи современнаго общества²⁾).

Законодатель организовалъ помощь нуждающимся и тѣмъ самымъ призналъ, что сложившіяся экономическія отношенія сами вызываютъ бѣдность и безработицу, а равно и то явленіе, что одна часть населенія зарабатываетъ, пріобрѣтаетъ и имѣетъ меньше того, что ей безусловно необходимо для поддержанія жизни. Общество, какъ цѣлое, стало отвѣчать за послѣдствія своего экономического и соціальнаго строя. Оно признало своимъ долгомъ, допуская избытокъ у однихъ, устранять недостатокъ у другихъ. Этотъ экономическій (хозяйственный) мотивъ смѣнилъ въ настоящее время прежніе мотивы (состраданія, сочувствія и полицейскій), опредѣлявшіе отношеніе общества къ нуждающимся³⁾.—Затѣмъ, общество должно было придти на помощь нуждающимся еще и потому, что эти люди, не получая ни откуда поддержки, легко могли впасть въ отчаяніе и явиться серьезной угрозой личной безопасности и спокойствію общества. Голодъ—дурной совѣтникъ, онъ наталкиваетъ людей на эксцессы, воспитываетъ ихъ въ ненависти и отрицаніи того общественнаго строя, который отказываетъ имъ въ поддержкѣ. Невольно при этомъ вспоминаются замѣчательныя слова лорда Георга Бентинка: „я часто слышалъ отъ Каннинга о томъ, что Англія выходила съ успѣхомъ изъ борьбы съ Европой и Америкой благодаря своимъ законамъ о бѣдныхъ, что они примирили народъ съ возложенными на него тягостями и спасли Англію отъ революціи“⁴⁾. Наконецъ, соображенія

¹⁾ П. Покровскій, Бентамъ и его время, стр. 124—130, 577 слѣд. (Записки юридическаго факультета Петроградскаго Университета, Вып. III, 1916) и мой трудъ „Право бѣднаго на призрѣніе“, стр. 478—482. С.-Петербургъ, 1907 г.

²⁾ Ranalletti, ц. с., стр. 34. См. мою статью „Обязательное призрѣніе бѣдныхъ, какъ отрасль управленія“ (Извѣстія Московской Городской Думы 1909 г.), а также мой трудъ „Право бѣднаго на призрѣніе“, стр. 639 и 640.

³⁾ E. Münsterberg, Gedanken zur Geschichte und Theorie des Armenwesens, стр. 164 сл. въ „Zeitschrift für das Heimatwesen“, Juni, 1908.

⁴⁾ Thomas Mackay. A history of the english poor law, стр. 7, прим. 1. London, 1904.—Быть можетъ, надлежало поставленное обязательное призрѣніе бѣднымъ и спасло бы

гуманности должны подвинуть общество на оказаніе дѣйствительной помощи нуждающимся. Послѣдніе тѣсно связаны съ другими, болѣе счастливыми членами общества, взаимнымъ обмѣномъ услугъ и экономическихъ благъ. Общество исповѣдуетъ религію, которая проповѣдуетъ любовь къ ближнему и благоговѣяетъ добрыя дѣла на пользу страждущихъ. Общество признаетъ и культивируетъ чувство гуманности и духъ солидарности между людьми. Слѣдовательно, въ пользу дѣятельной помощи общества его нуждающимся членамъ говорятъ соображенія справедливости, сохраненія спокойствія и мира въ обществѣ. Такой помощи требуютъ цѣли благостоянія и прогресса, какъ экономического такъ и нравственного, возможно большаго числа людей и самого общества, наконецъ чувства солидарности и гуманности ¹⁾. Всѣ эти соображенія и вызвали въ современномъ обществѣ то движеніе, которое наложило свой отпечатокъ на новѣйшее законодательство многихъ культурныхъ государствъ и извѣстно во Франціи подъ именемъ *солидаризма*, а въ Англіи—*коллективизма*.

§ 4. Французская доктрина солидаризма ²⁾, формулированная Леономъ Буржуа и его послѣдователями Оріу, Бугле, Бутру и др., построена на отрицаніи и критикѣ основныхъ положеній либерализма и социализма ³⁾. Она не признаетъ принципа *laissez faire*, возстаетъ противъ законовъ марксизма (т. е. закона концентраціи капиталовъ съ сопутствующими ему явленіями—прогрессомъ нищеты и развитіемъ экономическихъ кризисовъ, закона классовой борьбы и закона зависимости общественныхъ явленій отъ экономического фактора—т. н. исторического материализма) и стремится обосновать свои заключенія на явленіяхъ солидарности, взаимной связанности живыхъ существъ. Она исповѣдуетъ, что законъ солидарности существуетъ въ біологіи и социологіи наряду съ законами борьбы за существованіе и классовой борьбы. Солидаризмъ утверждаетъ, что индивидъ, живущій въ обществѣ, тѣсно связанъ узами съ другими индивидами или группами ихъ и что у нихъ по отношенію другъ къ другу устанавливаются социальныя обязанности. Солидаризмъ прибѣгаетъ къ конетрукціи общественнаго договора (*contrat social*). Однако этотъ договоръ, въ противоположность общественному договору Руссо, существуетъ и дѣйствуетъ не только между живущими людьми, но и связываетъ ихъ съ прошлыми и будущими поколѣніями. На практикѣ этотъ договоръ долженъ быть справедливымъ и это драгоцѣнное качество его должно обезпечиваться: 1) страхованіемъ отъ отсутствія культивировки индивидуальныхъ способностей (обязательное и бесплатное обученіе), 2) страхованіемъ отъ природныхъ недостатковъ (обезпеченіе матеріальной поддержки ребенку, немощному или престарѣлому, если у нихъ нѣтъ средствъ къ существованію) и 3) страхованіемъ отъ социаль-

Россію отъ ужасовъ революціи. Правительству и обществу, несомнѣнно, должно быть поставлено въ вину, что они не обращали должнаго вниманія на этотъ важный для Россіи вопросъ. Характерно, что ни одна русская политическая партія, даже сравнительно умѣренная—конституціонно—демократическая,—не включила въ свою программу указанія на желательность организаціи обязательной помощи нуждающимся. Печальная картина!

¹⁾ Ranelletti, цит. соч., стр. 36—37.

²⁾ См. мой трудъ „Право бѣднаго на призрѣніе“ стр. 20—21, 291—300, а также статью проф. Е. В. Спекторскаго, Теорія солидарности (Юридическій Вѣстникъ, 1916 г. кн. XIII (I).

³⁾ См. цит. мою статью въ „Правѣ“ за 1909 г., стр. 143.

наго риска (страхованіе отъ несчастныхъ случаевъ, недобровольной безработицы и пр.). Слѣдовательно, теорія солидаризма, осудивъ бездушное, холодное отноженіе общества и государства къ погибающимъ гражданамъ, замѣнило его инымъ отношеніемъ, проникнутымъ сознаніемъ необходимости оказанія имъ помощи. Солидаризмъ дѣлаетъ энергичныя попытки превратить механическое скопленіе людей, работающихъ въ одной и той же мастерской экономическихъ благъ, въ одухотворенную высшими началами справедливости ассоціацію людей, готовыхъ подать другъ другу руки для совмѣстной культурной работы во имя общечеловѣческихъ идеаловъ.—Что касается *коллективизма* (терминъ, употребляемый профессоромъ Дайси), то на немъ построено все новѣйшее законодательство Англии. Онъ покоится на томъ основномъ принципѣ, что народныя массы могутъ извлечь немалыя выгоды изъ дѣятельности или вмѣшательства государства даже въ такія сферы жизни, которыя могли бы быть предоставлены безконтрольному усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ¹⁾. Доктрина коллективизма во первыхъ, отрицаетъ, чтобы принципъ невмѣшательства (*laissez faire*) могъ являться во многихъ случаяхъ принципомъ хорошаго законодательства, и во вторыхъ, она вѣритъ въ благотѣльность правительственнаго руководства или вмѣшательства, хотя бы оно и значительно ограничивало сферу индивидуальнаго усмотрѣнія или индивидуальной свободы. Англійское законодательство эпохи коллективизма (съ 1865 г. до нашихъ дней) развивается въ четырехъ направленіяхъ—въ сторону расширенія идей покровительства, ограниченія свободы договора, предпочтенія коллективной дѣятельности передъ индивидуальной, особенно въ сферѣ труда, и, наконецъ, въ сторону уравниванія выгодъ для лицъ, не обладающихъ одинаковыми средствами для ихъ достиженія.

Хотя въ настоящее время и признается принципъ обязательной помощи общества его нуждающимся членамъ, однако эта помощь должна быть поставлена въ опредѣленныя рамки: иначе вмѣсто пользы она принесетъ только одинъ вредъ. Поэтому она не должна ослаблять въ человѣкѣ чувства ответственности, уничтожать его стремленія къ труду и ослаблять производительные классы общества въ угоду непроизводительнымъ. Вотъ почему оказывается болѣе предпочтительной другая форма участія общества въ помощи нуждающимся, а именно *превентивная* или *предупредительная*, которая ставитъ своей цѣлью развитіе такой дѣятельности, которая бы предупреждала утрату человѣкомъ трудовой энергіи или тѣхъ условій, при которыхъ она могла бы развиваться наиболѣе производительнымъ образомъ. Однако предупредительная дѣятельность не устраняетъ нужды въ активной помощи, которая чаще всего облекается въ форму частной благотворительности или общественнаго и государственнаго призрѣнія бѣдныхъ.

¹⁾ А. V. Dicey, цит. сочин., стр. 259 слѣд.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Г о с у д а р с т в о ¹⁾.

§ 5. Слѣдовательно, человѣкъ можетъ добиться удовлетворенія своихъ потребностей, достигнуть своихъ цѣлей только въ общеніи съ другими людьми, въ обществѣ. У общества къ его членамъ и у послѣднихъ къ обществу устанавливаются взаимныя обязанности: такъ общество должно поддерживать своихъ нуждающихся членовъ, а люди, объединенные въ группы и союзы, несутъ рядъ обязанностей по отношенію къ этимъ организаціямъ. Кромѣ того, въ обществѣ имѣется и естественная ячейка—семья,—между членами которой также завязывается взаимная связанность, солидарность. Всѣ эти обязательства сводятся къ воздержанію отъ актовъ, которые нарушаютъ интересы другихъ лицъ, къ оказанію услугъ или предоставленію матеріальныхъ благъ другимъ лицамъ. Опытъ, однако, показываетъ, что люди не такъ—то легко идутъ навстрѣчу этимъ обязанностямъ, они не достаточно проникаются духомъ солидарности. Усвоеніе солидарности требуетъ долгой подготовительной культурной работы, до извѣстной степени перерожденія человѣческой природы, въ корнѣ глубоко эгоистичной. Такого перерожденнаго человѣка и рисуешь анархическая и социалистическая доктрина ²⁾, представляя его въ идеальномъ видѣ, какъ существо, воспитанное въ духѣ свободы, всегда любящее трудъ и руководствующееся принципами коллективизма. Но реальный, живой человѣкъ—не таковъ. На почвѣ несовершенства человѣческой природы рождается уклончивое отношеніе людей къ тѣмъ обязанностямъ, которыя вытекаютъ изъ семейныхъ и общественныхъ узъ, изъ принадлежности человѣка къ тѣмъ или другимъ группамъ, союзамъ, организаціямъ. Это уклоненіе вызываетъ отпоръ со стороны общества, которое заставляетъ людей исполнять эти обязанности и сообразовать съ ними свое поведеніе. *Это принужденіе выливается въ форму особыхъ предписаній, обязательныхъ проявленій воли, нормъ поведенія, опредѣляющихъ способы и формы человѣческихъ дѣйствій.* Такія нормы называются *юридическими* или *объективнымъ правомъ*. Онѣ опредѣляютъ границы дѣятельности и обязательствъ людей и группъ ихъ во взаимныхъ отношеніяхъ для обезпеченія тѣхъ условий, которыя необходимы людямъ при удовлетвореніи ихъ потребностей. Исполненіе такихъ нормъ обезпечивается психическимъ принужденіемъ (страхъ осужденія со стороны общественнаго мнѣнія, чувство долга) или физическимъ принужденіемъ т. е. физической силой. Юридическія нормы отличаются отъ религіозныхъ, нравственныхъ и обычныхъ нормъ тѣмъ, что обезпечиваютъ въ обществѣ основныя и необходимыя условія общежитія, тогда какъ прочія нормы затрогиваютъ другія стороны человѣческой жизни. Право имѣетъ въ виду только тѣ отношенія, которыя завязываются между людьми (отдѣльными личностями или группами ихъ), и рассматриваетъ ихъ постольку, поскольку они интересуютъ другихъ лицъ.

¹⁾ Ranelletti, Principii, стр. 51—405.

²⁾ Ranelletti, цит. соч., стр. 56 прим.

Цѣлью права является обезпеченіе и покровительство различныхъ интересовъ отдѣльныхъ лицъ и группъ ихъ.

§ 6. Въ современномъ обществѣ юридическія нормы устанавливаются государствомъ. Только оно одно и обладаетъ достаточной силой для ихъ установленія. Въ государства—нѣтъ права. Право—проявленіе воли государства. Для признанія нормъ юридическими необходимо или созданіе ихъ государствомъ или признаніе ихъ со стороны государства, которое и обезпечиваетъ ихъ исполненіе при помощи принужденія. Такимъ образомъ, государство выполняетъ первую и самую важную функцію т. н. *правовую, юридическую*. Однако эта функція пригодна только для того, чтобы заставить людей или группы ихъ выполнять тѣ или иныя обязанности, но она оказывается недостаточной, когда приходится имѣть дѣло съ обезпеченіемъ условій существованія и дѣятельности самого общества во всей его совокупности, объ удовлетвореніи коллективныхъ потребностей всего общества, какъ *единого цѣлаго*. Такая задача, конечно, можетъ быть выполнена только самимъ обществомъ или, вѣрнѣе, его органомъ—государствомъ. Но, конечно, она не можетъ быть достигнута при помощи права, которое имѣетъ дѣло съ обязанностями отдѣльныхъ лицъ или группъ ихъ, но не съ цѣлымъ обществомъ во всей его совокупности ¹⁾. Государству приходится развивать иную функцію—т. н. *соціальную* или *общественную*. Она представляется въ современномъ государствѣ чрезвычайно разнообразной и проявляется въ самыхъ различныхъ формахъ. Такъ государство беретъ на себя призрѣніе всѣхъ дѣтей, лишенныхъ семьи или нуждающихся въ нормальной семейной обстановкѣ (сироты, подкидыши, заброшенные нравственно и физически дѣти). Но государство не оставляетъ безъ помощи и нуждающихся гражданъ болѣе зрѣлаго возраста: на его попеченіе попадаютъ больные, престарѣлые, немощные, безработные. Соціальная функція государства проявляется еще и въ томъ, что оно заботится о развитіи физическихъ силъ всѣхъ общественныхъ классовъ, другими словами оно стремится къ сохраненію общественнаго благосостоянія. Для этой цѣли государство организуетъ свои предпріятія, вводитъ монополіи, устраиваетъ цѣлый рядъ учреждений, предназначенныхъ обслуживать общіе интересы, наблюдаетъ и регулируетъ дѣятельность частной промышленности и пр. и пр. Однимъ словомъ, соціальная функція государства (или другихъ публичныхъ единицъ, вродѣ общинъ, округовъ и пр.) сводится къ защитѣ и попеченію о коллективныхъ (общественныхъ) интересахъ, къ сохраненію и улучшенію матеріальныхъ условій общественнаго благосостоянія, къ наблюденію, руководству и поддержкѣ частной дѣятельности, стремящейся удовлетворить общественные потребности и интересы ²⁾.

§ 7. Итакъ, государство является органомъ общества, созданнымъ для удовлетворенія общихъ интересовъ. Выполняя эту задачу, государство тѣмъ самымъ рѣзко отличается, отъ другихъ соединеній, союзовъ и группъ, существующихъ въ обществѣ. Кромѣ того, особенностью государства является еще и то, что оно слагается изъ четырехъ элементовъ—*народа, территоріи, властвованія* и *цѣли*. Такъ, для наличности государства требуется присутствіе людей, и при томъ всѣхъ людей, живущихъ на опредѣленной территоріи, которые въ совокупности и образуютъ *населеніе, народъ*. Народъ распадается на гражданъ

¹⁾ Ranalletti, Principii, стр. 76 сл.

²⁾ Ranalletti, Principii, стр. 99.

т. е. лицъ, принадлежащихъ къ данному государству на правахъ его членовъ, и на иностранцевъ. Всѣ граждане составляютъ націю, подъ которой, однако, надо понимать не только населеніе, объединенное общностью расы, цивилизаціи и взглядовъ, но и населеніе организованное, въ которомъ исторически сложились классы и сословія и создались тѣ первичныя общія учрежденія, благодаря которымъ нація можетъ превратиться въ государство¹⁾.—Вторымъ элементомъ въ понятіи государства является *территорія*. Безъ территоріи, на которой *осѣдло* живетъ населеніе, нельзя представить и самого государства. Поэтому ни визиготы ни бургунды не составляли государства до тѣхъ поръ, пока у нихъ не образовались королевства. То же явленіе можно подмѣтить у евреевъ во время ихъ странствованій по пустынь, у предковъ индо-европейцевъ во время ихъ долгихъ передвиженій съ центрального плато Азіи въ западныя части Европы²⁾. Такимъ образомъ, непремѣннымъ условіемъ для признанія данной части земной поверхности территоріей государства является осѣдлый образъ жизни находящагося на ней населенія (или большей части его)³⁾. Принадлежность къ территоріи въ силу факта рожденія, мѣста жительства или проживанія, опредѣляетъ или влѣяетъ на приобрѣтеніе званія члена государства или т. н. гражданства. Каждое государство, въ предѣлахъ своей территоріи, осуществляетъ свою высшую власть. Оно можетъ свободно располагать для публичныхъ цѣлей частью своей территоріи. Однако, власть государства надъ своей территоріей не носитъ патримоніальнаго характера⁴⁾, не является настоящимъ публичнымъ реальнымъ правомъ, аналогичнымъ, по утверженію нѣкоторыхъ ученыхъ, частному праву собственности⁵⁾. Дѣйствительно, предметомъ вещныхъ правъ (публичныхъ и частныхъ) можетъ быть только имущество т. е. вещи, которыя являются предметомъ оборота и потому могутъ быть присвоены тѣмъ или инымъ лицомъ. Между тѣмъ власть государства надъ территоріей носитъ иной характеръ. Государственная территорія не можетъ быть присвоена. Она мыслится какъ элементъ государства, какъ постоянное мѣсто пребыванія народа и какъ условіе жизни, развивающейся въ ея предѣлахъ, а не какъ объектъ для использованія отдѣльныхъ ея частей. Власть государства надъ территоріей является въ то же время и властью надъ лицами, живущими на ней.—Однако эти обѣ власти однородны и составляютъ *третій элементъ* въ понятіи государства, а именно *власть господства, властвованіе*. Эта власть выражается въ обеспеченіи коллективной жизни народа, въ ея урегулированіи и примѣненіи принужденія для достиженія цѣлей, преслѣдуемыхъ государствомъ при осуществленіи соціальной и юридической функцій. Эту власть предписывать и приказывать можно встрѣтить не только у государства, но и у другихъ союзовъ людей, другихъ формъ ихъ общенія. Однако, государство обладаетъ не только правомъ приказывать, но и правомъ заставлять исполнять свои приказанія при помощи своихъ органовъ. Затѣмъ государство осуществляетъ свое право властвованія безусловно, безгранично, конечно въ предѣлахъ своей компетенціи, причемъ это право носитъ первичный характеръ, тогда какъ по-

¹⁾ Hauriou, Principes, стр. 321.

²⁾ Hauriou, Principes стр. 334.

³⁾ Ranelletti, Principii, стр. 109.

⁴⁾ Hauriou, Principes, стр. 337 слѣд.

⁵⁾ Ranelletti, Principii, стр. 113.

добное же право другихъ публичныхъ общеній является, несомнѣнно, производнымъ, даруется государствомъ. Эта власть носить *суверенный характеръ*, потому что она свободна отъ всякаго юридическаго ограниченія или подчиненія всякой другой власти.—Наконецъ, послѣднимъ элементомъ является *цѣль*. Государство всегда ставитъ своей цѣлью обезпеченіе національнаго единства, организацію военной силы и правосудія, сохраненіе внутренняго мира и установленіе опредѣленнаго правового режима¹⁾. Другими словами, государство стремится обезпечить защиту страны, порядокъ въ ней и благосостояніе населенія. Современное государство преслѣдуетъ общіе интересы *всего народа, всѣхъ классовъ его*. Оно не должно быть классовымъ государствомъ. Всѣ классы должны находить у государства равную защиту своихъ интересовъ. По вѣрному замѣчанію Ранеллетти²⁾, „это условіе является для современнаго государства простой необходимостью. Если государство будетъ проявлять свою дѣятельность для охраны интересовъ только одного класса въ ущербъ интересамъ другихъ классовъ, то такая политика, несомнѣнно, вызоветъ ожесточенное сопротивленіе со стороны обойденныхъ классовъ. Подобное положеніе вещей можетъ длиться нѣкоторое время, но все равно такое государство осуждено на гибель“³⁾.

§ 8. Однако, современному государству все же присущъ классовый характеръ, хотя, конечно, и не въ такой степени, какъ это утверждаетъ доктрина историческаго матеріализма. Послѣдняя даже видитъ въ современномъ государствѣ организацію болѣе могущественнаго въ экономическомъ отношеніи класса, который и превращаетъ государство въ инструментъ или машину для угнетенія и эксплуатаціи низшихъ классовъ⁴⁾. Однако это утверженіе нуждается въ существенныхъ поправкахъ. Конечно, современное государство построено на *классовомъ режимѣ*⁵⁾, конечно выдающуюся роль въ государственной жизни играютъ имущіе классы населенія. Однако для правильной оцѣнки значенія роли имущихъ классовъ, надо, прежде всего выяснить, кого нужно понимать подъ этими классами?—Вопросъ объ общественныхъ классахъ и ихъ характерныхъ признакахъ представляется очень спорнымъ въ социологіи и въ политической экономіи⁶⁾. Ученые ищутъ характерные признаки того или иного класса въ различныхъ направленіяхъ. Соціалистическая доктрина признаетъ дѣленіе общества на два враждебныхъ класса, а именно на лицъ, живущихъ на заработокъ, и капиталистовъ, пролетаріатъ и буржуазію⁷⁾. Такимъ образомъ, къ капиталистамъ причисляются и мелкіе землевладѣльцы, которые сами обрабатываютъ свои участки, и фермеры и привилегированные чиновники, которымъ законъ обез-

1) Naugiou, Principes, стр. 378.

2) Ranalletti, Principii, стр. 127.

3) Какъ вѣрны эти слова для характеристики положенія Россіи за послѣдніе полтора года. Классовый характеръ революціи привелъ страну къ позору и униженію.

4) Ranalletti, Principii, стр. 128.

5) Naugiou, Principes, стр. 408 слѣд.

6) См. изслѣдованіе проф. С. И. Солнцева, Общественные классы. Важнѣйшіе моменты въ развитіи проблемы классовъ и основныя ученія, стр. 151 сл. Томскъ, 1917 г.

7) С. И. Солнцевъ, п. с. стр. 362 слѣд., особ. стр. 381.—Очень характерно въ этомъ отношеніи слово „буржуй“, вошедшее въ обиходъ революціонной Россіи во время владычества большевиковъ. Оно имѣло настолько широкій смыслъ, что охватывало даже квалифицированныхъ рабочихъ.

печиваетъ занятіе и отправленіе должности. Такое дѣленіе общества представляется слишкомъ упрощеннымъ. Въ обществѣ замѣчается болѣе сложная дифференціація. Оно распадается не на два, а на три класса. Такое дѣленіе общества выдвигаетъ проф. Оріу. Онъ предлагаетъ отнести къ *первому, пролетарскому классу* только тѣхъ, кто живетъ заработкомъ, у кого трудъ является товаромъ, кто въ обмѣнъ за него получаетъ только одну плату и не обладаетъ никакимъ правомъ на свое занятіе въ смыслѣ обезпеченія его за нимъ по закону, какъ это наблюдается у привилегированныхъ чиновниковъ ¹⁾. Надъ этимъ классомъ возвышается т. н. *средній* или *буржуазный классъ*, который настроенъ вполне благожелательно къ пролетаріямъ и охотно идетъ навстрѣчу ихъ запросамъ и нуждамъ. Буржуазія даетъ низшимъ классамъ право участвовать въ политической жизни страны, допускаетъ всеобщее избирательное право, вводитъ въ законодательныя собранія представителей отъ пролетарскихъ массъ, даетъ имъ право образовывать союзы, устраивать собранія, выпускать журналы и газеты и пр. ²⁾. Современное государство, руководимое среднимъ классомъ, проявляетъ опредѣленную тенденцію къ улучшенію положенія низшаго, рабочаго класса. Оно организуетъ страхование рабочихъ отъ болѣзней, старости, несчастныхъ случаевъ, безработицы, оно защищаетъ рабочаго отъ произвола хозяевъ, опредѣляя продолжительность рабочаго времени, запрещая работу (вообще или ночную или въ особенно опасныхъ предпріятіяхъ) нѣкоторымъ категоріямъ трудящихся. Рабочее законодательство, по словамъ Оріу, превратило рабочихъ и работодателей какъ бы въ чиновниковъ ³⁾. Результатомъ всѣхъ этихъ начинаній явилось исчезновеніе, почти вездѣ, той подчиненности и приниженности въ правовомъ положеніи рабочаго, которая замѣчалась раньше у него по отношенію къ предпринимателю. Кроме того, распространеніе всеобщей подачи голосовъ доставило народнымъ массамъ болѣе широкую долю участія въ общественныхъ дѣлахъ, почти вездѣ подняло ихъ моральное значеніе и даже окружило ихъ такимъ ухаживаніемъ и лестью, которыхъ въ прошломъ они и не знали ⁴⁾.

Нѣкоторыя опасенія вызываетъ существованіе *третьяго класса т. н. крупныхъ капиталистовъ*. Къ нему принадлежатъ люди, настолько обезпеченные матеріально, что имъ нѣтъ надобности самимъ завѣдывать своими предпріятіями и самимъ эксплуатировать ихъ. Въ ихъ рукахъ сосредоточиваются громадныя земельныя участки, которыми завѣдуютъ особыя управляющіе. Они обладаютъ очень крупными капиталами, громадными промышленными предпріятіями съ десятками и сотнями тысячъ рабочихъ и многомилліоннымъ оборотомъ. Въ развитыхъ промышленныхъ странахъ эта концентрація капиталовъ и имущества въ немногихъ рукахъ достигла грандіозныхъ размѣровъ. Тресты и синдикаты, возглавляемые такими некоронованными королями, представляютъ для современнаго государства немалую опасность. Классъ крупныхъ капиталистовъ опасенъ, во-первыхъ, потому, что онъ пріобрѣтаетъ власть надъ массами людей, находящимися въ полной зависимости отъ нихъ. Во-вторыхъ, благодаря своему вліянію и богатству, этотъ классъ фактически является единственнымъ властелиномъ въ

¹⁾ Hauriou, Principes, стр. 413.

²⁾ Ranelletti, Principii, стр. 127 и 128.

³⁾ Hauriou, Principes, стр. 414.

⁴⁾ Поль Луи, Рабочій и государство. Перев. съ франц., стр. 25. С.-Петербургъ, 1907 г.

государствѣ и господиномъ надъ другими общественными классами. Въ-третьихъ, накопленіе богатствъ развиваетъ роскошь и развратъ, возбуждая зависть и ненависть у менѣе обезпеченныхъ классовъ населенія¹⁾. Конечно, этотъ классъ приноситъ немалую пользу обществу, развивая и насаждая промышленность, проводя желѣзныя дороги въ слабонаселенныхъ мѣстностяхъ, давая заработокъ многимъ милліонамъ людей. Однако въ его дѣятельности обнаруживается такъ много отрицательныхъ сторонъ, что онѣ затушевываютъ пользу, приносимую имъ странѣ. Такія отрицательныя стороны обнаружились, напимѣръ, въ дѣятельности американскихъ трестовъ. Въ литературѣ, посвященной этимъ организаціямъ, сообщаются свѣдѣнія о необыкновенномъ умѣньѣ нѣкоторыхъ трестовъ (желѣзнодорожныхъ и др.) обходить законъ. Шермана, запрещающій устройство трестовъ, и игнорировать постановленіе суда по такимъ дѣламъ²⁾. Въ ней же можно встрѣтить сообщенія о цѣломъ рядѣ крупныхъ злоупотребленій при образованіи желѣзнодорожныхъ трестовъ³⁾. Не безынтересенъ сообщаемый фактъ о томъ, что Верховный Судъ Соединенныхъ Штатовъ призналъ одинъ трестъ (Temple Iron Company) незаконнымъ обществомъ, подлежащимъ роспуску, и что это обстоятельство нисколько не отразилось ни на уровнѣ цѣнъ ни на интересахъ объединенныхъ въ этотъ трестъ дорогъ: вѣроятно, взамѣнъ этого треста (Temple Iron Company) образовался какой-нибудь негласный органъ, а трестъ продолжалъ свою дѣятельность попрежнему⁴⁾. Успѣшно борется съ судомъ и сахарный трестъ, который былъ привлеченъ къ отвѣтственности за операціи на таможенѣ⁵⁾. Интересны приемы борьбы нефтяного треста (Standard Oil Company) съ прокладкой новыхъ нефтепроводовъ конкурирующихъ компаній: былъ даже случай, когда одна конкурирующая компанія начала проводить нефтепроводъ по рѣчкѣ подъ мостомъ Erie Railroad, и эта желѣзная дорога (объединившаяся въ вышеуказанный трестъ) выставила толпу вооруженныхъ людей и открыла по рабочимъ компаніи настоящую канонаду⁶⁾. Наконецъ, интересно отмѣтить, что конфликты Standard Oil Company съ законодательными актами, направленными противъ трестовъ, кончались для нея болѣе или менѣе благополучно. Эта компанія охотно платила необременительные для себя штрафы, но за то умѣло избѣгала платежа чувствительныхъ для нея денежныхъ взысканій. Напимѣръ, въ августѣ 1907 года, окружной судъ штата Индіана оштрафовалъ эту компанію на 29.240.000 долларовъ т. е. почти на 60 милл. рублей. Однако этотъ приговоръ былъ отмѣненъ Высшимъ Судомъ Соединенныхъ Штатовъ⁷⁾. Такіе факты, конечно, можно встрѣтить въ дѣятельности промышленныхъ организацій и другихъ странъ. Они свидѣтельствуютъ о томъ, что въ промышленной жизни культурныхъ государствъ не все обстоитъ благополучно и что государству нельзя игнорировать такихъ явленій. Конечно, государство старается нѣсколько ослабить значеніе крупныхъ капиталистовъ. Оно регулируетъ выпускъ и котировку на биржѣ

¹⁾ Naugion, Principes, стр. 425.

²⁾ М. И. Назаревскій, Очерки по исторіи и теоріи коллективно-капиталистическаго хозяйства. Часть первая, стр. 25 и 26. Москва, 1912.

³⁾ М. И. Назаревскій, цит. соч. стр. 40—42.

⁴⁾ М. И. Назаревскій, цит. соч. стр. 70.

⁵⁾ М. И. Назаревскій, цит. соч. стр. 212.

⁶⁾ М. И. Назаревскій, цит. соч. стр. 271.

⁷⁾ М. И. Назаревскій, цит. соч. стр. 286.

цѣнныхъ бумагъ. Оно само стремится превратиться въ крупнаго капиталиста, выпуская государственную ренту, и, наконецъ, оно облагаетъ капиталы налогами¹⁾. Въ этомъ направленіи государству предстоить упорная работа и только такимъ путемъ ему удастся устранить нѣкоторыя отрицательныя стороны дѣятельности класса крупныхъ капиталистовъ.

§ 9. Итакъ, государство является общественной группой людей (народомъ), которая осѣдло живетъ на данной территоріи, подчиняется общей принудительной власти и стремится къ удовлетворенію, путемъ коллективной дѣятельности, собственныхъ нуждъ и общихъ интересовъ²⁾. Такое опредѣленіе государства можно назвать *общественнымъ (соціальнымъ)*, потому что въ немъ государство является коллективомъ, общеніемъ людей, объединенныхъ общностью цѣли, дѣятельности и самаго существованія. Государство можно даже назвать общественнымъ (соціальнымъ) организмомъ, конечно не похожимъ на естественные организмы, потому что что у него нѣтъ ни опредѣленнаго тѣла, ни особой физиологической или психической жизни. Однако государство можетъ быть опредѣлено еще и съ *юридической точки зрѣнія*, такъ какъ оно творитъ право и живетъ въ немъ. Оно можетъ проявлять свою волю для достиженія поставленныхъ ему цѣлей. И эта воля осуществляется во внѣ, даетъ извѣстныя правовыя послѣдствія. Однимъ словомъ, государство обладаетъ правоспособностью, можетъ вступать съ другими юридическими и физическими лицами въ юридическія отношенія. Оно является субъектомъ правъ и обязанностей³⁾. Такимъ образомъ, государство представляетъ правовой организмъ, дѣятельность котораго, соціальная и правовая, развивается по нормамъ права. Въ такомъ видѣ государство можетъ быть названо *правовымъ*. Государство, въ лицѣ своихъ законодательныхъ органовъ, должно беречь и хранить свое право, измѣнять его только въ предписанной формѣ и въ указанныхъ случаяхъ. Это уваженіе къ праву, по нашему мнѣнію, должно идти настолько далеко, что всякій законъ, нарушающій устой современнаго праваго государства, долженъ быть признанъ недействительнымъ. Законы, нарушающіе основныя права свободы, провозглашающіе безнаказанность челоукоубійства, вводящіе отчужденіе благопріобрѣтннаго частнаго права безъ достаточнаго мотива общественной пользы или безъ уплаты вознагражденія, всѣ они должны быть признаны недействительными⁴⁾.

§ 10. Государство, какъ правовой организмъ, живетъ, проявляетъ дѣятельность при помощи своихъ органовъ⁵⁾ и такимъ путемъ достигаетъ поставленныхъ ему цѣлей. Дѣятельность государства настолько многосложна и разнообразна, что ее нельзя опредѣлить исчерпывающимъ образомъ. Впрочемъ, доктрина подходитъ къ ея опредѣленію съ двоякаго рода критеріемъ, во-первыхъ съ *матеріальнымъ* (по существу) или *объективнымъ* и, во-вторыхъ, съ *формальнымъ* (по власти, осуществляющей дѣятельность) или *субъективнымъ*.

¹⁾ Naugio, Principes, стр. 425 слѣд.

²⁾ Ranalletti, Principii, стр. 131.

³⁾ Подробно въ восьмой главѣ „Публично—правовое отношеніе“, §§ 109—111.

⁴⁾ Противъ этой точки высказывается Ранеллетти (Ranalletti, Principii, стр. 151 и 152. прим.). Однако ее выдвигаютъ Гербертъ, Еллинекъ и Романо. Она особенно примѣнима при оцѣнкѣ законодательства т. н. народныхъ комиссаровъ, поправшаго устои современнаго праваго и культурнаго уклада.

⁵⁾ См. дальше восьмую главу „Публично—правовое отношеніе“, §§ 115—120.

Съ объективной точки зрѣнія доктрина дѣлитъ всю дѣятельность государства на три вида—законодательство, правосудіе (юстицію) и управление (администрацію). Подъ законодательствомъ доктрина понимаетъ ту дѣятельность государства, которая направлена на образованіе права въ объективномъ смыслѣ слова т. е. на установленіе юридическихъ нормъ¹⁾. Право, которое устанавливается такимъ путемъ, носить различный характеръ. Такъ оно можетъ лишить человѣка всякой возможности свободно дѣйствовать по своему усмотрѣнію: въ такомъ случаѣ налицо *право абсолютное, принудительное, jus cogens*. Или, напротивъ, оно предоставляетъ человѣку извѣстную свободу дѣйствій: тогда имѣется налицо *право дополнительное, субсидіарное, диспозитивное, jus dispositivum*. Оно можетъ предписывать человѣку исполненіе опредѣленныхъ дѣйствій (*императивное право*) или воспретить ему ихъ исполненіе (*запретительное право*). Право можетъ установить, что данный фактъ не влечетъ за собой извѣстнаго юридическаго послѣдствія (*отрицательное право*), оно можетъ дать разрѣшеніе (*разрѣшительное право*) или наложить наказаніе за неисполненіе обязанности (*карательное право*). Конечно, законодательство устанавливаетъ только юридическія нормы т. е. такія, которыя регулируютъ дѣятельность физическихъ и юридическихъ лицъ во внѣшнихъ ея проявленіяхъ, поскольку она имѣетъ въ виду обезпеченіе выгодъ и интересовъ другихъ лицъ.— Эти нормы должны быть, прежде всего, общими и абстрактными т. е. регулировать абстрактно неопредѣленное число социальныхъ отношеній²⁾. Затѣмъ онѣ должны опредѣлять сущность общихъ идей, примѣняемыхъ при урегулированіи социальныхъ положеній и отношеній³⁾ и создавать общія, безличныя, объективныя положенія⁴⁾. Это требованіе общности и абстрактности нормы является существеннымъ для признанія данной нормы юридической, пригодной стать объектомъ законодательной дѣятельности государства⁵⁾. Нѣкоторые ученые выдвигаютъ еще одно требованіе, а именно, чтобы норма была *новой*, отмѣняла дѣйствующее право⁶⁾. Это требованіе, однако, является излишнимъ, потому что новизна и безъ того составляетъ яркую особенность современнаго законодательства.—Дѣятельность государства, которая выражается въ установленіи описанныхъ выше нормъ, называется законодательной, а проявленіе воли государства, направленное на установленіе такихъ нормъ и облакающееся въ форму акта, называется *закономъ*. Такъ какъ въ этомъ актѣ первенствующее мѣсто и значеніе принадлежитъ содержанію—юридической нормѣ—матеріальной сторонѣ нормы—и совершенно игнорируется тотъ органъ или та власть, черезъ которые проявляется воля государства, то доктрина (вѣрнѣе значительная группа ученыхъ) присваиваетъ такому акту, устанавливающему юридическія нормы, названіе *закона въ матеріальномъ смыслѣ слова*. Самая же дѣятельность государства, направленная на изданіе такихъ актовъ, называется *законодательствомъ*

1) Ranalletti, Principii, стр. 234 слѣд.

2) Ranalletti, Principii, стр. 240.

3) Hauriou, Principes, стр. 233.

4) Gaston Jèze, Les principes généraux du droit administratif, стр. 22. Paris, 1914.

5) Иначе высказывается Ранеллетти, который считаетъ, что общность является не существеннымъ, а естественнымъ или нормальнымъ элементомъ юридической нормы (см. Ranalletti, цит. соч. стр. 241 прим.)

6) Ranalletti, Principii, цит. соч., стр. 243, Hauriou, Principes, стр. 248.

въ матеріальномъ смыслѣ¹⁾. Слѣдовательно, законодательство устанавливаетъ юридическія нормы, которыя должны соблюдаться въ обществѣ. Однако, люди, составляющіе общество, не всегда считаются съ этими нормами и часто ихъ нарушаютъ. Государство заинтересовано въ соблюденіи этихъ нормъ и реагируетъ на ихъ нарушеніе особымъ способомъ, который и даетъ содержаніе дѣятельности государства, называемой *правосудіемъ* или *юстиціей*. Стремясь къ защитѣ юридическихъ нормъ отъ нарушенія, государство, прежде всего, направляетъ свою дѣятельность на удостовѣреніе и объявленіе права въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ и на указаніе той нормы, которая должна быть примѣнена. Такая дѣятельность государства можетъ быть названа удостовѣрительной. Далѣе государство вмѣшивается для того, чтобы реализовать субъективныя права гражданъ или вызвать какое-нибудь юридическое послѣдствіе, напримѣръ, создать право, юридическое отношеніе, прекратить или вызвать то или иное измѣненіе въ нихъ. Наконецъ, государство можетъ принудить обязаннаго человека къ уваженію или удовлетворенію субъективнаго права другого лица или примѣнить принудительныя мѣры къ личности и имуществу нарушителя нормы, при чемъ въ извѣстныхъ случаяхъ онъ можетъ быть присужденъ къ возмѣщенію ущерба. Такимъ образомъ, государство обезпечиваетъ право путемъ *удостовѣренія, реализаціи права и осужденія* нарушителя нормы съ послѣдующимъ примѣненіемъ принужденія. Дѣятельность государства въ этихъ направленіяхъ и даетъ содержаніе правосудію или юстиціи. Она осуществляется государствомъ при помощи судей. Задача этой дѣятельности сводится къ точному примѣненію закона къ данному случаю, къ выясненію матеріальныхъ условий его и къ технической или хозяйственной оцѣнкѣ. Однако оцѣнка судьи не должна идти дальше удостовѣренія или истолкованія существующей нормы за исключеніемъ, впрочемъ, того случая, когда само объективное право даетъ суду возможность выйти за эти рамки. Тогда судья исполняетъ не одну судебную функцію, но еще и законодательную. Такое смѣшеніе въ дѣятельности судьи двухъ функцій встрѣчаетъ одобреніе со стороны многихъ ученыхъ. Особенно въ послѣднее время раздается немало голосовъ за предоставленіе судьямъ бѣльшей свободы въ оцѣнкѣ предъявленныхъ требованій, въ установленіи критерія при сужденіи о достоинствахъ того акта, который вызываетъ споръ, другими словами въ опредѣленіи нормы для конкретнаго случая: въ этомъ отношеніи судья располагаетъ наибольшей свободой, когда ему приходится наталкиваться на отсутствіе нормы для даннаго случая или на неудовлетворительную формулировку ея. Далѣе, судья можетъ приспособлять норму, которая не содержитъ точнаго предписанія, къ измѣнившимся общественнымъ условіямъ. Наконецъ, для судьи не исключена

¹⁾ Эта точка зрѣнія встрѣчаетъ поддержку въ германской и отчасти въ итальянской доктринѣ. Французскіе и бельгійскіе ученые не знаютъ матеріальнаго понятія закона. Впрочемъ, во французской литературѣ проявляется склонность признавать равноцѣнными источниками права законъ и указъ, причемъ послѣдній считается второстепеннымъ закономъ, который ничѣмъ не отличается по своей природѣ отъ закона въ собств. смыслѣ (см. въ общ. части, въ пятой главѣ „Источники административнаго права“ § 72, а равно у *Naugioz*, *Traité de droit administratif et de droit public*, стр. 36 сл., ос. прим. 2 на стр. 36, 8-me edition, Paris, 1914). Противъ матеріальнаго понятія закона высказывается В. М. Гессенъ, Основы конституціоннаго права, стр. 49 сл. Петроградъ, 1917.

возможность даже исправленія закона¹⁾. Дѣятельность судьи (уголовнаго, гражданскаго и административнаго) выливается въ форму приговора или рѣшенія, которое считается окончательнымъ и неотмѣнимымъ—*res judicata pro veritate habetur*. Такое свойство судебныхъ рѣшеній признается правомъ современныхъ культурныхъ народовъ по различнымъ соображеніямъ²⁾. Такъ, приводится то соображеніе, что для поддержанія соціального мира между людьми требуется не затягиваніе судебныхъ процессовъ, а скорѣйшее ихъ окончаніе. Но для этой цѣли очень важно, чтобы факты, установленные судьями, считались уже выясненными и опредѣлившимися. Далѣе, нужно, чтобы передъ законной силой рѣшенія склонялись не только заинтересованныя частныя лица, но еще и третьи лица, публичные органы, всевозможные суды и административные агенты; это необходимо для поддержанія престижа власти, который, несомнѣнно, упадетъ, если населеніе увидитъ, что различные органы власти различно оцѣниваютъ одинъ и тотъ же фактъ и по этому поводу вступаютъ во взаимныя пререканія. Законная сила судебного рѣшенія признается только въ предѣлахъ разрѣшеннаго вопроса т. е. относительно того предмета, который положенъ въ основаніе требованія, повода его (*causa petendi*). Конечно, рѣшеніе обязательно для сторонъ, которыя возбудили дѣло.—Таковы характерные признаки дѣятельности государства, которую можно назвать *правосудіемъ въ матеріальномъ смыслѣ*, потому что она характеризуется не органами, которые ее осуществляютъ, а своей сущностью, матеріей, предметомъ.

§ 11. Однако, дѣятельность государства не исчерпывается правосудіемъ и законодательствомъ. Остается еще очень обширная сфера дѣятельности, которая не укладывается въ рамки законодательной и судебной дѣятельности. Доктрина присваиваетъ ей названіе *управленія* или *администраціи*. Дѣйствительно понятіе законодательства или правосудія не распространяется на такія проявленія государственной дѣятельности, какъ назначеніе государственныхъ чиновниковъ на различныя должности или надзоръ высшихъ органовъ надъ низшими или предоставленіе средствъ, матеріальныхъ благъ и услугъ, необходимыхъ для выполнения всей дѣятельности государства и его функцій—соціальной и юридической и пр. Однимъ словомъ, государство развиваетъ дѣятельность, которая или дополняетъ законодательную и судебную функціи или развивается независимо отъ нихъ. Но во всякомъ случаѣ безъ управленія онѣ существовать не могутъ. Цѣлью управленія является удовлетвореніе потребностей государства какъ цѣлаго. Эта дѣятельность можетъ имѣть въ виду другихъ субъектовъ права, и можетъ ихъ и не имѣть. Она можетъ быть юридической и неюридической. Такая дѣятельность государства называется *управленіемъ или администраціей въ объективномъ или матеріальномъ смыслѣ*³⁾. Она отличается отъ законодательной дѣятельности тѣмъ, что не устанавливаетъ юридическихъ нормъ и подчиняется

¹⁾ Ranelletti, Principii, стр. 257, особ. примѣч. См. А. В. Завадскій, Къ ученію о толкованіи гражданскихъ законовъ. Новѣйшія теченія по этому вопросу въ нѣмецкой литературѣ (школа свободнаго права и др.). Изд. подъ ред. проф. барона А. Симолина стр. 6—48, 117—167, прил. 1, стр. I—XXVII. Казань, 1916 г.

²⁾ Этому вопросу посвященъ интересный отдѣлъ въ трудѣ проф. Жеза (Gaston Jézé) *Les principes généraux*, chap. VII, стр. 146—204.

³⁾ Ranelletti, Principii, стр. 267.

праву, установленному законодательной властью или обычаемъ. Отъ судебной дѣятельности ее отличаетъ то, что она стремится удовлетворить коллективные потребности и интересы, а вовсе не имѣетъ въ виду примѣнять юридическую норму въ конкретномъ случаѣ. Конечно, и въ правосудіи государство удовлетворяетъ коллективные потребности и интересы, но не это является его цѣлью: оно имѣетъ въ виду тотъ результатъ, который можетъ получиться послѣ осуществленія судьей права, защищающаго эти интересы. Далѣе, судьѣ предоставлено право оцѣнивать коллективныя потребности только въ случаяхъ, указанныхъ юридической нормой, а администраторъ, наоборотъ, можетъ и долженъ производить оцѣнку во всѣхъ случаяхъ. Однако, вопросъ объ объемѣ или содержаніи управленія до сихъ поръ не разрѣшенъ доктриной вполне удовлетворительно. И попытки, которыя дѣлались въ этомъ направленіи, едва ли могутъ считаться удачными. Такъ, въ доктринѣ намѣчается одно направленіе, которое опредѣляетъ управленіе (администрацію) какъ исполненіе законовъ, при чемъ власти, исполняющей законы, присваивается названіе исполнительной власти (*puissance exécutif, potere esecutivo*)¹⁾. Едва ли, однако, можно съ такимъ опредѣленіемъ согласиться²⁾. Во-первыхъ, администрація совершенно не занимается исполненіемъ законовъ, носящихъ частно—правовой характеръ. Во-вторыхъ, даже въ сферѣ публичнаго права, дѣятельность администраціи носить практической характеръ, такъ какъ она первой задачей ставитъ не исполненіе закона, а организацію службъ на пользу населенія, при чемъ исполненіе закона является только послѣдствіемъ такого стремленія.—Затѣмъ, въ германской доктринѣ административнаго права есть теченіе, представленное проф. О. Майеромъ и Флейнеромъ, которое опредѣляетъ управленіе, какъ остатокъ, получающійся отъ вычета изъ всей дѣятельности государства его законодательной и судебной власти³⁾. Это опредѣленіе было вызвано, съ одной стороны, необыкновенной пестротой и многообразіемъ проявленій дѣятельности государства, направленной на удовлетвореніе коллективныхъ потребностей и интересовъ населенія, а съ другой стороны невозможностью найти такой положительный признакъ, который бы характеризовалъ, какъ въ правосудіи и законодательствѣ, всю обширную дѣятельность государства, называемую управленіемъ. Нѣкоторые ученые думали найти такой характерный признакъ въ „свободномъ усмотрѣніи“ администраціи⁴⁾. Однако такое усмотрѣніе можно встрѣтить и въ сферѣ юстиціи, гдѣ судьѣ, какъ указано было выше, дана извѣстная свобода.

§ 12. Государство развиваетъ свою административную дѣятельность для удовлетворенія коллективныхъ потребностей населенія. Эта дѣятельность проявляется во внѣ, облекается въ различныя формы. Иногда, она выражается въ дѣйствіяхъ, направленныхъ къ достиженію желаемаго практическаго, но не юридическаго, результата: такова, напримѣръ, дѣятельность по удаленію иностранца за предѣлы государства, раздача писемъ почтальономъ, чтеніе профес-

¹⁾ Ranalletti, Principii, стр. 271, прим. 1. Особенно Ducrocq, Cours de droit administratif et de législation française des finances, 7-me ed. Tome I, стр. 3 и 28. Paris, 1897, а равно Н. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, стр. 1, 7-me ed. Paris, 1913.

²⁾ Hauriou, Précis de droit administratif, стр. 9—10.

³⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 7. Band I. 2-te Auflage. 1914, и Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 8. Tübingen, 1911.

⁴⁾ Fleiner, цит. соч., стр. 6. Подробнѣе дальше въ § 24.

соромъ лекцій передъ студентами и пр. Эти дѣйствія можно назвать *материальными фактами* или *дѣйствіями* (faits ou agissements matériels)¹⁾, *административными фактами* (fatti amministrativi)²⁾. Послѣдніе не носятъ характера проявленій воли, направленныхъ на получение извѣстнаго юридическаго результата или эффекта. Однако, и административные факты иногда получаютъ юридическій характеръ, могутъ затрогивать право, могутъ повлечь за собой юридическія послѣдствія. Напримѣръ, профессоръ въ своей лекціи оклеветалъ кого-нибудь, тогда у обиженнаго является право привлечь профессора къ судебной отвѣтственности. Однако, обычно дѣятельность государства по удовлетворенію коллективныхъ потребностей выливается въ форму дѣйствій—*проявленій воли*, стремящихся вызвать извѣстный юридическій эффектъ и имѣющихъ въ виду нѣсколько *опредѣленныхъ* случаевъ или *неопредѣленное* число ихъ. Такія дѣйствія, которыя имѣютъ въ виду опредѣленный случай, могутъ быть названы *спеціальными, конкретными административными актами*. Тѣ же дѣйствія, которыя предусматриваютъ неопредѣленное число случаевъ, представляютъ *общіе, абстрактные административные акты*. Тѣ и другіе отличаются отъ законодательныхъ актовъ. Такъ, спеціальные административные акты никогда не содержатъ юридической нормы, потому что они всегда ставятъ своей цѣлью обезпеченіе практическихъ задачъ государства, а не созданіе юридической нормы. Что касается общихъ административныхъ актовъ, то они не могутъ устанавливать юридическихъ нормъ потому, что въ такомъ случаѣ они превратились бы въ законодательные акты.

Итакъ, подъ *административнымъ актомъ* можно понимать всякое проявленіе воли, при помощи котораго государство (или другой субъектъ публичнаго права, вродѣ общины и др.) развиваетъ свою административную дѣятельность³⁾. Такой актъ можно назвать *административнымъ актомъ* въ *материальномъ* смыслѣ, потому что здѣсь принимается во вниманіе не органъ, издающій такой актъ, а сущность, природа послѣдняго. *Всякое же дѣйствіе, при помощи котораго государство или другой субъектъ публичнаго права развиваетъ свою административную дѣятельность, можно назвать административнымъ фактомъ*. Совокупность административныхъ актовъ и фактовъ даетъ содержаніе той дѣятельности государства, которая называется *административной*⁴⁾.

¹⁾ По терминологіи проф. Жеза (см. Gaston Jèze, Les principes généraux стр. 47—49).

²⁾ По терминологіи проф. Ранеллетти (см. Ranalletti, Principii, стр. 275).

³⁾ Такое опредѣленіе даетъ проф. Ranalletti, Principii, ц. с. стр. 278. Онъ считаетъ совершенно излишнимъ включать въ опредѣленіе указаніе на юридическій эффектъ, вызываемый проявленіемъ воли. Другіе ученые, однако, обращаютъ на это особенное вниманіе. Таковы опредѣленія административнаго акта, „какъ акта управленія, направленнаго на установленіе, измѣненіе или прекращеніе конкретныхъ юридическихъ отношеній или состояній“ (проф. А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр. 153. Изд. 2-е. Москва, 1917), „какъ относящагося къ управленію рѣшенія должностнаго лица которое опредѣляетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что для него должно быть правомъ“ (Otto Mayer, цит. соч. Band I, стр. 95), „какъ рѣшенія, принятаго административною властью въ формѣ, пригодной къ исполненію, съ цѣлью вызвать юридическое послѣдствіе“ (Haurio u, Principes, стр. 300).

⁴⁾ Ranalletti, Principii, стр. 279.

§ 13. Дѣятельность государства можетъ разсматриваться не только съ объективной, матеріальной точки зрѣнія, но и съ субъективной или формальной, которая считается исключительно съ той властью или съ тѣми органами, которымъ отведена та или другая сфера дѣятельности. Такая точка зрѣнія тѣсно связана съ теоріей раздѣленія властей, которая выдвигаетъ слѣдующія положенія. Современное государство осуществляетъ свою дѣятельность при помощи органовъ. Каждому органу отведенъ опредѣленный кругъ дѣлъ, дана извѣстная компетенція. Это распредѣленіе дѣлъ производится по опредѣленному основному критерию, а именно каждая отрасль государственной дѣятельности—законодательная, судебная и административная—ввѣряется различнымъ органамъ, автономнымъ и независимымъ другъ отъ друга, при осуществленіи своихъ функций. Эта мысль объ обособленности властей была сформулирована Монтескье въ его „Духъ законовъ“, гдѣ онъ настаивалъ на необходимости существованія трехъ отдѣльныхъ властей, вполнѣ равныхъ другъ другу, взаимно уравновѣшивающихъ и хотя соприкасающихся, но совершенно независимыхъ другъ отъ друга. Этотъ взглядъ выраженъ Монтескье въ слѣдующемъ мѣстѣ изъ его классическаго труда „О духъ законовъ“¹⁾: „когда въ одномъ и томъ же лицѣ или въ одномъ и томъ же учрежденіи законодательная власть соединена съ исполнительной, свободѣ нѣтъ мѣста потому, что существуетъ опасность, какъ бы одинъ и тотъ же сенатъ не сталъ издавать тиранническихъ законовъ для того, чтобы тираннически приводить ихъ въ исполненіе. И точно также нѣтъ мѣста свободѣ въ томъ случаѣ, если судебная власть не отдѣлена отъ законодательной и исполнительной. Если она соединена съ законодательной, господство надъ жизнью и свободой гражданъ становится произвольнымъ, ибо судья является законодателемъ. Если она соединена съ исполнительной властью, то судья пріобрѣтаетъ силу притѣснителя. Все потеряно, если одно и то же лицо или одна и та же коллегія главенствующихъ, знатныхъ или народа, осуществляетъ три власти совмѣстно: власть издавать законы, исполнять общественныя постановленія, судить преступленія и споры между гражданами“.—Однако такая точка зрѣнія Монтескье не была усвоена современными конституціями въ силу цѣлаго ряда причинъ²⁾. Прежде всего, теорія Монтескье оказалась слишкомъ прямолинейной и малоподходящей къ условіямъ жизни современныхъ государствъ, въ которыхъ всѣ три вида государственной дѣятельности чрезвычайно тѣсно связаны другъ съ другомъ: такъ администрація не можетъ быть независимой отъ законодательной власти, потому что она дѣйствуетъ по законамъ, или отъ судебной власти, такъ какъ послѣдняя опредѣляетъ вопросы, въ которыхъ заинтересована администрація. То же самое можно сказать и относительно независимости судебной и законодательной властей.—Во-вторыхъ, въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ эта связанность властей выступаетъ настолько рѣзко, что даже становится затруднительнымъ опредѣлить, гдѣ начинается

¹⁾ См. его „De l'esprit des lois“, книга XI, глава 6 (Fleiner, Institutionen, стр. 10 прим. 1).

²⁾ Hauriou, Principes, п. с. 692 слѣд., Berthélemy, Traité, стр. 10 слѣд., Ussing, Le contentieux administratif et la juridiction administrative, стр. 19 сл. Copenhague, 1903, Pierre Dareste, Les voies de recours contre les actes de puissance publique, стр. 15 сл., 42 сл. Paris, 1914, Ranelletti, Principii, стр. 287 сл., Fleiner, Institutionen, стр. 9 сл.

одна власть и гдѣ кончается другая. Для примѣра, можно указать на распоряженіе полиціи, которое воспрещаетъ проституткамъ проживаніе въ опредѣленныхъ городскихъ кварталахъ и заставляетъ ихъ расторгать уже заключенные квартирные контракты¹⁾. Даже акты, совершаемые органами одной власти, могутъ заключать признаки актовъ, совершаемыхъ органами другой власти. Такъ, напримѣръ, разрѣшеніе судьей спора, въ которомъ стороной является администрація, несомнѣнно будетъ носить двоякій характеръ—судебнаго рѣшенія и административнаго акта²⁾.—Наконецъ, въ третьихъ, положительное право культурныхъ государствъ стоитъ въ полномъ противорѣчій съ теоріей Монтескье, возлагая на одинъ и тотъ же органъ осуществленіе двухъ или даже трехъ функцій. Поэтому, напримѣръ, законодательныя палаты исполняютъ не только законодательную функцію, но еще и судебную и административную. Глава государства осуществляетъ не только административную функцію, но еще является судьей и законодателемъ. Наконецъ, суды, несомнѣнно, осуществляютъ и административную функцію, а высшіе административные суды (Государственный Совѣтъ во Франціи) участвуютъ даже и въ законодательной дѣятельности³⁾.—Конечно, у каждаго органа власти есть специальный кругъ дѣлъ, опредѣленный положительнымъ правомъ страны. Эти дѣла, этотъ кругъ вѣдомства и составляетъ сущность той главной функціи (административной или законодательной или судебной), которую осуществляетъ данный органъ власти. Однако, къ кругу дѣлъ, входящему въ основную функцію, присоединяется еще рядъ дѣлъ, относящихся къ другой функціи.

Несмотря на такую пестроту функцій каждаго органа власти, все же акты, исходящіе отъ него, получаютъ *особую форму*: это явленіе особенно замѣтно у актовъ законодательныхъ и административныхъ органовъ. Акты судебной власти носятъ двоякій характеръ—актовъ административной и судебной власти. Акты, исходящіе отъ законодательныхъ органовъ, носятъ названіе *законовъ*⁴⁾. Эти законы могутъ регулировать самые разнообразныя вопросы, могутъ даже по своему содержанію приближаться къ актамъ администраціи, и тѣмъ не менѣе они будутъ все же называться законами. Если игнорировать содержаніе такихъ актовъ и имѣть въ виду тотъ *законодательный органъ*, который ихъ издаетъ, то такіе акты можно назвать *законами въ формальномъ смыслѣ*. Что касается административныхъ актовъ, то они могутъ исходить отъ законодательныхъ, судебныхъ и административныхъ органовъ. Вся масса такихъ актовъ, за исключеніемъ рѣшеній судовъ и законовъ въ формальномъ смыслѣ, можетъ быть названа *административными актами въ формальномъ смыслѣ*. Излюбленной формой такихъ актовъ являются административные и юридическіе указы⁵⁾.

§ 14. Кромѣ законодательной, судебной и административной дѣятельности въ культурныхъ странахъ Зап. Европы и въ Россіи замѣчается существованіе какъ бы особаго, четвертаго, вида дѣятельности, которая въ Италиі и Франціи носитъ

1) Fleiner, ц. с. стр. 18.

2) Ussing, цит. соч. стр. 17 и 18.

3) Pierre Daresté, цит. соч. стр. 15 сл.

4) См. подробно въ главѣ пятой „Источники административнаго права“, §§ 72—77.

5) См. подробно о нихъ въ той же пятой главѣ, §§ 79—82.

названіе *политической* или *правительственной*¹⁾. Актамъ, совершаемымъ при осуществленіи этой дѣятельности, присваивается наименованіе не административныхъ, а *правительственныхъ* или *политическихъ* актовъ (*actes de gouvernement, actes politiques, atti di alta politica, provvedimenti emanati dal governo nel esercizio del potere politico*). Однако, ближайшее изученіе этого вида государственной дѣятельности возбуждаетъ сомнѣніе въ возможности его существованія, порождаетъ немалыя разногласія относительно его объема. Вообще проблема правительственныхъ актовъ разрѣшается различно законодательствомъ и практикой высшихъ судовъ и является въ теоріи очень спорной и неопредѣленной, по крайней мѣрѣ во французской и итальянской доктринѣ публичнаго права. Даже самое наименованіе государственной дѣятельности „правительственной“ вызываетъ недоумѣніе. Несомнѣнно, это названіе происходитъ отъ слова „правительство“, которое, однако, имѣетъ различный смыслъ. Иногда этотъ терминъ употребляется для наименованія высшаго органа государства—монарха или кабинета министровъ, въ рукахъ котораго сосредоточивается направленіе высшей политики государства: это терминъ парламентскій²⁾.—Иногда это названіе употребляется въ томъ случаѣ, когда идетъ рѣчь о формахъ правительства или правленія т. е. о формахъ организаціи государства, поскольку онѣ соединены съ властью предписывать, приказывать, т. е. другими словами о томъ, какимъ органамъ вручается эта власть и кому изъ нихъ передается законодательство, правосудіе и управленіе.—Было, наконецъ, время (XVI—XVII в. в.), когда въ Германіи слово „правительство (*Regierung*)“ обозначало всю государственную дѣятельность, слѣдовательно законодательство, юстицію и администрацію. Однако постепенно рамки этого понятія стали суживаться, изъ него стали выпадать нѣкоторыя отрасли государственной дѣятельности и, прежде всего, правосудіе (юстиція), переданное обыкновеннымъ судамъ: дѣла правительственныя (*Regierungssachen*) стали противопоставляться дѣламъ судебнымъ (*Justizsachen*). Съ появленіемъ конституціоннаго, правового государства выдѣлилось и законодательство, потому что оно было поставлено въ самую тѣсную связь съ народнымъ представительствомъ: участіе послѣдняго явилось необходимымъ элементомъ законодательной дѣятельности. Наконецъ, и тотъ остатокъ государственной дѣятельности, который оказался за вычетомъ правосудія и законодательства, получилъ наименованіе

¹⁾ Ranelletti, Principii, стр. 323—349, Giovanni Franceschelli, La giustizia nell'amministrazione e la quarta sezione del Consiglio di Stato, стр. 107—126. Roma, 1889. Antonio Salandra, Corso di diritto amministrativo, стр. 278—291.—2 ed. Roma, 1915. Hauriou, Précis, стр. 77—84. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, стр. 100—107. Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 229—240. Ussing. Le contentieux administratif et la juridiction administrative, стр. 178—189. Henri de Vaulx. La responsabilité de l'Etat français à raison des dommages, causés par les faits de guerre, стр. 71—110. Verdun, 1913. Leon Duguit, Les transformations du droit public, стр. 197—205, Paris, 1913. Pierre Dareste, Les voies de recours contre les actes de puissance publique, стр. 131—133. René Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, стр. 297—339. Paris, 1899. Проф. А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр. 140—141. В. М. Гессенъ, Основы конституціоннаго права, стр. 44—47. С. П. Покровскій, Теорія правительственныхъ актовъ съ точки зрѣнія ихъ обжалованія передъ Государственнымъ Совѣтомъ во Франціи (оттискъ изъ „Юридическихъ Записокъ“).

²⁾ Prof. Orlando, La giustizia amministrativa, стр. 902 и 903 въ „Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano“. Volume III, Milano, 1908.

управленія¹⁾. Казалось бы, съ момента образованія трехъ самостоятельныхъ отраслей государственной дѣятельности должно было исчезнуть и самое названіе „правительства“, „правительственной дѣятельности“. Однако, дѣйствующее право, практика и доктрина сохранили этотъ терминъ, который былъ бы болѣе умѣстенъ лишь въ эпоху абсолютизма, полицейскаго государства. Доктрина дѣлаетъ попытки наполнить этотъ терминъ опредѣленнымъ содержаніемъ, однако онѣ не достигаютъ цѣли. Такъ, по словамъ проф. Отто Майера²⁾, подѣ правительствомъ надо понимать высшее руководство, единообразное направленіе политическихъ судебъ государства и культурнаго развитія внутри его: исходя отъ центра—монарха—и его помощниковъ, правительство вліяетъ на все виды государственной дѣятельности. Это опредѣленіе является какъ бы копіей съ аналогичныхъ опредѣленій, которыя встрѣчаются у многихъ французскихъ ученыхъ. Такъ, напримѣръ, Лаферрьеръ говоритъ: „управлять (administrer) это значитъ обезпечивать каждодневное примѣненіе законовъ, наблюдать за отношеніями гражданъ къ центральной или мѣстной власти и различныхъ административныхъ властей между собою. Правительствовать (gouverner) это значитъ удовлетворять потребности политическаго общенія во всей его совокупности, наблюдать за соблюденіемъ его конституціи, за дѣятельностью главныхъ публичныхъ властей, за отношеніями государства къ иностраннымъ державамъ, за внутренней и внѣшней безопасностью“³⁾. У Окока встрѣчается такое опредѣленіе: „исполнительная власть совершаетъ правительственный актъ тогда, когда она осуществляетъ полномочія, данныя ей конституціей и законами для наблюденія за внутренней и внѣшней безопасностью государства, когда она поддерживаетъ отношенія съ иностранными державами, когда она руководитъ сухопутными и морскими силами въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ ихъ присутствіе необходимо, когда она объявляетъ войну или заключаетъ миръ. Сношенія съ другими органами публичной власти, общее направленіе (impulsion générale), данное агентамъ административной власти, являются также дѣлами правительства“⁴⁾. Дюкрокъ заявляетъ, что правительство (gouvernement) является той частью исполнительной власти, которая имѣетъ своей задачей руководство страной на путяхъ внутренняго развитія и во внѣшнихъ сношеніяхъ, тогда какъ администрація представляетъ дополненіе правительства и жизненную дѣятельность⁵⁾.—Французскій государствовѣдъ Эсменъ говоритъ: „политическое общеніе является могущественной и сложной машиной: правительство оказывается моторомъ, а чиновники администраціи—органами передачи и колесиками машины“⁶⁾.—Во всехъ этихъ опредѣленіяхъ проглядываетъ одно общее стремленіе—включить въ правительственную дѣятельность тѣ акты, которые касаются взаимныхъ отношеній исполнительной и законодательной властей, а также взаимныхъ отношеній даннаго государства съ иностранными державами. Однако, на этомъ и кончается

1) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 2. Band I.

2) Otto Mayer, цит. соч. стр. 3. Band I.

3) Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, стр. 31—35. Tome II. Paris, 1896.

4) А u e o c c, Conférences sur l'administration et le droit administratif, стр. 11, 12, 38, 92. Tome I. 3-me ed. Paris, 1885.

5) Ducrocq, Cours de droit administratif, стр. 25. Tome I.

6) Esmein, Elements de droit constitutionnel français et comparé, стр. 19. 3-me ed.

единодушіе ученыхъ, потому что каждый изъ нихъ, кромѣ перечисленныхъ актовъ, присоединяетъ къ правительственной дѣятельности еще и другіе акты. Кромѣ того, совершенно ясна и непригодность формулъ, выработанныхъ Лаферрьеромъ и Дюкрокомъ: первая смѣшиваетъ двѣ функціи ¹⁾, а вторая поражаетъ своей абстрактностью ²⁾ и потому едва ли годится для практическихъ выводовъ въ области положительнаго права ³⁾.

§ 15. Бесплодность такихъ общихъ формулъ привела къ тому, что въ доктринѣ образовались два противоположныя направленія по данному вопросу: одно считается съ реальными фактами и признаетъ существованіе правительственныхъ актовъ, а другое отрицаетъ ихъ возможность въ современномъ правовомъ государствѣ. Ученые, примыкающіе къ *первому направленію*, утверждаютъ, что наряду съ административными актами существуютъ акты правительственные, которые отличаются отъ первыхъ тѣмъ, что они не могутъ быть обжалованы передъ судами какъ обыкновенными такъ и административными. О законности такихъ актовъ могутъ судить только правительство и законодательныя палаты, передъ которыми оно и отвѣтственно. Высказавшись довольно единодушно объ отличительныхъ признакахъ правительственныхъ актовъ, доктрина разошлась въ поискахъ того критерія, по которому можно было бы сразу опредѣлить, съ какимъ актомъ приходится имѣть дѣло—съ правительственнымъ или административнымъ. Была сдѣлана попытка отыскать такой критерій въ *формѣ акта* ⁴⁾, но и она оказалась неудачной. Французская конституція уполномочиваетъ *одни и тѣ же органы власти* исполнять обѣ функціи—правительственную и административную: такимъ образомъ для изданія правительственныхъ актовъ не существуетъ ни особыхъ органовъ ни особой процедуры. Поэтому нельзя считать правительственными актами всѣ тѣ, которые обсуждаются въ совѣтѣ министровъ, или акты исполнительной власти, одобряемые въ порядкѣ дня законодательными палатами. Нельзя также утверждать, что только глава государства и министры могутъ издавать правительственные акты: право ихъ изданія предоставлено даже префектамъ и губернаторамъ французскихъ колоній.

Потерпѣла неудачу и попытка найти существенный признакъ правительственныхъ актовъ въ *мотивѣ* или *цѣли*, ради которыхъ издается актъ. Эта теорія политическаго мотива превращала въ правительственный всякій актъ, издаваемый по политическимъ соображеніямъ, ради удовлетворенія коллективныхъ нуждъ общества и для защиты его и государства отъ враговъ—внутреннихъ и внѣшнихъ, явныхъ и скрытыхъ, настоящихъ и будущихъ ⁵⁾. Эта теорія политическаго мотива была развита государствовѣдами монархической Франціи—Дюфуромъ, Вивьеномъ и др., а въ настоящее время поддерживается Батби. Она была связана съ ученіемъ о прерогативѣ главы государства—монарха, который въ сферѣ своихъ дискреціонныхъ полномочій не былъ подчиненъ ни контролю ни запросу палатъ: этими полномочіями онъ былъ облеченъ какъ

¹⁾ Ussing, цит. соч., стр. 179.

²⁾ Henri de Vault, цит. соч., стр. 81.

³⁾ Orlando, La giustizia amministrativa, стр. 903.

⁴⁾ Hauriou, Précis de droit administratif, стр. 77—78.

⁵⁾ Ranelletti, Principii, стр. 325.

безответственный монарх¹⁾. Эта теория легла въ основаніе нѣкоторыхъ рѣшеній Государственнаго Совѣта до—республиканскаго періода, изъ которыхъ наиболѣе типичными являются слѣдующія.—Въ 1863 году, парижскій издатель Леви долженъ былъ выпустить въ свѣтъ сочиненіе герцога Омальскаго (d'Aumale) подъ заглавіемъ „Исторія принцевъ дома Конде въ XVI и XVII вѣкахъ“. Онъ выполнилъ всѣ формальности, предписанныя регламентомъ, при чемъ ему не чинилось никакихъ затрудненій при печатаніи книги. Но какъ только былъ законченъ первый томъ, такъ полицейскіе комиссары, по требованію префекта, секвестровали экземпляры книги. Авторъ и издатель обратились съ жалобами къ административнымъ властямъ всѣхъ инстанцій, но ихъ усилія были напрасны. Тогда они привлекли префекта къ ответственности передъ Сенскимъ судомъ, требуя, чтобы онъ возвратилъ секвестрованные экземпляры. Однако судъ объявилъ себя некомпетентнымъ разсматривать это дѣло въ виду заявленія министра внутреннихъ дѣлъ о томъ, что секвестръ является мѣрой *высшей полиціи*.—Въ 1872 году принцъ Жеромъ Бонапартъ былъ избранъ городомъ Аяччіо представителемъ въ генеральный совѣтъ Корсики и возвращался во Францію съ своей женой, получивъ отъ французскаго правительства узаконенный паспортъ. Но лишь только онъ вступилъ на территорію Франціи, какъ немедленно получилъ отъ начальника кабинета префекта полиціи извѣщеніе о томъ, что министерство внутреннихъ дѣлъ распорядилось объ удаленіи его изъ предѣловъ Франціи. Принцъ и его жена, въ сопровожденіи жандармовъ, были доставлены на границу. Принцъ обжаловалъ это распоряженіе и даже обратился къ председателю Національнаго Собранія съ петиціей о защитѣ его отъ произвола. Всѣ инстанціи, въ которыя онъ обращался со своей жалобой, отнеслись къ ней отрицательно. Президентъ республики на запросъ парламентской комиссіи о томъ, почему совѣтъ министровъ издалъ декретъ объ изгнаніи Бонапарта, отвѣтилъ, что онъ не можетъ влечь въ вину принцу Наполеону ни одного факта, который былъ бы совершенъ во время его путешествія, но что принцъ, обладалъ слишкомъ дѣятельнымъ умомъ, слишкомъ беспокойнымъ характеромъ!²⁾—Вообще, господство теоріи политическаго мотива привело къ самымъ неожиданнымъ результатамъ. Такъ, въ правительственные акты превратились самыя разнообразныя дѣйствія администраціи вродѣ занятія типографіи войсками³⁾ поврежденія или разрушенія находящагося въ ней матеріала, ареста у книгопродавца всего изданія, конфискаціи частной собственности и пр.⁴⁾ Отъ обжалованія стали ускользать самыя произвольные акты только потому, что ихъ мотивомъ выставялась охрана публичнаго порядка и общественной безопасности или, вѣрнѣе, соображенія политическаго характера. При господствѣ такой теоріи индивидуальнымъ правамъ гражданъ грозила серьезная опасность. Эта теорія въ настоящее время отвергнута учеными и судами, особенно Государственнымъ Совѣтомъ и Трибуналомъ для разрѣшенія конфликтовъ, реформированными въ 1872 г.⁴⁾ Эти суды, начиная съ 1887 г., въ своихъ рѣшеніяхъ стали выносить

¹⁾ С. П. Покровскій, цит. ст., стр. 4 (отд. оттискъ).

²⁾ Franceschelli, цит. соч., стр. 115.

³⁾ Pierre Daresté, цит. соч., стр. 182.

⁴⁾ Gaston Jèze, La réparation intégrale des dommages, causés par les faits de guerre стр. 34 (Revue de droit public et de la science politique, Janvier—Février—Mars, 1915).

теоріи политическаго мотива самое суровое осужденіе, которое особенно ясно проглядывало и въ рѣчахъ правительственныхъ комиссаровъ, состоящихъ при этихъ судахъ. Такъ, комиссаръ Шардене (въ дѣлѣ Рузье—25 марта 1911 г.) развивалъ ту мысль, что „теорія правительственнаго акта, изложенная министромъ иностранныхъ дѣлъ въ его соображеніяхъ относительно конфликта можетъ быть принята съ осторожностью. Дѣйствительно, она приводитъ къ полной безотвѣтственности дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ, а также къ безотвѣтственности государства по поводу актовъ этихъ чиновниковъ. Въ этомъ пунктѣ, конечно, и скрытъ одинъ изъ мотивовъ, по которому теорія правительственнаго, политическаго акта, акта суверенитета, такъ легко допущенная 30 лѣтъ тому назадъ, имѣетъ въ настоящее время очень ограниченное приложеніе.“—Отказавшись отъ теоріи политическаго мотива, доктрина пыталась найти другой критерій, признавъ правительственными актами *тѣ, которые являются прямымъ исполненіемъ формальныхъ постановленій конституціи* ¹⁾. Однако эта попытка оказалась безусловно неудачной уже потому, что въ нѣкоторыхъ конституціяхъ (напримѣръ во французской и итальянской) содержатся нормы, регулирующія вопросы чисто административнаго характера: напр. итальянская конституція устанавливаетъ право монарха издавать регламенты и декреты для исполненія законовъ ²⁾—и въ тоже время умалчиваетъ о такомъ правительственномъ актѣ, которымъ, несомнѣнно, является объявленіе осаднаго положенія ³⁾.

Наконецъ, доктрина остановилась на послѣднемъ критеріи—*природѣ правительственныхъ актовъ*. Однако и она не разрѣшила проблему, настолько разнообразны и несхожи между собою многочисленные правительственные акты

§ 16. Дѣйствительно, всѣ правительственные акты могутъ быть разбиты на *четыре группы*. Въ *первую группу* входятъ акты, *выполняемые главой государства въ своихъ сношеніяхъ съ законодательными палатами*. Таковыми являются акты, которыми онъ созываетъ избирательныя собранія для образованія палатъ депутатовъ, назначаетъ сенаторовъ, собираетъ или закрываетъ законодательныя палаты, открываетъ и закрываетъ ихъ сессіи, распускаетъ палату депутатовъ, превращаетъ сенатъ въ высшее судилище, вообще всѣ акты, которыми онъ приводитъ въ движеніе эти органы государства, далѣе акты, которыми онъ чаетъ и увольняетъ министровъ, представляетъ парламенту законопроекты, одобряетъ законы.—*Вторую группу* образуютъ акты, *касающіеся внутренней безопасности государства*. Таковы—объявленіе осаднаго и военнаго положенія мѣры противъ заноса въ страну эпидемій, эпизоотій и наступленія голода т. е. устройство карантинныхъ, санитарныхъ кордоновъ, запрещеніе вывоза и ввоза животныхъ, уничтоженіе больныхъ или подозрительныхъ животныхъ, воспрещеніе употребленія хлѣбныхъ злаковъ для чисто промышленныхъ цѣлей, наконецъ мѣры, принимаемыя правительствомъ на основаніи полномочій, дарованныхъ закономъ, разъ онѣ признаются необходимыми для обезпеченія публичнаго порядка и безопасности государства. Сюда можно причислить декреты, изда-

¹⁾ Ducrocq, цит. соч. Vol. I, стр. 28 сл., 87, Vol. II, стр. 19 слѣд.

²⁾ Ranalletti, Principii, стр. 327, Henri de Vaullx, цит. соч., стр. 82 и 83.

³⁾ См. выпускъ моего „Учебника административнаго права“, стр. 135—137, 153—154.

ваемые главой государства въ родину народныхъ бѣдствій (въ Италіи т. н. decreti d'urgenza¹⁾).—*Въ третью группу* входятъ акты, касающіеся *международныхъ отношеній и вышней безопасности государства*. Къ числу ихъ относятся политическія отношенія, которыя устанавливаются между державами, затѣмъ конвенціи, заключаемыя ими, акты, истолковывающіе эти конвенціи или являющіеся ихъ исполненіемъ, если только онѣ носятъ публично-правовой характеръ (трактаты о союзѣ, о мирѣ, объ уступкѣ территоріи и пр.), акты обращенные къ иностраннымъ правительствамъ для полученія возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ гражданами даннаго государства.—*Наконецъ, четвертой группой* являются г. н. *военныя дѣйствія* (faits de guerre, fatti di guerra), какъ—то сраженія, работы на полѣ битвы и въ его окрестностяхъ, занятіе, уничтоженіе, сожженіе домовъ, хлѣбовъ и другія мѣры, принимаемая въ укрѣпленныхъ мѣстахъ, на театръ военныхъ дѣйствій и во время осаднаго положенія, вообще всѣ мѣры, направленныя къ защитѣ или нападенію, если этого требуютъ неотложныя нужды борьбы и обстоятельства военного времени.

Таковъ, приблизительно, перечень правительственныхъ актовъ. Число ихъ—довольно значительно, а содержаніе—очень разнообразно. Поэтому едва ли есть какія нибудь основанія считать правительственные акты проявленіемъ какого-то четвертаго вида государственной дѣятельности. Напротивъ, въ нихъ можно подмѣтить признаки судебной или законодательной или административной дѣятельности государства²⁾. Въ самомъ дѣлѣ, въ объявленіи осаднаго положенія и въ мѣрахъ противъ эпидемій и эпизоотій можно признать законы въ матеріальномъ смыслѣ, такъ какъ они вводятъ измѣненія въ существующій порядокъ и налагаютъ на свободу извѣстныя ограниченія. Законодательной дѣятельностью государства являются и международныя отношенія, поскольку они закрѣпляются въ международныхъ договорахъ, устанавливающихъ нормы международного права. Далѣе, характеръ административной дѣятельности можно подмѣтить въ обнародованіи закона, въ назначеніи сенаторовъ, созывѣ и роспускѣ законодательныхъ палатъ, въ пѣломъ рядѣ мѣръ международного характера родъ репрессалій, реторсіи и пр. Такимъ образомъ, никакой специфической правительственной дѣятельности не существуетъ, а по своей природѣ правительственные акты могутъ быть отнесены къ одному изъ существующихъ трехъ видовъ государственной дѣятельности.

Нельзя обойти молчаніемъ еще одну попытку ученыхъ, которые указывали, что правительство дѣйствуетъ не для исполненія специальной правовой нормы или опредѣленной юридической обязанности, а по своему усмотрѣнію, другими словами, что оно обладаетъ дискреціонной властью. Такимъ образомъ, правительство и исполненіе являются двумя элементами, связанными воедино и неразрывными въ совокупности управленіе въ матеріальномъ смыслѣ слова. Едва

¹⁾ Въ Италіи такіе декреты были изданы въ 1908 г. по случаю землетрясенія въ Сициліи и въ 1912 г. во время войны за завоеваніи Ливіи. Исключительныя мѣры касались отправленія правосудія во время бѣдствія, постигшаго Сицилію, отчужденія имущества и пр. Эти декреты потомъ были приняты парламентомъ и санкціонированы какъ законы (L. Landra, Corso di diritto amministrativo, стр. 287 и 288). Ср. Orlando, La giustizia amministrativa, стр. 907—908.

²⁾ Ranelletti, Principii, стр. 332 сл.

ли, однако можно, отождествлять правительственную дѣятельность съ дискреціонною властью. Дискреціонные акты администраціи отличаются отъ правительственныхъ тѣмъ, что они всетаки не ускользаютъ отъ правового контроля: такъ, въ нѣкоторыхъ государствахъ допускается обжалованіе такихъ актовъ передъ административными судами по поводу превышенія власти (*excès de pouvoir*), особенно вслѣдствіе извращенія власти (*détournement de pouvoir*)¹⁾, тогда какъ правительственный актъ не можетъ быть обжалованъ ни въ какомъ порядкѣ, а лишь подлежить контролю палатъ, который можетъ повлечь за собой обвиненіе министровъ и судъ надъ ними.—Наконецъ, нѣкоторыми учеными была создана теорія, стремившаяся найти отличительный признакъ правительственныхъ актовъ въ *общихъ чертахъ*, свойственныхъ *имъ всемъ*, а именно въ томъ, что они вызываются къ жизни общими интересами государства, какъ *цѣлаго единого организма*, касаются опредѣленія *его* дѣятельности, охраны *его* существованія и безопасности, цѣлости и спокойствія, *его* престижа, свободы *его* дѣйствій и пр. Этотъ взглядъ можно подмѣтить и у сторонниковъ теоріи политическаго мотива. Такъ у Дюфура встрѣчается слѣдующее мѣсто: 2) „то что дѣлаетъ актъ правительственнымъ, это цѣль, которую ставитъ себѣ авторъ его. Актъ, который имѣетъ своей цѣлью защиту общества, взятого само по себѣ или олицетвореннаго въ правительствѣ, противъ внѣшнихъ и внутреннихъ враговъ, скрытыхъ и явныхъ, существующихъ или долженствующихъ появиться, является правительственнымъ“. Ранеллетти³⁾, развивая эту точку зрѣнія, говоритъ, что политическій характеръ акта вызывается признаніемъ общаго интереса государства, понимаемаго какъ *единое цѣлое*, и притомъ въ важнѣйшіе моменты его жизни. Другими словами, актъ *самъ по себѣ* является правительственнымъ вслѣдствіе той цѣли, которую онъ долженъ объективно выполнить, той задачи, для которой онъ установленъ правомъ, той функціи, которую онъ предназначенъ выполнять въ государственной жизни. Однако, справедливо опасаясь, что такая точка зрѣнія легко приведетъ къ уже заброшенной теоріи политическаго мотива⁴⁾, Ранеллетти прибавляетъ, что эта функція (слѣдовательно достиженіе той цѣли, которую актъ долженъ объективно выполнить) рассматриваемая съ точки зрѣнія дѣйствующаго агента, является не мотивомъ, а *причиной* акта. Мотивы же т. е. всѣ другія цѣли, которыя побуждаютъ власть исполнять или издавать актъ, не могутъ мѣнять функцію акта, а слѣдовательно и его природу. Однако, и эта попытка не можетъ быть признана удачною, такъ какъ законодательство, правосудіе и управленіе созданы также для общихъ интересовъ государства, а не для удовлетворенія интересовъ частныхъ лицъ.—Неудовлетворительность вышеуказанныхъ попытокъ опредѣлить сущность правительственныхъ актовъ естественно приводитъ къ мысли о невозможности дальнѣйшихъ поисковъ въ данномъ направленіи. Поэтому представляется вполне приемлемой точка зрѣнія

¹⁾ L. Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, стр. 76 сл. Paris, 1913. Подробнѣе объ этомъ въ § 26.

²⁾ Henri de Vault, цит. соч. стр. 75—76.

³⁾ Ranalletti, Principii, стр. 342 сл.

⁴⁾ Hauriou, Précis, стр. 79. Впрочемъ, въ третьемъ изданіи своего „Précis“ проф. Ориу выдвигалъ понятіе правительства, какъ такой отрасли исполнительной власти, которая имѣетъ своимъ предметомъ обезпеченіе и спасеніе политическаго единства (*unité politique*). Ср. Jacquelin, Les principes dominants, стр. 310.

проф. Оріу, который называетъ правительственнымъ актомъ (конечно во Франціи) *потъ актъ, который фигурируетъ въ извѣстномъ перечисленіи политическихъ актовъ, составленномъ административно-судебной практикой Трибунала для разрешения конфликтовъ*¹⁾. Этотъ перечень или листъ, куда будутъ вписываться правительственные акты, вырабатывается доктриной и практикой и носить ограничительный характеръ.

§ 17. Въ виду указанныхъ причинъ въ доктринѣ (особенно французской) зародилось новое направление, которое *отрицаетъ самое существованіе правительственныхъ актовъ*. Виднѣйшими представителями такого направленія являются проф. Бертелеми и проф. Леонъ Дюги. Такъ, проф. Бертелеми²⁾ не видитъ рѣшительно никакого основанія считать правительственными актами тѣ мѣры конституціоннаго порядка, осуществленіе которыхъ по конституціи обставлено извѣстными условіями. Такая квалификація неосновательна еще и потому, что она имѣетъ въ виду освободить эти мѣры отъ дѣйствія правилъ, распространяющихся на административные акты. То же самое можно сказать и про военныя дѣйствія, которыя, по словамъ Бертелеми, являются фактами, совершающимися при наличности *force majeure* (непреодолимой силы), и потому не могутъ вызывать ни исковъ о вознагражденіи ни притязаній на ихъ отмѣну. Остаются только извѣстныя мѣры внутренней безопасности государства, подъ которыми разумѣются введеніе осаднаго положенія, акты противъ членовъ низвергнутыхъ династій, мѣры санитарной полиціи и исключительныя мѣры для избѣжанія голода. Относительно этихъ видовъ правительственныхъ актовъ проф. Бертелеми дѣлаетъ два предположенія: или они соотвѣтствуютъ закону, и тогда нѣтъ никакой нужды проводить различіе между ними и актами администраціи, при помощи которыхъ исполняются законы, или они не соотвѣтствуютъ закону, но въ такомъ случаѣ нѣтъ ни одного юридическаго принципа, который бы уполномочивалъ главу государства на ихъ принятіе, а если онѣ приняты, то нѣтъ ни одной нормы, которая бы могла ихъ избавить отъ обжалованія съ цѣлью отмѣны. Проф. Бертелеми убѣжденъ, что въ данномъ случаѣ имѣется налицо искусственное различіе, которое должно оправдать произвольныя мѣры. Кроме того, онъ указываетъ³⁾, что законы, которые устанавливаютъ принципъ раздѣленія властей, отдѣляютъ власть административную отъ власти судебной и совершенно умалчиваютъ о существованіи правительственной власти. Въ заключеніе, проф. Бертелеми говоритъ, что никто не можетъ оспаривать существованія административныхъ актовъ, изъятыхъ отъ обжалованія въ искомомъ порядкѣ. Слѣдуетъ только просто сказать, что отказъ въ искѣ оправдывается специальнымъ мотивомъ, а не простымъ заявленіемъ, что обжалуемый актъ

¹⁾ Hauriou, цит. соч., стр. 79, и С. П. Покровскій, цит. статья, а равно Di Pisa, Il grado d'interesse necessario per ricorrere alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, стр. 198. Roma, 1915.

²⁾ Berthélemy, ц. с. стр. 105—106. Также отрицательно, не приводя, однако, никакихъ соображеній, высказывается и проф. В. М. Гессенъ, Основы конституціоннаго права, стр. 45—46. Петроградъ, 1917. Едва ли, однако, можно согласиться съ его утвержденіемъ, что во Франціи въ эпоху третьей республики юриспруденція Государственнаго Совѣта не знаетъ политическихъ актовъ.

³⁾ См. также Henri de Vaulx, ц. с. стр. 89 сл.

принадлежитъ къ категоріи правительственныхъ актовъ.—Проф. Леонъ Дюги¹⁾ утверждаетъ, что правительственные акты исчезли во Франціи благодаря юриспруденціи Государственнаго Совѣта и Трибунала для разрѣшенія конфликтовъ, которая оказалась вполне безпартійной и независимой. Такая юриспруденція стала возможной также потому, что она совпала съ исчезновеніемъ имперіалистическихъ концепцій. Оба факта, какъ это часто случается въ соціальной эволюціи, являются въ одно и то же время другъ для друга и причиной и слѣдствіемъ.

§ 18. Однако изъ того, что правительственные акты *нежелательны и не должны существовать*, нельзя дѣлать того вывода, что они въ дѣйствительности не существуютъ и что по поводу ихъ возможно предьявленіе исковъ. По справедливому замѣчанію проф. Жеза „все соображенія въ пользу исчезновенія этой теоріи превосходны; тѣмъ не менѣе фактъ существуетъ и незачѣмъ его отрицать. Излагать положительное право это значитъ констатировать факты—всеравно дурные или хорошіе. Нужно ихъ констатировать, чтобы показать дурныя послѣдствія, бороться съ ними и заставить ихъ исчезнуть. Но сначала нужно констатировать“²⁾. И, дѣйствительно, можно клеймить теорію правительственныхъ актовъ „злосчастной“ (*nefaste*), воплощающей принципъ деспотизма и произвола³⁾, вносящей беспорядокъ, анархію и нарушающей законъ морали⁴⁾. Можно рисовать себѣ идеальную картину правопорядка въ странѣ, когда вся административная дѣятельность будетъ находиться подъ контролемъ суда и всякій административный актъ будетъ подлежать обжалованію вслѣдствіе превышенія власти. Можно видѣть въ такомъ обжалованіи существенную черту современной правовой эволюціи, когда каждому индивиду дается возможность требовать у судовъ отмены акта, противнаго закону, и тѣмъ самымъ выполнять роль публичнаго обвинителя⁵⁾. Конечно, многіе упреки по адресу правительственныхъ актовъ справедливы. Конечно, раскрытыя перспективы—хороши.—Но правительственные акты существуютъ и съ этимъ фактомъ надо считаться. Къ счастью, нѣкоторое приближеніе къ идеалу замѣчается въ эволюціи практики, доктрины и законодательства въ сторону постепеннаго суженія понятія правительственныхъ актовъ и изгнанія ихъ изъ различныхъ сферъ государственной дѣятельности. Такая эволюція, несомнѣнно, проявляется въ отдѣльныхъ видахъ правительственныхъ актовъ. Пожалуй, исключеніе составляетъ только *первая группа* правительственныхъ актовъ, совершенно ускользающая отъ судебного контроля⁶⁾. За то въ остальныхъ трехъ группахъ этихъ актовъ тенденція къ ихъ сокращенію замѣтна вполне явственно. Такъ изъ *второй группы* правительственныхъ актовъ или т. н. *чрезвычайныхъ мѣръ внутренней безопасности государства* исчезли мѣры противъ низвергнутыхъ ди-

¹⁾ Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, стр. 201.

²⁾ Gaston Jèze, *Les principes généraux*, стр. 232, прим. 2. Повидимому, въ первомъ изданіи своего труда проф. Жезъ держался иного взгляда: классифицируя акты правящихъ и агентовъ, онъ не находить въ этомъ перечисленіи актовъ, которые можно было бы квалифицировать какъ правительственные акты (см. С. П. Покровскій, цит. статья).

³⁾ Léon Duguit, цит. соч., стр. 201 и 203.

⁴⁾ Franceschelli, цит. соч., стр. 112 и 113.

⁵⁾ Léon Duguit, цит. соч., стр. 204 и 205.

⁶⁾ Laferrière, *La juridiction administrative*, стр. 38 сл. Tome II.

настій, которыя практиковались во Франціи въ эпохи реставраціи, іюльскаго правительства и второй имперіи и перестали примѣняться во время третьей республики. Однако такой тенденціи нельзя подмѣтить въ Италіи. Правда, Государственный Совѣтъ принимаетъ всё мѣры къ тому, чтобы возможно больше сократить кругъ „актовъ правительства“, справедливо полагая, что при расширенномъ толкованіи ихъ, какъ актовъ власти, всё акты администраціи стануть ускользать изъ компетенціи IV-го отдѣленія Государственнаго Совѣта ¹⁾. Однако въ дѣятельности другого высшаго судилища Италіи—Римскаго Кассационнаго Суда—замѣчается явное тяготѣніе къ противоположной точкѣ зрѣнія ²⁾. Такъ, въ 1890 г. ему пришлось разрѣшать дѣло по иску наслѣдниковъ Іоахима Мюрата къ итальянскому правительству о возвращеніи различныхъ имѣній, принадлежавшихъ ихъ предку и конфискованныхъ неаполитанскимъ правительствомъ въ 1817 году. Кассационный Судъ постановилъ, что эта собственность была конфискована по политическимъ мотивамъ и что поэтому суды некомпетентны разрѣшать такое дѣло. Судъ вовсе не утверждалъ, что актъ—законенъ. Напротивъ, онъ призналъ, что суды некомпетентны разсматривать данное дѣло потому, что имъ пришлось бы разрѣшать его по закону, тогда какъ разсматриваемый актъ не можетъ быть обсуждаемъ именно съ этой точки зрѣнія. Суду пришлось бы имѣть дѣло съ одной изъ тѣхъ мѣръ, которая оказалась необходимой по политическимъ соображеніямъ и съ которой закону нечего дѣлать, потому что она предоставлена исключительно инициативѣ правительства и потому не можетъ быть обсуждаема по нормамъ права: „in his“, говорится въ этомъ рѣшеніи „*quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus juris regulam sequi*“.

Практика Французскаго Государственнаго Совѣта отвергаетъ возможность посягательства со стороны правительства на частныя права гражданъ по политическимъ соображеніямъ (напримѣръ, внутренней безопасности государства) безъ всякаго на то полномочія закона. Въ такомъ смыслѣ было рѣшено дѣло, возникшее въ 1887 г. по жалобѣ членовъ семействъ Орлеановъ и Мюратовъ на военнаго министра, вычеркнувшаго ихъ изъ списковъ арміи. Они обратились къ Государственному Совѣту съ просьбою объ отмѣнѣ рѣшенія министра и ссылались на то, что на основаніи закона военные чины являются ихъ собственностью. Министръ же указывалъ на то, что его распоряженіе является правительственнымъ актомъ и потому не можетъ быть разсматриваемо Государственнымъ Совѣтомъ. Послѣдній отвергъ это соображеніе и принялъ дѣло къ своему разсмотрѣнію ³⁾.—Наконецъ, доктрина обнаружила стремленіе къ сокращенію числа правительственныхъ актовъ при примѣненіи *осаднаго положенія*. Она

¹⁾ Orlando, La giustizia amministrativa, стр. 910. Эту тенденцію отмѣчаетъ и Di Pisa, цит. соч., стр. 200, указывая что Государственный Совѣтъ призналъ допустимымъ обжалованіе актовъ, изданныхъ въ общемъ интересѣ, мѣръ, принятыхъ совѣтомъ министровъ, актовъ о закрытіи благотворительныхъ учреждений по экономическимъ соображеніямъ и пр.

²⁾ Ussing, цит. соч., стр. 181.

³⁾ Въ доктринѣ есть теченіе, признающее правительственными актами декреты, регулиующіе санитарные вопросы. Въ такомъ смыслѣ высказывается проф. Жезъ (Jèze, Les principes généraux, стр. 234 прим. 2), а равно Teissier. Противъ этой точки зрѣнія Oriy (Нургіоц, Précis, стр. 81), Лаферрьеръ и др.

признаетъ такимъ актомъ только одинъ актъ объ его введеніи, но не тѣ рѣшенія, которыя принимаются властями, призванными примѣнять осадное положеніе¹⁾. Такимъ образомъ цѣлый рядъ мѣръ, принимаемыхъ послѣ введенія осаднаго положенія, напр. полицейскія распоряженія или индивидуальныя полицейскія мѣры, не ускользаетъ отъ обжалованія передъ судами. Впрочемъ, есть ученые, придерживающіеся противоположной точки зрѣнія и слѣдующіе правилу: „accessorium sequitur principale“²⁾.

§ 19. Третья группа правительственныхъ актовъ, касающаяся международныхъ отношеній и внѣшней безопасности государства, остается до сихъ поръ мало затронутой тенденціей къ сокращенію ихъ числа. Практика административныхъ судовъ признаетъ правительственными актами не только дипломатическіе акты въ настоящемъ смыслѣ т. е. такіе, которые могутъ вызвать международныя осложненія, но и такіе, которые только облекаются въ дипломатическую форму, но не грозятъ возникновеніемъ международныхъ столкновеній³⁾. Во Франціи и Италіи трактаты и акты по ихъ выполненію изъемяются изъ зѣдѣнія судовъ—обыкновенныхъ и административныхъ: это и вполнѣ понятно, потому что суды не могутъ разрѣшать споровъ, происходящихъ между двумя правительствами, конечно кромѣ тѣхъ случаевъ, когда суды выступаютъ въ роли арбитровъ⁴⁾. Поэтому во Франціи безусловно правительственными актами признаются заключеніе трактата или конвенціи, исполненіе международной конвенціи, рѣшенія и мѣры, принятія для исполненія трактатовъ или международныхъ соглашеній, трактаты о протекторатѣ, акты объ аннексіи территорій, высылка французскимъ консуломъ француза по національности, проживающаго за границей, или французскаго подданаго и пр.⁵⁾. Однако доктрина и практика понемногу пробиваютъ брешь и въ этой цитадели правительственныхъ актовъ. Такъ, французскіе суды, несмотря на протесты министерства иностранныхъ дѣлъ, не признаютъ за всякимъ актомъ, исходящимъ отъ дипломатическаго агента или консула, характеръ дипломатическаго и, слѣдовательно, правительственнаго акта. Если эти агенты дѣйствуютъ въ роли судей, чиновниковъ гражданскаго состоянія, арбитровъ, то къ нимъ примѣняются правила о судебныхъ рѣшеніяхъ, арбитражѣ, актахъ гражданскаго состоянія. Если они исполняютъ обязанности нотариусовъ или гражданскихъ чиновниковъ, присутствующихъ при заключеніи браковъ, то ихъ дѣйствія подлежатъ контролю судовъ⁶⁾.

Слѣдовательно, суды не имѣютъ права принимать жалобы на трактаты. Но имъ также не дано право толковать трактаты, потому что право толкованія ихъ принадлежитъ только правительствамъ, заключившимъ трактатъ. Кромѣ того, при толкованіи трактатовъ судами различныхъ государствъ возможны разногласія. Но за то въ сферѣ примѣненія трактатовъ судамъ можетъ быть предоставлено нѣкоторое участіе. Конечно, если примѣняются договоры поли-

1) Въ такомъ смыслѣ высказываются Жезъ, Оріу, Лаферрьеръ и др.

2) Henri de Vaulx, цит. соч., стр. 101.

3) Hauriou, Précis, стр. 81.

4) Ussing, цит. соч., стр. 184—185.

5) Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 238.

6) Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 239.

тического характера (напр. о мирѣ, союзѣ и пр.), то жалобы частныхъ лицъ на то, что постановленія такихъ трактатовъ приносятъ имъ ущербъ, не могутъ быть приняты къ разсмотрѣнiю ни обыкновенными ни административными судами ¹⁾. Но если дѣло идетъ о примѣненiи трактатовъ, касающихся исключительно частныхъ правъ (напр. о наслѣдованiи лицъ, умершихъ за границей, о литературной и художественной собственности, торговые договоры, договоры о выдачѣ, таможенные и пр.), то споры частныхъ лицъ между собою или частныхъ лицъ съ государствомъ, если они возникнутъ при примѣненiи такихъ трактатовъ, разсматриваются судами.—Въ послѣднее время въ *итальянскихъ судахъ* замѣчается стремленiе распространить свою компетенцію и на дипломатическіе акты. Это стремленiе проявилось при разсмотрѣнiи цѣлаго ряда дѣлъ, въ которыхъ истцы требовали отъ итальянскаго правительства исполненiя цѣлаго ряда обязательствъ, принятыхъ на себя австрійскимъ правительствомъ въ Ломбардіи и Венеціи до уступки этихъ областей Италіи. Истцы ссылались на Цюрихскій трактатъ 1859 г. и Вѣнскій мирный договоръ 1866 г. Итальянскій Трибуналь для разрѣшенiя конфликтовъ пришелъ къ тому выводу, что вопросъ о томъ, создаютъ ли договоры между государствами права для частныхъ лицъ, а въ частности, вытекаеть ли изъ такихъ договоровъ обязанность государства выдавать вознагражденіе, входитъ въ компетенцію суда ²⁾.

§ 20. *Послѣднюю четвертую группу* правительственныхъ актовъ составляютъ т. н. *военныя дѣйствiя*, охватывающія чрезвычайно разнообразныя операціи и дѣйствiя, связанныя съ объявленiемъ войны. Конечно, актъ, объявляющій войну, долженъ считаться правительственнымъ актомъ. Однако возникаетъ вопросъ, можно ли признать это качество за тѣми актами, которые совершаются правительствомъ для подготовки войны, или за тѣми фактами, которые слѣдуютъ за объявленiемъ войны ³⁾. Вся проблема сводится къ тому, могутъ ли лица, пострадавшія отъ военныхъ дѣйствiй, требовать въ судебномъ порядкѣ возмѣщенiя ущерба и убытковъ, а въ случаѣ ихъ смерти или пораненiй могутъ ли они добиваться у государства выдачи пособій и пенсій ⁴⁾. Другими словами ставится вопросъ о большей или меньшей отвѣтственности государства за ущербъ и убытки, причиняемые военными дѣйствiями. Эта проблема вызвала въ доктринѣ безконечные споры, которые приводятъ то къ узкому, то къ широкому пониманiю „военныхъ дѣйствiй“ какъ правительственныхъ актовъ, освобождающихъ государство отъ всякой отвѣтственности. Но, во всякомъ случаѣ, эволюція права идетъ въ сторону суженiя круга такихъ актовъ, къ установленiю на сторонѣ потерпѣвшихъ отъ военныхъ дѣйствiй особаго „соціального“ права на вознагражденіе со стороны государства. Такая эволюція стала особенно замѣтной въ тѣхъ странахъ, которыя были охвачены мировымъ пожаромъ, вели-

¹⁾ Ussing, *Le contentieux administratif*, стр. 186.

²⁾ Ussing, *цит. соч.*, стр. 187.

³⁾ Henri de Vaullx, *цит. соч.* стр. 105—106.

⁴⁾ Болѣе подробно этотъ вопросъ будетъ разсмотрѣнъ въ особенной части, въ главу „Право на публичное вознагражденіе“. Ср. С. А. Бѣляцкинъ, *Война и государственное вознагражденіе*. Петроградъ, 1915 г., а равно мою статью „Отвѣтственность государства за дѣйствiя должностныхъ лицъ“ (*Вѣстникъ Права*, 1903, № 8) и А. И. Елистратовъ *Основныя начала административнаго права*, стр. 286—294.

кой европейской войной 1914—1918 г.г. Въ однихъ государствахъ ходъ эволюціи идетъ медленнымъ темпомъ, а въ другихъ замѣтенъ довольно рѣзкій скачокъ. Такъ, въ Германіи, къ слову сказать, непосредственно сравнительно мало пострадавшей, вопросъ объ убыткахъ, причиненныхъ войной, стоитъ на старой позиціи и разрѣшается старымъ закономъ 13 іюня 1873 г. о повинностяхъ во время войны нѣсколько измѣненнымъ закономъ 15 іюля 1916 г.¹⁾ Законъ 1873 г. возлагаетъ на специальный законъ Имперіи обязанность опредѣлять размѣръ вознагражденія и процедуру выдачи его за тѣ повинности, которыя чрезмѣрно обременяютъ отдѣльные округа, общины или лицъ, а равно за всѣ причиненныя войной поврежденія движимой и недвижимой собственности, которыя по закону 1873 г. или вовсе не возмѣщаются или въ недостаточномъ размѣрѣ. Изъ этого текста ясно видно, что законъ не знаетъ права на вознагражденіе на сторонѣ пострадавшаго и предоставляетъ опредѣленіе вознагражденія усмотрѣнію законодателя. Эта точка зрѣнія находитъ подтвержденіе и въ доктринѣ²⁾. Такъ, проф. Отто Майеръ полагаетъ, что всѣ мѣропріятія Германіи по подготовкѣ къ веденію войны, снаряженію и содержанію войскъ, выбору удобныхъ мѣстъ для крѣпостей и укрѣпленій, регулируется правомъ мирнаго времени, хотя бы всѣ эти мѣры и назывались „военными повинностями“. Поэтому и вознагражденіе за понесенную особую жертву опредѣляется по общимъ принципамъ административнаго права мирнаго времени. Но если мѣры принимаются во время войны или онѣ стоятъ съ ней въ причинной связи, тогда имѣются убытки и ущербъ отъ войны, которые не подлежатъ дѣйствію административнаго права мирнаго времени и потому не могутъ быть возмѣщены государствомъ. Здѣсь, по словамъ проф. О. Майера, приходится имѣть дѣло не съ упорядоченнымъ управленіемъ, а съ разнузданной военной фуріей (*entfesselte Kriegsfurie*). Конечно, чувствуется потребность покрыть убытки изъ общихъ средствъ страны, но постоянного правового института еще не образовалось, и правительству предоставлена свобода поступать въ этомъ отношеніи такъ, какъ оно захочетъ.

Во Франціи до великой европейской войны вопросъ о военныхъ дѣйствіяхъ, какъ актахъ правительственныхъ, разрѣшался отчасти закономъ, а главнымъ образомъ судебно-административной практикой Государственнаго Совѣта. Последняя выдвинула слѣдующія положенія³⁾. Во первыхъ, она устанавливала, что государство не обязано выдавать вознагражденіе за различный ущербъ, нанесенный лицамъ или имуществу путемъ убійствъ, разграбленій, реквизицій и пр., если всѣ эти дѣйствія исходили отъ *непріятеля*. Во вторыхъ, государство не обязывалось возмѣщать ущербъ, причиненный *національными властями*, если только онъ являлся необходимымъ и неизбежнымъ послѣдствіемъ борьбы, напр. если онъ былъ причиненъ домамъ во время сраженія бомбардировкой и пожарами и пр. Въ этомъ случаѣ допускалось возмѣщеніе ущерба только въ видѣ милости, при чемъ распределеніе вознагражденія опредѣлялось парламентомъ и административными властями въ зависимости отъ особенностей положенія потерпѣвшаго и денежныхъ средствъ государства. Вообще, военныя дѣйствія признавались правительственными актами въ смыслѣ безответственности госу-

¹⁾ Otto Mayer Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 568. Band II, 2-te Auflage, 1917.

²⁾ Otto Mayer, цит. соч., стр. 567. Band II.

³⁾ Gaston Jèze, цит. статья въ Revue de droit public за 1915 г., стр. 71—73.

дарства за ущербъ и убытки, причиненные такими дѣйствіями, при наличности слѣдующихъ двухъ условій—во первыхъ, чтобы ущербъ былъ причиненъ во время войны, и во вторыхъ, чтобы онъ являлся неизбѣжнымъ послѣдствіемъ борьбы. Великая европейская война побудила Францію вступить на путь расширенія отвѣтственности государства за ущербъ, причиненный военными дѣйствіями. Въ деклараціи, прочитанной передъ палатами 22 декабря 1914 г., предсѣдатель совѣта министровъ произнесъ, между прочимъ, слѣдующія слова ¹⁾: „отвергая *форму признанія*, которая характеризуетъ одолженіе, государство само провозглашаетъ право на вознагражденіе въ пользу тѣхъ, кто оказался жертвой военныхъ дѣйствій и у кого пострадало ихъ имущество. И оно выполняетъ свою обязанность въ самыхъ широкихъ размѣрахъ, какъ только позволить это сдѣлать финансовое положеніе страны, при соблюденіи такихъ условій, какія будутъ опредѣлены спеціальнымъ закономъ во избѣжаніе всякаго обремененія и произвола.“ И, дѣйствительно, законъ 25 декабря 1914 г. освятилъ новое „соціальное“ право на возмѣщеніе ущерба и убытковъ, причиненныхъ войскою, при томъ, конечно, условіи, чтобы этотъ ущербъ являлся *необходимымъ и непосредственнымъ результатомъ борьбы*. Такимъ путемъ значительная часть военныхъ дѣйствій, какъ правительственныхъ актовъ, исчезла изъ французскаго положительнаго права.

§ 21. Доктрина административнаго права указываетъ, далѣе, на необходимость обособленія отъ административной дѣятельности государства особой *т. н. технической дѣятельности*. Послѣдняя вызывается тѣмъ, что проведеніе въ жизнь административной дѣятельности государства требуетъ отъ исполнителей знаній *двоякаго рода* ²⁾. Съ одной стороны исполнитель долженъ знать *юридическую* сторону административнаго факта или акта т. е. тѣ полномочія, которыя присвоены ему какъ органу власти, тѣ формы, въ которыя они должны облекаться, тѣ предѣлы, въ которыхъ они должны держаться, однимъ словомъ правовыя нормы, касающіяся даннаго проявленія административной дѣятельности. А съ другой стороны органъ власти долженъ обладать знаніями спеціальными, *техническими*, какъ то экономическими, сельско-хозяйственными, гигиеническими и педагогическими. Такъ, напримѣръ, органъ власти можетъ постановить о закрытіи жилого дома, который оказывается чрезмѣрно населеннымъ и вреднымъ для здоровья живущихъ въ немъ или даже около него людей. Конечно, для того, чтобы постановить такое рѣшеніе, органу власти необходимо обладать знаніями по санитаріи и гигиенѣ. Какъ администраторъ можетъ воспретить собранія въ закрытомъ помѣщеніи въ виду угрозы провала пола, если онъ не будетъ обладать свѣдѣніями, касающимися постройки домовъ. Какъ университетъ будетъ принимать мѣры по отношенію къ неисправнымъ студентамъ, не посѣщающимъ лекціи и уклоняющимся отъ практическихъ занятій, если онъ не будетъ имѣть яснаго представленія о педагогическихъ пріемахъ воздѣйствія на слушателей. Техническая дѣятельность можетъ проявляться въ различныхъ сочетаніяхъ и комбинаціяхъ съ административной дѣятельностью. Такъ, возможны случаи, когда админи-

¹⁾ L. Ambruster, La réparation des dommages causés par la guerre, стр. XXVII сл. Paris, 1916.

²⁾ Ranelletti, Principii, стр. 350 слѣд.

стратору, выполняющему административный актъ или фактъ, приходится продѣлывать цѣлый рядъ операций техническаго характера, для которыхъ нужны чисто техническія знанія. Напримѣръ, постановление о постройкѣ дорогъ воплощается въ цѣлый рядъ специальныхъ операций, которыя и дадутъ желанный результатъ. Иногда техническая операція является *средствомъ*, при помощи котораго административная дѣятельность достигаетъ своей цѣли: такую роль, напр., играетъ чтеніе профессоромъ лекцій. Та дѣятельность, которая требуетъ знаній не юридическихъ, а техническихъ, специальныхъ, которая направлена на постановку и рѣшеніе только техническихъ проблемъ, и называется *технической* ¹⁾.

Различіе между административной и технической дѣятельностью настолько велико, что нѣтъ ни малѣйшаго основанія смѣшивать ихъ, а тѣмъ болѣе отождествлять. Административная дѣятельность покоится на оцѣнкѣ и разсмотрѣніи коллективнаго интереса и его требованій. Слѣдовательно, эта дѣятельность всегда проникнута волей, носить умственный (интеллектуальный) характеръ и опирается на правовыя нормы, если, конечно, дѣло идетъ о *юридическихъ вопросахъ*. Напротивъ, техническая дѣятельность проникается соображеніями экономическими, санитарными, педагогическими и пр., опредѣляется правилами, нормами сельско-хозяйственными, техническими и пр. Тѣмъ не менѣе, оба вида дѣятельности тѣсно связаны другъ съ другомъ. Каждое проявленіе дѣятельности государства слагается какъ бы изъ души и тѣла, изъ момента идеальнаго и реальнаго, изъ проявленій административной и технической дѣятельности. Такъ, напримѣръ, администрація дѣлаетъ распоряженіе о закрытіи дома, признаннаго опаснымъ въ санитарномъ отношеніи. Это распоряженіе можетъ быть основано на неправильной технической оцѣнкѣ дома въ смыслѣ его опасности (проявленіе технической дѣятельности). А въ такомъ случаѣ жильцы дома получаютъ право обжаловать это распоряженіе (административный актъ) какъ незаконное (проявленіе административной дѣятельности).

Эта сплетенность и связанность двухъ видовъ государственной дѣятельности отразилась и на содержаніи наукъ, изучающихъ дѣятельность государства. Съ момента зарожденія такихъ наукъ и до послѣдняго времени въ нѣкоторыхъ странахъ проводится тотъ взглядъ, что оба вида дѣятельности государства неотдѣлимы другъ отъ друга, что они подлежатъ совмѣстному разсмотрѣнію и изученію. Такую точку зрѣнія можно наблюдать, напримѣръ, въ старой нѣмецкой „камеральной наукѣ“ (Kameralwissenschaft) ²⁾, которую нѣкоторые ученые называютъ „mixtum compositum изъ разнаго рода свѣдѣній и наставленій, лишенныхъ всякаго научнаго обоснованія“ и нужныхъ только для чиновниковъ камеръ ³⁾, а другіе— административной или камеральной технологіей (administrative or cameralistic technology) ⁴⁾. Это смѣшеніе, хотя и въ меньшей степени, замѣчается въ трудахъ основателей науки о полиціи (Policeiwissenschaft)—Юсти и Зоннен-

¹⁾ Ranalletti, Principii, стр. 352.

²⁾ Подробно о ней въ четвертой главѣ „Административное право“, §§ 60 и 61.

³⁾ Такую оцѣнку даетъ А. Горбуновъ, Методологическія основы дисциплинъ, изучающихъ дѣятельность государства, стр. 33 и 34. Выпускъ I-й. Москва, 1906 г. Этотъ взглядъ опровергается новѣйшими изслѣдованіями о камералистахъ Циленцигера и Смолла (см. въ четвертой главѣ, § 61).

⁴⁾ Albion Small, The cameralists. The Pioneers of German social Polity, стр. 591. Chicago, 1909.

Фельса ¹⁾ и ихъ послѣдователей, а также въ сочиненіяхъ Роберта фонъ Моля и даже Лоренца фонъ Штейна. Послѣдній, хотя и отграничиваетъ созданную имъ науку—ученіе объ управленіи (Verwaltungslehre)—отъ педагогики, медицины и политической экономіи, но все же утверждаетъ, что ученіе объ управленіи предполагаетъ существованіе этихъ дисциплинъ и въ своихъ положеніяхъ всегда должно опираться на установленные ими законы ²⁾.—Однако съ момента появленія въ государствахъ Зап. Европы административныхъ судовъ и вообще установленія въ нихъ началъ правового государства доктрина начинаетъ энергично бороться противъ смѣшенія технической и административной дѣятельности и выдвигаетъ какъ задачу юриста—административиста отдѣленіе юридическаго элемента отъ техническаго, которому не должно быть мѣста въ молодой наукѣ административнаго права. Новѣйшая германская школа государственнаго и административнаго права (въ лицѣ виднѣйшихъ ея представителей—профессоровъ Лабанда и Отто Майера) ставитъ своей задачей очищеніе юридическихъ нормъ отъ всякаго техническаго элемента ³⁾. Эту же тенденцію можно подмѣтить, и при томъ еще въ первой половинѣ XIX столѣтія, и во французской доктринѣ административнаго права, за которой слѣдуютъ итальянскіе ученые—административисты.

§ 22. Доктрина административнаго права различаетъ еще *связанную* и *свободную* дѣятельность государства. *Первый видъ* дѣятельности можно замѣтить всюду, гдѣ она регулируется правомъ, другими словами, гдѣ право опредѣляетъ способъ проявленія государственной дѣятельности во внѣ и содержаніе актовъ, въ которые она выливается, слѣдовательно, когда она является выполненіемъ *опредѣленной* юридической обязанности, выполненіемъ и примѣненіемъ *опредѣленной* юридической нормы.—*Второй видъ* дѣятельности можно наблюдать, прежде всего, въ тѣхъ случаяхъ, когда она *совершенно не опредѣляется* правомъ, такъ что органы государственной власти могутъ, по своему усмотрѣнію, свободно, намѣчать *способы* проявленія ея, *тѣ акты*, которые оказываются подходящими для такого проявленія, и наконецъ *тотъ моментъ*, когда это проявленіе оказывается особенно удобнымъ и нужнымъ. Эти случаи проявленія свободной государственной дѣятельности встрѣчаются сравнительно рѣдко. Гораздо чаще такая дѣятельность наблюдается тогда, когда она *не опредѣляется правомъ съ исчерпывающей полнотой* ⁴⁾, когда органъ власти получаетъ или свободу въ выборѣ *способа* проявленія государственной дѣятельности или свободу въ выборѣ *момента* примѣненія правовой нормы къ данному случаю ⁵⁾. Въ такомъ именно положеніи находится администрація, когда ей приходится выбирать моментъ для погашенія государственнаго долга или когда она устанавливаетъ срокъ для принятія по отношенію къ частнымъ лицамъ мѣръ, которыя возлагаютъ на нихъ извѣстныя обязательства или даруютъ имъ извѣстныя права, но примѣняются только въ случаяхъ, указанныхъ закономъ. Наконецъ, органу власти можетъ быть предоставлена *свобода въ проявленіи и содержаніи* той дѣятельности, которая должна быть имъ проявлена по собственному его

¹⁾ А. Горбуновъ, цит. соч. стр. 49.

²⁾ А. Горбуновъ, цит. соч. стр. 183.

³⁾ А. Горбуновъ, цит. соч., стр. 207 слѣд.

⁴⁾ Ranalletti, Principii, стр. 360 слѣд.

⁵⁾ L. Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, стр. 10 сл.

усмотрѣнію. Такъ, напримѣръ, органъ власти можетъ получить свободу въ выборѣ *содержанія акта*, но въ тоже время можетъ быть обязанъ правомъ къ выполненію опредѣленной юридической обязанности. Или органу власти можетъ быть предоставлена свобода въ *проявленіи* самой дѣятельности, но за то разъ онъ рѣшилъ проявлять ее, то обязывается къ ея выполненію по *точнымъ* нормамъ права. Или, наконецъ, органъ власти можетъ получить полную свободу какъ въ обязанности по выполненію государственной дѣятельности, такъ и въ наполненіи ея конкретнымъ содержаніемъ.

§ 23. Присутствіе такой свободы можно подмѣтить во всѣхъ трехъ видахъ государственной дѣятельности—въ законодательной, судебной и административной. Такъ, законодательная дѣятельность проникается только однимъ стремленіемъ къ удовлетворенію коллективныхъ интересовъ, общихъ требованій страны, при чемъ законодателю предоставляется *полная свобода* въ оцѣнкѣ такихъ коллективныхъ потребностей и въ выясненіи нужды страны въ ихъ удовлетвореніи. Дѣйствующее право можетъ связывать законодателя только относительно компетенціи и формъ, въ соотвѣтствіи съ которыми и должна развиваться его дѣятельность. То же явленіе замѣчается и въ административной дѣятельности. Администраціи также приходится взвѣшивать требованія коллективныхъ интересовъ, развивать и опредѣлять дѣятельность въ томъ направленіи и съ тѣмъ содержаніемъ, какія требуются этими интересами. И въ этомъ взвѣшиваніи, въ этой оцѣнкѣ администрація, конечно, свободна. Такимъ образомъ, административные органы обладаютъ своеобразною способностью свободно оцѣнивать и взвѣшивать, выясняя, требуютъ ли коллективные интересы дѣйствій съ ихъ стороны или воздержаній отъ нихъ, въ какой моментъ они должны проявлять свою дѣятельность, въ какомъ направленіи она должна развиваться и какое содержаніе должно быть влито въ нее. Такую способность администраціи доктрина называетъ ея *дискреціонною властью*—*pouvoir discrétionnaire, potere discrezionale, freies Ermessen*¹⁾—и интересуется ею постольку, поскольку она имѣетъ въ виду другихъ субъектовъ права, влечетъ за собой тѣ или иныя юридическія послѣдствія. Объемъ этой дискреціонной власти администраціи въ различныхъ государствахъ, конечно, неодинаковъ. Въ болѣе культурныхъ странахъ вполне опредѣленно замѣтно стремленіе если не уничтожить, то по крайней мѣрѣ значительно сократить такую власть. Въ менѣе культурныхъ странахъ, наоборотъ, дискреціонная власть администраціи обширна и служитъ немалой помѣхой для надлежащаго развитія административнаго права. Поэтому вполне понятнымъ становится стремленіе доктрины отвести этой власти администраціи возможно болѣе скромное поле дѣятельности. Въ этомъ отношеніи заслуживаетъ особаго вниманія попытка австрійскаго ученаго Рудольфа Лауна²⁾ найти хотя—какой нибудь критерій для разграниченія дискреціонной и связанной закономъ дѣятельности государства. Связанная дѣятельность, по его мнѣнію, проявляется только въ исполненіи воли законодателя, тогда какъ дискреціонная дѣятельность проявляется лишь въ томъ случаѣ, если законодатель самъ не въ состояніи напередъ опредѣлить свою линію поведенія. Конечныя цѣли государства (самосохраненіе, устройство и поддержаніе извѣстнаго строя и пр.) могутъ быть достигнуты различными способами и нельзя

¹⁾ Ranelletti, Principii, стр. 365.

²⁾ Rudolf Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien. 1910.

напередъ нормами опредѣлить ближайшія, непосредственныя цѣли, которыя долженъ преслѣдовать государственный органъ въ каждомъ частномъ случаѣ. Дискреціонная власть и есть власть, дарованная органу для опредѣленія имъ самолично ближайшей, непосредственной цѣли своей дѣятельности. Такимъ образомъ, Лаунъ признаетъ наличность дискреціонной власти только тогда, когда у органа есть *свобода выбора цѣли*, а не *свобода выбора средствъ* для достиженія цѣли, намѣченной закономъ. Эта теорія была подвергнута критикѣ профессоромъ Мишу¹⁾, который указалъ, что выраженія „средства“ и „цѣль“ являются не вполне опредѣленными, потому что сама цѣль нерѣдко бываетъ средствомъ для достиженія болѣе отдаленной цѣли²⁾. Такъ, на примѣръ, администрація воспрещаетъ движеніе экипажей по извѣстнымъ улицамъ въ тотъ день, когда организуется общественное торжество. Это воспрещеніе является средствомъ, имѣющимъ опредѣленную цѣль—организацию праздника, но это празднество само является только средствомъ для достиженія другой цѣли, на примѣръ, для чествованія великаго человѣка, а это чествованіе въ свою очередь можетъ быть средствомъ для другой цѣли—для возбужденія опредѣленнаго патріотическаго настроенія и пр. Попытка Лауна показываетъ всю бесплодность усилій найти какой нибудь единый критерій для разграниченія связанной и свободной дѣятельности государства. Повидимому, надо стать на практическую точку зрѣнія и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ проявленія административной дѣятельности слѣдуетъ выяснять, хорошо ли, желательно ли, соотвѣтствуетъ ли общимъ потребностямъ общества, чтобы данный случай былъ рассмотрѣнъ въ независимомъ и безотвѣтственномъ судѣ, который бы судилъ по заранѣ опредѣленнымъ правиламъ, или лучше его передать на свободное разрѣшеніе власти, призванной для этой цѣли закономъ³⁾.

Проф. Ранеллетти⁴⁾ предлагаетъ различать *оцѣнку административную* отъ *оцѣнки технической*, усмотрѣніе административное отъ усмотрѣнія техническаго. Подъ технической оцѣнкой онъ понимаетъ такое взвѣшиваніе обстоятельствъ, условій или элементовъ, которое должно производиться по техническому критерию. Таковъ, на примѣръ, случай, когда приходится провѣрять правильность постройки, констатировать наличность болѣзни или причину антигигіеничности жилища и пр. Противъ этого мнѣнія возстаютъ итальянскіе и австрійскіе ученые (напр. Каммео и Тецнеръ), которые вполне справедливо указываютъ, что въ научной литературѣ выраженіе „административно—техническая оцѣнка“ стало общепотребительнымъ⁵⁾. Затѣмъ, административная и техническая оцѣнка настолько тѣсно связаны между собою, что едва ли смогутъ существовать отдѣльно одна отъ другой. Кромѣ того, самое выраженіе „техническая оцѣнка“ вызываетъ представленіе о такой оцѣнкѣ, которая должна быть произведена согласно особенностямъ даннаго ремесла или профессіи и которая, слѣдовательно, вовсе не должна интересоватъ судъ въ случаѣ подачи жалобы на такую оцѣнку. Между тѣмъ такая оцѣнка можетъ быть поставлена подъ контроль суда⁶⁾.

¹⁾ Michoud, цит. соч., стр. 48 слѣд.

²⁾ Michoud, цит. соч., стр. 51 (ос. примѣчаніе).

³⁾ Michoud, цит. соч., стр. 53—54.

⁴⁾ Ranalletti, Principii, стр. 368 и 369.

⁵⁾ Напр., Ussing, Le contentieux administratif, стр. 118 и сл.

⁶⁾ Michoud, цит. соч., стр. 67—68, особенно прим. 2, см. дальше §§ 25—29.

Конечно, нельзя отождествлять дискреціонную власть администраціи съ произволомъ, который имѣется налицо тогда, когда власть дѣйствуетъ по своему желанію, капризу или настроенію. Произволь, по выраженію Монтескье, является характернымъ признакомъ деспотизма, но онъ немислимъ въ современномъ правовомъ государствѣ. Правда, свобода дѣйствій сближаетъ дискреціонную власть съ произволомъ, но эта свобода ограничивается нормой, которая требуетъ отъ администраціи служенія общему благу, общимъ интересамъ¹⁾. Вивьенъ, обсуждая дискреціонныя полномочія администраціи при выдачѣ разрѣшеній, говоритъ: „при осуществленіи такихъ полномочій администрація облечена полнотою власти: она можетъ отказать или разрѣшить. Законъ всецѣло полагается на ея умѣнье. Но нужно остерегаться смѣшивать дискреціонную власть, которой она пользуется, съ властью произвольной. Первая подчинена условіямъ и правиламъ. Когда законъ, который не можетъ все предусмотрѣть и все урегулировать, передаетъ свое право оцѣнщику, болѣе близкому къ гражданамъ, болѣе способному принять во вниманіе при разрѣшеніи всякій элементъ, то, понятно, онъ руководствуется только справедливостью, только общественной пользой“²⁾.—Во всякомъ случаѣ можно утвердительно сказать, что дискреціонная власть присуща всѣмъ актамъ администраціи, но въ различной мѣрѣ. Однако въ то же время во *всѣхъ актахъ* замѣтны *извѣстныя ограниченія* такой власти³⁾.

§ 24. Въ доктринѣ проводится строгое различіе между *усмотрѣніемъ въ сферѣ административной дѣятельности* и *усмотрѣніемъ въ сферѣ правосудія, юстиціи*. Конечно, въ сферѣ отправленія правосудія приговоръ, рѣшеніе судьи во всемъ своемъ содержаніи опредѣляется закономъ. Онъ является плодомъ примѣненія правовой нормы къ извѣстнымъ фактическимъ даннымъ, полученнымъ при помощи особой процедуры—процесса. Приговоръ опредѣляетъ, что должно считаться по волѣ закона правомъ для даннаго случая. Но иногда судья приходится постановлять рѣшеніе по такимъ фактамъ, которые не могутъ быть напередъ достаточно оцѣнены, и онъ бываетъ вынужденъ только приблизительно опредѣлять то, что соотвѣтствуетъ волѣ закона. Въ такомъ случаѣ налицо т. н. судейское усмотрѣніе⁴⁾. Это усмотрѣніе иногда очень легко подмѣтитъ въ текстѣ самаго закона, въ тѣхъ выраженіяхъ, которыя встрѣчаются въ немъ вродѣ „справедливые мотивы“, „свобода соглашенія“, „осмотрительность или пользованіе какъ подобааетъ доброму хозяину“, „опасность для здоровья“, вообще когда законъ говоритъ о такихъ обстоятельствахъ, условіяхъ и элементахъ, которые не отличаются ни опредѣленностью, ни точностью и подлежатъ оцѣнкѣ, конечно только съ субъективной точки зрѣнія⁵⁾. Такую свободу судьи законодатель допускаетъ въ разрѣшеніи не только вопросовъ факта, въ оцѣнкѣ матеріальныхъ обстоятельствъ, въ взвѣшиваніи техническихъ, экономическихъ и моральныхъ соображеній, но и вопросовъ права. Въ послѣднемъ случаѣ онъ можетъ обладать свободой какъ въ выясненіи содержанія правовой нормы, такъ и въ отношеніи ея къ конкретному случаю. Особенно характерны въ этомъ отношеніи тѣ постановленія современнаго законодательства, которыя

¹⁾ Laun, цит. соч., стр. 1 и сл., 65 и сл.

²⁾ Vivien, Etudes administratives, стр. 333. Tome I.

³⁾ Michoud, цит. соч., стр. 18 сл.

⁴⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 101. Band I.

⁵⁾ Ranalletti, Principii, стр. 373 и 374.

предлагають судѣ рѣшать дѣло по справедливости.—Доктрина новѣйшаго времени (особенно въ области гражданскаго права) привѣтствуетъ свободу судейскаго усмотрѣнія. Образовалось даже особое научное теченіе, которое въ Германіи получило названіе „школы свободнаго права“ (Шлосманъ, Эрлихъ, Визнеръ, Радбрухъ и др.)¹⁾, а во Франціи—новой школы толкованія законовъ (Жени, Салейль, Ламберъ и др.)²⁾. Эти новѣйшія ученія расходятся съ господствующимъ нынѣ направлениемъ въ пониманіи роли и значенія современнаго судьи, которому они даютъ большую свободу³⁾ и на котораго смотрятъ не какъ на машину, подводящую факты подъ точно опредѣленный законъ, а какъ на творца права. Творчество судьи носить, несомнѣнно, субъективный характеръ: на немъ отражаются его способность мышленія, его политическіе и социальныя взгляды, большая или меньшая степень его интеллигентности, глубина образованности и пр.⁴⁾. Творчество его выражается въ различныхъ стадіяхъ толкованія законовъ, напр. въ образованіи опредѣленій для употребленныхъ въ законѣ понятій, въ отысканіи цѣли закона. Творчество судьи особенно возрастаетъ, когда ему приходится наталкиваться на пробѣлы закона, когда самъ законъ побуждаетъ судью къ творчеству прямо или косвенно (путемъ ссылки на добрыя нравы, добросовѣстность и пр.). Наконецъ, творчество судьи достигаетъ апогея, когда ему приходится примѣнять аналогію или доводъ отъ противнаго⁵⁾. Школа свободнаго права получила, по крайней мѣрѣ въ Германіи, довольно большую извѣстность. Въ 1911 г. образовалось специальное общество „Право и хозяйство“, которое объединилось на очень интересной платформѣ, выясненной въ особомъ воззваніи⁶⁾, гдѣ фигурируютъ и требованія, выработанныя новой школой.

§ 25. Итакъ, свободная государственная дѣятельность отличается отъ связанной дѣятельности тѣмъ, что администрація производитъ административно-техническую оцѣнку свободно, безъ давленія со стороны другой власти, вполне самостоятельно. Такимъ образомъ, эта оцѣнка является неуязвимой хотя бы со стороны судебной власти. Другое дѣло, если такая оцѣнка производится администраціей съ нарушеніемъ, по выраженію Лауна, *внѣшнихъ* границъ дискреціонной власти, а именно съ нарушеніемъ законныхъ нормъ, опредѣляющихъ *компетенцію* административныхъ органовъ, *форму* ихъ актовъ и *тѣ мѣры*, которыя могутъ быть ими приняты⁷⁾. Тогда, конечно, судамъ—обыкновеннымъ или административнымъ—должно быть предоставлено право принимать жалобы на такіе акты администраціи и критиковать ихъ, хотя бы они имѣли дискреціонный характеръ. Но, какъ быть въ томъ случаѣ, когда оцѣнка была произведена компетентной властью при соблюденіи формальностей, предписанныхъ закономъ, и по отношенію къ той мѣрѣ, которая указана въ законѣ. Казалось бы, ни о какомъ контролѣ судовъ не можетъ быть и рѣчи. Такой контроль, повидимому, явился бы явнымъ противорѣчіемъ той власти оцѣнки, которая дана администраціи. Зачѣмъ давать ей такую власть и въ тоже время закрѣплять

¹⁾ А. В. Завадскій, Къ ученію о толкованіи гражданскихъ законовъ, стр. 6—61.

²⁾ А. В. Завадскій, цит. соч., прил. 1 (стр. I—XXVII).

³⁾ А. В. Завадскій, цит. соч., стр. 118.

⁴⁾ Michoud, цит. соч., стр. 12.

⁵⁾ А. В. Завадскій, цит. соч., стр. 120 и 121.

⁶⁾ А. В. Завадскій, цит. соч., стр. 158—161, гдѣ приведено его содержаніе.

⁷⁾ Michoud, цит. соч., стр. 76 слѣд.

за судьями право критиковать их¹⁾. На самомъ же дѣлѣ наблюдается совершенно другая картина. Законодательство и практика высшихъ административныхъ судовъ главнѣйшихъ государствъ Европы признаютъ ненарушимость административно-технической оцѣнки, но въ тоже время допускаютъ возможность отмѣны административнаго акта только потому, что оцѣнка, которую имѣлъ въ виду законъ, другими словами, тѣ соображенія, которыми руководилась административная власть въ своей дискреціонной дѣятельности, оказались явно необоснованными. Тогда такой актъ признается незаконнымъ и подлежитъ отмѣнѣ. Главную роль въ установленіи судебного контроля за административно-технической оцѣнкой играютъ, несомнѣнно, высшіе административные суды, ихъ практика. Впрочемъ, иногда и законодательство опредѣленно говоритъ о такомъ контролѣ. Такъ, напримѣръ, законы Бадена, Вюртемберга и Баваріи объ административныхъ судахъ держатся принципиально той точки зрѣнія, что административные суды не компетентны изслѣдовать свободное усмотрѣніе административныхъ органовъ²⁾. Но уже новѣйшее законодательство Пруссіи, Саксоніи и Ольденбурга объявляютъ административные суды компетентными изслѣдовать отдѣльные административные акты не только въ правовомъ отношеніи, но и со стороны ихъ цѣлесообразности. Нѣкоторые законы даютъ заинтересованнымъ лицамъ возможность обжаловать въ административный судъ заявленіе властей о томъ, что принудительное отчужденіе имущества послѣдовало ради общаго блага³⁾.

§ 26. Интересенъ, однако, не этотъ судебный контроль, указанный въ самомъ законѣ, который, несомнѣнно, значительно *суживаетъ*, но еще не *уничтожаетъ*, дискреціонную, свободную дѣятельность администраціи. Болѣе важнымъ является другой судебный контроль за дискреціонными полномочіями административной власти, который вводится не опредѣленной нормой закона для опредѣленнаго круга ихъ, а практикой высшихъ административныхъ судовъ Франціи, Пруссіи, Италіи, Австріи и Россіи иногда для *всѣхъ* дискреціонныхъ полномочій администраціи, а иногда только для *нѣкоторыхъ* изъ нихъ. Здѣсь налицо любопытное явленіе правовой жизни современнаго государства, которое въ доктринѣ называется *извращеніемъ власти* (*détournement de pouvoir, sviamento del potere*)⁴⁾. Институтъ извращенія власти является, по выраженію Лауна, *внутреннимъ предѣломъ*, положеннымъ дискреціонной власти администраціи. Его нельзя найти въ текстѣ закона, а между тѣмъ подъ его вліяніемъ находится вся административная дѣятельность, по крайней мѣрѣ, въ странахъ, достигшихъ извѣстнаго уровня культуры, цивилизаціи. Институтъ извращенія власти

¹⁾ Ussing, Le contentieux administratif, стр. 119.

²⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 214.

³⁾ Fleiner, цит. соч., стр. 216.

⁴⁾ Въ русской литературѣ (проф. А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр. 267. Изд. 2-е, Москва, 1917) употребляется терминъ „отклоненіе власти“. Тотъ же терминъ встрѣчается у С. П. Покровскаго въ его сочиненіи „Государственный Совѣтъ во Франціи какъ органъ административной юстиціи въ отмѣнѣ административныхъ рѣшеній“, стр. 353 сл. Ярославль, 1913 г. Я пользовался терминомъ „извращеніе власти“ въ первомъ и второмъ изданіяхъ своего курса объ административной юстиціи. По моему мнѣнію, терминъ „отклоненіе власти“ имѣетъ слишкомъ обширный смыслъ: отклоненіемъ власти будетъ и уклоненіе администраціи отъ соблюденія правилъ о компетенціи и формахъ.

былъ вызванъ къ жизни потребностями самой административной дѣятельности ¹⁾. Вѣдь, органъ власти долженъ не только добросовѣтно исполнять требованія закона о компетенціи и о формѣ, но и не расходиться съ тѣми опредѣленными *цѣлями* коллективнаго интереса, ради достиженія которыхъ законъ и далъ администраціи тѣ или иныя полномочія даже дискреціоннаго характера. Если дѣятельность органа власти расходится съ этимъ требованіемъ и какъ бы разрушаетъ „духъ закона“, то налицо имѣется случай извращенія власти. Однимъ словомъ, *извращеніемъ власти можно назвать дѣйствіе органа администраціи, который, выполняя актъ въ предѣлахъ своей компетенціи и слѣдуя предписаннымъ формамъ, пользуется своей властью для иной цѣли и по инымъ мотивамъ, чѣмъ тѣ, которые имѣлъ въ виду законодатель, даруя такую власть* ²⁾.

Переходя къ разсмотрѣнію положенія этого института въ отдѣльных странахъ, слѣдуетъ остановиться, прежде всего, на *Франціи*, гдѣ онъ зародился и получилъ наибольшее развитіе. Появленіе его относится къ эпохѣ Второй Имперіи. Творцами его надо считать тѣхъ правительственныхъ комиссаровъ, которые состоятъ при Государственномъ Совѣтѣ, и среди нихъ извѣстнаго Окока ³⁾. Извращеніе власти явилось однимъ изъ самыхъ употребительныхъ способовъ обжалованія передъ Государственнымъ Совѣтомъ административныхъ рѣшеній, принятыхъ въ силу дискреціонныхъ полномочій. Онъ, вмѣстѣ съ другими способами обжалованія административныхъ актовъ—по поводу нарушенія компетенціи, формальностей и закона, составилъ ту стройную систему обжалованія, которая извѣстна во Франціи подъ именемъ „recours pour excès de pouvoir“—жалобъ по поводу превышенія власти. Институтъ извращенія власти сдѣлалъ то, что въ настоящее время ни одинъ дискреціонный, свободный актъ администраціи не можетъ ускользнуть отъ правового контроля судовъ. Благодаря ему во Франціи, по мнѣнію Дюги, дискреціонный актъ отошелъ въ область преданій, исчезъ изъ современнаго права ⁴⁾. Насколько широко примѣняется институтъ извращенія власти, видно изъ богатѣйшей практики Французскаго Государственнаго Совѣта ⁵⁾. Для лучшаго ознакомленія съ ней нужно разбить всѣ случаи его примѣненія на четыре группы.

Первую группу составляютъ тѣ случаи, когда Государственному Совѣту приходилось разсматривать дѣйствія администраціи, совершаемыя подъ вліяніемъ личной вражды, имѣвшей иногда частный, а иногда политическій характеръ ⁶⁾. Въ этомъ отношеніи типично дѣло Могра (Maugras), полицейскаго агента ⁷⁾, который былъ уволенъ мэромъ г. Денена отъ исполненія своихъ служебныхъ обязанностей только за то, что онъ составилъ протоколъ на трактир-

¹⁾ L. Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire, стр. 85.

²⁾ Hauriou, Précis, стр. 457. Аналогичное, хотя и болѣе краткое, опредѣленіе даетъ Michoud, ц. с. стр. 86. Нѣкоторые французскіе ученые (вродѣ Лаферрьеря и Окока) вводятъ въ опредѣленіе выраженіе „и иныхъ случаевъ“, „для иныхъ предметовъ“ (Piegге Dareste, ц. с., стр. 380).

³⁾ С. П. Покровскій, Государственный Совѣтъ во Франціи, стр. 351 слѣд.

⁴⁾ Leon Duguit, Les transformations du droit public, стр. 206 сл.

⁵⁾ Она въ изобиліи приведена у André Bahuet, Le détournement de pouvoir (thèse pour le doctorat). Paris. 1912.

⁶⁾ Michoud, цит. соч., стр. 90 сл.

⁷⁾ Bahuet, цит. соч., стр. 115—116.

щипу, которая не закрывала своего заведения послѣ часа, установленнаго распоряженіемъ власти. Выяснилось, что она приходилась близкой родственницей прислугѣ мэра. Такое распоряженіе мэра было отмѣнено Государственнымъ Совѣтомъ въ виду признаковъ „извращенія власти“. Любопытно дѣло хлѣбнаго торговца Леспинассъ (Lespinasse), который въ моментъ частичнаго обновленія состава Сената въ воззваніи, ставшемъ публичнымъ, обвинялъ правительство въ неправильной уплатѣ денегъ за поставки для арміи, доказывалъ, что финансы страны находятся въ дурномъ положеніи, и ссылаясь на значительный дефицитъ въ еще неотвѣченномъ бюджетѣ. За такія обличенія Леспинассъ былъ исключенъ военнымъ министромъ изъ числа поставщиковъ военныхъ учреждений¹⁾.— Или еще примѣръ— дѣло сельскаго сторожа Фабрегъ (Fabrègues)²⁾, который былъ въ непріязненныхъ отношеніяхъ съ мэромъ общины Котиньякъ. Мэръ желалъ избавиться отъ своего недруга и, конечно, охотно уволилъ бы его, но не могъ этого сдѣлать потому, что право увольненія сторожей принадлежитъ не ему, а префекту. Тогда мэръ вспомнилъ про дарованное ему закономъ право увольнять отъ должности служащихъ на одинъ мѣсяць. Онъ уволилъ Фабрега на одинъ мѣсяць, а затѣмъ возобновлялъ это увольненіе еще десять разъ подрядъ и тоже на одинъ мѣсяць, пока, наконецъ, сторожъ не узналъ, что онъ можетъ обжаловать такое распоряженіе мэра передъ Государственнымъ Совѣтомъ. Послѣднему пришлось отмѣнить 10 распоряженій мэра объ увольненіи Фабрега. Однако, неугомимый мэръ успѣлъ снова издать 7 такихъ же распоряженій, пока, наконецъ, и они не были отмѣнены Государственнымъ Совѣтомъ.— Государственному Совѣту пришлось имѣть дѣло съ мэромъ г. Сенъ Жерменъ анъ Ла, который воспретилъ одному музыкальному обществу играть въ общественныхъ мѣстахъ или муниципальныхъ учрежденіяхъ только потому, что его дирижеромъ былъ не французъ³⁾.

Вторую группу составляютъ тѣ случаи извращенія власти, когда органы осуществляютъ власть *полицейскаго* характера ради *денежныхъ* интересовъ административнаго юридическаго лица (государства, общины, департамента, публичнаго учрежденія) или частныхъ лицъ, интересы которыхъ болѣе или менѣе связаны съ административнымъ лицомъ. Классическій примѣръ представляетъ дѣло Ломонье—Карриоль⁴⁾. Законъ 12 августа 1872 г. ввелъ во Франціи монополію изготовленія химическихъ спичекъ и постановилъ отчудить существующія фабрики этого рода. Возникъ вопросъ о вознагражденіи владѣльцевъ закрываемыхъ фабрикъ и онъ былъ рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ. Между тѣмъ министръ финансовъ разослалъ префектамъ циркуляръ, въ которомъ онъ предписывалъ имъ сдѣлать распоряженія о незаконности дальнѣйшаго существованія спичечныхъ фабрикъ и ихъ закрытіи. Въ этомъ циркулярѣ онъ рекомендовалъ префектамъ ссылаться при закрытіи фабрикъ не на законъ 1872 г., а на тѣ законы и регламенты, которые касаются нездоровыхъ въ гигиеническомъ и санитарномъ отношеніяхъ заведеній. Такая ссылка имѣла то значеніе, что закрытіе заведеній вслѣдствіе ихъ негигиеничности освобождало государство

¹⁾ Bahuet, цит. соч., стр. 89—91.

²⁾ Bahuet, цит. соч., стр. 114—115.

³⁾ Bahuet, Le détournement de pouvoir, стр. 110—111.

⁴⁾ Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire, стр. 91 сл.

⁵⁾ Bahuet, цит. соч., стр. 53—54, Pierre Darest, ц. с., стр. 381.

отъ необходимости платить вознагражденіе и такимъ образомъ сберегало ему немалыя суммы. Государственный Совѣтъ призналъ, что префекты использовали полицейскія полномочія, имѣющія въ виду опасныя, неудобныя и нездоровыя заведенія, для фискальной цѣли—для облегченія финансовыхъ тяготъ государства.—Или еще случай ¹⁾). Президенту республики предоставляется право опредѣлять линію берега моря, которая во Франціи составляетъ публичное имущество (domaine public). Префекты также обладаютъ правомъ намѣчать предѣлы русла судоходныхъ рѣкъ. Цѣлью этихъ полномочій является необходимость сохраненія публичнаго имущества. Но если президентъ или префектъ включаютъ въ морской берегъ или рѣчное русло часть земель прибрежныхъ владѣльцевъ подъ тѣмъ предлогомъ, что эта мѣра оказывается полезной въ публичномъ интересѣ, то такія рѣшенія, несомнѣнно, запечатлѣны фискальнымъ духомъ и подлежатъ отмѣнѣ.

Третью группу составляютъ случаи, когда администрація пользуется своей властью хотя и для цѣли, имѣющей въ виду коллективный и даже не денежный интересъ, но все же не для той цѣли, ради которой органу была дана такая власть ²⁾). Типичны случаи, когда Государственному Совѣту приходилось отмѣнять полицейскія распоряженія мэра относительно передвиженія или регламентаціи рынковъ, когда они имѣли въ виду не интересы передвиженія или порядка или здоровья, а покровительство мѣстной торговлѣ т. е. такой предметъ, который не относится къ вѣдѣнію муниципальной полиціи. Характеренъ въ этомъ отношеніи случай съ г. Леба ³⁾). На основаніи ордоннанса 1846 г. о полиціи на желѣзныхъ дорогахъ, въѣздъ, стоянка и передвиженіе экипажей въ мѣстахъ, прилегающихъ къ станціямъ желѣзныхъ дорогъ, опредѣляются распоряженіями префектовъ. На основаніи этого акта г. Леба обратился къ префекту съ просьбой разрѣшить въѣздъ и стоянку его омнибусовъ во дворѣ вокзала Фонтенбло. Префектъ, въ силу своей дискреціонной полицейской власти, отказалъ ему. Причиной отказа, однако, явились не соображенія о необходимости обезпеченія безопасности, спокойствія и удобства публики, а обезпеченіе договора, заключеннаго компаніей желѣзной дороги съ предпринимателемъ публичныхъ экипажей, г. Ришаромъ. На основаніи договора Ришаръ устроилъ между вокзаломъ Фонтенбло и городомъ перевозку, обслуживающую всѣ ночные и дневные поѣзда. Компанія дала субсидію г. Ришару и гарантировала право въѣзда во дворѣ вокзала только ему одному съ исключеніемъ возможности допущенія какого либо другого конкурирующаго предпринимателя. Конечно, префектъ сталъ на сторону г. Ришара не для защиты его личныхъ интересовъ, а для лучшаго обезпеченія интересовъ публики, но, какъ замѣтилъ при разсмотрѣніи этого дѣла въ Государственномъ Совѣтѣ правительственный комиссаръ, такая заботливость хотя и похвальна, однако чужда идеѣ полиціи. Префектъ не имѣлъ права затруднять свободную конкуренцію и подчинять оборотъ коммерческимъ комбинаціямъ г. Ришара, хотя бы онѣ и имѣли въ виду общій интересъ.

Наконецъ, *четвертую группу* составляютъ случаи, когда одинъ органъ администраціи пользуется властью для косвеннаго вторженія въ сферу дѣятель-

¹⁾ U s s i n g, Le contentieux administratif, стр. 123, Ва h u e t, ц. с. стр. 50—51.

²⁾ Michoud, цит. соч., стр. 92—93.

³⁾ Ва h u e t, цит. соч., стр. 75—77.

ности другого административнаго органа или даже органа судебной власти или для обхода постановленій закона ¹⁾. Таковъ случай со сторожемъ Фабрегъ, когда мэръ превратилъ свою власть временнаго увольненія его отъ должности на срокъ не свыше мѣсяца во власть окончательнаго отрѣшенія его отъ должности, принадлежащую только одному префекту. Таковы случаи, когда Государственному Совѣту приходилось отмѣнять распоряженія префекта, касающіяся небольшихъ ручьевъ, когда они имѣли въ виду не обезпеченіе здоровья или надлежащее распредѣленіе водъ между нуждающимися въ нихъ земледѣльцами и промышленниками, а разрѣшеніе частныхъ споровъ между двумя прибрежными владѣльцами, каковыя составляютъ предметъ вѣдѣнія судебной власти.—Такова практика Французскаго Государственнаго Совѣта, отличающаяся большимъ разнообразіемъ случаевъ примѣненія института „извращенія власти“ и необыкновенной гибкостью и умѣньемъ подмѣчать малѣйшія уклоненія административной морали, которыя устраняются при помощи контроля судовъ. Дѣйствительно, благодаря институту извращенія власти²⁾, ни одинъ обыкновенный административный актъ не можетъ претендовать на названіе дискреціоннаго. И только одни правительственные акты могутъ быть названы дискреціонными актами въ настоящемъ смыслѣ слова.

§ 27. Ни одному иностранному высшему административному суду не удалось развить такой богатѣйшей практики, такъ тонко и полно разработать институтъ извращенія власти. Однако потребность въ немъ всюду настолько велика, стремленіе судовъ защитить духъ закона отъ посягательствъ администраціи настолько сильно, что въ практикѣ Итальянскаго Государственнаго Совѣта, Прусскаго Высшаго Административнаго Суда, Австрійскаго Высшаго Суда и Русскаго Правительствующаго Сената замѣтно вполнѣ опредѣленное теченіе въ сторону насажденія этого французскаго правового института и на иноземной почвѣ.

Изъ практики *Итальянскаго Государственнаго Совѣта* можно привести слѣдующій примѣръ ²⁾. Одно общество въ г. Брешии „Cesare Arici“ ходатайствовало передъ попечителемъ учебнаго округа о разрѣшеніи ему открыть частное учебное заведеніе съ тремя первыми классами. Попечитель отказалъ въ ходатайствѣ по разнымъ мотивамъ и, между прочимъ, сослался на то, что законъ, даруя право на открытіе школы, имѣетъ въ виду отдѣльнаго гражданина, а не общество, что въ данномъ случаѣ проявляется скрытое желаніе возродить заведеніе, которое было закрыто властями; наконецъ были сдѣланы намеки и политическаго характера. Тогда общество, считая свои права нарушенными, обратилось въ судъ. Въ результатѣ возникъ конфликтъ между административной и судебной властями и дѣло было разрѣшено Кассационнымъ Судомъ въ смыслѣ неподсудности его судебнымъ учрежденіямъ. Затѣмъ дѣло перешло въ IV-е отдѣленіе Государственнаго Совѣта по жалобѣ общества, которое обвиняло попечителя въ превышеніи власти. Этотъ судъ взглянулъ на дѣло совсѣмъ иначе и нашелъ административный актъ попечителя опороженнымъ

¹⁾ Michoud, цит. соч., стр. 93.

²⁾ Orlando, La giustizia amministrativa, стр. 810—811, въ Primo trattato, Volume III. О развитіи института détournement de pouvoir въ итальянскомъ правѣ см. у того же Orlando, цит. соч., стр. 804—810.

по слѣдующимъ причинамъ. „Въ виду того“ говорится въ этомъ рѣшеніи „что безъ всякой пользы . . . доказывалась возможность сопротивленія учебной власти, которая могла бы опираться на простую и неоспоримую оцѣнку какъ моральныхъ качествъ того лица, которое добывается открытія школы, такъ гигиеническихъ условій помѣщенія школы, ея мѣстоположенія и пр., съ того самаго момента, какъ выяснилось положительно, что *подобныхъ предположеній въ обстановкѣ даннаго дѣла совершенно не существуетъ*, такъ какъ нѣтъ свѣдѣній ни о нравственныхъ качествахъ лица, которое должно стоять во главѣ школы, ни другихъ предложенныхъ лицъ учебнаго персонала, ни о расположеніи помѣщеній, которое могло бы интересоваться въ какомъ либо отношеніи; имѣя въ виду, что *школьные власти основывали свое сопротивленіе на мотивахъ совершенно иного порядка*, и такъ какъ уже было выяснено, что *эти мотивы не отвѣчаютъ ни буквѣ, ни голосу (voto) закона*, и что школьная власть при осуществленіи своего veto, дарованнаго ему на случай открытія школы, *была проникнута критеріями отличными отъ тѣхъ, которые были намѣчены самимъ закономъ*, а потому отсюда слѣдуетъ, что декретъ . . . *представляетъ превышеніе власти*“.

§ 28. То же явленіе наблюдается и въ практикѣ *Прускаго Высшаго Административнаго Суда* (Verwaltungsgerichtshof)¹⁾. Этотъ судъ исходитъ изъ принципа, что онъ не является судьей о необходимости и цѣлесообразности административныхъ распоряженій или рѣшеній, и что есть такіе правила, примѣненіе которыхъ должно быть предоставлено технической оцѣнкѣ самой администраціи. Но тѣмъ не менѣе встрѣчается немало такихъ рѣшеній Суда, которыя противорѣчатъ этому принципу, такъ какъ Судъ беретъ за пересмотръ административной оцѣнки. Въ какихъ же случаяхъ примѣняется такой пересмотръ? Судъ допускаетъ его тогда, когда администрація совершила юридическую ошибку, игнорировала юридическій принципъ, выраженный закономъ, и когда у административнаго рѣшенія совершенно не было фактическаго основанія, которое бы его оправдывало, слѣдовательно, когда оно являлось произвольнымъ актомъ. Вотъ любопытный примѣръ. Берлинская полиція издала распоряженіе относительно охраны національнаго монумента, воздвигнутаго въ Крейцбергѣ близъ Берлина въ память побѣды во время войны за независимость и восстановленнаго въ 1878 г. Это распоряженіе предписывало, чтобы собственники того квартала, гдѣ находится этотъ монументъ, не строили зданій выше известной высоты, опредѣляемой полиціей въ каждомъ частномъ случаѣ, для того, чтобы строенія не мѣшали смотрѣть на монументъ и не портили его общаго вида. На основаніи этого распоряженія одному собственнику было воспрещено строить домъ въ 4 этажа, такъ какъ онъ въ значительной мѣрѣ вредилъ бы виду монумента и въ сущности обезобразилъ бы этотъ кварталъ города. На это запрещеніе собственникъ принесъ жалобу въ окружной административный судъ Берлина. На рѣшеніе этого суда, удовлетворявшее ходатайство собственника, администрація принесла жалобу въ Высшій Административный Судъ. Тогда этотъ Судъ приступилъ, прежде всего, къ изслѣдованію вопроса о томъ, соотвѣтствуетъ ли это распоряженіе закону. Администрація ссылаясь на Земское

¹⁾ Ussing, Le contentieux administratif, стр. 125—130, гдѣ приведено нѣсколько примѣровъ извращенія власти изъ практики этого Суда.

Право, дающее полиціи полномочіе принимать мѣры, нужныя для поддержанія общественнаго спокойствія, безопасности и порядка и для устраненія опасности, грозящей публикѣ или отдѣльнымъ ея членамъ. Повидимому, въ разбираемомъ случаѣ рѣчь могла идти только о „поддержаніи публичнаго порядка“. Но Высшій Судъ выразилъ мнѣніе, что полиція исходила изъ ошибочныхъ предположеній, такъ какъ подъ этимъ выраженіемъ никоимъ образомъ нельзя понимать всего того, что касается публичной пользы, тѣмъ болѣе, что терминъ „поддержаніе публичнаго порядка“ имѣетъ виоліи точный и опредѣленный смыслъ. Затѣмъ, по мнѣнію Суда, совершенно несостоятельна ссылка полиціи на статью Земскаго Права, гдѣ говорится, что не слѣдуетъ возводить построекъ „во вредъ обществу или его безопасности или обезображивая города и публичныя мѣста“. Какъ широко ни толковать терминъ „ущербъ обществу“, но его нельзя примѣнять въ томъ случаѣ, когда ущербъ состоитъ только въ томъ, что будетъ страдать видъ памятника. Не можетъ быть рѣчи и объ обезображеніи, потому что законъ долженъ пониматься въ томъ смыслѣ, что недостаточно того, чтобы городъ или площадь какимъ-нибудь образомъ были обезображены, а нужно еще, чтобы неустройство оскорбляло глаза. Администрація, установивъ принципиально, что законъ запретилъ сооруженія, не отвѣчающія всѣмъ требованіямъ эстетики, тѣмъ самымъ игнорировала смыслъ закона, а потому ея отказъ выдать разрѣшеніе на постройку зданія долженъ быть признанъ незаконнымъ.—Наконецъ, практика *Австрійскаго Административнаго Суда* также даетъ примѣры, подобные приведеннымъ ¹⁾. Судъ признаетъ, что онъ принципиально имѣетъ право разслѣдовать, поступала ли администрація при производствѣ дѣла такъ, какъ это требуется отъ нея по закону, на примѣръ, выслушала ли она экспертовъ по тѣмъ вопросамъ, въ которыхъ она сама, по общему признанію, не имѣетъ нужныхъ свѣдѣній, собрала ли администрація всѣ тѣ объясненія, которыя она должна была бы потребовать прежде, чѣмъ принять свое рѣшеніе, и пр. Когда законъ предписываетъ администраціи соблюдать извѣстныя формы при разбирательствѣ дѣла, то она должна слѣдовать этому указанію, а иначе ея рѣшеніе, постановленное безъ соблюденія предписанныхъ формъ, можетъ быть отмѣнено Высшимъ Судомъ.

§ 29. Практика *Русскаго* высшаго административнаго суда—*Правительствующаго Сената*—также обнаруживаетъ тяготѣніе къ насажденію на русской почвѣ института извращенія власти, которое, однако, стало замѣтно только послѣ великихъ реформъ Александра II въ сферѣ суда и управленія. Сенату пришлось выполнять функціи высшаго уголовного и административнаго суда, каковымъ является Первый Департаментъ Сената. На первыхъ порахъ своей дѣятельности Сенатъ ограничивалъ надзоръ за дискреціонными полномочіями администраціи только тѣмъ, что провѣрялъ, былъ ли въ наличности фактической составъ, который по закону обуславливалъ пользованіе даннымъ дискреціоннымъ полномочіемъ, т. е. онъ разсматривалъ, правильно ли администраторъ подвелъ обнаруженный имъ фактъ подъ дѣйствіе закона. Но вскорѣ его взгляды начинаютъ колебаться и онъ постепенно склоняется къ провѣркѣ дискреціонныхъ распоряженій администраціи съ точки зрѣнія соответствія ихъ тѣмъ цѣлямъ, ради которыхъ было

¹⁾ Ussing, Le contentieux administratif, стр. 130—132.

создано данное дискреціонное полномочіе т. е. другими словами онъ проявилъ тяготѣніе къ *détournement de pouvoir*. По словамъ изслѣдователя этого вопроса И. А. Блинова¹⁾, это направленіе практики Сената было вызвано приливомъ въ его канцелярію хорошо подготовленныхъ юристовъ, вполне знакомыхъ съ организаціей и дѣятельностью органовъ административной юстиціи въ Зап. Европѣ а отчасти, быть можетъ, подъ вліяніемъ виднѣйшихъ и образованнѣйшихъ сенаторовъ того времени, какъ В. А. Арцимовичъ, Ѳ. М. Дмитріевъ, и др. Добавимъ отъ себя, что русское общество было знакомо съ трудами Окока, Лаферрьерера и въ особенности Рудольфа ф. Гнейста, который такъ энергично развивалъ мысль о возложеніи на административные суды обязанности рѣшать не только вопросы права, но и вопросы цѣлесообразности, удобства²⁾. Эта тенденція Сената знаменуетъ переходъ отъ формальнаго и поверхностнаго надзора за дискреціонными распоряженіями администраціи къ болѣе серьезному и глубокому, который оказался одинаково полезенъ какъ для охраны правъ и интересовъ отдѣльныхъ гражданъ, такъ и для обезпеченія закономѣрной дѣятельности правительственныхъ учреждений и должностныхъ лицъ³⁾.—Сенату пришлось вводить институтъ извращенія власти прежде всего на почвѣ примѣненія извѣстнаго Положенія 1881 г. о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка и общественнаго спокойствія⁴⁾. На основаніи этого закона, органы администраціи были надѣлены очень широкими дискреціонными полномочіями и среди нихъ правомъ изданія обязательныхъ постановленій, за нарушеніе которыхъ виновные подвергались наказаніямъ въ видѣ лишенія свободы или штрафа. Администрація широко воспользовалась предоставленнымъ ей дискреціоннымъ полномочіемъ, и на голову обывателя въ изобиліи посыпались обязательныя постановленія, которыя регулировали вопросы, не имѣвшіе никакого отношенія къ той цѣли, ради которой было издано само Положеніе 1881 г., т. е. къ борьбѣ съ крамолой, къ сохраненію общественнаго порядка и спокойствія. Появились обязательныя постановленія, которыя опредѣляли чуть ли не повседневную жизнь обывателя, обязывая его держать домъ въ чистотѣ, какъ этого требуетъ санитарія, и пр. и т. п.⁵⁾. Понятно, на такія обязательныя постановленія въ Сенатъ было подано немало жалобъ. Первоначально Сенатъ пользовался правомъ надзора крайне формально, но затѣмъ онъ началъ входить въ оцѣнку соотвѣтствія обжалованныхъ обязательныхъ постановленій тѣмъ цѣлямъ, ради которыхъ было создано самое право по изданію обязательныхъ постановленій на основаніи Положенія 1881 г. Исходя изъ того, что такое право было дано администраціи только для борьбы съ крамолой, Сенатъ сталъ отмѣнять обязательныя постановленія, преслѣдовавшія цѣль, совершенно не совпадающую съ той цѣлью, ради которой и было создано самое полномочіе.

Вторымъ случаемъ использованія Сенатомъ *détournement de pouvoir* является примѣненіе ст. 158 устава о цензурѣ и печати, предписывавшей открытіе

¹⁾ И. А. Блиновъ, Отношенія Сената къ мѣстнымъ учреждениямъ, стр. 182 слѣд. С.-Петербургъ, 1911.

²⁾ Объ его взглядахъ подробно у *Ussing*, цит. соч., стр. 133—137.

³⁾ И. А. Блиновъ, цит. соч., стр. 183.

⁴⁾ И. А. Блиновъ, цит. соч., стр. 184 и 185, а равно мой „Учебникъ административнаго права“, стр. 137—139, 163—166, 214—220.

⁵⁾ См. мой „Учебникъ административнаго права“, стр. 219 и 220.

типографій, литографій и т. п. заведеній не иначе, какъ съ дозволенія губернатора¹⁾. Въ виду того, что въ законѣ ничего не говорилось о причинахъ, по которымъ губернаторъ можетъ отказать въ выдачѣ дозволенія, Сенатъ первоначально толковалъ это дискреціонное полномочіе губернатора самымъ широкимъ образомъ и отказывалъ жалобщикамъ въ ихъ ходатайствахъ, признавая все мотивы отказа губернатора уважительными. Но въ концѣ 80-хъ годовъ прошлаго столѣтія взглядъ Сената началъ измѣняться. Онъ уже не признаетъ достаточными все приводимыя губернаторами основанія къ отказу и выдвигаетъ на первый планъ значеніе личныхъ свойствъ просителя. Затѣмъ Сенатъ призналъ единственнымъ законнымъ основаніемъ къ отказу въ открытіи типографіи отсутствіе личной благонадежности. Придерживаясь такого критерія, Сенатъ отмѣняетъ распоряженія губернаторовъ, обоснованныя на какихъ-нибудь иныхъ соображеніяхъ, какъ на примѣръ на томъ, что данная мѣстность не нуждается въ новой типографіи, и пр. Наконецъ, въ 1905 г. Сенатъ призналъ недостаточнымъ простое заявленіе губернатора о неблагонадежности просителя и вошелъ въ разсмотрѣніе по существу представленныхъ о его личности данныхъ, не нашелъ въ нихъ основаній къ установленію неблагонадежности просителя и распоряженіе губернатора отмѣнилъ.—Наконецъ, институту извращенія власти, созданному практикой Сената, суждено было претвориться въ норму закона. Изданный при Временномъ Правительствѣ законъ 30 мая 1917 г. съ административныхъ судахъ (административныхъ судьяхъ и административныхъ отдѣленійхъ окружныхъ судовъ) отнесъ къ нарушеніямъ закона, являющимся достаточнымъ основаніемъ для предъявленія административнаго иска, еще и „осуществленіе полномочія съ нарушеніемъ той цѣли, для которой оно предоставлено“²⁾. Такимъ образомъ, не только Сенату, но и административнымъ отдѣленіямъ окружныхъ судовъ даровано могучее средство контроля за исползованіемъ администраціей своихъ дискреціонныхъ полномочій въ нѣкоторыхъ сферахъ административной дѣятельности.

§ 30. Доктрина публичнаго права знаетъ еще одно дѣленіе государственной дѣятельности—на *публичную* и *частную*. Разрѣшеніе этого вопроса представляетъ немалыя трудности, особенно если имѣть въ виду чрезвычайно обширное содержаніе, которое вкладывается въ понятіе „государственной дѣятельности: оно охватываетъ, прежде всего, законодательную, а затѣмъ судебную и административную дѣятельность во всехъ ея проявленіяхъ, послѣднюю главнымъ образомъ въ двухъ ея функціяхъ—юридической и соціальной. Въ особенности разнообразна и обширна административная дѣятельность государства въ ея соціальной функціи. Дѣйствительно, она выливается въ форму предоставленія населенію всехъ видовъ образованія, въ санитарной помощи, въ прирѣвнн бѣдныхъ, содержанія улицъ и площадей и пр. Государство надзираетъ за частной дѣятельностью, направленной на пользу публики, руководитъ ею, координируетъ ее. Особенно широко развивается дѣятельность государства по оказанію услугъ и предоставленію различныхъ благъ населенію. Она имѣетъ въ виду обезпеченіе и развитіе поступательнаго движенія въ дѣлѣ соціального

¹⁾ И. А. Блин о в ъ, цит. соч., стр. 185 и 186.

²⁾ А. Кулиш е р ъ, „Административный судъ въ Россіи“, стр. 1115 и 1116 въ „Правѣ“ (№№ 29—30 за 1917 г.).

благосостоянія. Государство помогает и возбуждает частную дѣятельность, инициативу частныхъ лицъ въ достиженіи цѣлей, которыя ставятся государствомъ. Наконецъ, государство выступаетъ въ роли хозяина цѣлаго ряда благъ, изъ которыхъ оно извлекаетъ выгоду, которыми оно распоряжается для лучшей и наиболѣе выгодной для себя эксплуатаціи. У него, какъ у всякаго собственника, имѣются воздѣланныя или покрытыя лѣсами земли, каналы, рудники, промышленныя предпріятія, движимость и пр.—Доктрина признаетъ разнообразіе въ дѣятельности государства и все же считаетъ возможнымъ раздѣлить ее на *частную* и *публичную*. Однако это дѣленіе покоится на различныхъ критеріяхъ, предложенныхъ французской и германской доктринами публичнаго права. Послѣдняя, въ лицѣ извѣстнаго государствовѣда Лабанда и его послѣдователей, предложила избрать критеріемъ публичной дѣятельности государства (а также и публичнаго права)—*господство, властвованіе* (Herrschen), свободное отъ права собственности на вещи и распространяющееся на свободныхъ людей т. е. на тѣхъ, которые не могутъ быть рассматриваемы какъ вещи¹⁾. Это господство выражается въ правѣ приказывать свободнымъ людямъ и ихъ соединеніямъ, чтобы они исполняли извѣстныя дѣйствія или воздерживались отъ отъ нихъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, оказывали опредѣленные услуги, и наконецъ въ правѣ принуждать къ исполненію такихъ приказаній. Такимъ образомъ, *приказъ* и *принужденіе* должны, по мысли Лабанда, являться характерными признаками *публичной дѣятельности* государства и регулирующего ее *публичнаго права*. *Частная же дѣятельность* государства и регулирующее ее *частное право* знаютъ господство только надъ *одними вещами*. По отношенію же къ свободнымъ людямъ эта дѣятельность и это право выражаются только въ требованіяхъ, которыя не содержатъ никакого права принужденія по отношенію къ должнику и которыя не заключаютъ въ себѣ юридической власти что—либо ему приказывать.—Предложенный критерій разграниченія публичной и частной дѣятельности государства, на первый взглядъ, представляется довольно удачнымъ. Пользуясь имъ, можно отнести къ публичной дѣятельности государства прежде всего его *законодательную функцію*²⁾. Это вполнѣ понятно, потому что такая функція проявляется въ установленіи нормъ поведения индивидовъ, живущихъ въ обществѣ, какъ для отдѣльныхъ лицъ, такъ и для ихъ соединеній, въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, а также для опредѣленія какъ поведения самого государства, такъ и его устройства. Указанный Лабандомъ критерій пригоденъ для причисленія къ публичной дѣятельности государства и его *судебной функціи* и даже *административной функціи*, поскольку она носитъ *юридическій* (правовой) характеръ. Однако онъ оказывается малопригоднымъ для социальн—административной функціи государства. Самъ Лабандъ, который въ первомъ изданіи своего капитальнаго труда „Государственное право Германской Имперіи“ упорно проводилъ изложенную выше точку зрѣнія, въ послѣднихъ изданіяхъ его значительно отступаетъ отъ нея. Такъ, рассматривая отношенія, которыя создаются при пользованіи почтой и телеграфомъ (социальн—административная функція

¹⁾ Fritz Stier—Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preussisch—deutsches Verwaltungsrecht, стр. 34 и 35. Berlin, 1900. Hauriou, Principes, стр. 394 и 395. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 475—476, Band II, 2-te Auflage. 1917.

²⁾ Ranalletti, Principii, стр. 378.

государства), Лабандъ раньше утверждалъ, что въ дѣятельности этихъ учрежденій „нѣтъ никакого проявленія права верховенства“ т. е. господства надъ людьми и землею, что здѣсь государство „не осуществляетъ принужденія“, что оно вступаетъ съ подданными „въ юридическія отношенія только путемъ договора, но никогда не приказанія,“ что оно стоитъ передъ подданными „въ дѣлѣ осуществленія услугъ при помощи администраціи почтъ и телеграфовъ не какъ господинъ, а какъ равноправный контрагентъ.“ Гдѣ нѣтъ ни приказа, ни принужденія, тамъ царитъ частно—хозяйственный порядокъ. Слѣдовательно, почта и телеграфъ должны представлять частную дѣятельность государства. Однако въ послѣднемъ 5-мъ изданіи своего труда Лабандъ отказывается отъ своего взгляда. Онъ уже видитъ въ услугахъ почты настоящее „государственное предпріятіе“, противопоставляетъ его частно-хозяйственному почтовому предпріятію, ставитъ его наряду съ полиціей и правосудіемъ. Точно такимъ же образомъ онъ смотритъ и на образованіе, даже если оно осуществляется безъ принужденія, и считаетъ его государственнымъ предпріятіемъ¹⁾. Эти примѣры съ полной очевидностью показываютъ всю шаткость критерія Лабанда въ огромной и чрезвычайно разнообразной сферѣ проявленія административно—соціальной функціи современнаго государства. Ориентироваться въ этой, можно сказать, безбрежной функціи становится все труднѣе и труднѣе. По словамъ проф. Дюги²⁾, трудно дать точный отвѣтъ на вопросъ о томъ, какая дѣятельность является обязанностью правящихъ лицъ, и нелегко уловить общій смыслъ эволюціи. „Можно сказать“ утверждаетъ Дюги „только одно, что по мѣрѣ того, какъ движется цивилизація, умножается и дѣятельность, направленная на поддержаніе публичныхъ службъ. Это логично. И, дѣйствительно, о цивилизаціи можно сказать, что она состоитъ только въ умноженіи потребностей всякаго рода, которыя могутъ быть удовлетворены въ самое скорое время. Слѣдовательно, по мѣрѣ роста цивилизаціи, становится нормальнымъ явленіемъ болѣе частое вмѣшательство правящихъ лицъ, потому что только оно одно можетъ реализовать то, что составляетъ сущность цивилизаціи.“

§ 31. Если критерій, предложенный Лабандомъ, оказался неполнѣ пригоднымъ для разрѣшенія указанной проблемы, то, быть можетъ, немалую помощь окажетъ самый текстъ закона, содержащаго публично—или частно—правовыя нормы³⁾. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, конечно, можно найти въ законѣ и прямыя указанія на характеръ дѣятельности государства. Такъ, если законъ входитъ въ гражданскій кодексъ страны, то, несомнѣнно, есть много данныхъ предполагать, что дѣятельность государства, опредѣляемая этимъ закономъ, носить частный характеръ. Иногда законъ самъ обозначаетъ характеръ государственной дѣятельности. Но такіе случаи встрѣчаются рѣдко и обычно законъ хранить полное молчаніе.—Однако поставленная проблема можетъ быть, хотя и частично, разрѣшена при помощи критерія, предложеннаго французской доктринальной публичнаго права. Такимъ критеріемъ является понятіе „публичной службы“ (service public)⁴⁾. Если данное проявленіе государственной дѣятельности под-

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 475, прим. 10. Band. II. 1917.

²⁾ L. Duguit, Les transformations du droit public, стр. 47.

³⁾ Fleiner, Institutionen, стр. 46 и 47. Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 243.

⁴⁾ Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 241—382, Léon Duguit, Les transformations du droit public, стр. 33—72. Hauriou, Précis, стр. 12—19, 512—930. Berthélemy,

ходить подъ понятіе „публичной службы“, то, по утвержденію французскихъ юристовъ, налицо имѣется публичная, а не частная дѣятельность государства. Что нужно разумѣть подъ публичной службой? Наибогѣе полное опредѣленіе „service public“ даетъ проф. Ориу¹⁾. Оно гласитъ: „подъ публичной службой надо понимать техническую службу, дѣйствующую въ интересахъ публики, и притомъ регулярно и постоянно, для удовлетворенія публичныхъ потребностей и при помощи организаціи, не преслѣдующей выгодъ“. По мнѣнію проф. Ориу, въ понятіи „публичная служба“ намѣчаются слѣдующіе пять элементовъ—*техническая служба, регулярность* ея, осуществленіе ея *для публики*, наличность *публичной потребности* и *публичная организація*. Несущественнымъ элементомъ является *отсутствіе извлеченія выгоды*.

Итакъ, первымъ признакомъ публичной службы является ея *технический характеръ*. Технику, ремесло можно встрѣтить въ каждой публичной службѣ—въ дѣятельности почтовыхъ и телеграфныхъ учреждений, образовательныхъ заведеній, въ финансовыхъ операціяхъ и пр. Техника тѣсно связана съ юридической дѣятельностью, при чемъ это явленіе особенно наблюдается въ административно—соціальной функціи государства. Въ судебной и законодательной функціяхъ правовая дѣятельность служитъ только на пользу права, но въ административной функціи замѣчается соединеніе правовой и технической дѣятельности.—Второй признакъ публичной службы надо искать въ ея *непрерывности* и *регулярности*. Это качество дѣлаетъ публичную службу необходимой для страны и ея населенія, оно освобождаетъ гражданъ отъ многихъ заботъ, дѣлаетъ соціальныя отношенія болѣе удобными, вообще превращаетъ ихъ въ основу существующаго правопорядка.—Третьимъ признакомъ публичной службы надо считать то, что она *осуществляется ради публики* т. е. для всѣхъ жителей страны, безразлично отъ ихъ соціального положенія, пола, возраста и пр. Конечно, есть службы, имѣющія въ виду интересы опредѣленнаго территориальнаго округа т. е. лицъ, живущихъ въ его предѣлахъ. Это обстоятельство, конечно, нисколько не умаляетъ ихъ качества—предназначенія службы для публики.—Четвертымъ признакомъ публичной службы является предназначеніе ея для удовлетворенія *публичныхъ потребностей* т. е. коллективныхъ потребностей публичнаго строя, при чемъ послѣднія нельзя понимать въ смыслѣ потребностей въ созданіи экономическаго богатства, потому что богатство является потребностью частнаго характера²⁾.—Наконецъ, пятымъ признакомъ оказывается то, что публичная служба *обеспечивается публичной организаціей, не имѣющей въ виду извлеченія выгоды*. Такимъ образомъ, всякая публичная служба связывается болѣе или менѣе тѣсно съ центромъ, правительствомъ, которое ее и контролируетъ. Такая служба содержится извѣстнымъ общеніемъ людей, питается изъ общаго фонда. Эта общность источника средствъ ведетъ къ тому, что публичныя службы дѣйствуютъ одинаково для всѣхъ и притомъ бесплатно. Отсюда вытекаетъ некоммерческій характеръ публичныхъ службъ, на примѣръ, полиціи, военной службы, первоначальнаго образованія и нѣкоторыхъ другихъ. Впрочемъ, есть

Traité, стр. 224—862. Очень краткія замѣчанія можно встрѣтить въ книгѣ проф. А. И. Блистратова, Основныя начала административнаго права, стр. 33—37.

¹⁾ Hauriou, Précis, стр. 13 слѣд.

²⁾ Hauriou, Précis, стр. 15.

и исключенія. Рядъ публичныхъ службъ, вродѣ почты, телеграфа, желѣзныхъ дорогъ, освѣщенія и др., носящихъ *промышленный* характеръ, преслѣдуетъ, несомнѣнно, выгоду, пользу, какъ и всякое другое частное промышленное предпріятіе. Но такая категория публичныхъ службъ составляетъ исключеніе, тѣмъ болѣе, что дешевый почтово—телеграфный и желѣзно-дорожный тарифы являются идеаломъ государственной дѣятельности. Приведенное выше опредѣленіе „публичной службы“, дѣйствительно, очень помогаетъ уясненію характера публичной дѣятельности государства. Но не довольствуясь этимъ, доктрина французскаго публичнаго права указываетъ еще цѣлый рядъ признаковъ, по которымъ можно судить о публичномъ характерѣ государственной дѣятельности. По мнѣнію проф. Жеза ¹⁾, единственнымъ способомъ узнать, признается ли служба публичной, а не частной, является проникновеніе въ намѣренія правящихъ лицъ, создававшихъ такую службу. Мнѣнія писателей и юристовъ о характерѣ той или иной службы, ихъ критическія замѣчанія относительно намѣреній правящихъ лицъ, признавшихъ или не признавшихъ данную службу публичной, носятъ характеръ политической, а не юридической. Для того, чтобы узнать волю правящихъ лицъ, проф. Жезъ предлагаетъ обращать вниманіе на цѣлый рядъ обстоятельствъ. Такъ, наиболѣе вѣрнымъ признакомъ того, что данная служба признается публичной, онъ считаетъ *наличность спеціальныхъ правилъ*, обезпечивающихъ дѣятельность такой службы, а особенно *организацию взиманія налоговъ или таксъ въ собственномъ смыслѣ*. Вторымъ цѣннымъ признакомъ, по его мнѣнію, надо признать *монопольный характеръ эксплуатаціи*. Далѣе, должно быть принято во вниманіе *происхожденіе* службы. При этомъ нечего смущаться тѣмъ, что служба находится въ рукавъ не людей, избранныхъ администраціей, а частныхъ лицъ вродѣ концессионеровъ. Однако проф. Жезъ предостерегаетъ придавать рѣшающее значеніе слѣдующимъ признакамъ: вмѣшательству акта публичной власти при основаніи учрежденія, одобренію правительственнымъ агентомъ правилъ, опредѣляющихъ режимъ и внутренней распорядокъ учрежденія, назначенію правительствомъ завѣдующихъ учрежденіями, необходимости административнаго одобренія для всѣхъ или нѣкоторыхъ актовъ завѣдующихъ, подчиненію отчетности контролю правительственныхъ органовъ.

Въ такихъ общихъ и достаточно выпуклыхъ чертахъ французская доктрина публичнаго права рисуетъ отличительные признаки публичныхъ службъ. Эта работа доктрины опирается на многочисленныя и чрезвычайно тонко разработанныя рѣшенія высшаго органа административной юстиціи—Государственнаго Совѣта. Подобная работа мыслима и во всякой другой странѣ только при наличности такой же богатѣйшей судебной—административной практики. Чѣмъ лучше организована охрана публичнаго права, тѣмъ болѣе стимуловъ у доктрины расширять понятіе публичной дѣятельности государства. Чѣмъ менѣе совершенна такая охрана, тѣмъ естественнѣе проявляется у доктрины склонность суживать рамки публичной дѣятельности государства, расширять границы частной его дѣятельности, подчиняя ее правиламъ, нормамъ общаго, гражданскаго права и, слѣдовательно, ввѣряя охрану ея обыкновеннымъ судамъ. Но даже и во Франціи существуетъ сфера публичной дѣятельности государства, которая осущест-

¹⁾ Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 247 слѣд.

вляется въ рамкахъ частной дѣятельности, частно—правовой процедуры (*procédé du droit privé*)¹⁾. Но она слишкомъ незначительна по сравненію съ безбрежной сферой публичной дѣятельности.

Признаніе проявленія государственной дѣятельности „публичной службой“ влечетъ за собой чрезвычайно важныя *юридическія послѣдствія*. Во первыхъ, дѣятельность государства въ извѣстномъ направленіи регулируется не правилами и теоріями частнаго права, а специальными правилами, специальными теоріями публично—правового характера²⁾. Когда въ октябрѣ 1910 года во Франціи разразилась стачка на желѣзныхъ дорогахъ, правительству пришлось выяснять вопросъ, являются ли желѣзныя дороги, даже концессионныя, публичной службой. Вопросъ былъ разрѣшенъ утвердительно и правительство примѣнило къ данному случаю специальныя теоріи, специальныя правила, предприняло специальныя мѣры.—Во вторыхъ, особенность публичной службы отражается на *юридическомъ положеніи* тѣхъ лицъ, которыя отправляютъ эту службу: они не являются простыми наемниками, находящимися въ договорныхъ отношеніяхъ съ предпринимателями.—Въ третьихъ, даже имущество, которое находится въ распоряженіи агентовъ публичной службы, отличается немалыми юридическими особенностями, которыя дѣлаютъ его непохожимъ на обыкновенное частное имущество, достояніе частныхъ лицъ, опредѣляемое нормами частнаго (гражданскаго) права. Создаются понятія „публичнаго имущества“ и „вещей общаго пользованія“. Появляется режимъ публичнаго имущества, значительно отличающійся отъ правового режима частной собственности.—Въ четвертыхъ, деньги, которыя идутъ на нужды публичныхъ службъ, являются публичными и расходование ихъ подчиняется особымъ правиламъ публичной отчетности.—Въ пятыхъ, юридическіе акты, выполняемые агентами публичной службы, являются административными актами, а не юридическими сдѣлками³⁾, и въ дѣятельности публичной службы проявляются административные факты, а не частныя юридическія дѣйствія.—Въ шестыхъ, отвѣтственность имущества службы и агентовъ ея опредѣляется специальными правилами, а не гражданскимъ кодексомъ.—Въ седьмыхъ, споры, возникающіе вслѣдствіе дѣятельности публичной службы, разбираются не обыкновенными, а административными судами.—Наконецъ, въ восьмыхъ, специальныя правила и теоріи, примѣняемыя къ публичнымъ службамъ, могутъ быть измѣняемы во всякое время лишь законами и регламентами. Таковъ комплексъ тѣхъ юридическихъ особенностей, которыя намѣчены во Франціи законодателемъ и судебно-административной практикой и формулированы доктриной по отношенію къ публичнымъ службамъ.—Въ заключеніе, впрочемъ, слѣдуетъ указать, что пользованіе даже такимъ хорошимъ критеріемъ, которымъ, несомнѣнно, является понятіе „публичная служба“, не можетъ провести рѣзкой, демаркаціонной линіи между частной и публичной дѣятельностью государства³⁾. Хотя публичная дѣятельность государства составляетъ сущность и основу его жизни, а частная дѣятельность—только придатокъ, добавленіе къ публичной дѣятельности, однако обѣ онѣ такъ тѣсно связаны, сплетены другъ съ другомъ, что иногда бываетъ трудно опредѣлить, гдѣ начинается одинъ видъ дѣятель-

¹⁾ Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 378—382.

²⁾ Ranelletti, Principii, стр. 386.

³⁾ Ranelletti, Principii, стр. 387—393.

ности и гдѣ кончается другой. Напримѣръ, государство отправляетъ уголовное правосудіе, присуждаетъ виновныхъ къ наказанію—заключенію въ тюрьмѣ (публичная дѣятельность). Оно строитъ тюрьмы, заключаетъ съ поставщиками договоры на поставку матеріала, нужнаго для возведенія зданія тюрьмы, однимъ словомъ уподобляется частному предпринимателю (частная дѣятельность). Государство развиваетъ законодательную дѣятельность при помощи законодательныхъ палатъ (публичная дѣятельность). Для подготовительной и исполнительной работы этихъ палатъ требуется наличность канцеляріи, которая нуждается въ помѣщеніи, мебели, письменныхъ принадлежностяхъ и пр. Государство для удовлетворенія такихъ потребностей заключаетъ договоры на поставку нужныхъ предметовъ (частная дѣятельность).—Если нельзя замѣтить ясно такой тѣсной связи двухъ видовъ государственной дѣятельности, за то можно иногда натолкнуться на другое явленіе, а именно можно подмѣтить въ частной дѣятельности государства присутствіе административныхъ дѣйствій и, наоборотъ, въ административной дѣятельности государства обнаружить присутствіе частныхъ дѣйствій¹⁾. Напримѣръ, предприниматель публичныхъ работъ (частная дѣятельность государства) хочетъ воспользоваться динамитомъ для взрывовъ, а агентъ публичной власти воспрещаетъ его употребленіе по соображеніямъ публичной безопасности (административное дѣйствіе). Или обсуждается государствомъ вопросъ о постройкѣ обыкновенныхъ или желѣзныхъ дорогъ (публичная дѣятельность), а исполненіе работъ по устройству такихъ дорогъ передается частному предпринимателю (частная сдѣлка, частное дѣйствіе и пр.). Надо, впрочемъ, имѣть въ виду, что привожденіе въ тотъ или иной видъ государственной дѣятельности такихъ инородныхъ элементовъ нисколько не отражается на самой природѣ дѣятельности, а служитъ только показателемъ связанности, сродства обоихъ видовъ ея.

§ 32. Проблема раздѣленія государственной дѣятельности на публичную и частную сплетается въ доктринѣ публичнаго (административнаго) права съ другой *проблемой о раздѣленіи государства какъ бы на двѣ части—на личность публичную и личность частную*, съ проблемой противопоставленія *публичной, политической личности* государства его *частной, юридической личности*. Доктрина проявляетъ стремленіе къ признанію государства, осуществляющаго публичную дѣятельность, существующимъ отдѣльно отъ государства, проявляющаго частную дѣятельность. Видно определенное желаніе противопоставить личность—государство, какъ носителя власти, подчиняющагося специальнымъ правиламъ и нормамъ публичнаго характера, личности—государству, дѣйствующему какъ частное лицо, на которое распространяется дѣйствіе нормъ общаго (гражданскаго) права. Доктрина даже присвоила государству въ его второмъ видѣ названіе „фиска“ (казны), которое появилось у римлянъ и отъ нихъ перешло въ современное право. Впрочемъ, эта проблема интересуется далеко не всѣхъ государствовѣдovъ и административистовъ. Есть группа ученыхъ (напр. проф. Дюги, Бертелеми, Жезъ, Саландра, Елистратовъ и др.), которые отвергаютъ ученіе о государствѣ, какъ юридическомъ лицѣ, считаютъ такое представленіе о государствѣ миѣческимъ²⁾. Для нихъ, конечно, и проблема раздвоенія лич-

¹⁾ Ranalletti, Principii, стр. 392 слѣд.

²⁾ Взгляды этихъ ученыхъ и вообще ученіе о государствѣ, какъ юридическомъ лицѣ, изложено подробно въ восьмой главѣ „Публично—правовое отношеніе“ (§§ 109—110).

ности государства не имѣть никакого значенія. Однако, въ доктринѣ публичнаго (административнаго) права укоренился, сталъ традиціоннымъ другой взглядъ, который признаетъ раздвоеніе личности государства. Ученые, раздѣляющіе такой взглядъ, идутъ къ разрѣшенію этой проблемы *двоякимъ путемъ*. Одни ученые видятъ въ государствѣ *два самостоятельныхъ* юридическихъ лица, двухъ субъектовъ права, одного, осуществляющаго публичную дѣятельность, а другого—субъекта частнаго права, проявляющаго частную дѣятельность. Другіе ученые (къ нимъ примыкаю и я) видятъ въ государствѣ одно юридическое лицо, которое развиваетъ свою дѣятельность въ двоякомъ направленіи—*хозяйственно—экономическомъ*, гдѣ оно фигурируетъ подъ именемъ фиска (казны) и подчиняется дѣйствию нормъ частнаго права, какъ всякое другое лицо, ведущее свои хозяйственные дѣла,—и въ направленіи *господства, властвованія*, гдѣ оно подчиняется специальнымъ нормамъ публичнаго права.

Первое теченіе научной мысли является совершенно несостоятельнымъ въ обстановкѣ современнаго правового государства. Оно, какъ нельзя лучше, подходило къ строю римской правовой жизни и къ укладу полицейскаго государства, откуда оно было искусственно пересажено на совершенно иную почву. Дѣйствительно, въ римскомъ правѣ фискъ (*fiscus*) т. е. казна являлся особымъ юридическимъ лицомъ, обладающимъ особыми источниками средствъ и особыми льготами въ сферѣ гражданскаго права и процесса. Онъ былъ носителемъ имущественныхъ правъ, которыя служили государственнымъ дѣлямъ, и стоялъ рядомъ съ императоромъ¹⁾. Въ эпоху полицейскаго государства эта римская идея была перенесена въ правовую жизнь культурныхъ государствъ Западной Европы. Окрѣпшая идея государственности нашла воплощеніе въ монархѣ, князѣ, властителѣ. Идея фиска привела къ тому, что имущество фиска было отдѣлено отъ частнаго имущества властителя²⁾. Для завѣдыванія имуществомъ фиска учреждаются специальные чиновники, которые выступаютъ на судѣ для защиты его интересовъ и играютъ роль стороны наравнѣ съ подданными. Фискъ является какъ бы одной стороной государства, но такой, которая признается и превращается въ юридическое лицо. Слѣдовательно фискъ стоитъ рядомъ съ властителемъ и органами, осуществляющими публичную власть. Онъ представляетъ власть во всѣхъ гражданскихъ, имущественныхъ отношеніяхъ. Такимъ образомъ, фиску удалось превратиться въ самостоятельное юридическое лицо гораздо раньше, чѣмъ это превращеніе коснулось государства, осуществляющаго публичную власть. Векорѣ, однако, созрѣла и мысль о государствѣ, носителѣ публичной власти, какъ о самостоятельномъ юридическомъ лицѣ. Такимъ образомъ, въ эпоху абсолютнаго, полицейскаго государства получила развитіе система двухъ правовыхъ субъектовъ, изъ которыхъ слагается государство, одного—фиска т. е. государства, понимаемаго какъ промысловое товарищество или юридическое лицо гражданскаго права, и другого—государства въ собственномъ смыслѣ, государственнаго общенія, какъ юридическаго лица публичнаго права, т. е. такого лица, къ которому не могутъ примѣняться нормы частнаго, гражданскаго права. Оба юридическія лица отличаются другъ отъ друга не только названіемъ, но и еще тѣмъ, что у каждаго изъ нихъ есть особое представительство, имѣются

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 50 сл. Band I.

²⁾ Ranalletti, Principii, стр. 398 и 399.

юридическія особенности. Фискъ уподобляется обыкновенному частному человеку и при завѣдываніи своимъ имуществомъ подлежитъ дѣйствію правилъ гражданскаго права, подчиняется гражданскому процессу. У государства же въ собственномъ смыслѣ нѣтъ имущества, у него есть только власть, право приказывать и вѣдать. Фискъ является подданнымъ, а государство предписываетъ фиску, возлагаетъ на него повинности, принуждаетъ его къ платежу, какъ и другихъ подданныхъ¹⁾. Благодаря такому раздвоенію личности государства получаютъ необыкновенное развитіе гражданское право и гражданскій процессъ. Ихъ нормы примѣняются всюду, гдѣ идетъ рѣчь объ имущественно—правовыхъ отношеніяхъ. Нѣтъ мѣста имъ только тамъ, гдѣ дѣйствуетъ государство въ собственномъ смыслѣ, гдѣ оно выступаетъ съ *приказомъ* и примѣняетъ *силу*. Благодаря такому широкому примѣненію ученія о фискѣ правовая жизнь полицейскаго государства получила значительное развитіе. Не только частная (въ современномъ смыслѣ этого слова) дѣятельность государства подчинялась нормамъ гражданскаго права, но еще и очень значительная часть чисто публичной дѣятельности, которая въ настоящее время находится подъ дѣйствіемъ специальныхъ нормъ публичнаго права. Благодаря теоріи фиска дѣйствіе нормъ гражданскаго права распространилось на многочисленныя правовыя отношенія, въ которыхъ участвуютъ органы администраціи, а именно имущественно—правовыя отношенія между служащими и государствомъ, притязанія отдѣльныхъ лицъ къ государству, если они опираются на титулы частнаго права (вродѣ договора, *condictio indebiti*) и пр. Эта теорія сыграла крупную роль въ правовой жизни полицейскаго государства, потому что она сѣмѣла косвенно подчинить воздѣйствію гражданскаго права даже и акты власти²⁾. Дѣйствительно, подданный полицейскаго государства не могъ жаловаться въ судъ на распоряженія власти, но онъ получалъ возможность добиваться передъ судами возмѣщенія ущерба и убытковъ, понесенныхъ отъ нарушенія администраціей его благопріобрѣтенныхъ правъ.

Могла ли, однако, удержаться теорія фиска въ современномъ правовомъ государствѣ? Конечно, нѣтъ³⁾. Современное государство является единымъ во всѣхъ своихъ элементахъ и въ своихъ учрежденіяхъ, единымъ юридическимъ лицомъ, подчиненнымъ господству права во всѣхъ проявленіяхъ своей дѣятельности, какъ частной такъ и публичной. Личность современнаго государства не поддается дѣленію. Цѣлью его является обезпеченіе защиты и порядка въ обществѣ и содѣйствіе его благосостоянію. Слѣдовательно, только коллективный интересъ составляетъ конечную цѣль такого юридическаго лица, какимъ является государство. У государства не можетъ быть какой то особой конечной частно-хозяйственной цѣли. Правда, современный юридическій языкъ знаетъ слово „фискъ“, но оно, конечно, имѣетъ совершенно другой смыслъ, чѣмъ въ эпоху абсолютнаго, полицейскаго государства⁴⁾. Въ настоящее время подъ фискомъ понимается само государство, поскольку рѣчь идетъ объ обладаніи имуществомъ или пріобрѣтеніи его, другими словами, когда государство является субъ-

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 53, Band I.

²⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 33.

³⁾ Ranelletti, Principii, стр. 401 слѣд.

⁴⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 121 сл. Band I.

ектомъ государственнаго имущества, или когда разумѣтся своеобразный укладъ отношенія государства къ правопорядку. Фискъ является какъ бы собирательнымъ названіемъ для всѣхъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ государство подчиняется праву, предназначенному для отдѣльныхъ лицъ, въ виду того, что оно выступаетъ въ жизненныхъ отношеніяхъ, какъ отдѣльное лицо¹⁾). Но современный фискъ не является тѣмъ юридическимъ лицомъ или тѣмъ частнымъ чело-вѣкомъ, какимъ былъ фискъ въ эпоху полицейскаго государства.

§ 33. Проблема разграниченія публичной и частной дѣятельности государства и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права (вродъ земствъ и городовъ) была затронута нашимъ Сенатомъ при разрѣшеніи вопроса о подсудности того или иного дѣла, гдѣ затрогивались интересы этихъ юридическихъ лицъ, административнымъ учрежденіямъ или судебнымъ установленіямъ. Въ самомъ дѣлѣ, Сенатъ, высказываясь за подсудность дѣла административному учрежденію, какъ бы свидѣтельствуетъ о публичномъ характерѣ той дѣятельности юридическаго лица публичнаго права, которая подала поводъ къ возникновенію дѣла. Правда, подсудность дѣла *обыкновенному суду* не всегда свидѣтельствуетъ о частномъ характерѣ дѣятельности, о частно—правовой природѣ спора, подлежащаго разрѣшенію²⁾, однако подсудность *административному учрежденію*, несомнѣнно, указываетъ на желаніе законодателя или судебно—административной практики отгнать публичный характеръ дѣятельности, публично—правовую природу возникшаго спора.—Нашему Сенату пришлось немало потрудиться надъ выясненіемъ объема публичной и частной дѣятельности земствъ и городовъ и даже выработать особую теорію, которая служить какъ бы руководящей нитью при разрѣшеніи данной проблемы въ каждомъ конкретномъ случаѣ. Разрѣшеніе ея стоитъ въ тѣсной связи съ толкованіемъ Сенатомъ нѣкоторыхъ статей Устава Гражданскаго Судопроизводства, особенно 1-й и 2-й его статей. Статья 1-я гласитъ: „Всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій. *Примѣчаніе.* Такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, коимъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, не допускающихъ возраженій въ состязательномъ порядкѣ, подлежатъ вѣдѣнію правительственныхъ, а не судебныхъ установленій“. Статья же 2-я прибавляетъ: „частныя лица или общества, права коихъ, на законѣ основанныя, будутъ нарушены распоряженіями правительственныхъ мѣстъ и лицъ, могутъ предъявить суду искъ о возстановленіи нарушенныхъ правъ; но такой искъ не останавливаетъ распоряженія правительственнаго мѣста или лица, доколѣ не послѣдуетъ о томъ рѣшенія суда.“ Изъ текста этихъ статей вытекаетъ, что тамъ, гдѣ идетъ споръ о правѣ гражданскомъ, налицо частная дѣятельность юридическихъ лицъ публичнаго права. Тамъ же, гдѣ имѣется безспорное требованіе административныхъ мѣстъ и лицъ, не допускающее возраженія въ состязательномъ порядкѣ, несомнѣнно существуетъ публичная дѣятельность тѣхъ же лицъ.

Теорія Сената по отношенію къ *земствамъ* и *городамъ* развита имъ въ цѣломъ рядѣ указовъ. Такъ, въ указѣ Сената отъ 6 октября 1893 года, № 34, можно встрѣтить слѣдующія соображенія³⁾. На основаніи законовъ, опредѣ-

¹⁾ Otto Mayer, цит. соч., стр. 122, Band I. Cp. Fleiner, цит. соч., стр. 44 и 45.

²⁾ См. дальше главу третью „Право“, § 38.

³⁾ Н. И. Кузнецовъ, Систематическій сводъ указовъ Правительствующаго Сената, послѣдовавшихъ по земскимъ дѣламъ (1866—1900 г. г.), стр. 501—502. С.-Петербургъ, 1902 г.

ляющихъ кругъ дѣятельности и предметы вѣдомства земскихъ учреждений, дѣятельность послѣднихъ неодинакова: въ однихъ случаяхъ земства дѣйствуютъ какъ юридическія лица, когда они вступаютъ, на основаніи общихъ законовъ гражданскихъ, въ договоры или обязательства, собственно по завѣдыванію имуществомъ дѣлами земства. Поэтому всякіе споры, возникающіе изъ имущественныхъ дѣлъ земства, когда дѣйствіями земства нарушены права частныхъ лицъ или обществъ, по имуществу или договору основанныя на законахъ гражданскихъ, или когда дѣйствіями земства стѣсняется или прекращается владѣніе, пользованіе или распоряженіе частнаго лица принадлежащимъ ему имуществомъ, подлежатъ судебному разсмотрѣнію. Въ другихъ же случаяхъ, точно опредѣленныхъ въ Положеніи о земскихъ учрежденияхъ, послѣднія являются органами правительства, какъ власти, которой правительствомъ, въ дѣлахъ общегосударственныхъ, предоставлено завѣдываніе общественными дѣлами: они служатъ общественнымъ дѣламъ управленія и дѣйствуютъ въ сферѣ предоставленной имъ дѣятельности по управленію общественными дѣлами. Въ этихъ случаяхъ частныя лица, считающія, что ихъ интересы нарушены, могутъ требовать возстановленія ихъ правъ не иначе, какъ путемъ жалобы, т. е. въ административномъ порядкѣ.—Исходя изъ изложенныхъ соображеній, Сенатъ рекомендуетъ обращать особенное вниманіе на установленіе основаній иска. Въ томъ случаѣ, когда требованіе истцовъ вытекаетъ изъ выполненія земствомъ обязательной обязанности и изъ отказа въ выдачѣ опредѣленнаго имъ за это вознагражденія и, такимъ образомъ, имѣетъ своимъ основаніемъ не какое либо договорное соглашеніе земства съ истцами, а исполненіе обязательной обязанности, оно должно подлежать разсмотрѣнію административнаго учрежденія. На этомъ основаніи Сенатъ, напр., разъяснилъ, что требованіе уѣзднаго врача о возвратѣ излишне уплаченныхъ имъ прогонныхъ денегъ по служебнымъ поѣздкамъ на земскихъ лошадахъ подлежитъ вѣдѣнію административныхъ учреждений, потому что здѣсь дѣло идетъ не о нарушеніи правъ частнаго лица, основанныхъ на договорныхъ или имущественныхъ отношеніяхъ жалобщика къ земству, какъ юридическому лицу, завѣдующему лишь казеннымъ имуществомъ, а объ убыткахъ должностнаго лица, понесенныхъ имъ при исполненіи служебныхъ обязанностей вслѣдствіе распоряженія земскаго учрежденія, учиненнаго послѣднимъ въ качествѣ органа правительственной власти, исполняющаго одну изъ функцій по управленію общественными дѣлами (указъ 17 февраля 1915 г., № 2486)¹⁾. Точно также Сенатъ призналъ подвѣдомственнымъ административному учрежденію требованіе учителя къ земской управѣ объ уплатѣ ему жалованья по должности учителя и законоучителя (рѣшеніе общаго собранія 1-го и касс. деп. 31 марта 1908 г., № 11)²⁾, споръ, возбужденный частнымъ лицомъ относительно законно состоявшагося обязательнаго постановленія городской думы (рѣшеніе гражд. касс. деп., 1889 г. № 80)³⁾, требованіе о взысканіи платы за леченіе и содержаніе въ больницахъ общественнаго призрѣнія (указы 5 марта 1912 г.

¹⁾ Н. И. Кузнецовъ, Систематическій сводъ указовъ Правительствующаго Сената, послѣдовавшихъ по земскимъ дѣламъ, стр. 294 и 295. Томъ XII (1915 г.). С.-Петербургъ, 1916 г.

²⁾ А. А. Колычевъ, Кассационная практика Правительствующаго Сената по городскимъ и земскимъ дѣламъ (1866—1911 г. г.), стр. 50—51. С.-Петербургъ, 1912 г.

³⁾ А. А. Колычевъ, цитир. сборникъ, стр. 71 и 72.

№№ 2864, 2865 и 2866)¹⁾ и пр. II, наоборот, элементъ добровольности, усмотрѣнія, свободы частныхъ лицъ въ установленіи отношеній къ земствамъ, хотя бы послѣднія и исполняли общественныя функціи, придаетъ спору, вытекающему изъ такихъ отношеній, характеръ частно—правового, подлежащаго разсмотрѣнію обыкновенныхъ судовъ. Такъ, Сенатъ разъяснилъ, что вопросъ о возвратѣ страхователю излишне переплаченной имъ страховой преміи по земскому добровольному страхованію подлежитъ разрѣшенію судебной власти, потому что въ дѣлѣ добровольнаго страхованія земство выступаетъ не въ качествѣ органа общественнаго управленія, а какъ юридическое лицо, вступившее въ страховой договоръ (указъ 26 февраля 1915 г. № 2542)²⁾.

Изложенная теорія Сената примѣняется не только къ городамъ и земствамъ но и къ *казеннымъ учрежденіямъ*. Она покоится, какъ справедливо замѣчаетъ комментаторъ устава Гражданскаго Судопроизводства, на *противоположеніи* юридическаго равенства въ гражданскомъ правѣ и *принудительности* въ публичномъ правѣ³⁾. Дѣйствительно, подсудность дѣла суду или административному учрежденію всецѣло зависитъ отъ того положенія, какое занимаетъ казенное или общественное учрежденіе⁴⁾. Если должностныя лица защищаютъ интересы казны по имуществамъ, которыми она владѣетъ на *одинаковыхъ со всеми другими лицами и учрежденіями* основаніяхъ, а обязанности ихъ въ отношеніи къ наблюденію этихъ интересовъ казны не соединены съ какой либо властью въ отношеніи къ частнымъ лицамъ и ограничивается лишь представительствомъ казны на правахъ уполномоченныхъ при сношеніяхъ съ частными лицами и учрежденіями, тогда дѣла, возникающія изъ этого рода дѣятельности, считаются подлежащими вѣдѣнію *суда*. Но если казенное или общественное учрежденіе дѣйствуетъ *какъ власть* въ предѣлахъ функцій, ему предоставленныхъ по управленію государственными или общественными дѣлами, то споры этого рода, возникающіе между казенными учрежденіями и частными лицами по поводу сдѣланныхъ симъ учрежденіемъ распоряженій или какихъ либо дѣйствій, направленныхъ къ осуществленію предоставленной ему власти, подлежатъ вѣдѣнію *административныхъ учрежденій*.—Сенату пришлось пополнять свою теорію путемъ истолкованія смысла 1300-й статьи Устава Гражданскаго Судопроизводства, которая говоритъ о томъ, что дѣла между казенными управленіями и частными лицами, возникающія изъ договоровъ подряда, поставки и отдачи въ арендное содержаніе оброчныхъ статей, производятся порядкомъ, установленнымъ для дѣлъ казеннаго управленія, съ изытіями, указанными въ нижеслѣдующихъ статьяхъ“. Сенатъ разъяснилъ, что казна по своимъ требованіямъ къ частнымъ лицамъ, вытекающимъ изъ вышеуказанныхъ договоровъ, пользуется той льготой, что она не обязывается обращаться къ суду, а осуществляетъ свои права въ *безспорномъ порядкѣ*⁵⁾.

¹⁾ Н. И. Кузнецовъ, Систематическій сводъ, стр. 293—299. Томъ IX (1912 г.). Воронежъ, 1913 г.

²⁾ Н. И. Кузнецовъ, Систематическій сводъ, стр. 311—313. Томъ XII-й (1915 г.).

³⁾ Проф. Т. М. Яблочковъ, Практическій комментарий на Уставъ Гражданскаго Судопроизводства. Томъ I. Основы гражданского процесса (ст. 1—28), стр. 16 сл. Ярославль, 1913 г.

⁴⁾ Проф. Т. М. Яблочковъ, Практическій комментарий, стр. 3 и 4.

⁵⁾ Проф. Т. М. Яблочковъ, Практическій комментарий, стр. 23 и 24.

Изъ предъидущаго изложенія вытекаетъ, что Сенатъ при разграниченіи публичной и частной дѣятельности государства и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права пользуется, въ сущности, тѣмъ критеріемъ, который уже былъ установленъ Лабандомъ въ первыхъ изданіяхъ его „Государственнаго права Германской Имперіи“ т. е. онъ выдвинулъ *власть, принужденіе*, какъ отличительный признакъ публичной дѣятельности, который обосновываетъ передачу всѣхъ споровъ, вытекающихъ изъ осуществленія такой дѣятельности, административнымъ (или по терминологіи Устава Гражданскаго Судопроизводства—правительственнымъ) учрежденіямъ. Недостатки этого критерія были указаны выше (§ 30). И если Лабанда можно было упрекнуть въ чрезмѣрномъ суженіи понятія публичной дѣятельности государства, то съ другой стороны практика Сената вызываетъ со стороны цивилистовъ упрекъ въ томъ, что она *чрезмѣрно*¹⁾ сѣздила вѣдомство гражданскаго суда и расширила сферу административнаго разбирательства. Поэтому они выражаютъ желаніе, чтобы гражданскому суду подлежали нарушенія гражданскихъ правъ, принадлежащихъ не только отдѣльнымъ лицамъ, но и *сословіямъ*, чтобы контрагентамъ казны было даровано, согласно 1300 статьѣ, помимо административнаго способа защиты, еще и судебный, который бы ограждалъ ихъ отъ неправильныхъ дѣйствій правительственныхъ мѣстъ, и пр. Такое стремленіе къ расширенію сферы частной дѣятельности юридическихъ лицъ публичнаго права было вполне законно въ то время, когда русскіе административные суды были организованы неудовлетворительно, процессъ разбирательства дѣлъ въ нихъ былъ построенъ на устарѣвшихъ началахъ, а сфера усмотрѣнія администраціи была очень обширна. Но въ настоящее время едва ли есть какія нибудь основанія къ суженію сферы публичной дѣятельности юридическихъ лицъ публичнаго права. Произведена реформа Сената, учреждены административныя отдѣленія окружныхъ судовъ, административный процессъ усовершенствованъ, а усмотрѣнію администраціи положенъ предѣлъ благодаря институту „извращенія власти“ (§ 29).

¹⁾ Проф. Т. М. Яблочковъ, Практической комментарий, стр. 17.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

П р а в о.

§ 34. Юридическія нормы (объективное право) опредѣляютъ границы дѣятельности людей и группъ ихъ во взаимныхъ отношеніяхъ для обезпеченія тѣхъ условій, которыя необходимы человѣку для удовлетворенія его потребностей. Слѣдовательно, право опредѣляетъ отношенія людей другъ къ другу и къ различнымъ союзамъ ихъ, взаимныя отношенія наиболѣе могущественной группы ихъ—государства—къ другимъ государствамъ, далѣе регулируетъ его устройство и необыкновенно запутанную и сложную сѣть отношеній, которыя завязываются при осуществленіи публичной и частной дѣятельности между нимъ, его органами, гражданами и ихъ союзами. Въ этомъ безбрежномъ морѣ юридическихъ нормъ доктрина намѣчаетъ двѣ большія группы ихъ, а именно *нормы публично—правовыя* и *нормы частно—правовыя*, и пытается раздѣлить все объективное право на *публичное* и *частное право*. Такое дѣленіе стало въ наукѣ традиціоннымъ, оно ведетъ свое начало отъ римскихъ юристовъ съ момента рецепціи римскаго права и воспринято современнымъ правомъ культурныхъ государствъ¹⁾. Несмотря на свою многолѣтнюю давность, проблема раздѣленія объективнаго права на двѣ части едва ли можетъ считаться окончательно разрѣшенной въ доктринѣ современнаго публичнаго права. Конечно, разница между публичнымъ и частнымъ правомъ сознается довольно отчетливо, но контуры ея настолько неясны и неопредѣленны, что двѣ сопредѣльныя области права какъ бы сливаются, переходятъ одна въ другую. У нѣкоторыхъ ученыхъ является даже колебаніе и сомнѣніе въ томъ, можетъ ли вообще быть проведена какая нибудь грань между публичнымъ и частнымъ правомъ, быть можетъ ея уже нѣтъ и она совершенно стерлась²⁾. И анализъ взглядовъ многихъ знатоковъ частнаго и публичнаго права, чрезвычайно разнообразныхъ по своему содержанію, какъ будто еще болѣе подкрѣпляетъ ту мысль, что при современномъ правосознаніи, при все развивающемся вмѣшательствѣ государственной власти, нѣтъ никакой возможности намѣтить вполне точно демаркаціонную линію между обѣими отраслями права, нельзя найти какой нибудь подходящей критерій для ихъ разграниченія. Разрѣшеніе этой проблемы усложняется еще и тѣмъ, что право по своей цѣли, содержанію, вообще по своей соціальной функціи, является единымъ. Такъ всякая норма—публично—или частно—правовая—служитъ одной цѣли—удовлетворенію и обезпеченію основныхъ требованій общежитія. Даже такія, казалось бы, частно—правовыя нормы, которыя касаются индивидуальной собственности или наслѣдованія, и тѣ служатъ только на благо общества въ его современномъ правовомъ укладѣ. Далѣе, право объединяется и въ субъектѣ, устанавливающимъ его нормы, т. е. въ государствѣ. Наконецъ, порождаемыя нормами юридическія отношенія, частно—и публично—правовыя, по внѣшнему виду являются одинаковыми.

¹⁾ Ranelletti, Principii, стр. 479.

²⁾ Таковъ, напр., взглядъ французскаго государствовѣда Леона Дюги. О немъ подробно въ восьмой главѣ „Публично—правовое отношеніе“ (§ 106).

§ 35. Несмотря на все разнообразіе предлагаемыхъ въ доктринѣ критеріевъ для разграниченія публичнаго и частнаго права, все же можно подмѣтить существованіе среди ученыхъ *трехъ главныхъ теченій*. Одно теченіе стремится *расширить сферу частнаго права* за счетъ публичнаго права, другое теченіе проявляетъ, наоборотъ, склонность къ *расширенію сферы публичнаго права* за счетъ частнаго права. Наконецъ, третье теченіе представлено учеными, которые занимаютъ *примирительную позицію*, принимаютъ во вниманіе дѣйствующее право и считаютъ возможнымъ намѣтить хотя бы какой нибудь *judicium finium regundorum*.

Первое теченіе въ доктринѣ представлено такими учеными, вродѣ Меуччи¹⁾, которые, утверждаютъ, что административное право (часть публичнаго права) является ничѣмъ инымъ, какъ примѣненіемъ права къ отношеніямъ, порождаемымъ публичной жизнью, при чемъ это право во многихъ пунктахъ является *частью*, въ другихъ—*развитіемъ*, а въ очень немногихъ случаяхъ—*видоизмѣненіемъ* гражданскаго права, понимаемаго въ широкомъ смыслѣ и въ римскомъ духѣ. Такое представленіе о публичномъ правѣ ведетъ къ игнорированію существа и характерныхъ особенностей современнаго публичнаго права, къ отрицанію самостоятельности его правовыхъ институтовъ. Между тѣмъ современная доктрина публичнаго права, хотя и признаетъ отсутствіе публичнаго права въ эпоху абсолютнаго государства и допускаетъ возможность сильнаго воздѣйствія частнаго права на публичное право въ первые годы существованія правового государства, но въ то же время категорически утверждаетъ, что въ настоящее время, когда установилось правовое государство, публичное право сформировалось, окрѣпло и развивается не путемъ позаимствованія и подражанія частному праву, а намѣчаетъ своеобразные, оригинальные пути и способы²⁾.—Къ этому же теченію надо причислить и тѣхъ ученыхъ, вродѣ Лабанда, которые считаютъ отличительнымъ признакомъ публичнаго права приказъ и принужденіе, объединяемые понятіемъ „*властвованіе*“ (*Herrschen*). Несостоятельность этого взгляда была уже выяснена раньше (§30).

§ 36. Къ сторонникамъ этого теченія надо причислить и тѣхъ ученыхъ, которые готовятъ къ признанію частнаго права тамъ, гдѣ: 1) имѣются налицо юридическія отношенія *имущественно—правового характера*, 2) гдѣ юридическія отношенія опираются на *титულъ частнаго права*, и 3) гдѣ юридическія отношенія разбираются *гражданскими судами*³⁾. Итакъ, *первую группу* составляютъ тѣ ученые, которые стремятся ввести въ сферу частнаго права всѣ *имущественныя* отношенія. Таковъ взглядъ Борнгака и др., но особенно онъ распространенъ среди цивилистовъ. По мнѣнію Борнгака, граница между обѣими отраслями права вообще неустойчива и находится въ стадіи развитія, при чемъ съ переходомъ на высшую ступень культуры она передвигается все болѣе и болѣе въ сторону публичнаго права: благодаря этому постоянному передвиженію наукъ и не удалось пока придти къ окончательнымъ выводамъ. Въ настоящее время наука

¹⁾ Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, стр. 7.—6-a edizione. Torino, 1909.

²⁾ Конечно, въ противоположную крайность вдаются такіе ученые, какъ Генель (Hanel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, стр. 156, Berlin, 1893), которые утверждаютъ, что частное право по сравненію съ публичнымъ правомъ не имѣетъ никакой исключительной сферы господства, никакого свойственнаго только ему содержанія.

³⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 47 и 48.

проявляетъ склонность изслѣдовать существо каждаго отдѣльнаго правового института: если онъ опредѣляется принципомъ права государственнаго властвованія, то онъ относится къ публичному праву, если же дѣло идетъ объ отношеніяхъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ другъ къ другу, то налицо имѣется частное право¹⁾. У русскаго ученаго Кавелина проводится та мысль, что въ принятомъ составѣ частнаго права нѣтъ внутренняго единства: личныя семейственныя отношенія и отношенія имущественныя не имѣютъ между собой ничего общаго и по существу разнородны. По мнѣнію Кавелина, въ области частнаго права должны быть оставлены чисто имущественныя отношенія. Кромѣ того, въ нее слѣдуетъ перенести тѣ публично—правовыя отношенія, которыя имѣютъ имущественный характеръ, вродѣ отношеній между государствомъ и подданными по взиманію и уплатѣ податей, а также отношенія между государствомъ и чиновниками по выдачѣ имъ жалованья.—Едва ли однако можно согласиться съ этимъ мнѣніемъ. Не говоря уже о неудачномъ выборѣ Кавелинымъ примѣровъ (именно эти отношенія признаются современной доктриной публичнаго права настоящими публично—правовыми отношеніями), дѣйствительность, конечно, опровергаетъ эту теорію. Необычайное развитіе законодательства, которое возлагаетъ на государство и иныя публично—правовыя единицы обязанность оказывать населенію чрезвычайно цѣнныя положительныя услуги матеріальнаго характера, вродѣ обязательнаго призрѣнія бѣдныхъ, страхованія рабочихъ и пр., придаетъ притязаніямъ, вытекающимъ изъ такихъ законовъ и несомнѣнно имѣющимъ матеріальный характеръ, не частно—, а публично—правовой обликъ: такія притязанія разсматриваются не гражданскими, а административными судами.

§ 37. Вторую группу составляютъ тѣ ученые, которые включаютъ въ частное право все юридическія отношенія, обоснованныя на *т. н. частно—правовомъ титулѣ*, которымъ являются договоръ, признаніе, давность, привилегія, старыя обычаи, *res judicata*, *negotiorum gestio*, *condictio indebiti*. Эту теорію особенно поддерживаютъ австрійскіе и нѣмецкіе ученые (Сарвей, Бернадикъ, Вахъ, Працакъ и др.), она была принята въ старомъ прусскомъ законодательствѣ и иногда примѣняется судами²⁾. Сущность этой теоріи сводилась къ тому, что она провозглашала принадлежность правъ и обязанностей, касающихся частныхъ лицъ и государства, къ частному праву и, слѣдовательно, къ компетенціи обыкновенныхъ судовъ, когда они основывались на титулѣ частнаго права. Эта теорія исходила изъ того, что извѣстные акты, рождающіе права, принадлежатъ исключительно къ частному праву, и, слѣдовательно, когда дѣло идетъ объ одномъ изъ этихъ актовъ, то онъ регулируется частнымъ правомъ. Но эта теорія въ настоящее время уже брошена просто потому, что перечисленные выше титулы не носятъ специфическаго частно—правового характера и не могутъ опредѣлять, что собственно относится къ публичному и что къ частному праву. Если налогоплательщикъ утверждаетъ, что его обязанность погашена давностью

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 117, прим. 2, Band I. Fleiner Institutionen, стр. 48, Stier—Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht, стр. 41—42. Проф. О. В. Тарановскій, Учебникъ энциклопедіи права, стр. 232—233. Юрьевъ, 1917. Кавелинъ, Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы? 1864 г.

²⁾ Ussing, Le contentieux administratif, стр. 41—43.

или что онъ получилъ отъ администраціи, по соглашенію съ ней, отсрочку или скидку, то нѣтъ никакого основанія считать, что онъ сдѣлался вслѣдствіе этого должникомъ государства въ смыслѣ частнаго права. Въ законодательствѣ и практикѣ встрѣчались слѣды этой старой теоріи. Такъ, въ саксонскомъ законѣ 28 января 1835 г. о компетенціи прямо говорилось, что судебный порядокъ при разрѣшеніи административныхъ дѣлъ примѣняется тогда, когда заинтересованныя лица ссылаются на титулъ частнаго права—привилегію и *res judicata*. Подобное же постановленіе встрѣчалось въ прусскомъ законѣ 1843 г., хотя оно теперь и отмѣнено. Но тѣмъ не менѣе до сихъ поръ въ Пруссіи, какъ и въ другихъ германскихъ государствахъ, въ дѣлахъ о налоговомъ обложеніи допускается обращеніе къ судамъ для полученія обратно налога, когда доводомъ требованія выставляется двухкратный платежъ его или погашеніе его давностью. Даже практика австрійскихъ судовъ, особенно Рейхсгерихта, проникается этой теоріей, когда она утверждаетъ, что отношенія государства или общины къ частнымъ лицамъ носятъ частно-правовой характеръ, если имѣютъ своимъ основаніемъ (титуломъ) договоръ или, вообще, титулъ частнаго права.

§ 38. Наконецъ, ученые, составляющіе *третью группу*, утверждаютъ, что частно—правовыми отношеніями являются тѣ, которыя разсматриваются *обыкновенными, гражданскими судами*. Этотъ взглядъ, поддерживаемый Тономъ ¹⁾, Гальбей ²⁾ и нѣк. др., опредѣляетъ сущность частнаго права моментомъ возбужденія иска въ порядкѣ гражданского процесса и утверждаетъ, что юридическая природа нормы въ смыслѣ ея принадлежности къ публичному или частному праву зависитъ отъ того, допускается ли судебный порядокъ или нѣтъ. Конечно, такой взглядъ былъ бы правиленъ, еслибы обыкновенные суды вѣдали только одни частно—правовые споры. Однако во многихъ государствахъ они вѣдаютъ и публично—правовые споры. Мало того, напр., въ Германіи возможны и такіе случаи, что одно и то же юридическое отношеніе въ одномъ государствѣ носитъ опредѣленный частно—правовой характеръ, а въ другомъ на него слѣгается взглядъ какъ на публично—правовое ³⁾. Кромѣ того, опредѣленіе частно—(гражданско) правовыхъ споровъ представляется и въ законѣ и въ практикѣ дѣломъ далеко нелегкимъ ⁴⁾.

§ 39. *Второе теченіе* научной мысли стремится расширить сферу публичнаго права за счетъ частнаго права. Представителями этого теченія можно считать проф. Л. И. Петражицкаго, Лоренца ф. Штейна, Резлера и вообще сторонниковъ т. н. общественнаго (соціального) права. Проф. Петражицкій ⁵⁾ не признаетъ традиціоннаго дѣленія права на публичное и частное. Онъ вводитъ новую терминологию и говоритъ, что существуетъ право соціального служенія и лично—свободное право. Первое характеризуется какъ господство централизованной системы „правно—психологическаго управленія человѣческимъ поведе-

¹⁾ Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, стр. 108 сл., 131 слѣд. 1878.

²⁾ Halbey, Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts, стр. 123—165 въ „Verwaltungsarchiv“, IV.

³⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 46.

⁴⁾ Относительно „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ см. у Stier—Somlo, цит. соч., стр. 45 слѣд. О взглядахъ Сената см. § 33.

⁵⁾ Проф. Тарановскій, Учебникъ, стр. 226—229. Здѣсь имѣется въ виду сочиненіе Л. И. Петражицкаго, „Теорія права и государства“, Томъ II, изд. 2-е (§§ 46—50).

ніемъ и воспитаніемъ“, когда дѣятельность подчинена одному централизованному направленію и управленію со стороны власти. Побужденіемъ къ такой дѣятельности является принудительное требованіе, предъявляемое индивиду властью. Лично-свободное право является децентрализованной правовой системой съ самостоятельной мотиваціей, при чемъ дѣятельность обусловливается свободной инициативой индивидовъ и собственная выгода послѣднихъ является достаточнымъ мотивомъ для побужденія ихъ къ дѣятельности и достаточнымъ обезпеченіемъ противъ вреднаго и гибельнаго недѣланія. Право социальнаго служенія обнимаетъ всѣ социальныя организаціи какъ общую-государственную, такъ и всякаго рода спеціальныя организаціи, къ которымъ относится семья и домоводство (2) т. е. отношеніе къ домашнимъ слугамъ и гувернанткамъ и пр.—Такое же расширеніе сферы публичнаго права можно встрѣтить и у Лоренца фонъ-Штейна въ его извѣстномъ трудѣ „Ученіе о внутреннемъ управленіи“ 1). Къ публичному праву онъ причисляетъ т. н. Pflugschaftswesen (попечительство) и говоритъ о существованіи особаго частнаго административнаго права (bürgerliches Verwaltungsrecht). Къ этому своеобразному праву онъ относитъ назначеніе попечителей, обязанность принятія опеки, высшій надзоръ властей за опекой и пр. Всѣ эти институты не относятся къ частному праву, потому что они не могутъ быть измѣнены соглашеніями частныхъ лицъ (quod pactis privatorum mutari non potest), между тѣмъ какъ это свойство составляетъ характерную особенность частнаго права.—Ту же тенденцію къ расширенію публичнаго права за счетъ частнаго права проявляетъ Резлеръ въ своемъ „Социальномъ административномъ правѣ“ 2), подъ которымъ онъ понимаетъ правовой порядокъ совмѣстной дѣятельности органовъ культурной жизни человѣчества. Резлеръ включаетъ въ такое право заключеніе брака, сервитуты разнаго рода, авторское право и пр.—Конечно, въ этихъ попыткахъ Петражицкаго, Штейна и Резлера едва ли можно найти что-нибудь оригинальное. Еще раньше Гегель въ своей „Философіи права“ (§ 182 сл.) понималъ „гражданское общество“ (bürgerliche Gesellschaft) какъ особую форму права, а затѣмъ и Робертъ ф. Мольтъ въ своемъ трудѣ „Исторія и литература науки о государствѣ“ (Томъ I) пытался обосновать, наряду съ государственнымъ и частнымъ правомъ, еще особое общественное право 3).

§ 40. При разрѣшеніи поставленной проблемы надо, прежде всего, отрѣшиться отъ мысли, что между публичнымъ и частнымъ правомъ можетъ быть проведена вполне опредѣленная грань 4). Едва ли есть какія нибудь основанія утверждать, чтобы вещное, семейственное, наследственное и обязательственное права составляли *специфическую* особенность частнаго права. Такъ, публичное право современныхъ культурныхъ государствъ, несомнѣнно, знаетъ институты *вещнаго права*, вродѣ публичной собственности, публичныхъ вещей, публичныхъ субъективныхъ вещныхъ правъ. Есть въ публичномъ правѣ и институты *семейственнаго права*, которые образовались на почвѣ организаціи государствомъ

1) Lorenz von Stein, Innere Verwaltungslehre. Erstes Hauptgebiet, Dritter Theil. Das Polizeirecht. Anhang (Vierter Theil). Das Pflugschaftswesen und sein Recht, стр. 177 сл. Stuttgart, 1867.

2) Rösler, Deutsches Verwaltungsrecht, I—II Bände, 1872—1873 (см. въ § 70).

3) Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts, стр. 57.

4) За возможность проведенія такой грани высказывается, повидимому, проф. Тарановскій, цит. соч., стр. 238. Излагаемую мною точку зрѣнія выдвигаетъ рядъ германскихъ цивилистовъ и публицистовъ (Stier-Somlo, цит. соч., стр. 17 слѣд.).

системы обязательнаго призрѣнія равнообразныхъ категорій дѣтей. Современная семья перестала быть той замкнутой ячейкой, правовая жизнь которой опредѣляется нормами только одного гражданскаго (частнаго) права. Современное государство зорко присматривается къ внутренней жизни семьи и устраняетъ уродливыя явленія, отражающіяся вредно на ребенкѣ, на его физическомъ и моральномъ существованіи. И если семья оказывается неспособной выполнять возложенную на нее задачу прокормленія и воспитанія дѣтей, то ребенокъ берется подъ покровительство и защиту публичной власти. Кромѣ того, въ каждомъ государствѣ образовалась многочисленная категорія дѣтей, которая вовсе лишена семьи, потому ли что оба родителя умерли (сироты) или потому, что они отказались отъ своего ребенка и предпочли передать попеченіе о нихъ чужимъ людямъ, органамъ публичной власти (подкидыши)¹⁾. Государство, принявъ на свое попеченіе всѣ эти категоріи дѣтей, создаетъ спеціальныя органы попеченія нихъ, изъ этихъ дѣтей образуетъ какъ бы „искусственную семью“, учреждаетъ официальныхъ попечителей, семейныя совѣты и пр., которые должны дѣйствовать по нормамъ публичнаго и частнаго права. Создается своеобразное публичное семейственное право, которое достигло высокаго развитія въ Германіи, Франціи и Венгріи²⁾. Даже *наслѣдственное право* можетъ быть составной частью публичнаго права. По крайней мѣрѣ, въ новѣйшихъ трудахъ французскихъ административистовъ можно встрѣтить отдѣлы, посвященные вопросу о пожертвованіяхъ и отказахъ по завѣщаніямъ (*dons et legs*), сдѣланныхъ въ пользу юридическихъ лицъ публичнаго права³⁾.—Наконецъ, даже *обязательственное право* можетъ быть сконструировано въ системѣ публичнаго права. Любопытный примѣръ такой конструкціи можно встрѣтить въ трудѣ нѣмецкаго профессора Отто Майера, который ввелъ въ систему германскаго административнаго права особый отдѣлъ „Право особыхъ долговыхъ (обязательственныхъ) отношеній“ (*Das Recht der besonderen Schuldverhältnisse*)⁴⁾.

§ 41. Въ виду изложенныхъ соображеній болѣе предпочтительнымъ представляется *третье направленіе*, которое стремится найти критерій, который бы далъ возможность разграничить публичное и частное право, не впадая въ тѣ крайности, которыя замѣтны у представителей первыхъ двухъ направленій. Въ томъ отношеніи большимъ авторитетомъ среди ученыхъ пользуется критерій, предложенный римскимъ юристомъ Ульпіаномъ. Соответствующія мѣста изъ Дигестъ (*Lib. I, § 2 Dig. De iust. et jur. (I, 1), Ulpianus*) и Институцій (§ 4, *Inst. de iustitia et jure I, 1*) гласятъ: „*Hujus (scil. studii juris) duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*“. Обычно этотъ текстъ толкуется въ томъ смыслѣ, что цѣлью римскаго права является польза, понимаемая въ смыслѣ повышенныхъ требованій индивида и государства. На различіи пользы общественной и пользы частной и покоится,

¹⁾ См. мой трудъ „Западно-европейскій бѣднякъ“, стр. 457 сл. Варшава, 1912 г.

²⁾ См. мой трудъ „Западно-европейскій бѣднякъ“, стр. 477—623. О Венгерской системѣ призрѣнія дѣтей см. у Dr. Desider Marcus, *Ungarisches Verwaltungsrecht* стр. 337—338. Tübingen, 1912 (*Das öffentliche Recht der Gegenwart*, Band XVI).

³⁾ Hauriou, *Précis*, стр. 918—928.

⁴⁾ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, стр. 243—570, Band II. 1917.

будто бы, дѣленіе права на публичное и частное. Однако такое толкованіе встрѣчаетъ въ доктринѣ серьезныя возраженія. По словамъ Грасси ¹⁾, съ субъективной точки зрѣнія польза является конечной цѣлью всего правопорядка, но съ объективной точки замѣчается расчлененіе цѣли—у публично правовыхъ отношеній цѣлью является устройство и укрѣпленіе коллективной организаціи, а у частно-правовыхъ—охрана тѣхъ благъ и интересовъ, которые оказываются предметомъ постоянныхъ и свободныхъ сношеній и обмѣна между людьми. Слова Ульпіана и должны быть понимаемы въ послѣднемъ смыслѣ. Онъ говоритъ, что цѣлью публичнаго права является совокупность тѣхъ юридическихъ условий, при наличности которыхъ римскій народъ организуется въ политическое единство (*statum rei romanae*), а цѣлью частнаго права—охрана тѣхъ полезностей, которыми люди, разсматриваемые независимо другъ отъ друга (*uti singuli*), взаимно обмѣниваются для удовлетворенія собственныхъ потребностей (*singulorum utilitatem*). Эта объективная точка зрѣнія усваивается и проф. Оріу, который опредѣляетъ публичное право, какъ такое, которое устанавливаетъ публичный строй (*chose publique*) ради свободы и справедливости и достигаетъ этой цѣли путемъ созданія учреждений и корпоративнаго олицетворенія (*personnification*) политическаго института. Оріу самъ указываетъ, что его опредѣленіе сближается съ опредѣленіемъ Ульпіана ²⁾.—Вообще пользование этимъ опредѣленіемъ удобно въ томъ отношеніи, что оно не стѣсняетъ свободы изслѣдователя въ отношеніи того или иного отношенія, возникающаго между государствомъ и другими субъектами права (юридическими и физическими лицами), а также между гражданами, къ публичному или частному праву и такимъ образомъ даетъ возможность считаться съ духомъ законодательства и эволюціей права.

§ 42. Доктрина дѣлаетъ поиски критерія для разграниченія публичнаго и частнаго права и въ другихъ направленіяхъ. Такъ, нѣкоторые ученые находятъ нужный критерій въ *правѣ распоряженія* ³⁾. Они утверждаютъ, что это право присуще частному праву и что его нельзя встрѣтить въ публичномъ правѣ. Въ частномъ правѣ заинтересованныя лица могутъ сами опредѣлять, желаютъ ли они воспользоваться своимъ правомъ и въ какомъ объемѣ, а въ публичномъ правѣ такого распоряженія нѣтъ—всякое право есть въ то же время и обязанность. Эта попытка также неудачна. Прежде всего надо проводить различіе между правами частныхъ лицъ и правами администраціи. Частныя лица и въ публичномъ и въ частномъ правѣ вполне свободно могутъ пользоваться или не пользоваться своимъ правомъ; но едва ли утвердительно то же самое можно сказать относительно ихъ отказа отъ своего права по отношенію къ государству. Еще болѣе сомнительно, чтобы администрація, обладающая правами по отношенію къ частнымъ лицамъ, тѣмъ самымъ уже обязывалась непременно ихъ осуществлять. Полиція управомочена запрещать собранія, представляющія какую-нибудь опасность для общественнаго мира, но она вовсе не обязана дѣлать этого. Она имѣетъ право наблюдать за собраніями, но можетъ и освободиться отъ наблюденія за ними. Конечно, администрація не вполне свободна въ оцѣнкѣ

¹⁾ Giuseppe Grassi, *Lo stato e l'individuo (rapporto di diritto pubblico)*, стр. 34 и 35. Roma, 1910.

²⁾ Hauriou, *Principes*, стр. 6.

³⁾ Ussing, *Le contentieux administratif*, стр. 44 и 45.

того, слѣдуетъ ли ей въ данномъ случаѣ пользоваться такимъ правомъ или нѣтъ, потому что она должна имѣть въ виду общественный интересъ. Однако, въ современномъ правѣ иногда допускается отказъ администраціи отъ того или иного права, причемъ законность такого отказа всецѣло зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго случая.—Совершенно особнякомъ стоитъ теорія Гирке (Gierke) объ *индивидуальномъ* и *соціальному праву*¹⁾. Гирке различаетъ индивидуальное право, которое устанавливаетъ отношенія отдѣльныхъ людей, носителей воли, между собою, и соціальное право, которое упорядочиваетъ взаимныя отношенія людей, носителей воли, какъ общественныхъ существъ. Общество проявляется не въ одномъ государствѣ, а въ массѣ иныхъ общественныхъ организацій, преслѣдующихъ свои жизненные цѣли, какъ то въ семьѣ, церкви, общинѣ, товариществѣ, международномъ общеніи. Такимъ образомъ существуетъ обширное соціальное право, которое въ то же время не является государственнымъ правомъ. Смотря по положительной нормѣ, Гирке причисляетъ соціальное право то къ публичному, то къ частному праву. По его мнѣнію, частное право охватываетъ индивидуальное право и, кромѣ того, то соціальное право, которое не включается государственно—правовой нормой въ публичное право: сюда относятся семейственное право, право товарищества и корпоративное право частныхъ союзовъ. Публичное же право охватываетъ все государственное право т. е. все право, которое касается государства, какъ цѣлаго, и отдѣльныхъ людей и прочихъ союзовъ, какъ членовъ государства, и, кромѣ того, то соціальное право, которое въ виду особенностей созданныхъ имъ общеній признается публичнымъ: таковы церковное право, общинное право, право публичныхъ товариществъ и международное право.—Теорія Гирке слаба въ томъ отношеніи, что она всецѣло полагается на законодателя: если онъ отнесъ норму къ публичному праву, то она и публично—правовая. Но какъ быть въ томъ случаѣ, когда законодательство не даетъ точныхъ указаній по данному вопросу или хранить полное молчаніе. Далѣе, едва ли есть какое нибудь основаніе относить къ частному праву все то соціальное право, которое не признается закономъ публично—правовымъ: такихъ нормъ много въ водномъ, лѣсномъ и др. правахъ, гдѣ сливаются элементы частнаго и публичнаго права, создаются т. н. смѣшанныя юридическія отношенія. Въ такихъ случаяхъ едва ли окажетъ какую нибудь помощь при выясненіи истинной природы отношеній понятіе соціального права, тѣмъ болѣе, что оно само представляется далеко неяснымъ.—Такимъ образомъ, анализъ цѣлага ряда теорій наглядно свидѣтельствуетъ, насколько трудна задача ученаго въ разрѣшеніи поставленной проблемы. Быть можетъ, наиболѣе подходящимъ окажется такое опредѣленіе. Публичное право образуютъ всѣ тѣ юридическія нормы, которыя опредѣляютъ государство и другія публичныя юридическія лица въ ихъ возникновеніи, организаціи, дѣятельности и публичныхъ отношеніяхъ, частное же право объемлетъ всѣ прочія нормы, опредѣляющія возникновеніе, дѣятельность и частныя отношенія физическихъ и частныхъ юридическихъ лицъ, а также государство и другія публичныя юридическія лица въ ихъ дѣятельности и частныхъ отношеніяхъ.

¹⁾ Ranalletti, Principii, стр. 488 прим Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts, стр. 29—33. О. В. Тарановскій, Учебникъ, стр. 239.

О Б Щ А Я Ч А С Т Ь.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Административное право.

§ 43. Итакъ, проблема разграниченія публичнаго и частнаго права до сихъ поръ не разрѣшена окончательно ни доктриной ни законодательствомъ. Въ болѣе удовлетворительномъ положеніи находится другая проблема, а именно *раздѣленіе публичнаго права на его составныя части*. Конечно, и здѣсь между учеными возможны споры, замѣтны нѣкоторыя неясности, но они касаются второстепенныхъ сторонъ, деталей проблемы. Самые же контуры ея очерчены опредѣленно, отдѣльныя отрасли публичнаго права, претендующія на самостоятельное значеніе, уже намѣчены доктриной, которая признаетъ это значеніе и за той отраслью публичнаго права, которая называется *административнымъ правомъ*.—Такъ, доктрина признаетъ самостоятельной частью публичнаго права *международное право*. Современное государство не живетъ изолированной и вполне самостоятельной жизнью, отгородившись отъ другихъ государствъ китайской стѣной. Напротивъ, политическія и экономическія условія сложились такъ, что въ настоящее время государству приходится завязывать прочныя и длительныя сношенія съ другими государствами, сначала съ тѣми, которыя граничатъ съ нимъ, а затѣмъ и съ болѣе отдаленными странами. Населеніе одного государства движется въ предѣлы другого въ поискахъ заработка, ради отдыха, научныхъ занятій. Оно неустрашимо удаляется на тысячи верстъ отъ родного очага. Одно государство служитъ для другой страны иногда резервуаромъ рабочихъ рукъ (напр. западъ Россіи для Германіи, континентальная Европа для Америки), иногда рынкомъ сбыта товаровъ (напр. Россія, южно-американскія республики для Германіи), иногда рынкомъ для помѣщенія капиталовъ (напр. Россія для иностранныхъ капиталовъ, рынки колоній для капиталовъ метрополіи). Такимъ образомъ, интересы и жизненныя потребности одного государства переплетаются съ интересами и потребностями другого государства. Эти связи не могутъ оставаться неоформленными, незакрѣпленными. Общность интересовъ въ защитѣ страны отъ внѣшняго врага заставляетъ государства заключать другъ съ другомъ различныя военныя соглашенія (конвенціи). Общность торговыхъ интересовъ вызываетъ къ жизни торговыя соглашенія (трактаты). Желаніе государства защитить и обезпечить сносныя условія жизни своихъ рабочихъ заграницей кладетъ начало международному рабочему законодательству. Военныя столкновенія государствъ между собою заканчиваются особыми мирными договорами и пр. Однимъ словомъ, жизнь государства, поскольку она приходитъ въ соприкосновеніе съ жизнью другихъ государствъ, нуждается въ постоянномъ упорядоченіи особыми нормами. Совокупность такихъ нормъ, выработанныхъ общей волей нѣсколькихъ государствъ для опредѣленія ихъ взаимныхъ отношеній, и называется *международнымъ правомъ*. Это право дѣлится нѣкоторыми учеными на публичное и частное международное право, смотря по тому, какія юридическія отношенія регулируются той или иной нормой международ-

наго права—публично—правовой или частно—правовой. Въ свою очередь наука дѣлитъ частное международное право на гражданское и торговое международное право. Публичное международное право распадается на публичное международное право въ собств. смыслѣ, международное уголовное, административное, процессуальное право и др., смотря по тому, какія отношенія, возникающія въ дѣятельности государства, опредѣляются нормами публичнаго права.—За исключеніемъ этой отрасли публичнаго права, которая можетъ быть названа *внѣшнимъ* публичнымъ правомъ, вся остальная громадная сфера его имѣетъ примѣненіе только *въ границахъ опредѣленнаго государства* и можетъ быть названа *внутреннимъ публичнымъ правомъ*.

§ 44. Въ свою очередь это внутреннее публичное право дѣлится на нѣсколько частей смотря по тому, какія отношенія, какіе предметы опредѣляются нормами права, регулирующими дѣятельность государства и другихъ существующихъ въ немъ юридическихъ лицъ публичнаго права. Въ первую очередь доктрина выдвигаетъ ту отрасль внутренняго публичнаго права, которая называется *государственнымъ, конституціоннымъ правомъ*. Объемъ его однако опредѣляется различными представителями науки далеко не одинаково. Всѣ они согласны въ томъ, что предметомъ этой отрасли внутренняго публичнаго права является структура, основная организація даннаго государства, другими словами—образование и полномочія его основныхъ, конституціонныхъ органовъ, взаимныя отношенія ихъ между собою и съ другими субъектами права. Слѣдовательно, въ настоящее время названіе *конституціоннаго права* присваивается той совокупности нормъ публичнаго права, которая опредѣляетъ основную организацію, структуру *современнаго правового государства*, построеннаго на гарантіяхъ правъ человѣка, раздѣленіи властей и участіи народнаго представительства въ законодательствѣ¹⁾. Несмотря на такое единодушіе въ основныхъ взглядахъ на сущность государственнаго права, у отдѣльныхъ представителей науки проявляется стремленіе расширить сферу государственнаго права за счетъ другихъ близкихъ къ нему отраслей публичнаго права. Такое стремленіе особенно замѣтно у германскаго государствовѣда Лабанда, который чрезмѣрно расширилъ границы государственнаго права, такъ какъ включилъ въ него немалую часть содержанія финансоваго и административнаго права. Въ общемъ, однако, въ составъ государственнаго права вглючаются нормы, опредѣляющія образование, компетенцію и дѣятельность законодательныхъ учрежденій, порядокъ занятія престола монархомъ (или порядокъ избранія президента) и юридическое положеніе главы государства, его взаимоотношенія съ законодательными и административными учрежденіями, назначеніе министровъ и порядокъ ихъ дѣятельности при осуществленіи конституціонной функціи, основныя нормы, опредѣляющія устройство и гарантіи судебныхъ органовъ, основныя нормы, опредѣляющія взаимоотношенія различныхъ властей государства и отчасти взаимоотношенія между государствомъ и гражданами при осуществленіи основныхъ правъ гражданской свободы: впрочемъ, эти нормы могутъ входить и въ административное право.

¹⁾ Французская декларация правъ человѣка и гражданина 26 августа 1789 года (воспроизведенная во французскихъ конституціяхъ 1791, 1793 и 1795 г.г.) гласила: „всякое общество, въ которомъ не обезпечена гарантія правъ и не опредѣлено раздѣленіе властей, не имѣетъ конституціи“ (§ 16). См. Ranalletti, Principii, стр. 496.

На основѣ конституціоннаго права развиваются и другіе виды внутренняго публичнаго права, а именно *уголовное право, судебное (процессуальное) право, церковное право, финансовое право и административное право.*—*Уголовное право* угрожаетъ наказаніями и признаетъ преступленіями человѣческія дѣйствія и упущенія, если они нарушаютъ и подвергаютъ опасности тѣ условия, которыя въ данный историческій моментъ оказываются основными и абсолютно необходимыми въ соціальной жизни. Уголовное право регулируетъ то отношеніе, которое возникаетъ между виновникомъ преступления и государствомъ, въ цѣляхъ охраны и защиты тѣхъ благъ и интересовъ, которые имѣетъ въ виду охранять норма уголовного права.—*Судебное или процессуальное право*, какъ гражданское такъ и уголовное, имѣетъ въ виду опредѣлить устройство и полномочія судебныхъ органовъ, ихъ взаимныя между собой отношенія, затѣмъ отношенія между ними и участвующими въ дѣлѣ сторонами, и развитіе ихъ дѣятельности въ порядкѣ процесса. Впрочемъ, публично-правовой характеръ выступаетъ особенно отчетливо въ уголовномъ процессѣ и менѣе замѣтенъ въ гражданскомъ процессѣ: послѣдній представляетъ совокупность тѣхъ нормъ, которыя регулируютъ судебное преслѣдованіе, констатированіе и осуществленіе частныхъ правъ¹⁾.—*Церковное право* регулируетъ отношенія государства къ тѣмъ церквамъ, которыя существуютъ на его территоріи, а также отношенія между самими церквами.—*Финансовое право* также можетъ быть названо самостоятельной отраслью публичнаго права, хотя многіе итальянскіе, французскіе и германскіе ученые склонны считать его частью административнаго, а иногда даже и конституціоннаго права. Финансовое право регулируетъ экономическую (финансовую) дѣятельность государства и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права, поскольку она выражается въ пріобрѣтеніи и использованіи матеріальныхъ благъ или богатствъ, необходимыхъ для исполненія публичныхъ службъ²⁾. Финансовое право регулируетъ государственную дѣятельность, которая направлена на собираніе и использованіе поступающихъ матеріальныхъ ресурсовъ, и тѣ отношенія, которыя устанавливаются у него съ другими субъектами права на почвѣ такой дѣятельности³⁾.

§ 45. Наконецъ, самостоятельное значеніе признается въ наукѣ и за той отраслью публичнаго права, которая называется *административнымъ правомъ*. Подъ административнымъ правомъ разумѣется *совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ публично-правовыя отношенія, которыя возникаютъ на почвѣ проявленія административной дѣятельности государства и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права между физическими и юридическими лицами (какъ гражданскаго, такъ у публичнаго права), находящимися въ предѣлахъ даннаго государства.* Наукой административнаго права называется та наука, которая изучаетъ эти нормы съ цѣлью отысканія субъектовъ, объектовъ и отношеній въ этой области права. Она ставитъ своей задачей объединеніе и упорядоченіе отдѣльныхъ частей въ одно систематическое цѣлое, извлеченіе изъ

1) Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts, стр. 48 и 49.

2) Ranalletti, Principii, стр. 501 прим.

3) Prof. D' Alessio, L' elemento giuridico nella scienza della finanza, стр. 213 (Rivista di diritto pubblico, Marzo-Aprile 1916).

частностей общихъ и главныхъ принциповъ, имѣющихъ въ виду данный рядъ фактовъ. Она стремится опредѣлить содержаніе данныхъ юридическихъ нормъ, объединить ихъ примѣнительно къ субъектамъ, объектамъ и отношеніямъ, которыя онѣ регулируютъ, уяснить ихъ въ абстрактномъ видѣ, какъ типическія, юридическія фигуры. Она конструируетъ различныя юридическія институты, опредѣляетъ юридическія принципы, положенныя въ ихъ основаніе, и тѣ связи и отношенія, которыя устанавливаются между ними, а также и ихъ положеніе. Наконецъ, она восходитъ къ высшимъ юридическимъ принципамъ данной отрасли права и, въ концѣ концовъ, достигаетъ единой системати- заціи ¹⁾.

Однако, данное опредѣленіе административнаго права не пользуется всеобщимъ признаніемъ и въ немъ замѣтны слѣдующія характерныя черты. Во-первыхъ, оно является только *однимъ* изъ опредѣленій, выработанныхъ *новѣйшей доктриной публичнаго права*. Во-вторыхъ, самое опредѣленіе носитъ рѣзко выраженный *субъективный* (а не объективный) характеръ.—Въ третьихъ, оно имѣетъ въ виду право, которое называется въ *настоящее время административнымъ*: въ эпоху, предшествующую правовому государству, когда окончательно сложилось административное право, административная дѣятельность государства изучалась другими науками, носившими другое названіе.—Наконецъ, въ четвертыхъ, данное опредѣленіе административнаго права предполагаетъ существованіе научной *системы*. Соотвѣтственно этимъ четыремъ характернымъ чертамъ опредѣленія и дальнѣйшее изложеніе имѣетъ въ виду: 1) разсмотрѣть *главнѣйшія опредѣленія* административнаго права, выработанныя *современной доктриной* публичнаго (административнаго) права, 2) выяснить, въ чемъ заключаются особенности опредѣленія и пониманія административнаго права въ *субъективномъ* или *объективномъ* духѣ, 3) прослѣдить *историческое прошлое* наукъ, изучавшихъ *дѣятельность* государства, и установить преемственную связь ихъ съ современной наукой административнаго права, и 4) выяснить *систему*, принятую въ наукѣ административнаго права.

§ 46. Въ *современной доктринѣ* публичнаго права существуетъ нѣсколько *наибольше употребительныхъ* опредѣленій административнаго права. обстоятельную сводку и критику такихъ опредѣленій даетъ извѣстный итальянскій ученый профессоръ Орландо ²⁾. Онъ указываетъ, что обиліе опредѣленій административнаго права въ прежней и современной доктринѣ публичнаго права нерѣдко приводило въ отчаяніе ученыхъ, привыкшихъ оперировать съ точными опредѣленіями въ сферѣ гражданскаго, уголовнаго и государственнаго права. Одинъ изъ выдающихся ученыхъ, а именно Лоренцъ фонъ Штейнъ, даже усумнился въ существованіи самаго понятія административнаго права ³⁾. Если такой пессимизмъ былъ умѣстенъ и оправдывался положеніемъ науки въ первой половинѣ XIX в., за то въ настоящее время онъ является совершенно необоснован-

¹⁾ Ranellotti, Principii, стр. 515 и 516.

²⁾ Orlando, Le teorie fondamentali. Il sistema del diritto amministrativo, стр. 51—78 въ „Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano“. Volume I, Milano, 1897, а равно его же, Principii di diritto amministrativo, стр. 1—13.—5 edizione, Firenze, 1915.

³⁾ Lorenz von Stein, Die Verwaltungslehre, стр. 67. Erster Theil, 2 Auflage.

нымъ. Напротивъ, наука публичнаго права подвинулась настолько далеко впередъ, что приходится дѣлать выборъ между нѣсколькими опредѣленіями административнаго права. Образовалось нѣсколько направленій или теченій научной мысли, изъ которыхъ каждое вноситъ въ это опредѣленіе тотъ или иной признакъ.— Такъ, *первое направленіе* стремится найти характерный признакъ административнаго права въ *комментированіи, истолкованіи* административныхъ законовъ. Одни ученые выдвигаютъ этотъ признакъ самостоятельно, а нѣкоторые—совмѣстно съ другими признаками. Таковы, на примѣръ, опредѣленія, которыя встрѣчаются у французскихъ юристовъ Дюкрока и Батби, бельгійскаго ученаго де-Фооза, итальянскаго ученаго Джіанквинто и у нѣкоторыхъ русскихъ ученыхъ. Такъ, на примѣръ, Дюкрокъ говоритъ ¹⁾: „административное право представляетъ совокупность принциповъ и правилъ, вытекающихъ изъ законовъ общаго значенія и такихъ законовъ, которые лежатъ въ основѣ дѣятельности всѣхъ, несудебныхъ, органовъ исполнительной власти, на которые возложено ихъ примѣненіе“. Батби утверждаетъ ²⁾, что „административное право является совокупностью положительныхъ законовъ, по которымъ должна развиваться административная дѣятельность“. У Джіанквинто встрѣчается такое опредѣленіе ³⁾: „администрація въ своемъ устройствѣ координирована съ системой законовъ: здѣсь мы стоимъ лицомъ къ лицу съ административнымъ правомъ“. Де-Фоозъ (de Fooz) опредѣляетъ административное право, какъ „совокупность законовъ, регулирующихъ организацію власти, предназначенной управлять, іерархію чиновниковъ или агентовъ, составляющихъ ее, нормы, которымъ они должны слѣдовать или исполнять при осуществленіи своихъ полномочій“ ⁴⁾.—Что касается русскихъ административистовъ, то ихъ тяготѣніе къ комментированію, а чаще всего къ простому изложенію законовъ, проявляется въ очень опредѣленной формѣ. Они могутъ давать опредѣленія административнаго (полицейскаго) права, въ которыхъ нѣтъ и намека на тяготѣніе къ изложенію положительныхъ законовъ, но на самомъ дѣлѣ они нерѣдко сводятъ содержаніе административнаго права только къ *одному изложенію* законовъ, даже не дѣлая попытокъ къ ихъ комментированію или толкованію. Въ этомъ отношеніи такіе труды не очень далеко ушли отъ работъ нѣмецкихъ ученыхъ XVIII или начала XIX в., посвященныхъ полицейскому праву, вродѣ книги Геймана (Heumann), появившейся въ 1757 г., гдѣ авторъ проводилъ различіе между *scientia politiae* (Policeiwissenschaft) и *juris politiae prudentia* (Policey-Recht) и указывалъ, что наука о полиціи подаетъ гражданамъ совѣты (*consilia*), а полицейское право излагаетъ законы (*leges*) ⁵⁾. Чрезвычайно типичной въ этомъ отношеніи является книга проф. Бѣлявскаго „Полицейское право. Изд. 3-е. Петроградъ. 1915“, которая представляетъ простое изложеніе русскаго и иностраннаго законодательства по

¹⁾ Th. Ducrocq, Cours de droit administratif, стр. 3. Tome I.

²⁾ Batbie, Traité théorique et pratique du droit public et administratif, стр. 8. Tome I. 2-me ed. Paris, 1885.

³⁾ De Gioannis Gianquinto, Corso di diritto pubblico amministrativo, стр. 8. Volume I. Firenze, 1881.

⁴⁾ Orlando, Le teorie fondamentali, стр. 53 прим. 3 (Primo trattato).

⁵⁾ А. Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 67.

различнымъ вопросамъ административнаго права ¹⁾. Не чуждъ этого недостатка и трудъ проф. Дерюжинскаго „Полицейское право. Изд. 4-е. Петроградъ. 1917 г.“. Авторъ даетъ опредѣленіе „ученія объ управленіи“ или „административнаго права“ (очевидно оба термина равнозначущи), какъ науки, предметомъ которой является разработка вопросовъ той области внутренняго управленія, которая имѣетъ своей задачей культурное развитіе народа, обезпеченіе наиболѣе благопріятныхъ условій возможно полнаго удовлетворенія потребностей его духовнаго и матеріальнаго существованія ²⁾. При ближайшемъ же знакомствѣ съ его учебникомъ оказывается, что онъ весь переполненъ историческимъ матеріаломъ и посвященъ изложенію положительнаго иностраннаго и русскаго законодательства, иногда даже безъ критики и комментирования ихъ.

Проф. Орlando совершенно справедливо указываетъ, что наука положительнаго права всегда должна изучать органической комплексъ *юридическихъ принциповъ* и не можетъ ограничиваться простымъ изложеніемъ и комментированіемъ законовъ ³⁾. Изученіе административныхъ законовъ не должно составлять такого элемента, который бы входилъ въ понятіе науки административнаго права, такъ какъ оно все равно не можетъ выяснитъ содержанія науки. Экзегетической, истолковательный методъ особенно привился на французской почвѣ, составляетъ характерную особенность французскихъ административистовъ, которымъ стали подражать и итальянскіе ученые. Чрезмѣрное пользованіе такимъ методомъ или критеріемъ является, по мнѣнію Орlando, причиной самыхъ тяжелыхъ ударовъ, нанесенныхъ методологіи науки административнаго права, и того безпорядка въ системѣ науки, который возбуждаетъ до сихъ поръ немало недоумѣній ⁴⁾. Административное право возникло во Франціи какъ систематизація и комментированіе судебной практики. Затѣмъ, ученые пошли дальше, сдѣлали шаги къ созданію рациональнаго репетиторія, начали систематизировать матеріалъ. Но первоначальная тенденція все равно осталась: только вмѣсто глоссъ къ рѣшеніямъ появилось прямое истолкованіе законовъ. Профессоръ Орlando полагаетъ, что такое методологическое направленіе является просто фальшивымъ. Оно сводитъ изученіе права къ логическому и грамматическому истолкованію текста законовъ. Для такой науки достаточно дюжины афоризмовъ и извѣстной способности къ діалектикѣ. Вмѣсто того, чтобы восходить отъ законовъ къ *принципамъ*, идетъ восхожденіе отъ законовъ къ *частнымъ* случаямъ. Экзегетической методъ разрушаетъ оригинальныя черты юридическихъ наукъ, онъ совершенно неспособенъ самъ создать свою оригинальную систему и потому заимствуетъ ее у законодателя. Такое заимствованіе замѣтно въ гражданскомъ, торговомъ и судебномъ правѣ и оно дало прекрасные результаты, но только благодаря тому, что эти отрасли права уже получили свою систему изъ *особыхъ кодексовъ*. Совершенно иная картина наблюдается въ публичномъ правѣ вообще и въ административномъ правѣ въ частности, потому что ни въ одной странѣ

¹⁾ См. суровую рецензію о ней Н. А. Ленскаго въ „Правѣ“ за 1917 г.

²⁾ Проф. В. Ф. Дерюжинскій, Полицейское право, стр. 2.

³⁾ Orlando, Le teorie fondamentali, стр. 53.

⁴⁾ Orlando, Principii, стр. 3.

нѣтъ кодекса публичнаго или административнаго права ¹⁾. Законы, декреты, распоряженія издаются въ громадномъ числѣ, переплетаются другъ съ другомъ, видоизмѣняютъ другъ друга. Они проносятся передъ взглядомъ ученаго въ быстро смѣняющемся калейдоскопѣ: безъ кодекса, безъ руководящихъ принциповъ ученыхъ не въ силахъ разобраться въ этомъ все возрастающемъ матеріалѣ положительнаго права.—Наконецъ, надо считаться и съ тѣмъ обстоятельствомъ, что законодатель, устанавливая юридическую норму, преслѣдуетъ самую возвышенную *соціальную* цѣль, а именно онъ стремится, по мѣрѣ силъ, внести въ сферу права ясность и точность, чтобы сдѣлать возможной общественную жизнь въ культурныхъ государствахъ. Юристъ долженъ искать въ законѣ юридическій принципъ и считаться съ закономъ постольку, поскольку такой принципъ находится въ немъ выраженіе. Лишь при этомъ условіи законъ войдетъ въ общую систему права. Такимъ образомъ, законъ уже предполагаетъ существованіе известной научной системы, а не наоборотъ, не научная система предполагаетъ существованіе законовъ. Еслибы система находилась въ такой зависимости отъ законовъ, то задача науки свелась бы къ комментированію законовъ, она была бы не наукой права, а сухой казуистикой, гдѣ вмѣсто принципа стояла бы норма закона, которая бы грубо приспособляла самыя возвышенныя проблемы права къ самымъ низменнымъ мѣропріятіямъ бюрократической регламентаціи ²⁾. Въ концѣ концовъ, проф. Орlando приходитъ къ тому заключенію, что юридическія науки являются системами принциповъ права, а не комментированіемъ положительнаго законодательства.

Едва ли что можно возразить противъ такихъ вѣрныхъ критическихъ замѣчаній проф. Орlando. Дѣйствительно, французская литература административнаго права повинна въ чрезмѣрномъ увлеченіи положительнымъ законодательствомъ, хотя нѣкоторые новѣйшіе труды нѣсколько колеблютъ суровый приговоръ, вынесенный проф. Орlando. Достаточно сослаться хотя бы на очень интересный трудъ проф. Гастона Жеза (Gaston Jèze) „Общіе принципы административнаго права“, гдѣ авторъ изучаетъ проблемы административнаго права съ точки зрѣнія юридической техники т. е. тѣхъ юридическихъ способовъ, при помощи которыхъ преслѣдуется и достигается та или другая цѣль, посредствомъ которыхъ дѣйствуетъ та или иная публичная служба ³⁾. Конечно, авторъ пользуется и положительнымъ законодательствомъ и богатѣйшей судебно-административной практикой, но весь этотъ матеріалъ имѣетъ подсобный характеръ, является вспомогательнымъ орудіемъ въ рукахъ ученаго, только иллюстрируетъ выдвинутыя и обоснованныя имъ положенія. И вообще, вопреки мнѣнію проф. Орlando, можно утверждать, что едва-ли наука можетъ совершенно отказать отъ истолкованія законовъ. Конечно, истолкованіе не должно являться самоцѣлью, составлять конечную цѣль науки административнаго права. Умѣло и своевременно приведенные примѣры изъ судебно-административной практики, удачно схваченная норма закона могутъ лучше всякихъ длинныхъ теоретиче-

¹⁾ Объ отсутствіи кодификаціи въ сферѣ административнаго права см. въ пятой главѣ „Источники административнаго права“ (§ 74).

²⁾ Orlando, Principii, стр. 4.

³⁾ Gaston Jèze, Les principes généraux du droit administratif, стр. 3.

скихъ разсужденій освѣтитъ истинную природу административно-правовой проблемы. Можно этотъ положительный матеріаль вводить въ самый текстъ научнаго произведенія, можно (какъ это дѣлаетъ проф. Отто Майеръ въ своемъ трудѣ „Deutsches Verwaltungsrecht“, 2 тома) сослаться на него въ примѣчаніяхъ—отъ этого суть дѣла не пострадаетъ. Важно одно—умѣть подчинить законодательный матеріаль научной системѣ, цѣлямъ науки. Поэтому едва ли есть какія нибудь основанія такъ категорически утверждать, что истолкованіе законовъ должно быть совершенно чуждо наукѣ административнаго права.

§ 47. Второе направленіе ученыхъ вводитъ въ опредѣленіе административнаго права *понятіе исполнительной власти* (pouvoir executif, potere esecutivo). Этотъ критерій довольно часто встрѣчается у французскихъ и итальянскихъ административистовъ. Такъ у Джіанквинто есть слѣдующее мѣсто ¹⁾: „публичная администрація отвѣчаетъ *идеѣ исполнительной власти*, поскольку она при помощи своей дѣятельности приступаетъ къ исполненію законовъ и идетъ на встрѣчу публичнымъ интересамъ“. Тотъ же критерій встрѣчается и въ опредѣленіи административнаго права, которое даетъ проф. Дюкрокъ и о которомъ уже была рѣчь выше. Проф. Меуччи опредѣляетъ административное право какъ такую отрасль публичнаго права, которая содержитъ нормы, регулирующія социальные институты и *акты исполнительной власти* для достиженія общепользныхъ цѣлей ²⁾. Проф. Орландо возстаетъ противъ этого критерія и указываетъ на нежелательность его использованія въ виду того, что самый терминъ „исполнительная власть“ не отличается ни ясностью, ни точностью и взятъ изъ теоріи Монтескье о раздѣленіи властей, которая несомнѣнно является одной изъ самыхъ запутанныхъ теорій публичнаго права. Проф. Орландо сомнѣвается, чтобы изъ административнаго права можно было вывести научную теорію объ исполнительной власти. Монтескье, творецъ теоріи о раздѣленіи властей и термина „исполнительная власть“, предполагалъ, что эта власть можетъ существовать изолированно и обособленно отъ другихъ. Но какъ было указано выше (§ 13), такой обособленности властей существовать не можетъ. Тогда возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ можно расчленивъ три основныя понятія—администрацію, конституцію и юрисдикцію. Если администрацію приравнять къ исполнительной власти, тогда возникаетъ вопросъ, что представляетъ собой администрація. Такимъ образомъ приходится опредѣлять административное право такимъ понятіемъ, которое еще само нуждается въ опредѣленіи. Проф. Орландо указываетъ еще и на то, что теорія о раздѣленіи властей образуетъ въ сущности часть конституціоннаго права ³⁾. Такимъ образомъ, критерій для опредѣленія административнаго права будетъ взятъ изъ другой науки: это обстоятельство приведетъ къ отрицанію автономности науки административнаго права. Впрочемъ, это послѣднее соображеніе проф. Орландо представляется недостаточно убѣдительнымъ ⁴⁾.

¹⁾ Orlando, Il sistema del diritto amministrativo, стр. 55 въ „Primo trattato“.

²⁾ Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, стр. 3, а равно Brunialti, Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni, стр. 45. Volume I, Torino, 1912.

³⁾ Orlando, Principii, стр. 5.

⁴⁾ Бруниальти (Brunialti, ц. с., стр. 42) бросаетъ проф. Орландо упрекъ въ томъ, что онъ преувеличиваетъ вину Лаферрьера въ смѣшеніи административнаго права съ конституціоннымъ и теоріи о дѣятельности государства съ теоріей свободы.

Несомнѣнно, между конституціоннымъ и административнымъ правомъ существуетъ самая интимная связь, которая, однако, нисколько не умаляетъ самостоятельнаго значенія науки административнаго права. Обѣ науки идутъ рука объ руку, почерпая другъ у друга и дополняя другъ друга. Конечно, если спеціальныя вопросы административнаго права будутъ вовлекаться въ орбиту изслѣдованій государствовѣдовъ, тогда грозитъ серьезная опасность поглощенія одной науки другой. Но нѣтъ ничего опаснаго въ томъ, что административное право будетъ брать свои начала изъ государственнаго права, или, какъ выражается французскій государствовѣдъ Росси (Rossi), будетъ заимствовать изъ конституціоннаго права *ses têtes de chapitres*.

§ 48. *Третье направление*, представленное многими выдающимися административистами Германіи, Италіи, Франціи, Австро-Венгріи и Россіи, выдвигаетъ критеріемъ, отдѣльно или вмѣстѣ, два элемента—*идею публичной службы и идею юридическаго опредѣленія отношеній между государствомъ и гражданиномъ*. Оба эти элемента особенно часто встрѣчаются въ трудахъ новѣйшихъ французскихъ и итальянскихъ административистовъ, а отчасти и русскихъ ученыхъ. Напротивъ, использованіе только одного элемента—идеи юридическаго опредѣленія отношеній между государствомъ и гражданами—составляетъ характерную особенность опредѣленій административнаго права въ трудахъ германскихъ ученыхъ. Типичнымъ представляется опредѣленіе Лаферрьера ¹⁾: „административное право имѣетъ дѣло съ двумя объектами: одинъ касается права и механизма публичныхъ службъ, внутренней и частной организаціи, а другой—отношеній администраціи къ гражданамъ при выполненіи законовъ и декретовъ“. Проф. Оріу ²⁾ заявляетъ, что онъ принадлежитъ къ той школѣ юристовъ, которая стремится дать преобладаніе въ административномъ правѣ субъективной точкѣ зрѣнія (о ней подробно дальше), потому что она выдвигаетъ на первый планъ идею службъ и ихъ дѣятельности и сопряженныя съ нею юридическія отношенія ³⁾. Такимъ образомъ, въ опредѣленіяхъ Лаферрьера и Оріу замѣтно присутствіе двухъ элементовъ. Бертедеми опредѣляетъ административное право, какъ такую отрасль публичнаго права, которая содержитъ совокупность правилъ и принциповъ, по которымъ движется и осуществляется дѣятельность административныхъ службъ ⁴⁾. Въ этомъ опредѣленіи выдвигается на первый планъ идея публичной (административной) службы и совершенно игнорируется идея регламентаціи юридическихъ отношеній между государствомъ и гражданами. Аналогичное опредѣленіе можно встрѣтить у Гастона Жеза ⁵⁾, который опредѣляетъ публичное и административное право, какъ совокупность правилъ, касающихся публичныхъ службъ. У итальянскихъ административистовъ наоборотъ, большее тяготѣніе обнаруживается къ идеѣ юридическаго опредѣленія отношеній между государствомъ и гражданами, тогда какъ идея публичной

¹⁾ Laferrière, Droit public administratif, стр. 378. 5-me ed.

²⁾ Hauriou, Précis, стр. 108—113, а равно его же, Principes, стр. 60 слѣд.

³⁾ Hauriou, Précis, стр. 112—113.

⁴⁾ Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, стр. 1.

⁵⁾ Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 1.

службы пока чужда имъ. Такъ, проф. Ранелетти ¹⁾ считаетъ административное право той частью внутренняго публичнаго права, которая опредѣляетъ организацію публичной администраціи въ субъективномъ смыслѣ, ея публичную дѣятельность и тѣ отношенія, которыя изъ нея вытекаютъ. Проф. Саландра ²⁾ понимаетъ подъ административнымъ правомъ совокупность юридическихъ нормъ, которыя опредѣляютъ устройство публичной администраціи, административную дѣятельность и тѣ отношенія, которыя завязываются съ физическими и юридическими лицами, живущими въ государствѣ.—Изъ русскихъ ученыхъ идею публичной службы выдвигаетъ проф. А. И. Елистратовъ, находящейся подъ сильнымъ вліяніемъ французскихъ административистовъ и государствовѣдovъ, особенно проф. Дюги. По его словамъ ³⁾, наука административнаго права изучаетъ правовой порядокъ публичныхъ службъ и является ученіемъ о всѣхъ правоотношеніяхъ въ области государственнаго управленія (независимо отъ того, кто является ихъ субъектомъ), вытекающихъ изъ публичныхъ службъ и потому публично-правовыхъ. Въ этомъ опредѣленіи авторъ сочетаетъ два элемента, выдвигая элементъ публичной службы и въ тоже время принимая во вниманіе другой элементъ—правовую регламентацію отношеній между государствомъ и гражданами и даже просто между одними гражданами.—Германская доктрина публичнаго (административнаго) права вводитъ въ опредѣленіе административнаго права понятія объективнаго правопорядка и юридической личности съ ея субъективными правами и правоотношеніями. Идея публичной службы чужда германскимъ ученымъ. Такъ проф. Отто Майеръ ⁴⁾ опредѣляетъ административное право какъ правопорядокъ, регулирующий взаимоотношенія между управляющимъ государствомъ и противостоящими ему поддаными, или какъ право, свойственное тому отношенію, которое устанавливается между управляющимъ государствомъ и противостоящими ему поддаными. Флейнеръ ⁵⁾ ставитъ задачей административнаго права опредѣленіе юридическихъ отношеній, которыя возникаютъ между управляющимъ государствомъ (или другой публично-правовой корпораціей, на которую возложено веденіе публичнаго управленія) и его поддаными (отдѣльными лицами и союзами).—Эти опредѣленія являются наиболѣе ясными: въ нихъ проглядываетъ стремленіе выдвинуть на первый планъ элементъ правовой регламентаціи *отношеній* между государствомъ и гражданами. Но въ германской доктринѣ можно встрѣтить немало туманныхъ опредѣленій. Такъ, Борнгакъ ⁶⁾ понимаетъ административное право, какъ совокупность нормъ, опредѣляющихъ дѣятельность органовъ власти (но не дѣятельность конституціонныхъ факторовъ), поскольку, конечно, онѣ не входятъ въ другія исторически сложившіяся самостоятельныя юридическія дисциплины. Можно встрѣтить у германскихъ ученыхъ и такое опредѣленіе, которое признается проф. Орландо наиболѣе удачнымъ и которое гласитъ, что административное право представ-

¹⁾ Ranelletti, Principii, стр. 500.

²⁾ Antonio Salandra, Corso di diritto amministrativo, стр. 5.

³⁾ Проф. А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр. 35—37.

⁴⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 13 слѣд. Band I.

⁵⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 43 слѣд.

⁶⁾ Conrad Bornhak, Grundriss des Verwaltungsrechts in Preussen und dem Deutschen Reiche, стр. 26.—5 Aufl. Leipzig. 1916.

ляетъ систему тѣхъ юридическихъ принциповъ, которые регулируютъ дѣятельность государства при достиженіи имъ своихъ цѣлей ¹⁾. Это опредѣленіе, однако, достаточно туманно, особенно когда ученые (вродѣ Ульбриха) вводятъ въ него такіе термины, какъ „коллективные интересы“ ²⁾. Идея публичной службы и идея правовой регламентаціи отношеній между государствомъ и гражданами, какъ существенные элементы въ опредѣленіи административнаго права, встрѣтили со стороны проф. Орландо нѣкоторыя возраженія. Онъ, правда, находитъ, что оба эти критерія болѣе другихъ приближаются къ истинѣ и съ матеріальной точки зрѣнія являются наиболѣе важными частями административной науки. Тѣмъ не менѣе онъ полагаетъ, что каждый изъ нихъ страдаетъ формальнымъ дефектомъ. Такъ, понятіе „публичная служба“ слишкомъ сложно, потому что съ одной стороны предполагаетъ осуществленіе публичной функціи, а съ другой—наличность публичнаго интереса, которому удовлетворяетъ государство, создавая самую публичную службу. Слѣдовательно, администрація создаетъ публичныя службы. Если это такъ, то, логически разсуждая, идея публичной службы не предшествуетъ идеѣ публичной администраціи, а слѣдуетъ за ней. Что касается идеи правовой регламентаціи отношеній между государствомъ и гражданами, то она представляется слишкомъ обширной и потому неопредѣленной, хотя, собственно говоря, нѣтъ такой отрасли права, которая бы не предполагала существованія такихъ отношеній. Въ такомъ случаѣ возникаетъ сомнѣніе, можетъ ли эта идея составлять характерную особенность административнаго права. Развѣ нельзя даже конституціонное право свести къ теоріи отношеній между государствомъ и гражданами. И это сдѣлать тѣмъ удобнѣе, что въ конституціонное право включается вопросъ о политическихъ и индивидуальныхъ правахъ или такъ называемая теорія свободы ³⁾. Впрочемъ, проф. Орландо оговаривается ⁴⁾, что эта теорія является тѣмъ предѣломъ, за которымъ кончается конституціонное право. Однако, самая неопредѣленность такого предѣла уже дѣлаетъ невозможнымъ включеніе идеи правового опредѣленія отношеній между государствомъ и гражданами въ опредѣленіе административнаго права. Далѣе, проф. Орландо полагаетъ, что этотъ критерій не поможетъ точному выясненію границъ содержанія административнаго права, потому что далеко не во всякой нормѣ и не во всякомъ институтѣ административнаго права можно подмѣтить связь съ такой идеей. Присутствіе ея еще можно увидать въ осуществленіи правъ полиціи, въ устройствѣ органовъ административной юстиціи, но она блѣднѣетъ и отдаляется въ такихъ вопросахъ, какъ публичная служба, административные территориальные округа, управленіе школами, дорогами и пр. Конечно, эта идея проникаетъ во всѣ юридическія, политическія и соціальныя науки и, несомнѣнно, она составляетъ ту орбиту, въ предѣлахъ которой движется административное право, но все же надо признать, что она является только однимъ изъ элементовъ науки, но вовсе не ея опредѣленіемъ. Изложенная аргументація проф. Орландо страдаетъ очень большими недостатками, вызываетъ сильнѣйшія возраженія и не вполне выяснена самими

1) Orlando, Principii, стр. 9 и 10 (прим. 1).

2) Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts, стр. 55—56.

3) Orlando, Il sistema del diritto amministrativo, стр. 58 въ „Primo trattato“.

4) Orlando, Principii, стр. 7.

ученымъ. Въ этомъ отношеніи лучшимъ отвѣтомъ на эти возраженія являются интересныя соображенія, изложенныя проф. Оріу и давшія содержаніе его *теоріи юридической личности, теоріи объективной индивидуальности и субъективной личности въ видѣ (фигуръ) юридической личности*. Изложеніе этой теоріи проливаетъ свѣтъ на *вторую проблему* административнаго права, на вопросъ о томъ, *въ чемъ* заключаются *особенности* опредѣленія и пониманія административнаго права въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ.

§ 49. Проф. Оріу, прежде всего, указываетъ, что юридическое опредѣленіе административнаго права встрѣчаетъ извѣстныя трудности, которыя вызываются тѣмъ, что государство и публичное право могутъ разсматриваться съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія—съ *объективной и субъективной*¹⁾. Субъективная точка зрѣнія заключается въ томъ, что ученый стремится свести различныя соціальныя элементы, надъ которыми оперируетъ право, къ *юридическимъ лицамъ, юридическимъ отношеніямъ, возникающимъ между ними, къ субъективнымъ правамъ, вытекающимъ изъ этихъ отношеній*. Объективная же точка зрѣнія имѣетъ въ виду *порядокъ, установившійся въ соціальныхъ элементахъ, существующій самъ по себѣ и не исчерпываемый дѣятельностью юридическихъ лицъ*. Правда, объективное право знаетъ и индивидуальности, напримѣръ учрежденія, которыя проявляютъ дѣятельность, но послѣдняя носитъ автоматическій характеръ и, слѣдовательно, не можетъ быть приурочена къ субъективнымъ юридическимъ лицамъ; объективному же праву извѣстны и юридическіе акты, которые исходятъ отъ анонимныхъ силъ, вродѣ публичной власти.—Слѣдовательно, субъективное право вращается вокругъ понятія *юридической личности и ея дѣятельности*, а объективное право игнорируетъ *юридическую личность* и вращается вокругъ *порядка вещей (ordre des choses)*. Примѣненіе той или иной точки зрѣнія къ такимъ понятіямъ, какъ „государство“ или „публичное право“, кладетъ на нихъ довольно своеобразный отпечатокъ. Напримѣръ, съ субъективной точки зрѣнія государство является „*юридическимъ олицетвореніемъ націи*“ (Эмень), а съ объективной точки зрѣнія оно оказывается „*извѣстнымъ упорядоченнымъ и уравновѣшеннымъ режимомъ, предназначеннымъ для націи*“. По словамъ проф. Оріу, объективная точка зрѣнія преобладала у старыхъ, дореволюціонныхъ французскихъ юристовъ, вродѣ Дома (Domat), которые вѣрили въ существованіе предустановленнаго порядка вещей и полагали, что право является „*соотвѣтствіемъ порядку*“ (conformité à l'ordre)²⁾. Однако, эта объективная точка зрѣнія, въ виду слабаго развитія въ прежнее время (въ XVII и XVIII в. в.) публичнаго права, почти полнаго отсутствія самостоятельныхъ публично-правовыхъ конструкцій, должна была ступеваться передъ субъективной точкой зрѣнія, которой были проникнуты нормы и институты римскаго, а въ томъ числѣ и гражданскаго (частнаго) права. Такая побѣда субъективной точки зрѣнія объясняется тѣмъ, что гражданское право, прекрасно развитое и разработанное римскими юристами, стояло неизмѣримо выше

¹⁾ На и г і о ц, Précis, стр. 108 слѣд.

²⁾ На и г і о ц, Principes, стр. 2. Характеристика государственнаго права и изложеніе содержанія публичнаго права у Дома дается въ монографіи проф. Э. В. Тарановскаго, Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, стр. 140—222. Юрьевъ, 1911.

только что зарождавшегося публичнаго права. Въ Германіи и Франціи, начиная съ XVI столѣтія, гражданское (римское) право, построенное на принципѣ юридическихъ отношеній, слѣдовательно проникнутое субъективной точкой зрѣнія, господствовало надъ публичнымъ правомъ, пускавшимъ еще только ростки и находившимся, несомнѣнно, подъ самымъ сильнымъ вліяніемъ частнаго, гражданскаго права. Такое вліяніе обуславливалось тѣмъ, что во французскихъ университетахъ преподаваніе права ограничивалось исключительно правомъ каноническимъ и римскимъ и не было науки положительнаго государственнаго права ¹⁾, а также тѣмъ, что въ трудахъ основателей догмы публичнаго права старой Франціи (напр. Дома) предметомъ изслѣдованія въ публичномъ и частномъ правѣ являлось одно и то же, а именно познаніе естественныхъ законовъ ²⁾. И въ Германіи выдающаяся роль римскаго (гражданскаго) права проявилась въ томъ, что нарождавшаяся въ XVII в. публично-правовая догматика строилась на римскомъ правѣ и потому подпадала подъ вліяніе цивилистики ³⁾. Такое тяготѣніе къ цивилизму, подчиненіе публичнаго права частному праву, обуславливалось и государственнымъ укладомъ стараго порядка, при которомъ государство являлось частно-правовымъ или патримоніальнымъ. Всѣ устои государственнаго порядка того времени покоились на частномъ правѣ: ленное право, договоры, привилегіи, незапамятное владѣніе были титулами, на которыхъ основывалось содержаніе государственнаго права, а государственная власть разсматривалась, какъ частное право государя, и опиралась на его имущество, доходами съ котораго удовлетворялись, главнымъ образомъ, государственныя нужды, и пр. ⁴⁾. Гражданское право, которое слѣдовало традиціямъ римскаго права, обладало великолѣпнымъ принципомъ классификаціи, а именно юридической личностью. Теорія юридической личности съ ея придатками—имуществомъ и отвѣтственностью—являлась регуляторомъ, главнымъ образомъ, юридическихъ отношеній ⁵⁾. Въ такомъ видѣ въ сферу публичнаго права проникла, укрѣпилась и развилась субъективная точка зрѣнія, которая дошла до нашихъ дней и завербовала среди ученыхъ немало послѣдователей. Послѣдніе довели примѣненіе этой точки зрѣнія до крайностей, въ чемъ особенно повинной оказалась германская школа государственнаго права, во главѣ съ Герберомъ, которая перенесла въ эту отрасль права гражданско-правовую теорію юридической личности. По опредѣленію этой школы, государство является субъектомъ правъ господства надъ свободными людьми. Она, въ лицѣ Гербера, въ своихъ построеніяхъ стала опираться на двойное основаніе—на юридическую личность и юридическое отношеніе—и изгнала изъ публичнаго права, какъ неимѣющіе юридическаго значенія, всѣ тѣ вопросы, которые не касались осуществленія государствомъ, при помощи своей воли, собственнаго права и не объясняли организациі государства постановленіемъ его субъективной воли. Такимъ путемъ, изъ публичнаго права былъ выброшенъ весь громаднй матеріалъ, касающійся *объективнаго устройства*

¹⁾ Проф. Тарановскій, Догматика, стр. 7, 40, 41.

²⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 178 слѣд.

³⁾ Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи, стр. 183. Варшава, 1904.

⁴⁾ Тарановскій, Юридическій методъ, стр. 285 слѣд.

⁵⁾ Н а и г і о ц, Principes, стр. 3.

государства. Такое увлеченіе гражданскимъ правомъ и переносъ его специфическихъ конструкцій, специфическаго критерія, въ сферу публичнаго права игнорировали, прежде всего, тотъ своеобразный путь, которымъ шло развитіе публичнаго права, а затѣмъ тѣ различія, которыя стали постепенно выясняться между обѣими отраслями права. Точно также школа Гербера не замѣчала еще и того, что гражданское право характеризуется господствомъ теоріи юридическаго лица и юридическихъ отношеній, матеріальной отвѣтственностью и распредѣленіемъ ея, что всѣ эти элементы встрѣчаются и въ административномъ правѣ, которое, однако, далеко не исчерпываетъ всей сферы публичнаго права. Наконецъ, это научное движеніе оставляло безъ вниманія цѣлый рядъ капитальнѣйшихъ вопросовъ, которые не играютъ большой роли въ частной жизни человека, но въ публичной жизни являются фокусомъ, центромъ, на которомъ должно быть сосредоточено вниманіе изслѣдователя. Таковы вопросы о функціяхъ и органическомъ устройствѣ учреждений. Изслѣдователю публичнаго права крайне важно знать основы организациі государства, юридическую дисциплину его внутренней жизни, и только уже потомъ ознакомиться со способами осуществленія правъ государства ¹⁾.

§ 50. Всѣ эти недостатки субъективной точки зрѣнія въ публичномъ правѣ были подмѣчены многими учеными, которые, въ противовѣсъ ей, выдвинули другую—*объективную*—точку зрѣнія. Такъ, создались въ сферѣ публичнаго права два противоположныя направленія, одно, которое можно назвать субъективной школой (ея представители—Лабандъ и Еллинекъ), а другое—объективной школой, имѣющей во Франціи выдающагося представителя въ лицѣ проф. Леона Дюги (Duguit) ²⁾. Оба эти направленія идутъ своимъ путемъ, при чемъ первое изъ нихъ видитъ эволюцію права въ переходѣ отъ объективнаго къ субъективному, а второе, напротивъ, утверждаетъ, что развитіе права идетъ отъ субъективнаго къ объективному. Профессоръ Оріу занимаетъ примирительную позицію. Онъ утверждаетъ, что эволюція права движется отъ объективнаго къ субъективному, что юридическая личность остается по прежнему господствующей фигурой въ системѣ права ³⁾. При этомъ онъ оговаривается, что субъективная точка зрѣнія безусловно приложима въ сферѣ лишь нѣкоторыхъ отраслей права (главнымъ образомъ въ публичномъ международномъ и административномъ правѣ), но что есть такія отрасли права (какъ конституціонное право), въ которыхъ господствуетъ и должна господствовать объективная точка зрѣнія. Въ подтвержденіе высказанной имъ мысли объ эволюціи права въ смыслѣ перехода отъ объективнаго къ субъективному, проф. Оріу, прежде всего, ссылается на то, что это мнѣніе является *классическимъ*. Конечно, замѣчаетъ онъ, *классическія* мнѣнія могутъ устарѣть по формѣ, не приспособиться къ современному пониманію проблемъ, но они все же являются, въ общемъ, правильными по существу и поддающимися исправленію. Затѣмъ, этотъ ходъ эволюціи права вполнѣ соотвѣтствуетъ эволюціи во всемъ мірѣ, гдѣ замѣчается переходъ отъ

¹⁾ Hauriou, Principes, стр. 4—5.

²⁾ Его труды „L'etat, le droit objectif et la loi positive“, „Manuel de droit constitutionnel“, „Traité de droit constitutionnel“, „Transformations de droit public“ „Transformations de droit privé“.

³⁾ Hauriou, Principes, стр. 41 и 42 (примѣчаніе).

неорганическаго міра къ органическому, гдѣ постепенно пробуждается субъективное сознание. Далѣе, наиболѣе развитыя отрасли права, напр. гражданское право, носятъ болѣе субъективный характеръ, чѣмъ менѣе развитыя (напр. публичное право). Наконецъ, въ любой отрасли права подмѣчается извѣстная эволюція, а именно въ ней въ первую очередь образуется разбирательство споровъ и процедура ихъ разрѣшенія, а уже потомъ отъ послѣдней отдѣляется основаніе права. Поэтому правила процедуры носятъ объективный характеръ и только въ основаніи права можно усмотрѣть субъективный элементъ. Вотъ почему конституціонное право, по мнѣнію Оріу, является чистымъ процессуальнымъ правомъ, въ которомъ нѣтъ никакого основного правила. Впрочемъ проф. Оріу допускаетъ возможность эволюціи въ юридической теоріи, бывшей до сихъ поръ субъективной, въ сторону уклоненія къ объективной точкѣ зрѣнія. Однако это уклоненіе, говоритъ онъ, несомнѣнно носитъ регрессивный характеръ, является преходящимъ, временнымъ.

Въ подтвержденіе своей мысли о возможности господства субъективной точки зрѣнія только въ *нѣкоторыхъ отрасляхъ публичнаго права*, проф. Оріу приводитъ слѣдующія интересныя соображенія ¹⁾. Самой характерной особенностью субъективной точки зрѣнія проф. Оріу считаетъ признаніе государства юридическимъ лицомъ, признаніе существованія у него особыхъ субъективныхъ публичныхъ правъ и возможности установленія между нимъ и другими государствами, а также физическими и юридическими лицами, живущими на его территоріи, юридическихъ отношеній. Характерной особенностью объективной школы является отрицаніе за государствомъ значенія и характера юридическаго лица ²⁾. Исходя изъ этихъ положеній, проф. Оріу находитъ, что наиболѣе удачно и наиболѣе полно субъективная точка зрѣнія проводится въ *публичномъ международномъ правѣ*. Понятіе государства, какъ юридическаго лица, въ сношеніяхъ съ другими государствами было усвоено учеными еще въ XVI и XVII в. в. При этомъ такое понятіе примѣнялось не только къ отношеніямъ, въ которыхъ проявлялась *публичная власть*, но и къ отношеніямъ денежнымъ, имущественнымъ. Въ глазахъ ученыхъ такіе факты международной жизни, какъ блокада, объявленіе войны, захватъ призовъ и пр., являлись категоріями публичной власти, способностями международной личности государства. Признаніе субъективной точки зрѣнія въ этой сферѣ права даетъ чрезвычайно важныя практическіе результаты: напимѣрь, если международное право признаетъ, что война ведется между государствами, какъ юридическими лицами, а не между населеніемъ ихъ, то отсюда вытекаетъ принципъ неприкосновенности жизни и имущества невоюющихъ гражданъ. — Въ сферѣ *административнаго права* замѣчается существованіе субъективной и объективной точекъ зрѣнія. Конечно, первая точка зрѣнія находитъ себѣ выраженіе въ фактѣ признанія юридическими лицами публичнаго права не только государства, но и мѣстныхъ административныхъ территоріальныхъ организацій (вродѣ общинъ, провинцій и пр.) и даже нетерриторіальныхъ организацій, вродѣ публичныхъ товариществъ, публичныхъ учрежденій и пр. ³⁾. Затѣмъ, несомнѣнно, субъективная точка

¹⁾ См. Naugle, Précis, стр. 109—110, е го же, Principes, стр. 67—69.

²⁾ Подробно въ восьмой главѣ „Публично-правовое отношеніе (§ 110).

³⁾ О видахъ юридическихъ лицъ публичнаго права см. въ восьмой главѣ „Публично-правовое отношеніе“ (§§ 121—122).

зрѣнія можетъ быть приложена къ тѣмъ частямъ административной дѣятельности государства, въ которыхъ оно вступаетъ съ юридическими и физическими лицами, живущими на его территоріи, въ безчисленныя отношенія дѣлового характера, устанавливаетъ съ ними связи, вызываемыя мѣновымъ характеромъ жизни современнаго государства, или, какъ выражается проф. Оріу, когда администрація вступаетъ въ сферу юридическаго оборота мѣноваго характера (*commerce juridique des échanges*). Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло тогда, когда администрація выступаетъ съ приказаніями, обращенными къ подданнымъ въ качествѣ публичной власти. Она опредѣляетъ въ этихъ приказаніяхъ извѣстныя объективныя юридическія положенія или издаетъ рѣшенія, которыя подлежатъ исполненію со стороны гражданъ. Вся эта сфера правовой дѣятельности государства носитъ объективный характеръ. Пожалуй, такъ охарактеризованная профессоромъ Оріу государственная дѣятельность можетъ быть подведена подъ понятіе „административнаго принужденія“¹⁾. Конечно, и она допускаетъ возможность возникновенія юридическихъ отношеній, особенно въ формѣ обжалованія дѣйствій администраціи, но роль юридической личности государства здѣсь сравнительно не — велика²⁾. Такимъ образомъ, уже въ административномъ правѣ возможно сосуществованіе двухъ точекъ зрѣнія — субъективной и объективной. Есть, однако, одна область публичнаго права, въ которой нѣтъ мѣста субъективной точкѣ зрѣнія. Проф. Оріу имѣетъ въ виду т. н. *государственное или конституціонное право*. Оно имѣетъ своимъ предметомъ организацію и взаимоотношенія главныхъ публичныхъ властей или организацію суверенитета. Въ этой области права не можетъ быть проведена субъективная точка зрѣнія уже просто потому, что она не можетъ дать никакого практическаго результата, напримѣръ, при разсмотрѣнн *внутренней организаціи учреждений*, а тѣмъ болѣе при изученн *административной организаціи*³⁾. Въ самомъ дѣлѣ, если нужно изучать внутреннюю организацію какого-нибудь учрежденія, то ее надо разложить на органы или элементы: внѣшняя дѣятельность его совершенно игнорируется. Точно также въ конституціонномъ правѣ не затрогивается вопросъ о денежной отвѣтственности государства или другого юридическаго лица публичнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, о какой денежной отвѣтственности государства можетъ быть рѣчь въ тѣхъ случаяхъ, когда возникаютъ споры между законодательной и исполнительной властями. Государственное право совершенно не занимается вопросомъ о денежной отвѣтственности государства или его органовъ. Трудно даже себѣ представить, чтобы президентъ республики былъ присужденъ къ возмѣщенію ущерба и убытковъ палатѣ депутатовъ въ случаяхъ роспуска ея. Столкновеніе органовъ власти въ государствѣ разрѣшается только объективно т. е. кончается потерей власти. Поэтому, замѣчаетъ Оріу, вполне правильно поступаетъ проф. Дюги, когда онъ возстаетъ противъ теоріи личности государства: однако его протестъ имѣетъ вѣсь лишь въ сферѣ государственнаго права, гдѣ понятіе государства — юридическаго лица — не имѣетъ практическаго смысла, но онъ теряетъ всякое значеніе для области административнаго права. Въ заклю-

¹⁾ Этой сферѣ дѣятельности государства посвященъ вышедшій въ 1916 г. выпускъ моего „Учебника административнаго права“.

²⁾ См. мой „Учебникъ административнаго права“, стр. 50, 67—68, 75, 220—222.

³⁾ Naurio, Précis, стр. 110.

ченіе, проф. Оріу проводить различіе между субъективнымъ и объективнымъ правомъ. Къ объективному праву онъ относитъ правила, касающіяся внутренней организаціи и оборудованія учреждений, а къ субъективному праву—правила, опредѣляющія служебныя отношенія между существующими индивидуальностями (людьми или коллективными учреждениями). Поэтому, говоритъ Оріу, понятію юридическаго лица нужно, въ извѣстной мѣрѣ, противопоставить понятіе объективной индивидуальности. Государство можетъ быть разсматриваемо то какъ юридическое лицо, то какъ объективная индивидуальность. Въ качествѣ юридическаго лица государство является тогда, когда проблема государства ставится въ плоскости жизни *отношеній* юридическаго оборота. Напротивъ, государство разсматривается какъ объективная индивидуальность, если проблема касается внутренняго устройства націи, ея организаціи—политической, конституціонной или административной ¹⁾. Установивъ эти понятія, проф. Оріу выдвигаетъ практическую комбинацію двухъ точекъ зрѣнія—субъективной и объективной. Это основное положеніе Оріу и проводитъ въ своихъ интересныхъ „Принципахъ публичнаго права“, разлагая понятіе юридической личности на двѣ части—объективную индивидуальность и субъективную личность—и изучая существенные элементы каждой изъ нихъ ²⁾.

§ 51. Таковы теоретическіе взгляды проф. Оріу. Онъ заявляетъ себя сторонникомъ субъективной точки зрѣнія въ административномъ правѣ. По его словамъ, это право неудержимо стремится къ субъективной отвѣтственности, поскольку дѣло идетъ объ осуществленіи публичныхъ службъ и операций публичной власти. Въ конституціонномъ правѣ или въ общей теоріи государства господствуетъ объективное право, потому что въ немъ преобладаютъ вопросы организаціи. Въ административномъ же правѣ наблюдается иная картина: на первый планъ выдвигается служба (service) и ея дѣятельность съ тѣми юридическими отношеніями, которыя вызываетъ такая дѣятельность. Въ административномъ правѣ господствуетъ субъективная точка зрѣнія, хотя наблюдаются и слѣды объективной точки зрѣнія: послѣдняя замѣтна въ организаціи публичной администраціи и распорядкѣ тѣхъ учреждений, которыя вызваны къ жизни такой организаціей ³⁾. Разсмотрѣнію этой организаціи проф. Оріу удѣляетъ немало вниманія какъ въ своемъ курсѣ административнаго права ⁴⁾, такъ и въ „Принципахъ публичнаго права“ ⁵⁾.

Относясь вполнѣ сочувственно къ положеніямъ, выставленнымъ проф. Оріу, нельзя однако не пожалѣть, что онъ не обнаружилъ послѣдовательности въ проведеніи своихъ взглядовъ. Дѣйствительно, въ административномъ правѣ современныхъ культурныхъ государствъ преобладаетъ субъективная точка зрѣнія. Все содержаніе этого права можетъ быть сведено къ ученію о публично-правовыхъ отношеніяхъ, о составляющихъ ихъ элементахъ—субъектахъ, объектахъ, публичныхъ правахъ и обязанностяхъ. Тотъ фактъ, что есть такія области административнаго права, гдѣ возможно господство объективной точки зрѣнія (напр.

¹⁾ H a u r i o u, Précis, стр. 111.

²⁾ H a u r i o u, Principes, стр. 84 слѣд.

³⁾ H a u r i o u, Précis, стр. 113.

⁴⁾ H a u r i o u, Précis, стр. 114—378.

⁵⁾ H a u r i o u, Principes, стр. 303—799.

въ отдѣлѣ объ административной организаціи), свидѣтельствуешь лишь о томъ, что такимъ вопросамъ мѣсто только въ государственномъ, а не въ административномъ правѣ. Единственная уступка объективизму можетъ быть сдѣлана въ „административномъ принужденіи“, которое можетъ быть включено въ административное право. Конечно, вопросы административной организаціи играютъ огромную роль въ развитіи административно-правовыхъ отношеній, но все же цѣльная и детальная картина ея должна быть дана въ конституціонномъ правѣ. Само собой разумѣется, при изложеніи того или иного публично-правового отношенія нельзя избѣгать краткой характеристики того органа, который выступаетъ въ такомъ отношеніи. Конечно, вполне допустима краткая характеристика строя органовъ въ особомъ отдѣлѣ о сущности органовъ, какъ субъектовъ публично-правового отношенія. Но все же центръ тяжести изслѣдованія объ административной организаціи долженъ быть перенесенъ въ конституціонное право, всецѣло проникнутое объективнымъ духомъ. Слѣдовательно, въ противоположность мнѣнію проф. Оріу, слѣдуетъ признать, что административное право *можетъ и должно* носить *чисто субъективный характеръ*, что его содержаніе должно сводиться исключительно къ публично-правовымъ отношеніямъ, возникающимъ при осуществленіи государствомъ административной дѣятельности. Наука административнаго права обязана уклоняться отъ разсмотрѣнія *всякаго объективнаго элемента* (вродѣ организаціи административныхъ учреждений), который долженъ найти мѣсто въ конституціонномъ правѣ.

§ 52. То опредѣленіе административнаго права, которое было дано выше (§ 45), является *продуктомъ новѣйшей юридической мысли*. Само административное право представляетъ *продуктъ долгаго историческаго процесса*, завершеніе творческой работы ученыхъ *на протяженіи нѣсколькихъ вѣковъ*. При этомъ въ различныхъ государствахъ административное право получило различный обликъ соотвѣтственно національнымъ особенностямъ страны, ея государственнаго уклада, историческимъ наслоеніямъ, пережиткамъ стараго правового строя. Такимъ образомъ, возникаетъ *третья проблема* административнаго права, а именно *вопросъ объ изученіи историческаго прошлаго* наукъ о дѣятельности государства и объ установленіи *преемственной связи* между различными направленіями, которыя смѣняли другъ друга въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій и дали въ итогѣ административное право современнаго государства. Изученіе прошлаго наукъ, изучающихъ дѣятельность государства, представляетъ немалыя трудности. Административное право каждой страны слагалось подъ вліяніемъ разнообразныхъ причинъ правового и соціальнаго характера. Поэтому изслѣдователи науки административнаго права, считаясь съ этими особенностями, предпочитаютъ давать историческій обзоръ этой науки по *отдѣльнымъ государствамъ*. При такомъ порядкѣ изложенія едва ли возможно достаточно выпукло и рельефно отбѣнить характерныя особенности въ ходѣ развитія науки административнаго права. Придется избрать нѣсколько иной путь, связавъ исторію науки съ появленіемъ и *смѣной методовъ ея изученія*. Появленіе усовершенствованныхъ методовъ изученія вызываетъ къ жизни и болѣе совершенную науку. Подъ методами науки понимается совокупность тѣхъ *пріемовъ*, которые примѣняются для раскрытія научной истины ¹⁾. Эти пріемы, конечно, мѣняются по мѣрѣ

¹⁾ В. В. Ивановскій, Учебникъ административнаго права, стр. 6 сл. Изд. 4. Казань, 1911.

развитія самой науки. Чѣмъ проще представляются элементы самой науки, тѣмъ менѣе сложны приемы изученія того ряда окружающихъ человѣка явленій, который относится къ той или иной наукѣ. Если въ сферѣ физико-химическихъ и органическихъ явленій наукѣ удается раскрывать все болѣе сложные комбинаціи, то ту же картину можно наблюдать и въ области общественныхъ, социальныхъ явленій. Усложняющаяся съ каждымъ днемъ социальная жизнь народовъ даетъ намъ въ этомъ отношеніи поразительные примѣры. Таковы явленія, вызванныя великой европейской войной, тѣ социальные перевороты въ психикѣ народныхъ массъ, во внутренней и внѣшней структурѣ государственныхъ учреждений, въ трудовомъ и жизненномъ режимѣ современныхъ культурныхъ государствъ. Можно повторить слова одного англійскаго оратора, что „мы живемъ теперь въ совершенно другомъ мірѣ сравнительно съ тѣмъ міромъ, въ которомъ мы жили 18 мѣсяцевъ тому назадъ“ (слова оратора были сказаны въ мартѣ 1915 г.)¹⁾. Дѣятельность государства, несомнѣнно, принадлежитъ къ кругу социальныхъ, общественныхъ явленій. Она пережила въ своемъ развитіи немало метаморфозъ, на ея развитіе вліяли многочисленныя причины. Подмѣтить такую эволюцію и составляетъ задачу социальныхъ наукъ, въ томъ числѣ и административнаго права. Какимъ же способомъ, какими приемами можетъ быть подмѣчена такая эволюція?

§ 53. Самымъ простымъ, примитивнымъ и несложнымъ методомъ изученія, отвѣчающимъ первоначальному состоянію науки административнаго права, является *наблюдательно-описательный методъ*. Онъ заключается въ томъ, что изслѣдователь наблюдаетъ и описываетъ тотъ или другой кругъ явленій, который его интересуетъ. Слѣдовательно, и въ кругъ явленій социального характера, изучаемыхъ наукой административнаго права, изслѣдователь долженъ былъ бы *наблюдать* и *описывать* явленія *административной дѣятельности государства*. Однако, при примѣненіи даже такого несложнаго метода ученому изслѣдователю, жившему въ XIV, XV и позднѣйшихъ вѣкахъ, пришлось встрѣтить громадныя трудности и его работа въ этомъ направленіи должна была дать довольно печальные результаты. Такая неудача можетъ быть объяснена цѣлымъ рядомъ слѣдующихъ причинъ. *Во-первыхъ*, нужно принять вниманіе то, что самое понятіе „административной дѣятельности“ государства было чуждо ученымъ до конца XVIII столѣтія: вмѣсто него ученые употребляли иной терминъ, а именно „*полиція*“. *Во-вторыхъ*, передъ учеными стояло не юридическое понятіе государства, какъ оно создано въ настоящее время, т. е. понятіе государства *правового*, а *личность* государя, монарха, понятіе *полицейскаго* государства. *Въ третьихъ*, малодоступность положительнаго матеріала (въ видѣ законовъ, ордонансовъ, рѣшеній судовъ и пр.), его разбросанность, его несовершенство невозможность и неумѣніе извлечь изъ него нужныя данныя значительно тормозили работу ученыхъ того времени. *Въ-четвертыхъ*, даже *университетское преподаваніе* не могло помочь ученымъ, потому что долгое время въ университетахъ не было каѳедръ для изученія управления. Наконецъ, *въ пятыхъ*, въ право того времени проникло рецепированное *римское право*, которое восполнило, хотя и съ большимъ трудомъ, пробѣлы въ положительномъ матеріалѣ

¹⁾ L. P. J a c k s, The changing mind of a nation at war, стр. 79 въ сборникѣ статей „The international crisis in its ethical and psychological aspects“. London, 1915.

и въ то же время склонило ученыхъ къ широкому использованию и примѣненію институтовъ гражданскаго права къ явленіямъ публичной жизни. Кромѣ римскаго права, ученые почерпали матеріалъ для своихъ трудовъ изъ *книгъ Священнаго Писанія*. На каждомъ изъ этихъ любопытныхъ явленій, характеризующихъ ту обстановку, въ которой прежнимъ ученымъ приходилось примѣнять наблюдательно-описательный методъ, и слѣдуетъ остановиться нѣсколько болѣе подробно.

§ 54. Итакъ, *первымъ препятствіемъ* къ правильной постановкѣ наблюдательно-описательнаго метода являлось отсутствіе у ученыхъ того времени надлежащаго представленія о сущности и объемѣ *административной дѣятельности государства*, которая и должна была быть объектомъ спеціальной науки административнаго права. Уже было указано выше (§ 11), сколько трудностей представляетъ точное выясненіе объема и границъ понятія „административная дѣятельность“. И эти затрудненія мыслимы даже въ современномъ правовомъ укладѣ государства, когда проведенъ принципъ раздѣленія властей, когда законодательная дѣятельность характеризуется участіемъ народнаго представительства, когда научные методы достигли совершенства, конечно возможнаго при современныхъ условіяхъ. Чего же можно было ожидать отъ науки, которая находилась еще въ зачаточномъ состояніи, когда государственный укладъ страны носилъ нѣсколько хаотическій характеръ, а власть во всей ея полнотѣ сосредоточивалась въ рукахъ одного лица—властиителя, монарха. Даже самое названіе „управленіе“—„администрація“ было чуждо ученымъ того времени. Вмѣсто него выступаетъ терминъ „*полиція*“ (police, Polizei). И, дѣйствительно, въ Германіи до XIX в. наука не знаетъ словъ „Verwaltung“ (управленіе) и „Verwaltungsrecht“ (административное право). То же самое явленіе наблюдается и во Франціи, гдѣ въ эпоху стараго режима совершенно были неизвѣстны слова „administration“ и „droit administratif“¹⁾. Вмѣсто нихъ въ актахъ и трудахъ ученыхъ обѣихъ странъ употребляются слова police, Polizei. Эти термины ведутъ свое происхожденіе отъ греческаго слова „politeia“, которое обозначаетъ городское устройство, государственное устройство, а въ переносномъ смыслѣ—государственное управленіе, правительство. Этотъ терминъ былъ воспринятъ французской наукой права въ XIV столѣтіи и передѣланъ въ слово police, которое обозначало „государственную цѣль“ и „государственную дѣятельность“²⁾. Въ болѣе узкомъ смыслѣ слово „la police“ употребляется для характеристики *хорошаго*, упорядоченнаго устройства государства. Повидимому, въ концѣ XV столѣтія этотъ терминъ былъ занесенъ въ Германію, гдѣ слово jus politiae стало обозначать расширенную власть властителя земли, владѣтельнаго князя (Landesherr). Въ силу jus politiae владѣтель получалъ право, и ему даже вмѣнялось въ обязанность, устранять своей начальственной властью тѣ опасности, которыя угрожаютъ земному благополучію т. е. безопасности и благосостоянію гражданъ. Цѣлью такого jus politiae являлось установленіе „хорошаго устройства государства“ (politia). Все, что только требовалъ интересъ полиціи (Policey), могло быть постановлено вла-

¹⁾ D u r o e q, Cours de droit administratif, стр. VIII (Préface). Tome I.

²⁾ F l e i n e r, Institutionen, стр. 310 сл., а равно Otto M a y e r, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 211 сл. Band I.

дѣтелемъ ¹⁾. Трудно даже опредѣлить вѣдѣнную границу того, что называлось полиціей, и тѣхъ полномочій, которыя были направлены къ осуществленію и содѣйствію полиціи. Jus politiae являлось какъ бы общимъ названіемъ всякихъ возможностей ²⁾. Для примѣра можно привести слѣдующій случай. Епископъ г. Шпейера хотѣлъ построить въ своемъ городѣ Брухзалѣ, но на чужомъ земельномъ участкѣ, исправительный домъ (Zuchthaus). Собственникъ участка заявилъ протестъ, однако его жалоба отклоняется на томъ основаніи, что принципиально владѣтель можетъ дѣлать все, что только клонится къ общему благополучію и благосостоянію страны. А такъ какъ исправительные дома очень полезны, то владѣтелю и нужно предоставить право самому выбрать мѣсто и построить на немъ домъ.—Итакъ греческія сочиненія о государственномъ искусствѣ (politeia) послужили источникомъ для насажденія идеи о police, Polizei, въ государствахъ Западной Европы, особенно во Франціи и Германіи. Указанія на эту связь съ греческими источниками (особенно съ Аристотелемъ) можно встрѣтить въ трудахъ старыхъ камералистовъ, напр. Мельхіора фонъ Оссе (v. Osse), появившихся въ 1555 и 1556 г. г. Въ своемъ трудѣ „Завѣщаніе“ (Testament) онъ говоритъ о Policey и ссылается на то, что Аристотель и большая часть древнихъ мудрецовъ признавали необходимость для хорошей полиціи (Policey) страны или города существованія четырехъ элементовъ, а именно „Principes“ „Concilium“ „Practorium“ и „Populus“ т. е., по его словамъ, существованія правителя, хорошаго и мудраго совѣта при немъ, безпристрастнаго, хорошаго правосудія и благочестиваго покорнаго народа ³⁾. Однако уже въ концѣ реформаціи въ Германіи начался процессъ расчлененія этого огромнаго по объему понятія. Понемногу изъ всеобъемлющей формулы стали выпадать отдѣльныя государственныя функціи и начался процессъ суженія понятія Policey (Polizei). Прежде всего, изъ понятія „полиція“ выпали международныя отношенія. Въ самомъ дѣлѣ, по мѣрѣ образованія государствъ и опредѣленія ихъ границъ, постепенно въ Европѣ образуется система государствъ. Каждое изъ нихъ преслѣдуетъ свои цѣли и стремится укрѣпить свою мощь. Это укрѣпленіе достигается путемъ войнъ или дипломатическихъ сношеній съ другими государствами, но такъ какъ эти сношенія мало похожи на дѣятельность правительства внутри государства ⁴⁾, то появляется различіе въ терминологіи для обозначенія этихъ двухъ сферъ государственной дѣятельности. Дѣятельность или искусство въ сферѣ международныхъ отношеній получаетъ названіе *политики*, а дѣятельность или искусство въ сферѣ внутреннихъ отношеній государства именуется *полиціей*. Такимъ путемъ полиція превратилась въ наименованіе всей начальственной дѣятельности въ области внутренней государственной жизни. Но и такое широкое пониманіе „полиціи“ не могло удержаться долгое время. Процессъ расчлененія продолжалъ развиваться. Явилось противоположеніе дѣлъ свѣтскихъ и церковныхъ, причѣмъ послѣднія отошли въ вѣдѣніе церкви. Для завѣдыванія военными и финансовыми (камеральными) дѣлами владѣтелями земель были

¹⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 29—30.

²⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 30, особ. прим. 9, Band I.

³⁾ Albion Small, The cameralists. The pioneers of German Social Polity, стр. 33.

⁴⁾ L. v. Stein, Die Lehre von der Innern Verwaltung. Einleitung, стр. 69 слѣд. Stuttgart, 1866.

организованы особыя учрежденія: такъ было положено начало выдѣленію изъ понятія „полиція“ военной и финансовой дѣятельности. Затѣмъ намѣтилось противоположеніе „полицейскихъ“ (Policeysachen) и „судебныхъ“ (Justizsachen) дѣлъ, которое и вызвало выдѣленіе судебной дѣятельности въ особую категорію. Такимъ образомъ, судебными дѣлами стали такія государственныя дѣла, которыя должны были рѣшаться на основаніи права и поэтому подлежали компетенціи судовъ, а подъ полицейскими дѣлами разумѣлись такія государственныя дѣла, которыя должны были разрѣшаться по свободному усмотрѣнію и являлись предметомъ вѣдѣнія исключительно только одного правительства ¹⁾). Но и на этомъ процессъ суженія понятія „полиція“ еще не остановился. Въ XVIII и XIX столѣтіяхъ началось и получило законченное развитіе могучее научное движеніе, которое, сначала подъ названіемъ теоріи естественнаго права, возвысило голосъ въ защиту индивида и направило свои удары противъ идеи всемогущества государства, получившаго названіе полицейскаго, абсолютнаго государства, и противъ самаго термина „полиція“, какъ бы олицетворявшаго такое всемогущество. Теорія о прирожденныхъ человѣческихъ правахъ, нашедшая себѣ выраженіе въ знаменитой французской деклараціи 1789 г. о правахъ гражданина и человѣка, нанесла сокрушительный ударъ идеѣ всемогущества государства и свела роль государственной власти къ заботѣ объ охранѣ права и преслѣдованію цѣлей безопасности. Подъ ея вліяніемъ въ памятникахъ и актахъ даже полицейскаго государства стали употребляться терминъ „полиція“ въ сравнительно узкомъ смыслѣ. Такъ Прусское Общее Земское Право (Allgemeines Preussisches Landrecht) 1794 г. такъ описываетъ задачу полиціи: „цѣль (Amt) полиціи—создавать нужныя учрежденія для сохраненія публичнаго спокойствія, безопасности и порядка и для отстраненія опасности, грозящей публикѣ или ея отдѣльнымъ членамъ“. Изъ этого видно, насколько скромны были цѣли полиціи и ея объемъ по сравненію хотя бы съ тѣмъ понятіемъ полиціи, которое можно встрѣтить въ изданномъ Петромъ I Регламентѣ Главному Магистрату 16 января 1721 г. (I П. С. З. № 3708) ²⁾, составленномъ подъ сильнымъ вліяніемъ идеи всемогущества государства. Указывая, что „полиція особливое свое состояніе имѣетъ“, Регламентъ опредѣляетъ сущность ея, говоря, что „она способствуетъ въ правахъ и провосудіи, рождаетъ добрые порядки и нравоченія, всѣмъ безопасность подаетъ отъ разбойниковъ, воровъ, насильниковъ и обманщиковъ и симъ подобныхъ, непорядочное и непотребное житіе отгоняетъ, и принуждаетъ каждаго къ трудамъ и къ честному промыслу, чинитъ добрыхъ домостроителей, тщательныхъ и добрыхъ служителей, города и въ нихъ улицы регулярно сочиняетъ, препятствуетъ дороговизнѣ, и приноситъ довольство во всемъ потребномъ къ жизни человѣческой, предохраняетъ всѣ приключившіяся болѣзни, производитъ чистоту по улицамъ и въ домахъ, запрещаетъ излишество въ домовыхъ расходахъ и всѣ явныя погрѣшенія, призываетъ нищихъ, бѣдныхъ, больныхъ, увѣчныхъ и прочихъ неимущихъ, защищаетъ вдовицъ, сирыхъ и иностраннхъ, по заповѣдямъ Божиимъ воспитываетъ юныхъ въ цѣломудреной чистотѣ и честныхъ наукахъ, въ кратцѣхъ надъ всѣми сими полиція есть

¹⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 311.

²⁾ Проф. И. Е. Андреевскій, Полицейское право, стр. 89—90. Томъ I. Изд. 2-е. -Петербургъ, 1874.

душа гражданства и всѣхъ добрыхъ порядковъ и фундаментальный подпоръ человеческой безопасности и удобства".—Въ XIX столѣтїи германская наука стала еще болѣе суживать понятїе „полиція“. Сначала ученые дѣлаютъ попытки провести различїе между полиціей безопасности и полиціей благосостоянїя. Въ эпоху полицейскаго, евдемонистическаго государства на послѣднее были возложены чрезвычайно обширныя задачи, и это обстоятельство, конечно, не могло не принижать человеческую личность. Государственная власть обязывалась вести людей къ усовершенствованію и употреблять однихъ людей для усовершенствованїя другихъ ¹⁾. Съ появленїемъ же идеи о правахъ человѣка, задачи государственной власти стали пониматься значительно уже. Государство можетъ примѣнять *принудительную власть* но только для обезпеченїя безопасности, а не для усовершенствованїя гражданъ. Для послѣдней цѣли пригодны другїя средства. Вполнѣ естественно ученые стали дѣлать тотъ выводъ, что полиція можетъ быть раздѣлена на двѣ части—на полицію безопасности (*Sicherheitspolizei*), которой присущъ принудительный характеръ, и полицію благосостоянїя (*Wohlfahrtspolizei*), у которой отсутствуетъ этотъ принудительный характеръ ²⁾. Изъ этого подраздѣленїя ученые стали дѣлать дальнѣйшїй выводъ, а именно, что терминъ „полиція“ приложимъ только къ той государственной дѣятельности, которой присущъ принудительный характеръ. Что же касается остальной дѣятельности государства, направленной на обезпеченїе благосостоянїя гражданъ, то ее лучше называть не полиціей благосостоянїя, а *попеченїемъ* о благосостоянїи (*Wohlfahrtspflege*).—Такъ, на протяженїи нѣсколькихъ вѣковъ совершался медленный процессъ суженїя понятїя „полиція“, пока, наконецъ, онъ не былъ заключенъ въ узкія рамки и не уступилъ свое мѣсто терминамъ „управленїе“ и „администрація“. Въ настоящее же время напр., проф. Отто Майеръ подъ полицейской властью понимаетъ публичную власть, которая дѣйствуетъ въ сферѣ управленїя для устраненїя нарушенїй надлежащаго порядка, исходящихъ отъ отдѣльнаго человѣка ³⁾. А полиціей онъ называетъ ту административную дѣятельность, которая проявляется съ помощью полицейской силы. По Флейнеру слово „полиція“ обозначаетъ ту дѣятельность должностныхъ лицъ въ сферѣ внутренняго управленїя, которая принудительно возлагаетъ нужныя ограниченїя на естественную свободу личности и на собственность подданныхъ для сохраненїя публичнаго права, публичной безопасности и публичнаго порядка ⁴⁾. Бертелеми указываетъ, что подъ словомъ „police“ разумѣется совокупность организованныхъ службъ или мѣръ, предписанныхъ для обезпеченїя поддержанїя порядка и санитарїи внутри страны ⁵⁾. Проф. Орландо понимаетъ подъ полиціей (*polizia*) ту форму дѣятельности государства, преимущественно юридическую, которая стремится предупредить социальный вредъ и обезпечить миръ и общественный порядокъ и оказываетъ влїяніе на индивидуальныя права, ограничивая сферу дѣятельности такимъ образомъ, что устанавливается гармонїя между этими правами, а также между

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 213. Band I.

²⁾ L. v. Stein, Die Lehre von der Innern Verwaltung, Einleitung, стр. 70—71.

³⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 217 (прим. 14). Band I.

⁴⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 314.

⁵⁾ Berthélem y, Traité élémentaire de droit administratif, стр. 224.

пользой, которую извлекают отдѣльные лица, и пользой, извлекаемой коллективомъ ¹⁾.

§ 55. Вторымъ препятствіемъ для правильной постановки наблюдательно-описательнаго метода при изученіи административной дѣятельности государства являлось то, что ученые прежняго времени не имѣли того представленія о государствѣ, которое сложилось среди ученыхъ настоящаго времени. Это явленіе объясняется, конечно, тѣмъ, что ученые прежняго времени жили въ эпоху т. н. *полицейскаго, абсолютнаго государства*, гдѣ личность *властителя, монарха*, выдвигалась на первый планъ и гдѣ дѣятельность государства носила своеобразный характеръ и обычно протекала *не по нормамъ права*. Современные ученые живутъ въ эпоху *правового, конституціоннаго* государства, гдѣ, наряду съ личностью *главы* государства (монарха или президента), стоитъ народное представительство, и гдѣ дѣятельность государства заключена въ правовыя рамки, опредѣляется не однимъ желаніемъ, произволомъ начальства. По вѣрному замѣчанію Лоренца ф. Штейна, каждая изъ этихъ эпохъ имѣетъ и свое понятіе государства и соотвѣтствующій ему обликъ или видъ ученія объ управленіи ²⁾. Въ эпоху полицейскаго, абсолютнаго государства центральной фигурой, привлекавшей вниманіе и обывателя и ученаго, былъ *владелецъ страны, монархъ*. Къ нему были обращены взоры изслѣдователя, дѣятельность его, а не государства, сосредоточивала на себѣ всеобщее вниманіе. Государство ступенывалось передъ личностью монарха. Ученые прежняго времени не могли даже выработать понятіе государства, какъ юридическаго лица, существующаго раздѣльно отъ монарха. Правда, у германскихъ писателей XVII столѣтія встрѣчаются нѣкоторые намеки на такую конструкцію. Напримѣръ, Лимнеусъ (Limnaeus) уподоблялъ Священную Германскую Имперію организму, главой котораго являлся императоръ ³⁾. И вообще въ догматическихъ трактатахъ германскихъ ученыхъ того времени можно было встрѣтить конструкцію субъективныхъ правъ императора, при чемъ Имперія признавалась за особый *corpus mysticum*, который однако не является лицомъ (*persona*) ⁴⁾. Такимъ образомъ, въ Германіи въ догматикѣ XVII и XVIII вѣковъ можно подмѣтить зародыши тѣхъ элементовъ, изъ которыхъ постепенно слагалось современное представленіе о государствѣ. Но имъ не суждено было развиться въ виду того, что ученые не могли отрѣшиться отъ патримоніальныхъ воззрѣній, лежавшихъ въ основѣ государственнаго строя стараго порядка ⁵⁾. Въ трудахъ же французскихъ ученыхъ нельзя даже встрѣтить и такихъ слабыхъ намековъ на существованіе обособленнаго юридическаго лица—государства. Такимъ образомъ, въ центрѣ всей государственной системы стоялъ монархъ, владѣтель, въ рукахъ котораго и сосредоточивалась вся полнота публичной власти. Именно на него одного и была возложена чрезмѣрно трудная задача—осуществлять тѣ цѣли, которыя стояли передъ государствомъ. Ему была дана полная возможность вмѣшиваться непосредственно во всѣ дѣла

¹⁾ Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, стр. 71, 72, 103. Volume I въ *Primo trattato*“.

²⁾ L. v. Stein, *Die Lehre von der Innern Verwaltung*, Einleitung, стр. 11.

³⁾ Т а р а н о в с к і й, *Юридическій методъ*, стр. 146.

⁴⁾ Т а р а н о в с к і й, *Юридическій методъ*, стр. 182.

⁵⁾ Т а р а н о в с к і й, *Юридическій методъ*, стр. 293 и 294.

управленія, какъ крупныя такъ и мелкія. И исторія сохранила намъ примѣры вмѣшательства монарховъ даже въ домашнія дѣла своихъ подданныхъ (примѣры можно найти въ дѣятельности прусскаго короля Фридриха Великаго и Петра I).—Эта безпредѣльная власть монарха несомнѣнно тяжело отзывалась на подданныхъ. Послѣдніе не имѣли юридическихъ средствъ, которыя бы положили какой-нибудь предѣлъ вмѣшательству монарха. Всякій приказъ его былъ обязателенъ для подданныхъ. Монархъ за свои дѣла отвѣчалъ только передъ Богомъ и своей совѣстью ¹⁾. Его власти по отношенію къ подданнымъ не было поставлено никакихъ юридическихъ преградъ. Въ этомъ смыслѣ обычно и говорится, что въ полицейскомъ государствѣ *нѣтъ публичнаго права* ²⁾. Впрочемъ, отсутствіе этого права до нѣкоторой степени восполнялось нормами гражданскаго права, гражданскаго процесса. Частое примѣненіе этихъ нормъ составляетъ характерную особенность эпохи полицейскаго государства. Онѣ примѣняются къ отношеніямъ не только между подданными, но и между ними и монархомъ, слѣдовательно, къ такимъ отношеніямъ, которыя носятъ опредѣленно публично-правовой характеръ. Такому распространенію гражданскаго права, прежде всего, содѣйствовало патримоніальное воззрѣніе на государство. По вѣрному замѣчанію Смолла ³⁾, въ представленіи ученыхъ Германіи прежняго времени или т. н. камералистовъ государство являлось громадной семьей, обладающей фермой (farm) на правѣ собственности. Единство этой семьи символизировалось монархомъ, владѣтелемъ. Интересы государства были представлены имъ такимъ образомъ, что нельзя было провести опредѣленной границы между личностью монарха и интересами государства. И единство этого помѣстно-патриархальнаго монархическаго строя (farm-patriarchate-principality) было настолько импонирующимъ, что вначалѣ было мало основаній проводить какое-нибудь различіе между понятіями „благосостояніе монарха“, „благосостояніе государства“ и „благосостояніе народа“. Всемогушество монарха нашло себѣ выраженіе въ словахъ французскаго короля Людовика XIV „L'état c'est moi“ (государство это я) и прусскаго короля Фридриха Великаго, что „der König ist der erste Diener des Staates“ (король—первый слуга государства).—Нельзя не отмѣтить еще и того, что распространеніе гражданскаго права обусловливалось также и допущеніемъ подачи жалобъ подданными на монарха въ обыкновенные суды, если монархъ выступалъ какъ privatus, какъ частное лицо, когда между нимъ и подданнымъ завязывались имущественныя отношенія. Если монархъ выступалъ какъ обладатель правъ верховенства, тогда, конечно, ни о какой жалобѣ подданныхъ не могло быть и рѣчи. Наконецъ немалую роль въ этомъ отношеніи сыграло и ученіе о фискѣ ⁴⁾.

При наличности такой всеобъемлющей власти монарха немудрено, что источниками правовой жизни страны являлись безчисленныя распоряженія исходившія отъ главы государства подъ самыми разнообразными наименованіями вродѣ эдиктъ, рескриптъ, ордоннансъ, регламентъ, статуть и пр. Въ этихъ распоряженіяхъ заключалась регламентація чутъ ли не повседневною жизни

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 40. Band I.

²⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 48. Band I.

³⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 588 и 589.

⁴⁾ Otto Mayer, ц. с., стр. 50 сл. Band. I. О фискѣ см. въ § 32.

обывателя. Такихъ актовъ можно встрѣтить немало и въ Западной Европѣ и въ Россіи. Русскіе ученые приводятъ цѣлый рядъ указовъ, содержащихъ, на-примѣръ, такія постановленія ¹⁾. По указу 1835 г. (изданному при Николаѣ I) людямъ „въ обыкновенномъ крестьянскомъ одѣяніи, какъ то: въ армякахъ, смурыхъ кафтанахъ и нагольныхъ тулусахъ“ въ харчевняхъ не давать такихъ блюдъ, какъ „индѣйки, каплуны, пулярдки, цыплята, дичь всякаго рода и изъ числа живой рыбы: стерлядь, осетрину и бѣлужину“. По указу 1807 г. купецъ первой гильдіи могъ ѣздить четвернею, второй гильдіи—только парюю, а третьей гильдіи—не могъ ни зимою ни лѣтомъ впрягать болѣе одной лошади: излишніи лошади должны были на мѣстѣ отпрягаться, при чемъ ямскія должны были отдаваться обратно извозчикамъ, а собственныя—продаваться и вырученныя деньги отправляться на дѣло призрѣнія бѣдныхъ.—Аналогичныя распоряженія можно встрѣтить и въ другихъ странахъ, особенно въ Германіи. Съ современной точки зрѣнія такая регламентація можетъ вызвать только одно осужденіе. Но если перенестись въ эту эпоху, ознакомиться съ бытомъ и умственнымъ уровнемъ населенія, то окажется, что такая дисциплинирующая роль регламентаціи имѣла немалое значеніе для политическаго воспитанія народныхъ массъ. Это воспитательное значеніе регламентаціи подчеркиваетъ и Смолль ²⁾, когда говоритъ: „уже стало поговоркой, что германскій народный учитель выигралъ Седанское сраженіе. Однако, было бы поверхностно толковать эту истину такъ, что будто бы учитель былъ педагогомъ, обучившимъ тѣхъ людей, которые тремя колоннами перешли Рейнь. Той школой, которая вызвала изумительный разцвѣтъ современной Германіи, является вся ея система гражданственности (civic system). Въ современной исторіи нѣтъ такого явленія, на который міръ смотрѣлъ бы съ болѣе пренебреженіемъ, чѣмъ мелкія германскія государства. Конечно, они довольно гнусны (ignoble) и ретроградны (obstructive), но не въ этомъ заключается ихъ настоящая оцѣнка. Каждое изъ этихъ государствъ, обладающее мелочной камералистической организаціей, дѣйствовало такъ, какъ работаютъ унтеръ-офицеры, обучая новобранцевъ. Неопытныя массы германскаго народа были раздѣлены на отряды и дисциплинированы для несенія общественныхъ обязанностей и послѣ многолѣтняго тяжелаго ученія были переданы объединенной націи какъ самыя подготовленные къ общественности граждане, какихъ только знаетъ современная европейская исторія“. Другой ученый, проф. Густавъ Мархетъ ³⁾ указываетъ, „что общественный (соціальный) или, вѣрнѣе, говоря социалистическій духъ полицейскаго государства проявляется въ признаніи во многихъ случаяхъ недостаточности силъ отдѣльныхъ людей и ихъ соединеній для достиженія полезныхъ цѣлей, неспособности ихъ устроить свои дѣла и необходимости подчиненія отдѣльной личности государству. Последнее должно давить сверху внизъ, руководить всей общественной и экономической жизнью страны, постоянно вторгаясь въ нее и осуществляя дистрибутивную справедливость. Силы націи не могли и не смѣли развиваться.

¹⁾ А. И. Елистратовъ. Основныя начала административнаго права, стр. 11 и 12.

²⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 17.

³⁾ Gustav Marchet, Studien über die Entwicklung der Verwaltungslehre in Deutschland von der zweiten Hälfte des 17 bis zum Ende des 18 Jahrhunderts, стр. 251. München, 1885.

Все средства пускались въ ходъ для того, чтобы достигнуть того государственнаго идеала, который рисовали себѣ мыслители націи и приняли выдающіеся монархи. Поэтому полицейское государство, въ связи съ вѣяніями XVIII столѣтія, пыталось поднять въ общественномъ и экономическомъ отношеніяхъ тѣ классы народа, которые безъ „страсти къ регламентаціи“ этой эпохи были бы осуждены на ужасное, беспросвѣтное существованіе“. Поэтому, говоритъ проф. Мархетъ, не слѣдуетъ смотрѣть на полицейское государство только какъ на мелочную, торозящую, разрушительную и даже смѣшную попытку установить всемогущество государства. Напротивъ, въ немъ надо видѣть опытъ, правда продѣланный съ недостаточными средствами, но за то проникнутый благородной и освободительной основной идеей XVIII столѣтія—создать государство, которое покоится на истинныхъ интересахъ народа и опирается на его реально существующія силы. Эпоха полицейскаго государства не можетъ считаться періодомъ регламентаціи или регресса, который достоинъ только одного сожалѣнія, а является фазой развитія въ процессѣ образованія человѣчества.—Итакъ, нужно придти къ тому выводу, что ученые, жившіе въ эпоху абсолютнаго, полицейскаго государства, не могли примѣнять въ полной мѣрѣ наблюдательно-описательнаго метода при изученіи административной дѣятельности *государства*. Правильной постановкѣ такого метода мѣшало отсутствіе у ученыхъ яснаго представленія о государствѣ, какъ юридическомъ лицѣ, и смѣшеніе его съ личностью монарха, владѣтеля страны. Невольно, вниманіе изслѣдователя сосредоточивалось на *личности монарха*, на его дѣятельности въ сферѣ управления, которая проявлялась въ безчисленныхъ распоряженіяхъ, регламентировавшихъ жизнь обывателя.

§ 56. *Третьимъ препятствіемъ* для правильной постановки указаннаго метода являлись тѣ *затрудненія*, которыя испытывали ученые при *пользованіи положительнымъ матеріаломъ*. Они не имѣли въ своемъ распоряженіи *административнаго кодекса*: впрочемъ, до извѣстной степени, этотъ недостатокъ даетъ себя чувствовать и въ настоящее время. Кромѣ того, ученые не могли познакомиться съ положительнымъ матеріаломъ даже и на школьной скамьѣ, въ *университетахъ*, гдѣ преподаваніе дисциплинъ, изучающихъ положительное право страны или вовсе отсутствовало или находилось въ зачаточномъ состояніи. Такимъ образомъ, ученымъ, прежняго времени приходилось работать въ обстановкѣ, мало напоминающей тѣ условія, въ которыхъ работаетъ современный ученый. Въмѣсто богатыхъ книгохранилищъ, изъ которыхъ ученый черпаетъ щедрой рукой свѣдѣнія изъ жизни и опыта иностранныхъ государствъ и знакомится съ мыслями и идеями великихъ людей, которыми особенно богаты послѣдніе вѣка, прежній ученый долженъ былъ извлекать скудныя свѣдѣнія изъ рѣдкихъ и немноготомныхъ коллекцій книгъ и рукописей частныхъ лицъ, обыкновенно владѣтельныхъ особъ ¹⁾. Въ этихъ бібліотекахъ видное мѣсто занимали творенія отцовъ Св. Церкви, книги Св. Писанія, сочиненія греческихъ и римскихъ философовъ. При замкнутости жизни, отсутствіи хорошихъ путей сообщенія, раздробленности Европы на массу мелкихъ владѣній, отгородившихся другъ

¹⁾ О скудости университетскихъ бібліотекъ можно судить, хотя бы, по тому, что вся бібліотека юридическаго факультета въ Бордо состояла, передъ революціей, изъ экземпляра *Corpus iuris civilis* (Т а р а н о в е к і й, Догматика, стр. 7).

отъ друга таможенными, пограничными постами, трудно было ученымъ того времени путешествовать, знакомиться съ жизнью другихъ государствъ. Ихъ кругозоръ поневолѣ становился узкимъ. При изученіи дѣятельности государя въ сферѣ управленія ученымъ приходилось буквально самимъ собирать нужный матеріалъ, отыскивать безчисленные его распоряженія и приводить ихъ въ систему. А между тѣмъ во многихъ странахъ издавна чувствовалась потребность устранить хаосъ въ накопившемся громадномъ законодательномъ матеріалѣ и сдѣлать его болѣе доступнымъ для пользованія. Сами монархи и выдающіеся люди того времени стремились удовлетворить настоятельную нужду въ сборникахъ актовъ того времени. Такъ, во Франціи съ XV до XVII столѣтія дѣлаются многократныя попытки преобразовать, упорядочить и какъ бы кодифицировать всѣ законы, касающіеся суда, финансовъ и управленія ¹⁾. Таковъ изданный Карломъ VI ордоннансъ 25 мая 1413 г., который касался доменовъ, финансовъ, монеты, парламента, водъ и лѣсовъ и пр. Таковъ ордоннансъ Людовика XII, 21 октября 1498 г., который предполагалъ ввести книгу ордоннансовъ. Подобныя же попытки можно встрѣтить въ царствованіе Генриха III, Генриха IV, Людовика XIV. Однимъ словомъ и при старомъ порядкѣ до революціи, разрушившей абсолютное, полицейское государство, несомнѣнно мелькала мысль о кодификаціи финансовыхъ и административныхъ законовъ. Навстрѣчу такой потребности пошли и нѣкоторые выдающіеся люди Франціи, среди которыхъ въ русской литературѣ по административному праву обычно упоминается только Деламаръ (De la Marre), но къ которымъ нужно причислить и Домà (Domat). Трудъ Домà, состоящій изъ 5 томовъ, вышелъ въ 1695—1697 г. г. Первые три тома заключаютъ въ себѣ *Traité des loix* (трактатъ о законахъ) и *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (гражданскіе законы въ ихъ естественномъ порядкѣ). Четвертый и пятый томы носятъ заголовокъ „Публичное право, продолженіе гражданскихъ законовъ въ ихъ естественномъ порядкѣ“ (*Le droit public suite des loix civiles dans leur ordre naturel*) и заключаютъ систематическій трактатъ по французскому положительному государственному праву стараго порядка ²⁾. Домà причисляетъ къ публичному праву также и законы о т. н. внутреннемъ управленіи или полиціи вообще ³⁾. Особенно охотно онъ останавливается на вопросахъ полиціи благосостоянія, какъ-то регламентаціи ремесель, торговли, ярмарочномъ правѣ, управленіи путями сообщенія, водами, лѣсами, охотой, рыбной ловлей ⁴⁾.—Деламаръ, комиссаръ Парижскаго квартала Шатлэ (Chatelet), выпустилъ 4-томное изслѣдованіе подъ заглавіемъ „Трактатъ о полиціи“ (*Traité de la police où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prerogatives de ses magistrats etc.*). Его книга выходила съ 1703 до 1734 года, а именно первый томъ явился въ 1705 г., второй—въ 1710 г., третій—въ 1719 г. и чет-

¹⁾ М е н с с и, *Istituzioni di diritto amministrativo*, стр. 12—13.

²⁾ Т а р а н о в с к і й, *Догматика*, стр. 76 слѣд.

³⁾ Т а р а н о в с к і й, *Догматика*, стр. 173.

⁴⁾ Т а р а н о в с к і й, *Догматика*, стр. 190—193. Едва ли, однако, правъ проф. Тарановскій, когда онъ говоритъ, что эти вопросы входили въ область самостоятельной специально разработанной даже въ то время (!) во Франціи дисциплины административнаго права. Такая дисциплина могла появиться, и фактически появилась, не при старомъ порядкѣ (*ancien régime*), а только послѣ революціи, въ началѣ XIX ст., когда былъ созданъ Государственный Совѣтъ.

вертый—въ 1734 году. Въ противоположность Домà, Деламару удалось собрать богатѣйшій законодательный матеріаль по разнообразнымъ отраслямъ управленія. Его трудъ не потерялъ своего значенія даже и для настоящаго времени. Впрочемъ, по вѣрному замѣчанію проф. Андреевскаго ¹⁾, трактатъ Деламара—очень важный сборникъ матеріаловъ, но не изслѣдованіе, создающее науку. Только съ начала XIX столѣтія начинается разработка положительнаго административнаго права Франціи и практики высшаго административнаго суда—Государственнаго Совѣта. Только тогда наблюдательно-описательный методъ уступилъ мѣсто методу догматическому, юридическому.

Ту же картину можно наблюдать и въ *Германіи*. Законодательство относительно разнообразныхъ сторонъ управленія выливалось въ форму многочисленныхъ имперскихъ полицейскихъ уставовъ (Reichspolizeiordnungen), имѣвшихъ силу и значеніе для всей Имперіи, или многочисленныхъ земскихъ полицейскихъ уставовъ (Landespolizeiordnungen), издававшихся по ихъ образцу въ отдѣльныхъ государствахъ, не говоря уже о громадномъ количествѣ различныхъ рескриптовъ, эдиктовъ, мандатовъ и другихъ распоряженій, исходявшихъ отъ главы государства. Обильный публично-правовой матеріаль давала и практика высшаго Имперскаго суда—Рейхскаммергерихта (Reichskammergericht). Такимъ образомъ, недостатка въ положительномъ матеріалѣ не было и, казалось, наблюдательно-описательный методъ долженъ былъ получить въ Германіи широкое примѣненіе. Однако, на самомъ дѣлѣ, наблюдается нѣсколько иная картина. У писателей XVII и XVIII вѣковъ проявляется какое-то отвращеніе къ положительному матеріалу, положительному законодательству. И такое положеніе длилось до конца XVIII столѣтія, пока, наконецъ, не была сдѣлана попытка собрать законодательный матеріаль. Починъ въ этомъ дѣлѣ принадлежитъ *Бергу*, который выпустилъ въ 1799 г. свой трудъ „Руководство по германскому полицейскому праву“ (Handbuch des Deutschen Polizeirechts). По словамъ Лоренца фонъ-Штейна, Бергъ былъ первымъ, кто сдѣлалъ попытку переработать *положительное* административное право подъ угломъ эвдемонистическаго міровоззрѣнія ²⁾. Въ своемъ сочиненіи Бергъ разсматриваетъ источники германскаго полицейскаго права, законы, на которые можетъ опираться полицейская власть и способы ея дѣятельности. Такой анализъ малодоступныхъ источниковъ имѣетъ громадное значеніе ³⁾.—У предшественниковъ же Берга, напротивъ, замѣчается чрезвычайно слабое тяготѣніе къ положительному матеріалу, что совершенно не вяжется съ ихъ заявленіями о необходимости изучать страну, бытъ и нравы населенія, законодательство и пр. Такія заявленія встрѣчаются въ довольно раннюю эпоху. Такъ, одинъ изъ старѣйшихъ германскихъ камералистовъ Георгъ Обрехтъ (Obrecht), род. въ 1547 г. и ум. въ 1612 году, вмѣняетъ въ обязанность начальству знать, какъ обстоитъ дѣло съ его полиціей (Policey), какъ можно содѣйствовать управленію и увеличить общее благополучіе. Для этого, по его мнѣнію, нужно имѣть точныя свѣдѣнія о жителяхъ страны, а для этой цѣли должны быть введены особые листы. Другими словами, Обрехтъ первый предложилъ ввести статистику народонаселенія и подробно остано-

¹⁾ Проф. И. Е. Андреевскій, Полицейское право, стр. 65—67. Томъ I.

²⁾ L. v. Stein, Die Lehre von der Innern Verwaltung. Einleitung, стр. 16.

³⁾ И. Е. Андреевскій, Полицейское право, стр. 77. Томъ I.

вился на этомъ вопросѣ, опредѣляя, какія именно статистическія свѣдѣнія должны быть собираемы властями ¹⁾. И Людвигъ Фейтъ—ф. Зекендорфъ (L. Veit von Seckendorff) въ книгѣ „Teutscher Fürstenstat“ (1656 г.) указываетъ на то, что монархъ долженъ обстоятельно знать свою страну и ея положеніе (die eigentliche Beschaffenheit seines Landes umständlich zu wissen) ²⁾, причемъ Зекендорфъ приводитъ многочисленныя формы и образцы разнаго рода отчетовъ и статистическихъ таблицъ ³⁾. Однако у него нельзя встрѣтить никакихъ упоминаній о законодательствѣ, регулирующемъ управленіе страны.—Минуя другихъ представителей камеральной науки и переходя къ корифеямъ т. н. науки о полиціи (Polizei-wissenschaft)), а именно къ Юсти и Зонненфельсу, приходится констатировать почти ту же самую печальную картину отрѣшенности ихъ отъ положительнаго законодательства. Оба ученые также проявляютъ отрицательное отношеніе къ наблюдательно-описательному методу. Правда Юсти въ своей книгѣ „Staatswirtschaft“ (1758 г.) ⁴⁾ не отрицаетъ большой пользы изложенія курсовъ исторіи системъ полиціи, торговли, экономіи, камералистики. Каждый изъ такихъ курсовъ долженъ быть начатъ съ краткой исторіи предмета. Напримѣръ, по его мнѣнію, лекціи о полиціи должны быть начаты съ разсужденій о полицейскихъ учрежденіяхъ древности, о разцвѣтѣ и паденіи городовъ и государствъ. Въ другомъ сочиненіи „Grundsätze der Policeywissenschaft“ (1782 г.) Юсти говоритъ, что наука о полиціи должна выводить и обосновывать свои положенія изъ явленій дѣйствительности. И, тѣмъ не менѣе, его чрезвычайно рѣдкія ссылки на положительныя мѣропріятія и законы и даже помѣщеніе двухъ полицейскихъ уставовъ не свидѣтельствуютъ о серьезномъ намѣреніи автора использовать наблюдательно-описательный методъ.—Болѣе внимательное отношеніе къ нему замѣчается у Зонненфельса. По мнѣнію этого ученаго, человекъ дѣла, занятый въ администраціи, долженъ знать обычаи, нравы, законы народовъ, взаимныя выгоды и невыгоды странъ, политическія условія государствъ. Вообще, теорія полиціи, торговли и финансовъ должна подкрѣпляться естественными и математическими науками, физической географіей, исторіей, законами и пр. ⁵⁾. И тѣмъ не менѣе, положительнаго матеріала чрезвычайно мало и у Зонненфельса.

Въ Россіи использование положительнаго матеріала можно встрѣтить въ сочиненіяхъ *Крижанича* „Русское государство въ половинѣ XVII в.“ и у *Котошихина* „О Россіи въ царствованіе Алексѣя Михайловича“, гдѣ критикуются нѣкоторыя законоположенія московскихъ царей ⁶⁾. Въ сочиненіи же *Ивана Посошкова* „О скудости и богатствѣ“ критикуются мѣропріятія Петра I ⁷⁾.

¹⁾ Kurt Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten. Ein Beitrag zur Geschichte der Nationalökonomie und zum Problem des Merkantilismus, стр. 191—195 (Beiträge zur Geschichte der Nationalökonomie, herausg. von prof. Diehl, Iena, 1914). Ср. Albion Small, The cameralists, стр. 55—58.

²⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 81.

³⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 20.—Мархетъ ошибочно называетъ Зекендорфа первымъ ученымъ, который предложилъ статистическое обследованіе страны. Инициаторомъ этого дѣла является Обрехтъ.

⁴⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 308, Горбуновъ, ц. с., стр. 56.

⁵⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 496.

⁶⁾ И. Е. Андреевскій, Полицейское право, стр. 85—87.

⁷⁾ И. Е. Андреевскій, цит. соч., стр. 101—104.

Первымъ трудомъ, въ которомъ заключалось изложеніе административнаго законодательства Россіи, было сочиненіе *Петра Гуляева* „Права и обязанности градской и земской полицій и всѣхъ вообще жителей россійскаго государства, по ихъ состояніямъ въ отношеніи къ полиціи“ ¹⁾. Оно состоитъ изъ двухъ частей и было напечатано впервые въ 1824 году. Авторъ, дѣлая выборки изъ уставовъ и законовъ, ограничивается ихъ изложеніемъ, не объясняя и не критикуя ихъ. Это сочиненіе, въ виду отсутствія въ то время Полнаго Собранія Законовъ, имѣло большое распространеніе (оно выдержало три изданія).—Затѣмъ положительный матеріалъ находитъ себѣ мѣсто въ трудахъ профессоровъ *Н. Ѡ. Рождественскаго* „Основанія государственнаго благоустройства съ примѣненіемъ къ россійскимъ законамъ“ (1840 г.), *Платонова* „Вступительныя понятія въ ученіе о благоустройствѣ и благочиніи“, *Лешкова* „Исторія русскаго общественнаго права до XVIII ст. Русскій народъ и государство“ (1858 г.), *Бунге* „Полицейское право“ (1869 г.), *Тарасова*, *Елистратова* и нѣк. др. Наибольше послѣдовательно наблюдательно-описательный методъ проведенъ въ трудѣ проф. *Вѣльявскаго*.

§ 57. *Четвертымъ препятствіемъ* для правильной постановки наблюдательно-описательнаго метода являлось *отсутствіе въ университетскомъ преподаваніи дисциплинъ, изучающихъ управленіе*. Въ этомъ отношеніи интересны данныя о Франціи и Германіи.—Во *французскихъ университетахъ* дореволюціоннаго періода положительное французское государственное право совершенно отсутствовало. Особенно любопытенъ въ этомъ отношеніи отзывъ Дидро о юридическихъ факультетахъ его времени. Выработывая для Императрицы Екатерины II планъ устройства университета въ Россіи, онъ писалъ: „нашъ юридическій факультетъ—жалокъ. Въ немъ ничего не читаютъ ни о французскомъ правѣ, ни о международномъ правѣ, какъ будто его вовсе и не существуетъ, ничего не читается по нашему гражданскому и уголовному кодексамъ, судопроизводству, о нашихъ законахъ, обычаяхъ, учрежденіяхъ нашего государства, о правѣ государей и подданныхъ, о свободѣ, собственности, а тѣмъ болѣе о должностяхъ и договорахъ“ ²⁾. Такимъ образомъ, положительное французское государственное (и вмѣстѣ съ нимъ и административное) право совершенно не входило въ программы юридическихъ факультетовъ и на нихъ преподавались исключительно каноническое и римское право ³⁾. Нѣтъ никакихъ данныхъ утверждать, что въ курсы этихъ наукъ могли проникать отрывки положительнаго государственнаго права Франціи ⁴⁾. Впрочемъ, сохранились скудныя свѣдѣнія о томъ, что французское право по временамъ пробивало брешь въ непроницаемой стѣнѣ каноновъ и римскихъ законовъ и проникало контрабанднымъ путемъ въ нѣкоторыя изъ юридическихъ факультетовъ ⁵⁾. Таковъ случай устройства каѳедры обычнаго права въ университетѣ въ г. Долѣ. Тѣмъ не менѣе видимо потребность въ созданіи особыхъ каѳедръ французскаго права чувствовалась въ странѣ настолько ощутительно, что, наконецъ, королевскій эдиктъ 1670 г. учредилъ

¹⁾ И. Е. Андреевскій, цит. соч., стр. 207.

²⁾ Тараповскій, Догматика, стр. 3, прим. 1.

³⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 7.

⁴⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 12.

⁵⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 13.

ихъ во французскихъ университетахъ. Декларация 1682 г. возложила на профессоровъ французскаго права обязанность излагать и разъяснять право, содержащееся въ королевскихъ ордоннансахъ и обычаяхъ (кутюмахъ)¹⁾. Казалось бы, въ этихъ курсахъ и долженъ былъ найти примѣненіе наблюдательно-описательный методъ, такъ какъ ученому предлагалось оперировать съ обширнымъ законодательнымъ матеріаломъ, между прочимъ, и въ сферѣ управленія. Однако проф. Тарановскій утверждаетъ, что въ университетахъ преобладало комментированіе обычаевъ и ордоннансовъ по гражданскому праву и процессу. Если и попадались нѣкоторые публично-правовые элементы въ изложеніи кутюмовъ и въ комментаріяхъ на отдѣльные ордоннансы, то ихъ были крупницы²⁾.—Только учрежденіе въ 1818 году кафедръ административнаго права содѣйствовало научной разработкѣ положительнаго права но уже по методу не наблюдательно-описательному, а догматическому, юридическому.

Въ *германскихъ университетахъ* дѣло обстояло не лучше³⁾. И въ нихъ на юридическихъ факультетахъ до XVI в. преподавались только каноническое и римское право. Возможно, что нѣкоторые отдѣлы общаго германскаго или мѣстнаго права и входили въ курсы этихъ наукъ. Съ XVI ст. юридическіе факультеты начинаютъ расширять свои программы. Появляются курсы леннаго, уголовнаго, процессуальнаго и государственнаго права. Въ XVII в. учреждаются спеціальныя кафедры уголовнаго и государственнаго права. Ученые, занимавшіе эти кафедры, а также читавшіе гражданское право, не могли игнорировать существованія массы полицейскихъ уставовъ, регулировавшихъ въ то время жизнь обывателя. Эти уставы опредѣляли правовое положеніе отдѣльныхъ группъ населенія вродѣ солдатъ, крестьянъ, ремесленниковъ, евреевъ или какую нибудь отрасль управленія вродѣ почтоваго, горнаго дѣла и пр. Такимъ путемъ накоплялся законодательный матеріалъ, который объединялся въ отдѣльныя права—крестьянское, ремесленное, горное, почтовое и пр. Профессора, занимавшіе вышечисленные кафедры, даже стали читать особыя курсы по этимъ правамъ. Однако скоро выяснилось, что при чтеніи такихъ курсовъ профессорамъ приходилось нерѣдко повторять одинъ и тотъ же матеріалъ и тратить на это непроизводительно много времени. Постепенно стала назрѣвать мысль, нельзя ли изложеніе всего громаднаго законодательнаго матеріала, касающагося разныхъ сторонъ управленія, втиснуть въ одну научную дисциплину. Такъ возникла мысль о *полицейскомъ правѣ*, какъ объ особой наукѣ, излагающей законы⁴⁾. Такъ ее понимаетъ ученый Гейманъ (Heumann), первый, пустившій въ научный оборотъ терминъ „полицейское право“ (Policey—Recht). Въ своемъ сочиненіи, вышедшемъ въ 1757 году, онъ такъ говоритъ объ этой наукѣ: „nos jam, non tam in scientia politiae (Policeiwissenschaft), quam in juris politiae prudentia (Policey—Recht), praecipue Germanorum, explananda versamur; illa civitatem consiliis instruit, haec leges tradit jam sancitas“. Эта наука, по мнѣнію Геймана, носить публично-правовой характеръ.—Терминъ „полицейское право“ получилъ въ наукѣ право гражданства: онъ употребляется Бергомъ и др. До учрежденія кафедръ административнаго права и до появленія

¹⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 20—21.

²⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 22 и 23.

³⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 64 сл.

⁴⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 67.

юридическаго метода весь богатый законодательный матеріалъ обрабатывался учеными при помощи политическаго и наблюдательно-описательнаго методовъ.

Въ *Россіи* въ университетахъ изученіе законодательства объ управленіи по наблюдательно-описательному методу появилось только съ момента учрежденія каѳедры законовъ благоустройства и благочинія (по университетскому уставу 1835 г.), переименованной затѣмъ въ каѳедру полицейскаго права (по университетскому уставу 1863 г.). По проекту же университетскаго устава каѳедра полицейскаго права переименовывается въ каѳедру административнаго права.

§ 58. Наконецъ, *пятымъ препятствіемъ* для правильной постановки наблюдательно-описательнаго метода можно считать *рецепцію римскаго права*. Дѣйствительно, вліяніе римскаго права на средневѣковыхъ юристовъ было громадно и оно особенно чувствовалось въ XVII и XVIII вѣкахъ. Въ трудахъ писателей этой эпохи можно найти безчисленныя цитаты изъ *Corpus juris civilis*, ссылки на римскихъ, а также греческихъ, мыслителей. Вся публично-правовая жизнь того времени разсматривалась подъ угломъ зрѣнія римскаго права. Однако, въ римскомъ правѣ было разработано исключительно гражданское право. Вопросы же государственнаго устройства и управленія разрабатывались довольно поверхностно. Вполнѣ естественно, что у ученыхъ того времени проявилась склонность конструировать институты публичнаго права по образцу наиболѣе подходящихъ институтовъ гражданскаго права. Отсюда вытекаетъ характерная черта полицейскаго государства, которая выражается въ преобладаніи гражданскаго права, его понятій и конструкцій въ такой сферѣ жизни и дѣятельности государства, которая признается въ настоящее время публично-правовой и потому рѣзко отличающейся отъ жизни и дѣятельности, регулируемой гражданскимъ правомъ. Эта цивилистическая окраска публично-правовой жизни страны находитъ признаніе и со стороны судовъ. Они точно также проявляютъ неуклонное тяготѣніе къ выясненію природы публично-правовыхъ институтовъ путемъ пользованія цивилистическими конструкціями.—Если присоединить ко всему сказанному еще и то, что преподаваніе на юридическихъ факультетахъ сосредоточивалось почти исключительно на римскомъ правѣ и что ученныя сочиненія писались въ то время на латинскомъ языкѣ, то картина господства римскаго права будетъ довольно полной. Здѣсь не мѣсто подробно останавливаться на причинахъ рецепціи т. е. усвоенія народами Запада чужеземнаго, римскаго права. Для Германіи ¹⁾, по крайней мѣрѣ, можно констатировать, что рецепція римскаго права произошла въ этой странѣ въ концѣ XVI столѣтія. Этому процессу содѣйствовали постоянныя сношенія между Германіей и Италіей, гдѣ было прекрасно поставлено изученіе *Corpus juris civilis*. Благодаря этому римское право проникло въ германскіе университеты. Кромѣ того, это право обладало однимъ драгоценнымъ качествомъ, котораго не было у отечественнаго германскаго права. Оно было кодифицировано, а германское право находилось въ хаотическомъ состояніи. Да и германскіе императоры, считая себя наслѣдниками римскихъ императоровъ, стремились поддержать ихъ традиціи и немало содѣйствовали распространенію римскаго права. И вообще, германскихъ ученыхъ, страдавшихъ при видѣ раздробленности страны, *отсутствія сильной*

¹⁾ Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр. 74 и 75.

центральной власти и вытекающих отсюда тяжелых для страны экономических и политических последствий, тянуло къ тѣмъ духовнымъ сокровищамъ, которыя оставила сильная централизованная власть римлянъ. Увлеченіе римскимъ правомъ у ученыхъ и судовъ Франціи и Германіи было очень велико. Такъ, французскіе публицисты для публично-правовыхъ конструкцій пользовались римскимъ правомъ ¹⁾. Напримѣръ, Домà, при построеніи своего государственнаго права, широко пользуется римскимъ правомъ: это заимствованіе можно подмѣтить въ ученіи о совѣтникахъ государя, о примѣненіи военной силы и пр. ²⁾. Практика старыхъ французскихъ судовъ—парламентовъ—хотя и покоилась, главнымъ образомъ, на положительномъ правовомъ матеріалѣ, каковымъ являлись ордоннансы и обычаи (кутумы), однако она слагалась подъ сильнымъ воздѣйствіемъ римскаго права, которое проникло и въ національное право ³⁾. Римское право примѣнялось и къ защитѣ публично-правовыхъ интересовъ. Достаточно сказать, что исходныя точки публично-правовой доктрины французскіе легисты заимствовали изъ римскаго права. То же явленіе можно подмѣтить и въ Германіи. Цѣлый рядъ германскихъ ученыхъ XVI и XVII в. в. проявляетъ склонность къ пользованію римскимъ правомъ въ вопросахъ публично-правового характера ⁴⁾. Такую тенденцію можно подмѣтить у Арумеуса (1620 г.), который разрѣшаетъ публично-правовые вопросы по нормамъ частнаго права. Правда, цѣлый рядъ писателей дѣлаетъ оговорки, которыя должны ограничивать сферу примѣненія римскаго права къ публично-правовымъ явленіямъ, однако одни прибѣгаютъ для конструирования публичныхъ отношеній Германіи къ частно-правовымъ аналогіямъ (Паурмейстеръ), другіе (Лимнеусъ, Безольдъ) требуютъ, чтобы реценція нормы римскаго права была доказана въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, третьи (Витгарій) стоятъ за примѣненіе римскаго права лишь къ положеніямъ частно-правового характера, а къ другимъ только ради сравненія, и, наконецъ, были такіе ученые (Тицій, Горнъ), которые допускали пользованіе римскимъ правомъ для догматизаціи въ публичномъ правѣ. Кроме того, у ученыхъ замѣтно вліяніе римскаго права въ систематикѣ публичнаго права. Многіе изъ нихъ охотно стали примѣнять институціонную трихотомію—*res, personae, actiones*—и къ публичному праву ⁵⁾. Нѣсколько иную позицію занялъ высшій судъ Германской Имперіи—Рейхскаммергерихтъ, практика котораго, въ отличіе отъ практики французскихъ парламентовъ, значительно отклонилась отъ духа подражанія и отъ заимствованій изъ римскаго права. По авторитетному свидѣтельству русскаго изслѣдователя ⁶⁾, практика Рейхскаммергерихта, относящаяся ко второй половинѣ XVII в. и къ первой половинѣ XVIII в., оказывается въ дѣлѣ выясненія юридической природы политическихъ отношеній болѣе свободной отъ связанности римскимъ правомъ, чѣмъ старая камеральная юриспруденція болѣе ранняго времени. Въ этой практикѣ болѣе замѣтны попытки самостоятельнаго, независимаго отъ романистической теоріи конструирования полити-

¹⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 11.

²⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 205 и 206.

³⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 264—266.

⁴⁾ Тарановскій, Юридическій методъ, стр. 183 и 184.

⁵⁾ Объ этой системѣ см. въ настоящей главѣ (§ 71).

⁶⁾ Тарановскій, Юридическій методъ, стр. 79.

ческих отношеній Германіи. Но уже изъ этихъ словъ видно, что совершенно отрѣшиться отъ вліянія римскаго права не могъ даже и этотъ высшій Имперскій судъ ¹⁾. Наконецъ, римское право оставило неизгладимый слѣдъ на публичномъ правѣ современнаго государства въ видѣ ученія о фискѣ ²⁾. Итакъ, подводя итоги сказанному, слѣдуетъ отмѣтить, что ученымъ прежняго времени, въ виду скудости или трудности найти свой отечественный публично-правовой матеріаль, приходилось примѣнять наблюдательно-описательный методъ и къ явленіямъ правовой жизни чужого народа, а именно римлянъ. Такое загроможденіе чуждымъ матеріаломъ привело къ распространенію романистическихъ конструкцій на явленія государственнаго и административнаго быта страны. Это перенесеніе цивилизма въ чуждую ему область публично-правовыхъ явленій едва ли могло принести существенную пользу наукѣ и вообще свидѣтельствовало о неправильной постановкѣ наблюдательно-описательнаго метода.

Кромѣ римскаго права большимъ подспорьемъ для ученыхъ того времени являлись *книги Священнаго Писанія*. Многочисленныя цитаты изъ нихъ можно встрѣтить въ трудахъ ученыхъ того времени и въ практикѣ судовъ. Ссылки на Св. Писаніе можно найти у французскаго писателя Дома, который пользуется этими книгами при попыткѣ выведенія естественныхъ законовъ въ сферѣ государственнаго права ³⁾. Онѣ являются для него тѣмъ эмпирическимъ матеріаломъ, которымъ онъ пользуется для построенія государственнаго права ⁴⁾. Особенно многочисленны ссылки на книги Св. Писанія въ его общемъ ученіи о правительствѣ и др. Иногда онъ приводитъ тексты для подтвержденія отдѣльныхъ болѣе частныхъ государственно-правовыхъ положеній. Практика парламентовъ хотя и не дѣлала прямыхъ позаймствованій государственно-правовыхъ нормъ изъ Св. Писанія, но все же извлекала изъ него общія положенія ⁵⁾.—То же явленіе можно подмѣтить и въ трудахъ германскихъ ученыхъ XVI, XVII и даже XVIII столѣтій. Примѣры изъ Библии, цитаты изъ книгъ Св. Писанія пестрятъ страницы трудовъ Рейнкинга, Обрехта, Зекендорфа и др. ⁶⁾. Это теологическое міровоззрѣніе, духъ религіозности проникаетъ ихъ труды, хотя въ то же время они являются сторонниками господства свѣтской власти надъ духовной: такъ Зекендорфъ является врагомъ атеизма, защитникомъ безспорности Библии, но въ тѣ же время, приводя ученіе Иисуса Христа о налогахъ, провозглашаетъ, что свѣтская власть должна стоять надъ духовной. Вся первая книга его „*Christenstaat*“ является прославленіемъ Библии и Слова Божія. То же явленіе можно наблюдать въ трудахъ Горна, Бехера и др.

Кромѣ этого матеріала, ученые того времени (главнымъ образомъ германскіе) оперировали съ матеріаломъ *чисто технического*, а не правового характера. Особенно страдали въ этомъ отношеніи труды по такой называемой камеральной наукѣ (*Kameralwissenschaft*), пышно разцвѣтшей въ Германіи въ

¹⁾ Самъ проф. Тарановскій (Юридическій методъ, стр. 39 и 40) указываетъ, что благодаря усиліямъ членовъ Рейхскаммергерихта, выбиравшихся изъ числа ученыхъ юристовъ, и была произведена рецепція римскаго права.

²⁾ О немъ выше въ § 32.

³⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 181.

⁴⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 204 и 205.

⁵⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 605.

⁶⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 18—20.

XVI—XVIII в. в. Труды камералистовъ были переполнены свѣдѣніями чисто технического характера, касающимися веденія земледѣлія, лѣсоводства, горнаго дѣла и пр. ¹⁾ Только Юсти и Зонненфельсу удалось очистить камеральныя науки, хотя и не вполнѣ, отъ загроможденія ихъ техническими свѣдѣніями ²⁾. Впрочемъ, отъ этого недостатка несвободны и нѣкоторые современные труды по административному (полицейскому) праву.

§ 59. Итакъ, въ прежнее время самый простой и несложный методъ въ обработкѣ матеріала, касающагося административной дѣятельности государства, встрѣчалъ въ своемъ практическомъ примѣненіи большія трудности. Ученые того времени проявляли слишкомъ мало тяготѣнія къ эмпирическому матеріалу и потому не примѣняли наблюдательно-описательнаго метода во всей его широтѣ и объемѣ. Такое забвеніе этого цѣннаго метода объясняется еще и тѣмъ, что ученые увлеклись примѣненіемъ другого, *политическаго метода*, задачей котораго является выясненіе того, какими должны были быть, соотвѣтственно потребностямъ времени и мѣста, мѣропріятія внутренняго управленія или нормы административнаго права ³⁾. Политическая точка зрѣнія имѣется налицо тогда, когда изслѣдователь задается вопросомъ о томъ, какой соціальной, политической или экономической потребности отвѣчаетъ то или иное учрежденіе, въ какихъ экономическихъ, соціальныхъ или политическихъ условіяхъ функционируетъ та или иная публичная служба, каковы практическіе результаты данной службы въ соціальномъ, политическомъ и экономическомъ отношеніяхъ ⁴⁾. Такъ, напримѣръ, политикъ, изучая мѣры санитарной полиціи, занимается изысканіемъ той экономической, соціальной цѣли, которую должны преслѣдовать предложенныя гигиеническія мѣры, какіе приказы или запрещенія должны быть отданы публичнымъ агентамъ или индивидамъ въ интересахъ народнаго здравія. Разрѣшеніе этихъ проблемъ зависитъ отъ условій соціальныхъ, политическихъ, экономическихъ и даже религіозныхъ. Санитарныя мѣры могутъ прививаться только въ культурной средѣ, когда обыватели сознаютъ необходимость гигиены, когда правящія лица готовы отдать нужные приказы, предписать выполнить необходимыя работы для народнаго здравія. Наконецъ, политикъ выясняетъ полезность санитарныхъ мѣропріятій, ихъ соціальныя, экономическія и политическія послѣдствія. Или, напримѣръ, политикъ обращаетъ вниманіе на дѣло помощи бѣднымъ. Онъ, прежде всего, изслѣдуетъ, какія соображенія политическаго, соціальнаго, экономическаго, моральнаго, финансоваго и религіознаго характера вызвали къ жизни институтъ призрѣнія бѣдныхъ вообще и государственнаго призрѣнія въ частности. Онъ подводитъ итоги той или иной системѣ призрѣнія бѣдныхъ, выясняетъ ея послѣдствія для страны въ политическомъ, экономическомъ, финансовомъ и другихъ отношеніяхъ. Приведенныя опредѣленія политическаго метода указываютъ на самую тѣсную связь его съ эмпирическимъ матеріаломъ. Такимъ образомъ, политикъ въ сферѣ государственнаго управленія, административной дѣятельности государства долженъ все время опираться на *реальные факты* и слѣдовательно на правовыя нормы, на кон-

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 33.

²⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 49.

³⁾ А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр. 39.

⁴⁾ Gaston Jèze, Les principes généraux, стр. 3.

кретные административные акты. Онъ изучаетъ жизнь, поскольку она затрагивается данными нормою или актомъ. Но эта тѣсная связь съ жизнью характерна только для *современнаго политика*, который имѣетъ возможность оперировать съ богатѣйшимъ положительнымъ матеріаломъ. Благодаря этой связи политикъ никогда не отрывается отъ жизни. Онъ является въ такомъ случаѣ *позитивистомъ*, отчего и самая политика приобретаетъ *положительный, позитивный характеръ*. Поэтому современные политики заслуживаютъ названіе *позитивныхъ политиковъ*, а современная политика—*позитивной политики*.

§ 60. Совершенная иная категорія политиковъ образовалась среди ученыхъ, жившихъ въ XVI—XVIII столѣтіяхъ и лишенныхъ возможности или неумѣвшихъ оперировать съ положительнымъ матеріаломъ. Они, въ противоположность позитивнымъ политикамъ, стали строить свои политическія разсужденія не на данныхъ положительнаго права, реальной жизни, а на *соображеніяхъ отвлеченнаго характера*. Ихъ разсужденія получили умозрительный характеръ. Такіе политики могутъ быть названы *умозрительными политиками* ¹⁾. Конечно, среди ученыхъ можно было встрѣтить и такихъ, которые свои политическія разсужденія основывали и примѣняли къ явленіямъ реальной жизни. Можно указать хотя бы на французскихъ ученыхъ Дема и Деламара. Такъ, у перваго автора вопросы, касающіеся управленія, разработаны съ политической точки зрѣнія, что ясно видно изъ заглавія отдѣловъ, ихъ содержанія, вводныхъ разсужденій и пр. ²⁾. Деламаръ стоитъ болѣе на реальной почвѣ: имъ собранъ богатѣйшій матеріалъ, но въ то же время онъ является и теоретическимъ политикомъ ³⁾. Политическій характеръ разсужденій можно подмѣтить и въ сочиненіяхъ Крижанича, Котошихина и Посошкова. Но особенно пышно разцвѣлъ *умозрительно-политическій методъ* въ Германіи, гдѣ цѣлый рядъ ученыхъ, начиная съ XVI ст. и кончая второй половиной XVIII вѣка, примѣняли его и оказывали громадное вліяніе на умы ученыхъ другихъ странъ, особенно Россіи. Ихъ вліяніе чувствуется до сихъ поръ въ попыткахъ возродить старую науку о полиціи (Polizeiwissenschaft). Въ современной литературѣ эта плеяда ученыхъ называется *камералистами*—Kameralisten. Ихъ взгляды и научные приемы недостаточно изучены въ русской литературѣ, а между тѣмъ ихъ труды заслуживаютъ самаго серьезнаго вниманія. Однако, прежде всего, интересно выяснить тѣ причины, которыя вызвали въ Германіи могучее духовное движеніе, именуемое *камерализмомъ*. Свойства этихъ причинъ, ихъ особенности предопредѣлили и характеръ и методологію камералистовъ ⁴⁾. Къ тому моменту, когда зародился камерализмъ, Германія не представляла *единого государства*, а распадалась на множество государствъ (княжествъ, герцогствъ, королевствъ и пр.), въ которыхъ все болѣе ширилась и крѣпла власть отдѣльныхъ государей (Landesherren) за счетъ и въ

¹⁾ Такое названіе встрѣчается у проф. В. В. Ивановскаго, Учебникъ, стр. 16 и 18. Оно принято проф. А. И. Елистратовымъ, Основныя начала, стр. 39. Ср. также статью В. В. Ивановскаго, Наука административнаго права въ ея прошломъ и настоящемъ, стр. 287—290 (Журналъ Министерства Юстиціи, ноябрь, 1903).

²⁾ Тарановскій, Догматика, стр. 193.

³⁾ Едва ли, однако, правъ В. В. Ивановскій (цит. ст., стр. 288), утверждая, что Деламаръ не изучалъ ни законодательства ни управленія. Ср. Андреевскій, Полицейское право, стр. 65—67. Томъ I.

⁴⁾ Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр 70—84.

ущербъ власти главы Имперіи—императора. Золотая Булла 1357 г. дала первый толчокъ къ укрѣпленію могущества отдѣльныхъ государей и съ конца XIV столѣтія власть императора начала клониться къ упадку. По словамъ Ранке, въ то время, какъ всѣ монархіи въ Европѣ консолидировались, императоръ германскій (Фридрихъ III) былъ изгнанъ изъ наслѣдственной земли и странствовалъ по Имперіи какъ бѣглець. И сынъ его, Максимилианъ I, не оправдалъ возлагавшихся на него надеждъ. Онъ сдѣлалъ попытку укрѣпить идею Имперіи и для этой цѣли положилъ начало устройству высшаго Имперскаго суда (Рейхскаммергерихта), который долженъ былъ выяснитъ предѣлы власти владѣтельныхъ особъ въ ихъ взаимныхъ столкновеніяхъ и опредѣлитъ отношенія между ними и ихъ подданными ¹⁾. Затѣмъ, при немъ же было рѣшено ввести т. н. Gemein Pfennig т. е. поголовный и имущественный налогъ на всякаго живущаго въ Имперіи: здѣсь ясно проглядываетъ взглядъ на всѣхъ нѣмцевъ, какъ на Имперскихъ подданныхъ. Со смертью Максимилиана I рухнули всѣ планы объединенія Германіи, усилилась власть отдѣльныхъ государей и между ними начались распри. Французскій король Францискъ I сталъ серьезно подумывать о коронѣ Германской Имперіи. Паденіе Имперской власти и укрѣпленіе власти отдѣльныхъ государей нанесли страшный ударъ *торговымъ сношеніямъ* Германіи съ другими странами. Торговля Германіи стала неудержимо падать. Ганза, которая сосредоточивала въ своихъ рукахъ монополію торговли съ сѣверомъ и западомъ Европы, стала выпускать ее изъ своихъ рукъ. Постепенно въ Германію начали вѣдраться голландскіе, а затѣмъ и англійскіе купцы. Богатѣйшіе дома Фуггеровъ и Вильзеровъ, осѣвшие въ южно-германскихъ городахъ (Нюренбергѣ и Аугсбургѣ) и гремѣвшие своей торговлей на весь міръ, постепенно стали сокращать свои операціи. Германскіе купцы были вытѣснены изъ Италіи. Падающая торговля не находила поддержки у Имперской власти, которая была занята въ XVI в. исключительно сохраненіемъ религіознаго мира, а въ XVII в. работала для австрійско-католическихъ интересовъ. Не лучше обстояло дѣло и *внутри Имперіи*. Замѣчался страшный ростъ цѣнъ, драгоцѣнные металлы поднялись необыкновенно въ цѣнѣ. Во всей странѣ наблюдалось полное разстройство монетной системы: это было время малоцѣнной и фальшивой монеты. Работали свыше 600 монетныхъ дворовъ и каждый дворъ чеканилъ монету по своему вкусу. Одинъ изъ легучихъ листовъ того времени такъ характеризуетъ монетную анархію: „тотъ, кто 30 лѣтъ тому назадъ ссудилъ 1000, могъ вполне добросовѣстно требовать 10000 и отъ этого не становился богаче, а несъ даже ущербъ“ ²⁾. Крестьянство находилось въ полной зависимости отъ дворянства и крестьянскія войны не принесли ему желанной свободы. Всѣ эти печальныя картины являлись плодомъ раздробленія Германіи на части и могли быть устранены *только реформами въ духѣ политической и экономической централизаціи* ³⁾. Подъ влі-

¹⁾ Тарановскій, Юридическій методъ, стр. 27 и 28.

²⁾ Не то же ли самое можно наблюдать въ жизни современной Россіи, расчлененной на части усиліями ея злѣйшаго врага. Развѣ потопись самыхъ разнообразныхъ денежныхъ знаковъ, выпускаемыхъ различными т. н. государственными образованіями безъ всякаго соотношенія съ числомъ ихъ жителей и естественными богатствами, не наноситъ страшнаго удара экономическому благосостоянію всей Россіи!

³⁾ Только централизація, хотя и не въ томъ утрированномъ видѣ, въ какомъ она существовала до революціи, можетъ спасти Россію и дать ей самостоятельность.

яніемъ такихъ событій въ *духовной жизни* Германіи произошелъ большой переворотъ. Стало замѣтно усиленіе духа оппозиціи противъ папской власти. Германія все болѣе знакомилась съ античнымъ міромъ. Гуманизмъ проникалъ въ нее не только при помощи купцовъ, но и черезъ ученыхъ. Въ Германіи началось изученіе трудовъ древнихъ греческихъ мыслителей. Эразмъ Роттердамскій былъ первымъ великимъ германскимъ гуманистомъ. Въ германскихъ университетахъ стали изучать государственные идеалы Платона и Аристотеля и еврейскій языкъ для изученія текстовъ Св. Писанія. Всѣ указанныя явленія породили *реформацію*. Немалую перемѣну въ духовномъ мірѣ германскихъ ученыхъ внесла и рецепція римскаго права (см. § 58). Итакъ, три мощныхъ фактора преобразовали духовную жизнь Германіи—*гуманизмъ, реформація и рецепція римскаго права*.—Въ *экономической жизни* Германіи можно также подмѣтить немалыя перемѣны. Въ теченіе среднихъ вѣковъ города были центрами экономической политики, именно въ нихъ процвѣтали торговля и промышленность. По мѣрѣ укрѣпленія и роста власти владѣтелей, государей, послѣдніе стали обращать болѣе серьезное вниманіе на экономическое положеніе страны. У нихъ возникла мысль переложить исполненіе тѣхъ задачъ, которыя лежали на городахъ и на церкви, на себя и на государство. Постепенно совершился переходъ отъ *городского хозяйства къ народному*. Принявъ на себя такую задачу, владѣтели были проникнуты сознаніемъ и вѣрой въ свое божественное призваніе, въ то, что, выполняя волю Бога, они должны были являться отцами своихъ подданныхъ, что благо послѣднихъ неразрывно связано съ ихъ благомъ и пр. Руководясь этими началами, навѣянными новыми идеями того времени, владѣтели и приступили къ поднятію благосостоянія страны. Для выполненія своихъ грандіозныхъ задачъ имъ нужны были деньги, и много денегъ. Они имѣли въ своемъ распоряженіи домены, но доходовъ отъ нихъ было недостаточно для покрытія растущихъ расходовъ. Тогда они вводятъ регалии, изыскиваютъ новые источники доходовъ. Во всякомъ случаѣ ихъ вниманіе было устремлено на полученіе возможно большаго количества денегъ. Другими словами, они преслѣдовали въ своей дѣятельности *меркантилистическія цѣли*. Но деньги могли быть у нихъ только при хорошей торговлѣ и развитой промышленности. Ихъ процвѣтаніе и должно было обезпечить содержаніе войска и хорошее управленіе. Поэтому главныя усилія государей были направлены на поднятіе торговли и промышленности. Въ этой своей дѣятельности они только выполняли ту великую идею, которая охватила въ то время всю Европу и которая носитъ названіе *меркантилизма*.

Владѣтели должны были также подумать и о *хорошемъ управленіи*. Они реорганизовали управленіе въ XVI столѣтіи по образцу бургундо-французскихъ учреждений. Во Франціи въ XIV столѣтіи старый королевскій совѣтъ и судъ распался на три части—великій совѣтъ (Grand Conseil), какъ органъ для обсужденія всѣхъ государственныхъ дѣлъ, парламентъ (Parlement), какъ высшій судъ, и счетную палату (Chambre des comptes), какъ высшій контрольный органъ по отчетности и административный органъ для завѣдыванія королевскими имуществами (домѣнами). По примѣру Франціи было преобразовано управленіе въ Бургундіи, Австріи и въ другихъ нѣмецкихъ государствахъ. Такимъ путемъ возникли *коллегіальныя учрежденія*, которыя стали называться *коронными*

совѣтами (Hofräte), *судебными, финансовыми*, а иногда даже и *церковными камерами* ¹⁾. Эти камеры или палаты состояли первоначально изъ рыцарей и духовныхъ лицъ, которые смотрѣли на дѣла управленія какъ на побочное занятіе. Они получали ничтожное содержаніе и обыкновенно натурой. Конечно, такіе чиновники не упускали случая наживаться и были иногда истиннымъ бичомъ для населенія. Еще Гуттенъ называлъ великими грабителями народа рыцарей, писцовъ, торговцевъ и юристовъ.

§ 61. Съ реформой управленія составъ камеръ началъ обновляться. Появились платные и по большей части юридически образованные профессиональные чиновники. Они стали отправлять свои обязанности пожизненно, ихъ карьера всецѣло зависѣла отъ владѣтеля страны, они являлись его помощниками и совѣтниками во всехъ дѣлахъ какъ государственныхъ такъ и его личныхъ. Всѣ эти совѣтники судебныхъ, финансовыхъ и придворныхъ камеръ обычно именуются *камералистами*. Однако, въ новѣйшихъ изслѣдованіяхъ о камералистахъ имъ присваивается нѣсколько другое названіе, а именно *фискалистовъ* (fiscalists, Fiskalisten). Этотъ терминъ ввелъ Смолль ²⁾ и онъ принятъ Диленцигеромъ ³⁾. Слѣдовательно, подъ фискалистами надо понимать чиновниковъ камеръ, которые занимались чисто практической дѣятельностью въ камерахъ: Смолль называетъ ихъ еще канцелярскими камералистами (cameralists of the bureaus).—По изъ массы этихъ фискалистовъ стали выдвигаться отдѣльныя личности, которыя не ограничивались только практической или канцелярской работой въ камерахъ, но еще являлись и *писателями*, авторами различныхъ разсужденій, брошюръ и книгъ. Ихъ то Смолль и предлагаетъ называть *камералистами—книжниками* (cameralists of the books) или *камералистами* въ собственномъ смыслѣ слова. Слѣдовательно, по опредѣленію Смолля, *камералистами называется группа писателей, которые отличаются отъ своихъ современниковъ и отъ прежнихъ и позднѣйшихъ теоретиковъ тѣмъ, что они создали „науку“ или группу „наукъ“, имѣющихъ своимъ центральнымъ пунктомъ финансовыя нужды государя*. Подъ камерализмомъ разумѣется привычный распорядокъ (рутина) въ дѣятельности учреждений (бюро), въ которыхъ исполняли свою работу административные правительственные чиновники и, прежде всего, чиновники по финансовой части. Въ широкомъ смыслѣ камерализмъ означалъ систематическую правительственную дѣятельность, которая осуществлялась въ административныхъ учрежденіяхъ (бюро) ⁴⁾. Едва ли есть какая нибудь надобность доказывать значеніе трудовъ камералистовъ и важность ознакомленія съ научными приемами и методами ихъ работы. Вѣдь, на нихъ, какъ справедливо отмѣчаетъ Смолль, основывается цѣлая наука или т. н. „камеральная наука“ (Cameral-

¹⁾ Это слово происходитъ отъ греческаго слова „самага“ и латинскаго „самера“ и обозначаетъ крытое, сводчатое помѣщеніе. Франкскіе короли присвоили это названіе той комнатѣ, гдѣ они хранили свою частную собственность. Въ средніе вѣка это названіе употреблялось въ смыслѣ казначейства (Zielenziger), ц. соч., стр. 85 прим.). По толкованію Гейзе (Heuse), подъ camera или Kammer въ самомъ узкомъ смыслѣ слова разумѣется помѣщеніе, гдѣ собирались совѣтники страны, завѣдывавшіе налогами (Albion Small, The cameralists, стр. 18 прим.).

²⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 6.

³⁾ Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр. 86.

⁴⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 18.

wissenschaft) или даже группа „наукъ“. Приглядываясь, однако, ближе къ трудамъ камералистовъ, особенно болѣе старыхъ, приходится нѣсколько усумниться въ научности ихъ трудовъ¹⁾. Если наука, какъ теперь установлено, должна существовать ради *себя самой*, должна имѣть *свою цѣль* и, по выраженію Аристотеля, отличаться отъ простаго эмпиризма тѣмъ, что имѣть въ виду не „что“, а „почему“, „причины вещей“, то камеральная наука едва ли можетъ быть названа наукой въ современномъ смыслѣ этого слова. Книги камералистовъ преслѣдовали одну опредѣленную цѣль: онѣ не хотѣли разрѣшать научныхъ проблемъ, не желали изслѣдовать экономическаго положенія страны и выяснять причины его, а имѣли въ виду другія *опредѣленные заданія*. Сочиненія первыхъ камералистовъ имѣли въ виду только одну особу владѣтеля, которому они нерѣдко посвящали свои труды и по заказу котораго они нерѣдко и составлялись. Задача автора состояла въ томъ, чтобы просвѣтить и научить владѣтеля и его совѣтниковъ наилучшему завѣдыванію дворомъ, имѣніями, княжеской казной. Ему давались совѣты о томъ, какихъ пороковъ владѣтель долженъ избѣгать, къ какимъ добродѣтелямъ онъ долженъ стремиться, какимъ путемъ ему лучше всего обезпечить правосудіе, порядокъ, безопасность. Авторы смѣшивали государственное управленіе съ частнымъ домашнимъ хозяйствомъ владѣтеля²⁾. Въ своихъ сочиненіяхъ камералисты примѣняли *умозрительно-политическій методъ*. Они брали въ качествѣ положительнаго матеріала Библию, произведенія Платона и Аристотеля, римское право, и игнорировали положительныя правовыя нормы. Въ ихъ трудахъ проглядывало опредѣленное стремленіе—они хотѣли *научить, исправить* и дать *предписанія, совѣты*. По вѣрному замѣчанію Смолла³⁾, ихъ программу, ихъ главную заботу составляло изысканіе способовъ и средствъ къ сохраненію государства въ постоянныхъ столкновеніяхъ съ другими государствами. Ихъ сочиненія были дѣйствительно *политическими* и были переполнены *техническимъ* матеріаломъ. Они описывали политическое положеніе для того, чтобы, въ связи съ нимъ, высказать пожеланія объ улучшеніи его. Они связывали съ чисто эмпирическимъ телеологическое разсмотрѣніе вещей⁴⁾. Для нихъ центральной проблемой являлась проблема государства. Они стремились показать, какимъ путемъ могло бы быть обезпечено благосостояніе государства. И, понятно, они ставили на видное мѣсто требованіе, чтобы у государства были средства, доходы для удовлетворенія его нуждъ. Вся социальная теорія камералистовъ заключалась въ томъ, чтобы отыскать способы снабженія государства вполнѣ пригодными средствами для его улучшенія и процвѣтанія⁵⁾. Казалось, имѣя передъ глазами Германію и ея печальное положеніе, камералисты должны были въ своихъ политическихъ разсужденіяхъ отпраляться отъ дѣйствительности. Но этого на самомъ дѣлѣ нѣтъ. Правда, свои разсужденія о желательности тѣхъ или иныхъ улучшеній въ государственной машинѣ или ея дѣятельности они стремились подкрѣплять хотя бы текстами изъ книгъ Св. Писанія, цитатами изъ римскаго права и пр.

¹⁾ Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр. 98.

²⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 17 и 18.

³⁾ Albion Small, The cameralists, стр. 592.

⁴⁾ Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр. 99.

⁵⁾ Albion Small, The cameralists, Preface, стр. VIII.

Но даже и этого скромнаго стремленія нельзя подмѣтить у виднѣйшаго представителя умозрительно-политическаго или рационалистическаго направленія въ Германіи Христіана Вольфа, котораго Мархетъ называетъ *отцомъ философскаго камерализма*. Его труды явились блестящимъ плодомъ рационализма, пышно разцвѣтшаго въ Германіи и вызвавшаго къ жизни во второй половинѣ XVII в. новую науку—естественное право ¹⁾. Рационализмъ замѣнилъ реалистическое направленіе, которое не могло развиться въ виду отсутствія научной исторіи, статистики, невыработанности методологическихъ приемовъ наблюденія, недоступности законодательныхъ актовъ какъ германскихъ, такъ и иностранныхъ. Въмѣсто опыта, знанія реальной жизни рационализмъ выдвинулъ разумъ, какъ источникъ всякаго познанія. Философы-рационалисты, отрехшись отъ реального міра, сѣдя въ кабинетахъ, набросать систему идеальныхъ нормъ, принциповъ этики, политики и естественнаго права ²⁾. Вольфу удалось разработать въ духѣ рационализма вопросъ о задачахъ государства вообще и въ сферѣ управления въ частности. Всѣ даже мелочныя мѣры управления имъ были тщательно разсмотрѣны и философски обоснованы и доказаны. При этомъ онъ, конечно, руководствовался тѣмъ взглядомъ, что въ наукѣ не задаются вопросомъ о томъ, *какъ* устроено то или другое общество, а какъ оно *должно* быть устроено для того, чтобы была достигнута предустановленная цѣль. Христіанъ Вольфъ обработалъ связно и методично всѣ области науки съ точки зрѣнія философіи Лейбница. Онъ называлъ себя „міровымъ мудрецомъ“, но его міровая мудрость“ была затемнѣна экономическими афоризмами, правилами политической мудрости, экскурсами въ область религіи. Сочиненія Вольфа являются для современной эпохи мелочными, незначительными, но для того времени они были полны самаго крупнаго значенія. Въ то время передъ учеными и практическими дѣятелями стояла громадная задача—преодолѣть апатію народныхъ массъ, приготовить низшимъ сословіямъ жребій, достойный человѣка, возбудить ихъ самочувствіе, выработать понятіе государства, открыть злоупотребленія всякаго рода и принять мѣры къ ихъ уничтоженію, однимъ словомъ *освободить, просвѣтить и управлять*. Въ основаніи взглядовъ Вольфа на государство и его задачи лежало понятіе блаженства, благополучія (Wohlfahrt, eudaimonia), отчего и государство того времени, когда господствовали идеи Вольфа и его преемниковъ, получило названіе государства, пекущагося о благополучіи подданныхъ (Wohlfahrtstaat), эвдемонистическаго государства. Онъ указывалъ, что жизненной цѣлью каждаго человѣка является его благополучіе, которое отнюдь не состоитъ въ томъ, чтобы препятствовать другимъ людямъ въ достиженіи своихъ цѣлей. Благополучіе одного человѣка обуславливаетъ благополучіе другого. Вольфъ и выдвинулъ принципъ: „дѣлай то, что дѣлаешь тебя и твое и другихъ положеніе совершеннымъ, и не дѣлай того, что тебя дѣлаешь несовершеннымъ“ и „дѣлай, что содѣйствуетъ общему благополучію и обезпечиваетъ общественную безопасность, и, напротивъ, уклоняйся отъ того, что мѣшаетъ общему благополучію и противно общей безопасности“. Система Вольфа покоилась на системѣ обязанностей человѣка къ самому себѣ, Богу и къ другимъ людямъ. Онъ требовалъ, чтобы человѣкъ непрестанно заботился о своей

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 36 и 37.

²⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 36.

душѣ и своемъ тѣлѣ, и объявляетъ, что человѣкъ обязанъ поступать по уму и разуму. Указывая, въ чемъ должна была проявляться забота человѣка о самомъ себѣ (напр. въ томъ, чтобы онъ не предавался пьянству, и пр.), Вольфъ всегда пояснял, почему полезна предлагаемая имъ мѣра. Особенно важны взгляды Вольфа въ ученіи объ обязанностяхъ человѣка къ другимъ людямъ. Онъ выдвигалъ принципъ, который имѣетъ рѣшающее значеніе для управленія и для границъ его дѣятельности: „чего человѣкъ можетъ достигнуть *своей силой*, того ему не нужно требовать отъ другого... Однако, если человѣкъ не имѣетъ въ своей власти того, къ чему его обязываетъ законъ природы, и это „нѣчто“ находится въ нашей власти, то мы обязаны помогать ему (вверху)“. Хотя этотъ принципъ выдвигался Вольфомъ тогда, когда онъ говорилъ о морали, а не о политикѣ (управленіи), но все же здѣсь можно видѣть основаніе, положенное Вольфомъ для науки объ управленіи и притомъ въ духѣ полицейскаго государства. И, въ самомъ дѣлѣ, въ эпоху этого государства получило признаніе то положеніе, что силы отдѣльнаго человѣка и союзовъ лицъ достаточны для достиженія полезныхъ результатовъ только въ очень немногихъ случаяхъ, и что вообще заинтересованныя лица сами неспособны устраивать свои собственные дѣла. Естественно родилась мысль о давленіи сверху внизъ, о руководствѣ со стороны государства ходомъ всей соціальной и экономической жизни. П. жизнь показала, что формула Вольфа стала примѣняться въ сторону „помощи“ отдѣльному лицу. Неповоротливость и малая жизнеспособность тѣхъ организацій, гдѣ еще чувствовалась самодѣятельность (цехи), вѣра въ способности государя, чрезмѣрное довѣріе низшихъ классовъ къ высшимъ, способствовали тому, что государь „обязывался“ помогать „народу“. Тѣ политическіе совѣты, которыми были переполнены книги Вольфа и которые касались управленія, могутъ, конечно, вызвать только улыбку у современнаго читателя: таковъ, напр., совѣтъ устраивать по торжественнымъ днямъ для народа бесплатныя обѣды, но съ тѣмъ, чтобы на нихъ не давалось слишкомъ много сладостей (*Confect aber nicht zu viel*)¹⁾. Но, съ другой стороны, у него попадались и совѣты, которые заслуживаютъ глубокаго вниманія²⁾. Такъ, на примѣръ, Вольфъ утверждалъ, что тотъ, кто можетъ работать, не нуждается въ помощи, но если человѣкъ не можетъ работать или не находитъ себѣ работы, то онъ получаетъ право на помощь. Онъ говорилъ, что нужно давать работу нуждающимся и опредѣлять плату за нее, такъ чтобы у каждаго былъ доходъ. Работа должна даваться за приличное вознагражденіе, чтобы рабочій могъ жить на то, что онъ зарабатываетъ.

Эти идеи эвдемонизма и умозрительно-политическій методъ разработки были восприняты и болѣе новыми камералистами, среди которыхъ первое мѣсто занимаютъ Юсти и Зонненфельсъ. Юсти называютъ отцомъ науки объ управленіи. И это вполне справедливо. Всѣ камералисты, жившіе одновременно съ нимъ или послѣ него, широко пользовались его трудами и приводили изъ нихъ многочисленные цитаты. Можно сказать, что до появленія трудовъ Роберта ф. Моля сочиненія Юсти играли выдающуюся роль и были какъ бы путеводной звѣздой для тѣхъ, кто рисковалъ пускаться въ малоислѣдованную область. Главными

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 41.

²⁾ Marchet, Studien, стр. 252.

сочиненіями Юсти являются „Staatswirtschaft“ „Grundsätze der Polizeiwissenschaft in einem vernünftigen auf den Endzweck der Polizei gegründeten Zusammenhang und zum Gebrauch der akademischen Vorlesungen abgefasst“ „System des Finanzwesens“ и др. Изъ сочиненій Зонненфельса можно назвать „Grundsätze der Policey-Handlung-und Finanzwissenschaft“. Заслуга обоихъ писателей состоитъ въ томъ, что они, наконецъ, разграничили отдѣльныя науки, изучающія государство и его дѣятельность, и ввели въ научный оборотъ новую науку т. н., науку о полиціи (Polizeiwissenschaft). Недостатокъ этихъ ученыхъ заключался въ томъ, что они примѣняли *политическій методъ*, являлись умозрительными политиками. Впервые, Юсти и Зонненфельсъ стали широко пользоваться словомъ „полиція“, придавая ему различный смыслъ, и, впервые, это слово вошло въ названіе новой науки о полиціи. Юсти подробно разясняетъ значеніе слова „полиція“. Подъ полиціей въ широкомъ смыслѣ Юсти понимаетъ всѣ мѣры, которыя принимаются по внутреннимъ дѣламъ страны и при помощи которыхъ можетъ быть прочнѣе обосновано и умножено общее достояніе государства, а силы его могутъ получить наилучшее употребленіе, и вообще можетъ быть достигнуто всеобщее благополучіе. Полиція въ этомъ смыслѣ охватываетъ науку о торговлѣ (Commerciën—Wissenschaft), городское и сельское хозяйство (Stadt-und Land-Oekonomie), управленіе горнымъ дѣломъ, лѣсное дѣло и пр. Подъ полиціей въ узкомъ смыслѣ разумѣется „все то, что требуется для надлежащаго устроенія гражданской жизни, преимущественно хорошее воспитаніе и порядокъ среди подданныхъ, и мѣры, которыя содѣйствуютъ удобству жизни и умноженію средствъ пропитанія“. Подъ полиціей въ самомъ узкомъ смыслѣ понимается чистота и украшеніе городовъ, поддержаніе хорошаго порядка, надзоръ за жизненными продуктами, за правильностью мѣръ и вѣсовъ и пр. Для чего же служить полиція ¹⁾? Для той великой цѣли, которую выдвинули эвдемонисты: „конечная цѣль и сущность всѣхъ государствъ покоится на содѣйствіи общественному *благополучію*. Общественное достояніе каждаго государства является средствомъ для достиженія государственнаго благополучія. Поэтому общественное достояніе должно быть сохраняемо, умножаемо и разумно использовано, а именно примѣнено для общественнаго благополучія. Все это и составляетъ совокупность экономическихъ и камеральныхъ наукъ“ ¹⁾. Что же надо разумѣть подъ благополучіемъ? Иногда подъ нимъ понимается „усовершенствованіе нашей нравственности“, а иногда „такое хорошее устройство и прекрасная организациа государства, при которыхъ каждый пользуется разумной свободой и можетъ своимъ трудомъ прибрѣтать тѣ нравственныя и временныя блага, въ которыхъ онъ нуждается по своему положенію для пріятной жизни“. Наука о полиціи, по словамъ Юсти, заключается въ томъ чтобы, познать, какимъ способомъ при современномъ положеніи общества могутъ быть приняты разумныя мѣры для поддержанія и умноженія общаго достоянія государства въ его внутреннемъ устройствѣ и для лучшаго использованія и приспособленія его какъ во всей совокупности такъ и въ отдѣльныхъ частяхъ для достиженія общаго благополучія“. Зонненфельсъ также исходилъ въ своихъ построеніяхъ изъ одного основнаго принципа. Наука о полиціи, по его мнѣнію, учить о томъ, какъ обосновать и сохранить внутреннюю безопасность.—Слѣдовательно, заслуга Юсти и Зоннен-

¹⁾ Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр. 102.

фельса заключается въ томъ, что они намѣтили предѣлы нѣсколькихъ соприкасающихся наукъ. Такъ Юсти различаетъ Staatskunst, Polizeiwissenschaft и Finanz (Camerale) wissenschaft. Первая наука стремится обезпечить государственное достояніе отъ враговъ и опасностей, какъ внутреннихъ, такъ и внѣшнихъ. Наука о полиціи было охарактеризована выше. Камеральная (финансовая) наука занимается извлеченіемъ изъ общаго государственнаго достоянія особаго имущества для покрытія нуждъ управления. Зонненфельсъ выдѣлилъ еще четвертую науку—науку о торговлѣ (Handlungswissenschaft) или экономическую политику, обособивъ ее отъ науки о полиціи.—Таковы камералисты, какъ старые такъ и новые, которые являются, по выраженію Л. Штейна, наивными, необразованными носителями идеи внутренняго управления¹⁾. Политическій методъ камералистовъ привился у цѣлой плеяды ученыхъ второй половины XVIII в. и первой половины XIX столѣтія. Онъ находитъ сторонниковъ даже среди нѣкоторыхъ современныхъ ученыхъ. Такъ, Бергъ отдаетъ дань пріемамъ науки о полиціи: по крайней мѣрѣ, въ первыхъ трехъ частяхъ его восьмитомнаго труда содержатся различные принципы, указанія и наставленія, какія встрѣчаются въ трудахъ Юсти и Зонненфельса²⁾. Господство политическаго метода замѣтно и въ трудахъ Роберта-фонъ-Моля (Robert von Mohl), а особенно въ его сочиненіи „Наука о полиціи по принципамъ правового государства“ (Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates), который появился въ 1866 г. Этотъ трудъ, оказавшій громадное вліяніе на русскихъ ученыхъ, совершенно игнорируетъ положительный матеріалъ и признаетъ науку о полиціи частью политики.—Однако сочиненіе Роберта-ф. Моля является лебединой пѣснью умозрительно-политическаго метода. Послѣ него не появляется ни статей ни книгъ, гдѣ бы проводился этотъ методъ. Но это вовсе не значить, чтобы вообще политическій методъ былъ признанъ неподходящимъ для изслѣдованія административной дѣятельности государства. Наоборотъ, онъ признается возможнымъ и желательнымъ и даже можетъ дать жизнь новой наукѣ—административной политикѣ³⁾. Впрочемъ, для этой науки будетъ подходящимъ методъ не умозрительно-политическій, а *позитивно-политическій* въ томъ смыслѣ, какой былъ указанъ выше. Въ этомъ отношеніи очень показателенъ трудъ Ястрова (Jastrow) „Соціальная политика и наука объ управленіи. Томъ I. Рабочій рынокъ и пріисканіе работы. Промышленные суды и примирительныя палаты“. Въ своемъ сочиненіи Ястровъ пытается опредѣлить Verwaltungswissenschaft какъ науку о наилучшемъ управленіи. Эта наука, говоритъ онъ⁴⁾, должна отвѣтить прежде всего на вопросъ о томъ, какъ *поставлено* дѣло управленія, а затѣмъ и на вопросъ, какъ оно *должно быть поставлено*. Отвѣтъ на второй вопросъ долженъ вытекать изъ практическаго управленія. Наука объ управленіи—наука *эмпирическая*. Она должна начинать съ со-

¹⁾ L. v. Stein, Die Lehre von der Innern Verwaltung. I-er Theil, стр. 32. Stuttgart, 1866.

²⁾ Г о р б у н о в ъ, Методологическія основы, стр. 135.

³⁾ О ней см. въ шестой главѣ „Отношеніе науки административнаго права къ другимъ научнымъ дисциплинамъ“ (§ 95).

⁴⁾ D. r. J. J a s t r o w, Socialpolitik und Verwaltungswissenschaft. Aufsätze und Abhandlungen. Band I. Arbeitsmarkt und Arbeitsnachweis, Gewerbegerichte und Einigungsämter, стр. 32 сл. Berlin, 1902.

бирания фактовъ и только такимъ путемъ, индуктивно, находить извѣстные принципы, изъ которыхъ затѣмъ дедуктивно могутъ быть выведены и другіе принципы. Несмотря на неизбѣжность знанія фактовъ все же, по мнѣнію Ястрова, наука объ управленіи должна заниматься вопросомъ о томъ, *какъ должно* быть поставлено управленіе, потому что въ отвѣтъ на этотъ вопросъ съ неизбѣжной необходимостью заключается и разрѣшеніе перваго вопроса о томъ, какъ *фактически* поставлено управленіе. Ястровъ стоитъ за старую науку о полиціи, конечно въ переработанномъ видѣ, съ замѣной умозрительно-политическаго метода позитивно-политическимъ, и самъ дѣлаетъ опытъ, примѣняя этотъ методъ къ отдѣльнымъ частямъ соціальной политики (къ рабочему рынку, организаціи посредничества по присканію работы, промышленнымъ судамъ и примирительнымъ палатамъ).

§ 62. Кромѣ Германіи, политическій методъ получилъ большое распространеніе въ *Россіи*, особенно благодаря трудамъ Юсти, Зонненфельса и Моля, переведеннымъ на русскій языкъ. Типичнымъ въ этомъ отношеніи представляется трудъ проф. Рождественскаго „Основанія государственнаго благоустройства, съ примѣненіемъ къ російскимъ законамъ“ (1840 г.), въ которомъ на каждой страницѣ чувствуется вліяніе Моля и примѣняется политическій методъ. Не чужды вліянія Моля и трудъ проф. Андреевскаго „Полицейское право“ (1-е изданіе въ 1871—1873 г. г., а второе—въ 1874 г.). Онъ понимаетъ науку о полиціи какъ часть политики. Содержаніе ея сводится къ разрѣшенію вопросовъ о томъ, каковы должны быть мѣры, предпринимаемыя государствомъ, для того, чтобы быть благотѣльными, и къ изученію взглядовъ ученыхъ относительно ихъ цѣлесообразности. Примѣненіе политическаго метода, совмѣстно съ другими методами, замѣтно и въ трудахъ проф. И. Т. Тарасова. Слѣды позитивно-политическаго метода можно встрѣтить даже въ работахъ нѣкоторыхъ французскихъ и итальянскихъ ученыхъ. Такъ примѣненіе этого метода можно подмѣтить у проф. Бертелеми, когда онъ касается вопроса о роли правительства, объ урегулированіи отношеній между церковью и государствомъ, о правѣ ассоціацій, о свободѣ прессы, о роли государства въ дѣлѣ постройки желѣзныхъ дорогъ, и пр. ¹⁾— Въ *Италіи* существуетъ особая наука политическаго характера—наука объ управленіи (*scienza dell'amministrazione*). Въ итальянскихъ университетахъ, регламентомъ отъ 22 октября 1885 г., была учреждена каѳедра науки объ управленіи и административнаго права. Согласно регламенту профессоръ, занимающій эту каѳедру, изучаетъ разумныя и основныя нормы публичной администраціи, въ ихъ дѣйствіи, въ ихъ проявленіяхъ и внутреннихъ распорядкахъ, а также полную систему итальянскаго публичнаго управленія, за исключеніемъ финансовъ. Неясность этого выраженія регламента породила среди итальянскихъ ученыхъ споръ о томъ, чтѣ изъ себя представляетъ наука объ управленіи ²⁾. Одни ученые говорятъ, что эта наука должна быть какъ бы философіей административнаго права. Другіе склоняются къ мысли, что ея задача сводится къ изученію дѣятельности публичной администраціи, поскольку она направлена на полученіе экономическихъ услугъ и личныхъ благъ. Есть сторонники

¹⁾ Berthélemy, *Traité*, стр. 2—8, 247—248, 278—279, 292—293, 654—658.

²⁾ Ranalletti, *Principii*, стр. 521—531, Orlando, *Principii*, стр. 18—37, Brunialti, *Il diritto amministrativo italiano*, стр. 45—48.

того взгляда, что эта наука—соціальная. Проф. Ранелетти, разобравъ предложенныя опредѣленія, призналъ ихъ несостоятельными. Онъ склоняется къ мысли, что эта наука можетъ быть только *политической* ¹⁾. Она изучаетъ, съ политической точки зрѣнія, устройство публичной администраціи, административную дѣятельность государства въ юридической и соціальной функціяхъ. Она, слѣдовательно, занимается вопросами о томъ, какъ должна быть организована администрація, какія должны преслѣдоваться особыя и непосредственныя дѣли въ отдѣльныхъ сферахъ ея дѣятельности, какъ нужно дѣйствовать и какія средства должны примѣняться для удовлетворенія наилучшимъ образомъ тѣхъ или иныхъ интересовъ. Понятно, эта наука глядитъ въ будущее и относится критически къ дѣйствующему административному законодательству страны и къ административной дѣятельности государства и другихъ публичныхъ единицъ.

§ 63. Немалую роль въ исчезновеніи умозрительно-политическаго метода сыграло появленіе новаго болѣе совершеннаго метода—*соціологическаго*, который въ то же время является и *историко-сравнительнымъ*. Этотъ методъ представляетъ значительныя преимущества передъ методами описательно-наблюдательнымъ и политическимъ. Соціологъ, изучая тѣ явленія, въ которыхъ проявляется административная дѣятельность государства, подмѣчаетъ, что они оказываются плодомъ долгаго историческаго процесса. Онъ констатируетъ, что извѣстная потребность въ той или другой мѣрѣ или нормѣ въ сферѣ внутренняго управленія чувствовалась въ населеніи уже давно, что она удовлетворялась, въ той или иной формѣ, законодателемъ, практическими дѣятелями и судами. Онъ видитъ, что слѣды старой формы, въ которой удовлетворялась данная потребность, замѣтны и въ новой, современной формѣ: видна преемственность, взаимная связь прошлаго съ настоящимъ. Соціологъ изучаетъ не одну, а цѣлый рядъ потребностей, которыя удовлетворяются внутреннимъ управленіемъ, и приходитъ къ тому выводу, что всѣ онѣ находятъ признаніе у законодателя, который идетъ навстрѣчу имъ въ той или иной формѣ. При этомъ онъ замѣчаетъ, что удовлетвореніе потребности поставлено въ настоящее время болѣе совершенно, чѣмъ въ прежнее время: положительная помощь государства и иныхъ публично-правовыхъ единицъ расширяется, интересы гражданина лучше охраняются, чѣмъ раньше и пр. Невольно, эта смѣна худшихъ формъ и способовъ удовлетворенія нуждъ населенія болѣе совершенными и лучшими наталкиваетъ изслѣдователя на мысль о *закономѣрности* такой смѣны, этого перехода отъ худшаго къ лучшему. А такъ какъ изучаемыя имъ явленія носятъ общественный, соціальный характеръ, то логически изслѣдователь приходитъ къ сознанию о *закономѣрности* соціальныхъ явленій. Слѣдовательно, соціологу т. е. изслѣдователю соціальныхъ явленій приходится изучать, познавать естественную *закономѣрность* въ сосуществованіи и преемственности соціальныхъ явленій ²⁾, а въ данномъ случаѣ формъ и способовъ удовлетворенія потребности населенія въ хорошемъ внутреннемъ управленіи.

Такимъ образомъ, непремѣннымъ условіемъ соціологическаго метода является *историческое* изученіе тѣхъ формъ или способовъ, въ которые облака-

¹⁾ Ranelletti, Principii, стр. 526 сл.

²⁾ А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр. 40 слѣд. и В. В. Ивановскій, Учебникъ, стр. 10 сл.

лось удовлетвореніе той или иной потребности населенія данной страны. Слѣдовательно, нужно изучать *исторію законодательства*, регулирующаго эти способы или формы. Однако соціологъ наталкивается еще на одно любопытное явленіе. Изучая формы или способы удовлетворенія той или иной потребности населенія во внутреннемъ управленіи въ *разныхъ государствахъ*, онъ видитъ, въ нихъ все тотъ же историческій процессъ перехода отъ худшаго къ лучшему. Его невольно заинтересовываетъ тотъ пестрый колоритъ, то *разнообразіе*, которое замѣчается въ этихъ способахъ и формахъ. Иногда его поражаетъ и однообразіе ихъ: это явленіе вполне понятно, если вспомнить, что государства не могутъ жить обособленно и изолированно другъ отъ друга, что культура одного государства влияетъ на культуру другого, правовыя нормы однихъ странъ служатъ образцомъ для правовыхъ нормъ другихъ государствъ и пр. Вполнѣ естественно, что соціологъ присоединяетъ къ историческому изученію еще и *сравнительное* и, слѣдовательно, пользуется *историко-сравнительнымъ методомъ*. Но и на этомъ еще не кончаются задачи соціолога. Онъ видитъ, что государство состоитъ изъ гражданъ, которые распадаются на *классы*¹⁾. Интересы этихъ классовъ иногда не совпадаютъ другъ съ другомъ. Каждый классъ преслѣдуетъ свою эгоистическую цѣль и стремится достигнуть ея путемъ захвата власти для того, чтобы господствовать надъ другими классами. Однако, это господство ему дается не даромъ. Происходитъ борьба, которая выливается въ форму мятежа, различныхъ экедессовъ, легальнаго протеста, различныхъ домогательствъ и пр. Исторія показываетъ, что эта борьба кончается нерѣдко серьезными уступками со стороны господствующаго класса въ пользу другихъ классовъ. Вполнѣ естественно, что эта борьба кладетъ свой отпечатокъ на всю дѣятельность государства, а въ особенности на административную. На нормахъ, регулирующихъ ее, какъ бы отпечатывается стремленіе высшаго класса удержать свое господство, свою власть. На нихъ же запечатлѣваются и тѣ уступки, которыя онъ дѣлаетъ въ пользу другихъ классовъ. Соціологу интересно зафиксировать отпечатокъ классовой борьбы на институтахъ права, на правовыхъ нормахъ. И изслѣдованіе въ этомъ направленіи является завершеніемъ полной и яркой картины положенія страны и ея законодательства, нарисованной соціологомъ.—Какъ ни соблазнительны этотъ методъ, какъ ни заманчивы перспективы, которыя могутъ получиться въ результатѣ надлежащаго его примѣненія, однако этотъ методъ до сихъ поръ не получилъ большого распространенія. Въ современной литературѣ можно насчитать одно—два сочиненія, написанныя этимъ методомъ, а въ прошломъ имѣются труды только одного Лоренца-фонъ-Штейна (L. v. Stein), который является и творцомъ этого метода и единственнымъ ученымъ, примѣнившимъ его наиболѣе удачно при изученіи вопросовъ внутренняго управленія. Причины такого слабаго распространенія этого метода надо искать въ несовершенствѣ исторической науки, незаконченности развитія государственной жизни отдѣльныхъ народовъ, новизнѣ этого метода и трудности его²⁾.

Итакъ, основателемъ историко-сравнительнаго направленія въ наукѣ, изучающей дѣятельность государства, является Лоренцъ-фонъ Штейнъ. Видными сторон-

1) См. Введеніе, первую главу „Общество“ (§ 8).

2) В. В. Ивановскій, Учебникъ административнаго права, стр. 11.

никами этого направленія можно назвать Рудольфа Гнейста (Gneist), Инама-Штернегга (Inama-Sternegg) съ его сочиненіемъ „Ученіе объ управленіи въ очеркахъ“, Гумпловича (L. Gumplowicz), написавшаго „Ученіе объ управленіи въ связи съ австрійскимъ административнымъ правомъ“, и итальянскаго ученаго де-Бернардо, давшаго сочиненіе въ 2-хъ томахъ подъ заглавіемъ „Публичная администрація и соціологія“. Что касается первыхъ двухъ сочиненій, то они не могутъ быть поставлены на одинъ уровень съ трудами Л. Штейна. Такъ у Инама-Штернегга нѣтъ изложенія законодательства, нѣтъ изученія государственнаго управленія въ томъ или иномъ государствѣ. Онъ только даетъ общее ученіе объ управленіи и объясняетъ его принципами цѣлесообразности. Трудъ Гумпловича хотя и выдвигаетъ требованіе, чтобы наука объ управленіи раскрывала закономерность въ явленіяхъ государственнаго управленія, однако построены на совершенно другихъ методахъ. Гумпловичъ строитъ свои положенія на характерѣ дѣятельности современныхъ государствъ или выходитъ изъ общихъ, логически конструируемыхъ положеній и соображеній¹⁾. Что касается сочиненія де-Бернардо, о которомъ упоминаетъ проф. В. В. Ивановскій и о которомъ говорятъ только мимоходомъ, а то и вовсе не упоминаютъ выдающіеся итальянскіе административисты (Саландра, Орландо, Ранелетти и др.), то его трудъ ставитъ своей цѣлью раскрыть законы, управляющіе явленіями административной жизни. Онъ примѣняетъ сравнительный методъ, излагаетъ исторію управленія въ Германіи, Франціи, Италіи и Англіи. Тѣмъ не менѣе едва ли можно считать его соціологическое изслѣдованіе вполне удавшимся. Онъ даже примѣняетъ политическій методъ²⁾.

§ 64. Какъ указано было выше, соціологическій методъ положенъ въ основаніе трудовъ *Лоренца-ф.-Штейна*³⁾ и его наиболѣе талантливаго послѣдователя *Рудольфа-ф.-Гнейста*. Лоренцъ-фонъ-Штейнъ справедливо считается талантливейшимъ и самымъ блестящимъ писателемъ среди тѣхъ, кто занимался вопросами управленія. Онъ является основателемъ новой науки, которую онъ назвалъ „Ученіемъ объ управленіи“ (Verwaltungslehre). Его перу принадлежитъ цѣлый рядъ выдающихся сочиненій, а именно „Die Verwaltungslehre“ (1865—1868 г.г., переиздано въ 1869, 1882—1884 г.г.), „Учебникъ ученія объ управленіи и административнаго права“ (Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 3-е изд., 1888 г.), „Соціализмъ и коммунизмъ современной Франціи“ (Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs, 2 изд. 1848 г.) и др. Въ своихъ сочиненіяхъ онъ пользуется методомъ историко-сравнительнымъ, его концепціи покоются на соціологической теоріи общества. При этомъ, что особенно интересно, этотъ соціолого-историко-сравнительный методъ сплетается съ метафизическимъ элементомъ въ духѣ философіи Гегеля. Въ его трудахъ замѣтны два вліянія—германское и французское. Первое вліяніе

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 192 и 193. В. В. Ивановскій, цит. статья, стр. 308 и 309.

²⁾ В. В. Ивановскій, цитир. статья, стр. 322.

³⁾ В. В. Ивановскій, цит. статья, стр. 304—308. Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 160—190. И. Т. Тарасовъ, Основныя положенія Лоренца Штейна по полицейскому праву въ связи съ его ученіемъ объ управленіи. Кіевъ, 1874. Ср. Orlando, Principii di diritto amministrativo, стр. 27—30.

выражается въ его тяготѣнн къ метафизикѣ, а второе—въ стремленіи къ реализму, къ изученію дѣйствительности. Склонность къ метафизикѣ образовалась у него благодаря занятіямъ въ Кильскомъ и Іенскомъ университетахъ, гдѣ онъ увлекался философій Гегеля. Тяготѣнн къ реализму окрѣпло благодаря пребыванію его въ Парижѣ, знакомству, и притомъ глубокому, съ направленіями французской мысли и политическими и социальными движеніями, господствовавшими во Франціи въ 40-хъ и 50-хъ годахъ XIX столѣтія. Особенно глубоко было его увлеченіе социализмомъ и коммунизмомъ, пышно разцвѣтшими во Франціи во время пребыванія Штейна въ Парижѣ (онъ пріѣхалъ туда въ 1840 году). Онъ основательно изучилъ богатую социалистическую литературу, которая и натолкнула его на социологическую теорію общества: послѣдняя и легла въ основу его трудовъ объ управленіи. Согласно этой теоріи ¹⁾, подъ обществомъ разумѣется такой порядокъ общенія людей, который обусловливается распредѣленіемъ между ними жизненныхъ человѣческихъ задачъ и матеріальныхъ благъ, охраняется правомъ и получаетъ благодаря семьѣ и собственности устойчивость и прочность. Общество состоитъ изъ членовъ, которые неравны другъ другу, хотя по своему назначенію они должны были бы быть равны. Неравенство обусловливается происхожденіемъ, общественнымъ призваніемъ и назначеніемъ или свободнымъ самоопредѣленіемъ. Въ зависимости отъ того, чѣмъ вызывается это неравенство, Штейнъ намѣчаетъ три стадіи развитія общественнаго порядка. Первой стадіей является родовой общественный порядокъ (*die Geschlechterordnung*), гдѣ неравенство вызывается происхожденіемъ и принадлежностью къ тому или иному роду. Второй стадіей оказывается сословный порядокъ (*die ständische Ordnung*), гдѣ неравенство обусловливается общественнымъ призваніемъ (*Beruf*). Третья стадія можетъ быть названа государственно-гражданскимъ порядкомъ (*die staatsbürgerliche Gesellschaftsordnung*), гдѣ неравенство вызывается свободнымъ самоопредѣленіемъ. Какой бы порядокъ ни существовалъ, все равно наблюдается группировка лицъ, находящихся въ одинаковыхъ условіяхъ, въ особія группы, именуемая классами. Наиболѣе привилегированные классы захватываютъ въ свои руки власть и стремятся закрѣпить свое господство въ законодательныхъ и административныхъ учрежденіяхъ и въ актахъ, исходящихъ отъ нихъ. Они хотятъ установить юридическое, экономическое и психическое верховенство надъ другими, болѣе слабыми классами. У каждаго класса есть свои интересы, которые онъ и преслѣдуетъ, приходя въ столкновеніе съ интересами другихъ классовъ. Между классами идетъ борьба за обладаніе и захватъ государственной власти. Борьба вызываетъ потрясенія, которыя могутъ вызвать развалъ, гибель государства. Поэтому является потребность прекратить или ослабить эту борьбу. За эту миссію берется сильная государственная власть, свободная отъ классовыхъ вліяній. Начинается борьба государства съ обществомъ. Государственная власть примиряетъ классы. Эта борьба кладетъ отпечатокъ на всю жизнь народа, на его право и государственный строй. Поэтому при изученіи права нужно всегда считаться съ этимъ воздѣйствіемъ. Право нужно познавать не только въ современномъ его положеніи, но и углубляться въ прошлое, подмѣчая смѣну воздѣйствій классовой борьбы на институты

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 163 сл.

семьи, собственности и пр. при переходѣ отъ одного общественнаго порядка къ другому. Наука, которая бы взяла на себя такую грандіозную задачу, должна превратиться въ науку о государствѣ. Такой наукой и должна быть только особая новая наука „Ученіе объ управленіи“ (*Verwaltungslehre*). Ее не могутъ замѣнить ни „наука о полиціи“, лишенная всякаго реального содержанія, ни догма административнаго права, которая изучаетъ только дѣйствующее право. Наука объ управленіи должна выйти за рамки этихъ наукъ.—На построеніе этой новой науки у Штейна оказала громадное вліяніе нѣмецкая метафизика, философія ¹⁾, что видно изъ слѣдующихъ его положеній. Человѣку предназначено выполнять самыя высокія задачи. Силы его, однако, ограниченны и недостаточны для самостоятельнаго выполненія этихъ задачъ. Ему приходится входить въ сношенія, въ общеніе съ другими людьми. Но не всякое общеніе поможетъ ему при выполненіи этихъ трудныхъ задачъ. Только то общеніе окажется пригоднымъ для этой цѣли, которое восприметъ *моменты отдельной человеческой личности*. Только при этомъ условіи оно превратится въ *государство*. Элементами же человеческой личности являются *сознаніе собственного „я“, воля и проявленіе воли во внѣ*. Всѣ эти три элемента слиты въ человѣкѣ, они неразъединимы. Но въ государствѣ, этой совершеннѣйшей личности, всѣ три элемента разобщены и имѣютъ внѣшнее выраженіе въ видѣ самостоятельныхъ организмовъ. Организмомъ *сознанія я* у государства является его глава, организмомъ *воли*—законодательныя учрежденія, дѣятельность которыхъ, въ отличіе отъ проявленій воли у человѣка, распадается на два самостоятельные момента—*обсужденіе* и *рѣшеніе*. Наконецъ, организмомъ *проявленія воли во внѣ* является исполненіе (*Vollziehung*). Въ послѣднемъ замѣтно существованіе двухъ особыхъ элементовъ—*исполненія само по себѣ* (*Vollziehung an sich*) съ организмомъ исполнительной власти (*Vollziehende Gewalt*) и *управленія* (*Verwaltung*). Организмъ исполнительной власти является посредникомъ между внутреннимъ актомъ воли и внѣшнимъ ея проявленіемъ. Воля этой власти, направленная на осуществленіе воли законодательной, облекается въ форму административнаго распоряженія, а рѣшимость исполнить ее является исполненіемъ. Но законодательная воля приводится въ жизнь не одной рѣшимостью, а претвореніемъ ея въ конкретную дѣйствительность. Такое претвореніе возможно только при условіи приспособленія ея къ личнымъ цѣлямъ государства. Личныя же цѣли государства, какъ и у человеческой личности, сводятся: 1) къ полученію матеріальныхъ благъ—устройству *хозяйства*: это—первая отрасль управленія, 2) къ охранѣ неприкосновенности лицъ, живущихъ въ государствѣ: это вторая отрасль управленія—*правосудіе*, и 3) къ содѣйствію индивидуальному развитію отдельныхъ лицъ: это третья отрасль управленія—*внутреннее управленіе*. Штейнъ и указываетъ, что ученіе объ управленіи должно охватывать народное хозяйство, правосудіе и внутреннее управленіе. Штейнъ хотѣлъ разработать всѣ три отрасли управленія, но ему удалось выполнить эту задачу только по отношенію къ внутреннему управленію. При изученіи же вопросовъ, касающихся внутренняго управленія, Штейнъ даетъ философскій анализъ и сообщаетъ исторію факторовъ, создавшихъ тотъ или иной вопросъ, характеризуетъ ихъ положеніе въ главнѣйшихъ государ-

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 167 слѣд.

ствахъ Европы и анализируетъ правовыя нормы ¹⁾.—Послѣдователемъ Штейна является *Рудольфъ ф. Гнейстъ* ²⁾. Этотъ ученый извѣстенъ какъ сторонникъ англійскаго государственнаго строя, какъ человѣкъ, считавшій Англiю страной, гдѣ наиболѣе совершенно воплотился идеаль правового государства. Онъ жилъ долгое время въ Англiи, изучалъ ея законодательство и административную дѣятельность. Плодомъ его долготѣняго изученiя англійскихъ порядковъ явился рядъ сочиненiй, озаглавленныхъ „Современное англійское конституціонное и административное право“ (1857 г.) „Современное англійское административное право“ (2 тома, 1883—1884 г.г.). „Правовое государство и административные суды въ Германiи“ (1879 г.) и др. Въ этихъ сочиненiяхъ онъ первый (не только изъ континентальныхъ ученыхъ, но даже и англійскихъ) разработалъ англійское административное право. Въ основѣ его трудовъ лежитъ та же теорiя Штейна о борьбѣ классовъ, но изложенная болѣе ясно. Онъ представляетъ себѣ общество обширной сѣтью отношенiй зависимости однихъ лицъ и классовъ отъ другихъ. Эти отношенiя зависимости возникаютъ на почвѣ обладанiя экономическими и духовными благами и распространяются на всѣхъ лицъ, которыя не могутъ сами освободиться отъ этой зависимости. Эти отношенiя зависимости могутъ быть смягчены или даже уничтожены только путемъ общественныхъ учрежденiй, образующихъ государство. Однако, это стремленiе смягчить, ослабить или даже уничтожить отношенiя зависимости встрѣчаетъ противодѣйствiе со стороны классовъ, захватившихъ власть въ свои руки. Начинается борьба между обществомъ и государствомъ, которая должна быть прекращена тѣмъ или инымъ способомъ. Гнейстъ находитъ, что Англiя благодаря своему парламентарному строю чрезвычайно удачно справилась съ этой трудной задачей и разрѣшила проблему единенiя общества съ государствомъ такимъ путемъ, что возложила на высшiй земледѣльческiй классъ (*landed gentry*), захватившiй власть въ странѣ, рядъ публичныхъ обязанностей, связанныхъ съ участiемъ въ парламентѣ, мѣстномъ самоуправленiи и управленiи. Беря на себя эти тяжелыя обязанности, высшiй классъ какъ бы компенсируетъ ими свои важныя преимущества. Это обстоятельство и примиряетъ низшiе классы съ господствомъ высшаго класса—крупныхъ землевладѣльцевъ. Теорiя Гнейста какъ показала опытъ, не нашла себѣ оправданiя въ исторiи. Широкие демократическiе слои населенiя не примирились съ своей пассивной ролью и путемъ упорной борьбы добились участiя въ парламентѣ и мѣстномъ управленiи. Удивительно однако то, что процессъ демократизаціи парламента и мѣстнаго самоуправления начался въ Англiи еще при жизни Гнейста, но онъ упорно закрывалъ глаза на это явленiе и видѣлъ въ этомъ процессѣ упадокъ Англiи. Онъ игнорировалъ развитiе англійскаго самоуправления съ 1832 года, хотя расширенiе избирательнаго права при выборахъ въ парламентъ предоставило широкое участiе въ государственныхъ дѣлахъ классу капиталистовъ и создало изъ него соперника земельной аристократiи (*landed gentry*) ³⁾. Гнейстъ также проходилъ молчанiемъ

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 175.

²⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 194—200.

³⁾ Hatschek, *Englisches Staatsrecht mit Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten*, стр. 26. Band I. Die Verfassung. Tübingen, 1905 (Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, IV Band, II Halbband).

дѣтельность мѣстныхъ бюро (local boards), ставшихъ жизнеспособными органами демократизированнаго самоуправленія еще съ 30-хъ годовъ XIX столѣтія. Но если Гнейстъ не соблюлъ исторической перспективы, за то онъ оказался проводникомъ историко-сравнительнаго метода въ сферѣ права ¹⁾. Онъ выполнилъ колоссальную работу по систематизаціи громаднаго административно-правового матеріала, который до него былъ неиспользованъ и малодоступенъ даже для англичанъ.

Однако, несмотря на всѣ громадныя преимущества соціологическаго (историко-сравнительнаго) метода передъ остальными методами—наблюдательно-описательнымъ и политическимъ, несмотря на блестящую разработку вопросовъ управленія Лоренцомъ Штейномъ и Рудольфомъ Гнейстомъ, все же ни этому методу ни вновь созданной наукѣ „ученію объ управленіи“ не суждено было получить широкаго распространенія. Это явленіе наблюдается даже въ Австріи, гдѣ работалъ Штейнъ въ качествѣ профессора Вѣнскаго Университета, и въ Германіи, гдѣ наука объ управленіи почти исчезла изъ университетскаго преподаванія и только небольшіе курсы въ нѣкоторыхъ германскихъ университетахъ напоминаютъ о существованіи когда то гремѣвшей и интересной науки. Забыта она и учеными. Только сравнительно недавно проф. Шмидъ рѣшился напомнить объ ея существованіи и въ небольшой статьѣ указалъ, что ученіе объ управленіи беретъ свое содержаніе у другихъ отраслей знанія, а именно изъ исторіи, статистики, политической экономіи, техническихъ наукъ, ученія о нравственности и, наконецъ, науки о правѣ, при чемъ она старается, хотя и другимъ образомъ, чѣмъ административное право, обосновать правовое содержаніе публично-правовыхъ административныхъ учреждений и использовать его для своихъ особыхъ цѣлей ²⁾. За исключеніемъ этой статьи, ничто больше не напоминаетъ о желательности возрожденія былой науки „ученія объ управленіи“.—Болѣе благопріятно сложились обстоятельства для примѣненія *историко-сравнительнаго метода*, который получилъ признаніе въ трудахъ административистовъ—сторонниковъ юридическаго метода—и административистовъ, пользовавшихся наблюдательно-описательнымъ методомъ. Присутствіе историко-сравнительнаго (но не соціологическаго въ духѣ Лоренца Штейна) метода можно замѣтить въ трудахъ русскихъ ученыхъ—Лазаревскаго, Елистратова, Дерюжинскаго, Ивановскаго, Тарасова. Къ сожалѣнію, за-границей этотъ методъ не пользуется успѣхомъ. Даже во Франціи, гдѣ родилась наука объ обществѣ—соціологія, соціологическій методъ совершенно не примѣняется. Въ трудахъ иностранныхъ ученыхъ можно иногда подмѣтить присутствіе чисто историческаго метода (напр. у проф. Бертелеми) и еще рѣже сравнительнаго метода (напр. у Гачека встрѣчается сравненіе германскаго права съ англійскимъ и при томъ въ исторической перспективѣ, у Гуднау и Фрейнда—сравненіе сѣверо-американскаго права съ правомъ континентальной Зап. Европы и Англій). Сравнительный методъ встрѣчается и въ трудахъ итальянскихъ ученыхъ (Орландо, Бруниальти и др.).

¹⁾ Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, стр. 28 Band I.

²⁾ Prof. Ferdinand Schmid, *Ueber die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbstständiger Wissenschaft* (Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, 1909, стр. 193 сл.) ср. Fleiner, *Institutionen*, стр. 41, прим. 1.

§ 65. Впрочемъ, слабое распространеніе историко-сравнительнаго метода объясняется появленіемъ новаго конкурирующаго метода, который увлекъ немалое число ученыхъ Зап. Европы и Россіи. Этотъ методъ называется *юридическимъ*. Какъ показываетъ самое названіе, сущность юридическаго метода заключается въ томъ, что ученый оперируетъ *исключительно съ нормами права*. Его интересуетъ въ жизни государства только ея юридическая сторона. Онъ погружается въ изученіе юридическихъ нормъ, юридическихъ институтовъ. Онъ сосредоточиваетъ свое вниманіе на изслѣдованіи правовой оболочки жизненныхъ отношеній въ современномъ ихъ состояніи. Онъ не дѣлаетъ попытокъ разсматривать правовую норму или правовой институтъ съ философской точки зрѣнія, онъ не изучаетъ ихъ прошлаго, не сопоставляетъ и не сравниваетъ ихъ регламентацію въ различныхъ государствахъ. Всѣ эти приемы изученія представляются ему совершенно ненужными и подходящими къ изученію не права въ современномъ его видѣ, а политики, философіи и исторіи права. Ученые, примѣняющіе юридическій методъ, хотя и овладѣтъ богатѣйшимъ матеріаломъ своеобразнымъ способомъ. Въ многочисленныхъ законодательныхъ актахъ, регулирующихъ разнообразныя стороны народной жизни, они констатируютъ существованіе юридическихъ отношеній, публичныхъ правъ и обязанностей у гражданъ и юридическихъ лицъ публичнаго права, между которыми завязываются отношенія. Они видятъ свою задачу не въ простомъ изложеніи юридическихъ отношеній, правъ и обязанностей, выступающихъ на фонѣ закона, а продѣлываютъ болѣе сложную работу, которая и составляетъ характерную особенность юридическаго метода. Процессъ этой работы былъ намѣченъ впервые въ сферѣ государственнаго права проф. Лабандомъ, а за нимъ въ области административнаго права—проф. Отто Майеромъ. Но все же настоящими творцами юридическаго метода надо считать французскихъ административистовъ. Они, съ 30-хъ годовъ XIX столѣтія, сосредоточили свое вниманіе исключительно на догматикѣ французскаго административнаго права, совершенно уклонившись отъ философскаго освѣщенія разбираемыхъ вопросовъ, отъ примѣненія сравнительнаго метода. Тотъ процессъ работы надъ публично-правовымъ матеріаломъ, который составляетъ сущность юридическаго метода, не представляетъ новшества. Онъ уже давно примѣняется въ сферѣ гражданскаго права и далъ блестящіе результаты. Этотъ процессъ сводится къ *изученію и конструированію* юридическихъ институтовъ. Юридическій институтъ является въ наукѣ права вспомогательнымъ средствомъ для того, чтобы вполне овладѣть той массой матеріала, который представляютъ юридическія отношенія, завязывающіяся между субъектами права. Благодаря конструированію юридическихъ институтовъ является возможность свести всю массу матеріала къ неизмѣннымъ единицамъ, отлитымъ дѣлымъ величинамъ. Конечно, при распредѣленіи матеріала по институтамъ надо считаться съ различной природой его. Если этотъ матеріалъ входитъ въ сферу гражданскаго права, то наука послѣдняго изслѣдуетъ границы опредѣляемой правомъ волевой власти отдѣльныхъ лицъ. И юридическіе институты гражданскаго права коренятся въ самыхъ разнообразныхъ видахъ *субъективныхъ правъ*. Наука же административнаго права, по словамъ проф. Отто Майера ¹⁾, должна имѣть дѣло съ тѣми про-

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 116 и 117. Band I, 1914.

явленіями публичной власти, которыя замѣчаются въ отношеніяхъ между государствомъ и гражданами и которыя опредѣляются правомъ. Эта обусловленность правовыми нормами выражается въ субъективныхъ правахъ. Однако, эти субъективныя права являются только *одной* изъ возможныхъ формъ, такъ какъ, помимо ихъ, могутъ существовать еще и другія прочныя и устойчивыя формы проявленія публичной власти. Они то и составляютъ то, что можно назвать *институтами административнаго права*. Проф. Лабандъ излагаетъ свой взглядъ на сущность юридическаго метода въ слѣдующихъ словахъ ¹⁾. Онъ подчеркиваетъ, что не раздѣляетъ взгляда тѣхъ ученыхъ, которые видятъ наиболѣе совершенный способъ разработки публичнаго права не въ развитіи юридическихъ понятій, выясненіи ихъ логическихъ понятій и выведеніи вытекающихъ изъ нихъ послѣдствій, а въ смѣшеніи содержанія законодательнаго матеріала съ экономическими, политическими, историческими и техническими свѣдѣніями и соображеніями. Въ то же время Лабандъ не считаетъ возможнымъ, чтобы существовала такая наука административнаго права, которая бы свелась къ перечисленію предписаній всего свѣта или къ изслѣдованію задачъ и цѣлей, ради которыхъ были изданы эти предписанія. Задача науки административнаго права, по его мнѣнію, состоитъ въ *выдѣленіи и полномъ изолированіи* юридическихъ элементовъ изъ общей картины государственной дѣятельности, въ извлеченіи юридическихъ институтовъ и понятій изъ той массы отношеній, какая наблюдается въ управленіи, въ приведеніи безконечныхъ и разнообразныхъ явленій жизни къ такимъ типическимъ формамъ, въ которыхъ бы обнаружилось ихъ юридическое содержаніе. Описаніе того, что дѣлаетъ государство, Лабандъ предоставляетъ ученію объ управленіи. Административное же право, по его мнѣнію, должно заниматься анализомъ и синтезомъ проявляющихся въ дѣятельности государства правовыхъ отношеній и созданныхъ для ихъ урегулированія правовыхъ институтовъ.

§ 66. Юридическій методъ, а вмѣстѣ съ нимъ и административное право, могли развиваться только въ условіяхъ *правового государства*, пришедшаго на смѣну полицейскаго государства. Нельзя, однако, понимать правовое государство, какъ абсолютную антитезу полицейскому государству ²⁾. Напротивъ, послѣднее являлось лишь промежуточной стадіей между старымъ и современнымъ правовымъ строемъ. Слѣдовательно, современный правопорядокъ, опираясь на новыя начала и будучи проникнутъ новымъ духомъ, всетаки воспринялъ кое-что изъ эпохи полицейскаго государства. Полицейское государство дало новому государственному строю *безусловный перевѣсъ государственной власти и подчиненіе сферы жизни государства господству гражданскаго права и гражданскаго процесса*. Однако, эти два элемента модифицировались въ новомъ государствѣ. Перевѣсъ государственной власти уже нельзя понимать въ смыслѣ верховныхъ, абсолютныхъ, неограниченныхъ правъ государства, поглощавшихъ безправную личность гражданина, а въ смыслѣ верховно дѣйствующей государственной власти. Господство гражданскаго права и гражданскаго процесса въ правовой жизни современнаго государства надо понимать не какъ обязательное примѣненіе ихъ къ отношеніямъ между государствомъ и подданнымъ, которыя раньше *мыслились*

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 208—209.

²⁾ См. мой трудъ „Право бѣднаго на призрѣніе“, стр. 9—11, Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 56—64, Band I.

юридическими только при условии этого применения, а лишь как возможность применения къ этимъ отношеніямъ гражданскаго права, регулирующаго въ новомъ государствѣ отношенія *лишь частныхъ лицъ между собою*, и возможность обращенія, въ цѣляхъ противодѣйствія государству, къ судамъ, призваннымъ разрѣшать гражданскіе споры.

Наряду со старыми элементами, современный правовой строй получилъ и *новые*. Высшая власть стала проявляться во внѣ въ извѣстномъ довольно своеобразномъ порядкѣ, который и придалъ этимъ проявленіямъ власти форму и видъ права. Въ то время какъ въ полицейскомъ государствѣ *не было совсѣмъ публичнаго права* въ смыслѣ совокупности своеобразныхъ, отличныхъ отъ гражданско-правовыхъ, нормъ, регулирующихъ отношенія между подданнымъ и государствомъ, въ правовомъ государствѣ создается дѣйствительное публичное (въ томъ числѣ и административное) право, которое равноцѣнно гражданскому праву и противопоставляется ему. Гражданское право теряетъ свой универсальный характеръ и сфера его применения къ отношеніямъ между государствомъ и гражданиномъ, въ которыхъ оно выступаетъ съ приказами и принудительной властью, суживается все болѣе и болѣе. Нормировка дѣятельности государства постепенно переходитъ отъ гражданскаго права къ публичному праву. Для применения къ дѣятельности современнаго государства нормъ гражданскаго права нужны особыя указанія, необходима наличность особо уважительныхъ причинъ. Въ той массѣ отношеній, которыя складываются между государствомъ и гражданами, начинается упорная борьба между публичнымъ и гражданскимъ (частнымъ) правомъ ¹⁾.

Тѣмъ не менѣе, самымъ существеннымъ признакомъ правового государства является характеръ того правоупорядка, который установился для публичной власти. Этотъ правоупорядокъ впервые былъ созданъ во Франціи конституціями революціонной эпохи и зиждется, прежде всего, на раздѣленіи властей—законодательной, судебной и исполнительной. Это раздѣленіе явилось послѣдствіемъ сознававшейся еще въ дореволюціонной Франціи потребности въ подчиненіи управленія закону, которому раньше было подчинено только одно правосудіе. Провозглашеніе въ революціонную эпоху господства закона во всей государственной дѣятельности имѣло своимъ послѣдствіемъ то, что было признано существованіе исполнительной власти, подчиненной закону. Эта исполнительная власть, при проведеніи въ жизнь, распалась на юстицію и администрацію (управленіе), оставшіяся независимыми другъ отъ друга. Обѣ отрасли исполнительной власти становятся подзаконными. Юстиція въ своемъ приговорѣ примѣняетъ законъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Управление также связано закономъ, оно регулируетъ свою дѣятельность, поскольку это нужно, официальными рѣшеніями. Это регулированіе происходитъ или въ формѣ административной юстиціи или, въ еще большей мѣрѣ и притомъ болѣе разнообразно, въ видѣ простыхъ административныхъ актовъ. До революціи понятіе административнаго акта не было извѣстно во Франціи, оно появилось какъ результатъ раздѣленія властей. Административный актъ является въ сферѣ управленія тѣмъ, чѣмъ при-

¹⁾ См. шестую главу „Отношеніе науки административнаго права къ другимъ научнымъ дисциплинамъ“ (§ 92).

говоръ судовъ является при отправленіи правосудія. Такимъ путемъ въ правовомъ государствѣ на управленіе была перенесена система юридической связи, въ силу которой законъ стоитъ надъ всѣми, приговоръ связанъ закономъ и исполнительныя дѣйствія связаны приговоромъ. Результатомъ такой постановки строя управленія явилось то, что между государствомъ и гражданами стали возможны юридическія отношенія т. е. отношенія правового субъекта къ правовому же субъекту, а не отношенія субъекта къ объекту ¹⁾. Подзаконная власть опредѣляется правомъ и законодатель возлагаетъ на не опредѣленныя обязанности, предоставляетъ ей опредѣленныя права. Но и гражданинъ по отношенію къ государству, къ власти, становится субъектомъ правъ и обязанностей, соответствующихъ обязанностямъ и правамъ власти. Въ правовомъ государствѣ впервые слагается понятіе человѣка, какъ субъекта публичныхъ правъ и обязанностей. Эти права и обязанности мыслятся для даннаго человѣка лишь постольку, поскольку онъ является гражданиномъ даннаго государства.

Государство, создавшее субъективныя публичныя права, въ то же время вызвало къ жизни и охрану ихъ отъ нарушеній незаконными распоряженіями административной власти, при чемъ эта охрана облеклась въ форму отмѣны такихъ распоряженій и получила спеціальное названіе административной юстиціи. Послѣдняя явилась какъ необходимый результатъ самостоятельности управленія, несмотря на существованіе гражданскихъ судовъ. Административная юстиція, завоевавъ себѣ обособленное отъ юстиціи положеніе, приблизилась по формѣ къ послѣдней. Административныя власти дѣлаютъ распоряженія въ видѣ или приговоровъ, какъ въ гражданскихъ судахъ, послѣ состязательнаго процесса или обязательныхъ постановленій, вынесенныхъ безъ соблюденія процессуальныхъ формъ.

§ 67. Юридическій методъ нашель широкое примѣненіе въ сочиненіяхъ русскихъ и иностранныхъ административистовъ.—Такъ, этимъ методомъ написаны выдающіеся труды *французскихъ* административистовъ, среди которыхъ можно отмѣтить сочиненіе Батби „Практической и теоретической курсъ публичнаго и административнаго права“ (8 томовъ), Лаферрьера „Курсъ публичнаго и административнаго права“ (2 тома), Дюкрока „Курсъ административнаго права и законодательства о финансахъ“ (3 тома), Оріу „Руководство по административному и публичному праву“, Гастона Жеза „Общіе принципы административнаго права“. Видными представителями юридическаго направленія въ *Бельгii* являются Жиронъ (Giron) („Административное право Бельгii“) и Еррера (Errera) („Трактатъ о бельгійскомъ публичномъ правѣ“.—2-мъ изданіемъ въ 1916 г. вышелъ только первый томъ).—Въ *Италии* по юридическому методу написаны многочисленные труды Орландо, напр. „Принципы административнаго права“, его статьи въ „Первомъ полномъ трактатѣ итальянскаго административнаго права“, котораго вышло свыше 10 томовъ, Ранелетти „Принципы административнаго права“, Саландра „Курсъ административнаго права“, Меуччи „Институціи административнаго права“.—Въ *Германii* ²⁾ труды, написанные по юридическому

¹⁾ В. М. Гессенъ, Теорія правового государства, стр. 229 слѣд. (Вѣстникъ Права февраль, 1905).

²⁾ В. В. Ивановскій, Наука административнаго права въ ея прошломъ и настоящемъ, стр. 295—304.

методу, появились въ 60-хъ годахъ прошлаго столѣтія. Они принадлежали Герберу (Gerber), который примѣнилъ его въ сочиненіяхъ, трактовавшихъ вопросы государственнаго права („О публичныхъ правахъ“, 1852 г., и „Основы системы германскаго государственнаго права“, 1852 г.). Что касается административнаго права, то самый терминъ „административное право“ (Verwaltungsrecht) былъ введенъ въ обращеніе Робертомъ фонъ-Модемъ въ его сочиненіи „Государственное право Вюртемберга“, выпущенномъ въ 1829 году, гдѣ онъ разсматриваетъ административное право какъ органическую неразрывную часть государственнаго права ¹⁾). Впрочемъ, этотъ терминъ является только переводомъ французскаго названія „droit administratif“, съ которымъ Робертъ ф. Моль, несомнѣнно, былъ знакомъ. Но первыми работами, написанными чисто юридическимъ методомъ, являются труды Ф. Майера „Основы административнаго права. 1862 г.“ и Ферстеманна „Принципы прусскаго полицейскаго права. 1869 г.“ Затѣмъ слѣдуетъ довольно продолжительный перерывъ, послѣ котораго появляются слѣдующіе труды, написанные юридическимъ методомъ, какъ то Сарвея „Публичное право и административная юстиція. 1880 г.“, Гёца „Административная юстиція въ Вюртембергѣ“, Отто Майера „Германское административное право“ (2 тома), Флейнера „Институціи германскаго административнаго права“. Наряду съ этимъ чисто юридическимъ направленіемъ, въ германской наукѣ административнаго права развилось другое направленіе, которое уже отступаетъ отъ чисто юридическаго метода подъ вліяніемъ взглядовъ Лоренца ф. Штейна. Этотъ методъ иногда называется *методомъ государственной науки* ²⁾). Ученые, которые примѣняютъ такой методъ, берутъ изъ ученія Лоренца Штейна объ управленіи выработанную имъ сложную систему дѣленія всей административной дѣятельности государства на *отдѣльныя отрасли* въ соотвѣтствіи съ тѣми *цѣлями*, которыя преслѣдуетъ та или иная отрасль дѣятельности государства. Затѣмъ, они группируютъ около этого вѣдущаго остова, около данной отрасли управленія, относящіяся къ ней юридическія нормы. Вслѣдствіе этого, труды такихъ ученыхъ распались на цѣлый рядъ юридическихъ *конгломератовъ*, состоящихъ изъ нормъ гражданскаго, уголовнаго, государственнаго, процессуальнаго права, которые получили названія вродѣ „Пожарная полиція“ „Полиція нравовъ“ „Полиція печати“ „Полиція собраній и союзовъ“ „Медицинское дѣло“ „Школьное дѣло“ „Санитарное дѣло“ и пр. Такимъ путемъ все административное право распалось на части въ соотвѣтствіи съ тѣми цѣлями, которыя преслѣдуются государствомъ въ его дѣятельности. Слѣдовательно, единство отрасли управленія обусловливалось лишь *его цѣлью*. Это единеніе собраннаго юридическаго матеріала нисколько не помѣшало тому, чтобы собранный матеріалъ представлялъ довольно пеструю смѣсь разнообразныхъ юридическихъ положеній. Такъ, напримѣръ, въ отдѣлѣ подъ заглавіемъ „Дорожное дѣло“ можно встрѣтить право купли, право отчужденія, назначеніе на государственную службу, частно-правовой договоръ о наймѣ, публично-правовую пошлину, обязанность возмѣщенія убытковъ, регулируемую частнымъ правомъ, и пр. Кромѣ изложенія юридическаго матеріала, въ трудахъ ученыхъ этого направленія встрѣчаются теорети-

¹⁾ L. v. Stein, Die Lehre von der Innern Verwaltung, стр. 38—39. I—r Theil, Stuttgart, 1861.

²⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, стр. 41.

ческія разсужденія о природѣ и сущности данной отрасли управленія, даются краткіе историческіе очерки мѣропріятей и законовъ, излагается критика ихъ, предлагаются тѣ или иныя измѣненія ихъ. Конечно, этотъ методъ значительно оживляетъ содержаніе научныхъ трудовъ, смягчаетъ его сухость, заинтересовываетъ слушателей и читателей, наконецъ, онъ удовлетворяетъ потребности административнаго чиновника, которому приходится имѣть дѣло только съ определенной отраслью управленія и которому крайне желательно имѣть подъ руками сводку относящихся до нея юридическихъ нормъ¹⁾. Такимъ методомъ написано много трудовъ, среди которыхъ можно упомянуть Лѣнинга „Учебникъ германскаго административнаго права“, 1872—1873 г., Кирхенгейма „Введеніе въ административное право, 1885 г.“, Штенгеля „Учебникъ германскаго административнаго права“ (1886 г.), Георга Мейера „Учебникъ германскаго административнаго права. 1910 г.“ и др.

§ 68. Профессоръ В. В. Ивановскій въ своемъ обзорѣ историческаго прошлаго и современнаго положенія науки административнаго права упоминаетъ еще объ одномъ методѣ, который онъ встрѣтилъ въ трудѣ итальянскаго ученаго Джіованни Вакелли (Vacchelli), вышедшемъ въ 1895 г. подъ заглавіемъ „Психологическія основы публичнаго права“²⁾, и который онъ называетъ *психологическимъ* или вѣрнѣе *соціолого-психологическимъ*. Нужно замѣтить, что въ трудахъ виднѣйшихъ итальянскихъ административистовъ нельзя найти и намека на существованіе такого метода, даже нѣтъ упоминанія о самой работѣ Вакелли. Тѣмъ не менѣе, соображенія, изложенныя въ небольшой (152 стр.) книжкѣ Вакелли, заслуживаютъ нѣкотораго вниманія. По словамъ Вакелли, многообразныя проявленія публичной власти надо разсматривать какъ послѣдствія воли, которая проявляется въ приказаніяхъ и предписаніяхъ, передъ которыми должна склоняться воля живущихъ въ странѣ людей. Такая воля получаетъ названіе суверенитета или власти. Эта суверенная воля проходитъ въ своемъ развитіи извѣстныя стадіи и отъ нея берутъ свое начало институты публичнаго права³⁾. Эту волю слѣдуетъ изучать съ точки зрѣнія того, какъ она должна направляться, и какъ въ ней должна отражаться мотивация, предназначеніе и рѣшеніе—эти основныя стадіи психическаго процесса воли. Наконецъ, приходитъ моментъ, когда воля должна воплотиться въ актъ, слѣдовательно, когда суверенитетъ и власть выходятъ изъ потенціальнаго состоянія и переходятъ въ реальную дѣйствительность. Нѣтъ ни одного политическаго или административнаго явленія, факта или акта, въ которомъ нельзя было бы не подмѣтить ту или другую фазу подготовки, образованія и воплощенія воли, призванной править въ обществѣ и потому воздѣйствующей на всѣ общественныя силы и проявленія общественной дѣятельности. Проявленія политической и административной жизни представляютъ собой настоящій психологическій процессъ, потому что они не выходятъ за предѣлы явленій, охватывающихъ образованіе, исполненіе и осуществленіе воли. Отсюда вытекаетъ необходимость искать основныя принципы, которые лежатъ въ

¹⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, стр. 20 и 21. Band I.

²⁾ Проф. В. В. Ивановскій, цит. статья, стр. 322 и 323.

³⁾ Giovanni Vacchelli, Le basi psicologiche del diritto pubblico, стр. 25. Milano, 1895.

дѣтельности правящей власти, а именно въ ея психологіи, въ проявленіяхъ ея воли. Поэтому, естественно, идетъ рѣчь о соціальной коллективной психикѣ, при помощи которой направляется дѣтельность политическихъ и административныхъ учреждений. Вакелли примѣняетъ предлагаемый имъ методъ къ политическимъ учреждениямъ, видитъ въ нихъ проявленіе психическаго соціального факта и стремится отыскать принципы и основныя нормы политическихъ учреждений въ элементарныхъ условіяхъ коллективной мысли. Тотъ же методъ онъ предлагаетъ примѣнить и къ административнымъ учреждениямъ ¹⁾. Существенной частью управленія является, по его мнѣнію, не матеріальное исполненіе, которое ничего характернаго во многихъ случаяхъ и не представляетъ, а тотъ комплексъ дополнительныхъ рѣшеній, которыя сопровождаютъ исполненіе закона, и тѣхъ дискреціонныхъ полномочій, которыя необходимы для проявленія этихъ рѣшеній во внѣ. Такимъ образомъ, существеннымъ элементомъ управленія является образованіе рѣшеній и воли. Слѣдовательно, управленіе вращается въ кругѣ психическихъ фактовъ и процессовъ. Оно составляетъ комплексъ волевыхъ актовъ, которые осуществляются въ зависимости отъ опредѣленныхъ цѣлей. Слѣдовательно, отсюда вытекаетъ наличность двухъ типичныхъ и характерныхъ элементовъ управленія, а именно съ одной стороны элемента добровольнаго акта, а съ другой — элемента подчиненности, зависимости отъ другой воли ²⁾. Поэтому въ административныхъ учрежденияхъ, какъ и въ политическихъ, основныя принципы должны вытекать изъ психологическихъ предпосылокъ, такъ какъ этимъ учреждениямъ приходится имѣть дѣло съ волей и взаимными сношеніями различныхъ волей. Но административная воля по своему содержанію болѣе ограничена, чѣмъ воля закона, потому что администрація, примѣняя общую норму къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ, должна непременно считаться съ спеціальными условіями и обстоятельствами и примѣнять особыя средства для достиженія цѣлей. Отсюда вытекаетъ разница между законодательной и административной нормой, но эта разница носить скорѣе количественный, чѣмъ качественный характеръ, потому что сущностью закона является общая воля, которая устанавливаетъ самыя широкія категоріи практическихъ случаевъ и подмѣчаетъ въ каждой изъ нихъ только общія и существенныя черты, тогда какъ административная воля должна отправляться отъ конкретнаго случая и приспособляться къ индивидуальнымъ условіямъ его. Вообще, административная воля слагается изъ ряда различныхъ волей, индивидуальныхъ и отличныхъ другъ отъ друга, которыя касаются отдѣльныхъ случаевъ или отдѣльныхъ категорій ихъ. Наука и должна изучать административную психологію. Она разсматриваетъ всякое дѣяніе административнаго органа не какъ простой соціальный фактъ, а какъ фактъ, проходящій черезъ призму индивидуальной и соціальной психики ³⁾. Наука объ управленіи и должна изучать психологическую сторону администраціи въ связи съ данными юридическаго, экономическаго и иного соціальнаго характера. — Такова сущность т. н. психологическаго метода, который, однако, до сихъ поръ не нашелъ примѣненія ни въ русской ни въ иностранной литературѣ. Впрочемъ, въ отдѣльныхъ сочиненіяхъ можно встрѣтить кое-какія отрывочныя

¹⁾ V a c c h e l l i, *Le basi psicologiche*, стр. 122 слѣд.

²⁾ V a c c h e l l i, *Le basi psicologiche*, стр. 131.

³⁾ В. В. И в а н о в с к і й, цит. статья, стр. 323.

свѣдѣнія о такой административной психологіи, особенно тамъ, гдѣ идетъ рѣчь о примѣненіи законовъ. Такъ, на примѣръ, мнѣ въ своихъ работахъ приходилось касаться такихъ толкованій административными органами законовъ объ обязательномъ призрѣніи бѣдныхъ, которыя значительно отклонялись отъ воли законодателя и, въ сущности, были проявленіемъ воли административныхъ учреждений и лицъ ¹⁾.

§ 69. Въ исторіи науки административнаго права должны быть отмѣчены двѣ реформаторскія попытки построения ея на новыхъ началахъ. Одна попытка имѣла въ виду свести *содержаніе* науки къ *экономической политикѣ*, а другая стремилась сдѣлать предметомъ изученія науки дѣятельность не государства, а общества, создать особое *общественное право*.—Первая попытка была сдѣлана въ Германіи и нашла послѣдователей въ Россіи. Въ Германіи эта мысль зародилась подъ влияніемъ англо-французскихъ ученыхъ, создавшихъ особую науку о народномъ хозяйствѣ—политическую экономію. Однако, еще до возникновенія этой науки и даже тогда, когда она появилась въ Англии и Франціи, но была малоизвѣстна въ Германіи, камералисты усердно разрабатывали экономическіе вопросы съ точки зрѣнія меркантилизма. Поэтому старыя камералисты и могутъ быть названы родоначальниками германской національной экономіи ²⁾. Всевозможные вопросы хозяйства, какъ народнаго такъ и частнаго, главнымъ образомъ хозяйства владѣтеля, трактовались камералистами нерѣдко съ мельчайшими подробностями. И среди указаній и совѣтовъ этихъ камералистовъ можно было встрѣтить немало такихъ, которые не потеряли своего значенія и въ настоящее время. Эти совѣты хозяйственнаго характера вызывались, какъ было указано раньше, экономическимъ упадкомъ Германіи, сокращеніемъ ея торговли, уменьшеніемъ производства товаровъ. Они были продиктованы патриотизмомъ, стремленіемъ облегчить страданія народа, залечить язвы, разѣдавшія хозяйственную организацію Германіи. Хотя они и были проникнуты духомъ меркантилизма, однако послѣдній былъ выраженъ неясно и въ не систематизированномъ видѣ. Вообще нѣтъ основанія считать, что камералисты были творцами меркантилизма, какъ системы: эта задача была выполнена французскими и англійскими учеными, главнымъ образомъ Адамомъ Смитомъ. Эти ученые, создавшіе науку политической экономіи, въ своихъ сочиненіяхъ должны были столкнуться съ вопросами управления, особенно въ сферѣ народнаго хозяйства. И, дѣйствительно, французская школа физиократовъ, по словамъ Л. Штейна, была первой, хотя и неопредѣленной системой ученія объ управленіи, какъ науки національной экономіи. Кенэ хотѣлъ изложить законы народнаго хозяйства, какъ единственную и настоящую основу для дѣлей управленія ³⁾. И Адамъ Смитъ не могъ избѣжать соприкосновенія съ вопросами управленія. Вся пятая часть его знаменитой книги „Богатство народовъ“ посвящена вопросамъ юстиціи, военнаго управленія, школьной и финансовой политики. Его трудъ начинается съ изложенія принциповъ народнаго хозяйства и кончается *руководящими принципами для управленія*: даже его тезисъ о свободѣ торговли является административнымъ

¹⁾ См. мой трудъ „Западно-европейскій бѣднякъ“, стр. 219—221, 225—229, 238—241, 409, 434—437, 442—443, 667, 682.

²⁾ Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр. VIII (Vorwort).

³⁾ L. v. Stein, Die Lehre von der Innern Verwaltung, стр. 39 и 40.

требованіемъ. Однако французскіе и англійскіе политико-экономы и германскіе камералисты разрабатывали вопросы хозяйственнаго управленія съ различныхъ точекъ зрѣнія. Политико-экономы стремились раскрыть естественные законы народнаго хозяйства, тогда какъ камералисты совершенно не задавались такой цѣлью. Затѣмъ, политико-экономическія изслѣдованія носили абстрактный, отвлеченный, теоретическій характеръ, тогда какъ труды камералистовъ вызывались требованіями жизни, носили практическій характеръ: въ нихъ можно было встрѣтить немало техническихъ свѣдѣній, которыя совершенно отсутствовали въ сочиненіяхъ политико-экономовъ. Далѣе, послѣдніе изслѣдовали явленія *народной* хозяйственной жизни, тогда какъ камералисты занимались, главнымъ образомъ, частнымъ хозяйствомъ владѣтеля, хотя вообще нужно сказать, что имъ, какъ и большинству меркантилистовъ, не были чужды идеи о міровомъ хозяйствѣ ¹⁾. Наконецъ, камералисты являлись сторонниками полицейской опеки и регламентаціи, а политико-экономы стояли за свободу промышленности, за невмѣшательство государства въ хозяйственныя отношенія ²⁾. Вполнѣ естественно, что распространеніе въ Германіи трудовъ французскихъ и англійскихъ политико-экономовъ раскрыло глаза обществу на несовершенство разработки хозяйственныхъ вопросовъ камералистами. И германскіе ученые принялись изыскивать различные способы, при помощи которыхъ можно было бы построить изученіе народно-хозяйственныхъ вопросовъ на новыхъ началахъ. Въ этихъ поискахъ, которые въ концѣ концовъ закончились образованіемъ особыхъ дисциплинъ—политической экономіи и административнаго права—германскіе ученые нерѣдко приходили къ одностороннимъ выводамъ. Между прочимъ среди нихъ зародилась мысль о возможности ограниченія содержанія науки, изучающей дѣятельность государства, однимъ попеченіемъ о народномъ хозяйствѣ. Такой взглядъ проводилъ Рау (Rau), который создалъ особую практическую науку—экономическую политику, отдѣливъ ее отъ чисто теоретической науки—политической экономіи. Новая наука была разработана имъ двоякимъ методомъ—политическимъ и наблюдательно-описательнымъ. По мнѣнію Рау, экономическая политика должна была разрѣшать свою задачу путемъ сочетанія принциповъ политики съ истинами, добытыми теоріей политической экономіи ³⁾. Въ самой Германіи попытка Рау не встрѣтила сочувствія. Не нашель онъ послѣдователей и въ другихъ государствахъ Зап. Европы. Только въ Россіи его взгляды нашли отзвукъ въ трудахъ двухъ ученыхъ—профессоровъ Бунге и Антоновича, которые свели содержаніе читавшихся ими курсовъ полицейскаго права къ сообщенію свѣдѣній о экономической дѣятельности государства. Проф. Бунге даже утверждалъ, что полицейское право (въ обширномъ смыслѣ) имѣетъ двойственное содержаніе: оно заключаетъ постановленія, относящіяся къ благосостоянію (законы благоустройства) и къ безопасности (законы благочинія), при чемъ послѣдніе составляютъ содержаніе полицейскаго права въ тѣсномъ смыслѣ слова. Благоустройство составляетъ прикладную часть политической экономіи, а благочиніе является частью государственнаго права, относящейся къ охраненію по-

1) Zielenziger, Die alten deutschen Kameralisten, стр. 89—90.

2) Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 119.

3) Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 122—126.

рядка и безопасности какъ общества такъ и отдѣльныхъ лицъ ¹⁾). Слѣдовательно, Бунге отрицалъ существованіе самостоятельной науки о государственной дѣятельности и низводилъ ее до уровня составной части другой науки—политической экономіи.

§ 70. Попытка создать особое *общественное право* была вызвана тѣмъ обстоятельствомъ, что въ современномъ правовомъ государствѣ, кромѣ государственныхъ административныхъ учреждений, существуютъ еще и другіе органы, которые нельзя назвать государственными, но которые, тѣмъ не менѣе, выполняютъ административную функцію, предоставленную имъ самимъ закономъ, или проявляютъ дѣятельность, дозволенную закономъ и какъ бы помогающую государственнымъ органамъ. Появленіе такихъ органовъ было почти невысказано въ эпоху полицейскаго государства, когда все дѣлалось *черезъ государство*. Само дѣятельность индивида была поставлена въ узкія рамки, находилась подъ неуспыннымъ надзоромъ государства. Конечно, полицейское государство терпѣло соединенія и союзы людей для достиженія дозволенныхъ цѣлей. Города и въ эту эпоху пользовались въ управленіи своими дѣлами немалой самостоятельностью. Но все же духъ опеки виталъ надъ обывателемъ. Въ эпоху же правового государства полицейскія пути были уничтожены и граждане приняли участіе въ строительствѣ государственной жизни. Соединенія и союзы стали возникать повсюду, охватывая своей дѣятельностью различныя стороны общественной жизни. Самоуправленію было предоставлено широкое поле дѣятельности. Самоуправляющіяся соединенія начинаютъ играть крупную правотворческую роль, которая прекрасно охарактеризована Еллинекомъ въ слѣдующихъ словахъ: „современное общество охвачено непрерывнымъ процессомъ самоорганизации. Разнообразнѣйшіе человѣческіе интересы, которымъ напрасно пытаются дать удовлетвореніе при помощи парламентовъ, объединяются въ цѣломъ рядѣ группъ, перекрещивающихся между собою на каждомъ шагѣ. Право образованія союзовъ, которое по своему характеру относится къ разряду индивидуальныхъ свободъ, но которымъ государственныя власти пользуются и въ общественныхъ интересахъ, сдѣлалось могучимъ средствомъ организациі гражданскаго общества, обреченнаго, какъ сначала казалось, на постоянную разобщенность. Въ этихъ союзахъ идея представительства находить себѣ гораздо болѣе правильное выраженіе, чѣмъ въ существующихъ центральныхъ парламентахъ, потому что органы союзовъ, въ противоположность неосуществимой идеѣ выраженія въ единомъ представительствѣ всей совокупности интересовъ цѣлаго народа, имѣютъ задачей служить только болѣе или менѣе ограниченному кругу интересовъ членовъ даннаго союза. Нѣкоторымъ изъ этихъ союзовъ уже теперь предоставлены законныя средства воздѣйствія на правительство и законодательство какъ въ формѣ права петицій и заявленія своихъ требованій такъ и въ формѣ права высказывать въ случаѣ требованій со стороны правительства свое мнѣніе относительно проектируемыхъ законовъ и указовъ. Въ этомъ случаѣ, несомнѣнно, заключаются задатки новой формы законодательства“ ²⁾). Эту роль союзовъ и органовъ самоуправления подмѣтилъ и Лоренцъ ф.-Штейнъ, который придавалъ соединенствамъ значеніе

¹⁾ Бунге, Полицейское право. Благоустройство, стр. 2. Кіевъ, 1869 г.

²⁾ Г. Еллинекъ, Измѣненія и преобразованія конституцій, стр. 94 и 95. Переводъ съ нѣм. Спб. 1907 г.

органовъ управленія. Въ своемъ сочиненіи онъ разсматриваетъ мѣры, принимаемыя не только государствомъ, но и общественными организаціями, всесторонне изучаетъ ихъ дѣятельность, формы ея, соотношеніе ихъ и содѣйствіе, оказываемое ими культурному развитію страны и намѣчаетъ три основныя формы организаціи исполнительной власти—государственное управленіе, самоуправленіе и союзы ¹⁾

По мѣрѣ роста и усиленія значенія общественныхъ союзовъ все болѣе и болѣе крѣпла мысль объ обществѣ, какъ о чемъ-то, совершенно обособленномъ отъ государства, чья жизнь регулируется особыми нормами и движется самостоятельнымъ путемъ. Нѣкоторые ученые стали даже говорить о замѣнѣ административнаго права общественнымъ правомъ. Немногочисленны ряды сторонниковъ этого общественнаго права: ихъ всего трое—Германъ Рёзлеръ со своимъ „Учебникомъ германскаго административнаго права. Томъ I. Соціальное административное право, 1872 г., и Томъ II, 1873 г.“ и два русскіе ученые—Лешковъ („Русскій народъ и государство. Исторія русскаго общественнаго права до XVII в. Москва. 1858 г.“) и М. Шпилевскій („Полицейское право какъ самостоятельная отрасль правовѣдѣнія. Одесса, 1875 г.“). Эти ученые дали болѣе или менѣе законченныя системы т. н. общественнаго права. Однако пионерами въ созданіи новой отрасли права можно считать Гейслера (1852 г.), Роберта-фонъ-Моля ²⁾ и Лоренца-фонъ-Штейна. Впрочемъ, все эти попытки слѣдуетъ признать неудачными. Прежде всего, эти ученые оперируютъ съ понятіемъ „общество“, давая ему крайне неясное опредѣленіе. У Рёзлера оно является не самостоятельной личностью съ особой правовой сферой правъ и обязанностей, присущихъ напр. государству какъ правовому субъекту, а простымъ общеніемъ лицъ, находящихся въ извѣстныхъ культурныхъ условіяхъ. У него вообще нѣтъ юридическаго опредѣленія или гонятія общества, если не считать таковымъ его слова о томъ, что „общество есть человѣчество, развивающееся въ свободной дѣятельности въ силу равныхъ законовъ“ ³⁾. Такимъ образомъ у Рёзлера общество не представляетъ самостоятельнаго субъекта. И у Лешкова общество не является юридическимъ лицомъ, потому что оно никакихъ правъ не имѣетъ, а они принадлежатъ только отдѣльнымъ лицамъ. Хотя Лешковъ и утверждаетъ, что общество служить субъектомъ общественнаго права, однако въ то же время говоритъ „что субъектами общественнаго права являются прежде всего семейства, общины, сословія, вообще органическія соединенія, представляющія собой весь народъ и все населеніе, все общество“. Такимъ образомъ общество—не юридическое лицо и общественное право—не совокупность правъ, принадлежащихъ обществу ⁴⁾. Проф. Шпилевскій ставитъ задачей общественнаго права регулированіе культурныхъ задачъ, достиженія человѣческой личностью высшаго развитія и удовлетворенія ея потребностей. Онъ понимаетъ государство какъ союзъ народа, основанный на единствѣ верховной власти, а общество, какъ союзъ того же народа, основанный на общности, солидарности культурныхъ интересовъ. Онъ, повидимому, хочетъ опредѣлить

¹⁾ L. v. Stein, Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, ihr Recht und ihr Organismus, стр. 226 слѣд. Stuttgart, 1865.

²⁾ Н. Н. Голубевъ, Значеніе теоріи общественнаго права для науки административнаго права, стр. 339—340 (Юридическія Записки, 1914, III).

³⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 200 сл.

⁴⁾ Н. Н. Голубевъ, цит. ст., стр. 344 и 345.

общество, какъ единое цѣлое, чего однако въ дѣйствительности нѣтъ ¹⁾. Субъектами общественнаго права являются отдѣльныя физическія и юридическія лица, какъ и въ другихъ сферахъ права.—Итакъ нужно признать попытки созданія особаго общественнаго права недостигающими цѣли: слишкомъ неявно и туманно самое понятіе „общество“, особенно въ приложеніи къ праву, слишкомъ противорѣчивы и неустойчивы опыты, намѣчающіе основные контуры новой науки. Стремленіе ученыхъ—общественниковъ—обособить общество и государство и признать, что они живутъ каждое по особымъ нормамъ, едва ли осуществимо. Это стремленіе легко ведетъ къ переоцѣнкѣ значенія общества и къ умаленію значенія государства. Оба они мыслятся отдѣльно другъ отъ друга, между тѣмъ въ дѣйствительности они тѣсно связаны другъ съ другомъ. И Рёзлеръ и Лешковъ настоятельно выдвигаютъ требованіе, чтобы государство было отстранено отъ дѣла развитія и охраненія общественныхъ интересовъ. Мыслимо ли подобное требованіе въ условіяхъ современной жизни, когда сфера вмѣшательства государства все расширяется даже въ странахъ, гдѣ общественность разцвѣла наиболѣе пышно (напр. въ Англии)? Можно ли игнорировать колоссальную роль государства въ современной войнѣ, когда оно подчинило своей регламентаціи почти всѣ стороны жизни гражданъ? Конечно, высокое культурное развитіе народныхъ массъ можетъ заставить государство поступиться частью своихъ полномочій въ пользу общественныхъ организацій и приготовить въ будущемъ почву для созданія общественнаго права. Зачатки этого права существуютъ и въ настоящее время и они, конечно, должны быть отдѣлены отъ административнаго, и государственнаго права. Смѣшеніе же этихъ элементовъ едва ли желательно. Между тѣмъ въ сочиненіяхъ русскихъ и иностранныхъ ученыхъ по административному праву имѣется рядъ любопытныхъ экскурсовъ, цѣлью которыхъ является изслѣдованіе дѣятельности различныхъ обществъ и союзовъ. Достаточно указать на труды Штейна, Дерюжинскаго, Бертелеми, гдѣ немало страницъ посвящено роли и значенію различныхъ союзовъ. Даже проф. Елистратовъ включилъ въ свой чисто юридическій курсъ описаніе организаціи и дѣятельности Всероссийскаго Земскаго и Городскаго Союзовъ ²⁾. Всѣ эти экскурсы достойны вниманія, но едва ли они умѣстны въ тѣхъ трудахъ, которые изучаютъ юридическія союзы и организаціи между государствомъ и гражданами. Конечно, общественные отношенія, возникающія самоуправленія иногда выполняютъ государственныя задачи и, слѣдовательно, они могутъ быть приравнены къ государственнымъ органамъ: въ такомъ случаѣ, конечно, ихъ дѣятельность можетъ быть предметомъ изслѣдованія административиста. Но есть еще болѣе обширная сфера дѣятельности общественныхъ организацій, не укладывающаяся въ эти рамки: она то и должна составить содержаніе особаго соціальнаго административнаго права. Выдѣленіе нужнаго матеріала въ эту новую науку представляетъ немалыя трудности, но матеріала накопилось достаточно и изслѣдователю есть къ чему приложить свой пытливыи умъ.

§ 71. До настоящаго времени довольно запутаннымъ представляется вопросъ о системѣ науки административнаго права. Ученые положили немало

¹⁾ В. В. Ивановскій, Наука административнаго права, стр. 326.

²⁾ А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр.

труда на разрѣшеніе этой проблемы, но до сихъ поръ все еще не выработана общепризнанная система нашей науки. Каждый ученый предлагаетъ свою систему. Несмотря на все разнообразіе высказываемыхъ взглядовъ, все же можно констатировать существованіе *нѣсколькихъ наиболѣе употребительныхъ системъ*, которыя группируютъ вокругъ себя немалое число приверженцевъ. Всѣ предложенныя системы можно раздѣлить на *двѣ категоріи*—*цивилистическія* и *публицистическія*. Цивилистической системой является, прежде всего, та, которая была намѣчена Институціями Гая и воспринята юстиніановскимъ законодательствомъ. Она сводится къ дѣленію права на *res, personae, actiones* т. е. на вещи, лица и иски. Такая система была воспринята современнымъ гражданскимъ правомъ и гражданскими кодексами и примѣнена въ административномъ правѣ такими учеными, какъ Джіоаннисъ Джіанквинто въ Италіи, Дарестъ и Батби во Франціи. Эта т. н. институціонная или классическая система встрѣчается у ученыхъ и въ болѣе раннее время. Напримѣръ, въ Германіи первыя попытки излагать публичное право по институціонной системѣ относятся ко второй половинѣ XVII вѣка и встрѣчаются въ трудахъ Штрауха, Реца, Витрарія, Шильтера ¹⁾. Затѣмъ эта система исчезаетъ и только черезъ 100 лѣтъ (во второй половинѣ XVIII в.) появляется въ трудахъ І. Ст. Пюттера ²⁾. Но уже и въ то время эта система встрѣтила серьезную критику со стороны ученаго Тиція, который сформулировалъ цѣлый рядъ вѣскихъ возраженій противъ нея, не утратившихъ своего значенія и до настоящаго времени ³⁾. Такъ онъ указывалъ на то, что многіе вопросы публичнаго (государственнаго) права не укладываются въ трихотомію Институцій, такъ что ихъ приходится насильно втискивать туда. Далѣе эта система вызываетъ частое и излишнее повтореніе, при чемъ въ отдѣлѣ о вещахъ включаются сужденія о лицахъ и наоборотъ. Наконецъ, Тицій подчеркивалъ, что институціонная система (или методъ) была выработана Трибоніаномъ для частнаго права и притомъ въ такое время, когда публичная юриспруденція еще не существовала въ качествѣ самостоятельной дисциплины. Тицій доказывалъ цивилистическое происхожденіе институціонной системы, видѣлъ въ изложеніи публично-правового матеріала по этой системѣ методологически предосудительное смѣшеніе публичнаго права съ частнымъ и предложилъ для публичнаго права самостоятельную систему. Нѣкоторыя возраженія Тиція встрѣчаются и у современныхъ ученыхъ, критикующихъ примѣненіе цивилистическихъ системъ въ публичномъ правѣ. Ихъ можно встрѣтить у проф. Орландо, который отвергаетъ возможность дѣленія административнаго права на *res, personae, actiones* ⁴⁾. Такъ, останавливаясь на *actiones*, Орландо находитъ, что въ римскомъ и вообще въ частномъ правѣ иски (*actiones*), рассматриваемые въ судахъ при соблюденіи формъ состязательнаго процесса, дѣйствительно могли образовать самостоятельную часть науки. Между тѣмъ административное право включаетъ и такія отношенія, возникающія между администраціей, и гражданами, которыя могутъ породить споры, рассматриваемые не въ состязательномъ порядкѣ. И вообще

¹⁾ Т а р а н о в с к і й, Юридическій методъ, стр. 160—170.

²⁾ Т а р а н о в с к і й, Юридическій методъ, стр. 171.

³⁾ Т а р а н о в с к і й, Юридическій методъ, стр. 173—179.

⁴⁾ O r l a n d o, Introduzione al diritto amministrativo, стр. 95—100 (Primo trattato, Volume I).

споры между администраціей и гражданами разрѣшаются особыми способами, которыхъ нельзя встрѣтить въ частномъ правѣ.—Также неудачна, по мнѣнію Орландо, и мысль о распредѣленіи содержанія административнаго права соотвѣтственно *способамъ пріобрѣтенія*. Терминъ „способы пріобрѣтенія“ можетъ при- мѣняться только къ ограниченной сферѣ дѣятельности государства, а именно тогда, когда оно дѣйствуетъ какъ частное лицо—хозяинъ, т. е. когда оно покупаетъ, продаетъ, нанимаетъ и пр. Но къ остальной и очень обширной сферѣ дѣятель- ности государства этотъ терминъ совершенно непримѣнимъ.—Затѣмъ возни- каетъ вопросъ, можно ли воспользоваться категоріей „*вещи*“. Но и здѣсь примѣ- неніе ея довольно ограничено. Возможно, что она можетъ быть использована для изученія т. н. публичнаго имущества. Если подъ этимъ словомъ понимать *объекты* или *предметы* административнаго характера, то и это мало поможетъ дѣлу систематизаціи въ виду того, что эти термины являются самыми растяжи- мыми въ наукѣ административнаго права. Да и вообще трудно разрѣшить во- просы о томъ, какъ должны быть сгруппированы эти предметы, каковъ будетъ ихъ критерій и пр.—Наконецъ, Орландо останавливается на третьей категоріи — *лицахъ*. По его мнѣнію, идея личности (лица) не можетъ быть исключена изъ публичнаго права: достаточно напомнить, напримѣръ, о существованіи понятій государства, какъ юридическаго лица, субъективныхъ публичныхъ правъ граж- данъ и пр. Однако категорія лица, юридической личности, не можетъ оказать помощи въ дѣлѣ систематизаціи науки административнаго права. Во всякомъ случаѣ она непримѣнима при изложеніи той части административнаго права, въ которой идетъ рѣчь о публичныхъ службахъ. Едва ли возможно излагать содер- жаніе публичныхъ службъ примѣнительно къ тѣмъ органамъ, которымъ ввѣрено ихъ осуществленіе: такимъ путемъ будетъ разрушено органическое единство той или иной формы дѣятельности государства. Далѣе, понятіе лица необходимо сочетается съ понятіемъ „субъекта правъ“. Но можно ли сказать, что органы администраціи являются субъектами правъ: едва ли можно на этотъ вопросъ отвѣтить утвердительно. Концепція государства, какъ юридическаго лица, вле- четъ за собой то послѣдствіе, что всюду субъектомъ правъ является государство, а органы оказываются только передаточными инстанціями, при помощи которыхъ государство осуществляетъ свой суверенитетъ ¹⁾. По замѣчанію Орландо, публич- ная служба является тѣмъ *longa manus*, при помощи которой государство осу- ществляетъ свои цѣли ²⁾.—Изъ ученыхъ, наиболѣе послѣдовательно проводив- шихъ институціонную систему, слѣдуетъ назвать французскаго публициста Батби. Онъ распредѣлил весь матеріалъ публичнаго и административнаго права по тремъ рубрикамъ: 1) ученіе о субъектахъ правъ, 2) ученіе объ объектахъ и 3) ученіе о способахъ пріобрѣтенія. Такая система привела къ тому, что Батби, напримѣръ, включилъ въ одинъ и тотъ же отдѣлъ и таможеню, и вмѣшательство государства въ мореплаваніе, и почту и пенсіи служащихъ и проч.—Цивилисти- ческую окраску пріобрѣтаетъ и другая система, принятая проф. Отто Майеромъ въ его двухтомномъ сочиненіи „Германское административное право“. Первый томъ (вышелъ вторымъ изданіемъ въ 1914 г.) содержитъ введеніе, общую часть и первую книгу особенной части.—Въ общей части рассматриваются слѣдующіе

¹⁾ Подробно въ восьмой главѣ „Публично-правовое отношеніе“ (§§ 109—111).

²⁾ O r l a n d o, Introduzione al diritto amministrativo, стр. 99.

вопросы: исторія германскаго административнаго права, принципы его, охрана въ административныхъ дѣлахъ. Первая книга особенной части трактуетъ о полицейской и финансовой власти. — Второй томъ (2-мъ изданіемъ вышелъ въ 1917 г.) заключаетъ вторую книгу особенной части, которая состоитъ изъ трехъ крупныхъ отдѣловъ—публичнаго вещнаго права, права особыхъ долговыхъ отношеній и ученія о правоспособныхъ управленіяхъ. Въ публичномъ вещномъ правѣ идетъ рѣчь объ отчужденіи публичной собственности, правѣ пользованія публичными вещами, публично-правовыхъ сервитутахъ и публично-правовыхъ ограниченіяхъ собственности. Право особыхъ долговыхъ отношеній, напоминающее гражданское обязательственное право, включаетъ вопросы о публичной служебной обязанности, о публичныхъ повинностяхъ, о разрѣшеніи публичныхъ предпріятій, публично-правовомъ пользованіи учрежденіями и уравнительномъ вознагражденіи. Наконецъ, третья часть трактуетъ о правоспособныхъ управленіяхъ. Здѣсь выясняются вопросы о юридической личности публичнаго права, правоспособномъ публичномъ товариществѣ, общинѣ, правѣ представительства, взаимодействіи правоспособныхъ управленій и правѣ государственнаго надзора.

Публицистическія системы административнаго права довольно многочисленны. Попытку и, насколько мнѣ извѣстно, единственную классифицировать эти системы сдѣлалъ итальянскій ученый Меуччи ¹⁾. Онъ намѣчаетъ слѣдующія четыре системы. — *Первая система* состоитъ въ томъ, что содержаніе административнаго права распределяется по *элементамъ соціальной дѣятельности—субъекту, объекту и формамъ*. Эту систему приняли французскіе ученые—Макарель, Прадье-Фёдере, Дюфуръ и итальянскіе ученые Персико и Гарелли. Напримѣръ, Прадье-Фёдере различаетъ три отдѣла—власти, административную юстицію, административные законы или предметы. — *Вторая система* беретъ въ основаніе *то пространство*, въ предѣлахъ котораго осуществляется административная дѣятельность, другими словами, *территорію и населеніе*, къ которымъ присоединяется еще одинъ элементъ, а именно *цѣль*, преслѣдуемая государствомъ. Приверженцемъ этой системы является Лаферрьеръ ²⁾. Онъ дѣлитъ административное право на двѣ части, изъ которыхъ первая трактуетъ о центральной администраціи, а вторая—о мѣстной. Кромѣ того присоединяется еще и третья часть, посвященная административной юстиціи, какъ способу административной дѣятельности: она противопоставляется т. н. активной администраціи. Придерживается этой системы и Дюкрокъ, который дѣлитъ содержаніе административнаго права между отдѣлами, трактующими о властяхъ, законахъ, организаціи государства, департаментахъ, общинахъ и пр. ³⁾. — *Третья система* покоится на понятіи іерархій и административныхъ институтовъ. Приверженцы этой системы (французскіе ученые Серрини, Троллей, Кабанту, Шово) распределяютъ матеріаль въ соотвѣтствіи съ различными качествами административныхъ актовъ и способовъ ихъ дѣятельности. Различаются агенты единоличныя или активныя, коллегіальныя, совѣщательныя, судебныя учрежденія. — Наконецъ, *четвертая система* является наиболее распространенной. Она покоится на распредѣленіи матеріала по тѣмъ *цѣлямъ*, которыя преслѣдуетъ государство въ своей административной

¹⁾ Меусси, Istituzioni di diritto amministrativo, стр. 21—25.

²⁾ Ивановскій, Наука административнаго права, стр. 311.

³⁾ Ивановскій, цит. статья, стр. 312 и 313.

дѣятельности. Эту систему блестяще провелъ въ своихъ сочиненіяхъ Лоренцъ-ф. Штейнъ, хотя зачатки ея можно встрѣтить въ трудахъ камералистовъ и Герстнера ¹⁾. Л. ф. Штейнъ въ основаніе своей системы положилъ тѣ основныя отношенія, на которыя распадается жизнь личности въ государствѣ ²⁾. Прежде всего личность нуждается въ регистраціи нѣкоторыхъ моментовъ своей жизни, каковы рожденіе, полученіе имени, смерть, бракъ. Затѣмъ для личности нужно опредѣленіе ея мѣста жительства, охрана здоровья, представительство ея интересовъ, когда она не можетъ заботиться о нихъ сама въ силу своихъ физическихъ и умственныхъ недостатковъ. Наконецъ, личности необходима развитіе ея духовныхъ способностей. Навстрѣчу этимъ нуждамъ личности идетъ государство, которое ставитъ своей цѣлью содѣйствіе индивидуальному развитію всѣхъ отдѣльныхъ лицъ, а въ данномъ случаѣ ихъ физической и духовной жизни. Отсюда дѣленіе первой части ученія о внутреннемъ управленіи на попеченіе о народонаселеніи, полицію безопасности, общественное здравіе, попечительство и народное образованіе. Личность, однако, нуждается въ цѣломъ рядѣ матеріальныхъ благъ, которыя она не можетъ добыть безъ помощи государства. Отсюда вытекаетъ забота государства о *хозяйственной жизни личности*, которая выражается въ дѣятельности, направленной на борьбу со стихійными силами природы, на устройство путей сообщенія, организацію денежнаго обращенія и кредита, на содѣйствіе добывающей, земледѣльческой, торговой и мануфактурной промышленности, на охрану литературной собственности. Наконецъ, личность нуждается въ организаціи *общественной жизни*, содержаніе которой составляетъ борьба общественныхъ классовъ. Для личности необходимо такое устройство общественной жизни, при которомъ не была бы исключена возможность перехода ея изъ низшаго класса въ высшій. Государство и въ этомъ случаѣ приходитъ на помощь, устраняя юридическія препятствія къ свободному движенію классовъ, удаляя общественную нужду и содѣйствуя труду, не обладающему капиталомъ, достигнуть хозяйственной самостоятельности. Этой цѣли служатъ вспомогательныя кассы, социальное страхованіе, самопомощь. Эта система была воспринята приверженцами Л. ф. Штейна. Она появляется въ видѣ дѣленія матеріала на отдѣлы, озаглавленные „Полиція“ или „Попеченіе“. Таковы обычныя рубрики—полиція безопасности, полиція передвиженія, полиція нравственности, полиція печати, фабричное законодательство, призрѣнія бѣдныхъ и проч. Эта система воспринята Штенгелемъ, Г. Мейеромъ, Кирхенгеймомъ и др., а также русскими учеными—Тарасовымъ, Дерюжинскимъ, Ивановскимъ, французскимъ ученымъ Бертелеми и др.

Но есть еще и *пятая система*, о которой умалчиваетъ Меуччи. Она покоится на распредѣленіи матеріала, входящаго въ содержаніе особенной или матеріальной части науки административнаго права, по *правамъ, принадлежащимъ государству и гражданамъ*. Таковую систему можно встрѣтить у Дюкрока, который излагаетъ матеріальную часть примѣнительно къ характеру основныхъ правъ гражданъ. Та же система принята проф. Оріу въ его „Очеркъ административнаго и публичнаго права“ (8 изд., 1914 г.), гдѣ онъ изучаетъ цѣлый рядъ вопросовъ въ слѣдующемъ порядкѣ: административный режимъ государства,

¹⁾ Горбуновъ, Методологическія основы, стр. 155.

²⁾ Горбуновъ, цит. соч., стр. 171 слѣд.

административная организація, администрація и иски (осуществленіе правъ), права публичной администраціи (права, въ силу которыхъ организованы и функционируютъ публичныя службы, способы осуществленія публичныхъ службъ, права и операціи частно-правового характера) и административная юстиція. Изъ русскихъ ученыхъ эту систему предлагаютъ проф. Берендтсъ и Елистратовъ. Первый въ своемъ сочиненіи „Опытъ системы административнаго права. Ярославль (1898 г.) „различаетъ объективное, административное право, устанавливающее границу правъ и обязанностей органовъ власти съ одной стороны и членовъ государственнаго общенія съ другой, при защитѣ ими интересовъ частной и общественной жизни. Онъ выдвигаетъ субъективное административное право государственной власти и ея органовъ, куда относится организація учреждений и выясненіе тѣхъ обязательныхъ и принудительныхъ мѣръ, которыя могутъ быть приняты органами властью въ предѣлахъ, указанныхъ нормами административнаго права. Онъ подчеркиваетъ также существованіе субъективнаго административнаго права участниковъ государственнаго общенія¹⁾. Проф. Елистратовъ²⁾, слѣдуя во многомъ Флейнеру, излагаетъ въ общей части ученіе о публичныхъ правоотношеніяхъ и ихъ элементахъ т. е. субъектахъ, публичныхъ правахъ и обязанностяхъ, публичныхъ актахъ, организаціи административныхъ учреждений и институтѣхъ судебного обжагованія актовъ государственнаго управленія. Въ основу же особенной части административнаго права (которая еще не вышла въ свѣтъ) онъ предлагаетъ положить различіе между личными, вещными и обязательственными правами. Личныя права, обезпечивающія человѣку извѣстную свободу отъ административнаго, а частью и отъ всякаго государственнаго вмѣшательства, образуютъ право личной свободы. Вещныя права даютъ административному учрежденію вещную основу для осуществленія лежащихъ на немъ функцій (права въ отношеніи т. н. административнаго и финансоваго имущества), а гражданамъ—необходимое расширеніе и обезпеченіе ихъ личной свободы (права въ отношеніи вещей общаго пользованія) и образуютъ институты публичнаго вещнаго права. Наконецъ, обязательственное публичное право состоитъ изъ правъ гражданъ на опредѣленные дѣйствія со стороны администраціи (право публичныхъ службъ въ тѣсномъ смыслѣ слова) и правъ административныхъ учреждений.

При выборѣ той или другой системы въ распредѣленіи необычайно богатаго матеріала административнаго права, разрабатываемаго къ тому же догматическимъ (юридическимъ) методомъ, необходимо руководиться тѣми соображеніями, которыя были высказаны проф. Оріу и приняты мною съ нѣкоторыми поправками и измѣненіями (§§ 45, 48, 49, 50, 51). Изъ этихъ соображеній вытекаетъ, что построеніе *особенной части* науки административнаго права должно быть произведено при соблюденіи *субъективной точки зрѣнія*, которая и должна быть проведена послѣдовательно безъ всякихъ уклоненій въ сторону объективизма. Поэтому систематизація матеріала, входящаго въ особенную часть науки административнаго права, должна быть приурочена къ *цѣлому ряду публичныхъ правъ*, принадлежащихъ *государству* или *другимъ субъектамъ публичнаго права*, а затѣмъ и *гражданамъ*. Классификація этихъ правъ дается въ §§ 130—134

¹⁾ В. В. Ивановскій, Учебникъ административнаго права, стр. 38—39.

²⁾ А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, стр. 66—67.

учебника, гдѣ послѣдовательно излагаются субъективныя публичныя права государства или другихъ субъектовъ публичнаго права (вродѣ общинъ и пр.) и субъективныя публичныя права гражданъ (права свободы, гражданскія права и публичныя вещныя права). Подробному изложенію вышеуказанныхъ публичныхъ правъ должно предшествовать разсмотрѣніе основного отношенія, слагающагося между государствомъ и его органами, т. е. института публичной службы или должности.

Что касается системы введенія и общей части науки административнаго права, то она заимствована (съ нѣкоторыми существенными уклоненіями) у проф. Равелетти („Принципы административнаго права“, томъ I-й. Неаполь, 1912 г.). Согласно этой системѣ, введеніе даетъ характеристику трехъ устоевъ, на которыхъ покоится наука административнаго права, а именно общества, государства и права (главы I—III). Общая часть содержитъ характеристику административнаго права (глава IV), описаніе источниковъ административнаго права (глава V), выясняетъ отношеніе науки административнаго права къ другимъ научнымъ дисциплинамъ (глава VI), даетъ обзоръ литературы (глава VII) и, наконецъ, излагаетъ ученіе о публично-правовомъ отношеніи (глава VIII), гдѣ послѣдовательно сообщаются общія замѣчанія по этому вопросу, ученіе о субъектахъ, объектахъ и о содержаніи публично-правового отношенія. Завершеніемъ общей части науки являются отдѣлы, посвященные охранѣ публичнаго права (административной юстиціи) и административному принужденію: послѣдній вопросъ уже разработанъ въ особомъ выпускѣ, выпедшемъ въ 1916 году.



ОГЛАВЛЕНИЕ.

Предисловіе.

Введение (общество, государство и право) 1—71.

Глава первая. Общество. 1—8.

§ 1. Понятіе общества и причины вызывающія его появленіе.—§ 2. Эгоистическая цѣль, преслѣдуемая человѣкомъ, живущимъ въ обществѣ, и необходимость ихъ ограниченія.—§ 3. Отношеніе нѣкоторыхъ теченій общественной мысли—либерализма и коллективизма—къ вопросу о помощи нуждающимся слоямъ общества.—§ 4. Характеристика солидаризма и коллективизма.

Глава вторая. Государство 9—63.

§ 5. Появленіе въ обществѣ правовыхъ нормъ.—§ 6. Юридическая и социальная функція государства.—§ 7. Опредѣленіе государства и составныя части его понятія.—§ 8. Классовый характеръ современнаго государства и роль класса крупныхъ капиталистовъ.—§ 9. Государство съ общественной (соціальной) и юридической точекъ зрѣнія.—§ 10. Дѣятельность государства съ объективной (матеріальной) точки зрѣнія: опредѣленія законодательства, правосудія (юстиціи) и управленія (администраціи) и ихъ характерныя черты.—§ 11. Опредѣленіе управленія (администраціи).—§ 12. Формы проявленія административной дѣятельности государства: административные факты (дѣйствія) и акты.—§ 13. Разсмотрѣніе дѣятельности государства съ субъективной (формальной) точки зрѣнія. Теорія раздѣленія властей и осуществленія ея на практикѣ. Акты, исходящіе отъ органовъ власти, и ихъ наименованіе.—§ 14. Политическая и правительственная дѣятельность государства и понятіе ея.—§ 15. Теченіе научной доктрины, признающее существованіе правительственныхъ актовъ. Практика Французскаго Государственнаго Совѣта. Теорія политическаго мотива. Теорія, признающая правительственными актами тѣ, которые являются прямымъ исполненіемъ формальныхъ поставленій конституціи. Теорія, опредѣляющая правительственные акты по ихъ природѣ.—§ 16. Четыре группы правительственныхъ актовъ и опредѣленіе ихъ.—§ 17. Научное направленіе, отрицающее существованіе правительственныхъ актовъ.—§ 18. Разрѣшеніе проблемы.—§ 19. Эволюція въ сторону сокращенія числа правительственныхъ актовъ первыхъ двухъ видовъ.—§ 20. Эволюція третьяго и четвертаго вида правительственныхъ актовъ (военныхъ дѣйствій).—§ 21. Техническая государственная дѣятельность, и понятіе, отличіе отъ административной дѣятельности, связь этихъ двухъ видовъ государственной дѣятельности.—§ 22. Связанная и свободная государственная дѣятельность и ихъ понятіе.—§ 23. Дискреціонная власть администраціи и ея теоретическое обоснованіе.—§ 24. Отличіе усмотрѣнія въ сферѣ административной дѣятельности отъ усмотрѣнія въ сферѣ правосудія (юстиціи): школа „свободнаго права.“—§ 25. Контроль судовъ за административно-технической оцѣнкой: отношеніе германскаго законодательства къ этому вопросу.—§ 26. Истятутъ „извращенія власти“, его понятіе и примѣненіе въ практикѣ Французскаго Государственнаго Совѣта (четыре группы случаевъ практическаго примѣненія его).—§ 27. Практика Итальянскаго Государственнаго Совѣта.—§ 28. Практика Прусскаго Высшаго Административнаго Суда и Австрійскаго Административнаго Суда.—§ 29. Практика Правительствующаго Сената.—§ 30. Публичная и частная дѣятельность государства, попытка ихъ опредѣленія германской школой публичнаго права и ея несостоятельность.—§ 31. Попытка французской доктрины публичнаго права: понятіе „публичной службы“, ея характерныя черты, послѣдствія признанія проявленія государственной дѣятельности „публичной службой“, недостаточность этого критерія.—§ 32. Сплетенность проблемы раздѣленія государственной дѣятельности на публичную и частную съ проблемой раздѣленія государства на двѣ части—на личность публичную и личность частную: два направленія научной мысли, теорія риска и невозможность ея примѣненія въ условіяхъ современнаго государства.—§ 33. Взгляды Правительствующаго Сената на данный вопросъ и ихъ оцѣнка.

§ 34. Дѣленіе объективнаго права на публичное и частное и сложность этой проблемы.—§ 35. Первое теченіе научной мысли, стремившееся расширить сферу частнаго права за счетъ публичнаго права: взгляды сторонниковъ этого теченія.—§ 36. Теорія, включающая въ частное право всѣ юридическія имущественныя отношенія, и ея критика.—§ 37. Теорія частно-правового титула и ея критика.—§ 38. Теорія, причисляющая къ частному праву всѣ юридическія отношенія, рассматриваемыя обыкновенными, гражданскими судами, и ея критика.—§ 39. Второе теченіе научной мысли, расширяющее сферу публичнаго права за счетъ частнаго права (теорія проф. Петражицкаго, Лоренца ф. Штейна, Рёзлера).—§ 40. Замѣчанія по поводу этого направленія.—§ 41. Третье направленіе научной мысли, стремящееся сгладить крайности первыхъ двухъ направленій: критерій, предложенный римскимъ юристомъ Ульпіаномъ, и его удобство.—§ 42. Право распоряженія, какъ критерій различія частнаго и публичнаго права. Теорія Гирке объ индивидуальномъ и социальномъ правѣ.

Общая часть.

Глава четвертая. Административное право.

§ 43. Дѣленіе публичнаго права на ви́шнее и внутреннее. Международное право.—§ 44. Дѣленіе внутренняго публичнаго права на государственное, уголовное, судебное (процессуальное), церковное, финансовое и административное право: опредѣленіе этихъ отраслей права.—§ 45. Опредѣленіе административнаго права и науки административнаго права и его характерныя черты.—§ 46. Многочисленность современныхъ опредѣленій административнаго права. Первое направленіе въ доктринѣ, стремящееся найти характерный признакъ административнаго права въ истолкованіи административныхъ законовъ, и критика его.—§ 47. Второе направленіе, вводящее въ опредѣленіе административнаго права идею исполнительной власти, и его критика.—§ 48. Третье направленіе, строящее опредѣленіе административнаго права на идеѣ публичной службы и идеѣ юридическаго опредѣленія отношеній между государствомъ и гражданами: сторонники этого направленія во Франціи, Италіи, Россіи и Германіи. Критика этого направленія профессоромъ Орландо и ея несостоятельность.—§ 49. Теорія проф. Оріу объ объективной и субъективной точкахъ зрѣнія при юридическомъ опредѣленіи административнаго права: сущность двоякаго разсмотрѣнія этой отрасли права, крайности субъективизма и объективизма въ наукѣ права.—§ 50. Примирительные взгляды проф. Оріу.—§ 51. Критика взглядовъ проф. Оріу и пріемлемость нѣкоторыхъ выставленныхъ имъ положеній.—§ 52. Историческое прошлое наукъ, изучающихъ дѣятельность государства, и связь его со смѣной методовъ, примѣнявшихся при этомъ изученіи.—§ 53. Сущность наблюдательно-описательнаго метода и тѣ препятствія, которыя мѣшали правильной постановкѣ его въ прежнее время.—§ 54. Отсутствие правильнаго представленія о сущности и объемѣ административной дѣятельности государства: терминъ „полиція“, постепенное суженіе его содержанія и современный объемъ его.—§ 55. Взглядъ ученыхъ прежняго времени на главу государства. Характеристика полицейскаго государства.—§ 56. Трудности, которыя испытывали ученые прежняго времени въ пользованіи положительнымъ матеріаломъ: попытки кодификаціи административныхъ законовъ, трудъ французскаго государствовѣда Дома (Domat), попытки собранія положительнаго матеріала въ Германіи (камералисты) и въ Россіи.—§ 57. Отсутствие въ университетскомъ преподаваніи дисциплины, изучающихъ управленіе: положеніе французскихъ, германскихъ и русскихъ университетовъ.—§ 58. Ренесансъ римскаго права и влияніе его въ Германіи и Франціи. Пользованіе книгами Св. Писанія.—§ 59. Сущность политическаго метода—умозрительнаго и позитивнаго.—§ 60. Господство въ прежнее время умозрительно-политическаго метода, особенно въ Германіи у т. н. камералистовъ: политическія, духовныя и экономическія причины, вызвавшія къ жизни камерализмъ, устройство т. н. камеръ.—§ 61. Фискалисты и камералисты, сохраненіе трудовъ камералистовъ, философскій камерализмъ Христіана Вольфа (эвдемонизмъ), труды Юсти и Зонненфельса.—§ 62. Соціологическій (историко-сравнительный) методъ. Сущность его и распространеніе.—§ 63. Лоренцъ фонъ Штейнъ и Рудольфъ Гнейсъ, ихъ взгляды и судьба науки объ управленіи.—§ 64. Юридическій методъ и его сущность (взгляды Лабанда и Отто Майера).—§ 65. Развѣтъ юридическаго метода въ эпоху правового государства, характеристика этой эпохи.—§ 66. Примѣненіе юридическаго метода въ русской и иностранной литературѣ административнаго права (существованіе въ Германіи двухъ разновидностей этого метода—чисто-юридическаго и метода государственной науки).—§ 67. Психологическій методъ (трудъ проф. Вагелли).—§ 68. Попытка ученыхъ свести содержаніе административнаго права къ экономической политикѣ.—§ 69. Общественное право (взгляды на него Лешкова, Шпилевскаго и Рёзлера) и несостоятельность попытки его конструированія.—§ 70. Системы административнаго права—цивилистическія и публицистическія. Непріемлемость цивилистической системы (критика проф. Орландо). Публицистическія системы, пять видовъ ихъ и пріемлемость пятой системы.